

■ FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Consentimento informado em Direito Civil e Penal

2019

Jurisdição Civil,
Processual Civil
e Comercial

Jurisdição Penal e
Processual Penal

junho 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

No âmbito da vasta produção editorial do Centro de Estudos Judiciários há temáticas abordadas em várias formações e em vários e-books acabam por ficar dispersas.

A questão do consentimento informado é uma delas.

O presente e-book junta três textos, um deles ainda inédito, em que um Professor, um Advogado e um Juiz Desembargador abordam a matéria – de vários prismas – e que, agora, poderão ser melhor utilizados por profissionais e estudantes.

O Centro de Estudos Judiciários cumpre a sua função de serviço público e de aproveitar os materiais utilizados nas suas acções de formação para as magistraturas, para os divulgar por toda a comunidade jurídica

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Consentimento informado em Direito Civil e Penal

Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial

Jurisdição Penal e Processual Penal

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2019/2020:

Temas de Direito Penal e Processual Penal – 8 e 15 de fevereiro e 8 e 15 de março de 2019
(programa)

Conceção e organização:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Intervenientes:

André Gonçalo Dias Pereira – Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

João Vaz Rodrigues – Professor na Universidade de Évora, Vogal do CSM, Advogado

Rui Torres Vouga – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – Título [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
30/06/2020	

Consentimento informado em Direito Civil e Penal

Índice

- | | |
|---|----|
| 1. Consentimento informado e bens jurídicos no Direito Penal e no Direito Civil | 9 |
| André Gonçalo Dias Pereira | |
| 2. A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos | 33 |
| João Vaz Rodrigues | |
| 3. A responsabilidade médica (uma imprescindível mudança de paradigma na jurisprudência) | 61 |
| Rui Torres Vouga | |

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**1. Consentimento informado e bens jurídicos
no Direito Penal e no Direito Civil**

André Gonçalo Dias Pereira

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. CONSENTIMENTO INFORMADO E BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL E NO DIREITO CIVIL¹André Gonçalo Dias Pereira²

1. Responsabilidade médica e o consentimento informado
 2. Esclarecimento terapêutico e esclarecimento-para-a-autodeterminação
 3. Fundamento legal do Consentimento Informado
 4. Análise do Direito Penal Português
 5. Direito comparado
 6. Bens jurídicos protegidos pelo direito civil e danos ressarcíveis
 7. Conclusão
- Vídeo

1. Responsabilidade médica e o consentimento informado

A responsabilidade médica está hoje no centro das atenções públicas. Seja nos meios de comunicação social, no debate universitário, ou nas salas dos tribunais, o médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade, que numa sociedade plural e aberta se afirma, cada vez mais, na sua face jurídica³. Contudo, a perceção da realidade varia em função do

¹ Estes apontamentos (*exceto o ponto 7. Conclusão* e a necessária adaptação à ortografia agora em vigor) correspondem a uma parte da minha tese de mestrado, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, publicada em 2004 pela Coimbra Editora. O livro encontra-se esgotado e sem perspectivas de reedição. Agradeço ao CEJ – *Centro de Estudos Judiciários* – na pessoa do Desembargador Dr. Edgar Lopes, o honroso convite para publicar nesta coleção, para que esta investigação se mantenha viva, junto da comunidade jurídica.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Diretor do Centro de Direito Biomédico; Investigador Integrado do Instituto Jurídico; Investigador colaborador do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra – CEIS20; Investigador colaborador do Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos; Membro fundador do Laboratório de Ética Aplicada, sediado no CECH; Vice-Presidente e Fundador da ALDIS (Associação Lusófona do Direito da Saúde); Fellow do *European Centre of Tort and Insurance Law*; Associado Internacional do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC); Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; Membro da *European Association on Health Law*; Membro da Associação Internacional de Direito Comparado; Membro do Conselho Redatorial da Revista *Lex-Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Membro do Conselho Editorial Científico dos Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário; Membro do Conselho Redatorial da Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC); Membro do Advisory Board da *Portuguese Law Review – PoLaR* (2017); Presidente da Comissão de Ética da AIBILI (Association for Innovation and Biomedical Research on Light); Membro da Comissão de Ética do Instituto Politécnico de Coimbra; Membro da Comissão de Ética do INMLCF, IP; Professor convidado do *Summer Course on European Private Law* da Universidade de Salzburg (Áustria); Membro do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (2015); *Treasurer* e Membro do *Executive Committee* da World Association for Medical Law (de 2012 a 2016); Orcid: 0000-0001-9871-5298 – andreper@fd.uc.pt

³ O direito ganha, nas sociedades ocidentais hodiernas, um estatuto de primazia na regulação da vida em sociedade. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “O direito como alternativa humana”, *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 289 e seguintes. Por outro lado, o Direito das Pessoas afirma-se como uma das áreas mais prometedoras do desenvolvimento da Ciência do Direito no século XXI, na opinião de MENEZES CORDEIRO, “Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa”, *ROA*, 61, III, Dezembro de 2001, p. 1229. A crescente litigiosidade médica deve ser vista no âmbito, mais geral, do aumento progressivo da responsabilidade profissional e estas transformações são mais um problema social e moral do que de pura reforma legislativa, como afirma Lord Kilbrandon no prefácio da obra de

observador. Se por parte dos médicos⁴ se regista um receio da “negligência”, do “erro médico” – da *malpractice* – já por parte dos pacientes há um descontentamento relativo à desumanização da atividade médica e uma demanda crescente da sua participação ativa nos cuidados de saúde ministrados no seu próprio corpo – fruto da democratização do conhecimento e de uma cultura consumerista e reivindicativa.⁵

Assim, na Europa⁶ e nos Estados Unidos⁷, verifica-se um crescimento da litigiosidade ao nível da responsabilidade médica⁸, ganhando destaque, nos quadros estatísticos, a responsabilidade

Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988. Aliás, como afirma GIESEN (*ibidem*, p. XIV): “cases of professional liability outside the medical field are much more frequent than medical malpractice actions, and the success rate of plaintiffs in medical malpractice actions remains considerably lower than in other areas of professional liability.”

⁴ Cfr., todavia, António BARROS VELOSO, *Medicina: A Arte e o Ofício*, Lisboa, Gradiva, p. 142. O Autor assinala que a boa relação comunicacional com o paciente pode absolver o médico mais incompetente da assunção da responsabilidade: “Veja-se, por exemplo, o caso de um doente que sai do hospital satisfeito e reconhecido, que distribui presentes aos médicos e às enfermeiras e que publica agradecimentos nos jornais. Lembro-me de alguns casos destes em que, do ponto de vista técnico, tudo tinha corrido de forma desastrosa e em que a qualidade da medicina prestada tinha sido muito má.”

⁵ Na verdade, nas últimas décadas têm-se registado fortes melhorias da saúde dos Portugueses. Parece chegar agora o tempo da melhoria da qualidade e da humanização dos serviços. Os “ganhos em saúde” são acentuadas quer na redução da incidência dos problemas de saúde (nomeadamente das *doenças transmissíveis*: tosse convulsa, poliomielite, tétano e difteria), quer por redução das taxas de mortalidade (nomeadamente de algumas *doenças crónico-degenerativas*); por outro lado, houve ganhos notáveis na saúde perinatal, e na saúde da mulher e da criança (embora com espaço ainda para ganhos no apoio pré-concepcional e no diagnóstico pré-natal). Os ganhos são mais modestos nas áreas ligadas a “atitudes e comportamentos nocivos, condutas imprudentes e agressivas, escasso respeito por si próprio, pelos outros e pela sociedade, em suma traços de subdesenvolvimento cívico e de cidadania” (acidentes, em especial os de viação, violência doméstica e SIDA). Por outro lado, “é importante reconhecer que muitos dos ganhos observados para os menores de 65 anos de idade não se refletem em ganhos para a população mais idosa” – OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, *O Estado da saúde e a Saúde do Estado, Relatório de Primavera – 2002*, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002, pp. 22-23; cfr. tb. www.observaport.org.

⁶ Segundo MALICIER/ MIRAS/ FEUGLET/ FAIVRE, *La Responsabilité Médicale – Donnés Actuelles*, 2^{ème} édition, Paris, Editions ESKA/ Editions Alexandre Lacassagne, 1999, p. 13, em França, de acordo com o “*Panorama du Médecin*”, de 30 de Agosto de 1990, cada ano, um médico em cada 70 corre o risco de estar envolvido num processo judicial de responsabilidade médica.

⁷ É de todos conhecido o nível especulativo a que se chegou nos EUA no que respeita à responsabilidade médica. Vem-se falando em muitos países, sobretudo em França, numa “*dérive à l’américaine*” ou num “*spectre de la judiciarisation à l’américaine*”. Ora, note-se que há diferenças estruturais que contribuem para que as características próprias do sistema de responsabilidade civil americano sejam irrepetíveis na Europa, em geral. Uma delas é o elevado nível de prestações da segurança social que se verifica na Europa, conduzindo a que, por exemplo, a Dinamarca – apesar do seu alto índice de desenvolvimento – seja um dos países europeus em que as indemnizações por danos pessoais é mais baixa. Isto porque, uma vez que o cidadão beneficia de largos apoios da segurança social, os seus danos patrimoniais não são tão elevados, por aplicação da *teoria da diferença* (artigo 562.º CC). Pode-se afirmar que nos EUA, o cidadão carece mais da tutela da responsabilidade civil. Outro aspeto relevante é a proibição da “*quota litis*” (cfr. artigo 66.º do estatuto da Ordem dos Advogados – Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março). Segundo António ARNAUT, *Estatuto da Ordem dos Advogados*, 5.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 64, “tal proibição pode filiar-se na independência e dignidade do Advogado, cujos honorários não podem depender da demanda.” Ora, a “*quota litis*”, que é muito frequente nos EUA, embora permita que o cidadão aceda gratuitamente ao tribunal, pode dar lugar a processos especulativos. Uma terceira razão encontra-se na existência de “*punitive damages*” (danos punitivos) os quais são

por violação do consentimento informado (*informed consent*)⁹. Com efeito, mais do que o reconhecimento da negligência, que se situa na evolução natural do direito, o consentimento é a pedra angular de uma rutura conceptual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde.¹⁰

O direito à *autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde*¹¹ é, pois, uma realidade filosófica, normativa e com clara expressão na realização prático-judicativa do direito. Num estudo sobre responsabilidade médica, elaborado pelo *Colégio Oficial de Médicos de Barcelona*, no ano de 1998, concluiu-se que a metade das ações judiciais relativas à

calculados acima do montante do dano real e que têm em vista sancionar o autor do prejuízo. Trata-se de uma figura inteiramente desconhecida na Europa continental. Outro fator importante é a presença de júris, que têm inflacionado o montante das indemnizações do outro lado do Atlântico (Cfr. Basil MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Pérruche”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, vol. 8, n.º 4, p. 86).

⁸ O “direito da reparação dos danos (pessoais)” inclui, para além da tradicional responsabilidade civil (subjéctiva e objectiva), outros “mecanismos de reparação colectiva”, sendo famosa a “*alternativa escandinava*”. Sobre este tema, *vide* as obras de Jorge SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, *RDE*, Coimbra, Ano IV, n.º 1, Jan.-Jun. 1978, p. 313 e seguintes, IDEM, “Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes”, *RDE*, Coimbra, Ano V, n.º 1, Jan.-Jun. 1979, p. 317 e seguintes (estes estudos foram republicados pelo Autor em *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983); IDEM, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal: a Lei e o Futuro”, *CJ*, Ano XI, 1986, Tomo 4, p. 6 e seguintes; e na doutrina estrangeira, cfr. Raimo LAHTI, “Towards a comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience”, WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient’s Rights*, Stockholm, 1994; PICHLER, *Rechtsentwicklungen zu einer Verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Wien, Bonn, Weimar, Böhlau, 1994; Giovanni COMANDÉ, *Risarcimento del Dano Alla Persona e Alternative Istituzionali: Studio di Diritto Comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999; Christian KATZENMEYER, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 194-272; Martti MIKKONEN, “The Nordic Model: Finish Experience of the Patient Injury Act in Practice”, *Med Law* (2001) 20: pp. 347-353 e ERCHSEN, “The Danish Patient Insurance System”, *Med Law* (2001) 20: pp. 355-369. Esta alternativa está hoje novamente na ordem do dia com a sua introdução, embora parcial e mitigada, no direito austríaco (onde só se aplica nos *hospitais públicos* – Cfr. AIGNER/WALLNER, “Attempts to establish a system of non-fault compensation for medical maltreatment in Austria”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, II, pp. 329-333) e no direito francês (onde se limita a certas classes de danos – cfr. Jean-Marie CLÉMENT, *Droits des malades*, 2002, pp. 59 a 73).

⁹ Cfr. Olivier DUPUY, *L’information médicale: information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, pp. 108 e seguintes. O Autor apresenta um estudo estatístico das decisões da *Cour de Cassation* e do *Conseil d’État* em matéria de litígios relativos à informação dos pacientes por parte dos médicos entre 1 de janeiro de 1990 e 30 de junho de 2000. As ações por violação do consentimento informado não sendo muito numerosas, nos tribunais superiores, têm já uma expressão significativa. O não esclarecimento dos riscos da intervenção representa 90% dos casos de falta de informação, na *Cour de Cassation*, e 76%, no *Conseil d’État*.

¹⁰ Assim, CLÉMENT, *Droits des Malades (les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, p. 8.

¹¹ Expressão de Guilherme de OLIVEIRA, “O fim da ‘arte silenciosa’”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 99. Saliento, desde já, que esta expressão é feliz, pois está perfeitamente adaptada à medicina moderna, que se revela na sua faceta diagnóstica, terapêutica, preventiva, curativa, paliativa, farmacológica, cirúrgica, estética, hormonal, laboral, ligada aos seguros, às práticas desportivas, de procriação assistida, de transexualismo, de esterilização, de transplantação, experimentação, caminhando já para a terapia génica, discutindo-se mesmo se aí se deverá inserir o ato da eutanásia, etc. Ou seja, o ato médico, em sentido amplo, não se reduz já apenas à intervenção terapêutica e curativa. A medicina assume, assim, quase foros de um verdadeiro *serviço* enquadrado na *sociedade de consumo*. O conceito de *autodeterminação nos cuidados de saúde* tem, adequadamente, um sentido amplo e abrangente.

responsabilidade médica subjaz um problema de comunicação (violação da confidencialidade, realização de intervenções médicas sem informar o paciente, ou transmissão de informação insuficiente ou errada). Na Alemanha, já na década de setenta, duas terças partes dos processos de responsabilidade médica prendiam-se com a ausência ou insuficiência de informação.¹²

Uma outra razão é de natureza muito pragmática e de origem processual. É que dada a extrema dificuldade de prova da negligência médica, orientar o processo com mira na responsabilidade pelo consentimento informado afigura-se, muitas vezes, mais fácil e mais eficaz.¹³ Afirmam autores norte-americanos que: *“It may be that the cases that have reached the appellate courts on an informed consent issue are those in which the plaintiff’s attorney learned he could not prove a deviation from the standard of care after he invested a significant sum in the litigation.”*¹⁴

Esta observação, meramente empírica, justificará que o grande labor doutrinal e jurisprudencial dos ordenamentos jurídicos europeus e norte-americanos se concentre de forma muito significativa na matéria que pretendo tratar nesta dissertação.

A jurisprudência, para lá do Guadiana e do Minho¹⁵ é abundante e a doutrina é também muito rica. Acresce ainda, que, por toda a Europa se tem registado, nos últimos anos, uma intensa atividade legislativa, quer a nível autonómico¹⁶ e nacional¹⁷, quer a nível internacional e comunitário.¹⁸

¹² GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 21.

¹³ Sobretudo, se aceitarmos que o ónus da prova do consentimento informado impende sobre o médico, como explicam LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, München, C.H.Beck, 2002, p. 507.

¹⁴ Stanley PREISER/ Cyril WECHT/ Monty PREISLER, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, vol. II, p. 7. No mesmo sentido, para o direito alemão, cfr. Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht (Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte-recht)*, 4. Auflage, Springer, 1999, p. 77.

¹⁵ Em Espanha encontramos muita jurisprudência relativa à responsabilidade por violação do consentimento informado. Só na obra de MARTINÉZ-CALCERRADA/ Ricardo DE LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, 3 Tomos, Colex, 2001, onde os autores fazem uma seleção da jurisprudência mais significativa, encontramos 20 casos de consentimento informado decididos pelo Tribunal Supremo. Para o direito alemão, vide KUNTZ, *Arzt haftungsrecht: Sammlung von Entscheidungen*, que dedica grande parte do vol. 2 e do vol. 3 à jurisprudência relativa ao dever de informação e ao consentimento; cfr. Erich STEFFEN/ Wolf-Dieter DRESSLER, *Arzt haftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtssprechung*, 9., neubearbeitete Auflage, Köln, 2002, pp. 162-228 e LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, pp. 1538-1574. Para o direito francês, vide Gilles DEVERS, *Pratique de la responsabilité Médicale*, Paris, Éditions ESKA, 2000., pp. 130 e seguintes.

¹⁶ Refiro-me à riqueza legislativa das Comunidades Autónomas espanholas: v.g., a Ley 21/2000, de 29 de Dezembro, sobre direitos de informação relativa à saúde e autonomia do paciente e documentação clínica, da Comunidade autónoma da Catalunha, a Ley 3/2001, de 28 de Maio, da Comunidade Autónoma da Galiza e a Ley 10/2001, de 28 de Junho, da Estremadura.

¹⁷ Lars FALLBERG, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 6, constata que desde a publicação, em 1994, da *Declaração de Princípios dos Direitos dos Pacientes na Europa*, da OMS, muitos países produziram legislação sobre esta matéria: 8 países introduziram legislação (Países Baixos, Noruega, Lituânia, Dinamarca, Islândia, Geórgia, Israel e Áustria); outros países melhoraram a sua legislação (Grécia, Hungria, Bielorrússia, Eslováquia, Eslovénia e Suécia). Já antes, na Finlândia tinha sido promulgado o *Act on The Status and Rights of Patients*, de 17 de Agosto de 1992.

Mesmo fora do Continente europeu se regista esse movimento: em Israel, o *Knesset* aprovava, a 1 de Maio de 1996, a Lei dos Direitos do Paciente (Vide Amos SHAPIRA, “Country Report Israel”, in Jochen

Passados que estão os tempos em que o “Físico” era uma espécie de Sacerdote, e a cura uma graça de Deus, a relação médico-paciente entrou no mundo do direito. Por todo o lado os casos de negligência médica e de intervenções não consentidas vão chegando às salas dos tribunais e às páginas dos jornais. Numa sociedade crítica, como a nossa, os cidadãos clamam pela satisfação dos seus direitos e exigem responsabilidades em situações que outrora relegavam ao fado, ao azar.

A afirmação do primado da pessoa humana, que se vem delineando desde o renascimento e que alcança o seu esplendor após os horrores da segunda guerra mundial, tem o seu reflexo no mundo da medicina com a consagração do princípio ético da autonomia, que se não se sobrepõe, pelo menos não pode ser amesquinhado pelo princípio da beneficência. Como afirma Costa Andrade, “o médico não pode apenas sacrificar ao velho mandamento hipocrático: *salus aegroti suprema lex esto!* Tem também de prestar homenagem ao imperativo: *voluntas aegroti suprema lex esto!*”¹⁹

O estudo jurídico do consentimento informado parece-me, deste modo, justificado. Trata-se de uma matéria atual, que tem vindo a ser objeto de intervenções legislativas nos nossos países vizinhos e de crescente importância jurisprudencial. Os tribunais portugueses ainda não sentiram o grande embate que se avizinha. Espero poder contribuir para que, quando esse momento chegar, haja mais uma ferramenta de trabalho que permita ajudar a resolver os complexos problemas jurídicos que se irão colocar.²⁰

TAUPTZ (Ed.) *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their life – An International Documentation*, Springer, 2000, pp. 691 e seguintes); na Nova Zelândia vigora o *Code of Health and Disability Services Consumers’ Rights* (Vide Peter SKEEG, “Country Report New Zealand”, in TAUPTZ, *Regulations of Civil Law...*, pp. 773 e seguintes.).

Muito recentemente também vários países – e, para mais, países culturalmente próximos de Portugal – aprovaram legislação referente aos direitos dos pacientes. Assim aconteceu em França (Loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* – sobre a qual vide PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, Paris, Masson, 2002, *passim*, e GARAY, “La nouvelle législation française relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 194 e seguintes), a Bélgica (*Loi relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002 – que entrou em vigor a 6 de Outubro de 2002) e a Espanha (Ley 41/2002, de 14 de Novembro ‘*reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*’, que entra em vigor no dia 16 de Maio de 2003).

O Reino Unido lançou mão de outro método para promover os direitos dos pacientes: em 1991 publicou a Carta do Paciente (*Patient’s Charter*): uma combinação de *standards* nacionais e uma codificação da prática existente. Portugal, Irlanda e a Alemanha seguiram este modelo. Contra estas Cartas aduz-se que não têm força de lei, traduzindo-se num mero manifesto político. Cfr. tb., FLUSS, “Comparative Overview of International and National Developments in Regard to Patient’s Rights Legislation”, in WESTERHALL/ PHILLIPS (Ed.), *Patient’s Rights*, Stockholm, 1994, pp. 439 e seguintes.

¹⁸ Dimo ILIEV/ Mikko VIENONEN, *Patient’s Rights Development in Europe*, December 1998, OMS.

¹⁹ COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 381.

²⁰ Este trabalho tem na sua base um lastro de cultura jurídica de direito da medicina que vem sendo realizado na Escola da Faculdade de Direito de Coimbra, de que destacaria, no específico tema do consentimento informado, os trabalhos de FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, Coimbra, 1992, Guilherme de OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, 1999, e VAZ RODRIGUES; *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, 2001.

2. Esclarecimento terapêutico e esclarecimento-para-a-autodeterminação

O consentimento informado foi, pois, sendo edificado ao longo do século XX. O dever de esclarecimento que radica nesse intuito tem em vista permitir a autodeterminação do indivíduo nos cuidados de saúde e não se confunde com o esclarecimento terapêutico.

Esta *therapeutische Aufklärung* ou *Sicherungsaufklärung* consiste em prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição, se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa, ou refere-se ao aconselhamento de uma dieta. Pode envolver aconselhamento acerca de medidas que deve tomar (v.g., fazer ginástica) ou os perigos que deve evitar (v.g., conduzir o automóvel em virtude de um problema cardíaco grave). Pode ainda abranger a informação sobre o *diagnóstico*, nomeadamente quando tenha em vista evitar certas sequelas infecciosas ou próprio paciente ou em terceiros, destacando-se aqui de um resultado de seropositividade.²¹ É muito relevante relativamente à medicação: esta obriga o médico a informar o paciente acerca da dose, efeitos secundários e reações adversas e quanto mais agressivo o fármaco for mais deve o doente ser informado; além disso, o médico deve acompanhar a toma dos medicamentos e favorecer a *compliance* do paciente face ao tratamento em curso.²²

Juridico-dogmaticamente, o esclarecimento terapêutico levanta menos dificuldades do que o esclarecimento para a autodeterminação, sendo parte integrante das *leges artis* (em sentido estrito). Assim, uma violação grosseira dos deveres de esclarecimento terapêutico resultam num grave *erro médico*.²³ Por outro lado, o âmbito de esclarecimento terapêutico é mais amplo que no consentimento para a autodeterminação, devendo o médico informar sobre todos os pormenores que possam ser úteis para a saúde do doente. Deste modo, não faz qualquer sentido falar aqui de privilégio terapêutico, já que a informação contribui, ela própria, para que o doente assuma comportamentos positivos para a sua saúde. Como escrevem Laufs e Uhlenbruck, aqui prevalece o velho princípio *salus aegroti suprema lex*.²⁴

Em suma, o esclarecimento terapêutico tem em vista “afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contraindicadas pela terapia.”²⁵ Vale não como pressuposto da liberdade pessoal, mas sim como exigência dos deveres objetivos de cuidado, das *leges artis* da medicina, tendo em vista a tutela da integridade físico-psíquica e/ou a vida.²⁶

No *esclarecimento para a autodeterminação (Selbstbestimmungs-aufklärung)* estamos perante a informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a

²¹ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, p. 503.

²² LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 503.

²³ LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 501. Na Alemanha entende-se que há, neste caso, uma inversão do ónus da prova do nexos de causalidade.

²⁴ LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 507.

²⁵ ESER, “Ärztliche Aufklärung”, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 415.

²⁶ COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 415. Cfr. tb. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 395 e ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 7.

uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana.

3. Fundamento legal do Consentimento Informado

i. Direito Penal

O Código Penal Português pune a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente, com o tipo de *intervencções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* (artigo 156.º) e estabeleceu, com rigor, o *dever de esclarecimento* (artigo 157.º).

Por outro lado, quando a intervenção médica não for praticada por um médico ou outra pessoa legalmente habilitada, ou não tenha finalidade terapêutica ou ainda se não seguir as *leges artis* da medicina académica, só será lícita se previamente justificada com o consentimento do lesado (artigos 38.º e 149.º CP). Estas normas são de uma importância crucial na regulação do direito ao consentimento informado no nosso ordenamento jurídico.

ii. Direito Civil

No plano civilístico, encontra-se consagrado na lei (artigo 70.º CC) o *Direito Geral de Personalidade*.²⁷ Confere-se assim uma tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade. Nas palavras de Orlando de Carvalho, o direito geral de personalidade consiste “(n)um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *jus* à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’ de que falam já certos textos jurídicos). Trata-se de um *jus in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação(...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna”.²⁸

Ora, se no n.º 1 do artigo 70.º se encontra esse direito-mãe ou direito fonte, está também previsto o direito especial de personalidade: o *direito à integridade física e moral*, com o qual

²⁷ TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, p. 275, também fundamenta o consentimento informado no direito geral de personalidade (previsto no artigo 2, I da GG).

²⁸ Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 90. Sobre este direito, vide CAPELO DE SOUSA, *DGP*, *passim*. Este direito é aceite por grande parte da doutrina portuguesa; vide, entre outros, VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ”, *RLJ* 108 (1975/1976), p. 315, 318 e seguintes, HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 259.

Em sentido contrário à consagração de um direito geral da personalidade, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 86 e seguintes e em geral a doutrina da Escola de Lisboa. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Lisboa, 2001, p. 226 também tem dúvidas “em aceitar um direito geral de personalidade, como direito subjectivo absoluto, autónomo, enfim, como um direito a mais, ao lado dos direitos particulares da personalidade.” Mas considera já admissível vê-lo como um princípio fundamental do sistema, que domina e orienta a categoria dos direitos da personalidade. “Ficam sempre reservadas ao artigo 70.º as úteis funções de afirmar o princípio da tutela plena da personalidade do Homem e de excluir um regime de tipicidade dos direitos de personalidade.”

se relaciona o direito à *liberdade* de vontade e a *autodeterminação*, que é precisamente onde se fundamenta civilisticamente o consentimento informado. Um outro caminho possível consiste no recurso ao catálogo dos direitos, liberdades e garantias da CRP e carrear para o direito civil, através da norma com *fattispecie* aberta prevista no artigo 70.º, o *direito à integridade pessoal* previsto no artigo 25.º CRP.

A violação dos direitos de personalidade dá lugar não só a responsabilidade civil mas também a “providências (judiciais) adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”, nos termos dos artigos 70.º, n.º 2 do CC e 1474.º e seguintes do CPC.²⁹

Para além de ser um direito absoluto de personalidade, a doutrina e jurisprudência (alemãs e austríacas) não têm dúvidas em considerar o dever de informar como um *dever contratual* do médico.³⁰ Por outro lado, no quadro contratual, podemos ainda fazer apelo à *boa-fé*, como fundamento do dever de informar o paciente, mesmo quando se trata de um prognóstico pessimista. Na verdade, pode ser extremamente importante para a planificação ulterior da vida do paciente que ele seja informado do prognóstico: o paciente poderá pretender pôr termo a certas atividades profissionais, pode querer tomar decisões no plano financeiro, tomar decisões com a companheira, os filhos, os pais, etc.³¹

4. Análise do Direito Penal Português

De acordo com o artigo 150.º do Código Penal³², as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, *ofensas à integridade física*. Posto é que se verifiquem os seus requisitos, constituídos por dois elementos subjetivos – (a) que o *agente* seja um “médico ou outra pessoa legalmente autorizada”; e que este atue com (b) *finalidade terapêutica* – isto é, que os tratamentos sejam empreendidos “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental” – e por dois elementos objetivos: (c) que a intervenção seja realizada por *indicação médica* e (d) com o respeito pelas *leges artis*, ou seja, que se trate de “intervenções e tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se

²⁹ Sobre a tutela dos direitos de personalidade, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, pp. 97 seguintes e HÖRSTER, *A Parte Geral...*, pp. 259 e seguintes Também o artigo 485.º CC prevê a obrigação de indemnizar quando “havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento constitua facto punível.” Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, pp. 223 e seguintes.

³⁰ DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78. BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 20.

³¹ Herman NYS, *La Médecine et le Droit*, Kluwer, 1995, p. 119.

³² Artigo 150.º, n.º 1 CP: “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.”

mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*".³³ Assim, a intervenção médico-cirúrgica realizada nos termos do artigo 150.º CP, não lesa o bem jurídico integridade física, antes constitui, quando realizada *sem* consentimento do paciente, um crime contra a *liberdade do paciente*, violando o seu direito à autodeterminação (artigo 156.º CP).³⁴ "E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte".³⁵

Como ensina Costa Andrade, o regime jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos está consagrado nos artigos 150.º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), 156.º (*Intervenções e Tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*) e 157.º (*Dever de esclarecimento*). "Neste regime entroncam dois enunciados fundamentais: em primeiro lugar, a proclamação da *atipicidade* das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de Ofensas Corporais e de Homicídio; em segundo lugar, a punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico *crime contra a liberdade*. Na síntese de MEZGER: "as intervenções e tratamentos que correspondam ao exercício consciente da atividade médica não constituem quaisquer *ofensas corporais*, mas podem ser punidos como *tratamentos arbitrários*". A lei portuguesa assumiu, de forma consciente, a solução doutrinal (de autores como Schmidt ou Engisch) que coloca a intervenção medicamente indicada e prosseguida segundo as *leges artis* fora da área de tutela típica das ofensas corporais e do homicídio".³⁶ Pelo que, resumidamente, "a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *leges artis*."³⁷

Por outro lado, já constituirão *ofensas à integridade física*, só podendo então a sua justificação derivar, se puder, da eventual relevância nos termos gerais de uma concreta causa de justificação, *maxime consentimento* do ofendido ou do estado de necessidade, situações como a extração de órgãos ou tecidos para transplantes, determinadas formas de esterilização, a experimentação médico-científica (pura), intervenções de finalidade cosmética, entre outras. Para estas situações deveremos, pois, considerar o regime do consentimento do ofendido, nos termos dos artigos 38.º e 149.º do CP.^{38 39}

³³ Cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 307

³⁴ Crime punível com pena de prisão até 3 anos.

³⁵ COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 450.

³⁶ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 302.

³⁷ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 305.

³⁸ Note-se, contudo, desde já, que há leis específicas a disciplinar aspectos específicos do consentimento do ofendido (como por exemplo: disponibilidade, capacidade, representação legal). Tal acontece, v.g., com a disciplina da esterilização (Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar), transplante de órgãos e tecidos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril) e ensaios clínicos (Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de Abril).

³⁹ Cfr. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 277. Resulta da articulação destas duas normas o regime jurídico-penal do consentimento no âmbito das ofensas à integridade física. Em primeiro lugar, sabemos que o legislador considera este bem jurídico *livremente disponível*. O requisito dos *bons costumes*, ao contrário do entendimento dominante durante um longo período, não pode abrir a porta à punição de lesões corporais (consentidas) *em nome da sua imoralidade*. A fronteira dos bons costumes passa pela distinção entre ofensas *ligeiras e graves* (FIGUEIREDO DIAS). Só não será assim nos casos em que a lesão esteja ao serviço de interesses de superior e inquestionável dignidade, reconhecida pela ordem jurídica. Tal acontece, por exemplo, com os *transplantes entre vivos*.

Numa palavra, o bem jurídico protegido pelo direito penal português no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 156.º CP) – e que corresponde à grande maioria das intervenções médicas – é a *liberdade*, como se confirma pela própria inserção sistemática deste tipo legal de crime (Capítulo IV, relativo aos “Crimes contra a Liberdade Pessoal”, do Título I, da Parte Especial do Código Penal).

5. Direito comparado

O bem jurídico civilmente tutelado deverá coincidir com a ordenação que o legislador penal realizou, ou pode a sua teleologia e índole própria aceitar ou mesmo impor uma solução diferente?

Para responder a esta questão, importa agora analisar o direito alemão e austríaco, visto que foi nestas ordens jurídicas que se colocou em destaque a ideia do crime contra a liberdade (*Freiheitsdelikt*), e portanto, aí (sobretudo na Áustria, país onde a opção dogmática do *Freiheitsdelikt* primeiro ganhou foros de direito positivo) a doutrina e a jurisprudência tiveram de discernir até que ponto a opção político-criminal do legislador influirá na delimitação do âmbito de proteção juscivilístico do direito ao consentimento informado.

Se olharmos às experiências jurídicas do mundo anglo-saxónico⁴⁰ ou de influência francesa⁴¹ veremos que este problema é pouco relevante, visto que na história do seu pensamento jurídico não se deu o salto qualitativo (em termos de direito penal) alcançado por autores como Eberhardt Schmidt ou Engisch.⁴²

i. A tese das Ofensas Corporais do Supremo Tribunal Alemão

A Jurisprudência alemã considera que qualquer intervenção médica, independentemente da sua indicação terapêutica e da sua conformidade com as *leges artis*, como uma *ofensa à integridade física*.⁴³ E isto independentemente do resultado feliz ou infeliz da intervenção.⁴⁴

⁴⁰ Como afirmam KENNEDI/ GRUBB, *Medical Law*, Third Edition, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, p. 575, “any intentional touching of a person without a lawful justification or without their consent amounts to the tort of *battery* and may also constitute a *criminal offence*.”

Nos EUA, em *Natanson v. Kline*, uma paciente que sofria de cancro do peito realizou radioterapia com cobalto radioativo. O tribunal afirmou que uma violação do dever de informar deve ser considerada uma prática profissional negligente (delito de *negligence*). Desviou-se da jurisprudência anterior que considerava que a violação do consentimento informado configurava o delito de *battery*. Cfr. DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 79. Assim, na Inglaterra, e nos outros países da *Common Law*, em caso de intervenção arbitrária, o médico comete o delito de *battery* ou de *negligence*, consoante se esteja perante a *completa ausência de consentimento* ou perante um *consentimento inválido por falta da devida informação*.

⁴¹ O Código penal belga, por exemplo, incrimina as intervenções arbitrárias como “une atteinte à son intégrité physique” (artigos 398 a 400 para as ofensas corporais voluntárias e os artigos 418 a 420 para as ofensas corporais e os homicídios involuntários). Cfr. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 16.

⁴² Cfr., desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, pp. 417 e seguintes e 449 e seguintes.

⁴³ Cfr. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, pp. 424 ss e, mais recentemente, Brigitte TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und lex artis*, Springer,

Temos assim a realização de um tipo (delitual civil) [§823 Abs. 1 BGB – *Körperverletzung*], cuja ilicitude apenas poderá ser dirimida pela causa de justificação *consentimento* (expresso ou tácito) e o *consentimento presumido*. O esclarecimento, por seu turno, é um pressuposto de eficácia do consentimento.⁴⁵

Todavia, vários autores (Honsell, Weber-Steinhaus, Geilen, Schmidt, Brüggman) criticam esta conceção. Resumidamente, eles entendem que a ação médica não visa prejudicar, mas sim melhorar a condição física e tem fins curativos; por outro lado, a doutrina das ofensas corporais não toma em consideração o sentido e a finalidade social do exercício médico e dos seus efeitos, colocando o médico ao mesmo nível que o “faquista e o brigão” (Schmidt), para depois colocar o consentimento como salvador do médico face ao tribunal. Para alguns destes Autores, a causa de justificação seria a intenção terapêutica da intervenção médica e, por essa razão, a adequação social da prática médica (*Sozialadäquanz ärztlicher Berufsausübung*). Porém, esta perspetiva não protege devidamente a autonomia e a integridade física do paciente.

Esta doutrina – segundo Daniela Engljäringer – para além das insuficiências dogmáticas que lhe são apontadas, não toma em consideração as recentes transformações na conceção de intervenção médica. De facto, a medicina tradicional partia dos critérios essenciais: indicação médica e a intenção terapêutica. Mas hoje falta, muitas vezes, quer a *medizinische Indikation* quer a *Heiltendenz*. Basta pensar em todo o imenso campo da moderna medicina que vai desde as operações cosméticas, à terapia de substituição (no tratamento da toxicoddependência), passando pela interrupção voluntária da gravidez (sem indicação terapêutica), pela amniocentese, pelo diagnóstico pré-natal, a Fertilização In Vitro, até à medicina do desporto e tratamentos para aumentar as capacidades físicas, as transplantações e o transexualismo. No próprio domínio da experimentação, distinguimos entre a investigação terapêutica e a experimentação pura. Em suma, o desenvolvimento da medicina coloca o conceito de intervenção médica em questão. Assim, segundo a citada autora deve-se renunciar ao conceito de intervenção terapêutica e levar-se a cabo uma análise do ato médico com base em considerações puramente objetivas.⁴⁶

Alguns autores (Wiethölter, Laufs)⁴⁷ defendiam que o ato médico sem consentimento apenas viola um direito de personalidade (*Persönlichkeitsrecht*). Consequentemente, não haveria lugar a uma indemnização pelos danos materiais, mas apenas uma compensação por danos morais (*Schmerzensgeld*), uma satisfação, por violação do direito à autodeterminação (*Selbstbestimmungsrechts*).

Atualmente, Laufs e Uhlenbruck consideram que o consentimento informado visa “proteger a

2000, *passim* e KNAUER, “Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – Überzogene Anforderungen an den Arzt?”, in ROXIN / SCHROTH, *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, 2., überarbeitete Auflage, 2001.

⁴⁴ ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, pp. 27-28.

⁴⁵ É, sem dúvida, a tese dominante na doutrina civilística alemã: cfr. Jens-M. KUHLMANN, *Einwilligung in die Helbehandlung alter Menschen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, p. 8.

⁴⁶ ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 75.

⁴⁷ Segundo informa DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78, nota 5

liberdade do paciente se decidir sobre a sua *integridade física*".⁴⁸ Deste modo, a intervenção médica, tecnicamente correta, mas arbitrária (por violação do dever de esclarecimento) lesa a *autonomia* e a *integridade física* do paciente. O médico responde pelas complicações da intervenção, bem com pelas consequências patrimoniais. Se a intervenção arbitrária não tiver consequências negativas, então apenas haverá lugar a uma indemnização por *danos morais*, caso se verifiquem os fundamentos para isso.

Com Deutsch, podemos afirmar que, para a responsabilidade civil, são protegidos bens jurídicos como a *integridade física*,⁴⁹ a *saúde* e a *liberdade*, encontrando-se estes bens jurídicos à disposição do seu titular. Assim, em caso de intervenção médica arbitrária (sem consentimento esclarecido) são violados esses bens jurídicos (*a integridade física*, a *saúde* e a *liberdade*) e não apenas o direito de personalidade liberdade ou autodeterminação.⁵⁰

ii. O Direito Austríaco

Em primeiro lugar, reafirmo que a análise do direito austríaco é para nós muito importante enquanto ferramenta de direito comparado, visto que o legislador penal deste país teve a mesma opção político-criminal que o português. Na verdade, nos termos do § 110, 1 do Código Penal austríaco, as intervenções médico cirúrgicas arbitrárias (*Eigenmächtige Heilbehandlung*) constituem um crime contra a liberdade e não um crime contra a integridade física.

A Doutrina Penal austríaca

Para a doutrina penal dominante a intervenção, com indicação médica e de acordo com as *leges artis*, não preenche o tipo de ofensas à integridade física mesmo que careça do consentimento do paciente. Esta perspetiva é defendida mesmo quando há uma perda importante, substancial (por exemplo: uma amputação) ou quando a operação não é bem sucedida. Negam a tipicidade de ofensas corporais porque a atividade médica não tem um carácter de comportamento social perigoso e inadequado. A intervenção arbitrária viola, porém, o §110, 1 StGB que protege a autodeterminação do paciente.

Tal como vimos para o direito português, quando haja violação negligente das *leges artis*, aplicam-se os crimes de ofensa corporal (§88 ofensas corporais negligentes e §80 homicídio negligente). Distingue-se entre intervenções terapêuticas de outras intervenções médicas (por exemplo: operações cosméticas, colheita de órgãos e de sangue, investigação pura). Estas intervenções preenchem o tipo de ofensas corporais e são justificáveis pelo consentimento.

A Doutrina Civil austríaca

Ora, apesar dos dados normativos do Código penal, a opinião dominante dos juscivilistas

⁴⁸ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, p 500.

⁴⁹ DEUTSCH, "Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs", *NJW* 1965, p. 1989, veio pôr a nu a necessidade, para efeitos de responsabilidade civil, de considerar a intervenção médica arbitrária como ofendendo o tipo de ofensas corporais (*Körperverletzungstatbestand*). DEUTSCH defendia, então, a chamada *Transparenztheorie*, segundo a qual as intervenções médicas lesam em primeira linha a liberdade de decisão do paciente, mas esta expressão do direito geral de personalidade é transparente: por detrás dela, surge a intervenção no corpo e na saúde, em cujo âmbito de proteção se encontram os danos patrimoniais e os danos imateriais.

⁵⁰ DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 78, com extensas indicações bibliográficas sobre o tema.

austríacos é a de que as intervenções médicas que prejudiquem a saúde do doente constituem *ofensas à integridade física* (aplicando-se o §1325 ABGB). Esta tese (*Körperverletzungstatbestand*) vale, não só quando se verifica má prática (*Kunstfehler*), isto é, a intervenção carecia de indicação médica ou o médico violou as *leges artis*, atuando negligentemente, mas também face a quaisquer operações ou intervenções que respeitem as regras da medicina, e que causem (fruto do risco inerente à atividade médica) um *agravamento do estado de saúde do paciente*. O consentimento exclui, porém, a ilicitude do comportamento e consequentemente não será imputada a responsabilidade ao médico.⁵¹

Para que o consentimento seja eficaz, o médico deve informar devidamente o paciente sobre a doença, a intervenção médica e os seus riscos, bem como os possíveis métodos alternativos. Se o médico omitir este dever de esclarecimento, deve responder pelas consequências desvantajosas que resultem da intervenção (apesar de esta ser, no plano das *leges artis*, irrepreensível).

Tradicionalmente, a jurisprudência fundamentava a responsabilidade no §110 do Código Penal, entendendo esta norma como disposição legal de proteção.⁵² Ao contrário da alemã, a jurisprudência austríaca tradicional entendia que a intervenção médica não daria origem automaticamente, de plano, a uma ofensa corporal. *Ela poderia conduzir a isso, caso o resultado da intervenção fosse negativo*. As consequências danosas da intervenção médica seriam ilícitas porque violariam o Código Penal (§110 I StGB). O médico responderia por violação desta norma de proteção (§ 1311 ABGB, segunda modalidade de ilicitude) pelos danos causados pela intervenção.

Todavia, recentemente, o OGH passou a sustentar que *todas* as intervenções médicas que impliquem uma violação da integridade física configuram o *Tatbestand* de ofensas corporais (§1325 ABGB), que pode ser justificado através do consentimento. No caso de haver uma relação contratual, pode-se fundamentar uma pretensão indemnizatória por violação do dever contratual de informar. Preenchem o tipo de ofensas corporais (§1325 ABGB) as intervenções

⁵¹ KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, II², p. 120; KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, Wien-New York, Springer, 1999, pp. 119 ss; REISCHAUER in RUMMEL, ABGB², §1299, Rz 23a e 23b; entre outros: cfr. BARTH, *Die Einwilligung...*, cit., p. 25.

⁵² Norma semelhante ao nosso artigo 156.º do CP. A verdade, porém, é que com o amplo reconhecimento do *direito geral de personalidade*, o jurista português, quando se trata de danos a pessoas, nem costuma considerar as normas de proteção do Código Penal (cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Informações ou Recomendações*, p. 237). Todavia, também na primeira modalidade de ilicitude devemos fazer o esforço dogmático de encontrar os deveres de conduta, cuja violação gera ilicitude. Ora, na definição dos contornos desses mesmos deveres de conduta parece-nos que os tipos legais de crime (contra as pessoas) poderão ajudar o intérprete. Dizemos, ajudar e não delimitar ou definir, visto que, por um lado, o Direito Penal está sujeito ao estrito princípio da tipicidade (enquanto expressão do princípio da legalidade criminal), por outro lado, é característica mesma deste ramo do direito o seu carácter de *ultima ratio*, o respeito pelo *princípio da necessidade* (artigo 18.º CRP) e a sua *fragmentariedade*. Fragmentariedade de primeiro e segundo grau, significando aquele que o direito penal só protege alguns bens jurídicos e o último, que só protege esses escolhidos bens jurídicos face a certo tipo de agressões (*vide*, sobre estes conceitos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Questões Fundamentais*, 1996).

O direito civil é, pois, mais maleável, sendo, neste caso, mais complexo ao nível do bem jurídico. Ao contrário da fragmentariedade da ilicitude penal, a civil é elástica, visto que, tratando-se de sopesar os danos da vida em sociedade, estes recairão sempre sobre alguém em concreto, ou o lesante ou o lesado, sendo tarefa da responsabilidade civil definir sobre quem estes deverão impender.

médicas invasivas (*invasive ärztliche Behandlungen*), incluindo as violações da integridade física, os tratamentos sem intervenção física, mas que causam dor, tratamentos medicamentosos que causam efeitos secundários negativos.⁵³

Ernst Karner entende que uma intervenção arbitrária é uma eminente violação da liberdade de decidir e assim uma grave lesão da personalidade do paciente; contudo, não lhe parece contraditório, nos casos de intervenções médicas invasivas, considerar também uma *ofensa corporal*, porque na realidade houve uma intromissão da *incolumidade pessoal*. Ofensa corporal e lesão da saúde que não ficam excluídos no caso de a intervenção ter sido bem-sucedida.⁵⁴ O Autor austríaco procura lugares paralelos na ordem jurídica e explica que também uma alteração favorável numa coisa alheia constitui uma violação do direito de propriedade, se foi realizada sem autorização do proprietário.⁵⁵

Na verdade, entende-se que, no direito civil, se distinguem os interesses da integridade (*Integritätsinteresse*) e a liberdade de disposição (*Dispositionsfreiheit*) daquele a quem o bem jurídico foi atribuído. Neste sentido, veja-se no direito português, o artigo 1306.º CC e o regime do enriquecimento sem causa do artigo 473.º e seguintes CC, onde se aceita a doutrina da afetação ou da destinação (*Zuweisungslehre*) dos bens absolutamente protegidos⁵⁶. “A infracção da liberdade de disposição do titular é uma infração da ordenação absoluta dos bens jurídicos e desse modo uma violação do próprio direito.”⁵⁷ Assim, temos uma intervenção arbitrária, mesmo quando não se afeta o interesse da integridade do titular, mas se realiza uma violação da ordenação dos bens jurídicos. Portanto, uma intervenção médica, não consentida, com resultados favoráveis deve ser qualificada como uma *Körperverletzung*.

Contra isto, não se invoque que o âmbito de proteção da norma do §110, 1 Código penal austríaco apenas protege o direito à autodeterminação, e não a integridade física. É que a integridade física é protegida como direito absoluto (primeira modalidade de ilicitude, § 1325 ABGB), havendo uma proibição geral de agressão, pelo que não é necessário recorrer à norma penal.

Na perspetiva civil, portanto, – diferentemente da perspetiva fragmentária do direito penal – a violação do interesse de disposição através de uma lesão do direito absolutamente protegido à integridade física constitui uma violação desse próprio direito. Se seguirmos esta teoria, o conceito de ofensas corporais em direito civil afasta-se significativamente da perspetiva penal. E isto é algo que não deve causar surpresa; de facto, o conceito criminal de ofensas à

⁵³ No conceito de ofensas corporais (para o direito civil) o OGH inclui: (1) a perturbação ou afetação da saúde *física* (uma operação provoca uma ferida, que é necessariamente uma modificação negativa e com toda a certeza causará dores, de modo que mesmo perante intervenções bem sucedidas pode haver danos (*Gefühlsschaden*)), ou *psíquica* ou da *incolumidade pessoal*; (2) danos interiores, perturbações nervosas, doenças mentais, neuroses, estados de choque; (3) tratamentos medicamentosos para regular o metabolismo ou para a esfera psíquica; (4) alívio de dores físicas. Não se qualificam como ofensas corporais as simples impressões psicológicas, infelicidade ou mal-estar.

⁵⁴ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, p. 119.

⁵⁵ KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, Band II (1984), p. 120 e KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 119.

⁵⁶ RUI de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 187; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 453; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, 1970.

⁵⁷ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

integridade física é mais restrito que o civil. Assim, pequenas ofensas como cortar o cabelo, atingir alguém com água ou xarope, destruição de um penteado artístico, dar uma leve bofetada, causar uma nódoa negra ou mesmo uma pequena perda de sangue (podem) não ser consideradas ofensas corporais para o direito penal:⁵⁸ “a ofensa ao corpo não poderá ser insignificante”.⁵⁹

Voltando aos exemplos de direito patrimonial: no caso de se realizarem melhoramentos em coisa alheia, contra a vontade do titular, esta ação é civilmente ilícita, por violação da liberdade de disposição do direito de propriedade. Mas, criminalmente, não há crime de dano, já que este pressupõe destruição, danificação.⁶⁰ Costa Andrade, aponta vários casos em que o direito penal não intervém. Para além do clássico critério – resultante da exigência de dignidade penal, expressão do seu carácter de *ultima ratio* – de *minimus non curat pretor*; apresenta o caso de ‘soltar o pássaro da gaiola’ que, na sua interpretação, não constitui crime de dano, advogando igual juízo, à luz do direito português, para os referidos casos de “reparações arbitrárias”, isto é, em que se melhoram ou reforçam a utilidade funcional das coisas.⁶¹

Em conclusão, no ordenamento jurídico onde o legislador penal optou pela tese do *Freiheitsdelikt*, a doutrina e a jurisprudência entendem que, para efeitos de direito civil, a intervenção médico-cirúrgica arbitrária configura uma violação do direito à integridade física.

6. Bens jurídicos protegidos pelo direito civil e danos ressarcíveis

Em primeiro lugar, se o paciente *consentiu* (tendo sido previamente devidamente informado) só há lugar a indemnização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte. O consentimento válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que esta seja realizada diligentemente.

Se a intervenção médica for *arbitrária*, porque não se obteve consentimento ou se obteve um consentimento viciado (por falta de informação adequada), devemos distinguir duas situações: na primeira, verifica-se uma intervenção médica sem consentimento (ou com consentimento viciado), mas sem quaisquer danos (corporais), ou seja, sem qualquer agravamento do estado de saúde do paciente; na segunda, a intervenção é arbitrária e não obteve êxito, ou verificaram-se riscos próprios da operação, ou provocou consequências laterais desvantajosas.

⁵⁸ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

⁵⁹ Paula FARIA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 207, “A apreciação da gravidade da lesão não se deve deixar fundar em motivos e pontos de vista pessoais do ofendido, necessariamente subjectivos e arbitrários, antes deverá partir de critérios objectivos se bem que não perdendo totalmente de vista factores individuais.”

⁶⁰ Em Portugal, rege o artigo 212 (Dano), n.º 1: “Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, é punido...”

⁶¹ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, II, pp. 211, 218 e 219.

a) Intervenção médica sem consentimento, mas sem quaisquer danos para o doente

A doutrina portuguesa entende que este tipo de condutas deve ser civilmente censurado. Os bens jurídicos tutelados são o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade, logo os danos ressarcíveis são não só os que resultam da violação da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos e a lesão da incolumidade pessoal.

Orlando de Carvalho, seguido por Capelo de Sousa, afirmam que, se em termos penais, não haverá crime de ofensas corporais mas um crime contra a liberdade das pessoas, já no plano civil, dada a abertura do artigo 70.º (direito geral de personalidade) há uma *violação corporal*, "com lesão da incolumidade pessoal (*noli me tangere*) a par da infração ao *direito de autodeterminação ou liberdade de decisão*, abrangendo os danos, não apenas a lesão da liberdade de vontade, mas também as dores, os incómodos físico-psíquicos e os riscos sofridos pelo paciente"⁶².

Assim, a doutrina aceita que o dano moral resultante da intervenção arbitrária merece a tutela do direito. Neste sentido, Guilherme de Oliveira afirma que, independentemente da alteração para melhor ou para pior do estado de saúde do doente, haverá a lesão de um direito de personalidade, o *direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde*, pelo que o médico poderá ser responsabilizado nos termos dos artigos 70.º, n.º 2 e 483.º C.C, pagando uma indemnização pelos danos não patrimoniais que causar.^{63 64} Também, em Espanha, o

⁶² Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 193: "Decerto que, se a saúde não piorou, mas melhorou, o dano parece reduzir-se apenas à falta de consentimento e, logo, à simples lesão da liberdade da vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa." Cfr. ainda CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 219, nota 440. Também DEUTSCH, "Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs", *NJW* 1965, p. 1988, faz apelo ao conceito de "körperliche Unversehrtheit".

⁶³ Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, p. 99.

⁶⁴ Normalmente distingue-se o direito à integridade física e psíquica do direito à saúde; este último está previsto no artigo 64.º CRP, constando do catálogo de direitos sociais, económicos e culturais e dirige-se, sobretudo, contra o Estado. Já o primeiro é considerado como um clássico direito de personalidade (cfr. Adriano de CUPIS, *I diritti della Personalità*, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1950, pp. 58 seguintes), com sede no artigo 70.º, n.º 1 CC e no artigo 25.º CRP, e que consiste na pretensão de *não ver alterado para pior o seu estado físico-psíquico prévio por intromissões ilícitas de terceiros* (Orlando de CARVALHO, "Transplantações e direitos das pessoas", in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993, p. 138, define a saúde como "o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias." Porém, o direito à saúde também pode ser juscivilisticamente compreendido como um direito de personalidade. Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, *Mudança de Sexo, O Critério Jurídico (O Problema do "Paradigma Corporal" Da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra, 1991, pp. 280 e seguintes, entende que "o direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito ao ambiente e ao direito de propriedade, ou seja, direito personalisticamente caracterizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será, tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também a psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspecto dinâmico (que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial) enquanto situado equilíbrio reflexivo ou de bem-estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral, consignada no artigo 70.º, n.º 1, do

Tribunal Supremo identifica um dano na violação do direito a ser informado: “esta situação de inconsciência provocada pela falta de informação imputável à Administração... supõe em si mesma um *dano moral grave*, distinto do dano corporal derivado da intervenção”.⁶⁵

Se o que vai dito é válido como tese geral, penso que devemos precisar o modo de *cálculo* do dano indemnizável com mais rigor. Para tanto, seguirei de perto a exposição de Karner. O Autor entende que, se o estado de saúde melhorou, mas foi necessário efectuar uma *intervenção invasiva*, estamos perante uma ofensa corporal, logo há direito a uma indemnização.⁶⁶ O paciente, tendo-lhe sido negada informação suficiente, não teria que suportar a intervenção e assim não tem que sofrer os efeitos laterais. Todavia, se houve uma melhoria geral do estado de saúde, na determinação do dano indemnizável não devemos abstrair desse facto. Assim as dores e tristezas causadas pela intervenção devem ser *ponderadas* com as dores e sentimentos de infelicidade que o paciente sofreria se não se realizasse a operação – deve-se realizar uma ponderação dos danos (*Vorteilsausgleichung*).

Esta ponderação de danos apenas deve envolver *danos imateriais*. Assim, não devem ser ponderados os danos patrimoniais virtuais, como por exemplo o facto de a pessoa poder ter ficado impossibilitada de trabalhar, se não tivesse sido operada; mas isto não leva a que se exclua o *prazer* de a pessoa se sentir em *melhores condições de vida* porque, por exemplo, está capaz de trabalhar.

Ora, após esta ponderação de danos, poderá *não* haverá lugar a indemnização.⁶⁷

Todavia, em alguns casos, apesar da melhoria de saúde da paciente, a *intervenção arbitrária foi tão grave* que justifica uma indemnização pelos danos morais. Assim acontecerá, *v.g.*, no caso de uma histerectomia que, embora eliminando um risco de cancro, causou comprovadamente danos morais gravíssimos à mulher; ou seja, se se provar que a mulher nunca teria consentido e que padece de graves sofrimentos morais, nomeadamente, o facto de nutrir o sentimento de ter menos valor enquanto mulher, então merece direito a uma compensação com base na intervenção arbitrária.^{68 69}

Numa palavra, embora admita, em tese, a ressarcibilidade dos danos morais causados por uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária tecnicamente bem sucedida, isto é, sem consequências desvantajosas para a saúde do paciente, julgo que se impõe levar a cabo, no juízo decisório

Cciv 66.” Cfr., ainda para uma análise juscriminalista, Paula FARIA, *Comentário Conimbricense...*, I, p. 205, que também distingue *ofensa no corpo* de *ofensa na saúde*.

⁶⁵ Decisão da Sala 3.ª do Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2000.

⁶⁶ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 121. É esta a opinião dominante da doutrina e jurisprudência civil austríaca: Cfr. BARTH, *Die Einwilligung...*, *cit.*, p. 25, nota 88 com ampla indicação doutrinal.

⁶⁷ Também SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 273, entende que, em regra, verificar-se-á uma *compensatio lucro cum damno* que exclui qualquer pretensão indemnizatória.

⁶⁸ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122.

⁶⁹ Deveremos acrescentar aos casos de intervenções invasivas, os casos de violação do *consentimento para investigar* (*v.g.*, análises do HIV, testes genéticos predizentes), embora, neste caso, em rigor, já estejamos a trabalhar com um *Tatbestand* diferente: teremos ou um delito contra a privacidade, ou contra o direito a não saber, ou contra o direito à autodeterminação informacional dos dados de saúde.

sobre o montante dos danos a ressarcir, uma ponderação de custos-benefícios, que poderá conduzir a que, em muitas situações, o lesado não receba compensações. Neste sentido, aponta o artigo 496.º, n.º 3, conjugado com o artigo 494.º CC, já que a compensação por danos não patrimoniais deve ser fixada equitativamente, tendo em conta as situações do caso. Por outro lado, o artigo 566.º, n.º 2, apela a que o juiz pondere a diferença entre a situação (atual) do lesado e a que este teria se não se tivesse verificado o facto ilícito. Embora esta norma esteja literalmente redigida para os casos de danos patrimoniais, penso que se pode aplicar por analogia à questão em análise.

Poder-se-á objetar que com tal doutrina se desconsidera o carácter *sancionatório* da responsabilidade civil; ao que respondo que tal argumento seria verdadeiro se postergássemos absolutamente a possibilidade de se exigir uma compensação por danos não patrimoniais, ou se só o admitíssemos em casos muito extremos.⁷⁰

b) A intervenção ou tratamento foi realizada sem prévio consentimento e não obteve êxito ou provocou consequências laterais desvantajosas

Seguimos Sinde Monteiro: “Se considerarmos estar-se em face de uma lesão corporal, da violação do direito à integridade física, então (artigo 483.º, n.º 1) não suscita dúvidas a reparação do prejuízo económico, em especial das despesas com novo tratamento ou intervenção e da diminuição da capacidade de trabalho. Mas outra – escreve Sinde Monteiro – parece dever ser a solução se entendermos ter sido apenas violado o direito geral de personalidade (artigo 70.º) do doente, e sua liberdade de determinação; então em coerência com este *Tatbestand*, parece que apenas haverá lugar para uma compensação pelo dano moral.”⁷¹

Como vimos, foi a segunda a perspetiva adotada pelo legislador do Código Penal (artigos 150.º e 156.º CP). Se seguirmos no direito civil a ordenação dos bens jurídicos operada pelo legislador penal, então teremos apenas uma violação de um direito de personalidade e daí “resulta a exclusão do dano patrimonial do âmbito de proteção material da norma”⁷².

Poderemos, porém, com Orlando de Carvalho, ver as coisas de outra perspetiva: “estas soluções do Direito Penal não podem ser transpostas sem mais para o campo da

⁷⁰ Note-se que KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122, segue uma orientação mais restritiva do que a que aqui é defendida.

De jure condito, não me parece defensável que haja um dano *a se*, ou um “general damage” a merecer uma indemnização ainda que simbólica, ou enveredar pelo caminho dos “punitive damages”. Cfr. Sobre estas figuras WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, II Edition by W.V.H. ROGERS, London, Sweet & Maxwell, 1979, pp. 597-598 (“General damage is damage which will be presumed”) e pp. 592 e seguintes. Atualmente, no direito inglês o seu âmbito de aplicação dos *punitive damages* é extremamente reduzido. Mantém-se como categoria geral no direito norte-americano.

⁷¹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, 1990, p. 273. Pense-se no absurdo que isso poderia significar no caso de uma intervenção cirúrgica mal sucedida, e sem consentimento, ao joelho do melhor jogador de futebol do mundo: privá-lo de exigir uma indemnização pelos danos patrimoniais que tal intervenção lhe causou!

⁷² SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 275.

responsabilidade civil”.⁷³ Assim, seguindo a opinião de Sinde Monteiro, “entendemos ser legítimo pensar que o esclarecimento e o consentimento do doente não são exigidos apenas por motivos éticos, mas também para que ele possa decidir autorresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial. (...) A ser assim, a entender-se que *o prejuízo patrimonial deve ser incluído no âmbito material de proteção*, tem de se recorrer à qualificação da intervenção não autorizada como ofensa corporal (artigo 483.º, n.º 1).”⁷⁴

Como afirma Zimmermann, “O nexó de ilicitude entre a violação do direito à autodeterminação e as lesões corporais resultantes da intervenção médica, só pode ser afirmado por quem aceite que o bem jurídico protegido é a *liberdade de decisão do paciente e a integridade física e moral*.”⁷⁵

Depois da análise efetuada da doutrina e jurisprudência austríaca, parece que se reúnem os argumentos para responder convictamente pela afirmativa perante esta última solução. Sobretudo, porque não estamos presos à norma do artigo 156.º do CP. Acrescentaria, aliás, que não estamos a trabalhar ao nível da segunda modalidade de ilicitude, mas sim a construir um *Tabestand* autónomo, especificamente civil, e que se enquadra no artigo 70.º, n.º 1 e no artigo 483.º, n.º 1, primeira parte (primeira modalidade de ilicitude). Os bens jurídicos protegidos por esse tipo são, na minha opinião, a *liberdade*⁷⁶ e a *integridade física e moral*.⁷⁷

Aliás, mesmo no campo da mais prestigiada doutrina penal portuguesa começam a surgir interrogações relativamente à pureza do sistema do crime contra a liberdade. Questiona Figueiredo Dias: “Mas pode perguntar-se se não terá ido longe demais, ao negar pura e simplesmente relevância típica à falta de consentimento para a qualificação de toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica como ofensa corporal. Usando do critério exposto, poderá dizer-se que a amputação, *sem consentimento*, de uma perna do melhor futebolista do mundo ou de uma mão da melhor pianista – mesmo que medicamente corretas – só contende com a autorrealização dos pacientes e não representa uma definitiva “perda” a nível do sistema social?”⁷⁸

Em suma: serão assim ressarcíveis não só os *danos não patrimoniais* causados pela violação do seu *direito à autodeterminação e à liberdade*, mas também por violação da sua *integridade física* (e, eventualmente, da *vida*) (artigos 70.º e 483.º CC), bem como os *danos patrimoniais* derivados do agravamento do estado de saúde.

⁷³ Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 191.

⁷⁴ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 276.

⁷⁵ ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 48

⁷⁶ Não podemos deixar de colocar uma fortíssima ênfase na *liberdade e na autodeterminação*, dadas as ameaças da medicina genética e dos exames e aproveitamento de material humano destacado, quer para experimentação científica, quer para análises do HIV, ou de doenças genéticas. (Cfr. o que foi dito acerca do consentimento para investigação e DEUTSCH, *Medizinrecht*, p. 79)

⁷⁷ Já neste sentido, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 276, nota 342.

⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, p. 262. Ora, transponha-se este exemplo extremo de FIGUEIREDO DIAS para o direito civil e veja-se o absurdo, já há pouco apontado, que seria deixar fora do âmbito de tutela do instituto do consentimento informado o direito à integridade física e os danos patrimoniais derivados desse facto ilícito!

Assim sendo, o montante das indemnizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão elevado como os casos de negligência médica.

7. Conclusão

O princípio da unidade da ordem jurídica deve ser interpretado em sentido estrito, tal qual está consagrado no n.º 1 do artigo 31.º do Código Penal: se uma conduta for justificada por uma dirimente da ilicitude de outro ramo da ordem jurídica, esta vale necessariamente no Direito penal como causa de justificação. Não devemos invocar este princípio para advogar uma visão monolítica das funções que cada ramo do Direito visa cumprir e para a delimitação dos bens jurídicos tutelados em cada um dos braços do sistema.

Traçámos um caminho que percorreu os direitos alemão e austríaco, que estiveram na base da opção do nosso Código Penal de 1982 que apartou, com a norma do artigo 150.º, as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, para as quais estabeleceu o microssistema dos 156.º e 157.º fundado do bem jurídico *liberdade*, das ofensas à integridade física (artigos 143.º e seguintes) que visam salvaguardar o bem jurídico *integridade físico-psíquica*.

Já no âmbito do direito civil, o consentimento informado, fundado sobre os artigos 70.º, 81.º e 340.º, a ser densificado pelas normas de outros ramos de direito, visa proteger, a um tempo, ambos os bens jurídicos: a *liberdade* (ou a *autodeterminação nos cuidados de saúde*) e a *integridade físico-psíquica*.

Esta tese, que defendemos em 2003, veio a ter positiva influência na última década,⁷⁹ designadamente no Supremo Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes arestos:

- No Acórdão de 18 de março de 2010 (Pires da Rosa), o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que: “*pode haver responsabilidade civil pelos danos causados por uma intervenção médica não precedida da necessária informação, sejam os danos derivados da violação do bem jurídico liberdade, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico integridade físico-psíquica.*” O STJ reconheceu que a *violação do dever de informar* conduz a um *consentimento inválido*, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, donde gera-se uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo doente.
- No Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2015 (Maria Clara Sottomayor) estamos perante uma intervenção “para cuja possibilidade de realização a paciente não fora sequer alertada, não prestando, assim, o seu consentimento.” Como se afirma no sumário: “O consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da

⁷⁹ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, “A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 3 – *Segurança do paciente e consentimento informado*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 161-179.

atividade médica (artigos 5.º da CEDH BioMed e 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: *se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada.* Afirma o texto da decisão que: “responsabilidade funda-se *“na violação dos direitos subjetivos da paciente à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (artigos 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP e 70.º, n.º 1 do CC).”*

- No Acórdão do STJ de 02 de novembro de 2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) afirma-se que: “Quer a lei portuguesa (cfr., em especial, os artigos. 70.º, 81.º e 540.º do CC, bem como o artigo 157.º do CP ou o n.º 11 do artigo 135.º do Estatuto da Ordem dos Médicos), quer diversos instrumentos internacionais (cfr. o artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina – Convenção de Oviedo) exigem, como regra e como condição da licitude de uma ingerência *médica* na integridade física dos pacientes – por exemplo, através de uma cirurgia, como no caso presente – que estes *consintam* nessa ingerência; e que o *consentimento* seja prestado na posse das *informações relevantes* sobre o acto a realizar, *tendo em conta as concretas circunstâncias do caso*, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção.” “(...) cuja protecção tem como sustentação material o *direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade* (artigos 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da Constituição e artigo 70.º, n.º 1 do Código Civil). No seu conteúdo inclui-se, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que *agressões à sua integridade física* consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (cfr. n.º 2 do artigo 70.º e artigo 81.º do Código Civil).”⁸⁰

- No Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de março de 2018 (Maria da Graça Trigo) afirma-se: (...) “II – Tanto o direito nacional, como instrumentos internacionais, impõem, como condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes, que estes *consintam* nessa ingerência e que esse *consentimento seja prestado de forma esclarecida*, isto é, estando cientes dos dados relevantes em função das circunstâncias do caso, entre os quais avulta a informação acerca dos riscos próprios de cada intervenção médica. (...) VI – Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, *a perfuração do colon*, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a *liberdade e a integridade física e moral*, e os danos ressarcíveis tanto são os *danos patrimoniais* como os *danos não patrimoniais*.”

⁸⁰ Este Acórdão segue a via, de que discordamos, de mobilizar a doutrina da *perda de chance* neste contexto da violação do dever de informação. Noutra sede desenvolveremos a crítica a este caminho, que não faz a justa interpretação do quadro normativo vigente: a ausência de um consentimento válido (porque insuficientemente informado) – consentimento esse que visa proteger a liberdade e a integridade física – deve ser civilmente sancionada com uma *indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais, designadamente decorrentes da lesão corporal*. Não há uma simples perda de oportunidade, há um efetivo dano ao direito de decidir (informadamente) e daí resultam, com *inequívoca causalidade normativa*, os danos referidos. Como diz a doutrina americana: uma *loss of choice* não se deve confundir com uma *loss of chance*.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/ph2q8gxu/ipod.m4v?locale=pt>



2. A recusa do paciente: reflexões sobre o *dissentimento* nas relações com os agentes médicos

João Vaz Rodrigues

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. A RECUSA DO PACIENTE: REFLEXÕES SOBRE O *DISSENTIMENTO*¹ NAS RELAÇÕES COM OS AGENTES MÉDICOS**

João Vaz Rodrigues*

Resumo: Estas *reflexões* visam abordar algumas questões em torno da eventual autonomia jurídica do *dissentimento* do paciente na relação entre este e o agente médico, como alternativa às abordagens clássicas em matérias do consentimento informado.

Abstract: These propositions are aimed to raise some issues about the approach of the patient right to dissent in his medical relation, as an alternative to the classical point of view given by the informed consent perspective.

Palavras-chave: A relação entre o paciente e o agente médico. Consentimento informado. Dissentimento informado.

Key-words: Medical relation with the patient. Informed consent; informed dissent. responsabilidade médica e o consentimento informado

Vídeo

– O presente texto corresponde ao artigo publicado sobre a mesma temática na Revista *Economia e Sociologia*, n.º 83, Évora, pp. 85-112 –

«E sejam quantas forem as doenças que o homem
arranja maneira de curar, a mortal condição não se
dobra à sua sagacidade.»

HANS JONAS²

A actuação médica propende para um desiderato positivo. A bondade das motivações técnico-profissionais, por um lado, e a necessidade de quem se encontra *fora* das condições físico-psíquicas prévias (dando por adquirido que me refiro às condições possíveis ideais de um determinado indivíduo), por outro lado, pressionam o paciente (ou um terceiro, no caso da acção médica visar o benefício alheio) para a aceitação da intervenção³. Como dizem alguns AA.: «A própria expressão *consentimento informado* sugere muito mais a expectativa de os

¹ A expressão *dissentimento* — que emprego aqui como o *negativo* do consentimento, sentido em que vi já o termo utilizado por JORGE FIGUEIREDO DIAS, cf. *O Problema...*, p. 428, nota 28, bem como por EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, II, pp.: 19 e 25 — foi introduzida por JOSÉ DE FARIA COSTA para lidar um modelo cuja aplicação foi traçada para a matéria das transplantações (cf. *O valor do silêncio...*, pp. 125 e seguintes). Tomem-se ainda em consideração, entre outros, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, cf. *O Direito Geral de Personalidade...*, e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e seguintes.. Esta noção, segundo creio, pode ser ampliada para abarcar toda a declaração informada e esclarecida mediante a qual se recusa a prestação de um tratamento médico proposto, ou já iniciado (revogação). Em sentido mais amplo, até por ser *problematizante*, cf. LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental...*, de onde se destaca, *brevitatis causa*, «A terminar» pp. 867 a 883.

* Inicialmente publicado no e-book: [Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional](#).

* Assistente na Universidade de Évora. Associado do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra. Advogado.

² Cf. *Ética...*, p. 31.

³ Por todos, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas...*, pp. 59 e seguintes, e 91 e seguintes.

pacientes aceitarem ser tratados do que a de declinarem o tratamento»⁴. Mas esta asserção decorre de uma premissa anterior: a de que a prestação médica se oferece como uma prestação adequada ao seu desiderato, que é proposta pelo agente médico, atendendo ao *estatuto* do proponente (conteúdo funcional profissional) e ao quadro de intervenção.

Devo deixar explanado este excursus: a intervenção médica não se demonstra equivalente quando exista indício ou indicação técnicas prévias da sua carência para debelar um desequilíbrio da saúde ou nos demais casos em que corresponda a uma intervenção meramente voluntária ou supérflua ou de mera vaidade⁵. Se os primeiros enquadramentos

⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, p. 190.

⁵ Penso na esterilização pura ou na cirurgia estética destinada a inverter o decurso do tempo ou a preencher as aspirações individuais de satisfação narcísica.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e a subsequente regulamentação necessária, será possível adicionar a estes exemplos um novo: a cessação voluntária da gravidez, por opção da mulher, se realizada nas primeiras 10 semanas da concepção (cf. a al. e) aditada ao n.º 1 do artigo 142.º do CP). Isto com as demais condicionantes previstas no Diploma (intervenção realizada por médico; em estabelecimento tipificável; sempre antecedido de um período mínimo de 3 dias após a (pelo menos uma) consulta; fornecimento da informação relevante para a formação da vontade, mediante «decisão livre, consciente e responsável»; e com o consentimento prestado por escrito ou a rogo da interessada, com a certificação médica comprovada de que a gravidez não ultrapassou o prazo máximo previsto. Atendendo à nova redacção introduzida no n.º 6 (antigo n.º 4) do preceito em referência suscita-se uma dúvida (*se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da intervenção se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação...*), a saber: — verifica-se uma circunstância de *urgência* quando a gravidez seja comprovada em momento, dentro das 10 semanas, em que o período de reflexão, já informado — e outras eventuais condicionantes —, já não permita a cessação da gravidez? Propendo para responder negativamente. Estando fora do campo da indicação médica prévia e explicitando a letra da lei que nada mais deve ser atendido além da pura decisão da mulher grávida, então avulta a necessidade da reflexão, como requisito sem o qual a punibilidade regressa à esfera de protecção da vida intra uterina. Tanto se me oferece evidente perante a divergência das redacções das alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 142.º: para as situações previstas nas als. a) a d) do n.º 1 deste preceito, o período mínimo de reflexão será cumprido «sempre que possível»; ora, foi exactamente esta frase que o legislador expressamente retirou do campo da cessação da gravidez fundada exclusivamente na decisão da mulher, cf. citada al. b) do n.º 4, ao prescrever: «... e sempre após...» o período de reflexão, contado «... da data da consulta destinada a fa ultar a informação relevante...». Assim, acresce mais um caso em que a ausência ou a deficiência dos requisitos prévios (comprovativo médico da gestação; falta de informações relevantes; ausência da documentação do consentimento) pode despoletar o crime que lhe subjaz no caso concreto (?). No que concerne ao registo escrito do consentimento, cf. FIGUEIREDO DIAS e DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* anotações ao artigo 142.º, § 49 e § 57 para o primeiro A. e §34 e § 35 para o segundo. Posteriormente, FIGUEIREDO DIAS propendeu para considerar (em termos gerais) que «... não se torna necessário (nem conveniente) que a (...) eficácia do — consentimento — seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos...», alertando, todavia, para o facto de existirem casos em que a lei condiciona a eficácia do consentimento à sua formalização por escrito (cf. ID, *Direito Penal...*, pp. 452 e s.). Concordo com esta posição. Sobre a mesma, à luz da redacção anterior do preceito, pronunciei-me já: cf. *O Consentimento...*, pp. 102 e seguintes (cf. especialmente a nota n.º 136 das pp. 109 e seguintes) e pp. 428 e seguintes. Devo agora acrescentar o seguinte: a *tese*, que defendi, relativamente à eventual irrelevância da deficiência no cumprimento das formalidades para a prestação do consentimento, convive com muitas dificuldades: quer por poder espoletar o preenchimento de outros tipos de crimes, quer nos casos em que o legislador impõe expressamente a dependência da eficácia da manifestação da vontade na correspondente documentação. E estes últimos casos verificam-se normalmente densificados nas intervenções puras (vg. esterilização, etc.). Pois parece estarmos perante uma *replicação* das aludidas dificuldades perante a cessação da gravidez, praticada por vontade da mulher até às primeiras 10 semanas da sua gravidez, exactamente pela natureza não terapêutica da

acarretam maiores dificuldades por via dos deveres de disponibilidade subsequentes, os segundos densificam os requisitos da manifestação da vontade do *candidato* e os parâmetros da actividade do profissional requisitado.

Tudo aponta para o consentimento do paciente⁶, isto é, para o comportamento que revele uma aquiescência relevante na intromissão na esfera fulcral de cada pessoa, último reduto da dignidade e da liberdade e da autonomia de cada um de nós (cf. artigos 1.º, 25.º, 26.º e 41.º da CRP⁷). Estes valores constituem o núcleo fundamental e *fundamentante* (por oposição às reservas decorrentes da inserção social) de um ser humano, já que são o verdadeiro terreiro para o exercício da autodeterminação, onde se exige, em regra, o pleno respeito da vontade individual, embora reconhecida pela medida do discernimento do sujeito em questão⁸. Pisamos terrenos «sagrados»: a faculdade de optar pelas decisões (boas ou más) que nos sirvam a racionalidade, a emoção ou, até, o mero capricho, como magistralmente sintetiza RONALD DWORKIN: trata-se do direito de tomar más decisões⁹.

intervenção. Mas é necessário *separar as águas*: se esta interrogação poderá *atormentar* a jurisprudência caso se verifique a ausência do documento, o mesmo não sucederá quando (existindo ou não prova escrita da manifestação da vontade) esta padeça do inadimplemento integral do período de reflexão, porquanto, por aqui, será impossível determinar se a ponderação da informação acarretaria uma outra decisão (e este é um dado objectivo que vicia fatalmente o consentimento). Só a *ratificação* ulterior da visada poderá ter o condão de levantar dúvidas que determinem ao juiz a aplicação casuística do princípio *in dubio pro reo*, apreciação que ficará sempre nublada pelo desvio ao comportamento insubstituível. Acrescento ainda que a expressão *urgência*, empregue na lei, levanta a questão sobre se, em sede hermenêutica, abarca o seu sentido mais geral ou se (como o elemento histórico pode indicar na *ratio* da redacção anterior do preceito) está *misturado* com a existência da *indicação médica* prévia e necessária para as demais intervenções previstas e apenas nesta óptica se delimita o seu significado de algo que não pode adiar-se (imminente). A terminar, não posso deixar de apontar uma séria censura (independentemente de outras que a solução legislativa sobre a cessação voluntária da gravidez me suscitam, mas não cabem aqui desenvolver) ao desprezo com que o legislador ignorou os sucessivos *protestos* sobre a matéria da menoridade e decisão em representação, enunciadas no artigo 142.º, n.º 5 (anterior al. *b*) do n.º 3). Sobre este aspecto, tão-pouco devo apenas reiterar o que já expus e a doutrina que citei (cf. *O Consentimento...*, pp. 105 e seguintes). As soluções abertas pela conjugação deste n.º 5 com a viabilidade prevista no n.º 1, al. *e*), a que me venho referindo, adensam todas as críticas e permitem conjecturar sobre se os princípios constitucionais da dignidade, integridade físico-psíquica e outros direitos pessoais não impunham, à luz do princípio da igualdade e da não discriminação, outro desenlace. Terá este direito ficado a *tinir*, seriamente *magado*, senão ferido, mercê exactamente da desproporção e da desigualdade face à violação equivalente de outros (ou análogos) bens jurídicos que ficam a coberto da autodeterminação reconhecida por via da constatação do discernimento de um menor com 14 anos? (cf. artigo 38.º, n.º 3, do CP). Com a sensação de uma resposta positiva, não respondo por ora a esta inquietação, reconhecendo a necessidade de um prévio aprofundamento que não convive com as restrições das presentes *reflexões*.

⁶ E perante o que antecede se explica a preferência pela designação do sujeito da relação jurídica de paciente. Com efeito: utente, aponta para os deveres do Estado no âmbito da saúde; enfermo, sugere o étimo redutor; doente, revela-se restritivo...

⁷ Sem esquecer o que ilumina ainda a esfera de protecção individual em sede dos demais direitos pessoais: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, etc., cf. artigo 26.º da CRP. Neste aspecto, cf. por todos, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento...*, pp. 149-246. Querendo, cf. ainda, ANDRÉ PEREIRA, *op cit*, e JOÃO LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal...*, pp. 57-39.

⁸ Para alguns desenvolvimentos sobre a matéria ínsita aos citados preceitos constitucionais, cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada...*, pp. 52 e seguintes, 268 e seguintes, 282 e seguintes, 446 e seguintes.

⁹ Cf. *El dominio de la vida...*, p. 290.

Mas o que me proponho discorrer nestas *reflexões tópicas* é, outrossim, sobre alguns aspectos suscitados pelo eventual repúdio entre os sujeitos da relação, mormente do paciente, agora sob a lupa de uma abordagem autónoma. E, neste recanto, tão-somente descrever e levantar algumas dúvidas que, a seu tempo, justifiquem outras incursões adentro do tema que me seduziu, pese embora a incompletude com que fica relanceado.

O dissentimento pode surgir, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia¹⁰; e, após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada. Nesta sede, como liberdade essencial, terá o condão de, independentemente da forma que revista¹¹, destruir o consentimento prestado.

Logo desta última afirmação parece resultar uma fronteira entre as duas realidades. Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que podem ser opostas. Esta primeira premissa convenceu-me a afastar da tentativa da *construção* de um conceito, o *labéu* de me confrontar com uma singela miragem, obra de uma qualquer ilusão analítica, e de prosseguir os raciocínios sobre a temática¹². Adiante retomarei este fio condutor.

Por ora, serve o exposto apenas para justificar não ter sido de ânimo leve que encarei esta tarefa. É fulcral alertar desde já para a constelação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e pelo Direito Civil. Neste último, pontificam o direito geral de personalidade: a autodeterminação nos cuidados de saúde e a integridade física e moral das pessoas (cf. artigo 70.º e 483.º do CC). Nos *terrenos* do Direito Penal, os crimes contra a vida – aqui em sentido amplo, a incluir a vida intra-uterina – (cf. artigos 133.º e seguintes), contra a integridade física (cf. artigos 143.º e seguintes, onde avulta com autonomia a responsabilidade decorrente da violação das *leges artis*, cf. artigo 150.º, n.º 2) e, muito especialmente, em torno da liberdade

¹⁰ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 191. Afirmam estes AA. que os casos de «recusa informada» sob apreciação judicial se prendem sobretudo: com a alegação de deficiências de informação no processo de formação da vontade; e com o direito de os doentes recusarem tratamento: no caso de serem doentes terminais, praticamente não existem excepções na jurisprudência americana (desde o caso *Quinlan* cuja sentença foi tomada pelo Tribunal Supremo de *New Jersey* em 1976) no sentido de se aceitar a autodeterminação.

Usualmente a fundamentação assenta na doutrina do consentimento informado. Porém, os casos em que a recusa é apresentada por pacientes não terminais deram azo a decisões de tratamento compulsivo, seja por razões religiosas (v.g.: recusa dos pais quanto a transfusões de sangue nos filhos), seja por motivos familiares (a morte previsível, por força de uma recusa de tratamento, de uma pessoa que tenha um filho dependente). Chegaram já os tribunais americanos a fundamentar o tratamento compulsivo, decidido sobre a recusa do paciente, por considerarem que este desejava intimamente o contrário do que afirmou. Estes últimos casos levam os AA. citados a afirmar que os Tribunais divergem, em matéria dos tratamentos compulsivos, da qualificação *supra* aludida do direito a dissentir como corolário do direito a ser informado. Adiante referem que alguns tribunais levaram às últimas consequências as implicações da doutrina do consentimento informado, aceitando as consequências da recusa, mesmo em relação à perda da vida dos pacientes (*ibid.* pp. 192 *in fine* a 194).

¹¹ É curioso constatar que o legislador, exactamente nas matérias onde convocou a formalização dos procedimentos para a prestação do consentimento (em benefício da garantia de uma superior certificação da integridade físico-psíquica dos envolvidos), consignou igualmente a manutenção da regra da consensualidade do dissentimento posterior.

¹² Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, pp. 353 e seguintes..

individual, designadamente os que se suscitam sobre as *intervenções médico cirúrgicas arbitrárias*, a saber: o discurso em torno do tipo de crime previsto no nosso CP (cf. artigos 156.º e s.) que permite punir (pena de prisão até três anos ou multa) o agente médico que despreze a necessidade de colher o prévio consentimento esclarecido do paciente em relação à intervenção que tecnicamente se mostre adequada para o intuito da medicina. E isto (recordo) independentemente de a actuação se revelar eficaz ou não; independentemente de o agente médico poder até salvar o paciente.

Os tempos em que o cirurgião JEAN LOUIS FAURE escreveu: «Eu penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...). Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde os próprios os primeiros a agradecer a minha violência...»¹³, parecem estar mais longe do que a mera consulta do calendário indica (1929).

Mas será mesmo assim? Estamos perante uma aparente esquizofrenia: agradecido por lhe ter sido *devolvida a saúde*, o paciente pode accionar o médico pelas responsabilidades decorrentes da lesão à sua liberdade, onde se sinta inconformado com a lesão efectuada a este bem jurídico.

A questão não é ainda hoje pacífica em todas as ordens jurídicas. Sirvam de exemplo algumas notícias oriundas da jurisprudência americana que considerou legítimo actuar compulsivamente perante a recusa do paciente, exactamente por se ter entendido que este desejava intimamente o contrário do que afirmou; e na mesma fonte apurei a existência de decisões judiciais em que a doutrina do consentimento informado foi respeitada até à morte (em princípio desnecessária na sua dimensão temporal) do doente¹⁴.

Ocorrerá ainda especular sobre se o paciente, avançando com a pretensão judicial, não estará a incorrer processualmente numa contradição? Se for conjecturável que a liberdade individual possui como substracto a sua integridade físico-psíquica, então um benefício nesta esfera não terá repercussão naquela, isto é, não se verificará uma *compensação do dano* (liberdade) *com o lucro* (integridade física)?

Ou será, por outro lado, que muito do que está em causa não é o simples resultado de incompreensões? Neste caso, a resposta estará na informação e no esclarecimento do paciente? É provável que sim... mas muitos médicos portugueses afirmaram-me já, de viva voz (aqui e ali misturada com alguma indignação), que, mesmo para além dos casos de privilégio médico, não só a condição é absurda (refiro-me ao consentimento), como absurda é a premissa (falo do esclarecimento informado). Adiante terá o leitor de pesar este argumento. Por enquanto, deposito apenas a interrogação já reiteradamente ouvida: para que se há-de complicar o que é simples? Está em causa um bem cuja prossecução é um imperativo inquestionável: a vida ou a saúde; do outro lado, existem pessoas que estão profundamente habilitadas a protegê-la. Nada mais natural do que entregar essa tarefa nas *mãos* que estão

¹³ Apud JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, *A Responsabilidade...*, p. 65.

¹⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 192 e seguintes. Sobre a questão ver ainda, por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e seguintes..

preparadas para o fazer. O demais pode e deve ser afastado!? Será nefasto acalentar outros desígnios... Será?

Mais: o agente médico tem o dever de actuar e beneficentemente (cf. o dever de garante: artigo 10.º, n.º 2; em termos gerais: a omissão de auxílio: o artigo 200.º, mas especialmente o artigo 284.º: *recusa de médico*, todos do CP; cf. ainda os artigos 8.º a 10.º do CDOM); condicionado sobretudo pela contingência das reacções imprevistas, indesejadas, do próprio organismo onde intervém. Já basta isto como empecilho¹⁵. E contudo... a vontade do beneficiado é um imperativo maior, categórico. Assim deve ser? A discussão de cariz filosófico, ético, moral e deontológico, é interessantíssima, mas não cabe na economia desta exposição.

O direito a expressar o consentimento habilitante para o acto médico convive forçosamente com a faculdade de o visado expressar relevantemente a sua recusa: o seu dissentimento. Tudo indica estar perante *uma mesma face da mesma moeda*... Ou estarei antes perante *duas faces da mesma moeda*? (e se assim for, a diferença das faces será significativa?); ou porque não *perante duas moedas*?

Eis algumas questões que me atormentaram o raciocínio e que agora partilho. Assim justifico esta *ronda sobre a resposta inesperada do paciente: o repúdio*.

Se me bastar pelo raciocínio de que o consentimento ou o dissentimento constituem um dos resultados do mesmíssimo processo de propor uma intervenção médica, então será eventualmente indiferente que o paciente, a final, a recuse ou a aceite. A coincidência parece ser integral e, conseqüentemente, permitiria evitar ulteriores comentários. Mas se adicionar outra hipótese nesta asserção os planos deixam de coincidir: se após ter sido dado o consentimento se verificar uma alteração da vontade do paciente e este repudiar a intervenção?

A resposta a esta inquirição necessita de ser antecedida por um curto esclarecimento: a aproximação à qualificação contratual da relação entre o médico e o paciente (independentemente de aquele estar ou não inserido numa estrutura maior, por ex.º: um Hospital), não é mais do que isso mesmo: uma aproximação. O sinalagma aqui não presta homenagem à vetusta regra *res inter alios acta*, exactamente por não ser possível *reificar* a projecção dos direitos de personalidade nem esvaziar, por princípio, o bem jurídico que se extrai da liberdade individual atendível. O regime geral do contrato pode regular alguns aspectos da relação entre o médico e o paciente, mas esta vai muito mais além¹⁶.

Retomo a primeira premissa colocada: se puder revogar livremente o consentimento anterior, então as duas manifestações de vontade opõem-se e posso até extrair que o dissentimento

¹⁵ De acordo com outras análises, oriundas das estruturas e balanços substantivos à prestação concreta que está em apreciação, devem igualmente ser levadas em conta divergentes necessidades e requisitos. Penso em questões de natureza organizacional e de recursos escassos. Sobre o assunto, entre outros, cf. MANUEL J. ANTUNES, *A Doença da Saúde*...

¹⁶ Sobre os aspectos da renúncia em Direito Civil, cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa*..., pp. 7 a 13.

possui densidade mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior. Depois disto, o melhor será rever a primeira impressão sobre a *coincidência* entre o consentimento e o dissentimento... Assim farei.

Antes ainda de me debruçar sobre as consequências que esta realidade transmitirá ao processo dialógico de formação da vontade e conformação das prestações entre o agente médico e o paciente, devo acrescentar, pelo menos, um dos reflexos das inúmeras consequências.

E se consentir apenas parcialmente, recusando esta ou aquela intervenção, aceitando contudo outras alternativas? Por ex.^o: face a uma neoplasia recuso a intervenção cirúrgica, mas aceito uma terapia invasiva com radiações. Ou em outro ex.^o: repudio apenas determinada actuação médico medicamentosa em fase de recobro pós-operatório? O que expus permite-me defender que a autonomia do paciente merece aqui ser igualmente protegida: se posso recusar o *bolo inteiro*, posso recusar *uma ou várias das suas fatias*.

A culminar o que assumo como uma *apresentação* inquisitiva do tema, constato não ser despiciendo delimitar o cerne de todas as interrogações, de sorte a assumi-lo já como fonte essencial da maioria das controvérsias: como aponta COSTA ANDRADE: «... na sua expressão canónica e paradigmática, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos abrem um conflito que tende a esgotar-se na ponderação entre: por um lado, a vida e a saúde: e, por outro lado, a liberdade ou a autonomia do paciente. Trata-se, noutros termos, da antinomia entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*, de étimo liberal-humanista.»¹⁷.

*

Da leitura da lei extrai-se abundantemente¹⁸ o reconhecimento da legitimidade das projecções individuais a que me refiro. Desde o longínquo ano de 1968 que o nosso ordenamento jurídico admitiu e regulamentou aspectos do dissentimento. Com efeito, o Estatuto Hospitalar, vertido no DL n.º 48 357, publicado no dia de 27 de Abril daquele ano, estabelecia, como novidade que punha fim à discussão sobre a admissão do consentimento do paciente previamente a exames ou tratamentos, a faculdade de os doentes poderem recusar a assistência médica (cf. artigo 80.º, n.º 2 do EH) e impedia que pudessem «... ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (cf. artigo 80.º, n.º 3 do EH).

Esta independência normativa do instituto do dissentimento, literal e expressamente preconizada, encontra-se hoje assumida na CDHB; assim, confronte-se o 1.º § e o 3.º § do artigo 5.º da CDHB:

¹⁷ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 20.

¹⁸ E de tal modo assim é que me vejo obrigado a remeter para a bibliografia existente sobre a matéria o elenco das normas jurídicas correspondentes.

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deve ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto à sua natureza e aos seus riscos.

A pessoa em causa poderá a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.»

O ditame contido no 1.º § do descrito artigo 5.º da CDHB inclui, a *contrario sensu*, a noção do que denomino como DISSENTIMENTO PRÉVIO: se o paciente não der o seu consentimento a intervenção no domínio da saúde não pode (em princípio) ser efectuada. Mas devo ainda aqui incluir o dissentimento que resulte de uma pré-configuração de eventos futuros, em relação aos quais o paciente tenha já determinado a sua vontade (negativa, no que me importa agora sublinhar), mas que entenda prevenir *num testamento vital para o caso de não estar em condições de a poder exprimir no momento da intervenção* (cf. artigo 9.º da CDHB, sob a epígrafe: desejos previamente expressos)¹⁹. O mesmo acontece com a recusa, formulada em vida para a colheita de órgãos e tecidos no próprio corpo, após o decesso, mediante a comunicação a ulterior registo no RENNDA: o «sistema de oposição», acolhido pela nossa legislação, cf. artigo 10.º, n.º 1, e artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22/04²⁰.

A faculdade referida no enunciado do 3.º § daquele artigo 5.º merece-me a denominação distintiva de DISSENTIMENTO POSTERIOR. E veremos que, seja o repúdio, seja a revogação podem verificar-se total ou parcialmente em relação ao consentimento a prestar ou ao prestado, quer se verifique em momento que antecede a intervenção proposta, quer se verifique já no seu decurso ou mesmo em face das suas sequelas, quanto aos procedimentos seguintes.

Isto significa discernir no procedimento médico, no que toca ao seu decurso, uma pluralidade de componentes (actividade e seus actos médicos parcelares integrantes) que adquirem independência relevante para requerem uma manifestação da vontade direccionada.

*

Por outro lado, a lei consagra igualmente a figura do dissentimento no plano prévio da própria informação, cf. artigo 10.º, n.º 2, da CDHB:

«2. Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.».

¹⁹ Sobre esta questão, por todos, cf. ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 238, 240 e s., 250 e seguintes..

²⁰ O REENDA foi regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26/09. A formulação do preceituado no artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93 permite que a pessoa autorize uma disponibilidade total ou parcial dos seus órgãos ou tecidos, tal como, implicitamente, a indicação condicionada dos beneficiários, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 393. Sobre esta questão remeto os desenvolvimentos para as páginas seguintes desse livro.

Trata-se de uma dimensão específica do dissentimento: o *direito a não saber*. O paciente, independentemente do seu consentimento (posso conjecturar uma intervenção realizada em estado de inconsciência de onde resultem dados importantes para o visado), manifesta uma recusa sobre as informações prévias e ou consequentes da prestação médica, *v.g.* o paciente predispõe-se a qualquer actuação ou extensão da mesma que o agente médico propõe ou não quer saber os resultados das intervenções, sejam para diagnóstico, etc.

O repúdio sobre o esclarecimento pode ser qualificado como um direito potestativo? Propendo para uma resposta negativa. Em primeiro lugar, porque a formação da vontade requer um resíduo de informações: pelo menos as minimamente suficientes para que o visado adopte essa sua posição. Em segundo lugar, o direito a não saber pode ainda ser comprimido ou afastado, quer pela esfera de protecção do próprio paciente (*vg.* uma doença em relação à qual o paciente deva tomar precauções ou alterar comportamentos, tomar medicação, etc., cf. artigo 10.º, n.º 3 da CDHB), quer por motivos de segurança pública, prevenção de infracções penais, protecção da saúde pública ou de direitos e liberdades de terceiros (cf. artigo 26.º da CDHB). E tanto justificará a correspondente intervenção legislativa (mesmo preceito)²¹.

*

Em suma: destas inúmeras perspectivas, enunciadas sobre a matéria do dissentimento, retiro a fundamentação que me justifica uma análise autónoma sobre esta manifestação da vontade. Não será possível, seguramente nestas páginas, esgotar a enunciação de todos os quesitos que a temática coloca em discussão; procurarei apenas abordar alguns, ordenando-os em função de umas tantas considerações:

- I. Quanto ao agente médico;
- II. Quanto ao paciente;
- III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justifica restrições à liberdade e à autodeterminação.

I. Quanto ao agente médico

A confrontação com o repúdio do paciente aguçará os deveres de qualquer agente médico habilitado para a prestação de saúde de se certificar do *esclarecimento* do paciente. Impõem-se-lhe novas e sucessivas abordagens, colhendo e prestando com apurado detalhe as informações adequadas. Com efeito, o dissentimento do paciente constitui, senão *uma*

²¹ O direito a não saber envolve inúmeras dissensões na doutrina e na jurisprudência em variadíssimos aspectos da sua configuração. A título de exemplos temáticos, desde logo, como contradição em relação à própria autonomia; depois, por razões de carácter económico e de organização dos recursos disponíveis; por fim, quanto à sua extensão e limites. Para alguns desenvolvimentos sobre estas questões, cf. ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 467 e seguintes; no que toca a testes arbitrários (SIDA), COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico...*, pp. 45 e seguintes; e em termos mais gerais: JOCHEN TAUPITZ, *El Derecho a no saber...*, 8, pp. 105-125 e 9, pp. 163-178.

presunção, uma suspeição sobre a existência de lacunas na compreensão da intervenção proposta²².

É certo que deve esperar-se (melhor: é exigível) uma colaboração do paciente (cf. Bases I, n.º 1, V, n.º 1, e XIV, n.º 2, al. c) da LBS)²³, e nada se pode fazer contra o comportamento (expresso ou concludente) pelo qual o paciente rompa a relação. Todavia, enquanto tal não suceda, o dever do agente médico é o de persistir, até que dúvidas não subsistam sobre a opção consciente. Para tanto, justificar-se-á alargar o horizonte das informações a dar e a pedir ao paciente. Onde uma lacuna das informações adequadas possa inquinar o consentimento pretendido, deixa o *dissentimento* de estar fora da suspeição de ser prestado sem esclarecimento do paciente.

A doença, por si só, pode acarretar sequelas ao nível psíquico do paciente, diminuindo as suas condições para uma ponderação adequada. Como ensina PAULINE LESAGE- JARJOURA²⁴: «... sobre o efeito da ansiedade e do medo, o paciente ouve sem compreender». Estes receios podem agravar-se perante um quadro desejável dos procedimentos prévios ou da actuação que o visado não domina. Os temores e a depressão convidam o médico a afastar qualquer urgência ou precipitação. As pressões não são aqui bem vindas. Dar tempo e procurar esmiuçar as razões que subjazem à recusa transforma-se no novo objectivo do médico...

E este dever parece decorrer do sentido e alcance do preceituado no artigo 157.º do Código Penal sobre esclarecimento, bem como das normas deontológicas que tutelam a actividade médica. Sem prejuízo do que foi vertido na legislação deontológica dos enfermeiros (CDE), de onde retiro constelações análogas²⁵, importa pesar os seguintes textos do CDOM:

Artigo 26.º: «O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.»

²² Cf. NANCY DUBLER & DAVID NIMMONS, pp. 92 e seguintes. Para ilustrar a necessidade do aumento de cuidado com os deveres de certificação do esclarecimento, estas AA. relatam um caso em que uma equipa médica estava desesperada: o Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica – *a bypass surgery* – mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; o paciente, contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência dos agentes médicos, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver.

²³ Sobre este aspecto dos deveres do paciente, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, 224 e seguintes, e 236 e seguintes, e ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 33 e 52.

²⁴ Cf. *La Cessation de traitement...*, pp. 144 e seguintes..

²⁵ Cf. o DL n.º 104/98, 21/08, designadamente os artigos 78.º, 84.º e 87.º. Quanto a esta matéria do *dissentimento* do paciente, na órbita da actuação dos enfermeiros, cf. MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES/SUSANA PACHECO, *Para Uma Ética...*, pp. 246 e s., que encontram no teor do artigo 84.º, al. a) e al. b) o fundamento para o repúdio do paciente. Concordo integralmente.

Artigo 38.º: n.º 1: «O médico deve procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar»;

(...)

n.º 3: «Se o doente ou a família, *depois de devidamente informados*, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-la, nos termos do artigo antecedente»;

n.º 4: «Em caso de perigo de vida, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha, quando seja possível, só pode ser feita pelo próprio, expressa e livremente».

Não me parece necessário enfatizar aqui as múltiplas deficiências constatadas na redacção do CDOM, neste caso perfeitamente ilustradas com a interpretação que se colhe do texto sobre um eventual *direito de decisão informada* por parte dos familiares do paciente. A autonomia é pessoal e intransmissível.

O direito a saber e a decidir parece agora caber ao paciente e só a este, decorrendo o demais de regimes excepcionais, como seja o do privilégio médico em matéria de informação e de actuação, verificados os correspondentes requisitos: grave perigo para a vida ou perigos susceptíveis de causarem dano à saúde, física ou psíquica. Tanto poderá requerer um padrão de avaliação em sede de decisão substituída (cf. artigo 340.º, n.º 3 do C.Civ. e 39.º, n.º 2, do CP); ou de decisão segundo os melhores interesses do paciente (cf. artigo 340.º, n.º 3, 1.ª parte, do C.Civ.); ou de decisão partilhada com o próprio paciente; tudo isto no campo da verificação dos pressupostos para o consentimento presumido.

Uma correcta e cabal informação engloba os meios alternativos de diagnóstico e de tratamento, tal como a respectiva índole, alcance, envergadura e possíveis consequências... Tanto retiro do teor do citado artigo 157.º do CP e, em sentido mais genérico, do artigo 573.º do C.Civ.²⁶.

Aqui entronca um primeiro problema: a escassez de tempo que os agentes médicos alegam existir para o exercício da sua actividade. Algumas organizações representativas dos médicos reivindicaram já a institucionalização de limites máximos para o atendimento de cada um dos pacientes em Hospitais e avançam números assustadores: 10m/15m. Está bem de ver as consequências destas restrições, que dispensam comentários, tão evidentemente se desnudam.

Um segundo problema resultará da verificação (em maior ou menor grau) de uma *obstinação médica*: as decisões do paciente que contrariem ou diminuam as expectativas de que os *meios* de intervenção propostos atinjam os escopos que as *leges artis* apontam, podem despoletar contrariedades ou, no mínimo, dúvidas ao nível ético e deontológico²⁷.

²⁶ Sobre os aspectos da responsabilidade decorrentes deste dever de informação no campo do Direito Civil, por todos, cf. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares...*, pp. 133-152; e *Responsabilidade por Conselhos...*

²⁷ Sobre este aspecto, JOSEFINA CERZO GRANADEIRO VICENTE, constatando uma baixa taxa de recusas dos doentes, afirma o seguinte: «O medo de não ser devidamente atendido se alguém se negar a uma

Um terceiro problema. Tanto quanto vejo, também ao agente médico é lícito, em determinados casos, restringir a sua actuação profissional. Assim, para além dos casos gerais de justificação da ilicitude, previstos na lei penal e civil, *vg*: legítima defesa; estado de necessidade; conflito de deveres, acrescem, sempre sem a preocupação de exaurir: a objecção de consciência (cf. artigo 30.º do CDOM); o direito de escusa, quando não exista perigo de vida ou se existir médico com qualificação equivalente a quem o paciente possa recorrer (cf. artigo 35.º do CDOM); a recusa de acto especializado cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada (cf. artigo 36.º do CDOM) ou a recusa de continuidade de assistência (cf. artigo 37.º do CDOM). E o que se afirma aqui para os médicos parece resultar na sua maioria igualmente para os enfermeiros de acordo com o aludido regime deontológico (CDE, cf. artigos 75.º, n.º 2, al. j), 91.º e 92.º).

Acresce naturalmente o que de discricionário impõe a autonomia técnica. O agente médico, respeitando as regras da arte e os procedimentos ditados pela evolução da ciência, não se encontra à mercê dos meros *apetites* do paciente²⁸.

Tanto basta para atentar com mais cuidado na matéria enunciada sobre a dissensão posterior. Nesta sede, como afirmei, a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada. Esta dissensão posterior pode ser meramente suspensiva, significando uma simples interrupção do tratamento, ou ser tendencialmente definitiva, ou seja, proferida para a cessação daquele²⁹. Dizemos tendencialmente, por força da sua, também possível, revogabilidade, que, aliás, o agente médico, muito naturalmente, procurará activamente obter, caso o considere necessário ou conveniente.

intervenção e ser recriminado e catalogado de não cooperante, limita a autonomia do paciente. A estrutura hierárquica do meio hospitalar supõe uma diminuição da liberdade, difícil de evitar na totalidade.

», cf. *Consentimento...*, p. 52.

²⁸ Sobre autonomia técnica e a respeito de algumas decisões judiciais portuguesas, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 407 e seguintes..

²⁹ Queremos sublinhar, como reflexo da autodeterminação, o respeito que pensamos merecer a decisão sobre a intensidade com que um enfermo decida viver. No séc. XX tem-se verificado um certo *triumfo da medicalização*, a significar, em síntese, que: «o tempo da morte alongou-se à vontade do médico: este não pode suprimir a morte, mas pode alongar a sua duração (...)» (cf. PHILIPPE ARIÈS, II vol., pp. 337 e seguintes, *maxime* 339). Ora, não cumprir a decisão do paciente que requeira o fim da terapia de vida artificialmente sustentada pode implicar a violação do mesmo princípio da autonomia que fundamenta a doutrina do consentimento informado. Porém, a proximidade com a questão da eutanásia, numa matéria em que a necessidade do dissentimento possa eventualmente ser ultrapassada, por exemplo, mercê de uma decisão substituída por recurso à opinião de quem conviva na esfera íntima do paciente, obriga a tomar as maiores cautelas. Sobre este assunto, cf. JOÃO LOUREIRO, *Metáfora...*, pp. 43 e seguintes; AD NIEUW, p. 128; R. DWORKIN, pp. 299 e seguintes e nota 20; e, ainda, JOEL LEVI, pp. 191 e s.. Este A. cita algumas sentenças americanas em que foi admitido o direito de recusar tratamento médico, como corolário da doutrina do consentimento informado e do direito à auto-determinação, sentido em que afirma: «segue da necessidade de obtenção de consentimento informado previamente à intervenção terapêutica, que o paciente deverá igualmente conferir uma recusa informada dessa mesma intervenção terapêutica» (*ibid.*, p. 192).

O *dissentimento*, tão informado e esclarecido quanto possível, deverá ser registado no processo clínico do paciente, atenta a delicada posição do agente médico³⁰, uma vez que, suspeito, não acontecerá tanto como resultado de um processo de sucessivas trocas de informações e conselhos entre o paciente e o agente médico, por forma a que se atinja a declaração formal do paciente, mas antes pelo seu comportamento concludente. Com efeito, invade-me a intuição de que o médico só deixará de insistir quando o visado deixar de o procurar. Todavia, será compreensível que o agente médico possa reclamar que o repúdio seja reduzido a escrito e – verificando-se também *dissentimento* sobre este aspecto – seja testemunhada a sua opinião técnica em sentido divergente à tomada pelo paciente³¹.

Na maioria dos hospitais existem *termos de isenção de responsabilidade*, em suma: minutas pré-elaboradas em que o paciente assume a responsabilidade pela cessação do internamento e do tratamento hospitalar, outorgando o documento. Parece-me um procedimento desnecessário, mais a mais se – como existe notícia de se verificar muitas vezes com os modelos de consentimento – forem remetidos para um mero regime administrativo, em violação da verificação de uma relação interpessoal e directa que acredito estar aqui em causa como necessária.

Mas as interrogações destes tópicos *problematizantes* apenas me sugerem que os beneficiários da informação e do esclarecimento sobre os direitos e os deveres decorrentes da relação médica não são apenas os pacientes, mas igualmente os agentes médicos. Afinal, também estes parecem querer emprestar à relação que estabelecem com os pacientes um incompreensível *pacto de silêncio*, à luz de um pragmatismo eivado por vezes de premissas favoráveis e atendíveis, mas em relação ao qual esta vertente tão importante das relações sociais oferece o flanco, ressuscitando os fundamentos do que HANNAH ARENDT (a outros propósitos) já identificou como susceptíveis de edificar o exercício da «banalidade do mal»³².

As informações adequadas a prestar e a obter serão, deste modo, todas aquelas que se afigurem como previsíveis e necessárias para determinarem ou influenciarem a proposta e a respectiva decisão. Insisto: perante uma resposta desadequada, ou a dúvida sobre a existência de uma omissão, quanto ao normal processamento da decisão do paciente, forçoso se torna indagar nessa parte até ao esclarecimento³³.

³⁰ Será possível assacar responsabilidade a um médico pela incapacidade de convencer o seu paciente a aceitar um tratamento que, manifestamente, lhe irá minorar o sofrimento ou, até, salvar a vida? A resposta terá de ser negativa; trata-se exactamente de uma das manifestações da autonomia do paciente de que vimos tratando.

³¹ Neste sentido, cf. DANIEL SERRÃO, *Riscos...*, pp. 81 e seguintes..

³² Sobre este conceito afigura-se importante analisar o conjunto de textos reunidos e prefaciados por JEROME KOHN, in HANNAH ARENDT, *Responsabilidade...* de onde destaco: *Algumas questões de filosofia moral*, pp. 43-131.

³³ Lembro aqui a decisão proferida pela *Corte de Cassazione* italiana em 8 de Julho de 1994 (in *RIML*, ano XVII, 4, pp. 1282 e seguintes), sobre a necessidade de o médico informar a paciente, antes de esta (voluntariamente) ter tido alta após uma intervenção para cessação voluntária da gravidez, de que a certeza do êxito da intervenção dependia do resultado dos exames histológicos a que deveria submeter-se. Mais deveria tê-la informado da necessidade de comparecer em consulta de controlo, em tempo útil para uma nova intervenção.

II. Quanto ao paciente

Para o paciente o dissentimento resulta como um direito de manifestar livremente a sua autodeterminação, livre de peias formais e, em princípio, até ao limite da sua radicalidade absoluta: sejam as aludidas *más decisões*, seja o exercício do seu direito a nada querer saber. Numa segunda perspectiva mais benévola, revela a faculdade de opção: a escolha de soluções que se adaptem menos à prossecução da saúde mas privilegiem as aspirações individuais a uma conformação da própria vida, de acordo com as alternativas que se ofereçam menos *eficazes* mas *desejáveis*. É o que chamo de DISSENTIMENTO PARCIAL, por oposição ao DISSENTIMENTO TOTAL.

Tanto extraio da lei em matéria de informações a prestar, e repito: garantindo-se a compreensão do essencial para que tome uma decisão livre e consciente, o paciente deve ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*. O facto de existirem outras normas relativas a procedimentos gerais ou concretos, para um catálogo de intervenções tipificadas, a especificarem os mesmos cuidados, ou procedimentos específicos, no mesmo caminho, não retira, aliás reitera, a extensão do referente que ilumina as necessidades aqui abordadas.

E isto mesmo se oferece com muita evidência, enquanto argumento apagógico, por exemplo, na necessidade imposta pelo legislador penal em sede do consentimento presumido (cf. artigo 39.º, n.º 2, *in fine*, e 156.º, n.º 2, al. b), *in fine*, ambos do CP), isto é, quando, perante a impossibilidade de se obter um consentimento expresso viável ou constatando-se um perigo sério no decurso do tempo para a sua obtenção, se conceber a necessidade, ainda, de formular – como ensina CLAUS ROXIN – «um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na acção»³⁴. Daqui se compreende o exemplo que a este respeito dá COSTA ANDRADE: «por isso é que, em princípio, o médico que trata um paciente, inconsciente por anestesia, não pode acolher-se ao consentimento presumido para levar a cabo outro tratamento, quando, sem dano para a saúde, se pode esperar que o paciente recupere a consciência e possa expressar a sua vontade.»³⁵. Esta garantia para o paciente de que o agente médico produzirá uma *decisão substituída* em que – podendo – conjecturará – com os elementos que possua ou possa adquirir – a decisão daquele, revela bem quão necessária e ingente se torna o diálogo entre os sujeitos da relação médica.

O dissentimento revela-se ainda como um mecanismo que permite diminuir a ignorância do paciente (melhor seria optar pelo oposto: pelo aumento dos seus conhecimentos sobre a proposta de actuação ou sobre a nosologia que o afecta), como reflexo da intensificação dos deveres de informação que se condensam na esfera do agente médico.

*

³⁴ *Apud* COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, p. 58. Sobre esta matéria cf, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 453 e seguintes.

³⁵ *Id*, *ibid*, p. 59.

Uma questão de particular delicadeza prende-se com o peso do *dissentimento* dos menores³⁶. Em primeiro lugar, deverá o agente médico certificar-se se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão. Para a verificação deste requisito será de atender aqui à doutrina contida no artigo 38.º, n.º 3, CP. A averiguação de maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade para justificar uma intervenção médica. Posta assim a questão subsistem dúvidas em atender à sua vontade? É óbvio que sim.

Interrogo-me sobre se o agente médico adoptará uma postura análoga à que assume perante o *dissentimento* de um adulto. É que a decisão sobre a existência de maturidade pode pertencer-lhe. Será madura uma decisão que troca um benefício para saúde pela – usando aqui um velho exemplo – participação num torneio de xadrez?³⁷

Tudo me leva a crer que a análise do problema passa pela distinção entre as duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o *dissentimento* são diferentes. A intervenção constitui um meio para tentar averiguar e/ou obter (na expressão de Orlando de Carvalho) as condições prévias do estado físico-psíquico do paciente. Vou agora pressupor a necessidade da intervenção para a melhoria do estado de saúde do paciente. No caso do consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a actuação proposta. No *dissentimento*, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá até ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa.

E isto acaba inevitavelmente por influir na relevância a atribuir pelo agente médico à decisão do paciente, pelo menos no plano pragmático da sua actuação. A tentação do médico será a de acatar a decisão do menor, mas apenas se esta coincidir com a sua. As dúvidas agravam-se pelo facto de a relevância a atribuir à decisão dos representantes legais dos menores não se afigurar definitiva nesta matéria. E explico: é cristalina a perplexidade do agente médico, a quem se afirma o dever de agir contra o *dissentimento* paternal em caso de prossecução da saúde dos menores que não tenham autonomia relevante da vontade, como pode acontecer em situações já clássicas das convicções religiosas; e, simultaneamente, se possa configurar uma censura por não ter ultrapassado a autonomia do menor quando, nas mesmas condições de conveniência para a saúde, a actuação recusada tiver o beneplácito dos representantes legais³⁸.

³⁶ Para os demais incapazes existem igualmente especialidades e dúvidas. Para os respectivos desenvolvimentos, cf., por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 214 a 289. Em relação aos menores, ID. *Ibid*, pp. 289 e seguintes; e GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...*, e JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...* pp. 209 e seguintes.

³⁷ Será falacioso querer responder com o respeito pela vontade de um adulto nas mesmas circunstâncias. A reacção excepcional em termos de autonomia é de aceitar como tributo da autodeterminação.

Mas não poderá ser exigido ao médico que se reporte a uma bitola de normalidade, à sensatez do homem comum?

³⁸ A questão colocou-se já perante a jurisprudência inglesa, aceitando-se que a decisão capaz de um menor — devendo ser respeitada se for afirmativa e se confrontar com o *dissentimento* paternal —

O que quero aqui sublinhar não é tanto aquilatar se basta o consentimento dos representantes para determinar a legitimidade da intervenção do agente médico ou se a autonomia do menor pode ser eficaz para consentir numa lesão da sua esfera jurídica, quando esta lesão se referir a interesses de que possa dispor. Isso constitui uma matéria melindrosa, mas em relação à qual a decisão médica pode perfeitamente coincidir com o respeito pela vontade esclarecida do menor. Da mesma sorte, pressinto quanto o médico sofrerá inevitavelmente perante as dúvidas sobre a existência da maturidade do seu jovem paciente.

O problema é que, neste caso, perante a negativa, o agente médico não recebe, como acontece com o consentimento, uma colaboração do visado ou do seu representante, e o Direito não fornece um quadro rígido de actuações. Em suma: o médico será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses do paciente. Uma opção solitária e sempre casuística.

Mas então, parece confirmar-se existir, ainda que ténue, uma diferença nas manifestações de vontade positiva e negativa. E não se prende apenas com a averiguação da capacidade do declarante, manifesta-se antes nas maiores cautelas que rodeiam a decisão negativa que ao médico se afigure como contrária aos interesses do paciente menor. Na verdade, dificilmente se censurará o médico que decida não atender ao *dissentimento* de um menor, quando entenda a actuação médica como decisiva e fundamental. Recordo que o agente médico deve proceder a uma aferição da maturidade do menor, para a qual não deixará de ponderar a justificação que este apresente para o *dissentimento*. Como atribuir discernimento ao declarante de uma justificação desequilibrada ou desajustada face aos efeitos em causa? Tenho consciência de que a resposta não será idêntica perante uma justificação similar proferida por um paciente maior e capaz... O que este raciocínio pode é, eventualmente, dissipar dúvidas perante a confirmação da similitude das premissas.

Num caso, porém, o *dissentimento* é tomado em conta independentemente da incapacidade do paciente que o manifeste, como vimos já: se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (cf. artigo 17.º, n.º 1, al. e) da CDHB). Mas este regime não revela igualmente a existência de um campo relativamente alargado, em que a eficácia a atribuir ao *dissentimento* convoca a protecção de bens jurídicos, como a saúde, que poderão colidir com a protecção da autonomia? Reclamando-se aquela protecção, acredito ser possível e desejável a compressão desta outra, salvaguardando os bens jurídicos fundamentais. E não se diga que ressuscito o paternalismo perante as dificuldades e o enterro logo que estas se

poderá ser ultrapassada pelo consentimento paternal para uma intervenção médica, que aquele repudiou.

Face aos valores em conflito e, sobretudo, à enorme responsabilidade depositada no agente médico, alguma doutrina recomenda para tais casos o suprimento judicial. A decisão a tomar deverá acatar os desejos do menor, tendo por pressuposto os seus *melhores interesses*. Cf. JOHN EEKELAAR, *White Coats or Flak Jackets?...* pp. 182-187. Idênticas dificuldades colho em DANIEL SERRÃO, cuja aceitação parece ficar restringida às decisões tomadas por menores com 14 anos ou mais, verificando-se discernimento e as matérias em causa não impliquem perigo de vida, exemplificando com uma decisão aceitável de um menor sobre a não utilização de um aparelho de correcção dentária (cf.: *Riscos...cit.*, p. 82). Sobre esta matéria, por todos, remeto para GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...cit.*, pp. 16 e seguintes..

esvanecem. A opinião dos intervenientes é contingente, mas deverá ser tomada em consideração pelo agente médico (cf. artigo 6.º, n.º 2 e n.º 3, da CDHB). Neste mesmo preceito parece residir uma válvula de segurança que consiste em prever a possibilidade de a autorização dada pelos representantes dos pacientes incapazes, ou pelas autoridades em sua substituição, ser revogada quando se prossiga o «... interesse da pessoa em causa» (cf. o citado artigo 6.º, n.º 5 da CDHB). Então porque não dar ao médico a possibilidade de recorrer igualmente à mesma autoridade em caso de dúvida sobre a maturidade da decisão do menor em dissentir?

Eis uma solução que não me desagrada integralmente. Bem sei que as opiniões médicas subjacentes podem ser rotuladas como de *quase peritagem*, e esta qualidade arrisca-se a influenciar a magistratura. Todavia, não é menos verdade que a perspectiva jurídica (acompanhada de uma fonte alargada de opiniões oriundas de outros quadrantes envolvidos) pode funcionar bem como um *fiel* equitativo que dite a superação das divergências entre a função beneficente da saúde (com riscos de paternalismo) e o precioso reduto da autonomia, pesadas, que sejam, as matizes do caso concreto.

III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação.

Como aflorei já no tocante à matéria do *direito a não saber*, existem *terrenos* em que se constata uma (por vezes séria) *belicosidade* entre a *vontade* e a *saúde*. E para além desta *fragmentação*, outras circunstâncias se envolvem na briga: penso nas limitações individuais exigíveis aos próprios pacientes (na raia da contenção da sua própria esfera de personalidade); considero os direitos e os interesses de terceiros envolvidos (entre os quais os próprios agentes médicos), os interesses sociais que justifiquem a intervenção da Administração Pública no âmbito da prossecução da garantia constitucional da protecção da saúde (cf. artigo 64.º da CRP) ou mesmo em outros âmbitos (no campo da Justiça, por exemplo: descoberta da verdade material).

As limitações imanentes ou as colisões entre direitos fundamentais exigem: uma avaliação permanente das *fronteiras* a traçar entre as compressões que os bens jurídicos subjacentes convoquem; e o apuramento da prevalência abstracta ou concreta dos valores individuais versus valores sociais³⁹.

Não cabe aqui pugnar por qualquer prévio posicionamento do intérprete (ou do legislador) na defesa prevalente, em princípio, de um dos *beligerantes* em desfavor do outro, isto é: se do ponto de vista constitucional se deverá qualificar como excepcional a intrusão na esfera individual, nos casos contados em que tal se ofereça absolutamente necessário e,

³⁹ Sobre esta matéria não será de somenos indicar a consulta: da obra de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, 213 e seguintes; das citadas anotações à *CRP Anotada* de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (a que adicionamos agora as relativas aos artigos 24.º, pp. 222 e seguintes; e 64.º, pp. 652 e seguintes); de CARLA AMADO GOMES, *Defesa da Saúde...*, entre outros, cuja indicação bibliográfica decorre das *supra* citadas.

consequentemente admissível; ou vice-versa. Não é a hierarquia que me interessa colocar em discussão, se bem que se trate de um tema que não posso deixar de indicar dever merecer uma cuidada atenção (e análise e debate), progressivamente premente perante: a *velocidade do tempo*; a *crise* que parece instalada no pós-modernismo; algumas teses *comunitaristas* emergentes, etc.

O que tenho por certo e estendo à generalidade destes tipos de cruzamento de valores e de bens constitucionalmente protegidos é a constatação de COSTA ANDRADE: «De uma forma ou de outra, as decisões da pessoa ‘irritam’ o sistema social e projectam sobre ele uma complexidade que este é chamado a reduzir, segundo legitimação e critérios próprios. *Brevitatis causa*, segundo uma lógica de auto-referência.»⁴⁰.

Tanto me conduz a uma precisão de conceitos que ressalta exactamente da configuração autónoma do *dissentimento*: é que face aos tratamentos compulsivos, ou em termos mais gerais a intervenções arbitrárias, não é tanto a manifestação da vontade positiva (o consentimento) que fica colocada em crise, mas exactamente a desvalorização do *dissentimento*, da faculdade de repúdio ou de não adesão a uma intervenção ou constricção na esfera da liberdade ou da autonomia. Com efeito, o consentimento significa aqui apenas uma adesão voluntária (até ao limite do grau da autodeterminação existente) à compressão da vontade ditada, isto é, imposta em termos juridicamente certificáveis como válida. Só o *dissentimento* revela a crise aberta pelo embate dos valores constitucionais em causa, até caso a caso. Aquela manifestação de vontade torna-se, em regra⁴¹, irrelevante; pelo contrário, o *dissentimento* – mais não sirva – inquire a norma que o constrange.

O elenco dos tratamentos compulsivos e das intervenções arbitrárias é extenso e apresenta inúmeros aspectos controvertidos, pelo que previno sobre a incompletude do que se segue, tal como o desequilíbrio com que são cotejadas as respectivas matérias.

Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de actuação médica susceptível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objectivo da protecção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da colectividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível colectivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legislação específica habilitante⁴².

⁴⁰ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 44.

⁴¹ Quero acautelar, mesmo em sede do consentimento, as eventuais sequelas da adesão a um ditame normativo que venha a ser reputado como ilegal ou a uma decisão que não encontre estribo na formulação legal aparentemente habilitante, que suscitem ulteriormente ao visado que a acatou a possibilidade de, sentindo-se lesado, reagir.

⁴² Assim decanto a noção que avancei em o *Consentimento...*, pp. 290 e seguintes, tendo em mente o sentido e alcance da pertinente advertência — e recorrendo à expressão utilizada — de PAULO DA MOTA PINTO na sua «declaração de voto», proferida no Ac. do TC n.º 228/2007, de 28/03 (Relatora: MARIA FERNANDA PALMA), cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt>. E aproveito para rectificar o que deixei explanado em sede de *testes para aferição de perfis de ADN* (cf. o *Consentimento...*, pp. 326 e s.), aderindo à restrição — todavia com a divergência que antecede em que secundo Paulo da Mota Pinto — que o Ac. TC *supra* citado (na sequência do *fundamentante* Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03 (Relator: GIL

Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infecto-contagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base XIX da LBS e artigo 5.º do DL n.º 336/93, de 29/09 e, ainda, LSM: Lei n.º 36/98, de 24/07)⁴³. E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do *estado de calamidade pública* (cf. artigo 19.º, n.º 2, da CRP). E o mesmo se diga para os tratamentos em detidos, nos termos estritamente necessários a preservar os interesses do Estado quanto à vida, manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais, *v.g.* casos de greve de fome, auto-

GALVÃO) introduz na interpretação do preceituado no artigo 172.º, n.º 1, do CPP, de onde se retira que a sujeição compulsiva a exame (colheita compulsiva de vestígios biológicos) carece de autorização do juiz competente; Ac. este último de onde retiro apenas a seguinte passagem (da longa e profunda fundamentação que merece toda a atenção), esclarecedora do que está em *jogo*: «Assim, admite-se que, em si mesmo, não existirá desproporcionalidade na utilização de tais meios invasivos» — colheita de saliva através de *zaragatoa* bucal — «do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações (tal qual a do presente caso) de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias a efectuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção.». O sublinhado pertence-me. Os Ac. do TC em referência acabam por iniciar um processo de *solvência* das dúvidas suscitadas pela Jurisprudência do TRC (Acórdãos ali citados), que culminou com o Ac. TRC de 13/09/2006 (Relator: LUÍS DE ALMEIDA GODINHO, cf. <http://www.dgsi.pt>), cuja transcrição parcial pode igualmente ser encontrada em *RMP*, ano 27, n.º108, pp. 239 e seguintes e que resultou assim corrigido. Devo sublinhar aqui o comentário crítico de MÁRIO FERREIRA MONTE, cf. *ibid*, pp. 250-262, cuja argumentação não deve de todo ser desconsiderada, especialmente quando concebe que o próprio exame por *zaragatoa* «pode ocorrer mediante a utilização de força» e que todas estas diferenças podem e devem ser relevantes para a decisão a tomar, concluindo pela aludida necessidade — prevenida também por PAULO DA MOTA PINTO, como disse já — da *prévia regulamentação*. Eis o plano distintivo (casuístico, é verdade), que me levou a considerar (em sede de testes para a detecção de álcool no âmbito das infracções rodoviárias) que, no estado corrente da legislação em vigor, a existência de soluções alternativas (*desobediência*, etc.) seriam suficientes para ultrapassar o que a lei parece não prever: o *dissentimento* efectivo, radical, ainda que ilegítimo e, até ilícito (cf. *O consentimento...*, pp. 328 e seguintes, neste aspecto — parece — secundadas por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada...*, I, p. 277). Pesam aqui, sempre, os ensinamentos de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações...* p. 328. E sendo certo que a ponderação dos valores e bens se altera muito significativamente perante os ilícitos em confronto, a verdade é ser inegável (para lá da justiça do caso concreto) que a obrigatoriedade dos exames e a sua efectivação compulsiva à custa testada violação da integridade física constituem planos diferentes, a merecer este último uma competência legislativa para ser dirimido, com respeito pela proporcionalidade entre o exercício da força e o que a justifica.

Bem compreendo a tentação da *descoberta a verdade material*, como entendo a tentação que sofrerá o médico ou o cientista no decurso de uma actuação ou de uma investigação importantíssimas para o combate de uma doença ou uma descoberta singular... Mas a verdade é que os princípios fundamentais, quando fragmentados sob a premência de uma *topoi* que os contradiga, não podem ser pulverizados, sem mais, sem o avisado e prévio *império da Lei*, à custa de inferências particulares não tipificadas. Subsiste sempre o perigo de revelarem, mais tarde, consequências chocantes, a jusante ou a montante, no edifício ético *codificante* do tecido social. Começamos por afirmar que a colheita de saliva é uma invasão insignificante da esfera físico-psíquica de uma pessoa e podemos acabar embaçados perante uma queixada quebrada por um alicate cirúrgico... São as consequências da aludida «banalidade do mal» que impressionou tanto HANNAH ARENDT.

⁴³ Sobre este aspecto e ressuscitando questões conexas com alguma da matéria aflorada na nota anterior, cf. o comentário crítico de ANDRÉ PEREIRA ao Ac. TRP, de 06/02/2002 (Internamento compulsivo de doente tuberculoso), in *LM*, I, 1, 2004, onde se pode analisar igualmente os extractos relevantes do Aresto. Cf. ainda MARIA JOÃO ANTUNES, *O internamento...*

mutação e de tentativa de suicídio⁴⁴; e para os exames médicos em medicina do trabalho (cf. artigo 19.º do CT)⁴⁵ ou para a prática de actividades desportivas (cf. artigo 5.º e 7.º do DL. n.º 345/99, de 27/08).

Outros aspectos devem ainda ficar também meramente referenciados, se bem que suscitem, de igual sorte, controvérsia em fracções particulares de problemas que levantam os casos concretos em que são analisados: o tratamento coactivo para evitar a tentativa de suicídio, pelo menos a partir da inconsciência⁴⁶; os limites da eutanásia⁴⁷; as já afloradas intervenções de perícia no campo do direito processual, penal e no civil, determinadas por decisão judicial legalmente habilitada⁴⁸; a também já abordada «solução de oposição» relativa à colheita de órgãos e de tecidos para fins de transplante (aqui a discussão exigiria um tratamento autónomo que relego para outra oportunidade); e o mesmo digo para os «testamentos em vida» que possuam indicações negativas para prever a impossibilidade de manifestar a vontade face a quadros futuros previsíveis.

*

Escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA em Janeiro de 2001: «Tenho para mim que o ‘consentimento informado’ vai ser uma dor de cabeça para os profissionais da saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão, do que se trata; mas não é fácil ter uma noção precisa do que se pode exigir dos médicos na vida real da prática clínica.»⁴⁹

Registo a justíssima e devida homenagem à certa futurologia do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se tem confirmado em sucessivos ares- tos judiciais, ensino, intervenções, debates e estudos científicos, que, desde essa data, se têm avolumado nos variados temas envolvidos, mas que raramente deixam de levar em conta a matéria do consentimento esclarecido, que, afinal, representa o traço de união dos sucessivos assuntos e disciplinas e a *ponte* segura que liga o Direito à Medicina. O trabalho do Centro de Direito Biomédico da FDUC é disso mesmo bem representativo.

O dissentimento revela-se uma pedra de toque que suscitará, eventualmente, as soluções para o *confronto* que vou pressentindo crescer, por força dos sucessivos pontos de fricção entre a *célula* individual do ser humano e a sua esfera de protecção com as esferas de protecção da sociedade e a intervenção, ao menos tutelar, do Estado. Ficam semeados alguns tópicos para futuras discussões sobre a matéria. É o que pretendia.

⁴⁴ Cf.: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, p. 408; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar...*, pp. 101-128; e JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 304 e seguintes..

⁴⁵ Cf. CARLOS LOPES DO REGO, *Comentário ao Ac. TC n.º 368/02, 25/09*, e este aresto, in *RMP*, Ano 23, n.º 92, pp. 117 e seguintes.

⁴⁶ Cf., por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 508 e seguintes.

⁴⁷ ID, *ibid*, pp. 509 e seguintes e LUÍSA NETO, *op cit*.

⁴⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 324 e seguintes.

⁴⁹ Cf. *op cit, supra*, na nota anterior: «Apresentação».

Évora, 30 de Abril de 2007.

Abreviaturas

AA. – Autores.

Ac. – Acórdão.

ADN – ácido desoxirribonucleico.

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça.

BOM – Boletim da Ordem dos Médicos.

C.Civ – Código Civil.

CDBM – Centro de Direito Biomédico da FDUC.

CDHB – Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

CPC – Código de Processo Civil. CPP – Código de Processo Penal.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DL – Decreto-Lei.

EH – Estatuto Hospitalar.

EOE – Estatuto da Ordem dos Enfermeiros.

EOM – Estatuto da Ordem dos Médicos.

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

FML – Faculdade de Medicina de Lisboa.

LBS – Lei de Bases da Saúde.

LM – Lex Medicinæ.

LSM – Lei de Saúde Mental.

MP – Ministério Público. p(p). – página(s).

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra.

RENDA – Registo nacional de não dadores.

RDGH – Revista del Derecho y Genoma Humano.

RIML – Rivista Italiana di Medicina Legale

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência.

RMP – Revista do Ministério Público.

ROM – Revista da Ordem dos Médicos.

SIDA – Síndrome de imunodeficiência adquirida. TC – Tribunal Constitucional.

Bibliografia

AA.VV.: (APPELBAUM, Paul S., LIDZ, C., MEISEL, A) *Informed Consent – Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford, 1987.

AA.VV.: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo I*, (Dir. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Ed., 1999.

AA.VV.: (dir.: MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES): *Comissões de Ética: das bases teóricas à vida quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética/ Pólo Açores, 1996.

AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (I Curso de Direito da Saúde e Bioética–Lisboa, 1990), A.A.F.D.L., Lisboa, 1991.

AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (II Curso de Direito da Saúde e Bioética–Lisboa, 1993), A.A.F.D.L., Lisboa, 1996.

ALMEIDA GODINHO, Luís de: *Relator do Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in <http://www.dgsi.pt>

AMADO GOMES, Carla: *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual – Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDUL, Lisboa, 1999.

ANTUNES, Manuel J.: *A Doença da Saúde*, Quetzal, 2001.

ANTUNES, Maria João: *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Studia Iuridica 2, Coimbra ed., 1993.

ARENDRT, Hanna: *Responsabilidade e Juízo*, Dom Quixote, 2007 (prefácio de JEROME KHON).

ARIÈS, Philippe: *O Homem perante a morte*, I, tr. Ana Rabaça, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1977.

CALVET DE MAGALHÃES, José: *A Responsabilidade Penal do Médico – Em caso de morte do doente*, Coimbra, 1945.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS, *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 3 (Março) de 1985.

CORREIA, Eduardo: *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971 (reimp.).

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Comentário Conimbricense... cit.*

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004.

DAMIÃO DA CUNHA, J. M.: *Comentário Conimbricense...* cit.

DUBLER, Nancy Neveloff & DAVID NIMMONS, *Ethics on Call – A Medical Ethicist Shows to Take Charge of Life-and-Death Choices*, Harmony Books, New York, 1992.

DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, tr. RICCARDO CARACCIOLLO e VÍCTOR FERRERES, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

EKELAAR, John: *White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts—Again*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 109, Abril de 1993, pp. 182-187.

FARIA COSTA, José de: *O valor do silêncio do legislador penal*, in *Transplantações*, Colóquio Interdisciplinar, Public. do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, 1993.

FERREIRA MONTE, Mário: *Comentário ao Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in *RMJ*, ano 27, n.º 108, pp. 239 e seguintes.

FIGUEIREDO DIAS, J./SINDE MONTEIRO, J.: *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *BMJ*, n.º 332, 1984.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*, (AA.VV.), tomo I, Coimbra ed., 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra Ed., 3.ª ed., 1987.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Código de Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004.

GALVÃO, Gil: *Relator no Ac. TC N.º 155/2007, de 02/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>

GRANADEIRO VICENTE, Josefina Cerzo: *Consentimento Informado – A verdade com sentido*, Lisboa, 2004 (dissertação de mestrado apresentada, discutida e aprovada na FML).

JONAS, Hans: *Ética, Medicina e Técnica, Veja, 1994* (tradução e prefácio de FERNANDO ANTÓNIO CAS- CAIS).

LESAGE-JARJOURA, Pauline: *La Cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine*, Ed. Yvon Blais, Québec, 1990.

LOPES DO REGO, Carlos: *Comentário*, in *RMP.*, ano 23, n.º 45.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Terapêuticas de Transplantações*, in AA.VV.: *Bioética...cit.*, pp. 285-292.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Transplantações: um olhar constitucional, Argumentum 9*, Coimbra Editora, 1995.

MARTINHO DA SILVA, Paula: *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina – anotada*, Lisboa, 1997.

MEDEIROS, Rui (Jorge Miranda): *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge (Rui Medeiros): *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela: *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

MOTA PINTO, Paulo: *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade in Portugal – Brasil Ano 2000 (Tema Direito)*, Boletim da FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246.

MOTA PINTO, Paulo: *Declaração de voto no Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

NETO, Luísa: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, 2004. NIEUW, AD: *Informed Consent, in Medicine and Law*, vol. 12, n.º 1/2, 1993.

OLIVEIRA, Guilherme de: *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.º 3815, n.º 3816 e n.º 3819 (*).

OLIVEIRA, Guilherme de: *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 132.º, n.º 3898. (*)

OLIVEIRA, Guilherme de: *O fim da «arte silenciosa» (O dever de informação dos médicos)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128.º, n.º 3852 e n.º 3853 (*).

OLIVEIRA, Guilherme de: *Prática médica, informação e consentimento*, in *Coimbra Médica*, 14, 1993.

OLIVEIRA, Guilherme de: *Temas de direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2001.

– NOTA: inclui as várias publicações supra indicadas assinaladas com (*).

PACHECO, Susana (Maria do Céu Patrão Neves): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.

PALMA, Fernanda: *Relatora do Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>

PATRÃO NEVES, Maria do Céu (Susana Pacheco): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, CDBM da FDUC n.º 9, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias: *Comentário Crítico ao Ac. TRP, de 06/02/2002*, in *Lex Medicinæ*, I, CDBM da FDUC n.º 9, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *A renúncia abdicativa no direito civil*, BFDUC, Studia Iuridica, Coimbra, 1995.

PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: *O Direito Geral de Personalidade e a ‘Solução do Dissentimento’*, CDBM da FDUC n.º 5, Coimbra Editora, 2002.

SERRÃO, Daniel: *Relações entre os profissionais de saúde e os pacientes*, in AA.VV., *Comissões de Ética... cit.*

SERRÃO, Daniel: *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética*, cit.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

TAUPITZ, Jochen: *Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán*, in *RDGH*, n.º 4, Enero-Junio 1996, Bilbao.

TAUPITZ, Jochen: *El derecho a no saber en la legislación alemana (II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 9, Julho-Dezembro 1998, pp. 163-179.

VAZ RODRIGUES, João: *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*», CDBM da FDUC, Coimbra Editora, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Os Direitos Fundamentais – Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2hrg0k9xr9/ipod.m4v?locale=pt>



3. A responsabilidade médica (uma imprescindível mudança de paradigma na jurisprudência)

Rui Torres Vouga

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. A RESPONSABILIDADE MÉDICA (UMA IMPRESCINDÍVEL MUDANÇA DE PARADIGMA NA JURISPRUDÊNCIA) *

Rui Torres Vouga**

1. Tipos de responsabilidade (contratual ou extra-contratual?)
 - A. A actividade médica prestada nos estabelecimentos públicos de saúde.
 - A.I. Regime jurídico da responsabilidade civil por facto ilícito (por danos decorrentes do exercício da função administrativa)
 - B.1. A actividade médica privada
 - B.II. Natureza (contratual ou extra-contratual) da responsabilidade civil médica
 - B.III. Da natureza extra-contratual da responsabilidade civil dos auxiliares
 - B.IV. Concurso da responsabilidade civil médica contratual com a responsabilidade civil médica extracontratual
 - B.V. Natureza jurídica do contrato que se estabelece entre o paciente e os médicos ou os estabelecimentos de saúde privados
 - B.VI. Classificação do contrato médico, dentro dos contratos nominados: Contrato de prestação de serviços médicos
 - B.VII. Conteúdo do contrato de prestação de serviços médicos
 - B.VIII. Cumprimento defeituoso da obrigação de tratamento
 - B.X. A Actividade médica exercida nos estabelecimentos de saúde privados
 - C. “Wrongful birth” (“nascimento indevido”) e “wrongful life” (“vida indevida”)
 - C.I. O contexto histórico dos processos de “wrongful birth” (“nascimento indevido”) e de “wrongful life” (“vida indevida”) e o seu tratamento na jurisprudência
 - C.II. A jurisprudência europeia
 - C.III. Tipologia das Wrong Actions: i) Acções por “wrongful conception”; ii) Acções por “wrongful birth”; iii) Acções por “wrongful life”
- Jurisprudência
Bibliografia
Vídeo

1. TIPOS DE RESPONSABILIDADE (CONTRATUAL OU EXTRA-CONTRATUAL?)

A. A actividade médica prestada nos estabelecimentos públicos de saúde

O ordenamento jurídico português distingue, submetendo-os a **diferentes regimes jurídicos**, entre, por um lado, **unidades privadas de saúde** (*maxime*, as chamadas “clínicas privadas”) e, por outro, **unidades públicas de saúde**, ou seja, os **hospitais públicos**, pertencentes à rede do Serviço Nacional de Saúde (doravante, SNS).

Na vigência do **Decreto-Lei n.º 48 051**, de 21/11/1967 – que só cessou com a entrada em vigor (no dia 30 de Janeiro de 2008: cfr. o seu artigo 6.º) da **Lei n.º 67/2007**, de 31-XII, que aprovou o novo *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* e revogou aquele diploma – tanto na jurisprudência, como na esmagadora maioria da doutrina portuguesa, entendia-se, pacificamente, que a **relação que se estabelece entre o hospital público e o utente particular** (que lá se dirige, seja para ser sujeito a uma intervenção

* Texto que serviu de base à comunicação efetuada no dia 29 de janeiro de 2016, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação “Temas de Direito Civil e Direito Processual Civil”, atualizada pelo autor em fevereiro de 2017 e inicialmente publicadp no e-book: [Responsabilidade Civil Profissional](#).

** Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa.

cirúrgica ou a um tratamento médico específico pré-programados, seja para realizar uma simples visita ambulatoria, v.g. uma consulta médica) constitui **uma relação de serviço público**, assumindo, pois, os respectivos **actos médicos** a natureza de **actos de gestão pública**, visto em causa estarem, sobretudo, **actos praticados no exercício de poderes públicos**, com vista à realização do interesse público¹.

Na **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo**, sempre se entendeu, de modo uniforme, que:

– «É enquadrável no âmbito da responsabilidade civil extracontratual – DL n.º 48 051 de 1967.11.21 – a pretensão indemnizatória da autora, relativa a danos emergentes de um procedimento médico-cirúrgico de que foi alvo, num estabelecimento de saúde pública, ao qual recorreu na qualidade de utente.» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator – POLÍBIO HENRIQUES], acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– «A responsabilidade por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual, incumbindo ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade, regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei 48 051, de 21 de Novembro de 1967» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011 [Processo n.º 0762/09; Relator – ADÉRITO SANTOS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– «A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16/01/2014 [Processo n.º 0445/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>).

A **fundamentação** geralmente aduzida para fundamentar o entendimento segundo o qual os actos médicos praticados nos hospitais públicos assumiam a natureza de actos de gestão pública era, nuclearmente, a seguinte:

– «Quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de ‘utente’, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas.

¹ Cfr., neste sentido, nomeadamente, FREITAS DO AMARAL (in “*Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 121 e seguintes), GUILHERME DE OLIVEIRA (in “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005), SÉRVULO CORREIA (in “*As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 11 e seguintes) e ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ (in “*Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso À Justiça Administrativa*”, Coimbra, 2003, pp. 36-42).

Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto.» – cit. Acórdão do STA de 20/04/2004;

– «Nem o utente, nem os funcionários ao serviço do Hospital estão a agir a coberto de um negócio jurídico. Nem o utente pode escolher o médico, nem os funcionários podem escolher o paciente, devendo a atendimento seguir as regras legais aplicáveis e de acordo com o que for definido pela Direcção do Hospital. Não há, portanto, uma vontade das partes a que a lei atribua efeitos jurídicos, mas sim um serviço público posto à disposição dos utentes, nos termos definidos pelo bloco de legalidade aplicável: Lei 11/93, de 15 de Janeiro, com as alterações dos Dec. Lei 177/2009, de 4 de Agosto; 28/2008, de 22 de Fevereiro; 276/A/2007, de 31 de Julho; 222/2007, de 29 de Maio; 223/2004, de 3 de Dezembro; 185/2002, de 20 de Agosto; 68/2000, de 26 de Abril; 157/99, de 10 de Maio; 156/99, de 10 de Maio; 401/98, de 17 de Dezembro; 97/98, de 18 de Abril; 53/98, de 11 de Março e 77/96, de 18 de Junho)» – cit. Acórdão do STA de 16/01/2014.

Na jurisprudência dos tribunais comuns, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008** (Processo n.º 08A3323; Relator – MÁRIO CRUZ) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também entendeu que:

– «A prestação de cuidados de saúde, ao abrigo do serviço nacional de saúde, decorre de uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos que careçam dos cuidados médico-cirúrgicos, independentemente da vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados, porque a tal não se pode recusar.

– O pagamento de taxas moderadoras não corresponde ao pagamento de um preço pelo serviço, mas um acto simbólico para fazer lembrar aos que ocorram aos serviços médicos e hospitalares do SNS que há custos gerais para os contribuintes, e assim de algum modo se poder evitar o congestionamento de serviços por razões que não necessitariam de consulta ou tratamento.

– Por isso mesmo, **nos serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do serviço nacional de saúde ou que com ele tenham protocolo, a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual;**

– Nas instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o serviço nacional de saúde, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual.»

Este entendimento voltou a ser reiterado pelo **Supremo Tribunal de Justiça**, no seu Acórdão de 24/5/2011 (Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1; Relator: HÉLDER ROQUE) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> –, onde também se considerou que:

– «Tem natureza extracontratual a responsabilidade civil, por alegados factos ilícitos cometidos por um médico, em serviço público hospitalar, em relação a um doente, em virtude da inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante.»².

Já em 2015, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2015** (Proc. n.º 804/03.2TAALM.L.S1; Relator – ARMINDO MONTEIRO) – cujo texto integral está acessível online in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – reafirmou que:

– «O acto médico praticado em hospital público integrado no SNS representa um acto técnico no exercício de uma dada profissão de acordo com certas prescrições, naturalmente que da ciência médica, constituindo uma função pública, integrada na denominada “função técnica do Estado”, qualquer que seja a natureza de que se revista o hospital, com ou sem autonomia patrimonial, empresarial ou sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, segundo a classificação adoptada na Lei de Gestão Hospitalar n.º 27/2002, de 08-11.

– O Hospital demandado, onde a arguida e demandada, médica especialista da área de medicina interna, prestava serviço, à data dos factos – 2003 – assume a natureza de sociedade anónima, entidade englobada num fenómeno visando a “criação de uma Administração indirecta privada”, uma “privatização formal da Administração e uma utilização instrumental da personalidade jurídica privada”, para o desempenho de tarefas de interesse público correspondentes ao exercício da função.

– Dominantemente se recusa a natureza contratualista à prestação de serviços médicos na rede nacional de hospitais públicos, em contrário do que sucede nos hospitais privados, ditos particulares ou em consultórios de idêntica categoria, havendo que fundá-la, antes, na responsabilidade civil extracontratual, seja ela por facto negligente ou voluntário e, também, ilícito.

– A responsabilidade contratual, nos hospitais públicos, derivaria de o facto de o doente em tratamento não ser um estranho e lhe assistir um genérico direito a não ver lesada a sua integridade física ou moral; é alguém que, positivamente, tem direito a certo número de cuidados prestados com a diligência exigível.

– É, pois maioritária a posição – excluindo-se, ainda a concepção da natureza atípica – que perfilha o entendimento de que a prestação de serviços médicos nos hospitais públicos se não enquadra no contrato de prestação de serviços previsto no CC, no artigo 1154.º e seguintes, antes assumindo uma simples prestação de serviço público, em que como regra, o

² A fundamentação aduzida para justificar este entendimento é a seguinte:

«Não invocando o autor o exercício de medicina privada, por parte do réu médico, nas instalações do réu Hospital, goza do direito de reclamar uma indemnização pelos danos que lhe foram causados, por alegado facto ilícito culposo gerador de responsabilidade civil extracontratual.

Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza extra-contratual, em que a obrigação de indemnizar nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, devido à inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante, sendo esta, também, a concepção que melhor se adapta à essência dos serviços públicos ou de interesse público, porquanto qualquer pessoa pode, indistintamente, utilizá-los, nas condições gerais e de pessoas dos respectivos estatutos e regulamentos, sem possibilidade da sua recusa ou da negociação de cláusulas particulares [Vaz Serra, *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes*, BMJ, n.º 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, RDES, Ano XIX, 123 e seguintes; STJ, de 7-5-74, BMJ n.º 237, 196; RT, Ano 93.º, 282].»

médico é desconhecedor da pessoa do doente e este da pessoa do médico, surgido acidentalmente, ignorando as suas qualidades técnicas, de quem espera o melhor desempenho na aplicação dos melhores e mais oportunos conhecimentos da sua ciência e que não recebe do beneficiário ordens ou instruções, gozando de uma quase total ou, melhor dizendo, total independência.»

E, ainda mais recentemente, o **Supremo Tribunal de Justiça** tornou a considerar, no seu Acórdão de 29/10/2015 (Processo n.º 2198/05.2TBFIG.C1.S1; Relator – MANUEL TOMÉ SOARES GOMES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – que:

«A responsabilidade civil emergente de ato praticado por médico de serviço em hospital público, numa situação pontual de emergência sequencial à ocorrência de um acidente de viação, é de natureza extracontratual.»

Assim sendo, actualmente (isto é, a partir de 30/01/2008 – data em que o diploma entrou em vigor), o **regime de responsabilidade aplicável** a este tipo de relações que se estabelecem entre os **hospitais públicos** integrados no SNS [Serviço Nacional de Saúde] e os respectivos **utentes** é, necessariamente, o da **Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro**, relativa ao **regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, de acordo com o qual o hospital público responde (extracontratualmente) – e responde “exclusivamente” – pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do regime)^{3 4}.

Apesar de o regime de responsabilidade civil das pessoas colectivas instituído pela cit. Lei n.º 67/2007 não recortar o seu **âmbito de aplicação material** por referência aos **danos resultantes de actos de gestão pública** – como fazia o artigo 1.º do cit. DL. n.º 48 051, de 21NOV1967⁵ –, mas antes por referência à noção de **“danos resultantes do exercício da função administrativa”**, «mantém-se a diversidade de regimes jurídicos substantivos consoante o acto causador do dano se caracterize como um acto de gestão pública ou como um acto de gestão privada⁶», como o evidencia o facto de o n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 67/2007 definir a **função administrativa** por referência às **“acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições o princípios de direito**

³ O Hospital também será exclusivamente responsável **sempre que os danos causados a um doente não resultarem do comportamento concreto do médico ou não se consiga provar a autoria pessoal do acto ou da omissão causadora do dano, e este deva ser atribuído a um funcionamento anormal do serviço** (artigo 7.º/3).

⁴ No entanto, o próprio **médico** também (e apenas) pode, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º, incorrer em **responsabilidade civil extracontratual** caso exista da sua parte **“diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado”**, ou – como é evidente – **em caso de dolo**. Nestes casos, a **responsabilidade do hospital** será **solidária** (artigo 8.º, n.º 2), cabendo-lhe posteriormente **direito de regresso**, se for obrigado a indemnizar o paciente, logo que haja sido paga a indemnização respectiva (cfr. n.º 3 do artigo 8.º).

O **exercício do direito de regresso** tornou-se **obrigatório** com a entrada em vigor da cit. Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, estando, inclusivamente, previsto que a secretaria do tribunal, que tenha condenado o hospital no pagamento da indemnização ao paciente, remeta certidão da sentença, logo após o respectivo trânsito em julgado, ao hospital, para que este exerça esse direito de regresso.

⁵ Cujo teor era o seguinte: «A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas **no domínio dos actos de gestão pública** rege-se pelo disposto no presente diploma, em tudo que não esteja previsto em leis especiais».

⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”*, 1ª ed., Coimbra, 2008, p. 29.

*administrativo*⁷ – o que permite concluir que o regime instituído neste diploma é aplicável apenas aos actos de gestão pública^{8 9}.

No âmbito **subjectivo**, o n.º 5 do cit. artigo 1.º da Lei n.º 67/2007 estende o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas públicas nela instituído à responsabilidade civil das **pessoas colectivas de direito privado** (e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares) que actuem no exercício de prerrogativas de poder público ou se rejam por normas e princípios de direito administrativo – «o que compreenderá todas as pessoas colectivas de direito privado criadas por entidades públicas (sociedades anónimas de capitais públicos), bem como entidades privadas que exerçam poderes públicos (no âmbito de concessões de serviços públicos ou de parcerias público-privadas)»^{10 11}.

⁷ O **exercício de prerrogativas de poder público** e a **sujeição a um regime de direito administrativo** são, portanto, dois dos indicadores através dos quais é possível caracterizar a **função administrativa**. «A atribuição de poderes de autoridade a uma dada entidade (pública ou privada) há-de resultar directamente da lei, traduzindo-se esses poderes de autoridade na faculdade de essa entidade, de modo unilateral, editar normas jurídicas, produzir efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, e utilizar, se necessário, meios coercivos para executar as suas decisões» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 30). «Constituem manifestações do exercício de poderes de autoridade a emissão de regulamentos administrativos, a prolação de actos administrativos e a celebração de contratos administrativos, que constituem formas jurídicas comuns de actuação das entidades administrativas» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «Mas o exercício da função administrativa não envolve apenas uma actividade **jurídica**, mas também uma actividade **material** ou **técnica**, destinada a assegurar a produção de bens e a prestação de serviços para satisfação das necessidades colectivas, em que a Administração igualmente age numa posição de supremacia em relação aos particulares» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «Um outro factor identificativo do conceito de função administrativa é a vinculação do exercício da actividade a um regime de direito administrativo» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «O grau de sujeição a um regime de direito administrativo, como direito comum da administração pública, depende da natureza da personalidade jurídica da entidade em causa e do grau de envolvimento no exercício da actividade administrativa» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «As **pessoas colectivas de direito público**, salvo indicação legal expressa em contrário, estão subordinadas ao direito administrativo e, desde logo, aos princípios constitucionais que regem a actividade administrativa (artigos 22.º, 266.º, 268.º e 271.º da CRP)» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in ob. cit., p. 31). «Inversamente, as **pessoas colectivas de direito privado**, criadas pelo Estado ou por outras entidades públicas para realizarem tarefas de interesse público (que podem ser designadas como entidades administrativas privadas), bem como os particulares que sejam chamados a colaborar com entidades públicas para o exercício dessas tarefas (v.g., os concessionários), regem-se, em regra, pelo direito privado, e apenas estão vinculadas ao direito administrativo, por determinação expressa da lei, na medida em que, para a execução de tarefas públicas de que sejam incumbidas, lhe sejam outorgadas prerrogativas de autoridade ou imposta a observância de deveres especiais» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*).

⁸ Cfr., neste sentido, FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*”, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 61-63.

⁹ Como bem observam CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (in “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*”, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25), «Trata-se claramente de um caso de mudança terminológica sem mudança substantiva: o legislador, pretendendo acolher as muitas críticas que se faziam sentir à distinção entre gestão pública e gestão privada, abandonou-a, e passou a falar na função administrativa; todavia, ou por impossibilidade teórica ou prática, ou por entender que não era o local adequado, ou ainda por não o considerar a melhor solução, a verdade é que não forneceu um critério material que caracterize as actividades que concretamente fazem parte da função administrativa (critério material, que seria o único a resolver o problema de modo qualitativamente diferente9), tendo-se limitado a continuar o caminho que vinha sendo trilhado, consagrando um entendimento, que acaba por ser o clássico, sobre a divisão entre actividade submetida ao direito público e actividade não submetida ao direito público» [p. 6]. É que «a tradicional distinção entre actos de gestão pública e gestão privada traçava-se, precisamente, de acordo com os critérios das prerrogativas de direito público e do regime substantivo da acção ou omissão7; ou seja, de acordo com os mesmos critérios que surgem agora nos n.ºs 2 e 5 do artigo 1.º do RRCEE, que foram “recauchutados” pelo legislador» (*ibidem*, pp. 5-6).

¹⁰ FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 65.

E, por sua vez, o n.º 4 do mesmo preceito torna extensivas as disposições desta Lei à responsabilidade civil “*dos demais trabalhadores ao serviço das entidades [públicas] abrangidas*”, o que significa que **outros servidores** que se encontrem vinculados a entes públicos, ainda que sem a qualificação de **funcionários** ou **agentes administrativos**, estão igualmente sujeitos ao regime de responsabilidade individual que àqueles é aplicável (cfr. artigos 7.º e 8.º).

Consequentemente, quaisquer agentes que prestam serviços no contexto dum pessoa colectiva pública, mas sem directo vínculo jurídico (laboral ou de prestação de serviços) com esta entidade – por exemplo, um médico que preste serviços num Hospital, E.P.E. mas em execução dum contrato de prestação de serviços que celebrou com uma empresa privada, com a qual aquele Hospital celebrou um contrato de prestação de serviços – estão ainda sujeitos a este diploma¹².

O que, de resto, bem se compreende: «Na perspectiva de um utente do serviço público, não há diferença entre o trabalhador e o prestador de serviço com a aparência de estar integrado na organização administrativa dessa instituição»¹³. «Pelo que, para o efeito de determinar o responsável por danos eventualmente causados ao utente, não pode deixar de relevar essa aparência de relação funcional»¹⁴. «Na perspectiva do utente que acorre ao hospital para receber cuidados de saúde, perante a aparência de relação funcional, mostra-se irrelevante qual a relação jurídica, directa ou indirecta, entre o Hospital e o médico que o atendeu e lhe prestou os cuidados, provocando-lhe danos»¹⁵. «No plano da relação jurídica externa, os danos decorrentes da acção ou omissão do médico são produzidos no exercício da função administrativa, por eles devendo responder o Hospital como se de um seu trabalhador se tratasse»^{16 17}.

Ora, os **hospitais públicos**, em sentido amplo – sejam os que estão enquadrados no **sector público administrativo**, como os que apenas fazem parte do **sector empresarial do Estado** (caso das **sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos** – em que o XV Governo

¹¹ «Caem sob o seu âmbito tanto as **empresas públicas** (sob forma societária, pois as entidades públicas empresariais e as entidades empresariais locais, como pessoas colectivas públicas que são, entram na referência do n.º 2), como os **concessionários**, como **demais entidades particulares**, desde que a acção ou omissão geradora de responsabilidade traduza prerrogativas de poder público ou se reja por normas jusadministrativas, possibilidades expressamente admitidas para a generalidade das empresas dos sectores empresariais estadual e local: v. artigos 14.º do Regime do Sector Empresarial do Estado (RSEE) e 17.º do Regime do Sector Empresarial Local (RSEL).» (CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO in “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*” cit., loc. cit., p. 8.

¹² Cfr. neste sentido, FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 69.

¹³ FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 68.

¹⁴ FILIPA CALVÃO, *ibidem*.

¹⁵ FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 69.

¹⁶ FILIPA CALVÃO, *ibidem*.

¹⁷ «Apenas no plano da relação jurídica interna é que o problema da ausência de vínculo jurídico directo entre o médico e a entidade pública pode justificar a aplicação de regime jurídico diferente» (FILIPA CALVÃO, *ibidem*). «Um eventual direito de regresso será, nesse caso, exercido, não contra o médico, mas contra a entidade (privada) a quem este está vinculado, a qual por sua vez poderá depois exigir ao médico a restituição do que prestou» (FILIPA CALVÃO, *ibidem*).

Constitucional transformou 36 estabelecimentos hospitalares do sector público administrativo, no quadro da [entretanto revogada] Lei n.º 27/2002, de 8-XI – e das **entidades públicas empresariais** – em que o Governo subsequente transformou aquelas sociedades anónimas [cfr. o Decreto-Lei n.º 92/2005, de 7-VI]) e também os que corporizam **Parcerias Público-Privadas**¹⁸ –, todos eles actuam no exercício de prerrogativas de poder público e/ou exercem actividades reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, pelo que os actos médicos (sejam eles **acções** ou **omissões**) neles praticados correspondem, inequivocamente, ao exercício da função administrativa^{19 20 21 22 23}.

¹⁸ Cfr., no sentido de que «a mesma solução se aplica ainda a hospitais explorados em regime de parceria público-privada, solução que hoje decorre do extenso âmbito de aplicação conferido à Lei n.º 67/2007 pelo respectivo artigo 1.º, com a especificidade de, neste caso, a acção ser exclusivamente intentada contra a entidade privada exploradora», VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico”, Coimbra, 2015, p. 200.

¹⁹ Cfr., explicitamente neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, pp. 799-800.

²⁰ Cfr., no sentido de que «*Se um Hospital está integrado no SNS e nessa medida, desenvolve as tarefas necessárias à implementação e melhoria deste Serviço e colabora na realização de uma das finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado – a protecção e defesa do direito à saúde, artigo 64.º da CRP – é forçoso concluir que as actividades por ele desenvolvidas devem ser consideradas integradas na função administrativa, independentemente desta envolver, ou não, o exercício de meios de coacção e independentemente das regras técnicas ou de outra natureza que na sua prática devam ser observadas ou mesmo da forma jurídica da instituição (administração indirecta do Estado, instituto público ou EPE), pelo que, «Tendo a acção como fundamento a reparação de danos decorrentes de actos praticados no cumprimento das finalidades prosseguidas pelo SNS, haverá que considera-los como actos de gestão pública o que quer dizer que o litígio, também por esta razão, configura um litígio emergente das relações jurídicas administrativas e consequentemente serão competentes para dele conhecer os Tribunais Administrativos», o Acórdão da Relação de Évora de 19/03/2009 (Proc. n.º ; relator – PIRES ROBALO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtre>.*

²¹ Cfr., no sentido de que «*São de classificar como actos de gestão pública os actos materiais de prestação de cuidados de saúde prestados por um médico pertencente ao quadro de um hospital público, ou seja, uma pessoa colectiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira, sujeita à superintendência e tutela do Ministério da Saúde», o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2010 (Processo n.º 128-99.8TAVIS.C2.S1; relator – RODRIGUES DA COSTA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf>.*

²² Cfr., no sentido de que «*São competentes os tribunais administrativos para o conhecimento de acção em que é pedida indemnização pela prestação deficiente de cuidados de saúde a um hospital, com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, integrado no Serviço Nacional de Saúde», o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 9/06/2010 (Proc. n.º 08/10; relator – SOUTO DE MOURA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.*

²³ Cfr., todavia, no sentido de que «*É materialmente competente o tribunal judicial para conhecer de uma acção em que é alegada negligência médica ocorrida em hospital público em data posterior à sua transmissão para uma sociedade anónima de direito privado que o passou a gerir em vez do Estado e assumiu a responsabilidade pelos danos causados a terceiros, e em que é formulado o correspondente pedido de reparação em dinheiro e em espécie contra a sociedade gestora, a médica ao serviço desta, clínica privada e médicos em serviço nesta e seguradora (esta no âmbito de um contrato de seguro de responsabilidade civil)», o Acórdão da Relação de Guimarães de 6/02/2014 (Proc. n.º 1615/13.2TBRRG.G1; relator – MOISÉS SILVA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf>. Para tanto, invocou-se o seguinte argumentário: «*Embora o hospital seja um estabelecimento público, no sentido de que pertence ao Estado e são prestados cuidados de saúde às pessoas que aí se dirigem e deles carecem, é a 1.ª R. a responsável pelo regular e bom funcionamento do serviço de saúde a prestar, nos termos do contrato que celebrou com aquele. Não se trata de uma concessão de domínio público, mas da transmissão do estabelecimento hospitalar. Não estamos perante a atuação do Estado, mas de uma entidade privada, e é esta a responsável pelos danos que causar a terceiros no âmbito da atividade prestada no estabelecimento que gere, tal como resulta bem claro do contrato que está junto aos autos.*».*

A Relação de Guimarães reiterou o entendimento segundo o qual «*Cabe aos tribunais judiciais, e não aos tribunais administrativos, a competência material para conhecer de acção de indemnização – decorrente de alegada negligência médica ocorrida após a contratada parceria público-privada – instaurada contra o Hospital de Braga – Escala Braga Sociedade Gestora do Estabelecimento, S. A. e o agente do ato médico.*», no Acórdão de 20/11/2014 (Proc. n.º 1615/13.2TBRRG.G2; relator – JOSÉ MANSO RAÍNHO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf>.

A solução adoptada nestes dois arestos da Relação de Guimarães suscita-nos muitas reservas, porquanto, não obstante a **entidade gestora do estabelecimento de saúde** em causa ser uma **entidade de direito privado** (por via de

Não obstante esta **diversidade de regimes legais de responsabilidade – responsabilidade administrativa versus responsabilidade civil –**, submetidos aliás a **diferentes jurisdições** (no primeiro caso, a administrativa, no segundo, a comum), há – na doutrina – quem se questione sobre a efectiva **diferença material entre medicina pública e medicina privada** que justifique tal diversidade de regimes^{24 25}.

De resto, a própria **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo** não deixa de reconhecer, de modo praticamente uniforme, que:

– «A responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas colectivas por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta nos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil, que são o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante (culpa), o prejuízo ou dano, e o nexó de causalidade entre este e o facto» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3/07/2007 [Processo n.º 0443/07; Relator – JORGE DE SOUSA], acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

regra, uma sociedade comercial), o **contrato** pelo qual o Estado transfere para esta pessoa colectiva de direito privado a gestão deste hospital atribuí-lhe **obrigações contratuais** que fazem com que o **relacionamento entre o estabelecimento de saúde em causa e os seus utentes** (cujo universo é constituído por todos os habitantes residentes nos concelhos servidos por esta unidade da saúde) assumam **características** em tudo **similares às que existem entre um hospital pertencente ao sector público administrativo e os respectivos utentes**.

De resto, segundo a opinião da mais qualificada **doutrina administrativista**, «as parcerias [público-privadas] não configuram (...) um novo tipo contratual, mas constroem-se com base em contratos correspondentes a tipos já anteriormente existentes, de entre os quais sobressai a figura das concessões» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *“Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”*, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, 2005, pp. 175 a 190). Segundo este Autor, trata-se de uma revitalização, renascimento ou “nova roupagem” da centenária **concessão**, agora dotada de uns traços mais modernos, mas ainda assim uma verdadeira **“concessão”**. Esta visão é compartilhada por outros Autores, como é o caso de EDUARDO PAZ FERREIRA e MARTA REBELO (in *“O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004, pp. 17 a 20), que consideram, igualmente, que a PPP consiste numa «recuperação da figura centenária da concessão, ajustando o seu elemento essencial (a contribuição dos recursos privados para a criação de infra-estruturas públicas) às necessidades e ao modelo de Estado e de Administração dos nossos dias».

²⁴ Na verdade, «reconhecendo-se o acto médico como substancialmente idêntico, independentemente de em concreto se verificar uma relação de direito público ou antes uma relação de direito privado, parecem-nos de não pequena monta as consequências que daí derivam, sobretudo se tivermos em conta a situação de tendencial desfavor em que o paciente-lesado se encontra no âmbito do regime da responsabilidade civil extracontratual» (PAULO JORGE FERREIRA ROSA in *“A Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos”*, Tese de Mestrado apresentada em 2012/2013 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [pág. 4]).

²⁵ Também MAFALDA MIRANDA BARBOSA (in *“LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”*, Ano 5, n.º 10 – 2008, págs. 161 a 179) questiona a razoabilidade da dualização do regime de responsabilidade do médico, que, consoante actue no serviço nacional de saúde ou no sector privado, será confrontado com regras delituais próprias. Segundo esta Autora, «mais do que um corte abrupto entre a prática médica no serviço nacional de saúde e o exercício da medicina privada discerne-se um *continuum* cada vez mais evidente entre os dois sectores» (loc. cit., p. 171). É que «os deveres do médico são sempre os mesmos ou, nas palavras de SINDE MONTEIRO e de FIGUEIREDO DIAS, “o acto médico é fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado e nem a especial conexão do acto com o serviço ou a actividade (de carácter público)” se mostra capaz de acrescentar “razões que justificam a competência especializada dos tribunais administrativos, a não ser (...) quando a responsabilidade não resulte de um acto médico em sentido estrito (isto é, quando estiver directamente em causa a organização dos serviços e não propriamente a problemática do erro técnico ou erro profissional)” (loc. cit., pp. 171/172). «Donde se questiona qual a razão de ser do tratamento desigual de duas situações que são, inequivocamente, análogas na sua pressuposição ética e axiológica e bem assim na sua intencionalidade problemática, ou mais concretamente por que motivo há de o médico que actua no Serviço Nacional de Saúde ficar a coberto de um regime de irresponsabilidade por culpa leve quando, ao actuar no seu consultório privado, vê recair sobre si, em caso de violação ilícita e culposa da esfera de incolumidade do paciente da qual resultem danos, um dever de indemnizar o último» (loc. cit., p. 172).

– «Os requisitos da responsabilidade civil extracontratual da Administração pela prática de acto ilícito são idênticos aos do regime da responsabilidade civil extracontratual prevista na lei civil: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o prejuízo ou dano, e o nexo de causalidade entre este e o facto» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2/12/2009 [Processo n.º 0763/09; Relator: PIRES ESTEVES), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>

Não obstante, em matéria **de responsabilidade civil do Estado pelos actos médicos praticados nos hospitais públicos**, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo afirmou – mesmo na vigência do cit. DL. n.º 48.051, diploma onde ainda não estava sequer expressamente consagrada a chamada “*faute du service*” ou **culpa administrativa** (que hoje se mostra consagrada no artigo 7.º, n.º 3, da cit. Lei n.º 67/2007²⁶) – a responsabilidade civil do ente colectivo hospital perante o utente do SNS independentemente da imputação do evento danoso à culpa psicológica de qualquer um dos agentes (médicos) que actuaram em seu nome:

– «A culpa do ente colectivo, como um Hospital, não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causar certos danos que pode resultar de um conjunto, ainda que mal definido, de factores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou da falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo.

(...)

– Há culpa funcional dos serviços públicos, no caso um hospital central, quando se prova a descoordenação desses serviços, como seja quando inexistente no SO do Hospital um profissional perito em reanimação – deslocado para outro serviço –, e o doente é deixado cerca de cinco horas, fora da cama, em garagem fria, à espera que chegue uma ambulância para o transportar para outro hospital»²⁷;

– «Agem com negligência os serviços de certo hospital distrital que mantém numa das suas salas de parto equipamento e material avariado e não funcional e que, por isso, dificultou substancialmente a realização de manobra de entubação endotraqueal de recém-nascido»²⁸;

– Provado que **o bebé nasceu com hipoxia (privação parcial de oxigénio), que surgiu durante o parto, por o mesmo se ter arrastado por mais de uma hora, devido a dificuldades de montagem e/ou utilização de cinco ventosas e não tendo o Réu provado, que as dificuldades de aplicação decorressem da evolução do parto ou da morfologia da parturiente, nem se incluindo as dificuldades de montagem no universo dos riscos próprios, normais e comuns**

²⁶ Preceito no qual se estatui expressamente, em termos inovatórios (face ao cit. DL. n.º 48.051) que: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço”. Quanto ao que deva entender-se por “**funcionamento anormal do serviço**”, estabelece o n.º 4 do mesmo artigo 7.º da Lei n.º 67/2007 que: “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

²⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997 (Processo n.º 038856; Relator: PADRÃO GONÇALVES), acessível (apenas o sumário) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18/10/2000 (Processo n.º 043527; Relator: MACEDO DE ALMEIDA), acessível (apenas o sumário) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

dos partos com recurso a ventosas, há que concluir pela existência de uma *faute de service*, traduzida numa prestação deficiente à dos serviços de saúde prestados pelo Réu, violando, assim, o dever de diligência técnica exigível, e, desse modo, agindo com culpa funcional²⁹;

Ora, relativamente a **estabelecimentos de saúde privados**, muito dificilmente se concebe que possa ser exigida responsabilidade civil por danos causados por actos ou omissões neles praticados, independentemente da imputação do evento danoso à culpa psicológica de qualquer um dos agentes (médicos) que actuaram em seu nome. À face do direito português vigente, a responsabilização das **clínicas privadas** por danos decorrentes de actos médicos neles praticados pressupõe, necessariamente, a imputação desses danos a **actos dos auxiliares** (médicos ou enfermeiros) utilizados pelo estabelecimento na execução das prestações a que ele se obrigou por virtude dos **contratos de prestação de serviços médicos** que celebrou com os seus utentes (nos termos do artigo 800.º do Cód. Civil) ou, quando muito, o funcionamento da **presunção de culpa estabelecida no artigo 493.º, n.º 1, do Cód. Civil** pela utilização de equipamentos de diagnóstico ou de cura que o estabelecimento tem a obrigação de vigiar.

De qualquer modo, é inegável que, entre nós, no caso das relações que se estabelecem entre os hospitais públicos integrados no SNS e os respectivos utentes, apenas pode existir responsabilidade extra-contratual da instituição hospitalar, não se divisando nenhuma hipótese de o utente poder responsabilizar um hospital público a título (meramente) de **responsabilidade contratual**.

A.I. Regime jurídico da responsabilidade civil por facto ilícito (por danos decorrentes do exercício da função administrativa)

i) A responsabilidade subjectiva

A cit. Lei n.º 67/2007 mantém a distinção (que já constava do revogado DL. n.º 48 051, de 21/11/1967) entre **responsabilidade exclusiva da Administração**, por danos resultantes de actuações imputáveis ao agente por culpa leve (artigo 7.º) e **responsabilidade pessoal do agente**, quando as actuações são imputáveis a título de dolo (artigo 8.º), funcionando, nesta segunda hipótese, o regime da solidariedade perante o ente público³⁰. No entanto, inovou ao

²⁹ **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/06/2004** (Processo n.º 01666/02; Relatora – FERNANDA XAVIER), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

³⁰ Na vigência do cit. DL. n.º 48 051 – à sombra do qual a acção proposta contra o Estado ou pessoa colectiva pública para efectivação de responsabilidade civil por facto ilícito praticado por agente seu, no exercício das suas funções e por causa dele, só podia ser dirigida contra este último quando as lesões que deram origem aos prejuízos peticionados tiverem sido provocadas com dolo (cfr. os respectivos artigos 2.º e 3.º) –, o **Acórdão do STA de 6/06/2007** (Proc. n.º 0295/05; Relator – COSTA REIS) – acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que «os médicos RR accionados só podiam ser corresponsabilizados pelo pagamento da indemnização peticionada, se tivesse sido alegado que o acto que fundamentava o pedido tinha sido praticado com dolo, em qualquer um dos graus em que, doutrinariamente, o mesmo costuma ser distinguido»; «E, porque assim, cumpria à Autora alegar que aqueles médicos, ao operá-la, quiseram que a mesma ficasse a sofrer dos males de que se queixa e, portanto, erraram propositadamente (dolo directo) ou que, querendo praticar um correcto acto médico, sabiam que essa prática envolvia, necessária ou eventualmente, a possibilidade de terem de praticar um acto ilícito e de, em consequência deste, a Autora ficar a padecer daqueles males e, apesar disso, terem avançado, livre e voluntariamente, e terem praticado o acto ilícito (dolo necessário ou eventual).» De sorte que, não tendo essa alegação sido feita, isto é, não tendo sido alegados factos que, provados, pudessem conduzir à conclusão de que os

alargar o âmbito da responsabilidade à **negligência grosseira**. Efectivamente, da conjugação dos artigos 7.º e 8.º da cit. Lei n.º 67/2007 resulta que a solução legislativa adoptada não foi a de instituir a responsabilidade solidária em todas as situações de responsabilidade civil: «a opção do legislador foi a de instituir apenas a responsabilidade solidária a propósito das acções ou omissões que tiverem sido cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo e no exercício e por causa do exercício das suas funções»³¹.

Por conseguinte, o regime instituído implica uma **responsabilidade exclusiva das entidades públicas** (regulada no artigo 7.º), em caso de comportamento ilícito cometido apenas com culpa leve dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, e uma **responsabilidade pessoal e directa do titular do órgão, funcionário ou agente** (prevista no artigo 8.º), solidariamente com o ente público, relativamente às acções ou omissões cometidas com dolo ou com negligência grosseira³².

Comparativamente ao regime resultante do cit. DL. n.º 48 051, alargou-se a responsabilidade solidária, visto que aquele regime previa a responsabilidade exclusiva do titular quando este excedia o limite das suas funções e reservava a responsabilidade solidária da Administração à actuação dolosa do funcionário ou agente.

«A opção legislativa tem consequências ao nível das relações externas, permitindo ao lesado decidir quem demanda em caso de responsabilidade civil: só o ente público, o ente público e o titular do órgão, funcionário ou agente ou apenas o titular do órgão, funcionário ou agente»³³.

ii) A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço

Na senda da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, o artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da cit. Lei n.º 67/2007 consagra um regime de responsabilidade da Administração por *funcionamento anormal do serviço*, que tem um alcance inovador³⁴.

«Com a introdução do instituto em análise, assegura-se que a Administração não responde apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas de agentes determinados, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento que o lesado não tenha obrigação de suportar, porque não seriam causados por um serviço que

RR médicos tinham agido com dolo, estes últimos deviam ter sido (como foram) absolvidos do pedido, logo na fase do Despacho Saneador, não se justificando que a acção prosseguisse contra eles.

³¹ RAQUEL CARVALHO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 226.

³² «A exclusão da responsabilidade pessoal no caso de culpa leve deve-se a razões de política legislativa e tem em vista evitar os constrangimentos de actuação que poderiam ocorrer – com consequências negativas para a actividade corrente da Administração e para a própria eficiência administrativa – se o funcionário ou agente tivesse de responder civilmente sempre que, em cada situação concreta, tivesse agido com menor cuidado ou empenho» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 113).

³³ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

³⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 219.

funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*, como afirma o n.º 4»³⁵.

Estão aqui em causa dois tipos de situações: a *falta colectiva* e a *falta anónima*.

«A *falta colectiva* abrange os casos em que os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma actuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos sectores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*»³⁶.

«A *falta anónima*, por seu turno, existe nas situações em que a lesão não pode deixar de ser imputável ao concreto comportamento de um determinado agente, mas não é possível determinar a identidade desse agente e, portanto, apurar a autoria pessoal do facto lesivo»³⁷. «Ainda neste caso, a produção dos danos evidencia a existência de um funcionamento anormal do serviço, na medida em que se possa afirmar que, se o serviço, através desse agente indeterminado, tivesse funcionado como deveria, os danos não se teriam produzido»³⁸.

«É sobretudo no domínio das omissões de condutas devidas que tendem a ocorrer situações de *funcionamento anormal do serviço*, por ser primordialmente nesse domínio que mais difícil se torna estabelecer a conexão entre o dano e a concreta conduta de um agente passível de ser individualizado»³⁹.

«Como resulta do n.º 4 [deste artigo 7.º], a falta do serviço deve ser apreciada em abstracto, atendendo a padrões de rendimento médio que seria exigível observar nas circunstâncias do caso concreto»⁴⁰. «A ilicitude da conduta não se avalia portanto, em função de um padrão normativo de conduta, mas de um padrão objectivo de funcionamento»⁴¹.

«Para definir o padrão de comportamento exigível poderão considerar-se as normas internas do serviço, os relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atendam a dados comparativos com serviços congéneres»⁴².

«Parece, assim, de entender que não haverá responsabilidade quando os danos possam ser atribuídos a falta de recursos humanos, materiais ou financeiros – mas isto (...) apenas na

³⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

³⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 221.

³⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 222.

³⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

³⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 223.

⁴¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴² CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 133.

medida em que o serviço disponha dos recursos mínimos que seja razoável exigir para que ele possa funcionar nas condições necessárias para evitar os danos produzidos»⁴³.

iii) As modalidades de imputação subjectiva: o dolo e o zelo e diligência manifestamente inferiores ao devido

«Ao circunscrever a responsabilidade directa do titular de órgão, funcionário ou agente às situações em que tenham intervindo com *dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que estavam obrigados em razão do cargo*, a norma [do cit. artigo 8.º] tem em vista quer a actuação intencional, quer a actuação com negligência grave»⁴⁴.

«Na falta de qualquer outra especificação da lei, deve entender-se que a actuação dolosa abarca as circunstâncias em que o agente age para atingir o resultado ilícito (dolo directo) e aquelas outras em que o agente encara o resultado ilícito como uma consequência possível da sua conduta (dolo eventual)»⁴⁵.

«Por sua vez, omissão do dever de diligência ou de zelo integra o conceito de negligência ou de mera culpa, e cobre as situações em que o agente não adoptou as precauções necessárias para evitar o resultado danoso (culpa consciente) ou não previu sequer, por imprevidência ou descuido, a possibilidade de o facto ilícito ocorrer (culpa inconsciente)»⁴⁶. «Exigindo-se, no entanto, para o funcionamento da responsabilidade directa, que o agente tenha actuado *com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que estavam obrigados em razão do cargo*, a lei está a referir-se a uma modalidade de negligência grave que, por contraposição à negligência leve (a que alude o antecedente artigo 7.º, n.º 1), pressupõe a existência de uma culpa grosseira ou manifesta»⁴⁷. «Ao adjectivar como “manifestamente inferiores” a diligência e o zelo, o legislador caracteriza a negligência como grosseira ou grave»⁴⁸. Consequentemente, «a mera negligência não implica responsabilidade pessoal do trabalhador em funções públicas; apenas a responsabilidade prevista no artigo 7.º»⁴⁹.

Dito isto, por força do regime de **solidariedade passiva nas relações externas** instituído no n.º 2 do artigo 8.º, no que respeita à obrigação de indemnizar, o lesado pode pedir a totalidade ou parte da prestação indemnizatória a todos os responsáveis ou apenas a um deles (cfr. o disposto nos artigos 512.º, n.º 1, e 519.º, n.º 1, ambos do Cód. Civil). Ora, «se o lesado propuser a acção apenas contra a Administração Pública, em rigor não será necessário o apuramento de culpas»⁵⁰. «Este apuramento é importante para o ente público [tendo em vista o exercício do direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes

⁴³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁴ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 136.

⁴⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁴⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁴⁷ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁴⁸ RAQUEL CARVALHO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 230.

⁴⁹ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

⁵⁰ RAQUEL CARVALHO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 232.

responsáveis, que lhe é conferido pelo n.º 3 do cit. artigo 8.º] mas não para o lesado, por força do regime da solidariedade». Na verdade, «para o lesado, as relações internas à Administração Pública não são determinantes para o exercício do seu direito»⁵¹.

iv) Modalidades de ilicitude: ilegalidade (n.º 1), inobservância de deveres de cuidado (n.º 1) e funcionamento anormal do serviço (n.º 2)

É no artigo 9.º da cit. Lei n.º 67/2007⁵² que se procede à definição dos parâmetros pelos quais deve ser aferido o preenchimento do pressuposto da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas consubstanciado na *ilicitude*.

«Tal como já anteriormente, à face do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 (...), também no âmbito do n.º 1 do presente artigo 9.º é, assim, possível identificar duas modalidades de ilicitude, distinguindo as situações danosas causadas pela prática de atos jurídicos ilegais, daqueles que resultem de operações materiais ilícitas: ilicitudes por ilegalidade e ilicitudes por inobservância de deveres objectivos de cuidado»⁵³.

Embora o artigo 9.º/1 não aluda expressamente à distinção entre **actos jurídicos** e **actos materiais** – ao contrário do que sucedia com o artigo 6.º do revogado DL. n.º 48 051⁵⁴ – «esta omissão não tem, no entanto, qualquer significado, visto que a indemnizabilidade de danos resultantes de actos jurídicos ou de actos materiais está implícita na dicotomia estabelecida entre a *violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares* (que constitui motivo de ilegalidade quando esteja em causa um acto jurídico) e a *infracção dessas normas e princípios e ainda das regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado* (que tem específica aplicação em relação a actividades materiais ou técnicas)»⁵⁵.

A estas duas modalidades, o n.º 2 do mesmo preceito vem acrescentar uma terceira, que corresponde às **situações de funcionamento anormal do serviço**, tal como previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º.

a) Primeira modalidade de ilicitude: ilegalidade

A primeira modalidade de ilicitude contempla os casos de **violação de normas e princípios jurídicos**.

⁵¹ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

⁵² Cujo teor é o seguinte:

“1 – Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

2 – Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º”

⁵³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 243.

⁵⁴ Cujo teor era o seguinte: «Para os efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os **actos jurídicos** que violem as normas legais ou regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os **actos materiais** que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.»

⁵⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 148.

«Inscrevem-se neste domínio tanto as situações de ofensa de direitos subjectivos, como de interesses legalmente protegidos, por violação de disposições legais dirigidas a proteger interesses alheios: as chamadas normas de protecção»⁵⁶.

Porém, no campo da responsabilidade civil por actos ou omissões praticados em **hospitais públicos**, está sobretudo em causa a ilicitude consubstanciada na **infração de regras de ordem técnica** ou **deveres objectivos de cuidado** e não tanto a **violação de normas e princípios jurídicos**, porque os danos potencialmente indemnizáveis resultam quase sempre de **actividades materiais ou técnicas**.

Como bem observa VERA LÚCIA RAPOSO⁵⁷, «a ilicitude da actividade médica não resulta necessariamente de violação da lei, do contrato, e nem mesmo do interesse de outrem, mas sim da violação das regras próprias da prática médica, consagradas nos mais diversos locais».

b) Segunda modalidade de ilicitude: inobservância de deveres objectivos de cuidado

Na opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁵⁸, «ao fazer corresponder as situações de ilicitude das condutas administrativas, não só aos casos de **violação das normas pelas quais a Administração Pública se deve pautar na sua actuação**, mas também às situações de **inobservância dos deveres objectivos de cuidado que se lhe impunham** o preceito [o cit. artigo 9.º/1 da cit. Lei n.º 67/2007] assume (...) um entendimento amplo de *ilicitude*, no sentido francês de *faute*, que nele integra um componente que, nos quadros do nosso Direito Civil, corresponde à culpa, que é, precisamente, entendida [pelos civilistas] como a inobservância de deveres objectivos de cuidado».

«Na verdade, é frequente que, em situações decorrentes de acções materiais ou omissões da Administração Pública, que não de emissão ou recusa de actos jurídicos, a lesão dos direitos de outrem não resulte da violação de normas»⁵⁹. «Ora, ao assumir que, nesse tipo de situação, são ilícitas as condutas que envolvam violação de deveres objectivos de cuidado, o preceito assume que, para que exista ilicitude, as consequências da lesão do direito de outrem sem causa justificativa têm de ser imputadas à inobservância dos deveres objectivos de cuidado que ao agente se impunham para evitar a ocorrência da lesão»⁶⁰. «De outro modo, não haverá ilicitude»⁶¹.

No campo da **responsabilidade civil médica**, «só existe falta médica quando o médico viola, cumulativamente, uma lei da arte e o dever de cuidado que lhe cabe, e assim se afasta daquilo que dele é esperado naquele caso (o que, no mundo anglo-saxónico, é conhecido como “*common practises*”)»^{62 63 64}. É o que sucede quando, por exemplo, no âmbito de uma cirurgia

⁵⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 244.

⁵⁷ In “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*”, Coimbra, 2015, p. 17.

⁵⁸ In “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 246.

⁵⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶² VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., p. 15.

é deixado um pano no interior do corpo do paciente, não se procedendo no final à contagem dos panos de modo a detetar a falta (omissão de um dever de diligência)⁶⁵ ou quando se deveria ter removido o rim esquerdo de um paciente e, por falta de prévio esgotamento de exames e observações médicas aconselháveis, se extraiu o rim direito⁶⁶.

«Noutros casos a falta médica não radica no ato praticado – aquele resultado nefasto pode até ser considerado um dos riscos possíveis e inevitáveis do ato médico, ou uma consequência que no caso concreto não se ficou a dever a uma falta do agente – mas sim na ausência do subsequente ato que corrigiria o resultado lesivo»^{67 68}.

«A falta médica pode até radicar na mera decisão de não transferir o paciente para outro estabelecimento hospitalar onde teria melhores cuidados médicos à sua disposição, ou na tomada dessa decisão num momento temporal já muito retardado no tempo»⁶⁹. Isto porque «os médicos (e as instituições de saúde) apenas devem aceitar pacientes quando acreditem estar (e assim seja em termos objectivos) credenciados para o tratamento e possam dispor de meios técnicos bastantes»⁷⁰. Por isso, «exceto tratando-se de uma situação de urgência, não deve o médico aceitar pacientes quando tenha dúvidas relativamente à sua capacidade técnica

⁶³ «I – *Estando os RR, médicos num hospital público, obrigados não só a tratar devidamente os seus doentes como a prever as consequências negativas que podem resultar desses tratamentos, a sua conduta só podia ser criminalmente censurada se esse cuidado fosse negligenciado quer porque, pura e simplesmente, não ministraram aos doentes os cuidados devidos, podendo tê-lo feito, quer porque fizeram errados diagnósticos e promoveram errada terapêutica quando tinham condições para fazer correctos diagnósticos e correcta terapêutica e só por grave negligência o não fizeram.*

II – *Deste modo, e não se tendo provado que se outros procedimentos tivessem sido tomados a situação clínica da Autora teria tido outros desenvolvimentos e que ela não teria sofrido as dramáticas consequências descritas no probatório, não se pode concluir ter havido negligência médica.*» – *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011* (Proc. n.º 0109/11; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁴ Desde que, «*nos termos do artigo 6.º do DL. n.º 48 051, se consideram ilícitos os actos que infrinjam os deveres legais ou regulamentares e as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração, para saber se um determinado acto médico é ilícito e se, por isso, poder gerar responsabilidade civil importará saber se na sua realização ou no processo que a ele conduziu essas regras ou deveres legais foram observados.*» Ora, «*Tais regras impõem que o médico aja segundo as legis artis e os conhecimentos científicos então existentes, isto é, que actue com competência e sensatez e de acordo com um dever objectivo de cuidado, o que passa pela realização de todos os exames e observações que a situação concreta exige antes de intervir cirurgicamente*» – *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005* (Processo n.º 01299/04; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁵ *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007* (Proc. n.º 07A3426; relator – RUI MAURÍCIO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>. Neste aresto, o STJ considerou que «*Apesar de se ter provado que a enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, o médico tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa*».

⁶⁶ Cit. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005* (Processo n.º 01299/04; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., p. 16.

⁶⁸ Cfr., no sentido de que «*Faltam aos seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiros do hospital em que determinada doente foi operada, para remoção de útero, ovário e tropa esquerdos, devido a miomatose uterina, que, em várias consultas subsequentes, ao longo de vários meses, não diligenciaram pela determinação das causas de corrimento de pus e sangue abundante e muito fétido, de que, poucos dias após aquela operação, a doente passou a sofrer e de que, repetidamente, se queixou naquelas consultas.*», o *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006* (Proc. n.º 0985/04; relator – ADÉRITO SANTOS), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁷⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

e material para lhes acudir, sendo que nesse caso se impõe o seu envio para outro médico (e para outro hospital)»⁷¹.

Hipóteses em que os Tribunais Administrativos consideraram ilícitos e culposos os actos médicos praticados em Hospitais públicos integrados na rede do SNS:

– Revela a inobservância de "regras de prudência comum", a que se refere o artigo 6 do D.L. n. 48051, **o médico que faz um exame e um diagnóstico precipitados e encaminha o doente para o seu domicílio, depois de lhe mandar aplicar um corticóide de acção rápida, em vez de ficar sob vigilância médica, dado que apresentava dificuldade em respirar, rouquidão, sensação de objecto estranho na garganta, falta de ar e excesso de saliva;** ao infringir essas regras de "prudência médica", o referido médico praticou acto ilícito, nos termos e para os fins do artigo 6 do D.L. n. 48051 (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997 [Processo n.º 038856; Relator: PADRÃO GONÇALVES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– É culposa a conduta de um médico que, sem justificação, não aplica as regras de prudência exigíveis, nos termos da conclusão anterior, pois que, assim, não age com a diligência de um "bom pai de família" (cit. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997);

– Estando provado, no caso concreto, que **o resultado espúrio – perfuração intestinal – foi originado, em termos causalmente adequados, pela intervenção cirúrgica efectuada – laqueação tubar por laparoscopia – e, gorado o intento da Ré de demonstrar que a perfuração intestinal estava incluída no universo dos riscos próprios, normais e comuns da cirurgia em causa,** está justificada a convicção do tribunal a quo, que considerou provada a violação das *leges artis* (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator: POLÍBIO HENRIQUES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– A actuação médica de **colocação de pinos de schanz no foco de uma fractura viola a "legis artis", sendo tal conduta censurável, se houve ao dispor dos médicos, no hospital, meios técnicos que permitiriam a correcta colocação** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8/07/2004 [Processo n.º 01129/03; Relator – JOÃO CORDEIRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Em acção de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, **apresenta-se como ilícito e culposo o facto de no decurso de uma intervenção cirúrgica o médico que a executava ter deixado alojado no interior da cavidade abdominal do doente material cirúrgico ou mais concretamente uma "pinça de coração"** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/02/2005 [Processo n.º 01662/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

⁷¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

– Em acção em que a A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente prestação de serviços médicos, integra-se na previsão do art.º 6.º do DL 48.051 enquanto omissão ofensiva das “regras técnicas e de prudência comum” ou do “dever geral de cuidado” e por isso ilícita, **a conduta omissiva da equipa médica e nomeadamente da anestesista que possibilitou que as percentagens de fármacos ou oxigénio ministradas à autora em sede de anestesia durante a intervenção cirúrgica a que foi submetida, terem sido não só inferiores às devidas como ainda ministradas durante períodos de tempo inferiores aos devidos** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/03/2005 [Processo n.º 01530/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Resultando da matéria de facto dada como demonstrada, que **aquela situação era perfeitamente visível e controlável pelos médicos presentes e nomeadamente pela anestesista, uma vez que dispunham de mecanismos ou de tecnologia suficiente para dar a conhecer as insuficiências nas dosagens de fármacos que estavam a ser ministrados à A., daí resultando que só a manifesto descuido aquela ocorrência se tivesse verificado, demonstrada está igualmente a culpa funcional do réu ou dos respectivos agentes**, cuja censura assenta no defeituoso funcionamento dos serviços, manifestamente abaixo do nível médio de actuação que deles se poderia razoavelmente esperar (cit. Acórdão do S.T.A. de 10/03/2005);

– Pode afirmar-se que (...) se agiu com ilicitude e culpa, **se, perante o grave estado de saúde de um doente, se procedeu a uma intervenção cirúrgica para a extracção do rim esquerdo e se, por falta do prévio esgotamento dos exames e observações médicos aconselháveis, se extraiu o rim direito** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005 [Processo n.º 01299/04; Relator – COSTA REIS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **Faltam ao seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiras do hospital em que determinado doente fora operado ao baço com colocação de dreno que ao longo de várias consultas subsequentes não repararam que o dreno se interiorizou, não valorizando as suas queixas de mal-estar, dores e picadas no abdómen, e obrigando-o, meses depois, a nova cirurgia para extracção do dreno** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/06/2005 [Processo n.º 0671/04; Relator – J. SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– O facto de a interiorização do dreno ser uma complicação inerente a toda a actividade cirúrgica não significa que é inevitável ou que não possa ser detectada precocemente com a vigilância devida, evitando outros padecimentos (cit. Acórdão do STA de 29/06/2005);

– Em acção em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente prestação de serviços médicos, integra-se na previsão do art.º 6.º do DL 48.051 enquanto omissão ofensiva das “regras técnicas e de prudência comum” ou do “dever geral de cuidado” e por isso ilícita e culposa, **a conduta dos médicos de um hospital**

que, após um erro de diagnóstico e consequente administração de um determinado fármaco ao doente, tendo verificado que o seu estado de saúde se agravou acentuadamente, agravamento esse revelado nomeadamente através de elevadas temperaturas que a tomada de medicamentos para as fazer baixar, nomeadamente Benuron ou Aspegic, se revelava de todo infrutífero, continuaram no entanto a permanecer nesse erro de diagnóstico e a administrar ao doente o mesmo medicamento durante cerca de 3 dias, afastando por conseguinte qualquer outra hipótese de diagnóstico (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/11/2005 [Processo n.º 0935/04; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das *legis artis* da medicina, a actuação de médicos de um hospital que atenderam e trataram um doente que tinha sofrido uma infecção dentária, medicando-o apenas para esta simples infecção, quando a sua situação clínica era já compatível com evolução para uma infecção generalizada (sépsis), que lhe não diagnosticaram e que sobreveio àquela, causando-lhe a morte (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/11/2005 [Processo n.º 0729/05; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– Faltam aos seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiros do hospital em que determinada doente foi operada, para remoção de útero, ovário e tropa esquerdos, devido a miomatose uterina, que, em várias consultas subseqüentes, ao longo de vários meses, não diligenciaram pela determinação das causas de corrimento de pus e sangue abundante e muito fétido, de que, poucos dias após aquela operação, a doente passou a sofrer e de que, repetidamente, se queixou naquelas consultas (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006 [Processo n.º 0985/04; Relator – ADÉRITO SANTOS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– É de concluir que a actuação do Réu é ilícita, pois ocorreu violação das regras técnicas que deveriam ter sido observadas, designadamente **ao não ter sido investigada e diagnosticada a causa da ausência dos pulsos distais e, conseqüentemente, não ter sido ordenada a imediata transferência do Autor para os Hospitais da Universidade de Coimbra, perante a necessidade de intervenção imediata a nível de cirurgia vascular, que os serviços do Réu não podiam assegurar**, porquanto, à face da matéria de facto fixada, tem de considerar-se assente que a ausência de pulsos distais é para qualquer médico um sintoma de gravidade da lesão e impõe uma investigação da causa dessa ausência, que deveria ter sido efectuada de imediato e possibilitaria, muito mais rapidamente, providenciar para que o Autor fosse transferido para os Hospitais da Universidade de Coimbra (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3/07/2007 [Processo n.º 0443/07; Relator – JORGE DE SOUSA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– Integra um acto ilícito culposo, por violação das *legis artis*, o comportamento dos funcionários de um Hospital público – pessoal médico e de enfermagem – se, perante a situação que se lhes deparava, deviam ter optado pela realização de um parto por cesariana e se, para além disso, tendo optado, erradamente, pelo parto por via vaginal não adoptaram, comprovadamente, as práticas que se impunham (Acórdão do Supremo Tribunal

Administrativo de 24/04/2008 [Processo n.º 097/08; Relator – RUI BOTELHO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Tendo sido provado que **foi a falta de vigilância à Autora durante o pós-operatório da cirurgia a que foi submetida (Instrumentação de Harrington-Luque e toracoplastia à direita) que levou a que não fosse detectado o processo de isquemia que conduziu à situação de paraplegia da Autora, logo na sua fase inicial, o que determinou as lesões subsequentes da mesma**, verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil extra-contratual do Hospital Réu (facto ilícito, culpa, dano e nexos de causalidade entre o facto e o dano) (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/11/2008 [Processo n.º 0682/07; Relatora – ANGELINA DOMINGUES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **Procedendo os clínicos de um Hospital Público a uma cirurgia e não tendo feito uma boa limpeza da cavidade abdominal intervencionada, facto este que esteve na origem do quadro séptico que determinou a transferência da paciente para outro Hospital, sendo certo que tal cirurgia aconselhava a uma lavagem cuidadosa de toda a cavidade peritoneal daquela paciente tais clínicos praticaram um acto ilícito e culposos**, pois violaram os princípios gerais aplicáveis e ainda as regras de ordem técnica e prudência comum que deviam ser tidas em consideração (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 02/12/2009 [Processo n.º 0763/09; Relator – PIRES ESTEVES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Em acção em que os AA. pretendem obter a condenação do R. (Centro Hospitalar) no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, decorrentes da morte da esposa do A. e mãe da Autora que imputam a deficiente tratamento médico-hospitalar, **apresenta-se como ilícita e culposa** nomeadamente por se apresentar como violadora das regras técnicas e de prudência comum ou do dever geral de cuidado (art.º 6.º do DL 48.051) **a conduta dos serviços ou agentes do R. que, apresentando a doente determinados sintomas, não houve da parte dos médicos do estabelecimento hospitalar a preocupação de valorizar devidamente o quadro clínico que a doente apresentava, omitindo a realização de determinados exames auxiliares que poderiam conduzir ao esclarecimento do caso e à tomada de outras medidas terapêuticas que eventualmente poderiam ter alterado ou invertido a evolução da doença**: Em vez de explorarem e esgotarem todas as possibilidades de diagnóstico ou estudado as origens ou as causas do agravamento do estado de saúde da doente que culminou com a sua morte, verificou-se uma certa preocupação dos serviços do R. em resolver a situação com tratamentos pontuais, mesmo quando se verificou que o estado de saúde da doente em vez de melhorar se foi progressivamente agravando, sendo certo que a medicação ministrada se revelava de todo infrutífera e além de eventualmente ter contribuído para atrasar o diagnóstico correcto da situação clínica da doente, “teve efeitos adversos” (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/4/2010 [Processo n.º 0751/07; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das *leges artis* da medicina e do funcionamento dos serviços hospitalares da rede pública abaixo dos moldes que lhes são exigidos de acordo com os padrões standard estabelecidos para esses estabelecimentos do

serviço nacional de saúde, a assistência prestada por um hospital público a uma criança de 11 meses, que veio a falecer com meningite bacteriana cerca de 20 horas após ter dado entrada no seu serviço de urgência, em que: (i) havendo, ab initio, suspeitas de que padecia de meningite, esteve cerca de duas horas sem ser examinada por um médico; (ii) só após sete horas nos serviços de urgência, foi internada em pediatria, em regime de isolamento; (iii) demorou mais de seis horas a ser-lhe efectuada a punção lombar, meio apropriado ao diagnóstico definitivo da meningite; (iv) só mais de duas horas depois da realização dessa punção lombar lhe foi administrada a terapêutica específica para a doença (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/04/2012 [Processo n.º 0798/11; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– Não pratica uma boa técnica, nem obedece às *leges artis* o profissional de saúde que, após o parto, deixa ficar inadvertidamente vestígios do parto, os quais produziram fortes dores abdominais e obrigaram a A., passados quinze dias, após o parto, a ter de ser submetida a uma “raspagem”. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/06/2012 [Processo n.º 01497/06.0BEPRT; Relatora – MARIA DO CÉU ROSA DAS NEVES], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– Porque a decisão de transferir a parturiente de um ambiente hospitalar – Hospital de S. Marcos, em Braga – quando essa parturiente se encontrava há, pelo menos, 13 horas nesse Hospital, em trabalho de parto, onde existia, pelo menos, a possibilidade de detectar o sofrimento fetal e de reagir de imediato, para outro hospital (Hospital de Barcelos), diminuiu drasticamente as hipóteses de vir a dar à luz a sua filha com vida, importa que se conclua pela verificação do requisito da ilicitude e da culpa por parte dos serviços do Hospital. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/01/2013 [Processo n.º 00209/05.0BEBRG; Relator – ANTERO SALVADOR]), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>;

– I. Se o resultado imediato e depois prolongado de uma cirurgia nada tem a ver com uma situação normal ou comum, há ilicitude da actuação médica; II. Se, além disso, nada de activo, eficaz e continuado foi feito durante o pós-operatório e após a alta para ajudar a doente a melhorar do aspecto objectivamente anormal deixado pela actuação cirúrgica, a conduta ilícita continua. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21/11/2013 [Processo n.º 09361/12; Relator – PAULO GOUVEIA PEREIRA]), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/>;

– Houve violação das *leges artis*, e por isso, a conduta do réu deve qualificar-se como ilícita, pela não opção imediata pela cesariana, na seguinte situação de facto:- a partir da 5.55 horas os médicos deviam comprovar a situação de sofrimento fetal agudo e bradicardia fetal (facto 42); – Verificou-se uma situação de sofrimento fetal agudo, pelo menos a partir de 1 momento situado entre as 5:48 e as 6:10 (facto 31); – O período expulsivo demorou entre 20 a 35 minutos (facto 36); – O bebe nasceu às 6 horas e 30 minutos (facto 10); – Nasceu muito hipótico, com bradcardia e sem movimentos respiratórios (facto 32); – Em virtude de encefalopatia hipóxico-isquémica, o autor foi internado de imediato na Unidade de Cuidados Intensivos de Recém-Nascidos do réu HUC e necessitou de reanimação profunda, tendo

iniciado ventilação artificial que se prolongou até ao 7.º dia de vida (facto 33); – Teve convulsões (facto 34); – Sofreu lesões no pavilhão auricular, uma fractura parietal extensa e hemorragia craniana interna (facto 35); – O período expulsivo do parto demorou entre 20 a 35 minutos, e houve, pelo menos duas tentativas de extrair o bebé por fórceps, uma pela Dra. A..... (sem êxito) e outra pelo Dr. B..... (esta bem sucedida), e o autor falecido veio a sofrer de hipoxia isquémica (falta de afluxo de oxigénio ao cérebro – e, depois, um estado de paralisia cerebral grave (36) (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/09/2014 [Processo n.º 0812/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– No caso dos autos, apesar do Autor se ter queixado de dores nos testículos, o que levou a que tal queixa ficasse gravada na ficha clínica de urgência, tal sintomatologia não levou a qualquer consequência. Ou seja, esta **desvalorização das queixas e a não consequente realização dos exames de diagnóstico, uma vez que não se verificaram as outras patologias inicialmente colocadas, revela uma actuação imprudente e violadora das *leges artis***, e que teve como consequência a remoção do testículo esquerdo do Autor (orquiectomia esquerda) (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 4/12/2015 [Processo n.º 02860/09.0BEPRT; Relator – JOAQUIM CRUZEIRO], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>);

– **Não tendo ocorrido outra intervenção cirúrgica entre as realizadas no Hospital Réu e a primeira realizada nos Hospitais da Universidade de Coimbra, e tendo esta sido realizada por ter havido secção do nervo mediano do canal cárpico direito, presume-se, natural ou judicialmente, que a intervenção não foi feita com o cuidado devido e que tal se deveu a culpa do hospital, cabendo a este provar que as lesões provocadas não tiveram nada a ver com uma actuação deficiente (afastando a ilicitude).** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015 [Processo n.º 01687/08.1BEVIS; Relator – JOAQUIM CRUZEIRO], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>).

Casos em que os Tribunais Administrativos não reconheceram o carácter ilícito e culposos da actuação desenvolvida pelos médicos, em hospitais públicos:

– **Não é decisivamente integrador de negligência assistencial, nem causal relativamente à asfixia neonatal de que resultaram graves lesões cerebrais e, mais tarde, a morte da criança por paragem cardíaca, o atraso de cerca de 15 minutos em chamar a médica obstetra de serviço de prevenção, se ao ser detectada uma bradicárdia fetal as enfermeiras chamaram prontamente uma médica pediatra que estava no hospital e havia sinais de recuperação da bradicárdia, normalizando após as contracções,** sendo certo que esse tempo seria à mesma consumido na preparação de uma cesariana, se a dita médica estivesse perto da parturiente (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/02/2003 [Processo n.º 0648/02; Relator – J SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Também não se pode concluir pela existência de omissão negligente e respectiva ligação causal àquele resultado por a doente não ter sido monitorizada pelo cardiocógrafa (CTG/RCT), se o feto foi sendo controlado pelo método PINAR (pelo qual foi detectada a

bradicárdia), se o aparelho tinha sido anteriormente retirado dela para o ligar a outra doente (decisão médica cuja bondade não vem questionada), e se dá também como provado que aquela pode ter outras causas pré-natais, ficando assim por demonstrar que com a maior probabilidade aquele tipo de monitorização teria podido evitar tais consequências (cit. Acórdão do S.T.A. de 5/02/2003);

– Provando-se que **"durante o internamento (a doente) não apresentou qualquer sinal da existência da infecção", provando-se ainda que o diagnóstico efectuado (hérnia discal) era compatível com as fortes dores sentidas, os médicos do hospital onde a doente estava internada com fortes dores na coxa esquerda, e que não diagnosticam a tempo de ser tratada uma "fascite necrotizante da coxa esquerda e sepsis", que lhe causou a morte, não violaram as *leges artis*, não sendo por isso ilícita a sua actuação (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/01/2004 [Processo n.º 01665/02; Relator – SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);**

– Na acção em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente assistência médica e de enfermagem que lhe foi prestada nos serviços do R., **não tendo sido demonstrada a ocorrência de falta de cuidado passível de merecer um juízo de reprovação ou censura por parte dos serviços do R. nomeadamente por se ter demonstrado ter o A. sido devidamente medicado após lhe ter sido detectada uma infecção donde faz emergir os danos que invoca**, tal significa que na situação não pode ser considerada como demonstrada a culpa funcional da ré ou dos respectivos agentes, e daí a improcedência da acção (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/10/2004 [Processo n.º 02005/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– I- Pese embora ter ficado provado que foi em consequência do parto efectuado pela parteira que assistiu da criança, que esta ficou com paralisia braquial do plexo braquial esquerdo, este facto, por si só, não pode ser considerado desgarrado dos demais, de onde resulta que (i) no decorrer da gravidez nada indiciava que justificasse a realização de uma cesariana, designadamente porque a parturiente já havia sido mãe de duas crianças com 3,600gr e 3,890gr, que nasceram de parto normal e que a bacia da mãe era adequada ao nascimento desta terceira filha, por parto eutócito, (ii) a parturiente esteve sempre monitorizada, sem que algo tivesse sucedido que justificasse outro tipo de intervenção e que após a ruptura de membranas [vulgo rebentamento das águas], o parto se desenrolou de forma rápida, tendo-lhe sido feita inclusivé uma episiotomia (uma incisão na região perineal destinada a facilitar a extracção fetal), (iii) que a criança nasceu com um Apgar 5 [dificuldade de grau moderado]; II – Deste modo, **não resulta da matéria assente que as manobras efectuadas pela parteira que assistiu a A, designadamente a força utilizada para puxar a criança, depois da expulsão da cabeça, tenham sido praticadas em violação das boas práticas médicas, denominadas *leges artis*. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/06/2012 [Processo n.º 01497/06.0BEPRT; Relatora – MARIA DO CÉU ROSA DAS NEVES], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).**

– Não há violação da *leges artis* pelo pessoal médico se ficar por demonstrar que na prática do ato médico o agente atuou em desconformidade com um padrão de conduta profissional que um profissional dessa área medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 17/04/2015 [Processo n.º 01995/07.9BEPRT; Relator – HELENA RIBEIRO], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– Não consubstancia ato ilícito, por omissão do dever de vigilância, a circunstância de o Réu hospital não ter evitado a defenestração da Autora, quando se provou que i) a doente encontrava-se internada voluntariamente; ii) não apresentava consciência mórbida ou ideiação autodestrutiva; iii) não necessitava de vigilância permanente, mas apenas relacionada com o perigo de fuga; iv) foi deixada sozinha por alguns minutos na sala de convívio, situada no 1.º andar do edifício, cujas janelas, que distam 5 metros do solo, têm um mecanismo de segurança. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/05/2015 [Processo n.º 01224/06.2BEPRT; Relator – ESPERANÇA MEALHA), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

c) Terceira modalidade de ilicitude: funcionamento anormal do serviço

Uma terceira modalidade de ilicitude pode ser extraída do regime do aludido artigo 9.º da Lei n.º 67/2007: corresponde às situações de **responsabilidade por danos resultantes dum funcionamento anormal do serviço**, contempladas no n.º 2 do preceito e cuja previsão consta dos citt. n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º do mesmo diploma.

«A responsabilidade por danos resultantes de um funcionamento anormal do serviço prescinde do apuramento da imputabilidade do facto lesivo a um determinado titular do órgão ou agente, como pressuposto da responsabilidade das entidades públicas»⁷². «Mesmo quando os danos não tenham resultado de um comportamento concreto de determinada pessoa, ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal de uma acção ou omissão efectivamente ocorrida, existe responsabilidade da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal do serviço – ou seja, desde que, atendendo às circunstâncias e por referência a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço a adoção de uma conduta susceptível de não ter causado ou ter evitado os danos produzidos»⁷³.

Justamente porque a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço assenta num juízo de censura que se dirige não à conduta dum agente determinado da Administração, mas directamente ao próprio funcionamento dos serviços, é que o n.º 2 deste artigo 9.º, para o efeito de as qualificar como ilícitas, tem o alcance de equiparar as situações de funcionamento anormal do serviço àquelas em que, nos termos do n.º 1, a responsabilidade das entidades

⁷² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 249.

⁷³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

públicas pressupõe a imputação dum concreto facto lesivo à conduta ilícita, no sentido supra apontado de infringidora de deveres objectivos de cuidado, de um determinado agente.

«Este regime não se confunde, pois, com os regimes de responsabilidade objectiva, como o da responsabilidade pelo risco, em que o que está em causa não é a reparação de danos resultantes do funcionamento anormal dos serviços, mas a reparação dos danos inerentes ao seu próprio funcionamento normal, na medida em que decorre da objectiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das actividades que desempenham que o seu funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos»⁷⁴.

«Para o efeito da previsão, no n.º 1 do artigo 9.º, das situações de ilicitude por violação de deveres objectivos de cuidado por parte de agentes concretos, o padrão de comportamento por referência ao qual cumpre apurar se houve violação de tais deveres é o do n.º 1 do artigo 10.º: por conseguinte, a entidade pública responde quando seja de reconhecer que o agente, mesmo sem violar qualquer norma, não se comportou com a diligência e aptidão que era razoável exigir, nas circunstâncias do caso, de um agente zeloso e cumpridor»⁷⁵.

Mas, nos casos de **responsabilidade por funcionamento anormal do serviço**, por seu turno, o critério do n.º 1 do artigo 10.º é substituído pelo critério do n.º 4 do artigo 7.º. «Como, na verdade, os danos não são imputados à conduta de um agente determinado, é por referência aos padrões médios de resultado, a que se reporta o n.º 4 do artigo 7.º, que cumpre apurar se o serviço funcionou como devia, ou seja, com a diligência que lhe era devida, ou se actuou de modo censurável, por não ter observado a diligência devida»⁷⁶.

O que tem várias **consequências**.

É claro que «existe responsabilidade da entidade pública por funcionamento anormal do serviço quando se demonstre que, dentro da organização, houve violação de normas ou de deveres objectivos de cuidado por parte de indivíduos concretos, mas não identificáveis: são as situações em que se reconhece a existência de uma *culpa anónima*»⁷⁷. «Mas esse tipo de situação não esgota o âmbito de aplicação deste regime, na generalidade dos casos de *culpa colectiva*, em que os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de alguém ou mesmo a qualquer conduta identificável»⁷⁸.

«Pode, assim, dizer-se que, enquanto o n.º 1 do artigo 9.º assenta numa perspectiva que reporta a ilicitude à conduta do lesante e, portanto, à formulação de um juízo de desvalor sobre a sua acção ou omissão – consagrando, assim, uma *ilicitude da conduta* –, o n.º 2 do artigo 9.º, ao remeter para os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, tem o sentido e o alcance de configurar

⁷⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 250.

⁷⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 251.

⁷⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁷⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 253.

⁷⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

uma modalidade autónoma de ilicitude, de diferente natureza, que se reporta ao resultado, à lesão antijurídica do direito ou interesse, consagrando uma *ilicitude do resultado*»⁷⁹. «A solução é, desse modo, expressão de uma orientação que centra na protecção do lesado o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública, acentuando a sua função essencialmente reparadora de danos e não sancionadora de condutas»⁸⁰.

v) O pressuposto “culpa” na responsabilidade civil da Administração

A Lei n.º 67/2007 não rompeu com a solução legislativa consagrada no n.º 1 do artigo 2.º do cit. DL n.º 48051 que erigia a **culpa** como um pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos.

Na verdade, «sem prejuízo da consagração autónoma da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, e do alargamento da responsabilidade pelo risco e do âmbito da indemnização pelo sacrifício, operada nos artigos 11.º e 16.º do novo regime, a Lei n.º 67/2007 não afastou o princípio da culpa»⁸¹.

Mantém-se, portanto, o princípio segundo o qual, tirando as situações em que estejam em causa “*danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos*” (artigo 11.º) e as hipóteses de *indemnização por sacrifício* (artigo 16.º), só se justifica imputar um dano à administração «quando haja um facto ilícito e [cumulativamente] seja possível formular um juízo de censura ético-jurídica à conduta da Administração»⁸².

Não obstante, o novo regime afastou-se do critério seguido pelo artigo 4.º do revogado DL. n.º 48051, que se limitava a remeter, quanto à **culpa**, para o disposto na lei civil, ao estabelecer que “*a culpa dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil*”.

«Essa remissão devia considerar-se como feita para o artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil, implicando que a culpa funcional devesse ser aferida em abstracto (isto é, tendo em conta a diligência de um bom pai de família, e não a diligência normal do autor do facto danoso), mas tendo em linha de conta as circunstâncias de cada caso»⁸³.

«Efectuando uma interpretação extensiva desse artigo 4.º, n.º 1, a jurisprudência administrativa acabou por entender a remissão como feita para todo o artigo 487.º, de modo a abarcar não apenas a matéria da apreciação da culpa, que consta do seu n.º 2, como também o regime relativo ao ónus da prova, que resulta do n.º 1»⁸⁴. Ora, como este n.º 1, na sua parte final, ressalva os casos em que existe uma **presunção legal de culpa** do ónus que, em princípio,

⁷⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁸⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., pp. 253-254.

⁸¹ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 265.

⁸² RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁸³ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 161.

⁸⁴ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

impõe ao lesado quanto à prova da culpa do autor da lesão, «tornou-se possível [aos tribunais administrativos] estender ao regime de responsabilidade civil da Administração as diversas modalidades de presunção de culpa previstas nas disposições dos artigos 491.º e segs. do Código Civil, e especificamente a *culpa in vigilando* a que se referia o artigo 493.º, n.º 1»⁸⁵.

Porém, o artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 estabelece **um critério próprio de aferição da culpa**, no domínio da responsabilidade da Administração (n.º 1) e contém **uma referência específica a situações de presunção de culpa** (n.ºs 2 e 3).

Não obstante, o novo regime mantém a solução – que já vinha do DL n.º 48051 – de não responsabilizar civilmente os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, quer directamente perante os lesados, quer em sede de direito de regresso, por factos ilícitos não praticados com dolo ou culpa grave⁸⁶.

a) Substituição do critério do *bom pai de família* pelo critério da *diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor*

Ao determinar que «*A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*», o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 substitui ao critério do *homem médio* o paradigma do *agente zeloso e cumpridor* ou do *bom administrador*.

«A bitola adotada para medir o grau de diligência exigível é normativa e não sociológica»⁸⁷. «O artigo 10.º, n.º 1, não manda atender ao modo como na prática os serviços públicos em geral ou o serviço específico em causa cumprem as suas funções»⁸⁸. «O julgador não deve, por isso, atender “às práticas de desleixo, de desmazelo ou de incúria, que porventura se tenham generalizado no meio”, sendo antes determinante confrontar a conduta do lesante com a conduta exigível dos funcionários “de boa formação e de são procedimento»⁸⁹.

«Por outro lado, a bitola consagrada é muito exigente»⁹⁰.

É certo que a alusão às “*circunstâncias de cada caso*”, «além de impor que se atenda ao circunstancialismo fáctico objectivo em que se enquadra a conduta do lesante, obriga a tomar

⁸⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁸⁶ «Subjacente à protecção assim concedida no âmbito da chamada culpa leve está a ideia de que, se o titular do órgão, funcionário ou agente pudesse ser responsabilizado também nesses casos, haveria um risco sério de “o agente, confrontado com a possibilidade de se arruinar para reparar prejuízos causados a terceiros por atos seus, eventualmente por deficiente avaliação das circunstâncias – quantas vezes originadas pela urgência de uma decisão –, passe a hesitar, opte por consultar o seu superior hierárquico, enfim, acabe por não adotar conduta alguma, provocando com tal omissão ainda mais danos” [JOÃO CAUPERS, *Os malefícios do tabaco – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004, CJA, n.º 46 (2004)*, p. 20], *apud* RUI MEDEIROS (in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., pp. 269-270).

⁸⁷ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 275.

⁸⁸ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁸⁹ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁰ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

em consideração os específicos deveres funcionais exigíveis a um funcionário do tipo do lesante e que exerça uma actividade semelhante»⁹¹.

Daí não decorre, porém – como defende CARLOS CADILHA⁹² – que «o modelo abstracto de comportamento devido é, portanto, aquele que seria exigível ao titular do órgão, funcionário ou agente **medianamente diligente**, quando se deparasse perante a mesma situação concreta». Na verdade, «a lei parece ter em consideração, mais do que um funcionário médio, um bom ou excelente funcionário, visto que considera relevante como padrão de diligência tendencialmente exigível – sem prejuízo das especificidades que o concreto circunstancialismo fáctico imponha – um funcionário zeloso e cumpridor de todo e qualquer dos concretos deveres funcionais a que se encontra adstrito»⁹³. Tanto assim que «a lei nem sequer distingue em função da diferente relevância dos concretos deveres jurídicos violados ou das regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado infringidos»⁹⁴. «Ou seja, ao tomar como padrão de referência o agente zeloso e cumpridor, a lei assume que “é imperativo que a Administração atue, através dos seus [...] agentes, com a diligência a que uma pessoa competente está vinculada, sob pena de violação dos deveres de zelo e de boa administração” [Acórdão do STA (1.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 13 de Maio de 1999 (recurso n.º 38.081)]»⁹⁵. Ou seja: «ao tomar como referência o funcionário ou agente zeloso e cumpridor ou o bom administrador e, portanto, o funcionário respeitador da lei e dos regulamentos e das *leges artis* que lhe sejam aplicáveis, a lei pode ser lida como tomando por padrão um funcionário “excepcionalmente diligente”, isto é, o equivalente ao civilístico “*diligentissimus pater familias*”»⁹⁶.

Especificamente em matéria de **responsabilidade civil médica**, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/10/2014**⁹⁷ (Proc. n.º 0279/14; Relator – COSTA REIS) – proferido num caso ocorrido em 1995 (ainda em plena vigência do cit. DL. n.º 48 051) – entendeu que:

«III – O juízo de culpa pressupõe a existência de um comportamento padrão a observar em determinadas circunstâncias sobre o qual se há-de aferir a conduta do agente traduzindo-se esse juízo numa censura à desconformidade entre aquele comportamento que o agente podia e devia ter tido e aquilo que efectivamente realizou.

IV – Por ser assim, age com culpa, violando o dever objectivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do *standard* técnico/científico da actuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias do caso concreto.^{98 99}»

⁹¹ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹² In “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 163.

⁹³ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁴ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 276.

⁹⁵ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁶ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 277.

⁹⁷ Cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁹⁸ Cfr., também no sentido de que «Age com culpa, violando o dever objectivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do *standard* técnico/científico da actuação exigível ao profissional médio, nas

b) Presunção de culpa leve em caso de incumprimento de deveres de diligência

Um aspecto inovador do novo regime legal consiste no estabelecimento de uma **presunção de culpa** leve para a prática de **actos jurídicos ilícitos** (artigo 10.º, n.º 2) e para o **incumprimento de deveres de vigilância** (artigo 10.º, n.º 3).

No campo da responsabilidade civil pelos danos resultantes de **actos médicos** (acções ou omissões) praticados em **hospitais públicos** (em sentido amplo), estão sobretudo em causa **operações materiais**, e não **actos jurídicos**, pelo que assume especial relevância a presunção de culpa estabelecida no n.º 3 do preceito em questão: «*Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.*»

Segundo CARLOS CADILHA¹⁰⁰, o artigo 10.º, n.º 3, ao prever uma presunção de culpa leve sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância, pretende consagrar a orientação jurisprudencial já firmada no domínio do Decreto-Lei n.º 48051 quanto à culpa *in vigilando*, remetendo para um regime similar ao dos artigos 491.º e 493.º, n.º 1, do Código Civil¹⁰¹. «Ficam excluídas, deste modo, a presunção de culpa em relação a danos resultantes do exercício de actividades perigosas, a que se reporta o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, e relativamente aos quais se encontra prevista uma forma de responsabilidade objectiva, nos termos descritos no artigo 11.º desta Lei, bem como todas as demais situações de presunção de culpa consignadas no Código Civil, e especialmente nos artigos 491.º e 492.º.

Para RUI MEDEIROS¹⁰², «deixando por agora de lado a hipótese especial prevista no n.º 2 do artigo 493.º (danos causados no exercício de uma actividade perigosa), o n.º 3 do artigo 10.º tem em vista as presunções de culpa estabelecidas no artigo 491.º (responsabilidade por pessoas obrigadas à vigilância de outrem) e no n.º 1 do artigo 493.º (danos causados por coisas ou animais sob vigilância), podendo porventura entender-se, mas a questão é mais controversa, que a remissão do n.º 3 do artigo 10.º também abrange o disposto no artigo 492.º (danos causados por edifícios ou outra obra que ruir)».

circunstâncias do caso concreto», o **Acórdão do STA de 13/03/2012** (Proc. n.º 0477/11; Relator – POLÍBIO HENRIQUES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁹⁹ No entanto, apesar de proferido ainda em plena vigência do referido DL. n.º 48 051, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/06/1992** (Proc. n.º 030609; Relator – AMÂNCIO FERREIRA) – cujo sumário integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> – entendeu que «A **diligência de um bom pai de família a que alude o n.º 2 do artigo 487.º do C. Civil identifica-se, no que concerne aos profissionais de saúde que prestam serviço nos hospitais públicos, com a diligência exigível aos bons profissionais de medicina e de enfermagem.**» – formulação que parece afastar-se da bitola do **funcionário médio**, exigindo antes **um bom ou excelente funcionário** (à semelhança do que hoje parece dever entender-se, à face do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 (que – como vimos – substituiu ao **critério do homem médio o paradigma do agente zeloso e cumpridor ou do bom administrador**).

¹⁰⁰ In “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., pp. 168-169.

¹⁰¹ Em concreto, a jurisprudência começou por admitir a **presunção de culpa** relativamente a diversas **situações em que existisse um encargo de vigilância por parte de entidades públicas**, reportando-se a danos causados pela existência de **obstáculos na via pública, deficiente conservação das vias, queda de árvores, ruína de edifício ou ruptura de condutas**: cfr., entre as mais recentes decisões, os Acórdãos do STA de 10 de Maio de 2006 (Processo n.º 121/06), de 4 de Abril de 2006 (Processo n.º 1116/05), de 9 de Março de 2006 (Processo n.º 837/03), de 16 de Fevereiro de 2006 (Processo n.º 1039/05), de 3 de Novembro de 2005 (Processo n.º 792/05), de 19 de Outubro de 2005 (Processo n.º 394/05), de 29 de Junho de 2005 (Processo n.º 566/04), de 19 de Maio de 2005 (Processo n.º 590/04), de 26 de Abril de 2005 (Processo n.º 245/05) e de 7 de Abril de 2005 (Processo n.º 856/04).

¹⁰² In “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 285.

Quanto à tese restritiva – propugnada por CARLOS CADILHA – que pretende excluir da remissão feita na segunda parte do n.º 3 do cit. artigo 10.º as presunções de culpa consagradas nos artigos 491.º e 492.º do Cód. Civil, apenas abrangendo tal remissão a presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 493.º do mesmo Código, RUI MEDEIROS¹⁰³ faz notar que «a presunção de culpa por incumprimento de deveres de vigilância não se encontra prevista apenas no artigo 493.º do Código Civil, não se vislumbrando por que razão a mesma conclusão não há-de poder também valer para o disposto no artigo 491.º». O Autor invoca, nomeadamente, o dever de vigilância do estado em face dum menor com 16 anos a quem tenha sido aplicada a medida tutelar educativa de internamento em centro educativo e também o dever de vigilância relativamente a uma criança em perigo acolhida em instituição psiquiátrica. Se o menor ou a criança se encontrarem numa situação de incapacidade natural e desde que a actividade do centro educativo ou da instituição de acolhimento seja enquadrada por disposições ou princípios de direito administrativo, «a abertura da segunda parte do n.º 3 do artigo 10.º permite abarcar, nestes casos, a presunção de culpa in vigilando consagrada no artigo 491.º do Código Civil, não se vislumbrando os motivos que, neste tipo de situações, apontam para solução diversa daquela que é acolhida em relação ao disposto no n.º 1 do artigo 493.º»¹⁰⁴.

Relativamente à **presunção de culpa prevista no n.º 2 do artigo 493.º do Cód. Civil**, RUI MEDEIROS sustenta que, «efectivamente, ao contrário do que sucede nas demais situações, o artigo 11.º [da Lei n.º 67/2007] (...) prevê expressamente, numa solução que alarga o âmbito do disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, que “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos [...]”». «Ou seja, enquanto o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil dispõe que “quem causar danos a outrem no exercício e uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”, consagrando uma responsabilidade fundada numa culpa presumida, os danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos são enquadrados, no novo diploma [Lei n.º 67/2007], no âmbito a responsabilidade (objectiva) pelo risco»¹⁰⁵.

Portanto – segundo RUI MEDEIROS¹⁰⁶ –, «significa isto que, à partida, tendo o legislador optado por enquadrar a tutela ressarcitória de “danos decorrentes de actividades excepcionalmente perigosas”, na formulação do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, ou especialmente perigosas, no artigo 11.º da nova lei, no âmbito da responsabilidade pelo risco, instituindo assim para a Administração um regime de responsabilidade mais amplo do que o previsto no Código Civil, não há espaço para convocar a presunção de culpa a que alude o n.º 2 do artigo 493.º, pois não há uma lacuna no sistema de responsabilidade civil dos poderes públicos».

¹⁰³ In “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 286.

¹⁰⁴ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

¹⁰⁵ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 288.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

De todo o modo, RUI MEDEIROS considera que «não está em absoluto excluído que possa haver situações não cobertas pela cláusula da responsabilidade pelo risco e passíveis de ser abrangidas pela presunção civilística de culpa para as actividades perigosas». «É certo que a situação era mais clara em face da legislação anterior [DL. n.º 48 051], uma vez que [na sua vigência] se podiam equacionar situações em que a actividade fosse perigosa [“tout court”], mas não, como exigia o artigo 8.º do decreto-Lei n.º 48051¹⁰⁷ para operar a responsabilidade pelo risco, *excepcionalmente* perigosas»¹⁰⁸. Como, «a nova lei, porém, alargou o âmbito da responsabilidade pelo risco, contentando-se hoje, para que a pretensão de indemnização possa operar, que os danos decorram de actividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente* perigosos [cfr. o artigo 11.º, n.º 1, da cit. Lei n.º 67/2007]», encurtou-se o leque de actividades que ficam de fora do círculo das actividades perigosas passíveis de fundamentar a responsabilidade Estadual pelo risco. «Ainda assim – segundo RUI MEDEIROS¹⁰⁹ –, e caso se entenda que as actividades perigosas a que se refere o n.º 2 do artigo 493.º [do CC] podem não se subsumir no conceito de actividades especialmente perigosas adotado no artigo 11.º do novo regime – e a conclusão está por demonstrar (...) –, justifica-se aplicar a referida presunção de culpa às situações cobertas pelo n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil e não abrangidas na cláusula geral de responsabilidade pelo risco (actividades que, não sendo especialmente perigosas, são perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados)». Isto porque «a solução é coerente com a abertura geral consagrada no n.º 3 do artigo 10.º, não é infirmada pelo disposto no artigo 11.º, que não abrange estas hipóteses, e é consentânea com o sentido global amigo dos lesados que subjaz à nova regulamentação da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos»¹¹⁰.

A solução preconizada por RUI MEDEIROS é igualmente defendida por CARLA AMADO GOMES¹¹¹ (cfr. *infra*).

Estas presunções de culpa leve para a prática de *actos jurídicos ilícitos* (artigo 10.º, n.º 2) e para o *incumprimento de deveres de vigilância* (artigo 10.º, n.º 3) também se aplicam às violações das *leges artis*?

PAULA BRUNO¹¹² afasta expressamente a aplicação da presunção prevista no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 ao domínio da medicina, precisamente por entender que ela não é extensiva às violações das *leges artis*.

¹⁰⁷ Cujo teor era o seguinte: «O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos *excepcionalmente perigosos* ou de coisas e actividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas actividades, ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um.»

¹⁰⁸ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

¹⁰⁹ In “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., pp. 288-289.

¹¹⁰ RUI MEDEIROS in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 289.

¹¹¹ In “Presunção e diligência, cada um toma a que deve”, publicado in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40 [p. 39].

¹¹² In “Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 68.

No mesmo sentido se pronuncia ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA¹¹³, para quem a presunção de culpa prevista no n.º 2 do artigo 10.º «só se aplica nos atos jurídicos e não a atos técnicos, nos quais se incluem os cuidados de saúde».

Diversamente, PAULA LOBATO FARIA/SARA VERA JARDIM/JOÃO RIBEIRO DA COSTA¹¹⁴ sustentaram que o n.º 2 do artigo 10.º traria uma inovação relevante, no domínio da responsabilidade médica, na medida em que, doravante, seria suficiente provar uma violação das *leges artis* ou de deveres objectivos de cuidado para que a culpa (leve) se presuma – o que constituiria uma mudança de paradigma, atenuando assim significativamente as conhecidas dificuldades de prova no campo da medicina.

A interpretação defendida por estas Autoras não tem cobertura no texto legal, porquanto o n.º 2 só se dirige aos **actos jurídicos** (deixando de fora os **actos materiais de índole técnica**) e o n.º 3 apenas contempla situações em que exista **incumprimento de deveres de vigilância** (o que, no domínio da medicina, se aplica especialmente aos estabelecimentos do foro psiquiátrico, os quais têm um dever acrescido de garantia da segurança e vigilância dos doentes mentais neles internados).

Como podem ser ilididas as presunções de culpa consagradas no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007?

As presunções de culpa estabelecidas no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 podem ser **ilididas**, nos termos gerais, **mediante prova do contrário** (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil).

«Concretamente, para além das situações de facto de terceiro ou do próprio lesado ou “de caso de força maior, o ente público pode ilidir tal presunção alegando e provando que, de forma sistemática e continuada, empregou todos os esforços e adotou todas as medidas adequadas a prevenir acidentes do género, tendo-se os danos produzido apesar dessa atuação”¹¹⁵ (Acórdão do STA de 8/10/2003 [Proc. n.º 1923/02; relator – SIMÕES DE OLIVEIRA])», cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

c) A actividade médica exercida em hospitais públicos é ou não passível de ser considerada **perigosa**, nos termos e para os efeitos do Artigo 493.º - 2, do Código Civil?

O **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/12/2005** (Processo n.º 0351/05; Relator – COSTA REIS) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – considerou que:

– **Uma actividade é excepcionalmente perigosa quando for razoável esperar que dela possam, objectivamente, resultar graves danos, isto é, danos que superem os que eventualmente possam decorrer da normalidade das outras actividades e que os prejuízos**

¹¹³ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 811.

¹¹⁴ In “O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde”, publicado in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1 (Janeiro/Junho 2008).

¹¹⁵ Ainda assim, «Não é suficiente, para esse efeito, a prova, em abstracto, da existência de um corpo de técnicos encarregue da vigilância e reparação das vias municipais, devendo a mesma ser acompanhada da demonstração de que tais agentes actuaram na situação concreta como seria lícito esperar-se.» (cit. Acórdão do STA de 8/10/2003).

são anormais ou especiais quando oneram pesada e especialmente algum ou alguns cidadãos e, conseqüentemente, ultrapassam os pequenos transtornos e prejuízos que são inerentes à actividade administrativa e sobrecarregam de forma mais ou menos igualitária todos eles.

Relativamente a **uma transfusão sanguínea** efectuada no período pós-operatório, que teve como resultado ficar o paciente infectado com o vírus HIV, o mesmo aresto excluiu que a mesma pudesse ser havida como **perigosa**, no sentido do artigo 493.º/2 do Cód. Civil, **desde que realizada numa época em que aludido vírus era desconhecido da ciência médica**, com base no seguinte argumentário:

«Está assente que o Autor marido foi infectado com o vírus da SIDA em resultado de uma transfusão de sangue no pós-operatório de uma cirurgia a que foi submetido no HSA e que, sendo aquele desconhecido na data em que ela se realizou, era impossível prevenir e evitar a sua propagação e, portanto, impedir a sua contaminação. – vd. pontos 16.º a 21.º da matéria de facto.

Será que, nestas circunstâncias, a referida transfusão pode ser considerada uma actividade excepcionalmente perigosa e que o prejuízo dela decorrente é anormal e especial e, por isso, não deve ser suportado pelos Autores?

Vejamos.

As transfusões sanguíneas constituem um tratamento médico vulgar desde há muitos anos, pelo que – muito embora cada caso seja específico e singular – pode afirmar-se que, desde que rodeadas dos cuidados e normas de segurança exigíveis, são, em princípio, actos médicos seguros, isto é, actos de que, por via de regra, não resultarão danos que atentem contra a vida ou afectem gravemente a saúde dos que a eles se submetem.

E, porque assim, e muito embora se admita que as mesmas envolvem sempre algum risco e, portanto, que a sua realização contém sempre uma dose não negligenciável de perigo, pode afirmar-se que os prejuízos dela esperáveis não podem, por regra, ser qualificados como prejuízos especiais e anormais.

E pode, também, afirmar-se que as mesmas, desde que rodeadas daqueles cuidados e normas de segurança, não se podem considerar como uma actividade excepcionalmente perigosa, uma vez que este conceito está reservado para aquelas actividades que, objectivamente, por si só e à partida, isto é, no momento em que são realizadas, se preveja que encerrem perigos muito mais intensos que as actividades correntes e vulgares e, portanto, actos de que seja razoável esperar que provoquem, com forte grau de probabilidade, lesão grave. É o caso, por exemplo, de certo tipo de cirurgias.

O que significa que não podemos qualificar como excepcionalmente perigosa uma actividade, quando esta é vulgar, corrente e, por norma, segura, muito embora a mesma possa, num ou noutro caso, esporadicamente, causar grave dano.

Ou seja, e revertendo ao caso dos autos, o facto de, por excepção, e por motivos inesperados e de previsão impossível, uma transfusão de sangue provocar a morte do doente ou colocar a sua saúde em sério risco e, conseqüentemente, não é suficiente para que a mesma possa ser qualificada como actividade excepcionalmente perigosa, pois que, como se disse, o que caracteriza a excepcional perigosidade da actividade é a significativa possibilidade dela importar, em si mesma e normalmente, lesão grave ou intensa. Ora, as transfusões sanguíneas, pelas razões expostas, não cabem nesta categoria de actos médicos.

No caso *sub judicio*, ficou assente que o vírus que infectou o Autor marido era desconhecido na época em que ocorreu a fatídica transfusão e não foi alegado nem, tão pouco há notícia, de que ela tenha sido realizada com inobservância das *legis artis* próprias da época.

E, porque assim, e porque se tratava de um acto médico vulgar e corrente não era previsível que a mesma pudesse vir a provocar mais perigos do que aqueles que normalmente lhe estão associados, os quais, como é sabido, não incluem danos de uma intensidade tão forte como aqueles que afectaram o Autor marido. O que significa que a mesma, no momento em que foi realizada, não podia ser qualificada como uma actividade excepcionalmente perigosa.

Ou seja, a circunstância daquela infecção ter ocorrido não basta para que a mesma possa ser qualificada como uma actividade excepcionalmente perigosa, porque essa avaliação tem de ser contemporânea do momento em que o mesmo é realizado e não, posteriormente, em função dos conhecimentos que a ciência, entretanto, aportou ou dos resultados inesperados dela resultantes.

É certo que essa transfusão, mercê do citado desconhecimento e da conseqüente ignorância dos danos que a mesma podia causar, provocou aos Autores prejuízos anormais, visto não ser comum nem normal que uma transfusão de sangue provoque a morte ou doença grave na pessoa receptora, e especiais uma vez que, das muitas transfusões ocorridas no período em que ela ocorreu, poucas foram, felizmente, as que tiveram os desastrosos efeitos que o atingiram.

Só que não basta a verificação deste requisito – os prejuízos anormais ou especiais – para se poder fazer funcionar a responsabilidade pelo risco, uma vez que, como se disse, a operatividade deste tipo de responsabilidade depende da reunião de dois pressupostos : a ocorrência de prejuízos anormais ou especiais e destes terem sido causados por uma actividade excepcionalmente perigosa.»

Em termos gerais, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011 (Processo n.º 0762/09; Relator – ADÉRITO SANTOS) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – excluiu que, numa acção destinada a efectivar a responsabilidade extracontratual por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos – em que incumbe ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade (então regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e actualmente disciplinada pela cit. Lei n.º

67/2007, de 31 de Dezembro), a qual assenta na **verificação cumulativa dos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil, que são o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o prejuízo ou dano e o nexo de causalidade entre este e o dano – possa aproveitar ao lesado (para o efeito de fazer impender sobre o hospital réu o ónus de provar que a sua conduta não foi causa adequada do dano) a presunção legal estabelecida no artigo 493.º, número 2 do Código Civil.** Isto porque «**essa norma consagra, apenas, uma presunção de culpa na produção de danos no exercício de actividade perigosa e não uma presunção de causalidade adequada entre o exercício de actividade com tal natureza e o evento danoso**».

Na mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16/01/2014** (Processo n.º 0445/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – também acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – considerou que «**o artigo 493.º, 2, do Código Civil não é aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos**».

Para tanto, louvou-se no seguinte argumentário:

«**No âmbito da gestão privada** a actividade perigosa é, em geral, exercida em proveito do agente e, portanto, justificativa de um regime de responsabilidade civil próximo da responsabilidade pelo risco (artigo 493.º, 2 do C. Civil). Quem beneficia da actividade perigosa, também tem o encargo de evitar o perigo que eventualmente possa causar e daí a especial onerosidade quanto ao ónus da prova. A justificação do regime de inversão do ónus da prova no artigo 493.º, 2 do CC aproxima-se da justificação da responsabilidade pelo risco e daí a semelhança entre ambos os regimes (quem beneficia da actividade perigosa suporta os danos por ela causados se não provar que não teve culpa).

Tal não acontece com os serviços e actividades perigosas prestadas pelo Estado aos seus cidadãos, onde o benefício desse exercício redundava a favor de quem os procura – como é exemplar o caso da prestação de cuidados médicos. Deste modo, havendo no Dec. Lei 48.051, um regime geral de responsabilidade civil para as actividades perigosas deve entender-se que o Estado, pelo exercício de tais actividades, responde objectivamente, mas apenas nos termos e condições previstas no artigo 8.º, isto é, quando o perigo seja especial e quando os danos sejam também especiais e anormais.

Este regime não invalida, bem entendido, a responsabilidade do Estado e demais entes públicos, nos termos gerais, isto é, sempre que se prove a culpa, mas sem recurso à presunção do artigo 493.º, 2 do C. Civil – permitindo-se também quanto à culpa o recurso a presunções naturais.»

Esta orientação geral da jurisprudência administrativa, no sentido da exclusão da aplicabilidade do artigo 493.º, n.º 2, do Cód. Civil no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos, é objecto de forte crítica, por parte da doutrina.

Comentando desfavoravelmente o **Acórdão do STA de 29/5/2014**¹¹⁶ – no qual se entendeu, uma vez mais, que «*O artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil não é aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*» – observa CARLA AMADO GOMES¹¹⁷ que, embora a solução seja indiscutível à sombra do DL. n.º 48 051, de 21/11/1967, se bem que por fundamentos diversos dos invocados pelo STA, a resposta já não é tão linear à face da Lei n.º 67/2007.

É que «aqui, o artigo 493.º, n.º 2, do Cód. Civil não constitui, como no regime de 1967, um factor disruptivo, antes se configurando, em contrapartida e num primeiro relance, como uma solução supérflua»¹¹⁸. Com efeito, «porque o artigo 11.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007] ampliou o âmbito de actividades perigosas pelas quais as entidades públicas podem responder sem culpa (risco) por danos provocados por actividades (tão-só) especialmente perigosas, fica a questão de saber se o artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil ainda terá, no domínio das omissões de vigilância do desenvolvimento de actividades que sejam consideradas perigosas pela sua natureza ou em razão dos meios utilizados, algum préstimo»¹¹⁹.

Afrontando esta questão, a Autora secunda a posição de RUI MEDEIROS no sentido de que, embora o artigo 11.º da Lei n.º 67/2007 tenderá a absorver na sua previsão uma ampla gama de situações, ainda poderá fazer sentido utilizar a norma do Código Civil [o cit. artigo 493.º/2] relativamente a actividades que, não sendo **especialmente perigosas**, são, não obstante, **perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados**. Esta posição «cria uma espécie de clareira aplicativa residual para as situações em que a actividade não seja, em abstracto, especialmente perigosa (nos termos e para os efeitos do cit. artigo 11.º da Lei n.º 67/2007), mas se revele como tal, em concreto»¹²⁰.

No tocante à subsunção da actividade médica às **actividades perigosas pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados** abarcadas pela previsão do cit. artigo 493.º, n.º 2, o entendimento dominante é o de que, embora a medicina não seja, em geral, considerada uma “actividade perigosa”, para efeitos deste artigo 493.º/2 (cfr. *infra*), todavia, a **utilização de instrumentos ou aparelhos médicos**¹²¹, enquanto “coisas móveis”, as **infecções nosocomiais**¹²² ¹²³ ¹²⁴ ¹²⁵ ou as **quedas ocorridas no edifício hospitalar**¹²⁶, enquanto

¹¹⁶ Cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

¹¹⁷ “*Presunção e diligência, cada um toma a que deve*”, publicado in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40.

¹¹⁸ CARLA AMADO GOMES in loc. cit., p. 39.

¹¹⁹ CARLA AMADO GOMES, *ibidem*.

¹²⁰ CARLA AMADO GOMES, *ibidem*.

¹²¹ Como veremos *infra* (aquando da abordagem da responsabilidade civil médica no quadro da medicina privada), é relativamente consensual o entendimento segundo o qual casos como a realização de **tratamentos médicos com raios x e ondas curtas**; a realização de *operações ousadas*, tais como **operações de enxerto e de transplantação de órgãos** (embora aqui exista um regime de responsabilidade objectiva); a utilização de **aparelhos de ressonância magnética**, de **hemodiálise** e de **incubadoras** são subsumíveis à previsão do mesmo artigo 493.º, n.º 2.

¹²² Trata-se de **infecções contraídas em meio hospitalar**, aquando dum internamento ou após a alta do doente, quando este esteve hospitalizado ou foi sujeito a procedimentos médicos. Geralmente, são causadas pela presença de genes ou bactérias no próprio estabelecimento.

¹²³ Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA (in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, 1.ª ed., 2015, p.733), «as infecções nosocomiais constituem por todo mundo uma importante causa de lesões à saúde nos hospitais». Por isso, «causar ou não evitar uma infecção é um dos *tipos reais* de responsabilidade médica apontados pela doutrina» (*ibidem*).

decorrentes de “coisas imóveis”, preenchem as presunções de culpa previstas no artigo 493.º/2.

d) Responsabilidade dos estabelecimentos de saúde públicos por violação do dever de vigilância relativamente aos seus internados por anomalia psíquica

Está o Estado sujeito a um **dever de vigilância** relativamente aos **doentes internados nos seus estabelecimentos em virtude de anomalia psíquica** ?

É que, desde logo, só haverá **omissão ilícita** (no sentido de ausência duma actividade material que, por força da lei, constituiria uma actividade devida) se tal dever existir, a cargo dos estabelecimentos de saúde públicos.

A jurisprudência dos Tribunais Administrativos tem entendido (consensualmente) que sobre os estabelecimentos de saúde e respectivos profissionais (médicos e enfermeiros) recai um dever de vigilância relativamente aos seus internados em virtude de anomalia psíquica.

«Quando o Estado (*lato sensu*) está vinculado por esta obrigação, existe um interesse público no respectivo cumprimento, o qual sairá reforçado se as entidades públicas forem responsáveis pelos danos decorrentes da sua inobservância culposa»¹²⁷. «O mencionado interesse público reconduz-se não só á tutela dos terceiros, mas também à proteção dos próprios vigiados, com o objectivo de os proteger contra danos que possam infligir a si próprios – como sucederá, por excelência, com um doente portador de uma anomalia psíquica com propensão para o suicídio»¹²⁸.

Resolvida esta questão preliminar, cabe depois apurar em que circunstâncias se pode e deve afirmar a **ilicitude** da conduta [da Administração Pública] no **incumprimento** do referido **dever de vigilância**.

Segundo o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/01/2009** (Proc. n.º 0966/08; Relator – MADEIRA DOS SANTOS) – cujo texto integral está acessível on-line

¹²⁴ Entre nós, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/11/2005** [Processo n.º 0729/05; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA] – acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – condenou um Hospital público [o Hospital de Santa maria] por não ter tomado as medidas de precaução necessárias no sentido de erradicar a bactéria *serratia* no local altamente propício à sua existência e face a um estado de pós-operatório, vindo o doente a ser contagiado, ficando cego de um olho.

¹²⁵ «A infecção hospitalar representa um risco permanente em qualquer ponto do mundo e impõe aos hospitais o dever de contro contínuo, através de comissões específicas e adoção de medidas de rigorosa assepsia» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 734). «Um índice decisivo para aferir da imputação subjectiva do dano decorrente da infecção nosocomial ao estabelecimento hospitalar passa por averiguar se existe e se opera de acordo com os standars exigidos uma comissão de controlo de infecção hospitalar» (*ibidem*). «Se esta existe ou se não se encontra a laborar de acordo com as *leges artis* internacionais, então verifica-se uma conduta ilícita e culposa da instituição, pelo que esta deve responder pelos danos causados» (*ibidem*).

¹²⁶ O **Acórdão da Relação de Lisboa de 9/05/2002** (publicado in *Colectânea de Jurisprudência* 2002, tomo III, pp. 69-70) considerou que “A entidade hospitalar responde pelos danos decorrentes da queda duma utente dos serviços na casa de banho do hospital, aberta ao público, em condições de perigosidade para a integridade física dos utilizadores, por ter o piso molhado”. O Tribunal, todavia, ignorou a **presunção de culpa** estabelecida no cit. artigo 493.º/1.

¹²⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ in “*Responsabilidade da Administração por prestação de cuidados de saúde e violação do dever de vigilância*”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª secção) de 29.5.2004, P. 922/11, publicada in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 110, Março/Abril de 2015, pp. 37-52 [p. 44].

¹²⁸ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem*.

in: <http://www.dgsi.pt/jsta> – , «O dever de vigilância só existe em relação a perigos representáveis por um avaliador prudente», pelo que, «Não estando provado um qualquer facto gerador da suspeita de que um doente internado num hospital pudesse tentar o suicídio e sabendo-se que a vigilância que sobre ele recaiu era conforme à patologia diagnosticada e aos riscos previsíveis, não pode dizer-se que o facto de ele se atirar «ex abrupto» de uma janela adveio de “culpa in vigilando”».

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/05/2014** (Proc. n.º 0922/11; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> – também considerou que «Não é ilícita a conduta do Hospital réu, permitindo que um doente do foro psiquiátrico, ali internado, deambulasse livremente no seu perímetro circundante e que veio a suicidar-se, se não ocorreram factos que tornassem previsível tal conduta.»¹²⁹.

À luz desta orientação jurisprudencial, para haver responsabilidade da entidade pública prestadora de cuidados de saúde, «impõe-se a demonstração não apenas de que a ausência de vigilância [dos doentes internados num hospital psiquiátrico] originou a violação de uma posição jurídica substantiva (*in casu*, o direito de personalidade de natureza jusfundamental: o direito à integridade pessoal), mas também de que tal ausência representou uma ofensa das regras técnicas (das *leges artis*) ou de deveres objectivos de cuidado/regras de prudência»¹³⁰. Assim sendo, «a prova do pressuposto da ilicitude implica a prova da violação das *leges artis*, enquanto conjunto de regras técnicas de tratamento e intervenção, assim como de conveniência e idoneidade dos meios que, segundo a comunidade científica e académica, devem ser adotadas num caso concreto para o exercício da arte de curar»¹³¹.

Quid juris?

Não se põe em dúvida o acerto da orientação jurisprudencial seguida pelo STA, segundo a qual, «em matéria de responsabilidade no âmbito da prestação de cuidados de saúde, a observância das regras de ordem técnica e de prudência comum (a que se reporta o artigo 6.º do DL n.º 48 051) ou de deveres objectivos de cuidado (nos termos do actual n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007]) implica o cumprimento das exigências das *leges artis*, atentos os

¹²⁹ Na mesma linha destes dois arestos, já o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/11/1998** (Proc. n.º 038737; relator – MÁRIO TORRES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> – tinha entendido que: «Não integra acto ilícito, por pretensa violação do dever de vigilância, a não oposição à saída da mulher do autor do Serviço de Psiquiatria, se se apurou, em matéria de facto, que (i) o Serviço de Psiquiatria do Hospital de Santa Maria é um serviço em regime <de porta aberta>; (ii) no caso da mulher do autor não existia indicação expressa para a doente não deixar o Serviço; (iii) o tratamento de doenças do foro psiquiátrico através da detenção do doente no Serviço não é utilizado no Serviço de Psiquiatria do Hospital de Santa Maria por se obterem melhores resultados terapêuticos com o sistema de <porta aberta>, no qual é deixada uma ampla liberdade de movimentos ao doente; (iv) os médicos do Serviço consideraram ser desaconselhável restringir a liberdade de movimentos da mulher do autor; (v) no dia em que realizou a tentativa de suicídio, a mulher do autor vestira-se, arranjara-se, fizera uma análise ao sangue e tomara o pequeno almoço em aparente normalidade; (vi) esse comportamento não fazia prever a tentativa de suicídio; (vii) no dia anterior, a mulher do autor havia-lhe revelado as suas ideias de autodestruição, mas este só revelou ao Serviço de Psiquiatria essa conversa, que tivera com a mulher, depois de esta executar a tentativa de suicídio.».

¹³⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹³¹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

conhecimentos científicos então existentes, assim como de certos deveres específicos (v.g., o dever de utilizar a técnica adequada)»¹³².

Não obstante – segundo ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹³³ –, «a enunciação abstracta deste critério confronta-se, porém, com algumas dificuldades práticas, emergentes das específicas terapias a que alguns doentes psiquiátricos se encontrem sujeitos – algumas das quais pressupõem a criação de um ambiente de confiança, que se não compadece com uma vigilância muito apertada dos pacientes, sob pena de pôr em causa o próprio tratamento». «Da aplicação das *leges artis* pode, por isso, resultar que a concessão de uma maior liberdade de movimentos ao paciente (e, por conseguinte, uma vigilância mais aligeirada) se revele uma terapêutica mais apropriada»¹³⁴. Ainda assim, as dificuldades e complexidades que a questão suscita não ficam por aqui, «porquanto o problema de saber qual o tratamento mais adequado a um determinado doente (e, por conseguinte, qual o grau de vigilância exigido) depende também do diagnóstico da respectiva patologia; pode, pois, suceder que a ausência (ou a diminuição) da vigilância se deva a um erro de diagnóstico (i. e., as medidas de controlo adotadas eram as recomendadas pelas *leges artis* para um doente com o tipo de patologia diagnosticada, mas o paciente em causa carecia de uma terapêutica com medidas mais agressivas, na medida em que a doença de que padecia era [afinal] outra)»¹³⁵.

«Por isso, «a conciliação das considerações anteriores implica que, nestes casos, se torna necessário averiguar, designadamente pelo recurso à prova pericial: i) qual a patologia de que o doente sofre (em particular, se essa patologia envolve uma propensão para o suicídio; ii) qual o tipo de vigilância mais adequada para pacientes com aquela patologia, de acordo com as *leges artis*; iii) se o profissional de saúde e/ou o hospital observou todas as regras desse modelo de vigilância; e iv) se, à luz das boas práticas da medicina, o resultado danoso (o suicídio de um paciente que abandonou o hospital) constitui um risco pouco provável dos métodos de vigilância adotados para doentes com aquele tipo de patologia»¹³⁶. «Embora dogmaticamente cindíveis, «estas quatro questões encontram-se técnica e juridicamente imbrincadas, pelo que apenas a sua análise conjugada permitirá concluir pela verificação do pressuposto da ilicitude por incumprimento dos deveres de vigilância»¹³⁷.

De qualquer modo, sempre se imporá convocar para a resolução destes casos as **presunções legais de culpa**, em especial na *culpa in vigilando*.

É que, conquanto no âmbito do cit. DL. n.º 48 051 fosse, pelo menos, duvidosa a mobilização, no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, das presunções legais de culpa estabelecidas no Código Civil, entre a quais figura a presunção legal de culpa *in vigilando* prevista no artigo 491.º do Cód. Civil – sendo que alguma doutrina rejeitava a possibilidade de invocação daquelas presunções, com fundamento na circunstância de o legislador apenas recuperar o critério de culpa constante do artigo 487.º sem todavia remeter para aquelas

¹³² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹³³ *ibidem*.

¹³⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹³⁵ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹³⁶ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 46].

¹³⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 46].

normas, pelo que a natureza do direito administrativo como direito comum da função administrativa arredaria tal possibilidade, posição que não era, porém, a da jurisprudência administrativista, que, tirando a presunção estabelecida no n.º 2 do artigo 493.º do Cód. Civil (associada a actividades perigosas), admitia a convocação das restantes presunções, em nome do carácter não exaustivo do DL. n.º 48051, da não circunscrição da remissão do artigo 4.º deste diploma às normas expressamente referidas no preceito (artigos 487.º e 497.º do CC) e da necessidade de completar o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado com a disciplina jus-civilística, em tudo em que esta não colidia com aquele¹³⁸ –, o actual Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas, ao contrário do que sucedia com o cit. DL n.º 48051, contempla expressamente **duas hipóteses de presunções de culpa**, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007, a saber: **presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos** e **presunção de culpa leve sempre que tenha havido violação de deveres de vigilância**.

Ora, no domínio da **responsabilidade por prestação de cuidados de saúde**, sobretudo (mas não só) quando estão em causa **hospitais psiquiátricos** – nos quais se intensifica o dever de vigilância e segurança dos doentes (cfr. *supra*) –, releva sobretudo o n.º 3 do cit. artigo 10.º, ao dispor que: «*se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento dos deveres de vigilância*».

Segundo ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹³⁹, «a consagração de uma presunção de culpa, neste contexto, vem acolher algumas preocupações já reveladas pela doutrina, relacionadas com a circunstância de, tratando-se (pelo menos, em regra) de uma omissão, a Administração se encontrar em melhores condições que o lesado para provar os factos que afastam a culpa, detendo um certo “monopólio da prova”».

Embora esta presunção seja paralela à prevista no artigo 491.º do Cód. Civil, existe uma diferença fundamental entre esta última e a presunção de culpa do regime da responsabilidade dos poderes públicos, possuindo o cit. n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 um âmbito de aplicação mais largo que o do preceito civilítico: enquanto o artigo 491.º do CC «destina-se a proteger apenas os terceiros contra os danos causados pelos naturalmente incapazes sujeitos à vigilância (mas já não a tutelar tais incapazes relativamente a danos que estes causem a si próprios)», como o n.º 3 do cit. artigo 10.º não faz tal restrição, «as acções futuras em matéria de responsabilidade civil a decidir nos termos do RRCEE [Lei n.º 67/2007] devem considerar que a presunção de culpa in vigilando prevista neste diploma abrange também os danos causados a si própria pela pessoa sujeita à vigilância»¹⁴⁰.

Deste modo, «verificando-se um incumprimento do dever de vigilância [e, por conseguinte, uma omissão ilícita], o n.º 3 do artigo 10.º permite presumir a **culpa leve** do profissional de saúde; ao doente-lesado bastará a prova da existência do dever de vigilância, do dano e do nexo de causalidade»¹⁴¹.

¹³⁸ Cfr., neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 47].

¹³⁹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴⁰ Cfr., neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

¹⁴¹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

Tratando-se duma **presunção legal**, pode a mesma, nos termos gerais, ser **ilidida** mediante a **prova do contrário** (artigo 350.º, n.º 2, do Cód. Civil).

In casu, «o agente apenas conseguirá ilidir a presunção se comprovar que, por um lado, representou todos os riscos prováveis, assim como os riscos possíveis que, não se revelando fortuitos ou extraordinários, ainda seriam considerados por um profissional de saúde normalmente prudente; e que, por outro lado, diligenciou no sentido da prevenção dos riscos representados e ponderados»¹⁴².

Conciliando esta conclusão, o n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007] e a norma constante do artigo 491.º do Cód. Civil, «podemos concluir que a presunção de culpa ficará afastada quando:

a) **Não houve violação do dever de vigilância** – nesta situação, não está sequer cumprido o pressuposto subjacente à aplicação do n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE, que exige o incumprimento de deveres de vigilância (e, por conseguinte, a ilicitude) para o funcionamento da presunção de culpa aí prevista;

b) **Verificou-se uma violação do dever de vigilância, mas este incumprimento não foi culposo** – neste caso, a presunção fica afastada através da prova de que nenhuma culpa coube ao agente na situação concreta. Considere-se, v.g., que, não obstante o profissional de saúde se ter comportado com a diligência média exigida perante as circunstâncias do caso concreto, não conseguiu observar as regras de vigilância porque, nesse momento, ocorreu um motim de pacientes, não lhe sendo, por conseguinte, exigível outro comportamento»¹⁴³.

A mais destas duas soluções, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹⁴⁴ hipotiza ainda uma terceira, relativa aos casos em que existiu uma violação culposa do dever de vigilância mas os danos ter-se-iam produzido ainda que tal violação não houvesse ocorrido. Trata-se duma hipótese típica de relevância negativa da causa virtual, expressamente acolhida na parte final do artigo 491.º do Código Civil¹⁴⁵. A Autora exemplifica com a hipótese de o paciente ter ingerido, antes de dar entrada no hospital, uma dose letal de uma substância venenosa, comprovando-se que sempre morreria por suicídio, independentemente da fuga do estabelecimento de saúde.

É certo que – como a Autora logo antecipa – a doutrina civilística recusa, em princípio, a relevância negativa da causa virtual, salvo quando o próprio legislador expressamente o admite (como ocorre no cit. artigo 491.º), advogando, como tese geral, a irrelevância negativa¹⁴⁶. Por isso, «só se admitirá a relevância negativa da causa virtual se existir uma

¹⁴² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

¹⁴³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [pp. 48-49].

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁵ «As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, **salvo se mostrarem** que cumpriram o seu dever de vigilância ou **que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido**.»

¹⁴⁶ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA in “*Das Obrigações em geral*”, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, p. 931; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA in “*Direito das Obrigações*”, 11.ª ed., Coimbra, Abril de 2008, pp. 768-770 e LUÍS MENEZES LEITÃO in “*Direito das Obrigações*”, Vol. I, 3.ª ed., Janeiro de 2003, pp. 348-350. Na doutrina portuguesa, apenas PESSOA JORGE (in “*Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*”, Lisboa, 1968, pp. 417-418) se pronunciou

analogia entre a intencionalidade problemática subjacente ao artigo 491.º do Código Civil e a intencionalidade problemática subjacente aos casos de omissão do dever de vigilância da Administração»¹⁴⁷.

Segundo a Autora¹⁴⁸, «verifica-se, efectivamente, uma analogia entre os problemas normativos [suscitados] quando a responsabilidade dos poderes públicos se reporta a danos causados a terceiros pelo vigilando: apenas nesta hipótese, está em causa a produção de danos indirectamente causados pelo responsável (aquele sobre o qual impende o dever de vigilância), pelo que a relevância negativa surge justificada pela compensação do agravamento da posição do obrigado a indemnizar». Assim sendo, «pelo menos quando estiver em causa uma situação de danos causados a terceiros por pessoa sujeita à vigilância, o obrigado a este dever poderá eximir-se da responsabilidade, invocando que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse cumprido – aplicando o disposto na parte final do artigo 491.º do Código Civil, por força da remissão para “os princípios gerais da responsabilidade civil” (constante do n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007]) ou por analogia»¹⁴⁹.

Dito isto, a mesma Autora considera que o caso em apreço (suicídio de doentes internados em hospital psiquiátrico por violação do dever de vigilância a cargo do estabelecimento de saúde público envolvido) justifica a mobilização do instituto da **culpa do serviço** ou – na terminologia da Lei n.º 67/2007 – do **funcionamento anormal do serviço**.

É que «a determinação da verificação do pressuposto da culpa do agente em acções de responsabilidade administrativa anuncia-se sempre como particularmente complexa»¹⁵⁰. E «os problemas agudizam-se na responsabilidade por danos decorrentes da prestação de cuidados de saúde nas hipóteses em que não existe a possibilidade de emitir juízos de censura ético-jurídicos relativamente a sujeitos determinados ou determináveis»¹⁵¹. «Neste horizonte, o apelo à ideia de culpa do serviço [faute du servisse] ou de funcionamento anormal do serviço permite acentuar uma realidade específica, a saber, a afirmação da responsabilidade (e, conseqüentemente, a ampliação das hipóteses de responsabilização) sempre que ou não se consiga apurar qual o agente responsável pela comissão do facto danoso (culpa anónima), ou tal facto não decorra da conduta censurável de um agente determinado, mas resulte de um deficiente funcionamento do serviço (culpa colectiva)»¹⁵². «Nestas situações, imputa-se subjectivamente o facto danoso ao responsável pelo funcionamento do serviço (a pessoa colectiva pública ou privada em causa), sendo tratado como um caso de responsabilidade exclusiva das pessoas colectivas»¹⁵³.

a favor da **aplicação genérica da relevância negativa da causa virtual**, considerando ser ela a solução lógica em consequência da posição por si propugnada de atribuição sistemática da indemnização com base na teoria da diferença e que a função reparatória é a função primordial da responsabilidade civil, pelo que não deve a prossecução de funções acessórias impedir a consagração da relevância negativa da acusa virtual. Porém, tirando este Autor, todos os outros se orientaram no sentido da consideração como regra geral da **irrelevância negativa da causa virtual**.

¹⁴⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁵⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁵¹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁵² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [pp. 49-50].

¹⁵³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 50].

vi) Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente:

A jurisprudência dos Tribunais Administrativos tem secundado, uniformemente, a orientação (adoptada pela jurisprudência dos tribunais comuns, *maxime* pelo Supremo Tribunal de Justiça) segundo a qual **a responsabilidade civil extracontratual** pressupõe, a par da **ilicitude** e da **culpa**, o **nexo de causalidade entre a acção ou omissão imputada ao agente e o resultado danoso verificado**, só ocorrendo tal pressuposto se este constituir uma consequência normal, típica, provável daquelas, pelo que, se o demandante não lograr fazer prova deste pressuposto – cujo ónus lhe pertence (nos termos do artigo 342.º-1 do Código Civil) –, a acção improcede.

Nesta linha se situa, entre muitos outros, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11/03/2010** (Processo n.º 0191/09; Relator – FREITAS CARVALHO) – acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>:

«I – Constituindo um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, a par da ilicitude e da culpa, o nexo de causalidade adequada entre a acção ou omissão imputada ao agente e o resultado danoso verificado, só ocorrendo tal pressuposto se este constituir uma consequência normal, típica, provável daquelas.

II – Não tendo o Autor, como lhe competia (artigo 342.º do C.Civil) feito prova de tal pressuposto, a acção improcede.»

Dentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/02/2002** (Processo n.º 047809; Relator – SIMÕES DE OLIVEIRA) – também acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que:

«**A meningococemia fulminante, diagnosticada às 8H00 desse dia e que foi causa da morte da menor pelas 10H30, é uma doença muito grave e de evolução extremamente rápida, mas que ainda assim permite uma taxa de sobrevivência da ordem dos 60 a 70%, pelo que é preciso estabelecer o nexo causal entre aquela omissão e o resultado produzido – o que equivale a determinar se uma vigilância e observação médica durante aquele período de tempo podia ter evitado a morte da menor**», pelo que, «Se essa matéria foi alegada pelos AA. mas não foi levada à base instrutória, impõe-se a anulação do julgamento para ampliação da matéria de facto (artigo 712.º, n.º 4, do C.P.C.).»

Ainda na mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/05/2012** (Processo n.º 0576/10; relator – ADÉRITO SANTOS) – acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que:

– Por falta deste último pressuposto da obrigação de indemnizar [nexo de causalidade entre este e o dano], **deve ser julgada improcedente acção de responsabilidade civil extracontratual, proposta contra estabelecimento hospitalar, por danos sofridos pelos autores durante e após parto aí ocorrido, se estes não lograram fazer prova de que a conduta dos agentes do réu, durante esse parto, foi causa daqueles danos.**

a) Critério de aferição da existência (ou não) de Nexo de Causalidade

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo reafirma, sistematicamente, a orientação – também perfilhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – segundo a qual o **artigo 563.º do Código Civil consagra a teoria da causalidade adequada**, devendo adoptar-se a sua formulação negativa correspondente aos ensinamentos de ENNECERUS-LEHMANN, segundo a qual **uma condição do dano deixará de ser considerada causa dele sempre que seja de todo indiferente para a produção do dano e só se tenha tornado condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias**. Nesta formulação, para que haja causalidade adequada, não é necessário que o facto, só por si, sem a colaboração de outros, tenha produzido o dano, nada obstando a que ele seja apenas uma das condições desse dano: cfr., a título exemplificativo, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13/03/2012** (Processo n.º 0477/11; Relator – POLÍBIO HENRIQUES), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

O **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/5/2010** (Proc. n.º 0793/09; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt/jsta – introduziu **uma precisão importante**, em matéria de **nexo de causalidade**, ao entender que:

«Havendo violação de disposições legais de protecção (ou das *legis artis*) ocorre uma inversão do ónus da prova, desde que o resultado possa ser visto como um dos perigos a evitar com o cumprimento de tais regras. Com efeito, se através da violação das “*legis artis*” é aumentado o risco de dano, vindo a ocorrer uma lesão localizada no “círculo de perigos” que a *legis artis* violada pretende evitar, deve impor-se ao infractor a prova de que o dano se verificou independentemente da lesão (SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica, Direito e Bioética*, págs. 148 e seguintes [pág. 150]). Ou seja o lesado deve provar factos de onde resulte que o resultado foi causado pelo acto anestésico e que esse resultado se localiza no âmbito dos perigos que o escrupuloso cumprimento das *legis artis* pretende evitar. O lesante para afastar o nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado deve provar que, tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as *legis artis*.»

Ora,

«No caso dos autos é indubitável que: (i) que o resultado (paraplegia) do autor foi causado pelo acto anestésico; (ii) o resultado (paraplegia) é um dos perigos que uma anestesia através da técnica epidural adequadamente feita se destina a evitar; (iii) as vicissitudes do acto anestésico (perfuração da *dura mater*, repetição por três vezes da infiltração no mesmo local e dose elevada do químico) e o juízo pericial considerando que seria prudente a mudança de local, mostram ter havido violação do dever objectivo de cuidado (*legis artis*).»

Assim, a esta luz, temos que, uma vez demonstrado que o dano se localiza no âmbito dos perigos que uma conduta de acordo com as “*legis artis*” pretende evitar, para o réu afastar o nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado deveria ter provar que tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as *legis artis*.

Não sendo feita essa prova (por parte do hospital réu), os factos assentes são bastantes para imputar aos serviços do réu a lesão sofrida pelo autor, na medida em que (i) está provado o resultado, (ii) está provado que o resultado foi causado pelo acto anestésico, (iii) está provado que o acto anestésico não foi prudente e (iii) não foi feita a prova de que esse resultado, com toda a certeza, pudesse ter outra causa, isto é, que teria ocorrido mesmo que o acto anestésico tivesse sido prudentemente praticado.

Daí que, no caso em apreço, o STA tenha concluído que:

«I – Para que seja imputável ao réu a lesão sofrida pelo autor (paraplégia) após um acto anestésico (epidural) o lesado (autor) deve provar os factos de onde resulte que aquele resultado foi causado pelo acto anestésico, que houve violação das "legis artis" e que o referido resultado se localiza no âmbito dos perigos que escrupuloso cumprimento das legis artis pretende evitar.

II – Feita essa prova o réu só não responderá civilmente se, não obstante, provar que tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as "legis artis".»

b) Casos em que os Tribunais Administrativos consideraram verificado o pressuposto do Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos nos hospitais públicos e os danos sofridos pelo paciente:

– Ainda que, **ocorrida uma torção do testículo, o Autor tivesse sempre de realizar uma intervenção cirúrgica para debelar o mal, existe nexos de causalidade adequada entre o comportamento ilícito e culposos do médico que o assistiu num hospital público – o qual não procurou, de imediato, conforme se impunha (a intervenção tem de ser realizada no espaço de 6 a 8 horas, após a ocorrência da torção), uma certeza quanto ao diagnóstico, mediante o recurso a meios instrumentais de diagnóstico (como o Eco-poppler), ou à exploração cirúrgica imediata, em face dos resultados irremediáveis caso se tratasse de uma torção –, e a despesa subsequentemente realizada com a intervenção num hospital privado (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/05/2005 [Processo n.º 0855/04; Relatora – ANGELINA DOMINGUES], acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);**

– **Existe nexos de causalidade entre a omissão de vigilância de uma criança e a morte da mesma, por meningococemia fulminante, no seguinte quadro essencial:**

– Entra no Hospital Réu, de Famalicão, pelas 02h - 03h;

– Face ao quadro febril que apresenta é determinado que permaneça no respectivo serviço de urgência, apenas lhe sendo fornecida medicação para atenuar a febre;

– Entre as 04h e as 08h não é sujeita a nenhum acompanhamento médico;

– Pelas 05h aparecem lesões difusas tipo manchas azuladas, com formas e contornos irregulares ao longo do corpo da doente, sintomatológicas dum hipotético quadro de meningococemia;

– Em todo aquele período não é diagnosticado nem efectuado qualquer tratamento para a meningococemia;

– Vem a ser transferida para o Hospital de S. João no Porto, onde chega pelas 10 horas e falece pelas 11h30;

– O Conselho Médico-Legal considera que se impunha ter-se realizado uma punção lombar, hemoculturas, etc, e instituir em seguida uma terapêutica adequada, que no Hospital Réu a doente foi vigiada tempo excessivo e que a doente deveria ter sido enviada mais cedo para o Hospital de São João (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006** [Processo n.º 0137/05; Relator – ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **A demora na assistência, na realização de exames complementares de diagnóstico e na administração da medicação aconselhada são de considerar causais da morte, pois que, a meningite, embora sendo uma situação clínica grave, potencialmente letal, não é sempre geradora da morte dos pacientes, sendo, desde que atempada e devidamente tratada, estatisticamente curável entre 90% a 95% dos casos, pelo que é fortemente provável que, se a criança tivesse sido tratada devidamente, não teria ocorrido a sua morte.** E, assim sendo, as referenciadas condutas não são de considerar indiferentes na produção do dano, pelo que é de considerar verificado o nexo de causalidade entre as condutas ilícitas e culposas *supra* referenciadas e a morte dessa criança (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/04/2012** [Processo n.º 0798/11; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **Existe esse nexo de causalidade entre a indução de dióxido de carbono em quantidade excessiva (em vez de protóxido de azoto) à vítima, na cirurgia a que foi submetida – da qual resultou como consequência direta, necessária e adequada choque anestésico com paragem cardíaca, seguido de edema cerebral, este consequência da ação direta tóxica do dióxido de carbono sobre as células e fluxo sanguíneo cerebral e de asfixia, resultante da paragem cardíaca que a deixou em Estado de coma com sinais de sofrimento grave no sistema nervoso central – e a morte cerca de 7 dias após, sempre em situação de internamento hospitalar** (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/03/2015** [Processo n.º 01932/13; relatora – ANA PAULA PORTELA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

c) Casos em que, diversamente, os Tribunais Administrativos consideraram não provado o pressuposto do Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos nos hospitais públicos e os danos sofridos pelo paciente:

– **Não é** decisivamente integrador de negligência assistencial, nem **causal relativamente à asfixia neonatal de que resultaram graves lesões cerebrais e, mais tarde, a morte da criança por paragem cardíaca, o atraso de cerca de 15 minutos em chamar a médica obstetra de serviço de prevenção, se ao ser detectada uma bradicárdia fetal as enfermeiras chamaram prontamente uma médica pediatra que estava no hospital e havia sinais de recuperação da bradicárdia, normalizando após as contracções**, sendo certo que esse tempo seria à mesma consumido na preparação de uma cesariana, se a dita médica estivesse perto da parturiente (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/02/2003** [Processo n.º 0648/02; Relator – J SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– Também **não se pode concluir pela existência de omissão negligente e respectiva ligação causal àquele resultado por a doente não ter sido monitorizada pelo cardiocógrafa (CTG/RCT), se o feto foi sendo controlado pelo método PINAR (pelo qual foi detectada a bradicárdia), se o aparelho tinha sido anteriormente retirado dela para o ligar a outra doente (decisão médica cuja bondade não vem questionada), e se dá também como provado que aquela pode ter outras causas pré-natais**, ficando assim por demonstrar que com a maior probabilidade aquele tipo de monitorização teria podido evitar tais consequências (cit. **Acórdão do S.T.A. de 5/02/2003**);

– **Não se tendo provado que foi a aplicação de calor húmido que provocou queimaduras e que estas tenham sido a causa (possível) de lesões necróticas que implicaram a amputação parcial da extremidade distal da 3.ª falange dos 3.º e 4.º dedos da mão direita; Provando-se, pelo contrário, que tal amputação era uma consequência possível de um corte no punho – secção total dos aparelhos flexor superficial e flexor profundo pequeno dos últimos 4 dedos e dos tendões dos pequenos e grande palmar e secção total dos nervos mediano e cubital, correspondendo ao que se costuma chamar por "amputação fisiológica da mão"; Não é possível imputar a referida amputação à aplicação de calor húmido, ou aos tratamentos e cuidados médicos da lesão inicial sofrida pelo autor (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/02/2004** [Processo n.º 01830/02; Relator – SÃO PEDRO]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

– **Não há nexos causal entre o atraso na marcação de uma cirurgia oftalmológica e a cegueira sofrida pelo autor se ficou provado que esta patologia adveio de um descolamento da retina não relacionável com esse atraso (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/03/2012** [Processo n.º 08/12; Relator – MADEIRA SANTOS]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

vii) O Ónus da Prova nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil extracontratual por danos decorrentes de actos ou omissões praticados em Hospitais Públicos

Uma vez assente que a **responsabilidade civil** em que incorrem os **hospitais públicos** (em sentido lato) – e porventura também os respectivos **funcionários** ou **agentes** (o que – como vimos – apenas ocorre em caso de dolo ou culpa grave) – pelos **danos decorrentes das acções ou omissões neles praticadas**, é exclusivamente de **natureza extra-contratual**, não se

dividindo nenhuma hipótese de o utente poder responsabilizar um hospital público a título (meramente) de **responsabilidade contratual**, «escusado será dizer que é sobre o lesado que recai o ónus da prova dos factos constitutivos da sua pretensão indemnizatória»¹⁵⁴.

Consequentemente, é consensual o entendimento segundo qual, tratando-se de **responsabilidade extracontratual**, «o paciente lesado tem o ónus de provar (1) uma violação dos [seus] direitos absolutos/direito de personalidade (integridade física, vida, autodeterminação dos cuidados de saúde) por parte do médico ou de um órgão, representante ou auxiliar da entidade prestadora de cuidados de saúde; (2) a culpa do réu (dos seus órgãos ou auxiliares) e (3) o nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e o dano sofrido e (4) esses mesmos danos»¹⁵⁵.

Na **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo**, o **Acórdão de 14/04/2005** (Proc. n.º 0677/03; Relator – FREITAS CARVALHO) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – não teve dúvidas em considerar que, «*Nas acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – artigo 342.º, n.º1, C. Civil – de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização, salvo caso de presunção legal – artigo 344.º n.º 1, C. Civil – ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado – artigo 344.º, n.º 2 C. Civil.*», refutando, assim, a tese dos Autores/Recorrentes segundo a qual, conquanto seja de natureza extra-contratual a responsabilidade civil resultante de actos médicos praticados em hospitais públicos, como é «*difícil a prova da negligência médica porque de um lado está um especialista (o médico) e do outro um não especialista (o doente), é preferível a tese a presunção da culpa por parte dos titulares dos órgãos da administração, seus funcionários ou agentes*», sendo que, também quanto ao nexo de causalidade, não repugnaria aceitar que, «*dada tal dificuldade, recaia sobre o médico o ónus da prova do nexo de causalidade por ele estar em melhores condições para alegar e demonstrar que utilizou todos os processos necessários à prestação dos melhores cuidados possíveis e à utilização das melhores técnicas (leges artis)*».

Porque «é sempre tarefa delicada e difícil decidir se a realização de determinado acto médico foi a mais correcta e a mais adequada às circunstâncias do caso concreto ou se, pelo contrário, a mesma violou as regras de ordem técnica e de prudência comum que lhe deviam presidir, pois que não se tratando de uma operação matemática e, portanto, de uma operação em que o diagnóstico e tratamento só pudesse ser um único, os resultados desse acto dependem muitas vezes de variáveis nem sempre antecipadamente conhecidas ou controláveis», «exige-se que numa acção deste tipo se articule e, depois, se prove por que razão se considera que a assistência médica ministrada não foi a mais adequada e porque é que foi a mesma a provocar os danos pedidos, e isto porque o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas de que o Autor se queixa.» – **Acórdão do Supremo**

¹⁵⁴ MARGARIDA CORTEZ in “*Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde*”, publicado na obra colectiva intitulada “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra, 2005, pp. 257-273 [p. 266].

¹⁵⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, p. 777.

Tribunal Administrativo de 6/06/2007 (Proc. n.º 021/07; relator – COSTA REIS) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

Dito isto, embora o **regime-regra** seja o de que, nas acções a instaurar perante os Tribunais Administrativos, destinadas a efectivar a responsabilidade civil extracontratual dos Hospitais Públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde, é sobre o paciente/lesado que recai o ónus de alegar e provar todos os pressupostos de que depende a existência responsabilidade civil do Estado e dos demais Entes Públicos – nomeadamente, a **ilicitude** (consubstanciada na **infracção de regras de ordem técnica** ou **deveres objectivos de cuidado**), a **culpa** dos profissionais de saúde (aferida pelo critério da diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor, isto é, respeitador das *leges artis* que lhe sejam aplicáveis) e o **nexo de causalidade adequada** entre os actos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente –, não está excluído que a favor do paciente/lesado possam funcionar **presunções legais de culpa** a cargo do estabelecimento de saúde em causa, nomeadamente as previstas nos artigos 491.º e 493.º, n.º 2, do Código Civil e no artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, caso em que recairá sobre o hospital público demandado o **ónus de as ilidir** (nos termos do artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil).

B.I. A actividade médica privada

I) Responsabilidade contratual *versus* Responsabilidade extracontratual

Enquanto a **responsabilidade contratual** se funda no incumprimento *tout court* ou no cumprimento defeituoso dum obrigação emergente dum contrato previamente existente entre credor e devedor, a **responsabilidade extracontratual** funda-se na violação de direitos subjectivos absolutos do lesado.

Embora, em princípio, os **deveres de conduta** a que o médico está sujeito sejam sensivelmente os mesmos, interceda ou não uma relação contratual entre ele e o doente¹⁵⁶, o regime jurídico da responsabilidade contratual mostra-se mais favorável ao paciente/credor e mais desfavorável ao médico/devedor do que o regime da responsabilidade extra-contratual.

Assim:

a) No plano do **ónus da prova**, enquanto, na responsabilidade contratual, se presume a culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil), incumbindo a este ilidir tal presunção, mediante a prova de que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, ao invés, na responsabilidade delitual ou extracontratual, é ao lesado que incumbe fazer

¹⁵⁶ Cfr., no sentido de que «Os deveres de conduta de preservação da saúde e da vida adstritos aos médicos encontram-se presentes quer no âmbito de uma relação contratual directa com o paciente, quer no domínio de uma relação em que a prestação de cuidados médicos se faz por médico unicamente vinculado perante a instituição privada de saúde. Em ambos os casos, o incumprimento desses deveres ou o seu cumprimento defeituoso é fonte de responsabilidade (contratual ou extracontratual) do médico», o Acórdão da Relação de Lisboa de 22/03/2007 (Processo n.º 5177/2006-2; Relator – NETO NEVES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>.

prova da culpa do lesante, salvo havendo presunção legal de culpa (artigo 487.º, n.º 2, do mesmo diploma);

b) Em termos de **prescrição**, o regime vigente, em sede de responsabilidade contratual, é mais favorável ao lesado, na medida em que o prazo aqui aplicável é de 20 (vinte) anos (artigo 309.º do Cód. Civil), enquanto, na responsabilidade extracontratual, o direito de indemnização do lesado prescreve decorridos três anos a contar da data em que ele teve conhecimento do seu direito (artigo 498.º, n.º 1, do mesmo Código), salvo se o facto ilícito constituir simultaneamente um crime e este se encontrar sujeito a um prazo de prescrição mais longo, caso em que será esse o prazo aplicável ao direito de indemnização do lesado (cfr. o n.º 2 do mesmo artigo 498.º).

Uma das poucas áreas em que a responsabilidade extracontratual se pode revelar mais favorável ao credor do que a responsabilidade contratual respeita à **ressarcibilidade de danos não patrimoniais** (*quantum doloris*, dano estético, dano de afirmação pessoal), que não sofre discussão no campo da responsabilidade delitual (cfr. o artigo 496.º do Cód. Civil), sendo, pelo contrário, sujeita a alguma controvérsia em matéria de responsabilidade contratual, se bem que a doutrina dominante se pronuncie favoravelmente ao ressarcimento deste tipo de danos também neste segmento da responsabilidade¹⁵⁷.

Outra **diferença de regime entre a responsabilidade contratual e a extracontratual** está na possibilidade – expressamente prevista apenas na segunda – de o tribunal arbitrar uma indemnização equitativa de montante inferior ao montante efectivo dos danos (cfr. o artigo 494.º do Cód. Civil), eventualidade que a lei não contempla em sede de responsabilidade contratual.

Finalmente, também existem **diferenças de regime** entre as duas formas de responsabilidade, no que respeita à **responsabilidade por actos de auxiliares**: enquanto, na responsabilidade extracontratual, o artigo 500.º do Cód. Civil exige que exista uma **relação de comissão** (consubstanciada no poder do comitente de dar ordens ou instruções ao comissário) para que o médico possa ser responsabilizado pelos actos das pessoas que ele incumbe de realizar uma tarefa, **carecendo o lesado de fazer prova da culpa do comissário, da existência da aludida relação de comissão e ainda de que o acto ilícito foi praticado no exercício das funções de comissão**, diversamente, na responsabilidade contratual, não é necessária essa relação de dependência, bastando que exista um vínculo contratual entre o médico e os seus representantes ou auxiliares (artigo 800.º do Cód. Civil), de sorte que o lesado apenas tem de fazer prova da culpa destes últimos.

¹⁵⁷ Os dois principais **argumentos** invocados pelos sequazes da tese favorável à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, em sede de responsabilidade contratual, são, por um lado, a crescente aproximação de regimes entre ambas as formas de responsabilidade e, por outro lado, o facto de o cit. artigo 496.º do Código Civil não restringir expressamente a sua aplicação à responsabilidade delitual. Na jurisprudência mais recente, também prevalece o entendimento segundo o qual são igualmente ressarcíveis os danos de natureza não patrimonial emergentes da violação de obrigações contratuais: cfr., neste sentido, nomeadamente, o Acórdão do STJ de 22/06/2005 (Proc. n.º 05B1526) e o Acórdão do STJ de 24/06/2010 (Proc. n.º 535/07.4TVLSB.L1.S1; Relator: PEREIRA DA SILVA) – ambos acessíveis on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf>.

Em ambas as situações, porém, **o médico só responde perante o paciente se os membros da equipa de que ele faz parte tiverem agido com culpa, haja ou não culpa da sua parte**. Todavia, há casos em que nos deparamos com uma conduta culposa do comitente, que se manifesta nas instruções por ele dadas ao comissário, ou na escolha das pessoas que integram a equipa ou na forma como ele (comitente) fiscaliza (ou não) o desempenho do(s) comissário(s).

B.II. Natureza (contratual ou extra-contratual) da responsabilidade civil médica

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS¹⁵⁸, «é hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual»¹⁵⁹. «Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso»¹⁶⁰.

«Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual»¹⁶¹. «Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta»¹⁶². «Tal factualidade é, por si só, bastante para que possa dizer-se, com toda a segurança, que estamos aqui em face dum contrato consensual pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades»¹⁶³.

Também para ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR¹⁶⁴, «dúvidas não restam que juridicamente [a relação médico-doente] haverá de enquadrar-se na figura conceitual de contrato – negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na comum pretensão de produzir resultado unitário, embora com um significado para cada parte».

«Com efeito, verificam-se aqui todos os seus elementos: de um lado a manifestação da vontade do doente no sentido de ser observado e tratado pelo médico, e de outro, a aceitação por este desse encargo, comprometendo-se a desenvolver a actividade idónea para atingir essa mesma finalidade convergente»¹⁶⁵. «O médico (ou o estabelecimento organizado sob forma comercial para a prestação de assistência, a clínica) aceita prestar ao doente a assistência de que necessite, mediante acordo, pagando este, de seu lado, a retribuição que for devida – muito embora este pagamento não seja elemento essencial»^{166 167}.

¹⁵⁸ In “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1996, pp. 221-222.

¹⁵⁹ Cfr., também no sentido de que «as relações mais comuns entre médico e doente assumem precisamente **natureza contratual**», ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR (“*A responsabilidade civil do médico*”, in *Colect. de Jurisprudência*, ano III, 1978, p. 341).

¹⁶⁰ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ In “*A Responsabilidade...*” cit., loc. cit.

¹⁶⁵ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*.

¹⁶⁶ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*.

¹⁶⁷ «O médico desenvolverá, assim, uma actividade positiva e o doente, por seu lado, compromete-se a aceitar e a seguir o plano de tratamento e cuidados traçado pelo médico» (*ibidem*). «Concomitantemente o doente pode

A **relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade civil dos médicos** sustentava-se – segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁶⁸ – nos seguintes **preconceitos**:

«– Os direitos e deveres dos médicos resultam apenas da lei e de normas deontológicas;

– A vida e saúde humanas não podem ser objecto de negócios;

– As *operae liberales* não podem, segundo a tradição, ser objecto de relações jurídicas, por representarem a expressão máxima da liberdade dos que as exercem;

– O exercício das profissões liberais é gratuito por natureza; os “honorários” não significariam pagamento, mas um modo de “honrar” e agradecer».

Plausivelmente, «a tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade civil médica estava [antes] ligada a uma certa repugnância em aceitar que o médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não alcançasse as metas que as expectativas do agente haviam subjectivamente fixado»¹⁶⁹. «Com efeito, dispondo os diversos sistemas jurídicos que “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”¹⁷⁰, facilmente se compreende a delicadeza de posição – sob o ponto de vista processual – em que o médico ficaria colocado, vendo-se sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor, passaria a recair»¹⁷¹.

Todavia, esse problema viria a ser superado com a posterior adopção da distinção entre **obrigações de meios e obrigações de resultados**¹⁷². Segundo DEMOGUE¹⁷³, «a obrigação que pode recair sobre um devedor não é sempre da mesma natureza». «Pode ser uma obrigação de resultado ou uma obrigação de meios (...)»¹⁷⁴. «Ao invés de prometer-se um resultado, pode ser-se obrigado legal ou convencionalmente a tomar certas medidas que por via de regra são de molde a conduzir a um certo resultado (...)»¹⁷⁵.

Ora, «bem se compreende que o ónus da prova da culpa funcione em termos diversos num e noutro tipo de situação, pois que enquanto no primeiro caso a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este todavia provar o contrário), no segundo tipo de situações caberá ao credor fazer a demonstração em juízo que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a

assumir o encargo de pagar e o médico adquirir o direito de receber determinada prestação pecuniária a título de honorários, muito embora, como se disse, este elemento não seja essencial ao conteúdo do contrato» (*ibidem*).

¹⁶⁸ In “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 80.

¹⁶⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 223).

¹⁷⁰ Regra que também vigora entre nós, estando consagrada no artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² A. e ob. cit., p. 224.

¹⁷³ *Apud* JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 224, nota 8).

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

produção do resultado almejado»¹⁷⁶. Efectivamente, segundo JOÃO ÁLVARO DIAS¹⁷⁷, «admitir solução diversa, isto é, fazer recair sobre o devedor (*v.g.*, o médico) a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta (*v.g.*, *leges artis*) abstractamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (a cura, *p. ex.*), equivaleria a uma quase autêntica impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida».

A **regra** é, portanto, a da **natureza contratual** da responsabilidade médica.

Casos há, porém, «em que a actuação ilícita do médico, causadora de resultados danosos para o doente, pode configurar uma situação de responsabilidade extracontratual»¹⁷⁸.

«Assim, *p. ex.*, no caso de um médico prestar assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não conhece ou, de todo, não pode contactar»^{179 180}.

E «o mesmo se diga daquelas situações em que o médico que pratica certo *facto lesivo* é agente de um serviço público (caso não se aceite a natureza contratual da responsabilidade das instituições e serviços públicos de saúde) ou daquelas outras em que determinada actuação médica, por força da ilicitude do acto e da culpa do agente, configura determinado tipo legal de crime (*v.g.*, ofensas corporais, homicídio negligente, prática ilegal de aborto, revelação de siligo profissional)»¹⁸¹.

«Isto para já não falar dos casos em que o contrato médico é nulo por ilicitude do objecto (*v.g.*, uma intervenção experimental extremamente arriscada sem fim curativo) ou de certas situações de responsabilidade dos médicos perante terceiros¹⁸² (*v.g.*, emissão de um atestado que não corresponde à verdade¹⁸³) ou, por fim, de todas aquelas situações em que os danos

¹⁷⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 225).

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 226).

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 226 nota 13), «duas situações tipo podem ocorrer: a primeira é a de o médico se deparar face a um doente por força de circunstâncias puramente fortuitas (*v.g.*, ocorrência de um acidente, qualquer que ele seja, no local onde o médico se encontrava); a segunda diz respeito àqueles casos em que é uma terceira pessoa que chama o médico para assistir o inconsciente ou o incapaz», sendo que, «consoante os casos, assim o tratamento jurídico será diferente». «No primeiro caso, recai sobre o médico um verdadeiro dever legal e deontológico de assistência à pessoa que se encontra em perigo, sendo tal omissão passível de procedimento criminal» (*ibidem*). (...) «No caso de ser uma terceira pessoa a alertar o médico para cuidar de quem se encontra em estado de inconsciência ou é incapaz poder-se-ia figurar a actuação desse terceiro como uma verdadeira gestão de negócios, que o próprio doente poderá ou não vir a ratificar» (*ibidem*). «Isto, claro está, na medida em que o terceiro tenha excedido o próprio dever legal que sobre ele também recai de prestar assistência ao doente suscitando a intervenção de uma pessoa qualificada (o médico)» (*ibidem*). «Na limitada medida, porém, em que possa falar-se aqui de uma situação de gestão de negócios, teremos que a responsabilidade do médico será contratual se a gestão for ratificada pelo paciente» (*ibidem*). «Em todos os outros casos (actuação por força de um dever legal ou não ratificação pelo doente) estaremos em face de uma responsabilidade de natureza delitual» (*ibidem*).

¹⁸¹ A. e ob. cit., pp. 226 *in fine* a 228.

¹⁸² Cfr., também no sentido de que «o médico apenas poderá ser extracontratualmente responsabilizado» «em todos aqueles casos em que, mesmo existindo contrato com o doente, da conduta ilícita e culposa do médico resultem danos para terceiros», ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR (*in "A responsabilidade..." cit.*, p. 345). De facto, «estes, como tal, não são partes naquele contrato e daí que só possam ser ressarcidos dos danos eventualmente sofridos, fazendo apelo às regras da responsabilidade extracontratual» (*ibidem*).

¹⁸³ Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR (*in "A responsabilidade..." cit.*, p. 345), «estão neste caso os terceiros a que se referem os artigos 495.º e 496.º do Cód. Civil – designadamente os referidos no artigo 495.º, n.º 3, os que poderiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem este os prestava no cumprimento de uma obrigação natural –

provocados pelo médico no decurso do tratamento nenhuma conexão funcional têm com ele (v.g., destruição dum quadro provocada pela explosão de uma mistura inflamável manipulada pelo médico, subtracção de valores aquando de uma visita ao domicílio)¹⁸⁴.

Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR¹⁸⁵, «também, e em relação ao [próprio] doente, o médico apenas pode ser responsabilizado extracontratualmente, se a sua actuação, violadora dos direitos do doente e culposa, se processou à margem de qualquer acordo existente entre ambos, o que acontecerá em todos os casos em que o médico actue em situações de urgência que não permitem qualquer hipótese de obter o consentimento, o acordo do doente»^{186 187}.

Também para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁸⁸, «a responsabilidade delitual constitui meio exclusivo, quando contrato não haja, e concorre com a responsabilidade contratual, quando o médico viola um direito subjectivo absoluto incidente sobre a vida ou a saúde do paciente». Porém, «a violação de outros direitos, designadamente de natureza patrimonial, só é ressarcível em sede contratual»¹⁸⁹.

e os familiares referidos no artigo 496.º, titulares de um direito a indemnização por danos não patrimoniais». «Mas, já diversamente, os familiares do doente que, em caso de morte deste, pretendam, como seus sucessores, a reparação dos danos sofridos por ele em consequência da conduta do médico violadora do contrato, podem socorrer-se dos princípios próprios da responsabilidade contratual» (*ibidem*).

¹⁸⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS *in ob. cit.*, p. 228.

¹⁸⁵ *In* “A responsabilidade civil...” *cit.*, p. 345.

¹⁸⁶ Para este autor, «diferente é a situação em que, apesar da urgência da actuação do médico e da falta de acordo do próprio doente, porque não está em condições de o manifestar, aquele actua, incumbido por parentes ou amigos próximos do doente, que em nome deste contratam com o médico» (*loc. cit.*, nota 35). «Neste caso, a falta de prestação de cuidados gerará responsabilidade contratual» (*ibidem*).

¹⁸⁷ Ao contrário de MOITINHO DE ALMEIDA – que qualifica esta situação como **gestão de negócios**, daí fazendo derivar as consequências respectvas em matéria de responsabilidade, porquanto considera que, em tais casos, o médico «actua para proteger a vida de terceiros sem que para tal se encontre autorizado» –, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR sustenta não ser «necessário, nem mesmo muito adequado recorrer a esta qualificação» (*ibidem*). «Desde logo porque, contrariamente às hipóteses de gestão de negócios, não se verifica com a intervenção do médico a assunção da direcção de qualquer negócio alheio» (*ibidem*). «Muito diversamente, assume o médico, por via de uma imperiosa determinação legal, imediata e directamente, uma tarefa própria da sua função, e é o cumprimento do dever imposto que preside à sua actuação» (*ibidem*). «Portanto, é por via desse dever legal, e no seu cumprimento, de que se não pode libertar sem sanção, que o médico intervém e não (ou não directamente) no interesse e por conta do doente – muito embora este possa, como reflexo da actuação imposta ao médico, colher os seus benefícios» (*ibidem*). «Como a gestão de negócios, na sua noção legal (artigo 464.º do Cód. Civil) e doutrinal pressupõe a intervenção espontânea, não autorizada, em princípio mesmo ilícita, pois constitui uma intromissão na esfera jurídica alheia, não pode constituir gestão a intervenção do médico, que lhe é imposta por lei, em que ele tem a obrigação legal de praticar todos os actos exigíveis e possíveis em relação a um doente em perigo» (*ibidem*). «Este dever geral imposto ao médico corporiza-se em forma de lei no artigo 66.º do EOM [Estatuto da Ordem dos Médicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956, cujo capítulo IV – artigos 66.º a 113.º – se considera ainda em vigor, apesar da revogação daquele diploma pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, visto que, muito embora o artigo 2.º deste diploma disponha que “fica revogado o Estatuto da Ordem dos Médicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956”, o novo Estatuto – que contém apenas matéria relativa ao próprio organismo Ordem dos Médicos, como tal – incorpora, nas suas disposições transitórias, um preceito – o artigo 104.º – determinando que “enquanto não forem aprovados os regulamentos e o Código de Deontologia Médica, mantêm-se as disposições legais que regulam a matéria” – que são precisamente aqueles artigos 66.º a 113.º do Estatuto anterior, ora revogado em bloco]: “seja qual for a sua função ou a sua especialidade, todo o médico deve, salvo caso de força maior, prestar socorros de extrema urgência a um doente ou sinistrado em perigo imediato se outros cuidados médicos lhe não puderem ser facilmente assegurados”» (*ibidem*). «Daqui resulta que, nestas situações de urgência em que o médico actua sem o acordo do doente, por imposição de um dever legal, se causar qualquer dano por facto seu, apenas poderá ser chamado a responder civilmente se se verificarem os requisitos e pressupostos próprios da responsabilidade civil extracontratual» (ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *loc. cit.*, p. 346). «A própria não actuação, a omissão, em si mesma, poderá determinar, verificados os restantes requisitos, a responsabilização do médico» (*ibidem*).

¹⁸⁸ *In* “Os Contratos Civis...” *cit.*, *loc. cit.*, pp. 81 *in fine* e 82.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

Na mesma linha, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA¹⁹⁰ sustenta que a responsabilidade civil médica «é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais»; «em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)».

Em conclusão: «a natureza da responsabilidade médica não é unitária e (...), ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível»¹⁹¹.

Também na **jurisprudência** tem prevalecido o entendimento segundo o qual, embora a **responsabilidade médica** (ou por acto médico) assuma, em princípio, **natureza contratual**, pode, porém, essa responsabilidade configurar-se, por vezes, como **extracontratual** ou **delitual**, por **violação de direitos absolutos** (v.g., os direitos de personalidade).

Assim é que:

– «Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/6/2001** [Processo n.º 01A1008; Relator: PINTO MONTEIRO]), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual» (**Acórdão do STJ de 22-02-2005** [Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção; Relator – PINTO MONTEIRO]), – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*”;

– «Em regra, a relação entre o médico de clínica privada e o doente que o procura configura uma relação contratual, um contrato de prestação de serviços, ou um contrato médico, pelo que lhe serão aplicáveis as regras da responsabilidade contratual. Pode acontecer, contudo,

¹⁹⁰ In “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “*Direito da Saúde e Bioética*”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 127.

¹⁹¹ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. e loc. ultim. cit.).

que o dano se mostre consequência de um facto que simultaneamente viole uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos, como o direito à vida ou à integridade física, ou seja: pode suceder que exista uma situação susceptível de preencher os requisitos de aplicação dos requisitos da responsabilidade contratual e extracontratual.» (**Acórdão da Relação de Lisboa de 19/04/2005** [Processo n.º 10341/2004-7; Relator: PIMENTEL MARCOS]), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «A responsabilidade civil médica pode apresentar – e será, porventura, a situação mais frequente – natureza contratual, assentando na existência de um contrato de prestação de serviço, tipificado no artigo 1154.º do CC, celebrado entre o médico e o paciente, e advindo a mesma do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico. Mas também pode apresentar natureza extracontratual, prima facie quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas apontadas modalidades de responsabilidade civil.» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007** [Processo n.º 07A3426; Relator: RUI MAURICIO]), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «I- A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual.

II. Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra.» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010** [Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1; Relator: FERREIRA DE ALMEIDA]), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «A responsabilidade civil contratual e a extra obrigacional podem coexistir, visto que o mesmo facto pode constituir simultaneamente violação de um contrato e um facto ilícito, o que sucede na situação dos autos: o mesmo facto – erro na análise – constituiu a um tempo violação de uma obrigação contratual e lesão do direito absoluto à integridade física ou à saúde da A. menor.» (**Acórdão da Relação de Lisboa de 14/11/2013** [Processo n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2; Relatora: MARIA TERESA ALBUQUERQUE]), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Actualmente predomina a orientação segundo a qual a regra é a da responsabilidade contratual do médico, sendo a responsabilidade extracontratual a excepção, normalmente correlacionada com situações em que o médico actua em quadro de urgência, inexistindo acordo do doente para a sua intervenção» (**Acórdão da Relação do Porto de 10/02/2015** [Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1; Relator: RODRIGUES PIRES]), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «Inscreve-se no âmbito da responsabilidade extracontratual a situação em que a lesada invoca a existência de violação do seu direito à saúde numa circunstância em que a intervenção do médico ocorreu no âmbito de uma empresa para a qual a A. fora destacada como trabalhadora temporária e o médico como profissional da área da medicina do trabalho

por conta de uma clínica de serviços médicos que fora contratada pela empresa onde a lesada desempenhava as suas funções» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/05/2015** (Processo n.º 3129/09.6TBVCT.G1.S1; Relator – ABRANTES GERALDES), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Ocorrendo, durante uma cirurgia ortopédica com anestesia por epidural, uma lesão medular de que resultou paralisia em membro inferior e outras sequelas, ocorre uma situação de cumprimento defeituoso das obrigações contratuais, e, simultaneamente, a violação de um direito absoluto, a integridade física da autora. Verifica-se concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, aplicando-se o regime daquela por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável ao lesado» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

Conquanto se trate duma posição minoritária, há mesmo quem sustente que **até no caso dos hospitais públicos estaríamos perante um caso de responsabilidade contratual**, invocando para tanto institutos como o **contacto social** (é a tese predominante em Itália, tanto na doutrina como na jurisprudência), o **contrato de adesão** ou as **relações contratuais de facto**, apenas com a *nuance* de que o contrato subjacente a estas teses não se estabelece entre médico e paciente – como ocorre na responsabilidade contratual propriamente dita – mas entre o doente e o estabelecimento de saúde¹⁹².

Quid juris ?

Como bem observa VERA LÚCIA RAPOSO¹⁹³, parece difícil vislumbrar nestes casos a existência de **um contrato**, «pois que não se verifica qualquer liberdade de escolha do contratante mas, simplesmente, a adscrição do paciente a um determinado estabelecimento de saúde por força de classificações geográfico-administrativas e da incumbência que cabe ao Estado de prestar cuidados de saúde aos cidadãos». Na medicina privada, «o médico é escolhido pelo paciente com base numa relação de confiança»¹⁹⁴. «Logo, quando a determinação do médico competente resulta de um dispositivo legal ou administrativo (médico disponibilizado pelo SNS) estaremos fora do domínio da responsabilidade contratual»¹⁹⁵.

¹⁹² Segundo ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (in “*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*”, Coimbra, 2003), «se o doente se dirigir directamente à clínica, sem qualquer contacto autónomo com o cirurgião, este funcionará como auxiliar da clínica, nos termos do artigo 800.º, n.º 1 [do Cód. Civil]». «Hipótese esta sobretudo vulgar, tratando-se de um hospital ou de outros estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde.» «Parecendo dever afirmar-se (para além da responsabilidade extracontratual) também, em princípio, a responsabilidade contratual da própria organização hospitalar – no quadro da aceitação de um contrato de adesão ou pelo recurso à figura das “relações contratuais de facto” –, esta será responsável pelos actos de todo o seu staff: médicos, enfermeiros, etc., sem pôr de parte qualquer deficiência própria resultante de uma “culpa de organização”».

¹⁹³ In “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*”, Coimbra, 2015, p. 38.

¹⁹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 39, nota 79.

¹⁹⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

«Os momentos de inevitável interacção entre a instituição pública de saúde e o doente revelam apenas a existência de uma relação – que pode aliás ser iniciada pelo doente, quando requer uma consulta, e em certa medida também terminada por ele, quando não consente determinada intervenção médica ou cirúrgica»¹⁹⁶. «Todavia, «o conteúdo dessa relação não é **contratualizado**, mas sim **legal e regulamentarmente pré-determinado**»¹⁹⁷. «A relação que se estabelece é pois uma relação especial de direito administrativo, no caso uma relação de serviço público, que investe o doente – agora utente – numa posição estatutária, com os inerentes direitos e deveres específicos»¹⁹⁸.

B.III. Da natureza extra-contratual da responsabilidade civil dos auxiliares

Por força do disposto no artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil, «o médico é responsável pelos actos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio»¹⁹⁹.

«Daí que se um doente contratar com certo cirurgião a realização de determinada intervenção este é contratualmente responsável pelos actos de todos os elementos da equipa»^{200 201}. «Delitualmente, existe também uma responsabilidade estrita do comitente, desde que o comissário tenha agido com culpa e sob a autoridade daquele (artigo 500.º [do Código Civil])»^{202 203}.

A ideia que preside à solução de responsabilizar civilmente os médicos pelos **actos negligentemente praticados pelos seus auxiliares** «é a de que os médicos apenas poderão delegar nos seus auxiliares as incumbências que as suas capacidades permitam levar a bom termo»²⁰⁴.

«Em todo o caso (...) a responsabilidade limita-se, no caso do artigo 800.º, aos actos praticados no cumprimento da obrigação, não abrangendo os praticados por ocasião do cumprimento mas nada tendo a ver com este»²⁰⁵. «Por outro lado, atento o disposto na parte final do n.º 1, que considera existir responsabilidade do devedor “como se os actos dos ... auxiliares fossem praticados pelo próprio devedor”, deverá considerar-se que se o facto danoso não for imputável ao auxiliar, se ele não tiver culpa, não é o devedor (médico) responsável, a não ser

¹⁹⁶ MARGARIDA CORTEZ in “*Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde*”, publicado na obra colectiva intitulada “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra, 2005, pp. 257-273 [p. 261].

¹⁹⁷ MARGARIDA CORTEZ, *ibidem*.

¹⁹⁸ MARGARIDA CORTEZ, *ibidem*.

¹⁹⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 243).

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Cfr., também no sentido de que, «se o doente contratou apenas com o cirurgião, este responde pelos actos de todos os membros da equipa, incluindo o anestesista», FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (in “*Responsabilidade Médica...*” cit., p. 51).

²⁰² FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (*ibidem*).

²⁰³ «Normalmente, o anestesista não deverá ser considerado um comissário do cirurgião» (FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (*ibidem*)). «De qualquer forma, parece ser razoável admitir que um médico possa actuar como comissário de um outro médico» (*ibidem*).

²⁰⁴ A. e ob. ultim. cit., p. 244.

²⁰⁵ A. e ob. ultim. cit., p. 245.

que tenha culpa directa, por ter sido negligente na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe deu ou na forma como acompanhou a sua actuação (artigos 798.º, 801.º, n.º 1, e 500.º do Código Civil)»²⁰⁶.

De qualquer modo, relativamente aos **actos praticados pelo médico anestesista**, embora «sem excluir liminarmente a possibilidade de um médico poder actuar como auxiliar de outro médico (artigo 800.º do Código Civil), de molde a responsabilizá-lo pelos actos que o primeiro pratique, a verdade é que não se vê bem que tal qualificação quadre em absoluto à relação cirurgião-anestesista»²⁰⁷.

Pelo menos **nos casos em que o doente faz questão de ser assistido por determinado profissional especialista em anestesiologia**, em vez de um outro que alternadamente faz equipa com o cirurgião, «só forçando a realidade das coisas se poderá afirmar que o anestesista é um mero auxiliar do cirurgião»²⁰⁸. «Ao contrário, deverá considerar-se que é o próprio anestesista que pessoal e directamente responde pelos danos causados por força de qualquer actuação negligente»²⁰⁹. Efectivamente, «cirurgiões e anestesistas têm áreas bem delimitadas de responsabilidade perante o doente e, por via de regra, nenhum deles controla ou dirige as actividades do outro»²¹⁰. Consequentemente, «os anestesistas são, em princípio, autónomos e (...) o cirurgião não é responsável pelos actos que os primeiros pratiquem»^{211 212}. De resto – segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243) –, «se é verdade poder afirmar-se que, em certos casos, o anestesista não tem qualquer relação com o doente antes da intervenção, na maior parte dos casos vai examiná-lo antes, inteirar-se do seu dossier, recomendar-lhe certas análises». «Forma-se assim entre o médico anestesista e o doente um contrato, por força do qual este último aceita submeter-se aos cuidados que o primeiro se propõe prestar-lhe»²¹³.

Aliás – sempre segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243) –, «parece curial considerar que se acaso o médico anestesista, ressalvadas circunstâncias excepcionais, tomasse a seu cargo o doente em plena sala de operações, sem previamente ter tido qualquer contacto com ele e o haver examinado, estaria só por isso a praticar um facto ilícito e culposo, susceptível de o fazer incorrer em responsabilidade por qualquer dano que daí pudesse advir».

De todo o modo, «se não houver qualquer contacto anterior à operação com os colaboradores do cirurgião nem elementos dos quais se deduza que o cirurgião tenha actuado em

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

²⁰⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

²⁰⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

²¹⁰ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

²¹¹ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, pp. 243-244).

²¹² «É que qualquer decisão de sinal contrário “não apenas permitiria mas acabaria mesmo por impor que um especialista em determinado campo da medicina – cirurgia – fosse obrigado a supervisionar o modo exacto de actuação de um médico de uma outra especialidade (anestesia) em que os cada vez maiores conhecimentos científicos exigem uma perícia cada vez mais acentuada»: tais são os dizeres de uma decisão proferida em 1972 no Estado da Califórnia (*Marvulli v. Elshire*, 27 Cal. App. 3 d 180, 103 Cal. Rptr., 461, 1972, a propósito de um caso em que a doente, que estava a ser submetida a um hemorroidectomia, teve uma reacção adversa ao anestésico que estava a ser utilizado (anestesia epidural caudal), decisão essa que merece o aplauso de JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 244, nota 50).

²¹³ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

representação de algum ou de cada um dos outros médicos ou do doente, concluir-se-á que nenhum contrato foi celebrado entre os colaboradores e o doente»^{214 215}.

Na jurisprudência, a responsabilidade do **médico anestesista interveniente numa cirurgia realizada por outro médico** foi tratada “*ex professo*” no recente **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> –, no qual se concluiu que:

«É do conhecimento geral que, do ponto de vista científico e técnico, o médico anestesista não está dependente do cirurgião, nem se encontra sujeito às ordens deste (cfr., por exemplo, Sónia Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, 2008, págs. 196 e segs.). Não é de excluir, em absoluto, a possibilidade de responsabilizar o cirurgião pela conduta da anestesista se se apurar que esta última era, em concreto, uma auxiliar, ainda que independente, de cumprimento das obrigações de que aquele é devedor. Contudo, no caso em apreciação, os factos provados (sabe-se apenas que o Réu médico-cirurgião “contactou com a Interveniente, médica anestesista que presta serviço regular junto do BB, a qual é experiente, nomeadamente em cirurgias ortopédicas, para a mesma realizar a anestesia à A.”) são insuficientes para definir com clareza e rigor a relação entre o R. médico cirurgião e a Interveniente médica anestesista, de modo a qualificar a segunda como auxiliar de cumprimento da prestação do primeiro.

Assim, o R. médico-cirurgião é responsável, desde que se prove que os danos foram causados pela sua conduta ou pela conduta daqueles que são seus auxiliares de cumprimento. Mas não é responsável pela conduta da Interveniente anestesista, por não ser esta sua auxiliar de cumprimento.»

B.IV. Concurso da responsabilidade civil médica contratual com a responsabilidade civil médica extracontratual

Põe-se o problema de saber «se no comum dos casos de responsabilidade civil médica o doente terá ao seu dispor para além da tutela contratual, a tutela delitual, no pressuposto que o facto ilícito representa simultaneamente uma violação do contrato e um ilícito extracontratual»^{216 217 218}.

²¹⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*” cit., p. 105.

²¹⁵ «Neste caso – ainda segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*, pp. 105-106 –, o anestesista e outros colaboradores do cirurgião deverão ser considerados como auxiliares no cumprimento, cuja escolha é permitida por força dos artigos 1165.º (mandato) e 264.º, n.º 4 (procuração)». Trata-se, todavia, de opinião não consensual na doutrina – como vimos. O que já não suscita controvérsia é que, numa tal hipótese, «só o cirurgião terá um direito contratual à remuneração pelo conjunto dos serviços prestados e só a ele se aplicarão as regras da responsabilidade contratual» (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*” cit., p. 106).

²¹⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. e loc. ultim. cit.).

²¹⁷ «É que (...) apesar de, no comum dos casos, os danos médicos resultarem do defeituoso cumprimento de um conjunto complexo de obrigações assumidas, tais danos sempre seriam susceptíveis de ser reparados, na ausência de contrato, em sede extracontratual, por resultarem da violação culposa de direitos absolutos como são os de personalidade» (*ibidem*).

«Em todos estes casos existe um único dano, produzido por único facto»²¹⁹. «Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física»²²⁰. «A questão que se coloca é, naturalmente, a de saber se ao lesado (credor) será possível invocar simultaneamente as normas correspondentes a uma ou outra espécies de responsabilidade, consoante lhe sejam mais favoráveis»²²¹.

Segundo RUI DE ALARCÃO²²², deverá considerar-se, mesmo de *jure constituto*, «que a solução que se deve ter como consagrada é a da admissibilidade do cúmulo», isto por ser esta, a de concurso de normas, a solução natural, que como tal se deve aceitar na falta de disposição legal em contrário, desde que, no caso concreto, não conduza a soluções materialmente injustas.

Também CARLOS MOTA PINTO²²³ se pronunciou favoravelmente à **tese do cúmulo**, nos seguintes termos: «Representando a violação do dever contratual de protecção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos (p. ex., pluralidade de autores do dano)».

Por isso, «o facto de, fundadamente, se considerar que a relação que une médico e doente é, por via de regra, uma relação contratual e que é ao abrigo das respectivas normas que as pretensões ressarcitórias do doente hão-de encontrar, em princípio, adequada tutela, não pode significar de modo nenhum que, a pretexto dum contrato de prestação de serviços *sui generis*, adquiram foros de impunidade comportamentos ou actuações médicas (*v.g.*, negligentes ou dolosos) que, na ausência dele, cairiam sob a alçada de responsabilidade delitual»²²⁴. «Em tais circunstâncias, o contrato acabaria por funcionar como um instrumento de subversão e não de protecção dos direitos do doente»²²⁵.

Como tal solução não foi, manifestamente, desejada pelo legislador, temos que, «na falta de disposição legal em contrário deve considerar-se em princípio como solução natural a que permite ao lesado optar entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual»^{226 227}.

«Do que se trata não é de um concurso de acções gozando de uma total autonomia, mas de “uma única acção, a que corresponde no plano material um único direito, que tem como

²¹⁸ «É o caso do cirurgião que deixa um objecto estranho no corpo do paciente» (FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in BMJ n.º 332, p. 40).

²¹⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 229).

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

²²² In “Direito das Obrigações”, ed. policopiada, Coimbra, 1983, pp. 211-212.

²²³ In “Cessão da posição contratual”, Coimbra, 1982, p. 411.

²²⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 231).

²²⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²²⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 232).

²²⁷ Também para FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO (in “Responsabilidade Médica em Portugal”, cit., p. 40), «na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a “solução natural”, a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades».

objectivo unitário o ressarcimento do dano, mas que pode, isso sim, ser fundamentada em diversas normas”»²²⁸. «Tratando-se de uma única acção, nada obstará [a] que o autor possa invocar sucessivamente, a fim de justificar juridicamente a sua pretensão, normas atinentes à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual»²²⁹.

Também para ANTÓNIO PINTO MONTEIRO²³⁰, «na falta de uma disposição legal em contrário, deve considerar-se, em princípio, como solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente a **violação de um contrato** e um **facto ilícito extracontratual**».

Na verdade – como bem sintetiza LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA²³¹ – «facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o princípio do favorecimento da vítima». Efectivamente, «Admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços *sui generis*, fossem impunes condutas que – na ausência do contrato – integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma da não protecção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à protecção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma protecção acrescida.»

Na jurisprudência, **prevalece também a tese segundo a qual, assistindo ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), ele pode optar por uma ou por outra:**

– «Embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto.» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/6/2001** [Processo n.º 01A1008; Relator: PINTO MONTEIRO]), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Não sendo pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se o lesado pode recorrer a qualquer uma delas, uma doutrina e jurisprudência maioritária têm entendido que, gozando o lesado da tutela extracontratual, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável.» (Acórdão **do STJ de 22-02-2005** [Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção; Relator – PINTO MONTEIRO]), – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*”;

– «O acto médico pode constituir simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito, sendo de aceitar como solução natural, inexistindo uma norma que especificamente

²²⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS *in ob. cit.*, p. 233.

²²⁹ A. e ob. cit., pp. 233 *in fine* e 234.

²³⁰ In “*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*”, Coimbra, 2003, pp. 430 e 431.

²³¹ In “*O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL)*”, acessível on-line in: <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>

diga o contrário, a concorrência ou o cúmulo de responsabilidades.» (**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/9/2007** [Processo: 1360/2007-7; Relator: ROSA RIBEIRO COELHO]), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «I. A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual. II. Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra.» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010** [Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1; Relator: FERREIRA DE ALMEIDA]), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Pode-se cumular a responsabilidade contratual e extracontratual conferindo-se ao lesado a possibilidade de invocar as normas mais favoráveis de um sistema ou de outro.» (**Acórdão da Relação do Porto de 11/09/2012** [Processo n.º 2488/03.9TVPRT.P2; CECÍLIA AGANTE]), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>.

– «Ocorrendo, durante uma cirurgia ortopédica com anestesia por epidural, uma lesão medular de que resultou paralisia em membro inferior e outras sequelas, ocorre uma situação de cumprimento defeituoso das obrigações contratuais, e, simultaneamente, a violação de um direito absoluto, a integridade física da autora. Verifica-se concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, aplicando-se o regime daquela por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável ao lesado» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>)

Em regra, a responsabilidade que mais convém ao lesado é a contratual, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (artigos 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC), pelo que será essa a prevalecer em virtude duma relação de consumpção de normas: cfr., explicitamente neste sentido, o cit. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010**.

Processualmente, caso o autor invoque apenas normas atinentes a um tipo de responsabilidade, o Tribunal não está impedido de qualificar de modo diverso a causa de pedir invocada, desde que, para tanto, se funde exclusivamente nos factos alegados pela parte – princípio *iura novit curia* (consagrado no Artigo 5.º, n.º 3, do actual Código de Processo Civil – disposição equivalente ao Artigo 664.º do Código de Processo Civil de 1961). Deste modo, ainda que o paciente/autor funde a responsabilidade do médico/réu exclusivamente na **responsabilidade contratual**, nada impede que o Tribunal venha a julgar a acção procedente e a condenar o médico/réu na **responsabilidade extra-contratual** e vice-versa. «Ao contrário do que acontece com a causa de pedir, o juiz permanece livre na indagação, interpretação e aplicação do direito (artigo 5.º-3 [do actual CPC]»²³².

²³² JOSÉ LEBRE DE FREITAS in “Ação Declarativa Comum À Luz do Código de Processo Civil de 2013”, 3.ª ed., Setembro de 2013, p. 44.

B.V. Natureza jurídica do contrato que se estabelece entre o paciente e os médicos ou os estabelecimentos de saúde privados

Na doutrina, prevalece o entendimento segundo o qual o **contrato** que se estabelece entre o paciente, por um lado, e um médico ou um estabelecimento privado de saúde (uma clínica ou um hospital privado), do outro, tem por **conteúdo** ou **elementos essenciais** a prestação de um **acto médico**²³³ ou **conjunto de actos médicos**, realizados por **um médico**²³⁴ sobre **uma pessoa humana** (o paciente), com o «intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano» (artigo 31.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, *in fine*).

O **conceito de saúde** que aqui se tem em vista é **um conceito amplo**, no qual se incluem não só os actos médicos destinados à cura do doente, mas também todos aqueles reconduzíveis a uma ideia genérica de promoção do bem-estar ‘orgânico’ ou de minimização do mal-estar.

Em suma: trata-se dum contrato que i) **tem por finalidade proporcionar saúde** e que, para além disso, ii) **seja realizado por um médico**. Pode, assim, dizer-se, em síntese, que o **contrato médico** é aquele cujo **conteúdo principal** é constituído por **um ou mais actos médicos**.

Dito isto, concebe-se que, no âmbito do mesmo contrato, possam existir **outras prestações** que **não sejam realizadas por um médico** (v.g., os actos dos enfermeiros); mas se a “prestação característica e principal” não for executada por um médico, é quanto basta para já não se tratar dum contrato médico²³⁵.

B.VI. Classificação do contrato médico, dentro dos contratos nominados: Contrato de prestação de serviços médicos

a) Não se trata dum contrato de trabalho

Desde logo, é manifesto que o contrato estabelecido entre médico e paciente não configura um contrato de trabalho (artigo 1152.º do CC). De facto, não se consegue sequer imaginar uma relação médico-paciente em que o médico estivesse “*sob a autoridade e direcção*” do seu paciente, visto que tal situação (além de em si mesma absurda) seria, desde logo,

²³³ A noção de **acto médico** aqui adoptada é a que é proposta por JOÃO VAZ RODRIGUES (in “*O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português: (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*”, Coimbra, 2001, p. 24), segundo o qual aquele constitui «uma actuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral». Elemento fundamental do conceito é, pois, que o sujeito seja “**agente médico**”, sendo, portanto, necessário, em qualquer caso, que tal acto (dirigido a “proporcionar saúde”) seja praticado por um médico habilitado para o exercício da medicina, sem o que, cumprindo-se os demais requisitos da noção, não estaremos perante um **acto médico**, mas diante dum **acto médico auxiliar** ou **acto paramédico**.

²³⁴ Na falta deste requisito, estaremos, quando muito, perante **simples actos médicos auxiliares** (v.g., os actos praticados pelos enfermeiros).

²³⁵ Cfr., neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*”, cit., p. 84.

absolutamente incompatível com a independência técnica e deontológica dos médicos (artigo 3.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), indispensável para o bom exercício da medicina.

b) Trata-se dum contrato abrangido pela ampla categoria dos “contratos de prestação de serviços” (artigo 1154.º do Código Civil)

O **contrato médico** é reconduzível à ampla categoria dos **contratos de prestação de serviços**, categoria esta que – como decorre da simples leitura do artigo 1154.º do Cód. Civil – prescinde da aludida **relação de autoridade** ou de **subordinação jurídica**, necessariamente presente no contrato de trabalho (cfr. o artigo 1152.º do Cód. Civil), privilegiando antes a **autonomia e independência** do prestador de serviços, que apenas terá de apresentar, a final, “**um certo resultado**” do seu trabalho intelectual ou manual. O **objecto do contrato de prestação de serviços** é, pois, não a própria actividade, como sucede no contrato de trabalho, mas um determinado “resultado” dessa actividade.

Sabendo-se, porém, que o **contrato de prestação de serviços** é, em si mesmo, “um contrato atípico, que possui três modalidades típicas” (a saber: o **mandato**, o **depósito** e a **empreitada**: cfr. o artigo 1155.º do Cód. Civil), importa apurar se o contrato médico é susceptível de ser enquadrado em qualquer uma destas modalidades.

c) O contrato médico não é subsumível nem ao contrato de depósito nem ao contrato de mandato.

Sendo óbvio que o **contrato médico** não é subsumível ao contrato de **depósito** – visto que, no contrato médico, não está em causa (pelo menos a título principal) a **guarda de uma coisa** que depois deva ser **restituída** pelo depositário (cfr. artigo 1185.º do Cód. Civil) –, tão pouco pode o mesmo ser enquadrado no tipo legal do contrato de **mandato** (artigo 1157.º do Cód. Civil). Efectivamente, como **um dos elementos essenciais do mandato** é que o mandatário assuma a **obrigação de praticar actos jurídicos**, não configura um mandato o contrato que tenha por conteúdo principal a prática de “actos materiais ou intelectuais”. Ora, não sofre contestação que a **actividade médica** constitui claramente, antes de tudo, uma actividade **intelectual**, independentemente dos **actos jurídicos** que possam eventualmente ser praticados na execução do acto médico (nomeadamente, a prestação do consentimento [informado] para o acto médico).

d) Será o contrato médico uma empreitada?

Como é sabido, a **empreitada**, conquanto seja **uma modalidade do contrato de prestação de serviço** (artigo 1155.º do Cód. Civil), distingue-se dos **contratos de prestação de serviços não regulados especialmente na lei** (os quais se regem pelas disposições sobre o mandato, nos termos do artigo 1156.º do mesmo diploma) pelo seu **objecto: a realização de certa obra**²³⁶.

²³⁶ Cfr., precisamente no sentido de que «a prestação de serviço é o contrato "padrão", dentro do qual está a empreitada, mas esta destinada a disciplinar apenas as "obras", ou seja, as realizações de carácter material e não abrangendo as criações do espírito, quer as obras de arte, quer outras obras de cariz predominantemente

«Por realização de uma obra deve entender-se não só a construção ou criação, como a reparação, a modificação ou a demolição de uma coisa»²³⁷.

«A obra susceptível de constituir objecto de uma empreitada pode ser da mais diversa natureza: construção, reparação ou demolição de um edifício; construção ou reparação de uma coisa móvel; abertura ou enchimento de uma vala ou de um poço; surribo ou terraplanagem de um terreno; construção ou reparação de uma estrada; dragagem de um porto; elaboração de um projecto de engenharia ou de arquitectura²³⁸; tradução de uma obra literária ou científica; decoração do átrio de um edifício com painéis artísticos, etc.»²³⁹.

«Do que não pode prescindir-se é dum **resultado material**, por ser essa o sentido usual, normal, do vocábulo **obra** e tudo indicar que é esse o sentido visado no artigo 1207.º»^{240 241 242}.

Efectivamente, «o legislador português, como acontece com os legisladores de outros diplomas civis, ao regulamentar o contrato de empreitada, preocupa-se, quase exclusivamente, com a construção de coisas corpóreas, muito em especial, de edifícios»²⁴³. «Razão pela qual o regime estabelecido para este negócio jurídico adapta-se melhor à realização desse tipo de obras; designadamente, os direitos de fiscalizar (artigo 1209.º) e de exigir a eliminação dos defeitos (artigo 1221.º) não se coadunam bem com a realização de obras incorpóreas, tais como as intelectuais»^{244 245 246}.

intelectual», o Acórdão inédito do Supremo Tribunal de Justiça de 4/2/1997 proferido no Processo n.º 86200 da 1.ª Secção e relatado pelo Conselheiro Matos Canas.

²³⁷ PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA in “Código Civil Anotado”, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1997, p. 865.

²³⁸ Cfr., todavia, no sentido de que «o contrato para elaboração de estudos e projectos de arquitectura é, não um contrato de natureza material, mas sim um contrato de prestação de serviços, com prestações típicas resultantes de um trabalho intelectual e não de uma obra de carácter material», o Ac. inédito do Supremo Tribunal de Justiça de 14/2/1995 proferido no Processo n.º 7482/93 e relatado pelo Conselheiro Torres Paulo.

²³⁹ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, “Empreitada” in Enciclopédia POLIS, vol. 2.º, p. 923.

²⁴⁰ PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *ibidem*.

²⁴¹ Cfr., também no sentido de que, «perante a definição restrita do artigo 1207.º, o contrato de empreitada [apenas] poderá ter por objecto a realização de coisas corpóreas, materiais (p. ex., construir uma casa) ou imateriais (p. ex., reparar um automóvel), mas não de coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis», PEDRO ROMANO MARTINEZ in “Contrato de Empreitada”, Coimbra, 1994, p. 102 *in fine*.

²⁴² Cfr., no sentido de que, «se é encomendada a concepção de uma campanha publicitária, sem elaboração dos materiais gráficos a usar, há um contrato de prestação de serviços», mas «se é encomendada a elaboração desses materiais, há contrato de empreitada», sendo que, «se a encomenda abrange ambos estes fins, há um contrato misto, em que é preponderante a obtenção de uma obra com expressão material, apesar da elaboração intelectual inerente», o Ac. da Rel. de Lisboa de 18/1/1994 (in Col. Jur. 1994, tomo 1, p. 97).

²⁴³ PEDRO ROMANO MARTINEZ in ob. cit., p. 100.

²⁴⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

²⁴⁵ Cfr., no sentido de que «o contrato pelo qual uma pessoa aceitou retratar outra em quadro a óleo com determinadas dimensões integra um contrato de prestação de serviços inominado, regulado, por isso, pelas normas do mandato», visto que, como «o contrato de empreitada tem por objecto uma obra material, não abrange, por isso, uma criação intelectual do domínio artístico, exteriorizado pela pintura em tela», o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 2/2/1988 (publicado in BMJ n.º 374, p. 449).

²⁴⁶ Cfr., porém, no sentido de que «o contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística, nomeadamente, a produção de filmes para uma empresa de televisão, que se obrigou a pagar certa quantia, em prestações, fornecendo ainda as películas de imagem e som, além de meios e serviços clausulados no contrato», o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 3/11/1983 (publicado in BMJ n.º 331, p. 489 e anotado por ANTUNES VARELA in Rev. de Legislação e Jurisprudência, ano 121.º, pp. 173 e segs e por FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA in Revista da Ordem dos Advogados, ano 45.º, vol I, pp. 129 a 148).

Por outro lado, embora não haja uma diferença fundamental entre **criar uma coisa corpórea ou uma coisa incorpórea**, a admitir-se esta última no objecto da empreitada, «este contrato passará a constituir uma categoria demasiado ampla e imprecisa», sendo que «esta amplitude levaria a que o contrato de empreitada, na prática, abrangesse todo o conteúdo do contrato de prestação de serviço»²⁴⁷.

De qualquer modo, «O resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem só tem a natureza de uma obra se obedecer aos seguintes requisitos cumulativos:

1.º Se o resultado se materializar numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação (cfr. artigo 1218.º);

2.º Se o resultado for específico e discreto (isto é, separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a atividade ou no interesse de outrem);

3.º Se o resultado houver de ser concebido em conformidade (cfr. artigo 1208.º) com um projeto (encomenda, caderno de encargos ou plano, cfr. artigo 1214.º) entregue ou aprovado pelo beneficiário»²⁴⁸.

Isto posto, não se concebe como poderia reconduzir-se o **objecto da actividade médica**, i.é, o tal “**certo resultado**” a que se refere o cit. artigo 1154.º do Cód. Civil a “**uma obra**”, já que esta consiste, necessariamente, na **produção** ou **transformação** de **uma coisa**. Ora, in casu, “a **“obra**” que o médico se obriga a realizar (no contrato médico celebrado com o paciente) consiste, nem mais nem menos, numa “**alteração produzida no corpo humano**”, o que – como é evidente – nos remete imediatamente para um outro ‘mundo’, que não o das **coisas** – o complexo mundo das relações humanas, onde está em causa a protecção de bens jurídicos tão fundamentais como a liberdade, a auto-determinação, a integridade físico-psíquica ou, em última instância, a própria vida^{249 250}.

O que tudo nos conduz à inevitável conclusão de que **o contrato médico não é subsumível a uma empreitada**.

e) Conclusão: O contrato médico é um contrato de prestação de serviços inominado

Assim, excluídas as três hipóteses típicas de contrato de prestação de serviços (depósito, mandato e empreitada: cfr. o artigo 1155.º do Cód. Civil), não resta senão concluir pela natureza “sui generis” deste contrato. Efectivamente, no contrato de prestação de serviços

²⁴⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ in ob. cit., p. 101.

²⁴⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*”, 3.ªed., 2012, p. 152.

²⁴⁹ Cfr., neste sentido, PAULO JORGE FERREIRA ROSA in “*A Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos*”, pp. 10-11.

²⁵⁰ JOÃO CARLOS GRALHEIRO fez desta questão o tema da sua Dissertação de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, intitulada precisamente “*O Ato Médico é uma empreitada?*” – cujo texto integral está publicado in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74 – vol. III-IV – Jul-Dez 2014, pp. 795-893 e está acessível on-line in: <http://iulgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/O-Ato-Médico-É-uma-Empreitada-João-Carlos-Gralheiro1.pdf> –, na qual também concluiu que «no atual quadro legal e valoração ético-deontológica, o “Ato Médico” não é um contrato de empreitada.»

médicos, não está presente nenhuma das três categorias previstas no artigo 1155.º do Cód. Civil, mas antes **uma outra modalidade de prestação de serviços não regulada no Código Civil** (artigo 1156.º), pelo que se aplicam, com as necessárias adaptações, as regras relativas ao mandato (cfr. o mesmo artigo 1156.º)²⁵¹.

Trata-se, afinal, de **um contrato de prestação de serviços médicos autónomo**, que, não encontrando a sua regulamentação específica no Cód. Civil, não deixa, ainda assim, de ser **um contrato típico**, na medida em que a sua tipicidade resulta não da lei, mas do simples facto da sua existência na sociedade enquanto categoria jurídica autónoma²⁵².

Na jurisprudência, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/05/2006** (Revista n.º 1279/06 - 7.ª Secção; Relator – FERREIRA DE SOUSA) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*” – entendeu igualmente que:

– «É de prestação de serviço médico retribuído o contrato mediante o qual um médico se obriga a proporcionar ao paciente os seus melhores esforços, perícia e saber no sentido de eliminar os problemas de saúde que afectam aquele e que no caso concreto radicavam em “joanetes” em ambos os pés e dores no joelho esquerdo ao movimentar-se.»

Na mesma linha, o **Acórdão do STJ de 18-09-2007** (Revista n.º 2334/07 - 1.ª Secção; Relator – ALVES VELHO) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – decidiu que:

– «Convencionada entre o médico e a paciente a assistência num parto, a relação estabelecida é juridicamente qualificável como um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos.»

Dentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4/3/2008** (Processo n.º 08A183; Relator: FONSECA RAMOS) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – entendeu que:

– «Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos – artigo 1154.º do Código Civil.»

Também o **Acórdão da Relação do Porto de 24/2/2011** (Processo n.º 674/2001.P1; Relator: FILIPE CAROÇO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf> – considerou que:

²⁵¹ Porém – segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*” cit., p. 101) –, quando em relação a determinado aspecto do contrato de prestação de serviços médicos exista maior proximidade com o modelo legal da empreitada do que com o mandato, a preferência pelas regras daquele contrato justificar-se-á, tanto mais que a empreitada é, tal como o mandato, um tipo incluído na categoria dos contratos de prestação de serviço.

²⁵² Cfr., neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*”, cit., p. 88.

– «Estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais são prestados serviços clínicos, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do mandato, já que a lei não regula a contratação daqueles serviços de modo especial.»

B.VII. Conteúdo do contrato de prestação de serviços médicos

«Trata-se de um contrato essencialmente pessoal²⁵³ [o médico é escolhido pelo paciente com base numa relação de confiança], bilateral (ambas as partes contraem obrigações recíprocas²⁵⁴), oneroso (implica [o pagamento de] honorários, embora não seja nulo se for gratuito), contínuo (prolonga-se no tempo²⁵⁵) e sujeito a rescisão^{256, 257}.

O **médico** obriga-se, perante o paciente, a realizar uma série de **prestações**, as quais dão **conteúdo** ao contrato.

«A sua prestação principal é fornecer ao paciente a assistência médica necessária para a cura, diminuição do sofrimento ou prolongamento da sua vida, empregando os conhecimentos, técnicas e instrumentos disponíveis»^{258, 259}.

²⁵³ «Dado que as particulares características de um dos contraentes (o médico) consubstanciam tendencialmente um elemento importante na sua escolha, e na medida em que o cumprimento integral do programa obrigacional pressupõe uma relação firme de confiança, entre ambas as partes, o contrato de prestação de serviço médico é um contrato *intuitus personae*» (RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, Coimbra, 2008, p. 71).

²⁵⁴ «O médico obriga-se a prestar assistência qualificada e o doente vincula-se a pagar-lhe uma retribuição, encontrando cada uma destas obrigações a sua causa jurídica na respectiva obrigação assumida pela outra parte» (RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 70).

²⁵⁵ «Como o cumprimento da prestação médica, em princípio, não se esgota num único momento temporal, protraindo-se por um período mais ou menos longo, a execução do respectivo contrato apresenta-se duradoura» (RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 71).

²⁵⁶ Aplicando-se ao contrato de prestação de serviços médicos, com as necessárias adaptações, as regras do mandato (*ex vi* do cit. artigo 1156.º do Cód. Civil), uma dessas regras é a da **livre revogabilidade do mandato** (artigo 1170.º do Cód. Civil) – «o que está em plena conformidade com a natureza do contrato médico; trata-se de uma relação de índole pessoalíssima, em que a confiança entre as partes é essencial e, logo, a liberdade de o paciente abandonar o contrato é fundamental» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, p. 676.). Todavia, segundo este Autor, enquanto o paciente pode denunciar *ad nutum* o contrato de prestação de serviços médicos (o que decorre do seu carácter de relação contratual duradoura), já o médico apenas pode pôr fim à relação contratual nos termos previstos no artigo 41.º, n.º 2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos [CDCOM] (Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, publicado in Diário da República n.º 8, II Série, de 11 de Janeiro de 2009): «*O médico pode recusar-se a continuar a prestar assistência a um doente, quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos: a) Não haja prejuízo para o doente, nomeadamente por lhe ser possível assegurar assistência por médico de qualificação equivalente; b) Tenha fornecido os esclarecimentos necessários para a regular continuidade do tratamento; c) Tenha advertido o doente ou a família com a antecedência necessária a assegurar a substituição.*» Em qualquer caso, «*A incapacidade para controlar a doença não justifica o abandono do doente.*» (n.º 3 do mesmo artigo 41.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

²⁵⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., p. 39.

²⁵⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

²⁵⁹ Cfr. o Artigo 31.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos [CDCOM] (Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, publicado in Diário da República n.º 8, II Série, de 11 de Janeiro de 2009): «*O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.*»

«Para satisfazer o interesse do doente, o médico tem de detectar o problema que afecta aquele sujeito, escolher e aplicar uma terapia que o debele ou atenua»²⁶⁰. «Aparecem, assim, os deveres de realizar ou prescrever uma série de exames auxiliares de diagnóstico, de efectuar o próprio diagnóstico, de aconselhar e prescrever a aplicação de uma terapia ou a administração de um fármaco»²⁶¹.

Ao lado desta **obrigação principal**, o médico assume múltiplos **deveres secundários de conduta** ou **deveres acessórios de conduta**, que encontram a sua matriz na boa fé²⁶².

«No leque dos restantes deveres [secundários] conta-se o dever de elaboração e conservação da ficha clínica do doente (artigos 573.º e 575.º do CC), e que abrange o historial clínico do paciente, os procedimentos adotados e a avaliação pessoal do médico relativamente ao estado de saúde do paciente; o dever de informação e de obtenção do consentimento informado mediante linguagem clara e perceptível ao leigo; o dever de esclarecimento (inclui informações sobre os efeitos de um medicamento, pois que o folheto informativo é insuficiente); o dever de protecção dos doentes (este dever emerge sempre que exista o perigo de [eles] sofrerem danos colaterais); o dever de se preparar e de se informar antes de executar uma intervenção (por exemplo, avaliar os riscos em causa) e de actualizar conhecimentos; o dever de avaliar a sua própria capacidade para levar avante tratamentos mais complexos; o dever de se abster de atuar quando não consiga fazer uma avaliação total e exata, exceto em caso de urgência»²⁶³.

«Do lado do paciente, para além do dever de retribuição, emerge igualmente [do contrato] o dever de cumprir o tratamento sem interrupções e exactamente da forma que o médico estipulou»²⁶⁴. «Mais do que um dever é, na realidade, um ónus»²⁶⁵. «Assim, pode suceder que a intervenção ou o tratamento não tenham o resultado pretendido devido a um incumprimento do paciente, o que libera o médico de responsabilidade»²⁶⁶.

Por isso mesmo, já se entendeu na jurisprudência (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-03-2007** [Revista n.º 101/07 - 6.ª Secção; Relator: SOUSA LEITE]) que:

«II – Tendo sido celebrado entre Autora e Réu, médico cirurgião plástico, contrato dirigido à correcção estética do rosto daquela, o qual enfermava de envelhecimento precoce, traduzido em rugas e flacidez da pele, estamos em presença de uma obrigação de resultado.

III – Mas **uma vez que logo na primeira consulta em que foi observada, a Autora foi informada pelo médico de que o lifting facial seria realizado através de dois tempos operatórios, distintos e espaçados no tempo, tendo a Autora recusado que o Réu efectuasse a segunda cirurgia para correcção da redundância de tecido, vindo a realizá-la numa clínica brasileira de renome mundial, é de concluir que a Autora impediu a realização pelo Réu da**

²⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico” cit., p.74.

²⁶¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico” cit., pp.74 in fine e 75.

²⁶² RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico” cit., p.75.

²⁶³ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., pp. 39-40.

²⁶⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 40.

²⁶⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

²⁶⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

totalidade das fases em que se devia desenvolver o processo cirúrgico tendente à obtenção do resultado contratado.

IV – Logo, não é possível imputar ao Réu o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação que assumira de correcção estética do aspecto facial da Autora, por violação das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como sendo as apropriadas à abordagem do referido caso clínico (*leges artis*).

V – Inexiste, assim, o ilícito contratual traduzido na desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado pelo respectivo obrigado (artigo 798.º do CC).

VII – Obrigação de meios ou de resultado?

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS²⁶⁷, «a situação de incerteza sobre a etiologia de inúmeras doenças e sobre os métodos de as curar tornam insegura ou aleatória a prossecução do resultado a que aspiram quer o doente quer o médico». «A cura (sempre que se verifique) é decerto concebível como um resultado, mas, uma vez que não depende necessária e exclusivamente da actuação do médico, não pode ser erigida em objecto do contrato»²⁶⁸.

«Tal objecto deverá antes confinar-se a um certo comportamento (ou actuação), especialmente qualificado sob o ponto de vista profissional, direccionado no sentido da cura, a qual se limita, digamos assim, a funcionar como o ponto de referência da actividade desenvolvida pelo devedor (médico)»²⁶⁹. «O objecto do contrato médico-doente não se restringe, em todo o caso, aos meios técnicos (mais ou menos sofisticados) utilizados mas é constituído por uma complexa e multiforme actividade profissional que, para além das prestações eminentemente técnicas, compreende outros comportamentos classificáveis de acordo com regras de correcção, de diligência, de boa fé e de deontologia profissional»²⁷⁰.

Com isto, «o que se pretende pôr em evidência é que o médico não está obrigado a determinado resultado material (*opus*) ou imaterial (a cura como evento incerto), mas deve desenvolver uma actividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idóneos a conseguir a cura»²⁷¹. «Nem poderia ser de outro modo, já que o exercício da actividade médica tem o seu quê de irredutivelmente aleatório»²⁷².

Efectivamente, «se é certo que o diagnóstico é, em grande medida, um percurso lógico e cientificamente fundamentado, não é menos verdade que tem uma parte de empirismo, construído à custa de tentativas e hesitações sucessivas que, no mínimo, podem conduzir a uma certa álea e, em casos limite, a situações de irredutível impasse»²⁷³. «A terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos

²⁶⁷ In “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1996, p. 251.

²⁶⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁶⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷⁰ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷¹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷² JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷³ JOÃO ÁLVARO DIAS *in ob. cit.*, pp. 251 *in fine* e 252.

secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância»²⁷⁴.

i) Os exames médicos e as análises clínicas

É claro que, «sendo a actividade médica tão complexa e multiforme, pode acontecer que em certos casos contados seja razoável afirmar que o médico assumiu uma obrigação de resultado (v.g., visitar um doente a certa hora, efectuar certa intervenção em tal data)»²⁷⁵. «Acontece até que certos casos, pela sua própria natureza e atenta a sofisticação e fiabilidade das técnicas utilizadas, parecem fazer recair sobre o médico (v.g., médico biólogo, médico analista) verdadeiras obrigações de resultado»²⁷⁶. «É o que acontece, por exemplo, com as análises sanguíneas para determinação do factor *rhésus*, determinação das dosagens de ureia, colesterol, glicemia e tantos outros»²⁷⁷.

Na **jurisprudência**, tem igualmente prevalecido o entendimento segundo o qual, **quando está em causa a realização de um exame, de uma análise ou duma ecografia, a obrigação assumida pelo médico** (analista, radiologista ou ecografista) **configura uma obrigação de resultado**, visto que, face ao avançado grau de especialização técnica deste tipo de exames ou análises, a margem de incerteza é praticamente nenhuma:

– «É uma obrigação de resultado, e não uma obrigação de meios, a assumida por um médico anátomo-patologista que se compromete, a solicitação de outra pessoa, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo dessa pessoa», pelo que «Há cumprimento defeituoso dessa sua obrigação se, com omissão da diligência e cuidados devidos, no exame é diagnosticada a existência de um adenocarcinoma na próstata do paciente, quando este apenas sofria de uma prostatite» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 11/09/2007** (Processo n.º 1360/2007-7; Relatora: ROSA RIBEIRO COELHO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/03/2008** (Processo n.º 08A183; Relator: FONSECA RAMOS), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Atenta a natureza e finalidade do acto médico em apreço, não pode deixar de se entender que a ré, ao contratar com o autor, se comprometeu a facultar-lhe um determinado resultado: detectar se os filamentos de tecido entregues para análise estavam, ou não, afectados por carcinoma», porquanto «o resultado da análise da biopsia depende da avaliação e interpretação dos dados presentes nas lâminas (amostras), observados ao microscópio, não desempenhando a álea um papel de relevo» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 5/11/2013** (Processo n.º 1333/11.6TVLSB.L1-1; Relator: MANUEL MARQUES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

²⁷⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS in ob. cit., p. 252.

²⁷⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁷⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

– «Sendo o Réu o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efectuou as quatro ecografias obstétricas à Autora, mas cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detectadas após o nascimento da respectiva filha, nem sequer a ausência nesta do membro inferior esquerdo, e tudo isto apesar de, quer as malformações, quer a ausência de membro inferior esquerdo, serem susceptíveis de ser detectadas (segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis) nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu à Autora, tal obriga a concluir que o Réu/médico actuou com negligência, não observando, como podia e devia, o dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia, em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 10/01/2012** (Processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1; Relator: RUI VOUGA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «A obrigação do médico no âmbito da execução de um contrato de prestação de serviços que se consubstanciam na obtenção de um resultado laboratorial, analisa-se – pelo menos na generalidade desses exames – numa obrigação de resultado e não de meios, bastando, por isso, que o laboratório forneça um resultado cientificamente errado para se entender que actuou culposamente por ter infringido os deveres de cuidado implicados na referida obrigação de resultado» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 14/11/2013** (Processo n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2; Relatora: MARIA TERESA ALBUQUERQUE), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Uma das excepções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais e radiológicos.» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015** (Processo n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1; Relator: HELDER ROQUE), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

Na doutrina, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA²⁷⁸ repudia a afirmação genérica segundo a qual qualquer intervenção das especialidades referidas no cit. Acórdão do STJ de 4/3/2008 (exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e análises clínicas) deve estar sujeita ao regime das **obrigações de resultado**. Isto porque «algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e mesmo das análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente»²⁷⁹. «Donde, só casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser sujeita ao regime das obrigações de resultado»²⁸⁰. «Designadamente no âmbito das análises laboratoriais e dos exames de anatomopatologia, nem sempre é possível garantir um resultado e em certos casos a interpretação do resultado depende da interpretação do especialista»²⁸¹. Pelo que «o tribunal deve recorrer a peritos médicos que ajudem a avaliar se determinada intervenção ou exame é complexa ou simples, se se pode exigir um resultado certo ou apenas o cumprimento dos deveres de cuidado e zelo profissional»²⁸².

²⁷⁸ In “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, p. 724.

²⁷⁹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

²⁸⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *in ob. cit.*, pp. 724 *in fine* e 725.

²⁸¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *in ob. cit.*, p. 725

²⁸² ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

Também para RUTE TEIXEIRA PEDRO²⁸³, «como o grau de certeza dos testes existentes varia em função das diferentes patologias que se pretende detectar através deles, não se pode aqui adoptar uma classificação una. Só um grau elevado de fiabilidade dos mesmos permitirá afirmar que o devedor se vinculou à exactidão dos dados extraídos da análise do sangue».

Segundo esta Autora²⁸⁴, há que operar distinções: devem ser qualificadas como **obrigações de resultado** as que se relacionam com certas espécies de análises como as **análises à urina, extracção de pequenas amostras de sangue**, etc., mas já não se poderão incluir em tal categoria as hipóteses em que são exigidas **intervenções invasivas**, como será o caso de ser necessária **uma operação profunda para extrair amostras de uma víscera para uma biópsia**.

ii) As próteses e os implantes na área da estomatologia

«De obrigações de resultado se tem falado também a propósito da actividade do **estomatologista** e do médico **dentista**, embora em bom rigor só seja legítima tal qualificação na situação muito particular de se obrigarem a fornecer ou colocar um aparelho de prótese»²⁸⁵. «Sustenta-se, com efeito, que a prótese fornecida deverá ser inteiramente conforme às necessidades dos pacientes»²⁸⁶. Porém, «fora destes casos muito particulares deverá entender-se que estes médicos estão obrigados a uma obrigação de meios»²⁸⁷.

De facto, embora a **aplicação de próteses** seja, em regra, apresentada como um exemplo duma intervenção em que o médico se vincula à obtenção dum **resultado**, «é necessário fazer uma distinção entre a actividade de elaboração da prótese e actividade de aplicação da mesma no organismo do doente»²⁸⁸. É que, na primeira, «o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adegue à anatomia do concreto doente, de acordo com regras técnicas precisas, assumindo uma obrigação de resultado», mas na segunda, «na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de factores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como uma obrigação de meios»²⁸⁹.

A maioria da **jurisprudência** tem igualmente considerado que, **no caso das intervenções médico-dentárias, com finalidades predominantemente estéticas** (consubstanciadas, nomeadamente, na colocação de próteses, na restauração de dentes e inclusivamente na realização de implantes), **a obrigação do médico configura uma obrigação de resultado**:

– «As intervenções médico-dentárias com fins predominantemente estéticos, tais como colocação de próteses, restauração de dentes e até a realização de implantes, reconduzem a obrigação do médico a uma obrigação de resultado» – **Acórdão da Relação do Porto de**

²⁸³ In “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 102.

²⁸⁴ In “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 101, nota 243.

²⁸⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS in ob. cit., pp. 252-253.

²⁸⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS in ob. cit., p. 253.

²⁸⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁸⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 100.

²⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

5/03/2013 (Processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1; Relator: HENRIQUE ARAÚJO), cujo texto integral está acessível on-line in: [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf;);

– «Tendo-se o réu/médico obrigado, por contrato e por um determinado montante de honorários, a colocar 21 coroas em zircónia e duas pontes no mesmo material em determinados dentes da autora, estando a boca desta já devidamente preparada para o efeito [em consequência de tratamentos anteriores noutra clínica], apresenta-se inequívoco estarmos perante caso de responsabilidade contratual e que a obrigação assumida pelo primeiro se traduziu numa obrigação de resultado [ou numa obrigação fragmentária de resultado]» – **Acórdão da Relação do Porto de 17/6/2014** (Processo n.º 11279/09.2TBVNG.P1; Relator: PINTO DOS SANTOS), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «Sendo a pretensão do A. fazer uma reabilitação dentária, com a substituição da prótese amovível que usava na metade esquerda do maxilar superior pela colocação de três implantes para cinco dentes, dois dos quais consistentes em ponte, tendo acordado com o R. a prestação desse serviço, mediante o preço combinado, parece-nos evidente que é, no mínimo, expectável que com a intervenção efectuada os dentes assim colocados fiquem simétricos em relação aos do lado contrário», pelo que, «Não tendo este resultado sido alcançado e não tendo o R. logrado demonstrar que tal não provém de culpa sua, é responsável pelo cumprimento defeituoso do contrato, constituindo-se na obrigação de indemnizar o A. pelos danos patrimoniais e não patrimoniais ao mesmo causados» – **Acórdão da Relação de Évora de 25/09/2014** (Processo n.º 2618/09.7TBLL.E1; Relator: FRANCISCO XAVIER), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf>.

iii) A cirurgia estética

«Também em matéria de **cirurgia estética** se tem por vezes sugerido que o médico estaria vinculado por uma obrigação de resultado»²⁹⁰. «A verdade é que parece não haver razões decisivas para que a obrigação do cirurgião estético deva considerar-se substancialmente diferente da que recai sobre os diferentes cirurgiões, pois que também no primeiro caso se verifica a álea inerente a todo o acto cirúrgico»^{291 292}.

Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA²⁹³, «estas intervenções [em matéria de cirurgia estética] têm um carácter **aleatório** como quaisquer outras, sendo, aliás, por vezes, de enormíssima complexidade técnica e com assinaláveis riscos». Por isso, a cirurgia estética «apenas se pode tornar uma obrigação de resultado em virtude do modo como a operação foi

²⁹⁰ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁹¹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

²⁹² Para JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, pp. 253 *in fine* e 254), «a especial exigência que não raro se associa às intervenções estéticas tem antes a ver com problemas como a informação a prestar ao paciente e a obtenção do seu consentimento» «Por outras palavras, o que pode discutir-se é a licitude de certas operações de cirurgia estética – atenta a consideração aduzida por alguns de que sendo a intervenção efectuada sobre um corpo são o médico só poderia intervir quando o resultado favorável fosse certo» (*ibidem*). «Uma vez porém reconhecida a licitude da intervenção o conteúdo da obrigação não pode ter espessura ou conteúdo diferente do comum das intervenções cirúrgicas» (*ibidem*).

²⁹³ In “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 721.

apresentada, ou seja, das **informações** que o médico forneceu ao doente»²⁹⁴. «Explicando melhor, uma intervenção [no campo da cirurgia estética] 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»²⁹⁵.

VERA LÚCIA RAPOSO²⁹⁶ sustenta que a tese que vê na **cirurgia estética** uma **obrigação de resultado** apenas vale para a **cirurgia estética de embelezamento**, mas já não para a **cirurgia estética reconstrutiva**, a qual exprime sempre uma mera **obrigação de meios**. E, «para além destas, temos ainda as intervenções plásticas que, sendo embora (também) estéticas, assumem predominantemente pendor terapêutico»²⁹⁷. «É o caso das reconstruções mamárias após uma mastectomia»²⁹⁸. «Muitas vezes, tais intervenções implicam inclusivamente uma atuação na mama que não foi mastetomizada, de forma a torna-la simétrica com a outra mama, o verdadeiro alvo da reconstrução mamária»²⁹⁹. «Ora, esta é ainda, e sobretudo, uma acção terapêutica, pelo que não valem aqui as exigências quanto ao resultado que apontámos às intervenções puramente estéticas»³⁰⁰.

No campo da **cirurgia estética**, o entendimento que tem prevalecido, na maioria da **jurisprudência portuguesa**, é o de que **estamos em presença dum obrigação de resultado**³⁰¹:

– «Tendo sido celebrado entre Autora e Réu, médico cirurgião plástico, contrato dirigido à correcção estética do rosto daquela, o qual enfermava de envelhecimento precoce, traduzido em rugas e flacidez da pele, estamos em presença de uma obrigação de resultado» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-03-2007** (Revista n.º 101/07 - 6.ª Secção; Relator: SOUSA LEITE), cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*”;

– «Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”»; consequentemente, «Aqui, em cirurgia

²⁹⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *ibidem*.

²⁹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *ibidem*.

²⁹⁶ In “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., pp. 115/116.

²⁹⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 116.

²⁹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

²⁹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

³⁰⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

³⁰¹ Cfr., todavia, em dissonância com esta orientação jurisprudencial maioritária, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/11/2012** (Processo n.º 117/2000.L1.S1; Relator: ABRANTES GERALDES) – acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> –, no qual se entendeu que «No contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, ainda que na vertente da cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrigação de meios, devendo aplicar em todas as fases da sua intervenção as *leges artis* adequadas», pelo que se veio a considerar que «**O facto de se ter esvaziado o soro fisiológico que preenchia um dos implantes mamários, dois anos e meio depois da sua colocação, não integra, por si, o incumprimento ou mesmo cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, estando provado que o cirurgião e demais equipa fizeram uso da diligência devida, quer na escolha, quer na colocação dos implantes.**»

estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009** (Processo n.º 544/09.9YFLSB; Relator: PIRES DA ROSA), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «No caso dos autos [em que] foi celebrado um contrato de prestação de serviço, tal como se encontra definido no artigo 1154.º do CC, entre a A. e a 1.ª Ré, para depilação definitiva a laser a ambas as pernas do joelho para baixo ou como usualmente se domina a meia perna», «Não houve um assumir de prestação de meios, mas a obrigação de um resultado – a depilação» – **Acórdão da Relação do Porto de 10/10/2011** (Processo n.º 84/08.3TVPR.T.P1; Relator – SOARES DE OLIVEIRA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «A realização de uma depilação a laser a uma cliente por parte de uma empresa especializada traduz um contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, enquadrável no artigo 1154.º do Código Civil», pelo que «Existe cumprimento defeituoso se em resultado das técnicas utilizadas a cliente veio a sofrer queimaduras cutâneas, e posteriormente pequenas cicatrizes e manchas brancas em ambas as pernas, que tardaram quase dois anos a desaparecer» – **Acórdão da Relação de Évora de 13/02/2014** (Processo n.º 1843/08.2TBLL.E1; Relator – JOSÉ LÚCIO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf>;

– «Nas cirurgias estéticas, que se destinam a corrigir um determinado defeito físico ou a melhorar a aparência ou a imagem de uma pessoa, a dimensão do resultado assume maior relevo nas obrigações contratuais dos médicos do que nas cirurgias curativas ou assistenciais, típicas obrigações de meios, sendo também densificados os requisitos de manifestação da vontade dos pacientes e os deveres de esclarecimento dos médicos.» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/06/2015** (Processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1; Relator: MARIA CLARA SOTTOMAYOR), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

Em ITÁLIA, a **Sentença da Corte di Cassazione, sezione III, n. 10014/94, de 25/11/1994** entendeu que: «Se é pacífico que a obrigação assumida pelo médico é em geral de meios, o problema põe-se de forma parcialmente diversa no âmbito da cirurgia estética, na qual o cirurgião estético pode assumir uma simples obrigações de meios, ou também uma obrigação de resultado, observando-se todavia que este último não constitui um dado absoluto, devendo-se pelo contrário avaliar com referência à situação anterior e às possibilidades objectivas permitidas pelo progresso alcançado pelas técnicas operatórias» (tradução livre do original italiano).

Por outro lado, a **Sentença da Corte di Cassazione n. 3046/97** (publicada in *Foro Italiano*, 1997, I, p. 1801) considerou que: «Deve-se operar uma distinção entre intervenções de cirurgia estética reconstrutiva e cirurgia estética reconstitutiva porque daqui decorre um diverso encargo informativo devido ao paciente, sendo essa obrigação, na segunda hipótese, enfraquecida enquanto limitada àqueles resultados eventuais que, contrariamente às

intenções do paciente, poderiam tornar vã a operação, não comportando em substância uma melhoria efectiva em relação à situação pré-existente à operação.» [Tradução livre do original Italiano]

Não obstante, a **Sentença da Corte di Cassazione n. 22327, de 24/10/2007**, entendeu que: «Não se configura um incumprimento contratual imputável ao cirurgião estético, se resulta apurado que a operação foi realizada de acordo com as regras da arte, que as consequências da permanência de cicatrizes foram indicadas [pelo cirurgião ao paciente] como efeito inevitável da intervenção, dadas as condições biológicas do paciente, e que este último tinha validamente dado o seu consentimento, por escrito, às modalidades da operação e aos seus resultados cicatriciais permanentes (Tradução livre do original Italiano).

Na mesma linha, a **Sentença da Corte di Cassazione n. 12253, de 3/12/1997**, já havia considerado que: «a obrigação do profissional no confronto do seu cliente, mesmo no caso de intervenções de cirurgia estética, é de meios, pelo que o cirurgião não responde pelo não alcançar do resultado que o cliente esperava e que ele não é obrigado a assegurar, na ausência de negligência ou imperícia, sem prejuízo da obrigação do profissional de apresentar ao paciente realisticamente as possibilidades de obtenção do resultado almejado.»

iv) Os casos em que existe uma cláusula ou convenção de garantia

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS³⁰², «fora dos casos pontuais que ficaram referidos ou doutros que porventura possam merecer tratamento idêntico, a questão que é legítimo formular é [antes] a de saber **se, por convenção entre médico e doente, a obrigação que em princípio seria de meios, poderá transformar-se em obrigação de resultado**». Aqui há que distinguir várias situações.

«Se a(s) certeza(s) que o médico transmite ao cliente são sobremaneira inconsistentes, sob o ponto de vista da ciência e prática médicas, e o médico está ciente disso mesmo, poderá dizer-se que estamos em face de uma situação de dolo (v.g., o médico pretende que o doente faça mais uns tratamentos para lhe cobrar certa quantia de honorários e para tal garante um resultado a 100%) que vicia o consentimento prestado e que responsabilizará o médico pelos prejuízos causados»³⁰³. «O tratamento a dar a tais situações é no essencial o mesmo que cabe aos chamados tratamentos arbitrários ou não autorizados»³⁰⁴.

Mas «se porventura a “garantia” assumida pelo médico não vai além de uma genérica certeza de que tudo correrá pelo melhor, será pouco curial considerar que o médico assume uma obrigação de resultado, pois que não podendo ocultar ao doente os riscos do tratamento nada o impede todavia de mostrar perante ele um razoável e fundado optimismo»³⁰⁵. «A obrigação do médico continuará em tal caso a ser uma pura obrigação de meios»³⁰⁶.

³⁰² In ob. cit., p. 254.

³⁰³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

³⁰⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

³⁰⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

³⁰⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

Ainda segundo JOÃO ÁLVARO DIAS³⁰⁷, «pode porém admitir-se, ou pelo menos não será de excluir *a priori*, a possibilidade de o médico se obrigar validamente a conseguir um certo resultado ou a evitar um dano». «Assim, p. ex., já se considerou que assumem tal tipo de obrigações os organismos de recolha de sangue quando asseguram aos dadores voluntários e altruístas que a colheita de sangue não comporta quaisquer riscos para a saúde»³⁰⁸.

São ainda apontadas como **obrigações de resultado** as intervenções destinadas a alterar actividades biológicas de cariz sexual (vasectomia, laqueação de trompas), provavelmente porque também aqui se entende que, não sendo uma situação de risco para a vida ou para a saúde, o paciente só deseja aquele resultado e tudo o que fique aquém será considerado um fracasso³⁰⁹.

Na jurisprudência, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-12-2002** (Revista n.º 4057/02 – 6.ª Secção; Relator: AFONSO DE MELO – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>. – entendeu que, não obstante, fora das chamadas prestações rotineiras, o médico apenas se obrigue a tratar o paciente e não a curá-lo, «Pode, porém, garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado; normalmente, isso acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento». No caso em apreciação, o STJ considerou que: «Assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava («contracção de Depuytren»), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo da mão e eliminaria a «contracção».

De igual modo, segundo o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/09/2011** (Revista n.º 10527/07.8TBMAI.P1.S1 – 6.ª Secção; Relator: JOÃO CAMILO), embora, em princípio, a obrigação do médico se traduza numa obrigação de meios e não de resultado, «porém, tal não impede que, dos contornos concretos do contrato de prestação de serviços celebrado entre um doente e um médico ou clínica médica, nomeadamente, no campo das especialidades clínicas, possa resultar que o médico ou clínica médica se obrigou em termos de garantir um resultado concreto, pelo que poderá ter de responder civilmente pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, mesmo que a assunção dessa obrigação contrarie, eventualmente, a sua deontologia profissional dada a provável impossibilidade médica de cumprir aquela obrigação».

Já o **Acórdão da Relação de Lisboa de 23/10/2007** (Processo n.º 6068/2007-7; Relatora: ISABEL SALGADO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – considerou, num caso em que a Autora (que era assistida pela Ré na área de ginecologia-obstetrícia) contactou esta no sentido de se submeter à vulgarmente denominada **laqueação de trompas, ou contracepção definitiva**, invocando que já tinha quatro filhos e não pretendia de novo engravidar, que, face à «singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover “um mal de saúde” da paciente, mas tendo como finalidade exclusiva, no caso, alcançar um método anticoncepcional

³⁰⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *in ob. cit.*, p. 255.

³⁰⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

³⁰⁹ Cfr., neste sentido VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, Coimbra, 2015, p. 117.

definitivo, que não se revelou eficaz, sem que dele, porém, tivesse resultado qualquer dano para a saúde da mesma», «o risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e tal também não foi assegurado pela médica»^{310 311 312}.

E «o mesmo poderá dizer-se das **intervenções relativamente simples, cujo êxito é praticamente certo** (v.g., remoção de um quisto sebáceo, apendicite)»³¹³. Trata-se daquelas **intervenções rotineiras**, que se praticam quase todos os dias e nas quais o médico deve conhecer cada passo³¹⁴. Também cabem no leque destas **intervenções simples aquelas intervenções que acarretam uma percentagem muito diminuta de risco**, pois que nestas o normal e previsível é que sejam bem sucedidas³¹⁵.

Na jurisprudência, o **Acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002** (Revista n.º 495/02, 6.ª secção; Relator: AFONSO DE MELO) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>. - também entendeu que: «**Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do doente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapêutica inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente**».

v) A dicotomia *obrigação de meios/obrigação de resultado* na actividade médica em geral

³¹⁰ A natureza da obrigação médica de proceder a uma **esterilização**, seja masculina (a vasectomia), seja feminina (a laqueação das trompas) é objecto de controvérsia, ao nível da doutrina. Se, para alguns, a esterilização (*maxime*, a vasectomia) configura uma **obrigação de resultado**, para outros trata-se duma **obrigação de meios**. Entre nós, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA (in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 720) considera mais correcta esta segunda orientação, «visto que o resultado depende da biologia própria do paciente, designadamente da endocrinologia e da proteónica de cada indivíduo». Todavia – segundo este mesmo Autor (*ibidem*) –, «se a informação prestada não foi completa, designadamente se não se explicou ao paciente o risco de fracasso da intervenção, ou se não se informou da necessidade de continuar a utilizar um outro método anticoncepcional durante um determinado período de tempo, haverá lugar à responsabilidade médica por violação do dever de informação».

³¹¹ Em ITÁLIA, a jurisprudência da **Cassazione** [Tribunal Supremo] considera, desde 1979, que “*L’obbligazione assunta dal medico, consistente nel provocare la definitiva infertilità di una paziente è, come tale, di risultato e non di mezzi. In tal caso l’obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l’evento previsto come conseguenza dell’attività esplicata dal debitore, nell’identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l’attività dell’obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto*”.» [A obrigação assumida pelo médico, consistente em provocar a infertilidade definitiva duma paciente, é, como tal, de resultado e não de meios. Em tal caso, a obrigação de resultado só pode considerar-se cumprida quando se tenha realizado o evento previsto como consequência da actividade desenvolvida pelo devedor, da identidade de previsão negocial e na completude quantitativa e qualitativa dos efeitos previstos e, em contrapartida, não pode considerar-se cumprida se a actividade do obrigado, embora diligente, não tenha podido alcançar o resultado previsto]: cfr., neste sentido, as **Sentenças n.ºs. 6416 (de 10.12.1979), 7618 (de 14.8.1997), 3566 (de 25.3.1995) e 9617 (de 10.09.1999)**.

³¹² VERA LÚCIA RAPOSO (in “*Do acto médico ao problema jurídico*”, Coimbra, 2015, p. 122) manifesta a sua estranheza perante a tese – aparentemente seguida pela Relação de Lisboa (neste Acórdão de 23/10/2007) – segundo a qual a **circunstância de a intervenção não garantir com absoluta certeza o seu êxito é suficiente para a tornar uma obrigação de meios, não podendo o médico ser responsabilizado pelo insucesso**. Isto porque, «em bom rigor, não haverá atuação médica que possa garantir a 100 % o resultado, pelo que se um risco tão baixo como aquele apontado pelo tribunal [mesmo utilizando as técnicas mais adequadas, ainda assim a margem de não efectivação é de 02 a 04 %] serve de sustento a uma obrigação de meios dificilmente se consegue pensar numa obrigação de resultado no domínio médico» (VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*).

A crítica da Autora a este aresto é manifestamente procedente: ao considerar não se tratar duma **obrigação de resultado**, mas tão só duma **obrigação de meios**, apenas porque «o risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e tal também não foi assegurado pela médica», a Relação de Lisboa adoptou um **critério totalmente irrealista e inaceitável** e, portanto, decidiu erroneamente.

³¹³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

³¹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 122.

³¹⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

«Ao invés – segundo a opinião generalizada da doutrina –, no comum dos casos que comportam sempre uma irreduzível e significativa margem de incerteza (o chamado “génio da doença”), a assunção de uma garantia de sucesso da intervenção faria com que o contrato médico contrariasse a própria dignidade profissional, devendo como tal considerar-se nulo por contrário à ordem pública e aos bons costumes»³¹⁶.

Entre nós, a maioria da **jurisprudência** também perfilha a tese segundo a qual, **nos casos de contratação de tratamento em que a autonomia da vontade não foi preenchida com a assunção do resultado pretendido, a obrigação do médico não engloba este**; fica-se pelo emprego dos meios que, de acordo com o evoluir da ciência médica, ele tinha ou devia ter ao seu alcance, pelo que o médico cumpre satisfatoriamente a sua prestação se utilizar as técnicas e meios aceitáveis e adequados, com recurso às regras da arte clínica recomendadas, ainda que o resultado obtido seja inferior ao expectado:

– «A medicina progrediu imenso, mas a variedade das doenças, a sua evolução, a particularidade, genética ou não, de cada doente e outros factores, determinam que se lide sempre em termos de probabilidade de ser alcançado o fim pretendido; nuns casos com mais probabilidade, noutros com menos, mas sempre probabilidade; «Por isso, nos casos de contratação de tratamento em que a autonomia da vontade não foi preenchida com a assunção do resultado pretendido, a obrigação do médico não engloba este; fica-se pelo emprego dos meios que, de acordo com o evoluir da ciência médica, ele tinha ou devia ter ao seu alcance» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/11/2006** (Revista n.º 2851/06 - 2.ª Secção; – JOÃO BERNARDO), cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*”;

– «É de meios, não de resultado, a obrigação a que o cirurgião se vincula perante a doente com quem contrata a realização duma cirurgia à glândula tiróide (tiroidectomia) em determinado hospital» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/2006** (Processo n.º 06A1503; Relator: NUNO CAMEIRA), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «A prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/09/2007** (Processo n.º 07A2334; Relator: ALVES VELHO), cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

– «Sobre o médico, em geral, impende, tão só, a obrigação contratualmente assumida de desenvolver de forma prudente e diligente, face ao estágio científico actual das *leges artis*, uma determinada actividade, visando um efeito útil, aplicando o seu conhecimento no

³¹⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

tratamento do doente, mas sem a exigência vinculada de um certo resultado, *maxime*, a cura» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 8/01/2008** (Processo n.º 7365/2007-7; Relatora: ANA RESENDE), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios; Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar»; «Importa [pois] ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011** (Processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1; Relator: GREGÓRIO DA SILVA JESUS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Assente que o autor foi submetido a intervenção cirúrgica à coluna e nada mais se tendo provado que ajude a qualificar com precisão a obrigação, desconhecendo-se como surgiu a opção da sua submissão à intervenção cirúrgica, por iniciativa de quem, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido, se é que tal aconteceu, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, se foi informado dos riscos inerentes, resta então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente, estando cometida ao médico cirurgião uma obrigação de meios» – cit. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011**;

– «A obrigação de prestação de serviços médicos assume a natureza de prestação de meios não a de resultado em que o médico se obriga a prestar cuidados ao doente, minorar-lhe a dor, proporcionar-lhe bem estar, saúde, aliviá-lo do padecimento, restitui-lo à vida, se em perigo, envidar todos os esforços ao seu alcance, pôr em prática os seus conhecimentos de acordo com a ciência e a executá-los conforme os seus meios técnicos disponíveis, de acordo com as “*leges artis*”, um especial dever objectivo de cuidado, tendo como padrão um médico minimamente cuidadoso, diligente, sensível ao sofrimento alheio e aos bens jurídicos da vida e saúde, tal como suposto pela ordem jurídica, que nas condições do caso concreto agiria de forma diferente, como um “*bonus pater familias*”» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/2/2015** (Processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1; Relator: ARMINDO MONTEIRO), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «E não se trata de uma obrigação de resultado, de assegurar a todo o custo, a cura, mas a prestar os seus serviços, incluindo cuidados e conselhos, esclarecimentos dos riscos usuais e comuns em certos tratamentos, mas não já produzir um resultado esperado, porque na prestação de serviço podem interferir variáveis absolutamente incontroláveis e imprevisíveis, mesmo que empregue toda a diligência.» – cit. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/2/2015**.

Porém, em dissonância com esta orientação maioritária, o **Acórdão do STJ de 7/10/2010** (Processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1; Relator: FERREIRA DE ALMEIDA) – acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que, embora, em regra, o médico não se obrigue a curar o doente, apenas se comprometendo a proporcionar-lhe cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais; trata-se, pois, de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado; incumbindo, pois, ao doente o *burden of proof* da invocada inexecução desse contrato por banda do profissional médico, «já poderá não ser assim **se se tratar de médico especialista**, que ao pôr em prática a sua técnica e os seus conhecimentos técnico-científicos especializados (justamente o pressuposto da contratação do seu serviço), actua de modo contrário ao que dele era esperado e exigível, atentas as suas habilitações específicas para o concreto acto médico. O dever do emprego da técnica adequada vincula, de resto, o médico, mesmo após a alta do paciente, nomeadamente no que concerne ao dever de informação quanto ao tratamento e cuidados a observar – conf. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 44 - Ano 2000 - Julho/ Setembro, pp. 37 e s».

Segundo esta decisão, «**relativamente a um médico especialista** (v.g. um médico obstetra a quem é cometida a tarefa de proceder, com êxito, à extracção de um feto ou executar as manobras próprias de um parto), **já se torna compreensível a aludida inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o especialista em causa ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada** (prova do incumprimento), o que tem por base a sobredita presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta (sem embargo, todavia, de ele poder provar o contrário).»

Este aresto é asperamente censurado, na doutrina, por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA (in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., pp. 728/729), para quem a orientação nele preconizada pelo STJ, se fizesse curso nos tribunais portugueses, implicaria **uma Revolução Copernicana na responsabilidade médica**: «de uma situação de grande dificuldade de prova do incumprimento e da culpa médica, passaríamos a uma situação de *muito difícil prova de ausência de responsabilidade*».

Este Autor considera ter havido, neste caso, «uma utilização abusiva do conceito de obrigação de resultado como forma de alcançar uma decisão justa no caso concreto». Como a prova pericial se revelou muito difícil, o STJ entendeu haver lugar a uma **inversão do ónus da prova**.

Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA (*ibidem*), «este seria um caso em que se poderia lançar mão do conceito de prova *prima facie* ou, no direito americano, da teoria *res ipsa loquitur*».

«Com efeito, de acordo com as regras da experiência comum, mesmo de um leigo, a utilização de uma ventosa não deverá causar danos tão graves como os que ocorreram neste caso, pelo que compete aos médicos provar que não foram culpados» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*).

De todo o modo, o que este Autor **repudia** é a tese geral de que, «sempre que estejamos perante um *médico especialista*, sobre o qual recai um específico *dever do emprego da técnica adequada*, se torna compreensível a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado*». «Isso corresponderia a uma análise grosseira do que constitui uma obrigação de resultado e a um agravamento da posição processual do médico (especialista)» (*ibidem*).

Ao que acresce ainda que «tal distinção entre médico especialista e não especialista se afigura desajustada da actual legislação sobre carreiras médicas», já que «a maioria dos médicos são detentores de uma especialidade reconhecida pela Ordem dos Médicos» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*).

Também para VERA LÚCIA RAPOSO (in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 140), «a presunção de culpa do [médico] especialista deve ser claramente repudiada, pois que os maiores conhecimentos ou a maior habilidade do médico poderão ser certamente usados para aumentar a fasquia aquando da avaliação da sua culpa – recorrendo assim ao critério do “médico especialmente conhecedor e habilitado” e não ao critério do “médico médio” –, mas já se revela impraticável presumir a sua culpa com base nesse facto».

Em conclusão: a solução preconizada no referido Acórdão do STJ de 7/10/2010, de inverter o ónus da prova relativamente aos **médicos especialistas**, entendendo – pura e simplesmente – que as intervenções (nomeadamente cirúrgicas) por eles realizadas configuram, necessariamente, **obrigações de resultado**, não é dogmaticamente sustentável.

Contra a qualificação como **obrigação de meios** ou **de diligência** da **obrigação de tratamento** que recai sobre o médico (em geral) pronuncia-se, porém, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA³¹⁷.

Segundo este autor, tal qualificação poderia, em 1.º lugar, constituir elemento de perturbação, à luz do direito português, face à presunção de culpa genericamente estabelecida pelo artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil.

Em 2.º lugar, dificilmente se poderia conciliar a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios com a qualificação do contrato em que se insere como contrato de prestação de serviço, «uma vez que este se tipifica pela obrigação de “proporcionar certo (...) resultado” (artigo 1154.º)», sendo que «a explicação de que, neste caso, por resultado devem entender-se os próprios meios empregados envolve evidente paradoxo»³¹⁸.

«Por último, não deixa de ser estranho que, tendo o recurso à ideia da obrigação de meios surgido como veículo para explicar que a obrigação do médico se dirige a tratar e não a curar, a expressão se mantenha mesmo depois de ser bem claro que o conteúdo da obrigação se restringe aos tratamentos, aos cuidados de saúde, e não à cura»³¹⁹. «Ninguém duvida que, na

³¹⁷ In “*Os Contratos Cíveis...*” cit., pp. 110-111.

³¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³¹⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

generalidade dos contratos, a prestação principal do médico se dirige a “tratar” e não a “curar”, isto é, que o “resultado” do seu serviço consiste no tratamento e não na cura»³²⁰.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA considera, por isso, preferível **renunciar à distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado**, por isso que o conceito de obrigação de meios poderá gerar afinal uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída.

Em ITÁLIA, a **jurisprudência** tem lançado mão numa outra distinção entre as **intervenções de fácil execução** e as **intervenções de difícil execução**, para as sujeitar a um regime probatório distinto.

Assim, no 1.º caso, provada pelo paciente a não difícil execução numa intervenção médica requerida, compete ao profissional o ónus de demonstrar que o insucesso da operação não é devido à sua própria negligência ou imperícia; diversamente, no 2.º caso, uma vez provado pelo profissional que a intervenção implica problemas técnicos de particular dificuldade, é o paciente que deve demonstrar que as técnicas utilizadas não eram idóneas à execução da intervenção realizada ou dos cuidados pós-operatórios.

Em FRANÇA, a doutrina identifica as **obrigações intrinsecamente de resultado**, quando este não apresenta qualquer carácter aleatório³²¹.

A **jurisprudência francesa** tem identificado como tais as seguintes situações:

- Tratar erroneamente o paciente saudável ou o órgão são: operação ao apêndice, em vez de ablação de um tumor, amputação da perna errada;
- A realização de exames ou intervenções simples, nomeadamente, análises de sangue, exames de urina, transfusões sanguíneas, radiografias, apendicectomia, circuncisão, extracção dum dente, etc;
- Utilização de material em bom estado;
- Tratando-se do fabrico de prótese dentária (que resulta dum acto técnico sem a menor álea), não deve existir qualquer vício; o mesmo ocorre com um “pace-maker” (não assim, porém, quanto à concepção e **colocação** destes aparelhos, que constituem típicas **obrigações de meios**).

Quid juris ?

i) A superação da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado

Na doutrina portuguesa, há, pelo menos, quatro Autores – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e PEDRO ROMANO MARTINEZ –

³²⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³²¹ Cfr., neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 718.

que contestam a justificação, o valor dogmático e a relevância jurídica, no direito português vigente, da dicotomia **obrigações de meios versus obrigações de resultado**.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO sustenta – nuclearmente – que todas as obrigações são obrigações de resultado, uma vez que só este interessa ao credor, pelo que apenas pode estar em causa a natureza do resultado procurado, nas suas infinitas graduações³²².

Na pegada deste Autor e de MANUEL GOMES DA SILVA³²³, LUÍS MENEZES LEITÃO³²⁴ declara não haver base, no direito português vigente, para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado: «em ambos os casos aquilo a que o devedor se obriga é sempre uma conduta (a prestação), e o credor visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse (artigo 398.º, n.º 2)». «Por outro lado, ao devedor cabe sempre o ónus da prova de que realizou a prestação (artigo 342.º, n.º 2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (artigo 799.º), sem o que será sujeito a responsabilidade»³²⁵.

Na mesma linha, PEDRO ROMANO MARTINEZ³²⁶ afirma que «a distinção, apesar de frequentemente referenciada pela doutrina e jurisprudência portuguesas, não encontra previsão no Código Civil, pois o Prof. Vaz serra, conhecendo bem a questão que se discutia em França desde os trabalhos de Demogue, entendeu, na senda do sistema germânico, que essa clivagem, ainda que pudesse ser ponderada, não deveria condicionar a determinação da responsabilidade civil, mormente em sede de presunção de culpa».

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA³²⁷ conclui que esta distinção, na prática, perturba as regras legais sobre o ónus da prova da culpa e serve de argumento para enfraquecer a responsabilidade civil contratual. Assim, «nas prestações que consistem em entregar ou pôr à disposição uma coisa, a conduta do devedor deve necessariamente atingir esse resultado, salvo impedimento do credor ou fator incontável pelo devedor»³²⁸. «Este não se desobriga de realizar a conduta, enquanto seja possível, até que a entrega se efective»³²⁹. Por sua vez, «nas obrigações de prestação de facto de outra natureza (aquelas em que o critério tem sido mais usado), o devedor obriga-se à conduta descrita ou referida no contrato, devidamente

³²² «A prestação, enquanto ação humana, engloba sempre o seu próprio fim, ou é inidentificável como humana. Apenas por análise abstracta podemos, numa conduta, distinguir a actuação e o resultado: temos, sempre, uma actuação-resultado ou, se se preferir, uma acção final.» (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in *Tratado de Direito Civil, VI – Direito das Obrigações, Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática Geral*, 2.ª edição, 2012, p. 480). «A contraposição entre prestações de conduta e de resultado acaba, assim, por ser linguística: tudo está em saber qual foi a fórmula usada na fonte (normalmente, no contrato) de onde promane a obrigação em jogo e quais as consequências porventura daí resultantes, a nível de regime» (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibidem*). «A prestação é de ação ou de meios quando seja comunicada através da descrição da conduta que se espera do devedor; sê-lo-á de resultado caso este seja usado para a formular» (A., ob. e vol. cit., p. 481). (...) «De todo o modo e predominantemente, a prestação é orientada para o resultado (*ergebnisorientiert*)» (*ibidem*).

³²³ In *“O Dever de prestar e o Dever de Indemnizar”*, Lisboa, 1943, pp. 206 e 238 e segs.

³²⁴ In *“Direito das Obrigações”*, Vol. I, 3.ª ed., 2003, pp. 139-141.

³²⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO in ob. e vol. cit., pp. 140 *in fine* e 141.

³²⁶ In *“Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”*, publicado in *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Vol., Coimbra, 2011, pp. 459-486 [p. 476].

³²⁷ In *“Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação”*, Coimbra, 2014, p. 80.

³²⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in ob. e vol. cit., p. 80.

³²⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

interpretado e integrado»³³⁰. Assim, por exemplo, «em todos os contratos de prestação de serviço (em sentido amplo), o devedor do serviço obriga-se, segundo a lei (artigo 1154.º), a proporcionar à outra parte o *resultado* do seu trabalho intelectual ou manual»³³¹. Por isso, «das duas uma: ou todas as obrigações de prestação de serviço são de resultado ou há algumas em que o meio é o resultado e outras em que se exige o resultado...do resultado»³³².

Em sintonia com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO ROMANO MARTINEZ³³³ salienta que, «tendo em conta a boa fé – princípio geral de todo o Direito com especial relevo nas obrigações –, em toda a prestação há um resultado a atingir». «Por isso, o médico, tendo em conta a boa fé no cumprimento [das obrigações, imposto ao devedor pelo artigo 762.º, n.º 2, do Cód. Civil], assume uma obrigação de resultado: fazer bem o diagnóstico, realizar a cirurgia com perícia, etc.»³³⁴. De resto, «seria estranho que se pudesse afirmar que o médico só deve atender a um interesse instrumental do paciente, sem cuidar das consequências»³³⁵.

«Por outro lado, excluindo as obrigações de garantia [que são aquelas em que o devedor assegura que o resultado se verificará e, assim não sendo, independentemente da razão, responsabiliza-se por tal incumprimento], não há puras obrigações de resultado; o transportador tem de realizar bem o transporte, mas se a mercadoria tiver ficado destruída porque um terceiro incendiou o camião, o transportador não responde por incumprimento da obrigação de transporte»³³⁶. «Dito de outro modo, não há puras obrigações de meios, em que o devedor se aliena do resultado a atingir»³³⁷. «Tendo em conta a boa fé, o devedor prossegue sempre um resultado, que pode não ser conseguido por causa externa, facto de terceiro (p. ex., deficiência do aparelho utilizado imputável ao fornecedor), etc.»³³⁸.

«Em suma, em todas as obrigações há um resultado a atingir; mas atendendo ao tipo de vinculação e à boa fé pode haver diferentes consequências em termos de resultado, nomeadamente na apreciação da culpa»³³⁹. «Assim, admite-se que numa obrigação de resultado o julgador seja especialmente exigente na apreciação da causa externa que afasta a presunção de culpa, enquanto, sendo a obrigação de meios, possa ter maior condescendência perante os factos invocados pelo devedor para afastar a culpa; deste modo, tal como prescreve o n.º 1 do artigo 799.º do CC, presume-se sempre a culpa do devedor, contudo, sendo a prestação de meios, pode haver maior tolerância na apreciação de factos externos que ilidam a presunção de culpa»³⁴⁰.

Quanto ao **argumento** em que se apoiam os sequazes da dicotomia **obrigações de meios versus obrigações de resultado**, segundo o qual, **na responsabilidade médica, o médico nunca**

³³⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³³¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³³² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³³³ In “*Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*” cit., loc. cit., p. 477.

³³⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³³⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³³⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³³⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³³⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³³⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

poderia obrigar-se a curar o paciente, mas tão só a tratá-lo – pelo que, ainda que a actividade por si desenvolvida não tenha conduzido a esse resultado – a cura do doente –, não haveria responsabilidade do médico e seria inaceitável fazer funcionar contra este a presunção de culpa que, em princípio, onera o devedor (nos termos gerais: artigo 799.º-1 do Cód. Civil) –, PEDRO ROMANO MARTINEZ faz notar que «há, contudo, que distinguir o resultado último de uma intervenção médica do resultado concreto da actividade desenvolvida pelo médico»³⁴¹. «Em muitas actividades médicas, a cura do paciente é um resultado que extravasa os limites contratuais, ou seja está para além do âmbito de protecção do contrato»³⁴². «Mas, numa cirurgia, a troca de um órgão, a perfuração de um órgão ou o esquecimento de uma gaze no abdómen é um resultado que se inclui na esfera de protecção do contrato de prestação de serviços em causa e que tem de ser alcançado pelo devedor (médico)»³⁴³.

Na mesma linha, JORGE RIBEIRO DE FARIA³⁴⁴ sustenta que «se o médico não deve a **cura** ao doente (caso em que se teria uma obrigação de resultado típico), deve, todavia, não só o **tratamento adequado** como (simultaneamente ou do mesmo passo) a **não lesão do doente** em certas circunstâncias (caso de erro grosseiro) e, dessa forma (...) a obrigação de meios» transmuta-se «nesta precisa medida, numa obrigação de resultado» – «o médico é responsável por um resultado que faz parte da sua própria obrigação, e que é a de preservar o doente de riscos negligentemente (de forma grosseira) causados».

De quanto precede resulta, pois, que «o devedor, mesmo que a obrigação se possa qualificar como de meios, tem um resultado a atingir e deve actuar de boa fé»³⁴⁵. «Deste modo, a presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do CC não deve ter dois entendimentos; ou seja, ainda que a obrigação seja de meios, o devedor é que tem o domínio sobre o modo de realização da prestação, devendo aplicar-se a presunção de culpa»³⁴⁶. «Assim, o médico obrigou-se a realizar bem o diagnóstico, o exame, a cirurgia, etc., incumbindo-lhe, portanto, provar que actuou sem culpa e que a falha de cumprimento e a consequente lesão do paciente se ficou a dever a uma causa externa, por exemplo facto de terceiro ou culpa do lesado (artigo 570.º do CC)»³⁴⁷. Por isso, «não basta afirmar, como é usual, que a lesão causada ao paciente ocorreu acidental e imprevisivelmente; importa demonstrar a ocorrência de causa estranha que pudesse afastar a presunção de culpa, incumbindo ao médico demonstrar que o dano se ficou a dever a deficiência dos instrumentos, culpa do paciente, força maior, etc.»³⁴⁸.

Finalmente, podem ainda invocar-se **dois argumentos de ordem literal** contra a relevância da distinção entre **obrigações de meios** e **obrigações de resultado**.

³⁴¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴⁴ In “*Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*”, publicado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pp. 115 e segs. [p. 174].

³⁴⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ in “*Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*” cit., loc. cit., p. 479.

³⁴⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁴⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

Por um lado, o artigo 1154.º do Cód. Civil define o **contrato de prestação de serviços** como aquele em que o devedor se obriga a proporcionar ao credor *um certo resultado*. Por isso, tratando-se do **contrato de prestação de serviços médicos**, sempre estará o médico obrigado a proporcionar ao paciente um determinado resultado.

Por outro lado, o artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil estabelece a presunção de culpa do devedor, sem distinguir entre prestação de meios e de resultado. Por isso, «não se pode entender que nas obrigações de meios deixe de se aplicar o citado preceito»³⁴⁹.

Em conclusão: existem boas razões para se dever considerar superada a contraposição entre obrigações de meios e obrigações de resultado, para efeitos da presunção de culpa estabelecida a cargo do devedor no cit. artigo 799.º-1 do Cód. Civil.

Em ITÁLIA, a **Sentença da Corte di Cassazione n.º 8826, de 13.04.2007**^{350 351}, considerou expressamente que:

– «Está ultrapassada a distinção entre obrigações de meios e de resultado, porque privada de argumentos substanciais».

A superação da orientação jurisprudencial italiana tradicional – que enquadrava a obrigação do profissional médico na categoria das **obrigações de meios**, em razão da **aleatoriedade** intrínseca dos resultados da actividade médica, com relevantes consequências em matéria de **avaliação da culpa** (do facto de não ser alcançado o resultado útil almejado pelo credor não era possível concluir, sem mais, pelo incumprimento do profissional médico, o qual deveria ser apreciado à luz dos deveres inerentes ao desenvolvimento da actividade exercida e, em especial, do dever de diligência posto a cargo do profissional pelo 2.º § do artigo 1176.º do Código Civil italiano³⁵²) e de **ónus probatório** (a qualificação da obrigação médica como obrigação de meios influía sobre a prova que devia ser fornecida pelo autor, de modo que fosse o paciente lesado a ter de demonstrar o incumprimento do médico, consistente no desrespeito da diligência exigida pelo cit. artigo 1176.º, 2.º § do CC italiano³⁵³) foi, em larga medida, consequência de duas linhas argumentativas:

³⁴⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁵⁰ Cujo texto integral (no original em Italiano) está acessível on-line in:

<http://www.altalex.com/documents/massimario/2007/08/31/medico-strutturato-obbligazioni-di-risultato-responsabilita-dell-ente-ospedaliero>; e também in: <http://www.studiolegaleriva.it/PUBLIC/aggiunte/cass-8826-07.pdf>.

³⁵¹ Esta Sentença está publicada in *RCP Responsabilità civile e previdenziale*, 2007, 1824 seguintes, com uma anotação de M. GORGONI, “Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile”.

³⁵² Disposição que é do seguinte teor: «Nell’ adempimento delle obbligazioni inerenti all’ esercizio di un’ attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’ attività esercitata» [«No cumprimento das obrigações inerentes ao exercício duma actividade profissional, a diligência deve ser avaliada com referência à natureza da actividade exercida» – Tradução livre do original italiano].

³⁵³ A orientação tradicional da jurisprudência italiana está expressa, nomeadamente, na **Sentença da Cassazione n.º 2439, de 18/06/1975**:

«Esercitata dal professionista l’attività in relazione al caso concreto prospettato, e così eseguita la prestazione cui il professionista si era obbligato con la conclusione del contratto d’opera professionale, incombe al cliente, il quale assumo di aver subito un danno, l’onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, mentre incombe al professionista l’onere di provare l’impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione (Cass., agosto 1973, n. 2330; 15 dicembre 1972, n. 3672, n. 3616; 12 settembre 1970, n. 1386; 29 novembre 1968, n. 3848; 9 marzo 1965, n. 375). Per quanto riguarda la difettosa o l’inadeguatezza della prestazione

- 1) A doutrina *res ipsa loquitur* para as **prestações médicas de não difícil execução**;
- 2) A identificação de **casos em que a obrigação do médico era configurável como obrigação de resultado**³⁵⁴.

Quanto ao 1.º aspecto, afirmou-se e consolidou-se uma orientação jurisprudencial largamente maioritária – e afirmada sobretudo no campo da cirurgia estética – que começou a distinguir entre **intervenções rotineiras** e **intervenções complexas**.

Em caso de **intervenção rotineira**, o simples **resultado negativo** fazia surgir – segundo esta jurisprudência – uma **presunção de imperícia do médico**: a demonstração, por parte do paciente, do agravamento das suas condições de saúde seria, por si só, idónea para fundar uma presunção simples de inadequação da prestação ou de negligência do obrigado (*res ipsa loquitur*)^{355 356}.

Ao paciente bastaria alegar pura e simplesmente o incumprimento, limitando-se a provar o carácter rotineiro da intervenção e o agravamento das suas condições de saúde, cabendo ao médico a prova de que a prestação profissional foi realizada de modo diligente e que o insucesso da terapia se ficou a dever a causas imprevistas ou imprevisíveis³⁵⁷.

Diversamente, no caso da **intervenção complexa**, a ausência do resultado esperado não permitiria, por si só, inferir a imperícia do médico, o qual deveria apenas debastaria provar a complexidade da intervenção, cabendo ao paciente a prova de que o insucesso devia ser atribuído não à álea fisiológica da operação, mas às modalidades específicas de execução da mesma, de modo a evidenciar uma culpa grave do médico^{358 359}.

professionale, il cliente ha l'onere di fornire la prova di sufficienti e idonei dati obiettivi, in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, fossero sufficienti una preparazione professionale media ed una diligenza media nell'esercizio dell'attività professionale, o se, invece, fosse richiesto un impegno tecnico-professionale di livello superiore, implicando il caso concreto «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», e se, quindi, la responsabilità del professionista sussista anche per colpa lieve o soltanto per colpa grave (oltre che per dolo). Per quanto riguarda l'onere probatorio a carico del professionista, questi è tenuto a provare (subordinatamente all'esito positivo della prova a carico del cliente) che la imperfetta esecuzione della prestazione è dovuta a forza maggiore o caso fortuito».

Coerentemente com a distinção entre **obrigações de meios e de resultado** e em aplicação dos tradicionais critérios de repartição do ónus probatório, recaía sobre o paciente o ónus da prova da «defeituosa ou inadequada prestação profissional», incumbindo ao profissional o ónus de provar a impossibilidade não imputável da prestação.

³⁵⁴ Cfr. explicitamente neste sentido, GUIDO SMORFO, “Responsabilità medica” in “DIGESTO delle Discipline Privatistiche Sezione Civile”, Aggiornamento, UTET, pp. 640-672 [p. 654.]

³⁵⁵ GUIDO SMORFO, “Responsabilità medica” cit., loc. cit., p. 654.

³⁵⁶ Embora a invocação do instituto processual de proveniência anglo-saxónica conhecido sob a nomenclatura de “*res ipsa loquitur*” só esteja presente em algumas decisões mais recentes da *Cassazione*, a orientação que distingue entre **intervenções de execução simples** e **intervenções complexas** remonta, pelo menos, à **Sentença n. 6141, de 21/12/1978**, como se retira da seguinte passagem: «no sector cirúrgico, quando a intervenção não seja de difícil execução e o resultado conseguido piore as condições finais do paciente, o cliente cumpre o ónus [probatório] a seu cargo provando que a intervenção operatória era de fácil execução e que se lhe seguiu um resultado pior, devendo-se presumir a execução inadequada ou não diligente da prestação profissional do cirurgião; cabe, pois, à entidade hospitalar fornecer a prova contrária, isto é, que a prestação profissional foi realizada idoneamente e o resultado para pior foi causado pela superveniência de um evento imprevisto e imprevisível ou pela existência duma especial condição física do paciente não detectável à luz do critério da diligência profissional comum.» [Tradução livre do original Italiano]

³⁵⁷ GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁵⁸ GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁵⁹ A linha argumentativa seguida pela referida **Sentença da Cassazione n. 6141, de 21/12/1978**, é a seguinte:

«L'onere probatorio a carico del cliente attiene, attraverso la dimostrazione di sufficienti e idonei dati obiettivi, al caso concreto ed al modo in cui è stata effettuata la prestazione del professionista. Ed appunto questi due momenti della prova da fornire devono essere tenuti distinti.

Anzitutto la prova da fornire riguarda il caso concreto: con particolare riguardo al settore chirurgico, riguarda il caso concreto patologico, relativamente al quale il chirurgo si è obbligato ad eseguire la prestazione professionale, ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo a quel caso concreto, seguito dalle necessarie conseguenti prestazioni postoperatorie. In questo primo momento, la prova che il cliente ha l'onere di fornire deve essere piena ed assoluta: il concreto caso patologico ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo devono essere dimostrati con precisione.

Relativa, invece, è la prova del suo secondo momento, attinente al modo in cui sono stati eseguiti l'intervento operatorio e le necessarie conseguenti prestazioni post-operatorie: relativa nel senso che l'oggetto della prova può e deve essere più o meno ampio a seconda della natura dell'intervento operatorio, accompagnato dalle successive prestazioni post-operatorie, scelto ed applicato dal chirurgo per la cura di quel concreto caso patologico» (Cass. 21.12.1978, n. 6141).

O paciente deve portanto fornecer a prova: a) do caso patológico e do tipo de intervenção que o médico praticou no caso concreto; b) das modalidades com que foi realizada a intervenção por parte do médico. Enquanto a primeira prova deve ser fornecida rigorosamente, a segunda deve ser produzida de modo mais ou menos preciso, consoante a natureza da intervenção realizada.

Seguidamente, afirma-se nesta mesma Sentença:

«Se l'intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo è di difficile esecuzione, poiché richiede una notevole abilità ed implica un largo margine di rischio, il cliente deve provare con precisione e particolareggiatamente il modo di esecuzione dell'intervento operatorio nelle sue varie fasi, nonché, ove sia necessario, il modo di esecuzione delle prestazioni post-operatorie.

Infatti, appunto per la difficoltà dell'intervento operatorio (nonché, eventualmente, delle prestazioni post-operatorie), il giudice deve analizzare l'eseguito intervento nei suoi singoli momenti, al fine di accertare se in uno o in alcuni di essi il chirurgo sia incorso in errore e se ciò sia avvenuto per colpa e di che grado; ed è perciò necessario che tutti quei singoli momenti siano dimostrati, mediante l'acquisizione in causa di dati obiettivi, idonei e sufficienti, a mezzo della prova fornita dal cliente» (Cass. 21.12.1978, n. 6141).

Por conseguinte, nas **intervencões de difícil execução**, a prova atinente às modalidades da prestação deverá ser fornecida pelo credor/paciente de modo rigoroso. Isto precisamente devido à natureza da prestação, que (enquanto difícil e, portanto, potencialmente fonte de erros) impõe verificar em que momento o médico incorreu em erro, se esse erro se deveu a culpa do médico e qual é o grau da culpa.

Diversamente, uma tal exigência não se coloca nas **intervencões médicas de fácil execução**:

«Ma un tale rigore probatorio non è necessario, e perciò non può essere richiesto, quando l'intervento operatorio, applicato dal chirurgo a quel concreto caso patologico, non sia di difficile esecuzione, ed il risultato conseguente sia peggiorativo, nel senso che le condizioni finali del cliente siano deteriori rispetto a quelle preesistenti.

L'intervento operatorio è di facile esecuzione quando non richiede una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi imprevisi ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale» (Cass. 21.12.1978, n. 6141).

Quando estejam em causa hipóteses de **intervencões de não difícil execução**, o resultado positivo do tratamento considera-se possível de ser alcançado com base no *id quod plerumque accidit*. Na verdade:

«Se l'intervento operatorio è di facile esecuzione, il risultato positivo, in vista del quale il cliente si è affidato al chirurgo, è di regola conseguente all'intervento operatorio ed alle successive prestazioni post-operatorie; salvo il sopravvenire di eventi imprevisi ed imprevedibili o l'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili.

Rilievo, questo, che è basato sull'*id quod plerumque accidit* e che evidenzia una regola di comune esperienza nel settore della chirurgia; rilievo che necessariamente influenza l'ambito dell'onere della prova a carico del cliente, ridimensionandolo, quando ad esso si aggiunga il risultato peggiorativo» (Cass. 21.12.1978, n. 6141).

Disto decorre **uma diversa distribuição do ónus probatório**, por força da qual, nas hipóteses de intervenção de fácil execução, se o resultado conseguido piora as condições do paciente, presume-se a inadequação ou a não diligente execução da prestação profissional:

«Quando il cliente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio applicato dal chirurgo al suo caso patologico era di facile esecuzione, e che tali erano pure (ove questa ulteriore prova sia necessaria) le successive prestazioni postoperatorie, ed abbia inoltre provato che a quell'intervento di facile esecuzione (nonché, se del caso, alle successive prestazioni post-operatorie) è conseguito un risultato peggiorativo, essendo le sue condizioni finali deteriori rispetto a quelle preesistenti, non può non presumersi la inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale: presunzione, questa, basata appunto sulla regola di comune esperienza nel settore chirurgico di cui si è detto sopra e sull'aberrante risultato conseguito. Sicché il cliente, fornendo la dimostrazione di quegli elementi, sui quali è possibile fondare la presunzione, ha adempiuto l'onere probatorio a suo carico. Ed allora spetta al chirurgo fornire la prova contraria: di avere eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione professionale, e che l'esito peggiorativo

Em termos práticos, a difusão desta orientação jurisprudencial implicou a inclusão na categoria das **obrigações de meios** apenas das obrigações médicas que implicam a solução de **problemas técnicos de especial dificuldade**^{360 361}.

O 2.º factor que determinou uma revisão do favor jurisprudencial relativamente ao médico consistiu na identificação de **sectores da actividade médica nos quais aquele que exerce uma profissão de saúde é obrigado à obtenção dum determinado resultado sob a forma de resultado favorável da prestação sanitária**³⁶².

O caso típico é aquele em que **o médico prometeu um determinado resultado ao cliente** ou, violando o dever de informação, **não apresentou a este último o concreto risco de possíveis consequências negativas**, gerando uma legítima confiança no resultado positivo da intervenção^{363 364}.

Também neste caso o princípio encontrou um campo de aplicação especialmente fecundo na **cirurgia estética**³⁶⁵.

Fora dos casos em que a obrigação médica era considerada uma obrigação de resultado, o regime probatório nas controvérsias em matéria de responsabilidade médica baseava-se, portanto, na distinção entre **intervenções rotineiras e intervenções complexas**.

fu causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale» (Cass. 21.12.1978, n. 6141).

Em conclusão: **quando a intervenção do médico não seja de difícil execução e o resultado piore as condições do paciente, este tem apenas o ónus de provar que a prestação era de fácil execução e o subsequente resultado traduzido no agravamento das suas condições**, enquanto **ao médico incumbe o ónus de provar a exacta execução da prestação e o acontecimento impreveduto e imprevisível que causou o tal resultado pior**.

«Più specificamente, l'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza» (Cass. 28.5.2004, n. 10297).

³⁶⁰ GUIDO SMORFO, "Responsabilità medica" cit., loc. cit., pp. 654 *in fine* e 655.

³⁶¹ É significativo, a este respeito, que a **Sentença da Cassazione n. 4852, de 19/05/1999** [publicada in *Il Foro Italiano*, Vol. 122, No. 10 (OTTOBRE 1999), pp. 2873/2874-2895/2896] tenha sentido a necessidade de precisar que, «no caso duma intervenção de fácil execução não se verifica uma passagem de obrigação de meios para obrigação de resultado, que seria dogmaticamente difícil de justificar a não ser negando a própria distinção entre os dois tipos de obrigações (como faz aliás grande parte da doutrina recente), mas opera o princípio *res ipsa loquitur*, amplamente aplicado nesta matéria nos ordenamentos anglo-saxónicos (onde a responsabilidade do médico é sempre de natureza aquiliana), entendido como "qualquer evidência circunstancial que cria uma dedução de negligência"».

³⁶² Cfr., neste sentido, GUIDO SMORFO, "Responsabilità medica" cit., loc. cit., p. 655.

³⁶³ GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁶⁴ Cfr. a **Sentença da Cassazione n. 9617 de 10/09/1999** [publicada in *RCP Responsabilità civile e previdenziale*, 2000, p. 315], na qual se reconheceu a existência duma **obrigação de resultado** num caso em que o médico tinha proposto e praticado a uma paciente uma intervenção de laqueação das trompas, afirmando que se tratava dum método anti-concepcional seguro a 100 %, tendo, porém, a paciente vindo posteriormente a engravidar.

³⁶⁵ Cfr. a seguinte passagem da **Sentença da Cassazione n. 10014, de 25/11/1994** [cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line in:

http://www.inca.it/IPERCORSI/Danni_da_trasfusione/Sentenze%20Corte%20%20Cassazione/Cass.%20sez%20III%20ci v%20%20n.%2010014%20del%201994.pdf]: «se é pacífico, além disso, que a obrigação assumida pelo médico é, em geral – adoptando aquela distinção – "de meios", o problema põe-se de forma parcialmente diversa no âmbito da cirurgia estética, em que o cirurgião estético pode assumir uma simples obrigação de meios, ou também uma obrigação de resultado, observando-se todavia que este último (...) não constitui, em todo o caso, um dado absoluto, devendo-se pelo contrário avaliar com referência à situação anterior e às possibilidades objectivas permitidas pelo progresso alcançado pelas técnicas operatórias» [Tradução livre do original Italiano].

Nas primeiras, o paciente limitava-se a alegar e provar a simplicidade da intervenção, bem como o resultado pior da mesma, enquanto o médico apenas se liberava provando, por sua vez, o caso fortuito ou a força maior, ou seja, que a prestação sanitária tinha sido realizada segundo as *leges artis* e que o mau resultado da intervenção tinha sido determinado por circunstâncias imprevistas e imprevisíveis.

No caso das **intervenções complexas**, o médico devia apenas provar a complexidade da intervenção, competindo ao paciente demonstrar que o insucesso se ficou a dever à culpa grave do médico ex artigo 2236.º do CC italiano.

Porém, esta orientação foi posta em causa pela **Sentença das Secções Unidas da Cassazione n. 13533/2001, de 30/10/2001**³⁶⁶, que estabeleceu a doutrina segundo a qual *o credor que age em juízo para obter a resolução do contrato, o cumprimento [coercivo] ou o ressarcimento do prejuízo decorrente do incumprimento, deve fornecer a prova da fonte do seu direito, limitando-se à mera alegação do incumprimento da contraparte, enquanto recai sobre o devedor demandado o ónus de provar o facto extintivo, ou seja, o cumprimento*³⁶⁷.

Embora este princípio tenha sido afirmado relativamente a uma hipótese estranha ao âmbito da responsabilidade médica, a referida Sentença influenciou profundamente no regime da

³⁶⁶ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line, nomeadamente, in:

<http://www.consumatori.it/images/Sentenze/inadempimento%20contrattuale.pdf>.

³⁶⁷ Esta **sentença das Secções Unidas da Cassazione n. 13533/2001, de 30/10/2001** pôs fim a uma divergência jurisprudencial existente em Itália acerca da repartição do ónus da prova com referência aos diversos remédios contratuais previstos pelo artigo 1453.º do Código Civil italiano: cumprimento, resolução e indemnização do dano. Uma primeira orientação – maioritária – sustentava que o regime probatório era diferente consoante o credor pedisse o cumprimento ou a resolução do contrato (ou, autonomamente, a indemnização do dano).

«*Si afferma che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombe al creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce. Infatti, ai fini della ripartizione di detto onere, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento (sent. n. 2024-68; n. 1234-70; n. 2151-75; n. 5166-81; n. 3838-82; n. 8336-90; n. 11115-90; n. 13757-92; n. 1119-93; n. 10014-94; n. 4285-94; n. 7863-95; n. 8435-96; n. 124-97)» (Cass., Sez. U., 30.10.2001, n. 13533).*

Uma segunda orientação – minoritária – considerava, pelo contrário, que o regime do ónus da prova era regulado do mesmo modo fosse qual fosse o pedido formulado pelo credor: cumprimento, resolução ou indemnização do dano do incumprimento.

«*Si è affermato che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'articolo 1453 c.c. e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni previste anch'esse da detta norma hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente, sicché alla parte che le propone non può addossarsi altro onere, a norma dell'articolo 2697 c.c., che di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse, incombendo alla controparte, invece, l'onere della prova di avere adempiuto» (Cass., sez. un., 30.10.2001, n. 13533).*

A divergência jurisprudencial foi decidida pela *Corte di Cassazione* na referida **Sentença n. 13533, de 30/10/2001**. O Tribunal aderiu à orientação jurisprudencial minoritária. Os argumentos a favor desta orientação são, em síntese, os seguintes: o princípio da continuação [ou persistência] do direito; a interpretação da norma do cit. artigo 1453.º do CC italiano segundo a razoabilidade; exigências de ordem prática.

A *Cassazione* conclui, portanto, afirmando que o credor que age em juízo para obter o cumprimento, a resolução do contrato ou o ressarcimento do prejuízo decorrente do incumprimento, deve fornecer a prova da fonte negocial ou legal do seu direito e, se previsto, do prazo de vencimento, mas pode limitar-se a alegar o incumprimento da contraparte; sobre o devedor demandado recai, pelo contrário, o ónus de provar o facto extintivo do direito do credor, constituído pelo cumprimento.

responsabilidade médica, levando a uma generalização da regra originariamente estabelecida para as intervenções rotineiras³⁶⁸.

De facto, em 2004, a **Sentença da Cassazione n. 10297, de 28/5/2004**³⁶⁹, proclamou o princípio segundo o qual «a distinção entre prestações de fácil execução e prestações que implicam a solução de problemas técnicos de especial dificuldade já não releva como critério de distribuição do ónus da prova, mas deverá antes ser tomada em conta na avaliação do grau de diligência e do correspondente grau de culpa, ficando em qualquer caso a cargo do médico a prova de que a prestação era de especial dificuldade».

Isto significa que também são aplicáveis no campo da responsabilidade médica os princípios enunciados pela Cassazione na cit. Sentença das Secções Unidas n. 13533/2001, de 30/10/2001³⁷⁰. O que tem como consequência que, doravante, **o paciente-credor deve demonstrar a fonte legal ou negocial do seu direito e limitar-se a alegar o incumprimento da contraparte. Será o devedor – neste caso o médico – a ter de provar o facto extintivo do direito, constituído pelo cumprimento ou pela impossibilidade objectiva de cumprir**³⁷¹.

A aludida **Sentença da Cassazione n. 10297, de 28/5/2004** trouxe ainda um elemento adicional muito relevante ao arredar o argumento – invocado na decisão recorrida para excluir a responsabilidade do médico por culpa leve – da **alta percentagem de resultados negativos** do “encravamento dos ombros do bebé durante o parto vaginal”, considerado sintomático da **dificuldade intrínseca da intervenção**.

Em sentido contrário, observou-se – na cit. **Sentença n. 10297** – que **a especial dificuldade da actividade executada pelo médico**, que permite a aplicação da limitação de responsabilidade prevista pelo artigo 2236.º do CC italiano, **não pode ser estabelecida com base na elevada percentagem de resultados negativos duma intervenção**, precisamente porque desse modo se tomariam em consideração não «os meios e os métodos utilizados pelo profissional, mas o resultado eventual e incerto; isto é, um índice (totalmente indeterminado) que não tem nada a ver com a especial dificuldade».

A **especial dificuldade da intervenção** respeita antes aos **casos em que é exigido um empenhamento que transcende a preparação média**, na medida em que, por exemplo, se trate de **patologias não adequadamente estudadas** ou de **tratamentos pouco experimentados pela ciência médica** – cit. **Sentença da Cassazione n. 10297, de 28/5/2004**.

Estes princípios foram reafirmados pela *Cassazione* na **Sentença n. 11488, de 21/06/2004**³⁷² – relativa a um pedido indemnizatório formulado por um casal de progenitores contra um

³⁶⁸ Cfr., neste sentido, GUIDO SMORFO, “Responsabilità medica” cit., loc. cit., p. 656.

³⁶⁹ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line in:

<http://www.altalex.com/documents/news/2005/01/15/spetta-al-medico-dimostrare-che-l-intervento-e-di-difficile-esecuzione>.

³⁷⁰ GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁷¹ GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁷² Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line in:

<http://www.ordineavvocatifrosinone.it/sites/default/files/uploaded/2004%20Sentenza%20n.%2011488-04%20Corte%20di%20Cassazione.pdf>.

médico ecografista e a estrutura hospitalar, com base na circunstância de o médico não ter relevado, na realização de alguns exames ecográficos efectuados durante a gravidez, as graves mal-formações do feto, o que teve como consequência que, no momento do nascimento, o bebé tinha um desenvolvimento insuficiente dos membros –, na qual se relevou o seguinte: «*é certo que a existência da gravidade da culpa constitui um pressuposto da afirmação da responsabilidade mas, como a relação que se instaura entre médico (bem como entre a estrutura hospitalar) e paciente dá lugar a uma relação de tipo contratual (...), com base na regra contida no artigo 1218.º do CC [italiano], compete não já ao paciente alegar e provar a sua existência, mas ao médico (e à estrutura hospitalar) demonstrar a sua falta*». **«O paciente tem o ónus de alegar a inexactidão do cumprimento, não a culpa nem, ainda menos, a gravidade da culpa; cuja falta (no caso “comum” previsto no artigo 1176.º CC) ou também apenas a não qualificação desta em termos de gravidade (no caso a que se refere o artigo 2236.º do CC) deve, ao invés, ser alegada e provada pelo obrigado à prestação que se considera inexactamente efectuada, e portanto ao médico».**

Os mesmos princípios foram desenvolvidos na **Sentença da Cassazione n. 8826, de 14/04/2007**³⁷³ – relativa a uma intervenção de execução não difícil (uma rinoplastia realizada num hospital público) e que se revelou inútil, tanto que a paciente foi estrangida, apenas a dois anos de distância, a submeter-se a uma intervenção análoga que desta vez deu o resultado esperado, tanto sob o ponto de vista funcional como estético –, na qual se fixou a seguinte orientação:

– A responsabilidade do médico funcionário duma entidade hospitalar perante o paciente tem natureza contratual, encontrando fundamento no chamado “contacto social”, fonte duma relação que, quanto ao conteúdo, se modela pelo contrato de empreitada profissional;

– A entidade hospitalar e o médico inserido na estrutura estão contratualmente comprometidos com o resultado passível de ser conseguido com base em critérios de normalidade, a apreciar segundo o modelo da diligência comum do bom profissional, em relação com o nível de especialização do profissional e com as estruturas técnicas à sua disposição;

– Tratando-se de responsabilidade contratual, o lesado é obrigado a provar o contrato e a alegar a desconformidade da prestação recebida em relação ao modelo normalmente realizado por uma conduta com base na diligência devida, enquanto ao médico incumbe o ónus de provar que a imperfeição da prestação resultou de causa a ele não imputável, sem que a este respeito seja possível distinguir entre prestações fáceis e difíceis, nem objectar que se trata de “obrigação de meios”^{374 375 376 377};

³⁷³ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line, nomeadamente, in:

<http://www.studiolegaleriva.it/PUBLIC/aggiunte/cass-8826-07.pdf>.

³⁷⁴ Em matéria de **distribuição do ónus probatório**, a **Sentença da Cassazione civile, sez. III, n. 23562, de 11/11/2011** voltou a afirmar que:

«*Ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.*»

– O resultado “anómalo”, fonte de responsabilidade do médico, deve ser identificado não só na presença dum agravamento da condição mórbida, ou em caso de surto dum nova patologia, mas também quando o resultado seja caracterizado por uma inalteração em relação à situação que tornou necessária a intervenção médico-cirúrgica³⁷⁸.

Esta decisão é muito clara na **argumentação aduzida para rejeitar a validade da distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios**: «*uma limitação da medida do esforço diligente devido no cumprimento da obrigação, e da consequente responsabilidade para o caso*

[Para efeitos de repartição do ónus probatório, o autor, paciente lesado, deve limitar-se a provar a existência do contrato (ou o contacto social) e o surto ou o agravamento da patologia, e alegar o incumprimento do devedor, abstractamente idóneo para provocar o dano de que se queixa, ficando a cargo do devedor demonstrar ou que esse incumprimento não existiu, ou que, mesmo existindo, ele não foi etiologicamente relevante» – tradução livre do original Italiano].

³⁷⁵ Mais recentemente, a **Sentença da Cassazione (sez. III, civile) n. 17143, de 9/10/2012** reiterou o entendimento segundo o qual:

«*Nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica, l'attore ha l'onere di allegare e di provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno e il nesso causale, mentre ha l'onere di allegare (ma non di provare) la colpa del medico; quest'ultimo, invece, ha l'onere di provare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, è dipeso da causa a sé non imputabile.*»

[«Nos processos de indemnização do dano causado por actividade médica, o autor tem o ónus de alegar e de provar a existência da relação de tratamento, o dano e o nexo causal, enquanto tem o ónus de alegar (mas não de provar) a culpa do médico; este último, por outro lado, tem o ónus de provar que o eventual insucesso da intervenção, em relação ao que foi acordado ou era razoavelmente esperável, resultou dum causa não imputável a si.» – tradução livre do original Italiano]

³⁷⁶ Idêntica orientação foi reafirmada na **Sentença da Cassazione, Sez. III Civile, n. 5590, de 20/03/2015**:

«*In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto sociale") e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, ed allegare la colpa della struttura, restando a carico dell'obbligato sia esso il sanitario o la struttura la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile, rimanendo irrilevante, sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio, che si tratti o meno di intervento di particolare difficoltà*»

[Em matéria de responsabilidade civil na actividade médico-cirúrgica, se for invocada uma responsabilidade contratual da estrutura sanitária e/ou do médico pelo defeituoso cumprimento da prestação sanitária, o lesado deve fornecer a prova do contrato (ou do “contacto social”) e do agravamento da situação patológica (ou do surto de novas patologias por efeito da intervenção) e do relativo nexo de causalidade com a acção ou a omissão dos médicos, e alegar a culpa da estrutura, ficando a cargo do obrigado, seja ele o médico ou a estrutura, a prova de que a prestação profissional foi realizada de modo diligente e que os resultados agravados foram determinados por um acontecimento imprevisto e imprevisível, sendo irrelevante, sob o ponto de vista da distribuição do ónus probatório, que se trate ou não de intervenção de particular dificuldade – Tradução livre do original Italiano].

³⁷⁷ A **Sentença da Cassazione –Sezione Terza Civile n.18307, de 18/09/2015**, reiterou uma vez mais que:

«*In tema di responsabilità civile derivante da attività medico-chirurgica, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando, al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale favor per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato.*»

[Em matéria de responsabilidade civil decorrente da actividade médico-cirúrgica, o paciente que actua em juízo invocando o imperfeito cumprimento da obrigação sanitária deve provar o contrato e alegar o incumprimento do profissional, ficando a cargo do obrigado o ónus de provar o exacto cumprimento, com a consequência que a distinção entre prestações de fácil execução e prestações que implicam a solução de problemas técnicos de especial dificuldade não vale como critério de repartição do ónus da prova, mas releva apenas para efeitos de valoração do grau de diligência e do correspondente grau de culpa, cabendo ao médico a prova da especial dificuldade da prestação, em conformidade com o princípio de favor geral para o credor lesado que informa o ordenamento» – Tradução livre do original Italiano].

³⁷⁸ Cfr., neste sentido, GUIDO SMORFO, “*Responsabilità medica*” cit., loc. cit., p. 657.

de relativa falta ou imperfeição, não pode na verdade ser feita decorrer da qualificação da obrigação – como na sentença impugnada – em termos de “obrigação de meios”. O profissional, e o médico especialista em particular, está de facto obrigado não já a uma prestação profissional qualquer que ela seja mas antes comprometido com uma conduta específica particularmente qualificada, em razão do seu grau de habilidade técnico-científica no sector de competência, em vista da consecução dum determinado objectivo devido, tendo em conta o critério de normalidade segundo o já anteriormente exposto juízo de relação».

Dum modo ainda mais incisivo, esta Sentença acentua, além disso, que «*para o profissional e consequentemente para a estrutura sanitária não vale portanto invocar, com o fim de conseguir a sua irresponsabilidade, a distinção entre “obrigações de meios” e “obrigações de resultado”, sustentando que a sua actividade deve ser incluída entre as primeiras, não respondendo em caso de resultado não alcançado. Esta distinção constitui, efectivamente, como aliás desde há algum tempo a melhor doutrina não deixa de pôr em relevo, o fruto duma elaboração dogmática datada acolhida pela interpretação tradicional e tradicionalmente transmitida, na verdade privada de correspondência normativa e de dúbio fundamento».*

Em conclusão: perante esta evolução jurisprudencial, **é tempo de reconhecer a superação (doravante) definitiva da distinção entre intervenções de fácil e execução:** a leitura do artigo 2236.º do CC italiano³⁷⁹, no passado com base na identificação de critérios diferentes em razão da natureza da intervenção médica, foi, efectivamente, revista pela jurisprudência em favor duma regra geral válida para todas as hipóteses de incumprimento e de cumprimento defeituoso da prestação³⁸⁰.

Entre nós, PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁸¹ também considera **inútil** o estabelecimento duma dicotomia entre as **prestações médicas com especial dificuldade**, dum lado, e os **exames de rotina** e os **actos médicos mais simples**, do outro.

Isto porque, «*ainda que se trate de um acto de rotina, nomeadamente para despiste de doença, ou de um acto médico de extrema simplicidade, a presunção de culpa do médico não se reveste de um carácter distinto*»³⁸². «*No fundo, como a culpa é apreciada em abstracto [artigo 487.º, n.º 2, do Cód. Civil, aplicável à responsabilidade contratual ex vi do n.º 2 do cit. artigo 799.º], a simplicidade ou complexidade do acto médico em concreto não altera o critério; contudo, o comportamento médio tem de ser aferido em função do que seria pressuposto naquele tipo de acto médico; assim, o comportamento médio exigível ao clínico num acto de rotina pode assentar num padrão algo diverso do que se exige em actos médicos de especial complexidade*»³⁸³.

³⁷⁹ Esta disposição é do seguinte teor: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’ opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave» [»Se a prestação implica a solução de problemas técnicos de especial dificuldade, o prestador de serviços não responde pelos danos, a não ser em caso de dolo ou de culpa grave» – Tradução livre do original Italiano].

³⁸⁰ Cfr., neste sentido, GUIDO SMORFO, *ibidem*.

³⁸¹ In “Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional” cit., loc. cit., p. 480.

³⁸² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁸³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

Segundo o mesmo Autor, tão pouco parece relevante distinguir entre **um profissional especializado** e **um profissional menos experiente**: «a qualquer um é exigido um comportamento adequado ao padrão médio, tal como estabelecido pelo artigo 487.º, n.º 1, do CC»³⁸⁴. Isto porque: «Na apreciação da culpa dever-se-á atender à especial diligência exigida a um profissional especializado, como será normalmente um médico»³⁸⁵. De modo que: «Na apreciação da culpa não se pode atender a aspectos relacionados com o médico em concreto, como o facto de ser jovem ou idoso, experiente ou inexperiente; assentando no critério abstracto da lei impõe-se um comportamento médio independentemente da situação particular do médico em concreto»³⁸⁶.

Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁸⁷ enfatiza que, na concretização do **grau de diligência requerido ao devedor**, o actual Código Civil português – ao contrário do que, por vezes, sucedia com o Código de Seabra – veio fixar uma bitola geral de diligência em abstracto, visto que o artigo 799.º, n.º 2, quanto à apreciação da culpa, na responsabilidade obrigacional, remete para a culpa na responsabilidade civil (aquiliana), sendo que esta apela à **diligência de um bom pai de família** (artigo 487.º, n.º 2).

Mas a referência ao *bonus pater familias*, sem mais precisões, corre o risco de se tornar numa fórmula vazia³⁸⁸, porque, «o “bom pai de família” é uma abstracção, na qual é possível introduzir toda a ordem de precisões, incluindo preocupações sociais»³⁸⁹.

«Assim, a concretização faz-se inserindo o bom pai de família na específica área de interesses e de competências técnicas em que se coloque o devedor». «Quem se dirija a um médico esperará encontrar a diligência do médico devidamente habilitado; no trânsito, os condutores usarão do cuidado normal, dispondo dos conhecimentos habituais, em todos os cidadãos; o banqueiro será um banqueiro competente, dispondo dos apetrechos que é de esperar em tais circunstâncias e assim por diante»³⁹⁰.

Quanto à questão de saber **a quem cabe o ónus da prova de ter sido alcançado** [na realização da prestação] **o grau de exigência concretamente requerido**, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁹¹ é categórico: «Quando o resultado almejado não seja obtido, tal ónus corre pelo devedor, nos termos do artigo 799.º/1». «Além desse preceito, deve ter-se presente que o devedor tem o domínio da situação (p. ex., o médico)»³⁹². «Assim, só ele pode dar conta do que fez, perante o estado da arte»³⁹³.

³⁸⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁸⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁸⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*.

³⁸⁷ In *Tratado de Direito Civil, VI – Direito das Obrigações, Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática Geral*, 2.ª edição, 2012, pp. 485-486.

³⁸⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in ob. e vol. cit., p. 486.

³⁸⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in ob. e vol. cit., p. 487.

³⁹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

³⁹¹ In ob. e vol. cit., p. 488.

³⁹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

³⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

B.VIII. Cumprimento defeituoso da obrigação de tratamento.

a) Mora do devedor e incumprimento definitivo.

Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA³⁹⁴, «em relação à sua obrigação principal, o médico que não comparece (ou comparece após um tempo razoável de espera pelo doente) constituiu-se em mora». «Se esta lhe é imputável, aplicam-se as regras gerais»³⁹⁵. «A mora transforma-se em incumprimento definitivo, se o credor (doente) perdeu entretanto o interesse na prestação ou se o médico (devedor ou auxiliar do cumprimento) continua a não comparecer no prazo razoável fixado pela outra parte (artigo 808.º)»³⁹⁶.

b) Cumprimento defeituoso.

«O cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos»³⁹⁷.

«Em relação à **obrigação principal**, considera-se que o tratamento é defeituoso, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, de harmonia com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde»³⁹⁸.

«A **desconformidade** pode incidir:

- Na deficiente escolha das prestações que compete ao médico particularizar (actos médicos inadequados, omissão dos actos medicos adequados, actos inúteis);
- Na deficiente conexão entre os actos médicos seleccionados;
- Na deficiente execução dos actos médicos seleccionados»³⁹⁹.

«A desconformidade pode também consistir na imperfeita observância de deveres acessórios (v.g. em relação a deveres de informação)»⁴⁰⁰.

«A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (artigo 799.º, n.º 1)»⁴⁰¹. «Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano»⁴⁰². «Feita

³⁹⁴ In “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 80 e segs. [p. 115].

³⁹⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³⁹⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

³⁹⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *in loc. cit.*, p. 116.

³⁹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *in loc. cit.*, pp. 116-117.

³⁹⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *loc. cit.*, p. 117.

⁴⁰⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

esta prova, o médico (ou a clínica) só se exonera de responsabilidade, se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua»⁴⁰³.

*«A pretensa qualificação da **obrigação de tratamento** como **obrigação de meios** não pode alterar esta repartição do ónus da prova»⁴⁰⁴. «Ainda que se aceite a distinção entre obrigações de meios e de resultado, não se evita o seguinte dilema: ou se considera que o tratamento defeituoso é desconforme com os “meios” que deveriam ter sido usados, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair o encargo da prova da culpa sobre o lesado, violando ostensivamente a referida presunção legal de culpa»⁴⁰⁵.*

Finalmente, *«qualquer grau de culpa é suficiente: dolo, mera culpa (grave ou leve), a apreciar em função do critério do artigo 487.º, n.º 2 (“diligência de um bom pai de família”), que, nestas circunstâncias, se deverá entender como a diligência de um médico daquela especialidade»⁴⁰⁶.*

B.IX. Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica

a) A presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º-1 do CC também vigora nesta sede ?

Entre nós, a generalidade da doutrina e da jurisprudência propende para entender que, **salvo em casos excepcionais** (como, por exemplo, quando sejam empregues pelos médicos **meios perigosos**, designadamente aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, incubadoras, etc. – hipóteses em que incumbirá ao médico que deles fez uso provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, nos termos do artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil), **a presunção de culpa do devedor consagrada no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil não tem lugar no domínio da responsabilidade civil médica.**

Isto porque «não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual»⁴⁰⁷.

É que «a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional⁴⁰⁸, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses

⁴⁰³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *in loc. cit.*, p. 118.

⁴⁰⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁰⁷ MANUEL ROSÁRIO NUNES *in* “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2005, pp. 48 a 56.

⁴⁰⁸ Na verdade, como bem observa MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*in* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” *cit.*, p. 127), «os deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina». «Isto é, esses deveres do médico não se distinguem daqueles que lhe são impostos por um adequado e correcto desempenho da sua actividade profissional» (*ibidem*).

sujeitos»⁴⁰⁹. «Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual»⁴¹⁰.

Adentro desta orientação, as únicas **excepções** admitidas poderão verificar-se **na área da cirurgia estética**, em que o médico se compromete a produzir **um certo resultado estético** no paciente, ou **no caso de transfusão sanguínea** em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, ou **no caso do médico analista que comunica ao paciente, por engano, um resultado distinto do verdadeiro** e também **no caso do médico radiologista, ou no campo da odontologia, da vasectomia, etc** ⁴¹¹. «De resto, mesmo no que concerne às situações de cirurgia estética em que predomina a finalidade terapêutica, será discutível se, atendendo ao grau de intensidade da obrigação e do risco a que o paciente se submete, haverá uma obrigação de resultado, ou antes uma verdadeira obrigação de meios»⁴¹².

b) A actividade médica pode ser considerada uma “actividade perigosa”, nos termos e para os efeitos do artigo 493.º-2 do CC?

É certo que, para algumas vozes, **o n.º 2 do artigo 493.º do Cód. Civil**, que estabelece uma presunção de culpa a cargo de quem causar danos a outrem no exercício duma **actividade perigosa**, seja por sua própria natureza seja pela natureza dos meios utilizados, só se livrando da obrigação de indemnizar “*se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir*”, **também seria aplicável no âmbito da responsabilidade médica**, por serem frequentemente utilizados, no decurso dos tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas, coisas e instrumentos perigosos ⁴¹³.

O exemplo paradigmático apresentado por ANTUNES VARELA⁴¹⁴ é o do emprego dum bisturi eléctrico que envolve, em virtude da sua alimentação com energia eléctrica, uma série de perigos. Segundo este Autor⁴¹⁵, também serão subsumíveis ao mesmo regime as hipóteses em que se produzam danos decorrentes da utilização duma incubadora com termóstato

⁴⁰⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁴¹⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁴¹¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*” cit., p. 55, nota 90.

⁴¹² MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

⁴¹³ Assim é que, para MANUEL LOPES ROCHA (in “*Responsabilidade Civil do Médico/Recolha de Órgãos e Transplantações*”, Separata da Revista “*Tribuna da Justiça*”, n.º 3, 1987, p. 48 e segs.), «é razoável admitir que, ainda hoje, mesmo tendo em conta os espetaculares progressos das ciências médicas, certas operações de enxerto ou transplantação, sobretudo de órgãos, comportam um elevado grau de riscos para a saúde e para a vida do beneficiário, que permitem qualificá-los como perigosos, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados». «Justifica-se, aqui, um dever de diligência explicável pela ideia de que a previsibilidade do dano está in re ipsa, devendo o agente, ao actuar, ter em conta o perigo para terceiros e não sendo, por isso, bastantes os deveres de diligência normal: onde a periculosidade está ínsita na acção, há o dever de agir tendo em conta o perigo» (*ibidem*). «Certo que a solução tem o inconveniente de inverter o ónus da prova, que não é de modo algum dispiciendo, na medida em que fomenta o receio do médico de proceder a operações de alto valor sócio-terapêutico que possam desencadear a sua responsabilidade e, por esse lado, constituir entrave ao próprio progresso da ciência, que não dispensa uma contínua experimentação, como essencial à afinação da técnica» (*ibidem*).

⁴¹⁴ In *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2006, p. 595.

⁴¹⁵ In ob., vol. e loc. cit.

estabilizador da temperatura ou danos derivados de um tratamento médico com ondas curtas ou raios x ou de um tratamento dentário com broca. ANTUNES VARELA subsume igualmente à previsão do n.º 1 do artigo 493.º os danos causados por agulhas médicas.

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO⁴¹⁶, cabe neste leque de casos especiais previstos no artigo 493.º, n.º 2, em que estão em causa procedimentos particularmente arriscados face ao comum dos actos médicos, «a realização de operações ousadas, com **operações de enxerto e de transplante de órgãos**».

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁴¹⁷ opina que, embora a **actividade cirúrgica** não caiba, em regra, no âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 493.º, «*pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso*» e advoga que «*esta tese deve valer não apenas para a cirurgia, mas ainda para intervenções de quimioterapia, radioterapia ou outras cujo perigo concreto seja elevado*». Este Autor secunda ainda a posição assumida por LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA⁴¹⁸ ao defender a subsunção à previsão do mesmo artigo 493.º, n.º 2, de casos como «*a realização de tratamentos médicos com raios x e ondas curtas; a realização de operações ousadas, tais como operações de enxerto e de transplantação de órgãos (embora aqui exista um regime de responsabilidade objectiva); a utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise e de incubadoras*».

Na **jurisprudência**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/02/1992** (Processo n.º 080855; Relator – RUI BRITO) – cujo sumário está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – aplicou a presunção de culpa estabelecida no artigo 493.º, n.º 2 ao **médico que utilizou numa operação um cauterizador eléctrico**, considerado **um instrumento perigoso**, assim provocando no paciente queimaduras graves, razão pela qual decidiu que «*Recai sobre o médico, que numa operação usa um instrumento perigoso (cauterizador eléctrico) que veio a causar no operado graves queimaduras, provar que empregou todas as providencias exigidas para que não ocorresse tal evento, não bastando provar que se comportou como se comportaria uma pessoa provida de média prudência, por na hipótese ser de presumir a sua culpa*».

Por sua vez, o **Acórdão da Relação de Coimbra de 11/7/2006** (Processo n.º 3529/05; Relator: VIRGÍLIO MATEUS) – acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf> – entendeu que «*Havendo especial periculosidade pela possibilidade de contaminação viral, a actividade de transfusão de sangue é perigosa para os efeitos do artigo 493.º n.º2 do Código Civil, que consagra regime de responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada, atenta a específica presunção de culpa*».

E o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/03/2007** (Revista n.º 96/07 - 6.ª Secção; Relator: NUNO CAMEIRA) – cujo texto integral está acessível on-line

⁴¹⁶ In “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 107.

⁴¹⁷ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 760.

⁴¹⁸ In “O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL).” cit., p. 29.

in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também considerou que «*Enquadra-se na previsão do artigo 493.º, n.º 2, do CC – exercício de actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados – a sujeição do lesado a transfusão de sangue que se tornou necessária para debelar anemia subsequente a intervenção cirúrgica de correcção a uma fractura da tibia*».

Por seu turno, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008** (Processo n.º 08A3323; Relator: MÁRIO CRUZ) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – entendeu que «*As operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen podem enquadrar-se nas actividades perigosas*».

Mais longe ainda foi o **Acórdão da Relação de Coimbra de 6/5/2008** (Processo n.º 1594/04.7TBLRA.C1; Relator: JAIME FERREIRA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf> – ao considerar que **a actividade médico-cirúrgica em geral é uma actividade perigosa** para efeitos do artigo 493.º, n.º 2, pelo que **cumpra a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem**, sendo que, quando assim não aconteça, fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos art.ºs 493.º, n.º 2, 798.º e 800.º, n.º 1, todos do Cód. Civil.

Todavia, predomina largamente, na doutrina, o entendimento segundo o qual **a regra do cit. artigo 493.º-2 apenas funciona quando há utilização, pelo médico, de aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento**: só nestes casos é que incumbe ao médico provar que os danos provocados por um desses aparelhos ou máquinas não são devidos a uma utilização negligente, mas a factores independentes dessa circunstância, como, por exemplo, a um defeito de fabrico ^{419 420 421 422}.

⁴¹⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “*Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*” cit., p. 138.

⁴²⁰ Cfr., igualmente no sentido de que, «sem prejuízo da susceptibilidade de recurso ao artigo 493.º n.º 1 quanto à presunção de culpa daquele que detém equipamentos técnicos de diagnóstico ou cura com a obrigação de os vigiar, não deve considerar-se a actividade médica [em si mesma] uma actividade perigosa para efeitos do n.º 2 do aludido preceito», MANUEL CARNEIRO DA FRADA (in “*Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso*”, Coimbra, 2006, p. 116).

⁴²¹ Cfr., também no sentido de que, mesmo perfilhando-se uma concepção aberta de “actividades perigosas” – como a preconizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que tem vindo a considerar como perigosas actividades muito diversificadas (nomeadamente, a explosão em terreno pedregoso [Ac. do STJ de 16/2/1978]; a prova de corridas de automóveis [Ac. do STJ de 12/05/1981]; a indústria que produz detritos inflamáveis [Ac. do STJ de 2/11/1989]; a utilização de locomotiva de carvão [Ac. do STJ de 27/03/1979]; a utilização de uma empilhadora de toros de madeira [Ac. do STJ de 27/10/1992]; o lançamento de foguetes [Ac. do STJ de 18/03/1993]; a navegação marítima [Ac. do STJ de 12/07/1994]; o emprego de compressor com ponteiro de aço na construção civil [Ac. do STJ de 7/06/1994]; o uso de grua [Ac. do STJ de 30/06/1998]; a caça com arma de fogo [Ac. do STJ de 17/12/1998]; o derrube de um pinheiro [Ac. da Rel. do Porto de 12/11/1999]; a condução de energia eléctrica em alta tensão por fios aéreos [Ac. do STJ de 25/03/2004]; o Karting [Ac. do STJ de 6/06/2002]; a circulação de motas de água [Ac. do STJ de 30/11/2004]; o afogamento numa piscina aberta ao público [Ac. do STJ de 8/03/2005]; uma prova de rally [Ac. do STJ de 17/11/2005]; e um jacuzzi [Ac. do STJ de 4/07/2006]; a realização duma prova de todo o terreno com veículos motorizados geradores de poluição sonora, derramamento de óleos e combustíveis [Ac. do STJ de 25/09/2007]; a manobra de içamento duma embarcação [iate] com a dimensão retratada nos autos, através da utilização de uma grua de 60 toneladas [Ac. do STJ de 6/11/2007]; a escavação por máquinas pesadas na proximidade das fundações de prédio contíguo, de construção antiga, assente em terreno lodoso, já assaz deteriorado pelo seu tempo de duração [Ac. do STJ de 22/04/2008]; e a prática de salto mortal numa aula de ginástica por uma aluna de quinze anos de idade que caiu e se lesionou fisicamente, sem que a sua actuação estivesse a ser vigiada e assistida pelo Réu, professor de ginástica, que se encontrava distante cerca de cinco metros do local do salto [Ac. do STJ de 30/11/2010] – não podem subscrever-se afirmações genéricas de que «*toda a actividade médica seja perigosa, ou mesmo que toda a*

A tese sufragada pela generalidade dos Autores é a de que, conquanto a **medicina** seja, em certa medida, **uma actividade que intrinsecamente comporta perigos**, «a sua consideração como perigosa para efeitos de presunção de culpa do médico em toda e qualquer situação inibiria por completo a actividade médica»⁴²³.

Ademais, «salvo raras excepções, por referência às quais o problema terá de ser reequacionado, o médico não aumenta extraordinariamente o nível de perigo já existente»⁴²⁴. «Dito de outro modo, não é o médico com o seu agir que aumenta a propensão para a ocorrência do dano, resultando aquela de uma situação preexistente, clinicamente identificável com o estado patológico do doente»⁴²⁵. «Nessa medida, não fará sentido a mobilização do artigo 493.º, n.º 2, CC para resolver uma questão deste tipo»^{426 427}.

Ao nível da **jurisprudência**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2015** (Processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1; Relator – ARMINDO MONTEIRO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também veiculou, em tese geral, o entendimento segundo o qual:

«A actividade de prestação de serviços médicos não se enquadra na previsão do artigo 493.º, n.º 2, do CC, prevendo a responsabilidade pelo risco, por tal actividade não ser, na sua essência, genericamente, perigosa, nem por si nem nas suas consequências, devendo, por isso, o que retira proveito daquela sofrer as consequências da sua prática e prová-las, sendo excessiva a presunção de culpa no caso da actividade médica». Isto porque «A responsabilidade médica só em situações muito excepcionais se deve considerar excepcionalmente perigosa, o que teria a desvantagem, se fosse de assumir como regra, de conduzir a medicina com efeitos defensivos, trazendo o efeito de retardar o progresso em certas especialidades em prejuízo para o próprio doente, além de conduzir a inqualificáveis repercussões na dignidade pessoal e profissional do médico; de nada se lucrando alargar, sem reflexão, as hipóteses de responsabilidade objectiva, sendo salutar que a compensação pelos danos acidentais do acto médico, pelas suas “ faults “, se processe por meio de um seguro ou

actividade cirúrgica se subsuma a esta norma, nem mesmo que *todas as operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen* sejam perigosas», ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 761.

⁴²² Cfr., de igual modo no sentido de que, embora seja seguro que «qualquer intervenção médico-cirúrgica comporta riscos» (basta pensar que «a simples prescrição medicamentosa é acompanhada por uma infinidade de contra-indicações»), isto não é suficiente para qualificar a actuação dos profissionais de saúde como perigosa e, nesse sentido, sujeitá-los ao regime de responsabilidade plasmado no artigo 493.º, n.º 2, do Cód. Civil, MAFALDA MIRANDA BARBOSA in “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003” publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 7 – 2007, pp. 119-150 [p. 138].

⁴²³ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 107.

⁴²⁴ MAFALDA MIRANDA BARBOSA in “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003” cit., loc. cit., p. 138.

⁴²⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ibidem*.

⁴²⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ibidem*.

⁴²⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA invoca um último argumento contra a subsunção da actividade médica em geral ao regime de responsabilidade instituído no artigo 493.º, n.º 2: «Ainda que nos quiséssemos ater a uma visão tradicional da norma, reconduzível à presunção de culpa [segundo a Autora, no âmbito da previsão do artigo 493.º, n.º 2, «é não só a culpa como a própria ilicitude que se presumem a partir da simples constatação da ocorrência de um dano»], ficaria por explicar, em termos prático-normativamente cunhados, como se pode presumir a culpa na verificação de um dano que, ocorrendo no seio de uma situação em que ele poderia conhecer outra causa, pode simplesmente ser o resultado de um processo natural inexorável».

fundo de garantia, com vantagem para o paciente que não tem que arrostar o cansaço do processo e as dificuldades patrimoniais do médico em suportar o montante dos danos».

c) A tese favorável à aplicação da presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º-1 do CC no campo da responsabilidade médica

De todo o modo, há, entre nós, quem sustente que, **estabelecendo-se entre o médico e o paciente um contrato, recai sobre o médico**, por força da aplicação do regime da responsabilidade contratual, em caso de incumprimento, a **presunção de culpa** estabelecida no cit. artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil.

Estão nessa linha, nomeadamente, SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES ⁴²⁸.

Segundo este último Autor, *«consagrando o artigo 799.º, n.º 1, do C. Civil, uma presunção de culpa do devedor, caso se considere que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, sobre este recai o ónus de prova de que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, pois o resultado do seu trabalho intelectual e manual é o próprio tratamento e não a cura»*. Isto porque, *«no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no n.º 1 do artigo 799.º do C. Civil»* ⁴²⁹.

E é assim *«quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado»* ⁴³⁰.

«O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso» ^{431 432}.

E *«com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos»* ⁴³³. *«Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente»* ⁴³⁴.

⁴²⁸ In *“Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”*, publicado in *Revista Direito e Justiça*, 2000, ano XIV, n.º 3, pp. 182, 183 e 209.

⁴²⁹ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES in *“Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”* cit., loc. cit.

⁴³⁰ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

⁴³¹ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

⁴³² Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (in *“Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”* cit., p. 116), *«o cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos»*. *«Em relação à obrigação principal, considera-se que o tratamento é defeituoso, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, de harmonia com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde»* (*ibidem*).

⁴³³ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

⁴³⁴ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

Esta posição, acerca do funcionamento da presunção de culpa do artigo 799.º-1 do Cód. Civil no campo da responsabilidade civil médica, foi acolhida – no campo jurisprudencial – pelo **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002** (relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO e proferido no Proc. n.º 02A4057) ⁴³⁵. Neste aresto, entendeu-se que:

«O médico, e é esta a actividade profissional que importa considerar aqui, põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável. Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência. Esta conduta diligente é assim objecto da obrigação de meios que assume.

Quando o cliente se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso.

Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º, n.º 1, do C. Civil.

O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.

Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.

(...)

Não aproveita à recorrente não se ter provado que a técnica operatória utilizada pelo B não foi uma clara violação às técnicas e artes médicas e operatórias (facto do artigo 38.º da base instrutória, alegado pelo A).

É que o ónus da prova cabia ao R.

Nem o artigo 799.º do C. Civil foi incorrectamente aplicado, nem o artigo 342.º, n.º 1, do mesmo Código foi erroneamente omitido (havendo presunção legal de culpa do R, as regras dos artigos anteriores invertem-se – artigo 344.º, n.º 1, também do C. Civil)».

Mais recentemente, o **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/12/2011** (Processo n.º 5485/09.7TVLSB.L1-2; Relator: PEDRO MARTINS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – também considerou que:

– «Provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do artigo 799/1 do CPC.

– Também nas obrigações de meios se aplica a presunção de culpa (artigo 799/2 do CC) mas a base de que se parte, sendo a ilicitude, é diferente em relação às obrigações de resultado; ou

⁴³⁵ Cujos textos integrais podem ser acedidos on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

seja, o que é diferente, ao fim e ao cabo, é aquilo que se tem que provar relativamente ao cumprimento defeituoso da obrigação. É pois quando se discute a prova do cumprimento defeituoso que a diferente natureza da prestação em causa tem influência».

E, na mesma linha, também o **Acórdão da Relação de Lisboa de 13/05/2013** (Processo n.º 2199/08.9TVLSB.L1-2; Relator: PEDRO MARTINS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

– «Provado (pelo lesado, como lhe competia) o nexo de causalidade (ainda no plano naturalístico) entre uma intervenção cirúrgica e as lesões sobrevindas em nervos da autora (que não eram objecto daquela operação), presume-se, natural ou judicialmente, que a intervenção não foi feita com o cuidado devido e que tal se deveu a culpa do cirúrgião, cabendo a este ou provar que as lesões provocadas não tiveram nada a ver com uma actuação deficiente (afastando a ilicitude), ou que conformou a sua conduta à de um cirúrgião medianamente diligente e prudente, colocado nas mesmas circunstâncias (afastando a culpa)».

Porém, MANUEL ROSÁRIO NUNES⁴³⁶ discorda radicalmente do entendimento preconizado por SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e por ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES – e adoptado no cit. **Ac. do S.T.J. de 17/12/2002** – e interroga-se: «*O que seria se se instituísse a “tese” de que sempre que um paciente morresse às mãos do médico haveria uma situação de incumprimento contratual à qual se aplicaria a presunção de culpa decorrente do artigo 799.º do C. Civil?*».

Segundo este Autor⁴³⁷, «*na actividade médica em geral, a obrigação resultante dos contratos de serviço médico é uma obrigação de tratamento, ou seja, uma obrigação que tem como objectivo a atingir o tratamento, cujo conteúdo é determinado pelo médico, mas que depende também do factor reacional de cada paciente*».

«*E, não se prescindindo da colaboração do paciente, aquela obrigação de tratamento que impende sobre o médico é, sob o prisma da clássica distinção defendida por RENÉ DEMOGUE, fundamentalmente uma **obrigação de meios ou de diligência** e, excepcionalmente, uma **obrigação de resultado** como parece acontecer na generalidade das intervenções de cirurgia estética com fins de embelezamento*»⁴³⁸.

«*Aos médicos incumbirá, pois, uma obrigação contratualmente assumida, de desenvolver prudente e diligentemente, atento o estado científico actual das *leges artis*, certa actividade para se obter um determinado efeito útil, que se traduza em empregar a sua ciência no tratamento do paciente, sem que se exija a este a obtenção vinculada de um certo resultado: a “cura”*»⁴³⁹. «*Em suma, (...), ao invés de o médico prometer um certo resultado, a “cura”, por exemplo, um diagnóstico correcto em todos os casos (v.g. as situações de malformações),*

⁴³⁶ In “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*” cit., p. 52, nota 89.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

⁴³⁹ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

apenas estará obrigado legal ou convencionalmente a adoptar um comportamento que conduza a um resultado, ou seja, um comportamento que expresse os cuidados devidos na prestação de um serviço médico»⁴⁴⁰.

Todavia, mesmo para quem – como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e MANUEL ROSÁRIO NUNES – considere que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, **a presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º-1 do Cód. Civil não funciona no campo da responsabilidade civil médica**, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, sempre *«haverá que lançar mão de mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas mesmas dificuldades»⁴⁴¹.*

É certo que, entre nós, não é possível, à luz do direito constituído, *«alterar ou inverter a repartição legal do ónus da prova com o fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte (excepto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte, artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil), mas é possível compensar – se assim se pode dizer – o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo artigo 342.º do Código Civil através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, pois que, como se estabelece no artigo 655.º do Código de Processo Civil, a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte»⁴⁴².*

«Daí que, neste contexto, a prova de primeira aparência assumia importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade, uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado acto médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “normalidade das coisas”, “a experiência comum”, o dano provavelmente não teria ocorrido se caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso»⁴⁴³.

«Trata-se, em suma, de uma técnica dedutiva que permite concluir que houve negligência por parte do médico, porque a experiência comum revela que, no curso ordinário das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão por uma causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado»⁴⁴⁴.

No que tange à **culpa do médico**, *«um dos factores a considerar na avaliação dessa culpa é, sem dúvida, a probabilidade da verificação acidental do dano sofrido pelo paciente»⁴⁴⁵.*

⁴⁴⁰ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

⁴⁴¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 56.

⁴⁴² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 140-141.

⁴⁴³ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 58.

⁴⁴⁴ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., pp. 58-59.

⁴⁴⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 142.

«Quanto maior for essa probabilidade, isto é, quanto maior for a probabilidade de o dano ter sido causado por uma situação fortuita e imprevisível, menor é a probabilidade de o médico ter actuado negligentemente»⁴⁴⁶. «Nessa mesma perspectiva, um erro grosseiro – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – é suficiente para indiciar, através de uma presunção judicial ou prova prima facie, a negligência do médico, pois que dificilmente se pode aceitar (e demonstrar) que a lesão efectivamente sofrida pelo paciente não tem origem naquele erro»⁴⁴⁷. «Em todo o caso, essa demonstração, que, embora difícil, não é impossível, incumbe ao médico demandado»⁴⁴⁸.

Quid juris?

Quer se entenda que a **presunção de culpa** estabelecida no cit. artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil também opera quando médico e paciente estão contratualmente vinculados por um contrato de prestação de serviços médicos, quer se exclua, à partida, o funcionamento daquela presunção no domínio da responsabilidade civil médica de fonte contratual, os resultados práticos, no plano probatório, não são substancialmente diferentes, tudo dependendo afinal da qualificação (ou não) da obrigação contratual do médico como uma **obrigação de meios**.

Efectivamente, enquanto se continuar a defender a pertinência e a actualidade da tradicional dicotomia **obrigações de meios/obrigações de resultado** e, por referência a ela, se qualificar a **obrigação contratual do médico** interveniente num **contrato de prestação de serviços médicos** celebrado com o paciente como uma mera **obrigação de meios**, terá, necessariamente, de se **pôr a cargo do doente**, em termos de distribuição do ónus da prova entre médico e paciente, **o ónus de alegar e demonstrar que o médico, ao realizar a sua prestação, incorreu num acto ilícito**, consubstanciado aqui na **inobservância das regras da arte** (“*leges artis*”) **prescritas pela ciência médica**.

De facto, estando em causa **obrigações de meios**, cabe ao credor [o paciente] demonstrar que o devedor [o médico] cumpriu defeituosamente a sua prestação, não empregando todos os meios, não praticando todos os actos normalmente necessários para a prossecução da finalidade da sua actuação. Essa demonstração supõe a alegação e a prova – a cargo do credor/lesado [o paciente] – da **desconformidade objectiva entre a conduta adoptada pelo devedor** [o médico] **e as leis da arte e da ciência médica**; ao devedor/lesante [o médico] apenas incumbe demonstrar a **inexistência de culpa**, alegando e provando que, naquelas circunstâncias concretas, não podia ou não devia ter agido de outra forma.

A esta luz, o funcionamento da mencionada **presunção de culpa** estabelecida no cit. artigo 799.º, n.º 1, do Cód. Civil, no domínio da responsabilidade médica de fonte contratual, apenas operará se e quando o doente/paciente tiver logrado provar, previamente, que o médico violou as aludidas **regras da arte** (“*leges artis*”) **prescritas pela ciência médica**. Na ausência

⁴⁴⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁴⁴⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 142-143.

⁴⁴⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 143.

dessa prova, o médico não terá sequer necessidade de ilidir nenhuma **presunção de culpa** a seu cargo, porque só depois de assente que a sua actuação foi ilícita é que se presumiria a sua culpa (nos termos do referido artigo 799.º-1).

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações evidencia, sem margem para dúvidas, que a qualificação, a montante, da obrigação contratual do médico como uma simples **obrigação de meios** condiciona decisivamente, ao nível do ónus probatório, a afirmação ou negação da responsabilidade do médico perante o doente, tornando irrelevante, em termos práticos, o funcionamento (ou não) da **presunção de culpa** que o cit. artigo 799.º-1 põe a cargo do devedor.

Assim:

Segundo o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/5/2003**⁴⁴⁹ (Processo n.º 03P912; Relator: NEVES RIBEIRO):

«II – Sendo como é entendida a culpa, enquanto juízo normativo de censura ético-jurídica, referida, não a uma deficiente formação de vontade, mas sim a uma deficiente conduta, há que apurar onde esteve, ou não esteve, a deficiente conduta profissional do médico, no diagnóstico das queixas doentias, no aconselhamento da operação, na execução desta, ou no post operatório.

III – No âmbito da responsabilidade contratual ao médico cabe provar que não houve erro técnico profissional, com recurso às leis da arte e meios da ciência médica, prevalentes em certa época e local e de que razoavelmente dispunha.

IV – Contudo, exigir ao médico fazer a prova da inexistência de culpa, não significa que ao doente se baste fazer a prova de que não lhe foram prestados outros cuidados possíveis, residindo aí o incumprimento do médico, porque piorou a sua situação patológica em relação ao passado que precedeu o acto médico.

V – O doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.»

De igual modo, para o **Acórdão da Relação do Porto de 17/11/2005** (Processo n.º 0534727; Relator – MÁRIO FERNANDES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf> – :

«I – Por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica – e é neste aspecto que devemos fixar com maior incidência a nossa reflexão, dado não se revelarem factos atinentes a desajustado diagnóstico ou terapêutica – enquanto ao

⁴⁴⁹ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 4, n.º 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa (artigo 799, n.º 1 do CC).

II – A deficiência de actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica, necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um profissional medianamente competente e prudente.»

Na mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/05/2006** (Revista n.º 1279/06 – 7.ª Secção; Relator – FERREIRA DE SOUSA) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*” – entendeu que:

«I – É de prestação de serviço médico retribuído o contrato mediante o qual um médico se obriga a proporcionar ao paciente os seus melhores esforços, perícia e saber no sentido de eliminar os problemas de saúde que afectam aquele e que no caso concreto radicavam em “joanetes” em ambos os pés e dores no joelho esquerdo ao movimentar-se.

II – Nos termos desse contrato, o médico deve executar a sua técnica, esforçando-se pela correcta aplicação das *leges artis*, sem embargo dos imponderáveis próprios do comportamento do organismo do paciente.

III – Assim, o médico cumpre satisfatoriamente a sua prestação se utilizar as técnicas e meios aceitáveis e adequados, com recurso às regras da arte clínica recomendadas, ainda que o resultado obtido seja inferior ao expectado.

IV – A deficiência da actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um operador medianamente competente e prudente.»

Em sintonia com este entendimento, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 2/03/2006** (Processo n.º 653/2005-6; Relator: GIL ROQUE) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

«I – A responsabilidade Civil subjectiva seja ela de natureza contratual, ou extracontratual, tem sempre subjacente a ilicitude do acto praticado, consistindo esta na infracção de um dever jurídico.

A prova da ilicitude do facto, no caso do acto médico mesmo tratando-se de responsabilidade contratual cabe ao credor e não ao devedor, por se tratar de prestação de meios, que não impõe necessariamente a cura do doente, como resultado da intervenção cirúrgica.»

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/5/2007** (Processo n.º 4018/2006-1; Relatora – ISOLETA ALMEIDA COSTA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – considerou que:

«II – A obrigação contratual do médico constitui uma obrigação de meios em que o médico não se obriga à produção de um resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar-lhe o mal que ele receia; em que este se vincula tão só a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou tratamentos aptos a curar.

III – Face a tal natureza da obrigação não cabe ao médico ilidir qualquer presunção legal de incumprimento, daí que o regime do ónus da prova nesta matéria deva ser o da responsabilidade extracontratual isto é ao autor(paciente) caberá provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico definido nos termos amplamente desenvolvidos, (mesmo que a responsabilidade resulte de contrato entre medico e doente).»

Numa formulação paradigmática desta mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/09/2007** (Processo n.º 07A2334; relator – ALVES VELHO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – entendeu que:

«– A prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar;

– Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente;

– O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (acto ilícito), ele mesmo;»

Em coerência com esta linha de pensamento, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/11/2007** (Revista n.º 3800/07 – 2.ª Secção; relator – OLIVEIRA ROCHA) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assesores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*” – concluiu que:

«I – Indemonstrado o incumprimento objectivo dos deveres do médico – a ilicitude –, cujo ónus competia ao autor, a questão da prova, pelo réu, da utilização das técnicas adequadas, ou da impossibilidade de as utilizar, em sede de ilusão de culpa, já nem sequer se coloca.

II – Não ficou demonstrado qualquer comportamento desviante do réu no que às *leges artis* diz respeito; logo, o autor não logrou fazer a prova da ilicitude do acto.

III – Não se provando este elemento fundamental da obrigação de indemnizar, despiendo se torna toda e qualquer consideração aos demais elementos constitutivos da obrigação de indemnizar que, na responsabilidade contratual, parte de um presunção de culpa do devedor.»

Também o **Acórdão da Relação de Lisboa de 8/01/2008** (Processo n.º 7365/2007-7; Relatora – ANA RESENDE) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – considerou que:

«II – Sobre o médico, em geral, impende, tão só, a obrigação contratualmente assumida de desenvolver de forma prudente e diligente, face ao estágio científico actual das *leges artis*, uma determinada actividade, visando um efeito útil, aplicando o seu conhecimento no tratamento do doente, mas sem a exigência vinculada de um certo resultado, *maxime*, a cura.

III – Reclamada a existência de um tratamento defeituoso, não basta a alegação e prova da não obtenção de um resultado, necessário é que fique demonstrada uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e os que possam ser exigidos pela situação clínica do doente, enquanto credor.

IV – Demonstrada essa realidade, para que o médico, como devedor, se possa desonerar, deverá provar que a desconformidade não advém de culpa sua (por ter utilizado as técnicas e as regras de arte adequadas ou não ter podido empregar os meios adequados), no confronto com a conduta profissional que um médico, medianamente competente, detentor da mesma qualificação profissional, teria tido em circunstâncias semelhantes ao caso concreto.»

E o **Acórdão da mesma Relação de 26/6/2008** (Processo: 4450/2008-2; Relator: EZAGUY MARTINS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – reafirmou a tese segundo a qual:

«A ilicitude contratual, nesta sorte de obrigações (de meios), está equiparada à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior – ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica.»

Sempre dentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/10/2008** (Revista n.º 2654/08 - 7.ª Secção; Relator – SALVADOR DA COSTA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – entendeu que:

«– Não tendo o autor provado que o decesso do paciente resultou de erro de diagnóstico face ao estado em que aquele se apresentou no hospital, não pode concluir-se pela ilicitude da acção ou omissão dos médicos.»

Não se desviando da mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/6/2009** (Revista n.º 287/09.3YFLSB – 6.ª Secção; Relator – JOÃO CAMILO) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça” – proclamou que:

«– A prestação de serviços médicos traduz-se numa obrigação de meios e não de resultado.

– Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar.

– Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoca o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto prestado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa a ilidir mediante a prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente, dado que o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo.

– Desta forma, teria o autor de alegar e provar, para este efeito, que a intervenção dos agentes da ré – equipa médica que realizou o parto – omitiu os actos adequados à obtenção do resultado, ou os realizou de forma deficiente ou errada e por tal ter acontecido se produziu o dano, ou seja, que este se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado.»

Fiel a esta orientação jurisprudencial sedimentada, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 7/04/2011** (Processo n.º 5239/07.5TVLSB.L1-2; Relator – JORGE LEAL) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – reiterou que:

– «Nas acções de responsabilidade civil contratual, por cumprimento defeituoso de obrigação médica, recai sobre o credor o ónus da prova de que o devedor não cumpriu as *legis artis* da sua profissão.»

Paradigmático desta mesma orientação jurisprudencial é ainda o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/09/2011** (Processo n.º 674/2001.P L.S1; Relator – BETTENCOURT DE FARIA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> –, segundo o qual:

«I – Na responsabilidade contratual por negligência em acto médico, compete ao lesante provar a não culpa, mas a ilicitude da actuação deve ser provada pelo lesado.

II – Ilicitude e culpa no acto médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.»

Alinhando pelo mesmo diapasão, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011** (Processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1; Relator – GREGÓRIO DA SILVA JESUS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – voltou a considerar que:

«– Sempre que se trate de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

– Tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.

– Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

– Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente.»

Em sintonia com esta orientação jurisprudencial sucessivamente reiterada, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 12/06/2012** (Processo n.º 4497/07.0TVLSB.L1-7; Relator – ROQUE NOGUEIRA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – tornou a entender que:

«– No domínio da responsabilidade contratual, o artigo 799.º, n.º 1, do C.Civil, consagra o princípio de presunção de culpa do devedor, pelo que, se for demandado, competirá ao médico provar que não tem culpa.

– Contudo, o pressuposto dessa presunção é a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação, cuja prova tem de estar a cargo do doente (credor).

– Todavia, sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios, para se provar a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso, não basta a prova da não obtenção do resultado previsto – a cura –, devendo o doente demonstrar que o médico não praticou todos os actos considerados normalmente necessários para a prossecução daquela finalidade.

– E só depois desta prova é que se presume a culpa do médico, que ele poderá ilidir, demonstrando que actuou correctamente.»

E, na mesma senda, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 8/05/2014** (Processo n.º 220040/11.OYIPRT.L1-8; Relatora – ANA LUÍSA GERALDES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – reiterou o entendimento segundo o qual:

«4. O paciente/doente ou utente dos serviços hospitalares que invoque incumprimento ou cumprimento defeituoso do exercício da medicina e dos cuidados médicos que lhe foram prestados, no âmbito do contrato celebrado, e abarcados pelo exercício das actividades médicas a que foi submetido, e que se sinta, por isso, lesado, deve alegar e provar o nexo de causalidade entre a desconformidade verificada e que essa desconformidade decorreu dos actos praticados pelo médico.

5. Quer isto dizer que se incumbe ao Hospital Réu a prova da diligência do pessoal médico e técnico ao seu serviço, cabe à Autora o ónus de alegar e provar a matéria relativa aos restantes pressupostos da responsabilidade civil, como sejam, além do facto praticado, a ilicitude, o nexo de causalidade e os danos.»

Também o **Acórdão da Relação do Porto de 10/2/2015** (Processo n.º 1485/10.2TJVN.F.P1; Relator – JOÃO PROENÇA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf> – veio a considerar que:

«I – A actividade médica cai no âmbito da responsabilidade contratual, sendo que a obrigação assumida nesse contexto é de meios.

II – Indemonstrado o incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do clínico não recai sobre ele a presunção de culpa a que alude o artigo 799.º n.º 1 do CC.»

Paradigmaticamente, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015** (Processo n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1; Relator – HÉLDER ROQUE) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – reafirmou, em coerência com a linha jurisprudencial há muito sedimentada, a tese segundo a qual:

«– Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade.

– Mas, se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo artigo 799.º, n.º 1, do CC.

– Veiculando a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos uma obrigação de meios, não implicando a não consecução de um resultado a inadimplência contratual, quando não é atingido este resultado, caberá, então, ao doente provar que tal fato decorreu de um comportamento negligente do médico, que fica exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.»

A única brecha nesta corrente jurisprudencial praticamente uniforme é representada pelo cit. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010** (Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1; Relator – FERREIRA DE ALMEIDA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – , o qual, embora reafirmando, em termos gerais, a tese tradicional segundo a qual «*Em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado*», **exceptua**

desta regra os médicos especialistas: «*Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta*».

Como resulta, inequivocamente, de todos os demais arestos do STJ e das Relações acabados de mencionar, o desfecho desfavorável às pretensões indemnizatórias dos doentes/lesados fica, invariavelmente, a dever-se à falta de prova – por parte do paciente/demandante – do requisito da responsabilidade civil contratual consubstanciado na ilicitude da prestação do devedor (o médico ou o estabelecimento de saúde privado com quem o doente celebrou um contrato de prestação de serviços médicos), aqui materializada na inobservância, por parte do profissional de saúde que prestou os serviços, das chamadas “leges artis” (protocolos ou regras da arte prescritas pela Ciência Médica).⁴⁵⁰

Esta **distribuição do ónus da prova entre médico** (ou estabelecimento de saúde privado interveniente no contrato de prestação de serviços médicos) **e paciente**, no campo da responsabilidade contratual, assenta num pressuposto incontornável: como a **prestação contratual assumida pelo médico** consiste, tão só, na denominada **obrigação de meios**, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar, não estando em causa a prestação de um resultado, quando o doente invoque o cumprimento defeituoso, cabe-lhe provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova (essa sim a cargo do médico) de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente.

Tudo depende, pois, da opção tomada a jusante, em sede de qualificação como obrigação de meios da obrigação contratual assumida pelo médico (ou pelo hospital privado) no contrato de prestação de serviços médicos. É essa **qualificação** prévia que, afinal, está na base da

⁴⁵⁰ Esta mesma conclusão é posta em evidência no périplo pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações que MAFALDA MIRANDA BARBOSA empreendeu in “*A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte*” (publicado in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 38 Abril/Junho de 2012, págs. 14 a 27). Nos **23 Acórdãos do STJ** relativos a casos de responsabilidade médica consultados pela Autora, a maioria das condenações (9) foram proferidas quando o paciente tinha a beneficiá-lo uma qualquer **presunção de culpa**, «afastando o ónus da diabólica tarefa probatória que, em regra, recai sobre si» (A. e estudo cit., p. 16). Só num caso a condenação dum médico anatomopatologista, responsável por um exame de diagnóstico, se baseou na prova directa (que o lesado realizou) quer do erro médico, quer da culpa do comportamento do profissional de saúde. No conjunto de absolvições proferidas pelo STJ, a absolvição do médico resultou, invariavelmente, da falta de prova (por parte do doente) do incumprimento dos deveres objectivos de cuidado por parte do médico demandado, isto é, da falta de prova da ilicitude do comportamento médico. Dos arestos consultados pela Autora, «apenas um sustenta que, apesar de se aplicar uma presunção de culpa – a prevista no artigo 493.º, n.º 2, do CC –, não houve culpa por parte do médico, o que significa que ela foi ilidida, tendo o réu provado que foram tomadas todas as providências exigíveis à luz dos conhecimentos científicos para evitar a ocorrência do facto lesivo» (Autora e estudo cit., p. 17). Também **ao nível das decisões das Relações** inventariadas pela mesma Autora se constata que foram sempre as dificuldades probatórias enfrentadas pelos demandantes que estiveram na base da improcedência das pretensões indemnizatórias formuladas. A Autora apenas detectou dois acórdãos condenatórios na jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora, um dos quais foi, porém, revogado pelo STJ (por ter considerado não provado o nexo de causalidade entre o erro de diagnóstico e o agravamento das lesões sofridas).

distribuição do ónus da prova nas acções fundadas na responsabilidade civil médica de fonte contratual preconizada pela esmagadora maioria da jurisprudência portuguesa.

Porém – como vimos *supra* –, essa **qualificação** está longe de ser partilhada pela maioria da doutrina nacional, sendo abertamente **repudiada** por opiniões tão autorizadas e prestigiadas como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e PEDRO ROMANO MARTINEZ.

Todos estes Autores põem em causa o **valor dogmático** da dicotomia **obrigação de meios/obrigação de resultado** e, sobretudo, contestam que ela tenha **base legal, à face do ordenamento jurídico português vigente**, pelo menos desde a entrada em vigor do Código Civil de 1966.

Acresce que – como vimos *supra* – a jurisprudência da *Cassazione* italiana, num país cujo Código Civil apresenta grandes similitudes com o Código Civil português de 1966, pelo menos em matéria de responsabilidade civil (aquiliana e contratual), há muito considerou definitivamente **superada a distinção** (de origem francesa e claramente datada, remontando aos anos vinte do Século XX) **entre obrigações de meios e obrigações de resultado**.

Daí que nos pareça **dever essa dicotomia ser postergada, também entre nós**, com consequências drásticas em sede de **distribuição do ónus da prova**, pelo menos no campo da **responsabilidade civil médica de fonte contratual**: quando médico (ou hospital privado) e paciente estão ligados entre si por um **contrato de prestação de serviços médicos, o ónus da prova, nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil contratual fundada no putativo cumprimento defeituoso da prestação a cargo do médico** (ou do estabelecimento de saúde privado que utilizou o médico como seu auxiliar, respondendo por isso, perante a sua contraparte no contrato, pelos actos ou omissões daquele, *ex vi* do artigo 800.º-1 do Cód. Civil), deve repartir-se **nos termos preconizados pela referida Sentença das Secções Unidas da Cassazione n. 13533/2001, de 30/10/2001**.

O que tem como consequência que – à luz da orientação aqui defendida – **o paciente-credor carece apenas de demonstrar a fonte legal ou negocial do seu direito** (dado ser esse o facto constitutivo do seu direito: cfr. o artigo 342.º, n.º 1, do Cód. Civil) e **deve limitar-se a alegar o incumprimento da contraparte, incumbindo ao devedor – neste caso o médico – o ónus de provar o facto extintivo do direito**, constituído pelo **cumprimento** ou pela **impossibilidade objectiva de cumprir** (visto tratar-se de factos cuja prova, nos termos gerais – cfr. o n.º 2 do mesmo artigo 342.º – compete àquele contra quem é invocado o direito de indemnização que o credor se arroga).

Assim, tratando-se de **responsabilidade contratual, o lesado está obrigado apenas a provar o contrato e a alegar a desconformidade da prestação recebida em relação ao modelo normalmente realizado por uma conduta com base na diligência devida**, enquanto **ao médico incumbe o ónus de provar que a imperfeição da prestação resultou de causa a ele não imputável**, irrelevando para este efeito distinguir entre **prestações fáceis e difíceis**, de nada valendo ao médico objectar que a sua obrigação constitui uma mera “obrigação de meios”; o **resultado “anómalo”, fonte de responsabilidade do médico**, tanto se verifica **quando ocorre**

um agravamento da condição mórbida anterior, como em caso de surto duma nova patologia, mas também ainda quando o resultado alcançado se traduza numa inalteração em relação à situação que tornou necessária a intervenção médico-cirúrgica realizada (cfr., neste sentido, a supra citada **sentença da Cassazione italiana n. 8826, de 14/04/2007**).

d) A quem cabe o ónus da prova do requisito constituído pelo nexó de causalidade entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde?

Como se sabe, o **critério** adoptado pelo legislador português (nos artigos 562.º e 563.º do Cód. Civil), para **aferrir do nexó causal entre o acto praticado pelo lesante e os danos** de que o lesado pretende ser ressarcido é – segundo o entendimento consensual da doutrina –, o da **causalidade adequada**. Assim, não serão chamados a responder todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os autores daquela condição que, em termos gerais e abstractos e à luz das regras comuns da vida, se possa considerar causa de certo resultado.

E, dentre as várias formulações utilizadas para o **juízo de adequação destinado a apurar se, do ponto de vista jurídico, o acto praticado pelo agente deve ser considerado causa do dano sofrido pelo lesado**, a maioria da doutrina nacional preconiza que se adopte a formulação (considerada mais abrangente) enunciada por ENNECCERUS-LEHMANN, segundo a qual: «o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar *de todo em todo indiferente (gleichültig)* para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias *excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas*, que intercederam no caso concreto»⁴⁵¹.

A opção por esta formulação tem **repercussões no plano probatório**, «já que o doente/lesado terá *apenas* que provar que o facto foi condição do dano, cabendo depois ao médico/lesante “a prova de que tal condição é, em geral, inidónea para determinar o prejuízo” e, portanto, “que este foi uma consequência extraordinária dessa condição”»⁴⁵².

De todo o modo, devido à «álea presente na actividade médica e ao conseqüente desconhecimento da exacta sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos e técnicas da ciência médica»⁴⁵³, a prova do nexó causal que incumbe ao doente (nos termos gerais – artigo 342.º, n.º 1, do Cód. Civil –, dado tratar-se dum dos vários **factos constitutivos do direito de indemnização** que ele se propõe fazer valer, na acção intentada contra o médico ou a instituição hospitalar privada com quem celebrou um contrato de prestação de serviços médicos), levanta especiais dificuldades.

Desde logo, o comportamento do médico concorre com outros factores potencialmente lesivos: basta pensar nos agentes patogénicos que já iniciaram o seu processo lesivo antes da intervenção do médico e que continuam a exercê-lo, apesar dessa intervenção destinada a

⁴⁵¹ ANTUNES VARELA in *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 890-891.

⁴⁵² RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado”, Coimbra, 2008, p. 151.

⁴⁵³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

combatê-los⁴⁵⁴. Verifica-se uma interacção, no curso dos acontecimentos, entre as duas causas potenciais do dano: a natural e a desencadeada pelo médico. «No campo da medicina é frequente que nem todos os danos sofridos pelo paciente possam ser imputados à conduta médica, dado que alguns deles existiriam de qualquer forma porque derivam da doença de que padece o paciente, logo, nem com os melhores e mais oportunos cuidados teriam sido evitados»⁴⁵⁵. O que, obviamente, dificulta, se é que não impede de todo, a tarefa de destrinçar a eficácia de cada uma delas (conduta médica e doença) para a produção do dano verificado e o reconhecimento de que a conduta do médico constituiu uma condição necessária do mesmo⁴⁵⁶.

«Por outro lado, a aplicação dos princípios que regulam o nexo de causalidade no campo médico reveste-se de particular dificuldade, dada a imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano, de tal forma que, e salvo raras excepções, é praticamente impossível afirmar com toda a certeza que, se determinada conduta tivesse sido adoptada, ou não tivesse sido adoptada, o dano não se teria verificado»⁴⁵⁷.

Por isso, «a aplicação das regras – da responsabilidade civil e de repartição do ónus da prova – vigentes conduzirá frequentemente à rejeição da tese apresentada pelo doente, já que, perante a não demonstração – com a certeza necessária – da procedência causal do dano verificado, se conclui pela inexistência de uma relação de condicionalidade entre o comportamento ilícito do médico e o referido dano»⁴⁵⁸.

A jurisprudência portuguesa fornece múltiplos exemplos de pretensões indemnizatórias que claudicaram devido à falta de prova, por parte do lesado/demandante, do indispensável nexo causal entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde:

– «Além do nexo de imputação do facto ao sujeito, tem de existir sempre, para haver responsabilidade civil, um nexo de imputação objectiva entre o facto e o dano.

Se foram os diabetes que interferiram na cura da flictena e, até, no próprio aparecimento desta, o pessoal do centro médico de tratamento não responde pela indemnização se o paciente não informou ser portador dessa doença diabética» – Acórdão da Relação de Coimbra de 4/04/1995 (in *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, tomo II, pp. 31 e segs.);

– «A prova do nexo causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar, cabe ao credor da obrigação de indemnizar, independentemente da sua fonte.

É um dos pressupostos do direito que acciona, com vista ao ressarcimento do dano, que pretende com a acção.

⁴⁵⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 156.

⁴⁵⁵ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, Coimbra, 2015, p. 50.

⁴⁵⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

⁴⁵⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 51.

⁴⁵⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 164.

O doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido, e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.

É necessário haver um nexo causal entre a acção (ou omissão) e o dano provocado. Mas não pode ser uma qualquer causa/efeito.» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/5/2003**⁴⁵⁹ (Processo n.º 03P912; Relator: NEVES RIBEIRO);

– Não se tendo provado que foi a aplicação de calor húmido que provocou queimaduras e que estas tenham sido a causa (possível) de lesões necróticas que implicaram a amputação parcial da extremidade distal da 3.ª falange dos 3.º e 4.º dedos da mão direita; Provando-se, pelo contrário, que tal amputação era uma consequência possível de um corte no punho – secção total dos aparelhos flexor superficial e flexor profundo pequeno dos últimos 4 dedos e dos tendões dos pequenos e grande palmar e secção total dos nervos mediano e cubital, correspondendo ao que se costuma chamar por "amputação fisiológica da mão"; Não é possível imputar a referida amputação à aplicação de calor húmido, ou aos tratamentos e cuidados médicos da lesão inicial sofrida pelo autor;

– **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/02/2004** (Processo n.º 01830/02; Relator – SÃO PEDRO), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>;

«O médico cirurgião e o hospital não respondem civilmente se os danos morais cuja reparação a doente exige se traduzirem na angústia originada por uma complicação pós-operatória para cujo surgimento não concorreu qualquer erro cometido no decurso da operação» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/2006** (Processo n.º 06A1503; Relator – NUNO CAMEIRA), – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

«– Em sede de causalidade adequada (...), tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar – e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido» – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/09/2007** (Processo n.º 07A2334; Relator – ALVES VELHO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

«Não há nexo de causalidade entre o incumprimento contratual do lar de idosos que, por violação do dever de vigilância relativamente a um idoso com problemas mentais, não impediu a sua saída do lar e desaparecimento por mais de 24 horas e a sua morte ocorrida enquanto vagueou perdido e que, de acordo com o relatório de autópsia, foi causada por hemorragia cerebral.» – **Acórdão da Relação de Coimbra de 23/02/2011** (Proc. n.º 2051/08.8TBCTB.C1;

⁴⁵⁹ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 4, n.º 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

Relator – FRANCISCO CAETANO), – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>;

– Não há nexos causal entre o atraso na marcação de uma cirurgia oftalmológica e a cegueira sofrida pelo autor se ficou provado que esta patologia adveio de um descolamento da retina não relacionável com esse atraso – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/03/2012** (Processo n.º 08/12; Relator – MADEIRA SANTOS)), acessível on-line [o texto integral] in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– «Por falta deste último pressuposto da obrigação de indemnizar [nexo de causalidade entre este e o dano], deve ser julgada improcedente acção de responsabilidade civil extracontratual, proposta contra estabelecimento hospitalar, por danos sofridos pelos autores durante e após parto aí ocorrido, se estes não lograram fazer prova de que a conduta dos agentes do réu, durante esse parto, foi causa daqueles danos.» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/05/2012** (Processo n.º 0576/10; Relator – ADÉRITO SANTOS), acessível on-line [o texto integral] in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

Na **doutrina**, há quem preconize, no que concerne ao **nexo de causalidade** entre a conduta negligente do médico e os prejuízos sofridos pelo paciente, que «se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma actuação negligente do médico, é a este que incumbe a prova de que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento ou, mais precisamente, de que aquele dano se deve a um nexo causal pelo qual ele não é responsável»⁴⁶⁰.

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁴⁶¹, comentando criticamente o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009**⁴⁶² (Proc. n.º 08B1800; Relator – RODRIGUES DOS SANTOS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também opina que, perante a dúvida se a morte da paciente (uma jovem que entrou saudável no bloco operatório para fazer uma lipo-aspiração e veio a morrer na sequência de complicações derivadas da anestesia) se ficou a dever a um choque anafilático (imprevisível e inesperado) ou a erro/excesso nas doses anestésicas, deveria impender sobre o médico anestesista réu o ónus da prova de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito raro da anestesia⁴⁶³.

⁴⁶⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 143.

⁴⁶¹ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, pp. 788/789.

⁴⁶² Este aresto revogou o **Acórdão da Relação de Lisboa de 24/4/2007** (Processo n.º 10328/2006-1; Relator: RUI VOUGA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>, estando igualmente publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXII- 2007, tomo I, p. 110. O cit. Acórdão do STJ de 15/10/2009 contém duas **declarações de voto de vencido** particularmente bem fundamentadas, cujos Autores (Conselheiros OLIVEIRA VASCONCELOS e JOÃO BERNARDO) preconizavam a condenação do médico anestesista, por considerarem provada, *in casu*, não só a **ilicitude** deste clínico como o **nexo de causalidade**.

⁴⁶³ O Autor subscreve, em particular, os argumentos aduzidos na Declaração de Voto exarada pelo Conselheiro JOÃO BERNARDO:

«Haviam os réus, contratualmente devedores, de demonstrar que a anestesia foi correctamente aplicada e que, perante a reacção gravíssima a ela, usaram as técnicas medicamente adequadas à situação.

No presente caso, não se pode, a meu ver, cindir a culpa (ou sua presunção) do comportamento devido. Portas adentro da sala de operações, cada fracção do comportamento devido (posição da doente, escolha dos anestésicos, modo de aplicação – oral, injectável, de uma só vez ou gradualmente – doses aconselhadas, conjugação e

De igual modo, JORGE RIBEIRO DE FARIA⁴⁶⁴ pondera que, «exigindo-se ao paciente a prova da culpa (reconduzida praticamente à violação do cuidado exigível e dissolvida na ilicitude), e, ademais, a [prova] da causalidade, o que daí resulta é ficar ele praticamente sem protecção», isto é, «condená-lo ao insucesso de quase todas as acções neste domínio». Daí que este Autor preconize que «ao paciente fica apenas o encargo de provar o erro grosseiro do médico (...), o que é em princípio fácil, e a demonstração, também em princípio fácil, de que o resultado indesejado cabe no leque de resultados abrangidos pela negligência grosseira verificada»⁴⁶⁵. «Tudo se passa pois, a partir daqui, como se o médico fosse responsável pelo resultado – o que, de resto, se justifica pela alta probabilidade da conexão causal entre o facto dele e o efeito lesivo da saúde do doente»⁴⁶⁶. Assim – segundo este Autor –, convertendo-se a obrigação do médico numa obrigação de resultado, pode exigir-se-lhe «a prova de que (e pelo menos só por aí é que ele em princípio se pode defender, de resto com muita dificuldade também) o mesmo resultado se teria produzido se tivesse havido o cumprimento do cuidado exigível».

JORGE RIBEIRO DE FARIA afasta-se, portanto, do entendimento (perfilhado, nomeadamente, pelo Acórdão do STJ de 4/04/1995, publicado *in Col. de Jurisprudência*, Ano XX [1995], Tomo II, pp. 31 e segs.) segundo o qual **o doente, além de onerado com a prova da ilicitude do médico, tem ainda de provar que o resultado se não teria produzido se o médico tivesse agido com a diligência devida.**

Segundo este Autor⁴⁶⁷, os nossos textos legais obrigam «o paciente à prova de um erro grosseiro, capaz de conter os danos cuja indemnização se pretende, para, a partir daí se fazer impender sobre o médico a prova de que os não causou ou de que de todo o modo eles seriam produzidos pela causalidade virtual do seu acto lícito (como é óbvio, se assim se tivesse agido)». A fundamentação aduzida para sustentar este entendimento acerca do **ónus da prova da causalidade** está na **presunção de experiência** segundo a qual a um erro grosseiro abstractamente apto a produzir um dado resultado ou efeito, no caso de ele efectivamente se ter verificado, deve-se aliar o juízo de que, em princípio, o causou⁴⁶⁸. Esta solução «encontra a justificação cabal na ideia da responsabilização de quem tem o domínio sobre uma esfera de

compatibilidade entre os fármacos, detecção imediata do início da bradicardia ou outra reacção adversa, modo de agir imediato sob o prisma das legis artis, etc) estava e esteve determinada pela diligência, ou falta dela, dos clínicos. A presunção de culpa abrange, no presente caso, a ideia de que não se teve o comportamento devido e de que daí derivou a morte.

*À conclusão da omissão do comportamento devido se chega, se necessário, como já chegou a Relação – trazendo o entendimento, que me parece de acolher, de Manual Rosário Nunes, O Ónus de Prova Nas Acções de Responsabilidade Civil, pág. 58 – pelo recurso à figura da prova da primeira aparência. A medicina não é uma ciência exacta. Cada doente pode constituir um caso particular. Mas, resultando uma morte dum anestesia local, numa doente sem dados clínicos desfavoráveis, é de considerar, em primeira aparência, a negligência de quem era o responsável pela administração da anestesia e/ou pela recuperação dela. Todos os dias, milhares e milhares de anestésias locais são aplicadas sem que haja o menor dano para os pacientes. A consequência mortal do caso agora em apreciação vai contra o normal evoluir das coisas, contra a sucessão vulgar dos acontecimentos, pelo que, atenta também tal figura, penso que caberia aos médicos demonstrar que a aplicação da anestesia foi correcta, que detectaram logo que algo se passava e que as tentativas de reanimação foram as mais adequadas, tudo de acordo com as **legis artis**.»*

⁴⁶⁴ In “Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão”, publicado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, 2004, pp. 115 e segs.

⁴⁶⁵ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

⁴⁶⁶ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

risco ou tem em si o poder de dominar um risco – que faz parte também (...) do património adquirido do nosso próprio direito»⁴⁶⁹.

Na mesma linha, o já cit. **Acórdão da Relação de Lisboa de 13/05/2013** (Processo n.º 2199/08.9TVLSB.L1-2; Relator: PEDRO MARTINS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

– «É também ao cirurgião que cabe o ónus da prova de que a operação em abstracto, ou dada a sua natureza em geral, foi de todo em todo indiferente para a verificação das lesões, tendo-as provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.»

Em sintonia com esta orientação, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2015** (Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1-2; Relator: OLINDO GERALDES – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

«Há nexo de causalidade quando a lesão sobrevinda não constitui um resultado susceptível de ser considerado como atípico, confrontado com todo o circunstancialismo anterior e posterior da cirurgia.»

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015** (Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1; Relator – HÉLDER ROQUE) – cujo texto integral pode ser acedido on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – considerou, a propósito de **exames ecográficos realizados durante a gravidez que não detectaram a existência de mal-formações do feto**, que:

«Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento o feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita».

Isto porque: «Ocorre a presunção, a favor do credor da informação sobre o diagnóstico, do seu não cumprimento pelo médico, que faz parte dos denominados “deveres laterais do contrato médico”, e pode ser causa de responsabilidade contratual, o teria feito comportar-se, de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho» (*ibidem*).

Efectivamente, «O facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre, por sua natureza, de todo inadequado à sua verificação, e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, o que não acontece quando o comportamento do lesante foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso» (*ibidem*).

⁴⁶⁹ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

De modo que: «O nexó de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço (*ibidem*).

Já anteriormente, com respeito ao mesmo tipo de **exames ecográficos**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2013** (Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1; Relatora: ANA PAULA BOULAROT) – cujo texto integral está também acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – havia entendido que:

– «A conduta dos Réus ao fornecerem à Autora uma «falsa» representação da realidade fetal, através dos resultados dos exames ecográficos que lhe foram feitos, contribuíram e foram decisivos para que a mesma, de forma descansada e segura, pensando que tudo corria dentro da normalidade, levasse a sua gravidez até ao termo.

– Estamos em sede de causalidade adequada, pois a conduta dos Réus foi decisiva para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem o nascimento do Autor com as malformações de que o mesmo era portador, o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam, isto é, com a representação das malformações de que padecia o Autor ainda em gestação».

Em termos gerais, pode e deve dizer-se que, uma vez que a **condição** (procedimento médico/cirúrgico) só deixaria de ser **causa do dano** se, segundo a sua natureza geral, fosse de todo **indiferente** para a produção do dano e se só se tivesse tornado condição dele, em virtude de **outras circunstâncias extraordinárias** (cfr. *supra*), «qualquer causa que tenha contribuído para o resultado, ainda que remotamente, implica a responsabilidade do respectivo autor»⁴⁷⁰.

Embora a doutrina da causalidade adequada tenha por finalidade, no campo da responsabilidade médica, apurar a relação de causa/efeito entre a violação das *leges artis* e o resultado antijurídico verificado, ou seja, o dano sofrido pelo paciente, «a existência desta conexão não tem que atingir o estágio de certeza, de tal forma que só se possa afirmar a imputação objectiva quando seja possível garantir que o resultado não se teria produzido se aquela conduta não tivesse sido adoptada (ou, inversamente, se o tivesse sido)»⁴⁷¹.

Isto porque – em tese geral – «a prova produzida em juízo não tem propriamente em vista a demonstração da realidade dos factos num grau de certeza absoluta»⁴⁷². «A demonstração da realidade a que tende a prova não é uma *operação lógica*, visando a *certeza absoluta* (a *irrefragável* exclusão da possibilidade de o facto *não ter ocorrido* ou ter ocorrido *de modo diferente*), como é, por exemplo, o desenvolvimento de um teorema nas ciências matemáticas»⁴⁷³.

⁴⁷⁰ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 53.

⁴⁷¹ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 57

⁴⁷² PAULO PIMENTA in “Processo Civil Declarativo”, Coimbra, 2014, p. 339.

⁴⁷³ ANTUNES VARELA in “Manual de Processo Civil”, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 435.

Efectivamente, «a *prova* visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na *certeza relativa do facto*»⁴⁷⁴.

«No âmbito do princípio da livre apreciação da prova [consagrado no artigo 607.º, n.º 5, do actual Código de Processo Civil, cuja 1.ª parte corresponde ao n.º 1 do artigo 655.º do CPC de 1961, resultante da reforma introduzida em 1995/1996 pelo DL n.º 329-A/95, de 12-XII, e pelo DL n.º 180/96, de 25-IX], não é exigível que a convicção do julgador sobre a realidade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano»⁴⁷⁵. «Basta-lhe assentar num juízo de suficiente probabilidade ou verosimilhança, que o necessário recurso às presunções judiciais (artigos 349.º e 351.º CC) por natureza implica, mas que não dispensa a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança»⁴⁷⁶.

No campo da **responsabilidade civil médica**, embora, na maior parte dos casos, seja impossível ao tribunal afirmar, com absoluta certeza, que uma actuação médica de outra natureza teria logrado evitar ou atenuar o resultado danoso verificado, isso não tira que, «por mais grave que seja a doença e por mais galopante que se denote o seu avanço, certo é que, desde que se revele curável, existe sempre essa possibilidade, por outras palavras, essa chance, embora os nossos tribunais tenham algum receio em empregar a expressão (e a teoria) nos processos relativos a responsabilidade médica»⁴⁷⁷.

Em **Itália**, embora a jurisprudência afirme que, em princípio, o ónus da prova do nexo causal entre a conduta do médico e o dano incumbe à vítima (cfr., nomeadamente, a **Sentença da Cassazione n. 10743, de 11/05/2009**⁴⁷⁸), todavia, em matéria de responsabilidade civil médica, os tribunais admitiram a possibilidade de proferir um juízo de condenação com base num nexo de causalidade “presumido”.

Efectivamente, afirmou-se que, quando não é possível estabelecer se a morte dum paciente foi causada pela incúria do médico interveniente ou por outras causas, e a incerteza resulte da incompletude da ficha clínica ou da não observância de outros deveres que recaem sobre o

⁴⁷⁴ ANTUNES VARELA in ob. cit., pp. 435-436.

⁴⁷⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS in “*Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*”, 3.ª ed., Coimbra, Outubro de 2013, p. 200.

⁴⁷⁶ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ibidem*.

⁴⁷⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 58.

⁴⁷⁸ Nesta Sentença, a *Cassazione* confirmou a orientação anterior, expressa mais recentemente na **Sentença n. 975, de 16/01/2009**, segundo a qual em matéria de responsabilidade civil na actividade médico-cirúrgica, se for invocada uma **responsabilidade contratual da estrutura sanitária e/ou do médico pelo cumprimento defeituoso da prestação sanitária, o lesado deve fornecer a prova do contrato** (ou do “contacto social”) **e do agravamento da situação patológica (ou do aparecimento de novas patologias por efeito da intervenção) e do relativo nexo de causalidade com a acção ou a omissão dos médicos**, ficando a cargo do obrigado – seja ele o médico ou a estrutura – a prova de que a prestação profissional foi realizada de modo diligente e que aqueles resultados foram determinados por um evento imprevisto e imprevisível. Todavia, **o ónus da prova que recai sobre o paciente em matéria de nexo de causalidade é mitigado**, segundo o Supremo Tribunal italiano, **pela probabilidade (ainda que não próxima da certeza) de sucesso do tratamento médico**. Na verdade, o inêxito ou o sucesso parcial duma intervenção rotineira ou, de qualquer modo, com elevada probabilidade de resultado favorável, implica por si só a prova do referido nexo de causalidade, já que tal nexo, no âmbito civilístico, consiste também na relação probabilística concreta entre comportamento e resultado danoso, segundo o critério, inspirado na regra da normalidade causal, do “mais provável que não”.

médico, este último deve ser considerado responsável pela morte, sempre que a sua conduta tenha sido abstractamente idónea para a causar⁴⁷⁹.

Este princípio foi afirmado mesmo num caso em que a probabilidade de o dano ter sido causado pela conduta do médico parecia inclusivamente menor relativamente a outras possíveis causas, com o fundamento de que «o não apuramento do facto abstractamente idóneo para excluir o nexo causal entre conduta e resultado não pode ser invocado, ainda que do ponto de vista estatístico aquele facto seja “mais provável do que não”, por aquele a quem teria incumbido aquele apuramento e, todavia, não o tenha efectuado» (**Sentença da Cassazione n. 3847, de 17/02/2011**).

Por conseguinte, **quando aplica o princípio da causalidade adequada à matéria da responsabilidade do médico, o Supremo Tribunal italiano parece acrescentar um corolário posterior em matéria de repartição do ónus da prova**, que pode ser assim resumido:

- a) Se se apurou que o médico introduziu um antecedente causal abstractamente idóneo para produzir o dano;
- b) Se não se apurou se, no caso concreto, o dano foi efectivamente causado pela conduta do médico;
- c) Em tais situações, incumbe ao médico o ónus de provar concretamente, se quiser ficar isento de responsabilidade, que o dano ficou a dever-se a um factor excepcional e imprevisível^{480 481}.

Entre nós, ao nível da doutrina, VERA LÚCIA RAPOSO⁴⁸², embora **ressalvando a necessidade de isso ser feito com as maiores cautelas** (porque «a medicina depende de tantos factores que escapam ao controlo, e mesmo ao conhecimento do médico, que o uso mais leviano destas doutrinas (...) arrisca-se a tornar o médico numa espécie de seguro do paciente, dado que não apenas se presume a sua culpa, e com isto se torna quase uma responsabilidade objectiva, como acaba também por se presumir o seu contributo causal, e com isto deixa de ser uma responsabilidade jurídica»), também **admite o funcionamento de presunções judiciais do nexo causal**.

Segundo esta Autora⁴⁸³, será legítimo e razoável inferir – em termos de presunção judicial susceptível de ser afastada – que o acto médico foi causa do dano nas seguintes hipóteses:

⁴⁷⁹ Cfr. a **Sentença da Cassazione n. 12103**, de 13/9/2000 (publicada in *Diritto e giustizia*, 2000, fasc. 34, p. 33); a **Sentença da Cassazione n. 11316**, de 21.7.2003; e a **Sentença da Cassazione n. 10060**, de 27/4/2010.

⁴⁸⁰ Cfr., neste sentido, “*Responsabilità sanitaria e tutela della salute*” (a cura di MARCO ROSSETTI), *CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Quaderni del Massimario*, UFFICIO DEL MASSIMARIO, 2011, p. 27.

⁴⁸¹ Cfr., também explicitamente no sentido de que, em matéria de responsabilidade médica, «o nexo causal entre conduta do médico e dano se presume, quando o médico tenha tido uma conduta abstractamente idónea para causar o dano, mesmo na ausência de certezas acerca da efectiva indução do facto danoso, incumbindo ao médico o ónus de provar, se quiser ficar isento de responsabilidade, que o dano resultou dum factor excepcional e imprevisível», a **Sentença da Cassazione n. 9290/2012**, de 30/03/2012.

⁴⁸² In “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 62.

⁴⁸³ In ob. cit., pp. 62 *in fine* e 63.

- a) «Desde logo quando o perito formula o seu juízo em termos condicionais e diz que “o facto x poderá ter sido causa do facto y”»;
- b) «Mas também assim quando o risco que se concretizou na prática é uma consequência típica do acto médico»;
- c) «Quando o dano esteja temporalmente muito próximo de um determinado ato médico»;
- d) «Ou quando não se vislumbra outra causa provável para o dano».

É certo que, em princípio, «a prova do nexu causal em processo civil cabe sempre ao lesado, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade [contratual ou extra-contratual], já que as presunções legais de culpa no campo do direito civil não têm qualquer correspondência em matéria de nexu de causalidade»⁴⁸⁴ «Porém, e embora a causalidade esteja excluída do domínio das presunções legais, não está proibido que à causalidade se apliquem presunções judiciais, isto é, ilações que o julgador utiliza para de um facto conhecido afirmar um facto desconhecido (artigo 349.º do CC)»⁴⁸⁵.

Daí que alguns tribunais tenham, no âmbito de processos cíveis, recorrido a uma espécie de **presunção judicial do nexu de causalidade** com base na já referida **teoria da preponderância da evidência** (que nasceu como fundamento de uma presunção de culpa, mas que se tem arrastado para a causalidade), de forma a **dar por existente o nexu de causalidade a partir de certas regras da experiência**, o que no fundo se reconduz a uma **presunção dessa causalidade**.

Assim é que, embora fora do campo da responsabilidade civil médica, seja pacífico o entendimento segundo o qual:

– «Na ausência de prova das razões que determinaram um acidente de viação, a prova da culpa como pressuposto da responsabilidade civil extracontratual pode resultar, por via de presunções naturais, da violação objectiva de regras estradais cuja previsão se destina a evitar ocorrências como a que se mostrou causal do acidente.»; por isso, «Verificando-se que o veículo circulava numa via pública dentro de uma localidade e que se despistou quando alcançou um cruzamento, deixando um rasto de travagem de 34,70 m, pode concluir-se, por via de presunções naturais ou *ad hominem*, que o despiste se deveu a comportamento imprudente do condutor em face das circunstâncias que rodeavam o acto de conduzir o veículo automóvel.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 23/02/2006** (Proc. n.º 687/2006-6; relator – ANA LUÍSA GERALDES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Não é possível a demonstração directa do nexu causal entre a condução sob a influência do álcool e o resultado danoso provocado pelo acidente do condutor alcoolizado. Atenta a dificuldade de demonstração directa, será suficiente a prova de primeira aparência, cabendo ao condutor a contraprova, apontando factos de que resulte a séria possibilidade de um

⁴⁸⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 64 in fine.

⁴⁸⁵ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 65.

decurso atípico.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 20/11/2008** (Proc. n.º 4722/2008-6; relator – MANUEL GONÇALVES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «A relação causal entre o excesso de álcool e o acidente não é susceptível de prova directa (pelo menos ao nível do actual conhecimento humano e científico). É, por isso, legítimo ao tribunal mão da presunção natural (mais do que uma presunção judicial) de que a ingestão do álcool pelo réu acusando a referida taxa de 0.92 grs/l., foi causa natural directa e naturalística da diminuição das capacidades de percepção do espaço físico, da avaliação das distâncias e de lentidão na capacidade de reacção, perturbando-lhe os reflexos e a coordenação motora.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/11/2007** (Proc. n.º 7441/2007-2; relator – VAZ GOMES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Nada impede o recurso a presunções judiciais para se estabelecer o nexo de causalidade entre a condução sob o efeito do álcool e um acidente de viação, que se tenha por causado por culpa de quem conduzia um veículo, apresentando uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida.» – **Acórdão da Relação de Coimbra de 7/9/2010** (Proc. n.º 329/06.4TBAGN.C1; relator – FALCÃO DE MAGAÇHÃES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>;

– «O Tribunal pode recorrer a presunções judiciais para, no caso concreto, dar como provado que a condução sob a influência do álcool do réu lhe diminuiu as capacidades físicas, nomeadamente de visão e de reacção e lhe causou uma desinibição que determinou uma deficiente avaliação das distâncias e dos perigos», sendo que «Tais factos constituem causa adequada para o comportamento culposo do réu que deu causa ao acidente, estando assim feita a prova do nexo causal que cabia à autora seguradora» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 9/2/2012** (Proc. n.º 686/05.0TBBNV.L1-6; relator – MARIA TERESA PARDAL), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– Na acção de regresso contra o condutor com álcool, a prova (a cargo da seguradora) de que foi a taxa de alcoolemia de que era portador a causa, ou uma das causas, do acidente «pode ser feita com recurso a presunções judiciais resultantes da TAS do condutor, do circunstancialismo em que ocorreu o acidente e da falta de prova de outra causa» – **Acórdão da Relação do Porto de 20/09/2012** (Proc. n.º 3913/08.8TBVFR.P1; relator – MARIA AMÁLIA SANTOS), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «É do conhecimento comum que o álcool influencia os comportamentos, actuando sobre o cérebro, e que uma TAS de 1,86 g/l era de molde a determinar as infracções estradais e as falhas de condução cometidas por um dos condutores, sendo razoável e previsível para um homem médio, que aquela taxa era adequada a influenciar o mesmo no acto de condução.»; por isso, «Não tendo o facto praticado pelo réu sido indiferente, na ordem natural das coisas, para a produção do dano, tendo concorrido para a sua produção – ao não atentar na circulação do motociclo em sentido contrário (face à quantidade de álcool que tinha ingerido) e ao cortar a trajectória deste – considera-se verificado o nexo de causalidade entre o facto e os danos provados, tanto mais que a vertente negativa da causalidade adequada não

pressupõe a exclusividade do facto condicionante do dano.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 28/11/2013** (Proc. n.º 1253/07.9TVLSB.L2-1; relator – MANUEL MARQUES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «A prova do nexo naturalístico entre a condução sob o efeito do álcool e a ocorrência do acidente pode fazer-se por via de presunção judicial, quando os factos simples provados sustentem a ilação retirada pelo julgador.»; assim, «Provado que o condutor do veículo exercia a respectiva condução com uma TAS de 1,28 gr/l, e que não viu o veículo que circulava à sua frente, só se apercebendo da presença deste quando lhe embateu na retaguarda, deve concluir-se que tal ausência de reacção resultou de agir sob o efeito do álcool.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 5/06/2014** (Proc. n.º 3423/11.6TVLSB.L1-6; relator – FÁTIMA GALANTE), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «A constatação do facto em si – taxa de alcoolemia – pode funcionar como uma base de presunção (facto conhecido), da qual se pode inferir o facto desconhecido (nexo de causalidade entre a alcoolemia e o acidente), por aplicação dos artigos 349.º e 351.º do Código Civil, desde que conexonado com a apreciação crítica dos demais factos relevantes sobre a dinâmica do acidente e circunstâncias envolventes das quais resulte, de forma plausível e razoável, a existência do referido nexos de causalidade. Infere-se, nesses termos, a existência de nexos de causalidade adequada entre o estado etílico do condutor e o acidente quando aquele conduzia com uma TAS de 1,36g/l e embateu na traseira veículo que se encontrava parado, à sua frente, por não se ter apercebido que o trânsito se encontrava parado.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 8/09/2015** (Proc. n.º 4474/12.9TBVFX.L1-1; relator – MARIA ADELAIDE DOMINGOS), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «O juízo sobre a causalidade de certa conduta activa ou omissiva é por natureza conclusivo, já que não incide sobre factos concretos passíveis de serem percebidos, constituindo antes uma decorrência de certos factos concretos e da ligação que por via do raciocínio é possível estabelecer entre eles. Por isso, o juízo sobre a causalidade de certa conduta é apenas eventualmente passível de prova pericial ou com base em presunção natural, tendo em conta as regras da experiência comum.» – **Acórdão da Relação do Porto de 3/02/2014** (Proc. n.º 2138/10.7TBPRD.P1; relator – CARLOS GIL), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>.

No contexto da **responsabilidade civil médica**, «a presunção do nexos de causalidade é particularmente utilizada nos casos em que opera a presunção de culpa fundada na prova *prima facie*»⁴⁸⁶.

«A prova *prima facie*, ou prova de primeira aparência, expressa a ideia de que, segundo os princípios gerais da vida e o normal acontecer das coisas, certos factos só podem ter origem em determinadas causas»⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 66.

⁴⁸⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p.124.

«A tendência nestes casos vai no sentido de presumir, não apenas que o médico actuou culposamente, mas também que aquela violação do dever de cuidado foi adequada à produção do dano em causa, já que segundo a normalidade do acontecer – isto é, se tivessem sido respeitadas as regras técnicas da actividade médica – não teria o mesmo ocorrido»⁴⁸⁸.

Neste âmbito, a **prova de primeira aparência** assume uma importância determinante, tanto no que respeita à **culpa** como ao **nexo de causalidade**, «uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado acto médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “normalidade das coisas”, a “experiência comum”, o dano provavelmente não teria ocorrido se caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso»⁴⁸⁹.

Na **jurisprudência portuguesa**, um exemplo do recurso à **prova de primeira aparência** consta do já citado **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002** (relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO e proferido no Proc. n.º 02A4057)⁴⁹⁰, no qual se entendeu que:

«Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.»

Efectivamente, «embora o tribunal fundamente esta conclusão no artigo 799.º/1 do CC, em bom rigor, funda a presunção de culpa naquilo que parece ser uma prova de primeira aparência»^{491 492}.

Todavia, pouco depois, em 2003, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça concluiu – no seu **Acórdão de 22/5/2003**⁴⁹³ (Processo n.º 03P912; Relator: NEVES RIBEIRO) que:

«Não se poderá encontrar, sem mais, uma relação de causa e efeito, entre o antes e o depois da intervenção cirúrgica, de 13 de Junho de 1995, e concluir-se, em juízo eticamente fundado, que o agravamento da situação de deveu a um diagnóstico errado, à intervenção cirúrgica ou (e) toda a intervenção post operatória que, depois longa e penosamente se seguiu.»

⁴⁸⁸ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 66.

⁴⁸⁹ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*”, Coimbra, 2005, p. 58.

⁴⁹⁰ Cujo texto integral pode ser acedido on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

⁴⁹¹ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 124.

⁴⁹² Em Itália, a jurisprudência há muito (desde 1978) que também entende, pacificamente, que, «tratando-se de uma intervenção de fácil execução e despida de dificuldades técnicas, a que, portanto, segundo um curso regular dos acontecimentos, se segue um resultado positivo (*maxime* a cura), a verificação de um insucesso terapêutico fará presumir a existência de uma actuação culposa por parte do médico e a sua eficiência causal para o dano ocorrido», pelo que «cabera, ao profissional, a destruição desta ilação» (RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, Coimbra, 2008, p. 341).

⁴⁹³ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “*LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*”, Ano 4, n.º 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

E, mais recentemente, em 2010, o Supremo Tribunal de Justiça voltou a reiterar – no seu **Acórdão de 1/07/2010** (Processo n.º 398/1999.E1.S1; Relator: SERRA BAPTISTA) – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – que:

«– A prova do nexo causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar e medida da mesma, cabe ao credor da obrigação, independentemente da sua fonte.

– Pelo que o doente tem de provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e conduziu ao dano, sendo certo que se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado, teria levado á cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte, consoante o caso.

– Sendo necessário estabelecer uma ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquela.»

Com base nestas premissas, o STJ concluiu que:

«Os factos apurados não permitem estabelecer um nexo de causalidade entre o citado e errado diagnóstico efectuado pelos réus e os danos pela autora sofridos.»

É certo que «as fracturas pela A. sofridas pela sua queda, em si mesmas, são, sem dúvida, um dano, que, de forma alguma, é imputado aos réus. Pretendendo a mesma, com esta sua acção, assacar-lhes a responsabilidade civil pelas consequências que delas – e da omissão do conhecimento das mesmas no diagnóstico efectuado na clínica ré, sendo certo nem sabermos, por deficiente alegação, quem a assistiu inicialmente (a queda ocorreu no dia 1 e só foi assistida na clínica ré, pelo réu médico, no dia 3) no hotel – lhe advieram. Nomeadamente, pelas reduções existentes na coluna vertebral, aos níveis da 1.ª e 5.ª vértebras, pela IPP de que ficou a padecer, pela estadia forçada em Portugal (nem sabemos qual era a data aprazada para o seu regresso à Alemanha) e pelo pânico de paralisia (que não ficou demonstrado), pelo qual pede a grande fatia indemnizatória.»

«Mas, **não se pode encontrar na factualidade apurada uma relação de causa/efeito entre o antes e o depois do errado acto médico e que unicamente é imputado aos réus – o da desconsideração das fracturas das vértebras.** Sendo certo que a mesma autora, após o deficiente diagnóstico, terá ficado imobilizada durante alguns dias, desde a data do acidente (com desconhecimento, repete-se, de quem a assistiu inicialmente), tendo então usado colete de protecção e realizado sessões de fisioterapia (terá sido por prescrição dos réus?) – resposta ao quesito 8.º e al. B) dos factos assentes.»

«**Não se podendo, assim, e sem mais, concluir que o eventual agravamento das lesões pela A. sofridas, derivadas à queda, se ficaram a dever ao diagnóstico defeituoso.**»

«É um “salto” que o Tribunal não pode dar.

«Devendo, antes, a autora ter alegado e provado que tal acto médico a que se sujeitou, praticado pelos réus, assim tendo culposamente cumprido a obrigação que sobre eles impendia de forma defeituosa, a ter sido, como devia, correctamente praticado, teria obstado a um eventual agravamento das lesões – e será que estas se agravaram, não tendo resultado as referidas reduções vertebrais das ditas fracturas e da osteoporose generalizada de que a autora é portadora?; será que houve, ao invés, e apesar do acto censurável apurado, uma evolução normal das fracturas, não havendo qualquer outro tratamento a fazer a não ser a imobilização da paciente? – e às demais consequências danosas.»

Donde que, nesta decisão, o STJ, apesar da comprovação dum **erro de diagnóstico** cometido pelos médicos – consubstanciado na desconsideração das fracturas das vértebras –, não considerou suficiente a prova desse erro de diagnóstico para inferir a existência duma relação de causa a efeito entre o mesmo e as lesões sofridas pelo paciente.

Quid juris?

A orientação jurisprudencial – prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – segundo a qual, «*em sede de causalidade adequada (...), tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar – e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido*» (cfr., por todos, o **Acórdão do STJ de 18-09-2007** [Revista n.º 2334/07 - 1.ª Secção; Relator – ALVES VELHO] – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – é **insuportavelmente restritiva e exigente**, conduzindo, na prática, ao insucesso da esmagadora maioria das acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil médica, na medida em que ignora a assimetria da relação entre o médico e o paciente (enquanto o paciente está particularmente enfraquecido, porque física ou mentalmente debilitado por virtude da patologia de que padece, o médico apresenta-se como uma pessoa capaz de lhe dar a protecção e o tratamento de que carece⁴⁹⁴) e faz tábua rasa do desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica existente entre ambas as partes (enquanto o médico-devedor é um profissional prestador de assistência médica, o doente-credor é, por via de regra, um leigo nessa matéria⁴⁹⁵).

Justifica-se, por isso, plenamente **libertar o doente do ónus de convencer o julgador de que, entre todos os factores potencialmente geradores do dano verificado, o comportamento reprovável do médico constituiu uma condição da produção do dano**, isto é, **que este, sem aquele comportamento, não se teria produzido**. «Tanto mais que o médico terá em seu poder um conjunto de elementos que desempenham uma importante função probatória (ficha clínica, estudos, resultados de exames, radiografias), e um conjunto de informações importantes que, aliadas à sua preparação técnica, lhe facilitarão a tarefa de esclarecimento

⁴⁹⁴ Cfr., explicitamente neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico”, Coimbra, 2008, p. 165.

⁴⁹⁵ Cfr., também neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 166.

(com consequências a nível de encargo probatório) que, segundo uma justa consideração dos factos, lhe deveria ser imposta»⁴⁹⁶.

A esta luz, pode e deve entender-se que, para concluir pela existência do nexo de causalidade, não é necessário demonstrar-se – com carácter de certeza – que a tempestiva execução duma determinada prestação médica teria seguramente evitado o resultado danoso, sendo para tanto suficiente uma probabilidade razoável.

A circunstância de não vigorar, em matéria de **nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado danoso ocorrido**, nenhuma **presunção legal** – ao contrário do que ocorre relativamente ao pressuposto da responsabilidade civil contratual consubstanciado na “culpa” (cfr. o cit. artigo 799.º-1 do Cód. Civil) – não pode nem deve impedir o recurso, pelo tribunal, a **presunções judiciais**, ao aferir da existência ou não destoutro pressuposto.

Assim, «o juiz poderá, recorrendo a presunções judiciais, *hominis* ou naturais, extrair da “relação de probabilidade típica, estabelecida através de regras de experiência comum ou de regras técnicas, entre um facto e uma causa”, a afirmação do nexo causal entre o concreto comportamento do médico e o dano específico sofrido pelo doente, desde que, quer este comportamento, quer este dano se reconduzam à espécie de causa e facto ali relacionados»⁴⁹⁷. De qualquer modo, «tal afirmação-presunção cederá se o médico provar que no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento»⁴⁹⁸.

Por outro lado, nas **intervenções rotineiras e de fácil execução**, basta, para afirmar o nexo de causalidade, que o paciente demonstre que a patologia é posterior à lesão por ele sofrida no decurso da intervenção⁴⁹⁹, recaíndo, pelo contrário, sobre o cirurgião o ónus de provar a existência e a eficiência etiológica de outros factores – imprevistos, imprevisíveis ou em qualquer caso não superáveis mediante a diligência média exigida⁵⁰⁰.

Finalmente, **quando existam factores de risco ligados à gravidade da patologia ou às precárias condições de saúde do doente**, é irrecusável que um diagnóstico errado ou inadequado agrava a possibilidade de se produzir o resultado negativo⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Cfr., também neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 171.

⁴⁹⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 370.

⁴⁹⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

⁴⁹⁹ Efectivamente – como certamente observou a *Cassazione italiana* (na cit. **Sentença n. 10743, de 11/05/2009**) –, «o *inêxito* ou o *sucesso parcial* duma intervenção rotineira ou, de qualquer modo, com elevada probabilidade de resultado favorável, implica por si só a prova do referido nexo de causalidade, já que tal nexo, no âmbito civilístico, consiste também na relação probabilística concreta entre comportamento e resultado danoso, segundo o critério, inspirado na regra da normalidade causal, do “*mais provável que não*”» [tradução livre].

⁵⁰⁰ Na verdade – como decidiu a *Cassazione italiana* (na sua **Sentença n. 9290 de 30/03/2012**) – “no caso de prestação profissional médico-cirúrgica de rotina, cabe ao profissional superar a presunção de que as complicações foram causadas pela omitida ou insuficiente diligência profissional ou pela imperícia, demonstrando que [elas] foram pelo contrário, produzidas por um acontecimento imprevisto e imprevisível segundo a diligência qualificada com base nos conhecimentos técnico-científicos do momento» [tradução livre].

⁵⁰¹ De facto – como observou a *Cassazione italiana* (na sua **Sentença n. 4400, de 4/03/2004**) – «numa situação em que existe a certeza o médico deu à patologia que lhe foi submetida uma resposta errada ou em qualquer caso inadequada, é possível afirmar que, em presença de factores de risco, a referida falta (que integra o incumprimento da prestação sanitária) agrava a possibilidade de que se produza o resultado negativo. Não é possível afirmar que o resultado se teria ou não verificado, mas pode dizer-se que o paciente perdeu, por efeito do referido incumprimento,

Por isso, é legítimo e razoável inferir – em termos de **presunção judicial** (susceptível de ser afastada pelo médico, em cada caso concreto) – que o acto médico foi causa do dano, pelo menos nas quatro hipóteses *supra* apontadas por VERA LÚCIA RAPOSO, a saber:

- a) Quando o perito formula o seu juízo em termos condicionais e diz que “o facto x poderá ter sido causa do facto y”;
- b) Quando o risco que se concretizou na prática é uma consequência típica do acto médico praticado;
- c) Quando o dano esteja temporalmente muito próximo de um determinado acto médico;
- d) Quando não se vislumbra outra causa provável para o dano, senão o acto médico executado.

Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁵⁰², constituem **exemplos do funcionamento da prova por primeira aparência**, em sede de **nexo de causalidade**, as seguintes situações:

- Objectos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica, por exemplo, pinça ou uma compressa dentro do abdómen do paciente;
- Operação ao lado errado;
- Lesão de outras áreas do corpo mais ou menos próximas da que está a ser objecto de tratamento;
- Extracção de uma parte do organismo que não devia ser extraída;
- Danos resultantes de infecções hospitalares;
- Danos causados pela anestesia;
- Queda de dentes pelo tubo digestivo;
- Infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- Omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fracturas;
- A ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;
- A ocorrência de uma infecção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;

oportunidades [chances], que estatisticamente tinha, mesmo tendo em conta a especial situação concreta (particularmente se tinha sido levado a um hospital)» [tradução livre].

⁵⁰² In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1.ª ed., 2015, pp. 781-782.

– Uma intoxicação alumínica em doente em hemodiálise.

A estes exemplos, RUTE TEIXEIRA PEDRO⁵⁰³ acrescenta as queimaduras derivadas dos utensílios (lâmpadas, botijas de água...) ou substâncias (raios x, produtos químicos) utilizados nos exames auxiliares de diagnóstico ou nos procedimentos de tratamento.

Como não se trata de **presunções legais**, mas tão só de **presunções judiciais**, fundadas na experiência comum, elas nem sequer importam uma verdadeira **inversão do ónus da prova** (nos termos do artigo 344.º, n.º 1, do Cód. Civil), «pois o que sucede é que aquele a quem a presunção beneficia é desonerado de provar o facto objecto da dita presunção, mas sem que daqui derive que sobre a contraparte recaia o ónus da prova do facto contrário»⁵⁰⁴. «Ao admitir a prova *prima facie* só se dá uma facilidade para a produção da prova e não uma total inversão do encargo da prova» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010** [Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1; Relator: FERREIRA DE ALMEIDA], cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>).

«Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve *fora da sua esfera de acção*, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano»⁵⁰⁵. «Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte»⁵⁰⁶.

Todavia, «para a destruição da prova da primeira aparência de nexo causal não se considera bastante a demonstração de uma mera (...) possibilidade de um outro desenrolar atípico de acontecimentos»⁵⁰⁷. «À contraparte, para o aniquilamento da “*prova prima facie*” exige-se uma contraprova, que lance dúvidas (sérias) sobre a realidade da aparência construída»⁵⁰⁸.

B.X. A Actividade médica exercida nos estabelecimentos de saúde privados

a) Natureza contratual da responsabilidade civil das clínicas privadas

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS⁵⁰⁹, «não parecem ser legítimas quaisquer dúvidas fundadas de que a relação que se estabelece entre a clínica privada⁵¹⁰ e os doentes que aí se dirijam para receber tratamento é eminentemente contratual».

⁵⁰³ In “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, Coimbra, 2008, p. 347.

⁵⁰⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 98.

⁵⁰⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in ob. cit., pp. 782 *in fine* e 783.

⁵⁰⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in ob. cit., p. 783.

⁵⁰⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 343, nota 917.

⁵⁰⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

⁵⁰⁹ In “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1996, p. 241.

⁵¹⁰ Por “*clínica*” entende-se «qualquer unidade de prestação de serviços de saúde seja qual for o seu concreto objecto e forma de organização empresarial (casa de saúde, hospital, sanatório, centro de saúde) ou jurídica (titularidade individual, sociedade civil e sob forma comercial, cooperativa)» (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “*Direito da Saúde e Bioética*”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 89).

Efectivamente, no caso da clínica privada, o paciente escolhe dirigir-se àquele estabelecimento, tal como escolhe o médico que pretende que o acompanhe (ou pelo menos pode fazê-lo). A consulta ou o tratamento são prestados e, no final, são pagos pelo paciente (ou, pelo menos, são exigidos pela clínica) os respectivos honorários.

Desta forma, não sofre dúvidas que, ao menos na esmagadora maioria das situações, **entre o paciente e a clínica privada é celebrado um contrato**, do qual emergem para ambas as partes **direitos e obrigações**.

Na jurisprudência, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008** (Processo n.º 08A3323 ; Relator – MÁRIO CRUZ) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também entendeu que:

«Nas instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o serviço nacional de saúde, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual».

Nesse plano contratual, a clínica responde pelos actos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações (nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil).

Por isso, se tiver ao seu serviço médicos, a clínica responde contratualmente, perante o paciente (a contra-parte na relação contratual estabelecida) pelos actos destes⁵¹¹.

O recente **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – fundamentou esta solução legislativa nos seguintes termos:

«A responsabilidade civil do hospital pela conduta dos auxiliares (médicos, enfermeiros, e outros) regula-se pelo regime do artigo 800.º, n.º 1, do CC, eixo central da responsabilidade por facto de outrem no domínio contratual. Conforme dispõe esta norma “*O devedor é responsável perante o credor pelos actos (...) das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor*”. Deve salientar-se que, diversamente do que se passa no regime do artigo 500.º, do CC, que se aplica à responsabilidade extracontratual, no artigo 800.º do CC se abrange tanto a conduta de auxiliares dependentes como a conduta de auxiliares independentes (como desenvolvido pela relatora deste acórdão em *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 2009, págs. 242 e segs.). Quer isto dizer que, no caso concreto, é indiferente determinar qual o vínculo existente entre o R. BB Hospital e cada um dos médicos envolvidos na operação – cirurgião e anestesista – porque, quer se trate de contratos de trabalho quer se trate de contratos de outra natureza, o regime de responsabilidade do R. BB Hospital é o mesmo. Nas palavras de André Dias Pereira, “*no contrato de internamento com escolha de médico (contrato médico adicional), a clínica também assume a responsabilidade por todos os danos ocorridos, incluindo*

⁵¹¹ Cfr., explicitamente neste sentido, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, in “*Responsabilidade Médica em Portugal*”, publicado in BMJ, n.º 332, pág. 51.

a assistência médica e os danos causados pelo médico escolhido” (cit., pág. 688). A responsabilização do R. BB Hospital funda-se na razão de ser do regime do artigo 800.º, n.º 1, do CC, a qual, segundo Vaz Serra (“Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos”, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 72, pág. 270) é a seguinte: “O devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento. Com tais auxiliares alargaram-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira daí benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles”.

A **aferição dos pressupostos da responsabilidade civil do hospital privado** faz-se por referência à **conduta dos seus auxiliares**:

«Relativamente à responsabilidade civil do hospital, os pressupostos aferem-se a partir da conduta dos auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes, da obrigação de prestação de serviços médicos, que são todos os agentes envolvidos (cirurgião, anestesista, enfermeiros e outros). A conduta dos auxiliares imputa-se ao devedor hospital “como se tais actos tivessem sido praticados pelo próprio devedor” (artigo 800.º, n.º 1, do CC).» – cit. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2006**.

Quid juris quanto à responsabilidade, perante o paciente, do médico que exerce a sua actividade na clínica, seja como funcionário desta seja como um mero prestador de serviços, no quadro dum contrato de prestação de serviços que o vincula à clínica?

Nessas situações em que o **médico** se apresenta como um mero **auxiliar** do devedor, a maioria da doutrina entende que o clínico apenas responderá a título delitual, no quadro da responsabilidade por factos ilícitos^{512 513 514 515}.

⁵¹² Cfr., explicitamente neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado”, Coimbra, 2008, p. 66.

⁵¹³ Cfr., no sentido de que «a natureza extra-contratual ou contratual da responsabilidade dos médicos quando os serviços prestados sejam levados a cabo em instituição privada dependerá da caracterização da situação em concreto: relação contratual única e directa entre a clínica e o paciente, relação contratual dividida em que a clínica apenas assume as obrigações correspondentes ao contrato de internamento ou relação única de prestação de serviços médicos celebrada com médico embora o serviço realizado em regime ambulatorio, consistindo em consultas ou prestação de cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico», o **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/3/2007** (Proc. n.º 5177/2006-2; Relator – NETO NEVES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>. Neste caso, tanto a Relação como a 1.ª instância remeteram para a responsabilidade extra-contratual o acto médico praticado no consultório localizado nas instalações duma clínica privada por um médico cuja exacta relação com a referida clínica era desconhecida e cuja intervenção, além disso, ocorrera na sequência dum pedido de substituição dum colega.

⁵¹⁴ Cfr., todavia [num caso de “contrato total com escolha de médico (com contrato de médico adicional)” – em que o paciente escolheu pessoalmente o médico-cirurgião como seu médico, foi por ele acompanhado por período de tempo indeterminado, e, seguindo a sua orientação, decidiu submeter-se a uma cirurgia numa clínica privada, intercedendo, portanto, ao lado da relação contratual estabelecida entre o paciente e a clínica (com a natureza de contrato de prestação de serviços médicos globais, enquadrado na noção do artigo 1154.º, do Código Civil), uma outra relação contratual entre o paciente e o médico-cirurgião, também ela correspondente a um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos (segundo o previsto no artigo 1154.º, do CC)] no sentido de que, «Quanto à responsabilidade civil do médico-cirurgião, os pressupostos aferem-se pela sua conduta pessoal, assim como pela conduta daqueles que sejam auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes, da sua prestação, i.e. enfermeiros e outro pessoal auxiliar da equipa cirúrgica, por aplicação do artigo 800.º, n.º 1, do CC», o recente **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/1/2006** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf>. Neste caso, o STJ responsabilizou solidariamente pelos danos sofridos pelo paciente tanto a clínica privada como o médico-cirurgião que realizou a intervenção cirúrgica.

A clínica responde ainda perante o paciente que com ela contratou pelos **actos do seu pessoal auxiliar**, sejam eles **enfermeiros** ou **auxiliares administrativos** ou **de limpeza**, os quais não mantendo nenhuma relação contratual com o paciente, apenas poderão, eventualmente, ser por este responsabilizados a título **delitual**, no quadro da responsabilidade por factos ilícitos.

Neste âmbito, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/4/2004** (Revista n.º 688/04 - 6.ª Secção; Relator – AFONSO CORREIA) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assesores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*” – entendeu que:

«A Ré, enquanto dona e administradora do hospital privado em que o Autor foi submetido a intervenção cirúrgica, é responsável pela conduta negligente do enfermeiro ao seu serviço consistente em trazer para a sala de operações, a pedido do 2.º Réu (médico que realizava a intervenção) um candeeiro auxiliar cuja lâmpada não era tecnicamente adequada para ser utilizada durante a operação e que, por isso, provocou no quadrante inferior esquerdo do abdómen do Autor, uma queimadura do terceiro grau».

O **Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 22/09/2006** (Processo n.º 03B2668, Relator LUCAS COELHO) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – fundou-se igualmente na **responsabilidade contratual** para sustentar a condenação duma clínica:

– Submetida a autora a uma intervenção cirúrgica em 29 de Novembro na Clínica explorada pela sociedade ré, onde depois ficou internada em recuperação pós-operatória, responde a ré pelos danos patrimoniais e morais sofridos pela autora em consequência da agressão, contra ela perpetrada entre as 3,00 e as 4,00 horas da madrugada do dia 2 de Dezembro seguinte, por outro doente internado na mesma Clínica em convalescença de cirurgia a que aí fora submetido no dia 30 de Novembro, o qual invadiu sem entraves o quarto da demandante, e, munido de um suporte do saco colector de urina, a espancou na cabeça, costas e região lombar, causando-lhe ferimentos em diversas partes do corpo, dores, pânico e sofrimentos psicológicos, sem que alguém acoresse em socorro da vítima.

Neste aresto, o STJ observou, logo a abrir, que «**A responsabilidade da ré funda-se desde logo no incumprimento dos deveres de vigilância que lhe incumbiam nos termos do artigo 491.º do Código Civil**, posto ter-se provado que o agressor sofria de demência senil progressiva grave, com frequentes alterações de comportamento e períodos de agressividade, que se

⁵¹⁵ Porém – segundo VERA LÚCIA RAPOSO (in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, 2015, p. 195) –, não será necessariamente assim». «Não o será sobretudo quando o médico seja funcionário da instituição, pois que neste caso também ele está vinculado pelo contrato celebrado entre a sua entidade patronal e o paciente» (*ibidem*). «Logo, será de responsabilidade contratual que falamos, sendo que quem responderá [perante o paciente] será a instituição, exercendo depois esta o seu direito de regresso contra o funcionário» (*ibidem*). «Contudo, mesmo nas situações em que o médico seja prestador de serviços não subordinado à instituição e faça uso das instalações daquela, ainda assim tendemos a considerar que nos mantemos no campo da responsabilidade contratual, respondendo neste caso o estabelecimento de saúde à luz do artigo 800.º do CC, que depois poderá accionar o médico caso se verifiquem os respectivos pressupostos» (*ibidem*). «**O que não faz sentido é accionar a instituição, segundo as regras da responsabilidade contratual, com base no ato praticado pelo médico e, simultaneamente, accionar o próprio médico, mas desta feita à luz da responsabilidade extracontratual, pois que então o lesado estaria a ser duplamente indemnizado pelo mesmo dano**» (*ibidem*).

agravaram após a intervenção cirúrgica de 30 de Novembro, factos que a Relação reconduziu a um «processo degenerativo do cérebro» e «de deterioração mental», e dos quais inferiu por presunção judicial que o mesmo indivíduo se encontrava na incapacidade de facto de governar a sua pessoa e de exercer uma vontade consciente e livre, que se deveria ter evidenciado a profissionais treinados no diagnóstico e tratamento de doenças, como os empregados da demandada – acrescentando não ter a ré produzido a prova aludida na parte final do citado preceito, conducente à exclusão da sua responsabilidade», mas – ao rebater a objecção (esgrimida pela clínica Ré) segundo o qual «o contrato celebrado com a autora tinha unicamente por objecto o «tratamento e assistência clínica operatória, internamento de doentes, fornecimento de refeições aos mesmos e produtos dietéticos», de forma que **qualquer dever de protecção deve apenas ser entendido no âmbito assim definido, a tanto se resumindo o conteúdo regulativo do contrato**» – ponderou que «o período pós-operatório está, pela natureza das coisas, abrangido na fórmula contratual aludida, impendendo sobre a ré um dever de garantir a segurança e a protecção da autora necessariamente extensivo a esse período. E abstraindo desta visão do contrato, sempre a mesma ilação se imporia à luz da moderna concepção das obrigações e dos contratos como conteúdos bem mais complexos do que um simples dever de prestação, e o correlativo direito de a exigir ou pretender, a que a perspectiva clássica-romanística reduzia o seu objecto».

Na verdade – segundo o STJ –, «a relação obrigacional emergente de contrato sinalagmático, tal como o contrato de internamento [*supra*] delineado, compreende os correspondentes «deveres de prestação» (*Leistungspflichten*), primários e secundários, mas não deixa de originar ainda outros «deveres de conduta», funcionalmente auxiliares, deveres de recíproco respeito e consideração pelos interesses da contraparte que decorrem do princípio da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil), traduzindo um tipo de comportamento próprio em geral dos contraentes probos e leais, com vista, ora à protecção do credor de danos susceptíveis de atingirem os seus bens jurídicos na vida da relação obrigacional (*Schutzpflichten*), ora à conservação da relação de confiança indispensável ao desenvolvimento de relações jurídicas duradouras, tais as relações laborais e societárias (*Loyalitätspflichten*).»

«Facilmente se conclui, por consequência, que **um dever de protecção e segurança da autora no período posterior à intervenção cirúrgica a que foi sujeita na Clínica dos autos emergia do contrato, recaindo sobre a ré**, qualificável como *Schutzpflicht* de boa fé conforme o artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, **cujo incumprimento permitiu a agressão que vitimou a demandante e os danos patrimoniais e morais que sofreu.**

Sobre a ré impendia ademais o ónus de ilidir a presunção de culpa tipificada no artigo 799.º do Código Civil, e, não tendo produzido a esse respeito qualquer prova, não podem restar dúvidas de que se constituiu também em responsabilidade contratual pelos prejuízos que a autora sofreu em consequência da agressão, tal como ponderados, quantificados e fundamentados no processo, não obstante o vasto repositório de objecções insubsistentes opostas pela demandada neste outro plano da decisão.»

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS⁵¹⁶, podem suscitar-se delicados problemas «quando se trate de actos que, por razões técnicas ou legais, tenham que ser executados sob a directa orientação e vigilância de um médico».

«Ocorre em tais circunstâncias uma transferência de autoridade cujas consequências não são decerto desprezíveis, ao ponto de chegar a sustentar-se que responsável será o médico a quem incumbe o poder de direcção e vigilância»^{517 518}. «Já no caso de se tratar de cuidados de enfermagem correntes, que entram no quadro normal de competência dos auxiliares médicos e levados a cabo sem que algum médico se encontre presente, só a clínica será contratualmente responsável»⁵¹⁹.

b) Tipologia dos contratos de internamento em clínica privada

Nos estabelecimentos de saúde privados, a responsabilidade civil perante o paciente depende de dois factores: «por um lado, do tipo de contrato existente entre a pessoa colectiva-hospital e a pessoa singular-médico, isto é, depende do facto de se tratar de um assalariado ou de um prestador de serviços»; «por outro lado, depende ainda de saber se o paciente contratou com a clínica ou directamente com o próprio médico, ou seja, se estamos perante um contrato total ou um contrato dividido»⁵²⁰.

Nestes contratos celebrados entre a clínica privada e o doente, o **Acórdão da Relação de Évora de 4 de Janeiro de 2008**⁵²¹ – na esteira de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵²² – identificou **três modalidades na relação clínica-doente**, a que correspondem diversos tratamentos jurídicos:

a) Contrato total, em que a clínica assume directa e globalmente obrigações de prestação de actos médicos conjuntamente com as de internamento hospitalar: a clínica é responsável, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil, pelos actos praticados pelas pessoas que utiliza para o cumprimento das suas obrigações, incluindo os actos do médico ou médicos integrados no contrato;

b) Contrato dividido, que compreende apenas as obrigações próprias do contrato de internamento, embora acordado em conexão com um outro contrato de prestação de serviço médico directa e autonomamente celebrado com um médico: a clínica é, nestes casos, responsável apenas pelos actos praticados pelo pessoal envolvido na execução do contrato de internamento, com exclusão, pois, dos actos médicos;

c) Contrato entre a clínica e o paciente, cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos, necessariamente praticados por um ou mais médicos – por via de regra, serviço

⁵¹⁶ In “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*” cit., p. 241.

⁵¹⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

⁵¹⁸ Segundo FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (*in loc. cit.*), «mesmo agindo sob as ordens de um médico estranho à clínica, o pessoal para-médico não perde a qualidade de preposto da clínica», conquanto «a esta solução de princípio poderão ter de se abrir algumas excepções».

⁵¹⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

⁵²⁰ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, 2015, pp. 194-195.

⁵²¹ Publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXIII, Tomo I, pág. 238.

⁵²² In “*Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*” cit., p. 90 e segs.

médico prestado em regime ambulatorio e consistente em consultas, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico: o contrato tem o mesmo conteúdo e a mesma natureza que o contrato celebrado directamente com um médico profissional liberal, mas a obrigação de prestação de serviço médico é assumida pela clínica, pelo que é esta que é responsável nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil, nos termos *supra* apontados.

Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵²³, «as relações jurídicas entre as pessoas que nestes contratos são parte ou que nele estão indirectamente envolvidas variam em cada uma destas sub-modalidades».

Assim, na relação clínica-doente:

«Na hipótese C (consultas, exames, tratamento ambulatorio), o contrato tem o mesmo conteúdo e natureza do contrato celebrado directamente com um médico profissional liberal, mas a obrigação de prestação de serviço médico é assumida pela clínica, embora tenha de ser executada por pessoal médico habilitado»⁵²⁴;

«Na hipótese A (contrato total), em que se adicionam as obrigações próprias do contrato de prestação de serviço médico (em sentido estrito e próprio) com as de um contrato de internamento, o contrato é misto com elementos característicos do contrato de prestação de serviço (médico, paramédico e outros), do contrato de locação (do espaço destinado ao internamento) e eventualmente dos contratos de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e de empreitada (confecção de alimentos)»⁵²⁵.

«Em qualquer dos casos, a clínica é responsável, nos termos do artigo 800.º, n.º 1 [do Código Civil], pelos actos praticados pelas pessoas que utilize para o cumprimento das suas obrigações, incluindo o médico ou médicos que ajam em execução da prestação correspondente aos actos médicos integrados no contrato»^{526 527 528}. «A qualificação técnico-jurídica como “auxiliares do cumprimento” em nada afecta a independência técnico-profissional própria do exercício da medicina»⁵²⁹.

Uma **sub-modalidade do contrato total** é o chamado contrato total com escolha de médico (contrato médico adicional): «Por vezes, nas clínicas privadas, o paciente deseja que uma

⁵²³ In “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico” cit., p. 91.

⁵²⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵²⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵²⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵²⁷ No caso de **contrato total**, «é a clínica que responde por todos os danos ocorridos, sejam eles de carácter médico, assistencial, de equipamento ou de hotelaria» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, 1.ª ed., 2015, p. 686). «De acordo com o artigo 800.º, a clínica responde pelos atos dos seus auxiliares, sejam eles médicos, enfermeiros ou auxiliares administrativos ou de limpeza, os quais, por sua vez, nenhuma relação contratual mantêm com o paciente» (*ibidem*).

⁵²⁸ Como é posto em evidência por MANUEL CARNEIRO DA FRADA (in “Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso”, Coimbra, Junho de 2006, p. 117), «os deveres do titular do estabelecimento de saúde relativos aos recursos humanos de que se serve (médicos, enfermeiros, pessoal singular) (...) incluem os tradicionais deveres *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando*, os deveres respeitantes aos equipamentos e meios de cura disponibilizados, os de higiene e conforto dos doentes, etc., cuja violação pode ser fonte de responsabilidade».

⁵²⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico” cit., p. 92.

determinada prestação, por exemplo, uma cirurgia, seja levada a cabo por um determinado cirurgião, tendo acordado com ele um pagamento adicional de honorários»⁵³⁰. Na Alemanha, a jurisprudência do BGH (Supremo Tribunal Federal) considerou tratar-se ainda de **um contrato total**, mas com a especificidade de haver **um contrato médico adicional** (relativo a determinadas prestações).

«Daqui decorre que a clínica se encontra contratualmente obrigada à realização de prestações adequadas às escolhas terapêuticas do paciente e da assistência médica solicitada», enquanto, «por seu turno, o médico contratado tem o dever de prestar a assistência médica acordada e tem o direito a uma conta de honorários autónoma», a qual «pode constar do mesmo recibo, embora com parcelas separadas»⁵³¹.

«Assim, no contrato de internamento com escolha de médico (contrato médico adicional), a clínica também assume a responsabilidade por todos os danos ocorridos, incluindo a assistência médica e os danos causados pelo médico escolhido»⁵³².

Na jurisprudência portuguesa, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016** (Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – MARIA DA GRAÇA TRIGO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também considerou que «Numa prestação de serviços médicos por hospital privado, com escolha de médico-cirurgião pela autora, existe um vínculo obrigacional tanto entre o hospital e a autora como entre o médico e a autora.».

«Na hipótese B (contrato dividido), o contrato de internamento é também misto, englobando as obrigações próprias de um contrato de hospedagem (que é, por sua vez, um contrato misto) e as de prestação de serviços médicos auxiliares»⁵³³. «No caso de contrato dividido (...), a clínica apenas assume as obrigações decorrentes do internamento (hospedagem, cuidados paramédicos, etc.), enquanto o serviço médico [propriamente dito] é directa e autonomamente celebrado por um médico (actos médicos)»⁵³⁴. «A clínica é, nestes contratos, responsável apenas pelos actos praticados pelo pessoal envolvido na execução do contrato de internamento, com exclusão portanto dos actos médicos»⁵³⁵. «A clínica não é, pois, responsável pelos atos médicos mas apenas pelos atos relativos ao internamento»^{536 537}. «Neste caso, há dois contratos separados»⁵³⁸.

⁵³⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 687 *in fine*.

⁵³¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 688.

⁵³² ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵³³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵³⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵³⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵³⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵³⁷ Todavia, em **Itália**, a jurisprudência já tem entendido que, mesmo nestes casos, o hospital privado será responsável pelos actos dos médicos externos com os quais o paciente tenha contratado, porquanto a actividade de profissionais médicos, mesmo externos, é indispensável para que o estabelecimento de saúde possa exercer a sua própria actividade.

Assim é que, por exemplo, a **Sentença das Secções Unidas da Cassazione n. 9556, de 1/07/2002**, considerou que «a complexa e atípica relação que se instaura entre o estabelecimento de saúde e o paciente (no caso concreto: uma parturiente), mesmo na hipótese em que este último escolha o médico interveniente fora da estrutura sanitária, não se esgota no mero fornecimento de prestações de natureza hoteleira (fornecimento de refeições e alojamento), mas consiste na colocação à disposição do pessoal médico auxiliar e do pessoal paramédico, bem como na preparação dos medicamentos e de todos os equipamentos necessários, tendo também em vista eventuais complicações; é por isso

«No contrato dividido, a responsabilidade da clínica e do médico assistente é dividida nos exactos termos acordados no contrato, isto é, a clínica responde pelas prestações genéricas de assistência hospitalar: preparação das instalações e equipamentos, contratação e disponibilização de assistentes e ajudantes da equipa médica (excluindo aqueles que o médico escolher pessoalmente) prestação de medicamentos, comida e instalações hoteleiras», enquanto «o médico contratado, por seu turno, responde pelas prestações de natureza médica e terapêutica, pelo seu próprio incumprimento (artigo 798.º) e os dos seus auxiliares (artigo 800.º)»^{539 540}.

Ainda assim – segundo a doutrina –, «o médico que interna um paciente seu numa clínica que, notoriamente, não atende às condições mínimas de higiene, poderá ser também responsabilizado pelos danos advindos da sua negligência»^{541 542}, competindo ao tribunal

configurável uma responsabilidade autónoma e directa do estabelecimento de saúde se o dano sofrido pelo paciente for causalmente reconduzível a um incumprimento das obrigações que estão a seu cargo, nada importando que a eventual responsabilidade concorrente do médico de confiança do próprio paciente esteja ainda em apreciação noutro processo separado (no caso concreto, o incumprimento do estabelecimento de saúde consistia na insuficiência dos aparelhos colocados à disposição para enfrentar a emergência – síndrome da falta de oxigénio do recém-nascido – e no atraso, por culpa do pessoal auxiliar, na transferência do recém-nascido para um centro hospitalar equipado). [tradução livre].

No mesmo sentido, a **Sentença da Cassazione n. 10616, de 26/06/2012**, entendeu que: «A natureza pacificamente contratual da relação que se estabelece entre paciente, por um lado, e estabelecimento de saúde privado ou instituição hospitalar, do outro (...), implica que a estrutura responde, ex artigo 1218.º do Cód. Civil, não só pelo incumprimento das obrigações que a ela tout court incumbem, mas, no sentido do artigo 1228.º do Cód. Civil, também pelo incumprimento da prestação médico-profissional realizada pelo médico, como auxiliar necessário da organização empresarial, e isto mesmo na ausência duma relação de trabalho subordinado ou parasubordinado com o mesmo; ao mesmo tempo, o médico, em virtude da mesma norma, como devedor da prestação cirúrgica e/ou terapêutica prometida, é responsável pelos actos dos terceiros de cuja actividade se serve.» [tradução livre].

⁵³⁸ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵³⁹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 689.

⁵⁴⁰ «Quando o paciente contrata com o médico a prestação de cuidados médicos propriamente ditos e com o estabelecimento de saúde os tais serviços complementares [internamento hospitalar e respectivos cuidados, tais como utilização do material, refeições, cuidados de enfermagem], (...) haverá que distinguir, em sede de apuramento de responsabilidades, a que leque de obrigações cada um se vinculou e qual a concreta obrigação violada» (VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, 2015, p. 196). «Pois nestes casos o contrato celebrado com o estabelecimento inclui tão-só as obrigações específicas do contrato de internamento, o qual co-existe em estreita conexão, mas autonomamente, com o contrato de prestação de serviços médicos celebrado com o médico» (VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*). «Logo, a instituição apenas será responsável pelos actos praticados por pessoas envolvidas na execução do contrato de internamento, o que deixa de fora atos especificamente médicos, pois que por estes últimos apenas o médico contratante será responsável» (VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*).

⁵⁴¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*, nota 1680.

⁵⁴² Na jurisprudência portuguesa, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 25/09/2003** (Processo n.º 1052/2002-6; Relatora – MARIA MANUELA GOMES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – também entendeu que «a ocorrência de uma queimadura no decurso de uma intervenção cirúrgica, causada pela utilização de um candeeiro inadequado, determina a obrigação de indemnização», sendo que «pelo seu pagamento respondem solidariamente a entidade hospitalar onde a intervenção cirúrgica foi realizada e o médico que a efectuou». Todavia, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/4/2004** (Revista n.º 688/04 - 6.ª Secção; Relator – AFONSO CORREIA) – cujo sumário consta da resenha jurisprudencial organizada pelo Gabinete dos Juizes Assessores – Assessoria Cível do STJ, em Fevereiro de 2012, sob o título “*A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*” – considerou que apenas a empresa Ré «dona e administradora do hospital privado em que o Autor foi submetido a intervenção cirúrgica, é responsável pela conduta negligente do enfermeiro ao seu serviço consistente em trazer para a sala de operações, a pedido do 2.º Réu (médico que realizava a intervenção) um candeeiro auxiliar cuja lâmpada não era tecnicamente adequada para ser utilizada durante a operação e que, por isso, provocou no quadrante inferior esquerdo do abdómen do Autor, uma queimadura do terceiro grau», mas «não pode censurar-se ou culpar-se o 2.º Réu pela utilização do dito candeeiro ou por não ter recusado o mesmo, com as consequentes lesões, porquanto nada fazia crer a um cirurgião normalmente atento e diligente que o Hospital tivesse, para ser usado na sala de operações, um candeeiro que, usado para fornecer luz ao campo operatório, provocasse, nessa zona, queimaduras de terceiro grau ao paciente».

arbitrar o montante da indemnização atribuível ao médico e à clínica, nos termos do artigo 497.º CC.

«Em suma, a clínica tem, nestes casos, a possibilidade de reclamar a [sua] ilegitimidade numa lide de responsabilidade médica, ou, pelo menos, de não ser responsabilizada (solidariamente) pelos danos decorrentes de um erro médico»⁵⁴³.

Por seu turno, na relação médico-doente, temos que:

«No contrato total e no de simples prestação de serviços médicos contratados com a clínica, o médico, não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou “pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (artigo 800.º, n.º 1), não se obriga directamente perante o doente»⁵⁴⁴. «Pode porém ser responsável *ex delictu*, se se verificarem os requisitos respectivos, apurados de modo autónomo em relação aos da eventual responsabilidade contratual da clínica»⁵⁴⁵.

«No contrato dividido, médico e doente estabelecem relações contratuais directas como na primeira modalidade»⁵⁴⁶. «O médico responderá portanto, no quadro da responsabilidade civil contratual, pelos seus próprios actos e pelos actos daqueles que utilize como seus auxiliares no cumprimento»^{547 548}.

A quem cabe o ónus da prova de que se está perante um contrato dividido ou face a um contrato total?

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁵⁴⁹ opina que é sobre a clínica que impende o ónus da prova de que se trata dum **contrato dividido** (e não dum **contrato total**).

Na sua **Recomendação n.º 1/09, de 19/02/2009**⁵⁵⁰, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) recomendou que, «*nos casos em que existam responsáveis distintos pelo internamento e pela prestação dos cuidados de saúde, todos os prestadores de cuidados de saúde envolvidos deverão, para afastar a assunção de existência de um contrato total com a entidade responsável pelo internamento, esclarecer clara e atempadamente os utentes quanto à dualidade de contratos celebrados, seus âmbitos, objectivos e entidades subjectivamente responsáveis pelo cumprimento dos mesmos, de forma a que os utentes conheçam*

⁵⁴³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵⁴⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in loc. ultim. cit., p. 93.

⁵⁴⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in loc. ultim. cit., pp. 93 *in fine* e 94.

⁵⁴⁶ A. e loc. ultim. cit., p. 94.

⁵⁴⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁵⁴⁸ Todavia, «a complexidade das relações decorrentes do contrato dividido suscita dificuldades quanto à imputabilidade (à clínica e/ou ao médico) de actos ou omissões que constituam violação das obrigações contratuais e que sejam praticados ou omitidos pelo pessoal paramédico e outro, sempre que estejam na posição de *servants with two masters*» (*ibidem*). «Os critérios de imputação não são pacíficos na jurisprudência nem na doutrina» (*ibidem*). «Entre outros, têm sido propostos os seguintes: relação de dependência; círculo de deveres delimitado segundo o elenco das funções usuais do médico ou da clínica; maior influência exercida pelo médico ou pela clínica sobre o auxiliar no cumprimento» (*ibidem*). «A cumulação solidária é solução que encontra também defensores» (*ibidem*).

⁵⁴⁹ In “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 690.

⁵⁵⁰ Cujo texto integral está acessível on-line in:

https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/131/Recomendacao_1-09.pdf.

inequivocamente qual a entidade responsável, em cada momento, por cada acto ou diligência (praticada ou omitida)».

Isto porque, segundo um dos **Considerandos** desta **Recomendação**, «*no âmbito da prestação de cuidados de saúde por entidades privadas, a eventual responsabilização do prestador por danos, poderá estar dependente da prévia qualificação do contrato de prestação de cuidados de saúde celebrado com o utente como um contrato total – em que a integralidade da relação é estabelecida com uma clínica ou estabelecimento hospitalar, quer seja para um acto isolado e sem necessidade de internamento, quer abranja tanto a prestação de serviços como o internamento – ou como um contrato dividido – em que, perante o utente, se apresentam duas relações contratuais distintas, uma com a clínica ou estabelecimento hospitalar para o internamento e uma com o prestador que presta os concretos cuidados de saúde».*

Ora, no entender da ERS, «*em todos os casos deverá ser possível ao utente determinar quem é a entidade prestadora do concreto cuidado de saúde, o que se coloca com especial acuidade nas situações de contrato dividido, em que não existirá coincidência entre o profissional de saúde individual (ou qualquer entidade que preste serviços em espaço cedido por outrem) e a entidade colectiva que celebrou com o utente um contrato de internamento»* (Considerando 4 desta mesma Recomendação).

Tal como ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, também a ERS considera que: «*as garantias de informação e transparência que devem pautar as relações entre o utente e os prestadores de cuidados de saúde determinam o estabelecimento de uma presunção em benefício dos utentes no sentido de, na ausência de esclarecimento quanto ao âmbito do contrato, o mesmo se dever considerar um contrato total»* (cfr. o Considerando 5 desta mesma Resolução).

Ainda segundo o mesmo Autor⁵⁵¹, os **índices** que o tribunal pode utilizar para atestar se se trata de uma figura ou de outra serão os seguintes:

«*i. A existência de dois recibos separados (um para os cuidados de internamento e outro para o tratamento médico), ou pelo menos, um recibo com os honorários discriminados e diferenciados;*

ii. A relação contratual que une o médico à clínica: tratando-se de um contrato de trabalho, ou uma prestação de serviços regular, o médico presume-se um auxiliar da clínica, aplicando-se o regime do contrato total, ou de um contrato total com escolha de médico; já se o médico tem total independência de horários, de organização do tempo ao longo do ano, ou se o paciente procura a clínica a pedido do médico, então estaremos perante um verdadeiro contrato dividido, pelo que a clínica não será responsabilizada pelos erros médicos».

No caso das **clínicas dentárias**, encabeçadas por um médico dentista afamado, que têm ao seu serviço outros colegas, geralmente mais novos, que ali trabalham, por vezes, ao abrigo dum

⁵⁵¹ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 691.

contrato de trabalho e, outras vezes, como profissionais independentes emitindo recibos verdes a favor da clínica, passando esta o recibo dos serviços prestados ao paciente, sendo, noutros casos, o recibo emitido directamente ao doente por esses dentistas, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁵⁵² entende que só nesta última hipótese é que «a clínica poderá eximir-se da responsabilidade pelos danos causados por erro médico». Já nas primeiras hipóteses, o Autor⁵⁵³ sustenta dever entender-se «que o dentista atuou como um auxiliar da clínica (seja esta uma pessoa colectiva, seja propriedade de uma pessoa singular), pelo que haverá responsabilidade solidária, nos termos do artigo 497.º [do Cód. Civil]».

Dito isto, o mesmo Autor⁵⁵⁴, reconhecendo embora a relevância da distinção entre contrato total e contrato dividido e a sua conformidade com o direito português vigente, no segmento em que permite a isenção de responsabilidade das clínicas em determinados casos, manifesta a sua preocupação com as **dificuldades jurídicas e processuais** que se podem levantar aos doentes, conduzindo ao fracasso de acções de indemnização pela dificuldade em identificar o réu responsável pelos danos, ou porque este não tem património ou não dispõe dum seguro de responsabilidade civil que garanta a reparação dos danos.

A solução “de jure constituendo” do Anteprojecto do Código do Consumidor

Em **intervenções médicas complexas**, pode revelar-se difícil identificar a pessoa responsável pelos danos sofridos pelo paciente ou pode mesmo suceder que não exista sequer um indivíduo concreto a quem possa ser imputada a responsabilidade por tais danos, quando o dano tenha sido produzido por uma cadeia de pequenas falhas ou erros.

Ademais, as pessoas responsáveis podem não estar ligados à instituição de saúde privada com quem o doente contratou por um contrato de trabalho, isto é, podem não ser funcionários da mesma entidade.

No intuito de possibilitar ao paciente demandar directamente o hospital ou clínica privada onde se realizou o tratamento, transferindo para a instituição o ónus de fazer valer o seu direito de regresso – caso exista – contra o verdadeiro agente causador da lesão, o artigo 406.º do **Anteprojecto do Código do Consumidor** (sob a epígrafe “*Cuidados prestados em unidades privadas de saúde*”) prevê que:

«1. As unidades de saúde submetidas a um estatuto normativo de direito privado, ainda que actuem no âmbito de contratos de prestação de cuidados aos utentes do Serviço Nacional de Saúde, são solidariamente responsáveis com os médicos que nelas desenvolvam a sua actividade quando desta resultem prejuízos para os utentes.

2. Existe ainda responsabilidade solidária, nos termos do número anterior, quando se trate de prejuízos causados por actos médicos em que colaborem como auxiliares pessoas pertencentes às referidas unidades de saúde.»

⁵⁵² In ob. cit., p. 692.

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ *Ibidem*.

No entanto, **em matéria de relações internas**, o artigo 392.º do mesmo **Anteprojecto** (aplicável por remissão do seu artigo 407.º) propõe que:

«2. Nas relações internas, deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano.

3. Em caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais.»

Este regime previsto no cit. Anteprojecto do Código do Consumidor merece a concordância de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁵⁵⁵, porquanto «iria promover a justiça processual e material entre o paciente lesado e a clínica que beneficiou economicamente das actividades dos médicos, remetendo para as acções de regresso o apuramento concreto da repartição de responsabilidades entre a clínica e o médico».

De qualquer modo, enquanto a solução prevista neste Anteprojecto não for transposta para o direito português vigente, não é possível impôr, por via doutrinal, o regime jurídico nele proposto⁵⁵⁶.

C. “Wrongful birth” (“nascimento indevido”) e “wrongful life” (“vida indevida”)

C.I. O contexto histórico dos processos de “wrongful birth” (“nascimento indevido”) e de “wrongful life” (“vida indevida”) e o seu tratamento na jurisprudência

A jurisprudência norte-americana

Ao que parece, a expressão **wrongful birth** (nascimento indevido) foi utilizada, paralelamente à de **wrongful life** (vida indevida), pela primeira vez em 1963, por um Tribunal norte-americano – por contraposição à ideia-conceito de **wrongful death** (o tipo de indemnização correspondente ao que, no Direito português, se designa por **dano morte**) – numa decisão de um Tribunal de recurso do Estado do Illinois⁵⁵⁷ (proferida numa acção intentada por uma criança saudável, mas que era filho ilegítimo, reclamando uma indemnização com fundamento nessa sua condição), a qual recusou a atribuição da indemnização aí peticionada. Neste caso, uma criança nascida de perfeita saúde, com o único senão de ser filho de mãe solteira, visto que o pai abandonara a mãe durante a gravidez, demandou o pai reclamando deste uma indemnização, com fundamento na circunstância de o pai, ao abandonar a mãe, ter originado que o seu nascimento tivesse ocorrido num contexto de ilegitimidade jurídica⁵⁵⁸. O Tribunal rejeitou a pretensão do demandante com o argumento de que, se uma tal pretensão lograsse

⁵⁵⁵ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 694.

⁵⁵⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *ibidem*.

⁵⁵⁷ Trata-se da decisão *Zepeda v. Zepeda*, acessível on-line no seguinte endereço:

http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA.

⁵⁵⁸ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* (publicado in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, 2010, pp. 61-99 [p. 67]).

obter ganho de causa, os tribunais seriam inundados com milhares de processos instaurados por pessoas que simplesmente nasceram em condições por elas consideradas desfavoráveis⁵⁵⁹.

Foi também nos EUA, num tribunal de New Jersey, que, em 1967, uma mulher deduziu um pedido de indemnização contra o médico que não a informou dos riscos que uma rubéola ocorrida no início da gravidez poderia trazer – e, neste caso, efectivamente causou – ao feto (se bem que o aborto fosse, à época, ilegal no Estado de New Jersey, já não o era no vizinho Estado de New York, pelo que a demandante poderia aí ter interrompido legalmente a sua gravidez, impedindo assim o nascimento duma criança que padecia de graves malformações)^{560 561}. Tratou-se do primeiro processo em que um progenitor formulou **uma pretensão indemnizatória contra o médico responsável pelo errado diagnóstico pré-natal**.

É esta a configuração típica dos processos de **wrongful birth: uma acção de indemnização movida pelos progenitores, em seu próprio nome, contra o médico**, com fundamento no facto de este os ter privado duma informação vital que, eventualmente, poderia ter conduzido à interrupção da gravidez⁵⁶².

Este cenário pode ter na sua origem várias **causas**: i) ou o médico não efectuou os exames adequados; ii) ou, embora os tenha realizado, interpretou-os erroneamente; iii) ou, pura e simplesmente, não comunicou os resultados aos progenitores⁵⁶³.

O que releva, nestes casos ditos de “*nascimento indevido*” (“*wrongful birth*”) é que o erro médico conduziu a um nascimento indesejado. Não obstante a concepção ter sido desejada pelos progenitores, «verificou-se um nascimento na sequência de um erro médico (...em sentido lato) que retirou à mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou a interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido»⁵⁶⁴.

A par destas **acções de indemnização intentadas pelos progenitores, em seu próprio nome, contra o médico, com fundamento num erro médico que originou um nascimento indesejado** – os típicos processos de “*nascimento indevido*” (“*wrongful birth*”) –, existem ainda as **acções propostas com fundamento no facto de ter nascido uma criança indesejada** – nomeadamente, por ter nascido com uma grave deficiência – mas **em que o demandante é a própria criança em questão**, que reclama **uma indemnização por ter nascido**. Estas últimas são as hipóteses designadas por “*vida indevida*” (“*wrongful life*”) ⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁵⁶⁰ Trata-se da decisão *Gleitman v. Cosgrove* [acessível on-line no seguinte endereço: http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160/GLEITMAN%20v.%20COSGROVE].

⁵⁶¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., pp. 67-68.

⁵⁶² Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., pp. 63-64.

⁵⁶³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 64.

⁵⁶⁴ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* (publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 – n.º 7 – 2007, pp. 5-25 [p. 6]).

⁵⁶⁵ PAULO MOTA PINTO, *ibidem*.

O que distingue, portanto, as acções ditas de “*nascimento indevido*” (“*wrongful birth*”) das acções designadas por “*vida indevida*” (“*wrongful life*”) é a **identidade do demandante**: i) nas primeiras, são os pais quem pede uma indemnização **por danos próprios** (sejam eles danos patrimoniais – por exemplo, encargos com o sustento da criança –, sejam danos morais, **resultantes, uns e outros, do nascimento de um filho não desejado**); ii) nas segundas, é a **própria criança** (por si ou representada por outrem em seu nome, dado tratar-se muitas vezes dum menor e/ou incapaz) que nasce com graves deficiências físicas e/ou mentais – não detectadas pelos médicos ou sobre as quais estes não informaram convenientemente os pais – que reclama para si **uma indemnização pelos danos que ela mesma sofreu por ter nascido nestas condições**.

Embora, numa fase inicial, a jurisprudência norte-americana tivesse rejeitado as pretensões indemnizatórias por “*wrongful birth*” e, sobretudo, por “*wrongful life*”⁵⁶⁶, essa tendência inverteu-se e, actualmente, existe nos EUA uma forte corrente jurisprudencial favorável à satisfação destes pedidos de indemnização, tanto os de *wrongful conception*⁵⁶⁷ como os de *wrongful birth*⁵⁶⁸.

Diversamente, a indemnização por *wrongful life* continua a suscitar muita controvérsia, estando a jurisprudência dividida e havendo mesmo Estados que aprovaram legislação que exclui expressamente estas pretensões indemnizatórias^{569 570}.

Esta é, de resto, a posição prevalecente, dum modo geral, não apenas na **jurisprudência norte-americana**, como na **jurisprudência inglesa, alemã e holandesa**: «de um modo geral, no

⁵⁶⁶ Segundo informa VERA LÚCIA RAPOSO (in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 68), a 1.ª vez que, nos EUA, um tribunal superior acolheu um pedido de indemnização por “*wrongful birth*” foi em 1978 – coincidentemente ou não depois da aprovação da legislação que legalizou o aborto –, no caso *Becker v. Schwarz*, numa hipótese em que um médico não informou os progenitores dos perigos acrescidos de síndrome de *Down* em gravidezes de mulheres de idade avançada.

⁵⁶⁷ Nestes processos de *wrongful pregnancy* ou *wrongful conception* – que, em língua portuguesa, poderiam ser designados por “**de concepção indevida**” –, independentemente da ocorrência ou não dum nascimento, «verifica-se uma gravidez indesejada em resultado de um erro médico (*lato sensu*), ou é concebido um feto com uma deficiência genética depois de os pais não terem sido informados – ou de terem sido incorrectamente informados – sobre os seus riscos genéticos» (PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 5). Aqui, «o dano consiste na concepção de uma criança em situações nas quais era supostamente garantido tal não acontecer, em virtude de uma interrupção da gravidez mal sucedida, defeitos do método anticoncepcional, uma esterilização mal efectuada, em suma, os casos em que se viola o que por vezes se chama de “direito dos pais ao planeamento familiar” ou direito à não reprodução» (VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 66).

⁵⁶⁸ Cfr., neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 68.

⁵⁶⁹ Cfr., neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 68.

⁵⁷⁰ Segundo informa VERA LÚCIA RAPOSO (in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 68), o primeiro processo em que uma pretensão indemnizatória por *wrongful life* obteve ganho de causa foi o caso *Curlener v. Bio-Science Laboratories*, no qual uma criança afectada pela doença de *Tay-Sachs* e os seus pais (estes num processo por *wrongful birth*) demandaram o laboratório onde estes últimos se tinham dirigido para determinarem se eram ou não portadores de *Tay-Sachs*, tendo o referido laboratório emitido um juízo negativo. O Supremo Tribunal da Califórnia rejeitou o argumento da **suposta dificuldade no cálculo do dano** e desconsiderou também certas **concepções morais sobre a vida** que continuavam a prevalecer na apreciação jurídica destas questões. Segundo o Tribunal, irreleva que a criança não teria nascido sem a negligência dos demandados, mas já releva a circunstância de ela ter efectivamente nascido e é no cenário concretamente existente que se deve avaliar se ela tem direito a ser indemnizada dos danos que sofre.

direito comparado, a posição dominante tende a *reconhecer aos pais* o direito à indemnização para reparar os danos, patrimoniais e não patrimoniais, *por eles sofridos (wrongful birth)*, mas *rejeita-se* a indemnização pedida *pela criança* (representada pelos pais na menoridade) por ter nascido com malformações (*wrongful life*)»⁵⁷¹.

C.II. A jurisprudência europeia

i) A jurisprudência alemã

Em 1978, o Tribunal de Apelação de Bamberg negou a atribuição de qualquer indemnização a uma mulher que tinha engravidado de gémeos, apesar de ter sido previamente submetida a uma esterilização, que se concluiu afinal ter sido mal executada⁵⁷². Porém, o Supremo Tribunal Federal reverteu esta decisão e atribuiu-lhe uma indemnização por danos corporais, bem como reconheceu o direito a alimentos às duas crianças, também a título de indemnização^{573 574}.

Em 1982, o Tribunal de Apelação de Munique rejeitou o pedido indemnizatório por negligência médica formulado pelos progenitores e pelo filho que tinha nascido com graves malformações em virtude de não ter sido diagnosticada à mãe uma rubéola de que padeceu durante a gravidez⁵⁷⁵. Todavia, esta decisão veio a ser parcialmente revogada pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu uma indemnização aos pais (por “*wrongful birth*”), mas rejeitou a pretensão indemnizatória do filho (por “*wrongful life*”)⁵⁷⁶.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Alemão, na decisão de 28 de Maio de 1993, afirmou (embora num simples *obiter dictum*) que, em virtude da dignidade reconhecida pela Lei Constitucional alemã a todas as pessoas, a existência de uma criança, fosse ela de que modo fosse, jamais poderia ser perspectivada como um dano⁵⁷⁷.

No entanto, os tribunais comuns, particularmente, o Supremo Tribunal Federal, mantiveram a sua jurisprudência, entendendo que as aludidas considerações da mencionada decisão do Tribunal Constitucional Alemão constituíam um mero *obiter dictum*, sem força vinculativa,

⁵⁷¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º – 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384 [p. 379].

⁵⁷² Tratou-se da decisão da *OLG Bamberg* de 6 de Fevereiro de 1978, in *JZ* 1978, pp. 529, 532.

⁵⁷³ Tratou-se da decisão do *BGH* de 18 de Março de 1980, *NJW* 1980, 1452-1456.

⁵⁷⁴ Cfr. neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 69.

⁵⁷⁵ Tratou-se da decisão da *Olg München* de 27 de Fevereiro de 1981, in *JZ* 1981, pp. 586-589.

⁵⁷⁶ Tratou-se da decisão do *BGH* [*Bundesgerichtshof*] de 18 de Janeiro de 1983, publicada in *BGHZ*, vol. 86, pp. 240-255 e também in *NJW*, 1983, pp. 1371-1374.

⁵⁷⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 9.

valendo apenas para a específica questão da constitucionalidade do modelo de aconselhamento consagrado para a interrupção voluntária da gravidez⁵⁷⁸.

Aliás, uma das secções do próprio Tribunal Constitucional Alemão chegou a subscrever este entendimento, ao conceder uma indemnização à mulher que engravidara após uma esterilização falhada⁵⁷⁹. Ainda assim, a outra secção do mesmo Tribunal veio a considerar, na sua decisão de 22 de Outubro de 1997, que as afirmações feitas na aludida decisão de 28 de Maio de 1993 tinham, efectivamente, constituído *ratio decidendi* (e não um mero *obiter dictum*) e renovou a não atribuição duma indemnização pelo nascimento duma criança deficiente, na sequência duma falha havida no diagnóstico pré-natal⁵⁸⁰.

ii) A jurisprudência inglesa

No direito inglês actualmente vigente, a própria lei (o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*⁵⁸¹ veio restringir aos progenitores a indemnização por uma gravidez indesejada e, mesmo para estes, exclui expressamente «a perda económica que resulta do custo de educar uma criança»⁵⁸².

Todavia, anteriormente à entrada em vigor desta legislação e relativamente a um nascimento ocorrido antes de 1976, no caso *Mckay v. Essex Area Health Authority*⁵⁸³, o tribunal rejeitou uma pretensão indemnizatória da própria criança por “*wrongful life*”, por ter entendido que uma tal pretensão só poderia prosperar com base no **direito a não nascer deformado** – o que, no caso duma criança deformada antes do nascimento, pela própria natureza ou devido a uma doença, significava um **direito a ser abortado** – pelo que, embora o médico estivesse obrigado, perante a mãe, a avisá-la da infecção de que ela padecia e se era ou não aconselhável abortar, disto não decorria que o médico estivesse legalmente obrigado perante o feto a terminar com a sua vida ou que o feto tivesse um direito a morrer. Consequentemente, uma tal pretensão indemnizatória seria **contrária à ordem pública**, enquanto violação da santidade da vida humana. Além disso – segundo o Tribunal –, ser-lhe-ia **impossível avaliar os danos da criança** através da **comparação entre o valor da não existência e a existência numa condição de deficiente**^{584 585}.

⁵⁷⁸ Cfr., VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 70; e PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 9.

⁵⁷⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 9, nota 17.

⁵⁸⁰ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 10.

⁵⁸¹ Cujo texto integral, na sua versão original (de 1976) está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/pdfs/ukpga_19760028_en.pdf

⁵⁸² Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 10.

⁵⁸³ [1982] 2 All ER 771.

⁵⁸⁴ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 10.

⁵⁸⁵ Cfr. ATHENA N C LIU, *Wrongful life: some of the problems*, publicado in *Journal of medical ethics*, 1987, 13, pp. 69-73 e acessível on-line no seguinte endereço electrónico: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1375426/pdf/jmedeth00261-0015.pdf>.

E, a partir da decisão proferida em 25 de Novembro de 1999 no caso *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)*⁵⁸⁶, mesmo a atribuição de uma indemnização aos pais da criança deficiente foi fortemente restringida: num caso de *wrongful conception*, em que uma criança fora concebida apesar de o pai se ter anteriormente submetido a uma vasectomia, decidiu-se que os custos inerentes ao sustento duma criança saudável não podiam ser postos a cargo do médico ou da clínica que realizou a vasectomia, pois tal seria desproporcionado em relação ao facto ilícito e não teria em conta que o nascimento duma criança saudável não poderia ser considerado um dano, visto trazer benefícios contrapostos à família (embora a mãe tenha sido indemnizada pela perda de rendimentos e outros custos associados ao parto)⁵⁸⁷.

A jurisprudência inglesa apenas considera **indemnizáveis** as **despesas adicionais** com que são confrontados os pais de uma criança nascida com uma deficiência grave⁵⁸⁸.

iii) A jurisprudência francesa

Na jurisprudência francesa, avulta o famoso *arrêt Perruche*, proferido em 17 de Novembro de 2000 pelo pleno da *Cour de Cassation* (Supremo Tribunal)⁵⁸⁹: tendo uma criança nascido com fortes deficiências (síndrome de *Gregg*: lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias), em consequência da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez mas que não foi detectada (apesar de a mãe ter chegado a informar os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança e avisado que, caso existisse a possibilidade de esta nascer com problemas de saúde, preferiria abortar), o tribunal de 1.ª instância atribuiu uma indemnização aos pais, mas não ao filho. Contudo, a *Cour de Cassation* conferiu **uma indemnização não apenas aos progenitores** (pelo facto de terem sido privados da possibilidade de escolher entre abortar e prosseguir com a gravidez) **mas também à própria criança**⁵⁹⁰ (em virtude dos danos por ela sofridos, os quais foram provocados pela rubéola e não pelos médicos)⁵⁹¹.

Esta decisão suscitou reacções muito emotivas (não apenas em França mas também em muitos outros países): os familiares e as associações de deficientes reagiram com indignação, houve protestos de médicos e de laboratórios, temeu-se o agravamento dos seguros «e a

⁵⁸⁶ Cujo texto integral (no original Inglês) está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>.

⁵⁸⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 11 e VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 72.

⁵⁸⁸ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 11 e VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 72.

⁵⁸⁹ O texto integral desta decisão (no original Francês) está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00007041543&fastReqId=1472793530&fastPos=1>.

⁵⁹⁰ No tocante à **indemnização por wrongful life**, a doutrina afirmada pela *Cour de Cassation*, neste aresto, foi assim formulada: «dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la mère de l'enfant avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, **ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues**».

⁵⁹¹ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, loc. cit., pp. 379-380; VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., pp. 70-71.

sociedade, em geral, mostrou-se inquieta e perturbada perante o risco eugénico e a extrema dificuldade em traçar a linha de fronteira entre o que será uma vida suportável e uma vida indigna e que não valerá a pena ser vivida...»⁵⁹².

Porém, a *Cour de Cassation* reafirmou a orientação adoptada no caso *Perruche* nos *arrêts* de 13 de Julho de 2001⁵⁹³. Nestas decisões, o Supremo Tribunal francês apenas rejeitou a indemnização a favor das crianças deficientes porque o aborto, se tivesse sido essa a opção da mãe, teria tido lugar já fora das primeiras 10 semanas de gravidez, o que – segundo a legislação francesa [artigo L.2213-1 do Código da Saúde Pública] – só é permitido tratando-se dum aborto “por motivo terapêutico”, sujeito a apertados requisitos de ordem legal que, no caso concreto, não resultaram provados.

A controvérsia assim gerada levou o legislador a intervir, através da Lei n.º 2002-303, de 4 de Março de 2002, “relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde”, conhecida pela designação *Loi Kouchner* e também como “*lei Anti-Perruche*”⁵⁹⁴.

O artigo 1.º deste diploma proclama, logo a abrir, que: “*nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*” [ninguém pode invocar um prejuízo pelo simples facto do seu nascimento]. Logo a seguir, a lei **restringe a responsabilidade do médico, perante a pessoa deficiente, aos casos em que a deficiência foi directamente causada pelo erro médico** [“*a pessoa nascida com uma deficiência devido a erro médico pode obter uma reparação quando aquele causou directamente a deficiência ou a agravou, ou não permitiu tomar as medidas susceptíveis de a atenuar*”] e **exclui do âmbito da indemnização que os progenitores podem pedir** (por um erro médico que conduziu a que uma deficiência não tivesse sido detectada durante a gravidez) “**os encargos especiais decorrentes, ao longo da vida, dessa deficiência**”. Finalmente, esta lei acrescenta que “*toda a pessoa handicapée tem direito, qualquer que seja a causa da sua deficiência, à solidariedade do conjunto da colectividade nacional*”, remetendo assim para a Segurança Social a satisfação dos encargos com uma pessoa deficiente⁵⁹⁵.

⁵⁹² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, loc. cit., p. 380.

⁵⁹³ Cfr. as três decisões da *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, de 13 de Julho de 2001, *pourvoi* n.º 97-19.282 (cujo texto integral, no original Francês; está acessível on-line in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045229&fastReqId=412941609&fastPos=1>), *pourvoi* n.º 97-17.359 (cujo texto integral está acessível on-line in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045228&fastReqId=600480020&fastPos=2>) e *pourvoi* n.º 98-19.190 (cujo texto integral está acessível on-line in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045390&fastReqId=646719391&fastPos=3>), assim sumariadas:

«*L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Justifie toutefois sa décision de rejet d'une telle demande la cour d'appel qui constate que les conditions de l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique, seule possible à la date des fautes retenues, n'étaient pas réunies.*»

⁵⁹⁴ Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 8; e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, loc. cit., p. 380.

⁵⁹⁵ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 71.

Assim, no que respeita à **indenização a favor dos pais** pela responsabilidade em que tenha incorrido um profissional ou um estabelecimento de saúde por não terem detectado, culposamente, durante a gravidez, a deficiência com que a criança veio a nascer, esta lei restringe essa indenização aos **danos por eles próprios sofridos**, impedindo, deste modo, que os tribunais possam, por esta via, indemnizar o **dano sofrido pela própria criança**⁵⁹⁶.

O legislador ordinário pretendeu, assim, reverter a tendência da *Cour da Cassation* favorável à atribuição de indemnizações, em casos de *wrongful life*, deixando claro que *ninguém pode fazer valer um prejuízo pelo simples facto de ter nascido*⁵⁹⁷.

Apesar de esta Lei n.º 2002-303, de 4 de Março de 2002 ter sido, entretanto, revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de Fevereiro de 2005, este último diploma introduziu, no Código de Acção Social francês, um artigo L.114-5, sensivelmente com o mesmo teor⁵⁹⁸.

iv) A jurisprudência italiana

Em Itália, a *Corte di Cassazione* (Supremo Tribunal) tem admitido a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelos pais pelo nascimento de uma criança deficiente, por falta de diagnóstico de uma malformação do feto.

Assim, a Sentença da *Corte di Cassazione* (Sezione III Civile) de 10 de Maio de 2002, n. 6735⁵⁹⁹ admitiu a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos por ambos os pais (e não apenas pela mãe) por ausência de diagnóstico duma malformação do feto⁶⁰⁰.

Quanto à questão de saber se existe **nexo de causalidade entre a não detecção, por parte do médico especialista, de graves malformações no feto e a correlativa não comunicação desse dado à grávida e o não exercício, por parte da mulher, da faculdade de interromper a gravidez**, a Sentença da *Corte di Cassazione* (Sezione III Civile) de 4 de Janeiro de 2010, n. 13⁶⁰¹, entendeu que, *segundo um critério de regularidade causal, a mulher, se adequadamente*

⁵⁹⁶ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, loc. cit., p. 380.

⁵⁹⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, loc. cit., p. 381.

⁵⁹⁸ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 71.

⁵⁹⁹ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: http://www.infoiuis.it/sentenze/cass_2002/cassazione_s6735_02.asp.

⁶⁰⁰ Segundo o Tribunal, «*In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni, che costituiscono conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui, spetta non solo alla madre ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione; non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione di gravidanza, atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti 'protetti' dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio.*»

⁶⁰¹ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: <http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/02/01/nascita-indesiderata-danno-esistenziale-risarcimento-legittimita-gestante>.

e tempestivamente informada da presença de uma malformação apta a incidir sobre a manifestação da personalidade do nascituro, prefere não levar ao fim a gravidez.

Por outro lado, a Sentença do Tribunal de Veneza de 10 de Setembro de 2002⁶⁰² estabeleceu que *o nascimento de um bebé na sequência duma intervenção de esterilização falhada, consequência do incumprimento contratual do médico ginecologista, comporta a indemnização do dano constituído pelo custo da manutenção do filho não desejado*⁶⁰³.

Em matéria de *wrongful life*, a Sentença da Corte di Cassazione de 29 de Julho de 2004, n. 14448⁶⁰⁴ rejeitou a indemnização pedida pela criança, considerando não existir um “direito a não nascer” (embora tenha reconhecido o direito dos pais a uma indemnização).

A mesma orientação prevaleceu na recente sentença da Corte di Cassazione (*sezioni unite civili*) de 22 de Dezembro de 2015, n. 25767: “*Non è indennizzabile o danno da lesão do direito a não nascer se não se é sã*” [*Non è risarcibile il danno da lesione del diritto a non nascere se non sani*].

v) A jurisprudência portuguesa

Entre nós, o Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou, pelo menos, três vezes sobre o mérito das pretensões indemnizatórias por “*wrongful birth*” e por “*wrongful life*”.

A 1.^a vez que o fez foi em 2001, no **Acórdão de 19 de Junho de 2001**⁶⁰⁵: os pais de uma criança nascida com graves e irreversíveis malformações nos membros (nas duas pernas e ainda na mão direita), que originam que a sua locomoção esteja para sempre dependente de terceiros, sendo residual a funcionalidade da sua mão direita, reclamavam, em nome dela e como seus representantes legais, uma indemnização por danos sofridos pela criança devido às condutas negligentes (falta de realização de testes complementares) do ginecologista e da clínica privada de radiologia que acompanharam a gravidez e que conduziram à não detecção das referidas anomalias, sendo certo que, caso estas tivessem sido detectadas e comunicadas à mãe, esta poderia ter optado pelo aborto.

Estava, portanto, em causa **um pedido de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela própria criança**, isto é, tratava-se de uma “*wrongful life action*”.

⁶⁰² Publicada in *Foro italiano*, 2002, I, p. 3480.

⁶⁰³ Neste caso, é devido exclusivamente à mãe o ressarcimento do **dano biológico** (no caso concreto, depressão) sofrido em consequência do nascimento do filho indesejado, e a ambos os progenitores o ressarcimento do **dano patrimonial** consistente nas **despesas causadas pelo parto e nos custos de manutenção da prole**. Todavia, na liquidação destes últimos, deve ter-se em conta a vantagem que o filho, uma vez crescido, verosimilmente trará à família de origem.

⁶⁰⁴ Cujo texto integral, no original Italiano, está acessível on-line no seguinte endereço electrónico:

<https://www.personaedanno.it/autodeterminazione/cass-sez-iii-civ-29-luglio-2004-n-14488-pres-vittoria-colpa-medica-autodeterminazione-e-diritto-a-non-nascere-se-non-sano-lorenza-morello>.

⁶⁰⁵ Cujo texto integral está acessível on-line no seguinte endereço electrónico:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>. Este aresto encontra-se também publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.^o -2001-2002, N.^o 3933, pp. 371-377.

O Supremo Tribunal de Justiça recusou a indemnização peticionada pela criança deficiente (através dos seus legais representantes).

Desde logo, entendeu que **o pedido indemnizatório deveria ter sido formulado directamente pelos progenitores** (e não por estes agindo em nome do filho, na qualidade de legais representantes do mesmo), pois o direito ou a faculdade que poderia ter sido violado(a) pelos réus (ao não terem informado os pais do autor das malformações existentes no feto) não se encontraria na esfera jurídica do demandante, mas sim na de seus pais, em virtude do deficiente cumprimento do contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre estes e os réus. Daí que o STJ tenha considerado existir, logo à partida, um obstáculo de ordem processual intransponível: **desconformidade entre o pedido e a causa de pedir**.

Se, pelo contrário, os autores desta acção tivessem sido os pais da criança (e não esta, representada por aqueles), isto é, se o pedido de indemnização deduzido contra os réus (médico e clínica privada de radiologia) respeitasse aos danos sofridos pelos pais por não terem sido devidamente informados das malformações do feto, durante a gravidez, a tempo de poderem optar pela interrupção voluntária da mesma (caso em que se trataria duma acção por *wrongful birth*), então a questão pôr-se-ia em termos diferentes, mas o STJ não tomou sequer posição a tal respeito – visto que não era isso que estava em causa no caso em apreciação.

Porém, como os pais propuseram esta acção na qualidade de legais representantes do filho, **quem aqui figurava como autor era a própria criança**. Ora – segundo o STJ –, no que respeita à criança deficiente, o que estaria em causa seria um eventual **direito à não existência**. Todavia – no entender do STJ –, **tal direito não está consagrado na lei**, é desconhecido na ordem jurídica portuguesa: «*O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular de direito o respeite e dado o carácter supremo que a nossa ordem jurídica atribui ao bem da vida humana, não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida, embora admita em certos termos a possibilidade de a pôr em risco.*».

E, mesmo que esse “direito à não existência” fosse legalmente reconhecido, o STJ considerou que ele **não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho**: «*Só este, quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização. Os poderes deveres que constituem o poder paternal, bem como a representação legal dos pais para suprir a incapacidade de exercício dos filhos, a incapacidade judiciária ou, até onde for possível, a própria incapacidade de gozo, não são bastantes para os pais, em nome do filho, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.*»

Consequentemente, o STJ **rejeitou qualquer indemnização a favor da criança, quer por danos patrimoniais quer por danos morais**.

A posição adoptada pelo STJ, neste Acórdão de 19 de Junho de 2001, foi sufragada, na doutrina nacional, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁶⁰⁶, por MANUEL CARNEIRO DA FRADA⁶⁰⁷ e por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁰⁸, para quem «atribuir uma indemnização à criança...por esta ter nascido equivaleria a considerar a sua vida (actual e, porventura, deficiente) como dano, sendo que a alternativa apontaria não para uma vida “normal”, mas para a não-vida». «Pedir-se-ia ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade a qualquer sistema jurídico civilizado»^{609 610}.

Dela se afastou, porém, PAULO MOTA PINTO⁶¹¹, para quem, «nos casos de nascimento de uma criança com uma deficiência, deve também aceitar-se o ressarcimento da própria criança, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais».

O único ponto da decisão que este Autor considera merecedor de consideração é a ressalva de que *um tal direito de indemnização da criança, pelo menos nos casos em que ela, provavelmente, não necessitará do suprimento de uma incapacidade durante toda a sua vida, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho enquanto este não atingir a maioridade*. De todo o modo, no caso concreto submetido à apreciação do STJ, estando em causa malformações (nos membros) graves, pelas quais é de presumir que também a criança, quando atingir a maioridade, se virá a sentir afectada, PAULO MOTA PINTO considera que, tendencialmente, não seria de recusar aos pais o poder de intentar a acção em nome do seu filho, pelo que, provavelmente, também quanto a este ponto não deveria, afinal, decidir-se como fez o STJ⁶¹².

O Supremo Tribunal de Justiça voltou a ocupar-se duma acção de responsabilidade civil médica por “*wrongful birth*” e por “*wrongful life*” no **Acórdão de 13 de Janeiro de 2013**⁶¹³.

Estava em causa **uma acção de indemnização intentada por uma mãe, por si e em representação do filho menor**, nascido com síndrome poliformativa às 38 semanas de gestação, com graves malformações (sem mãos nem braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula e do céu da boca) contra um centro de radiologia, o respectivo director clínico e a sua médica obstetra, fundada em **responsabilidade contratual** (alegadamente, os réus teriam incorrido em manifesto e grosseiro erro de apreciação e diagnóstico, visto que podiam e deviam ter identificado as malformações congénitas

⁶⁰⁶ Na citada Anotação feita por este Autor ao mesmo aresto publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384.

⁶⁰⁷ In *A própria vida como dano?* (publicado in REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS – ANO 68 N.º 1).

⁶⁰⁸ In *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, 2004, pp. 287-288.

⁶⁰⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in ob., vol. e tomo cit., p. 288.

⁶¹⁰ Para este Autor (*ibidem*), «já a pretensão dos pais por deficiente diagnóstico – e, portanto, por mau cumprimento do contrato de prestação de serviço médico – parece razoável, independentemente de, daí, poder resultar o aborto: as pretensões da criança e as dos pais não são, claramente, homogêneas».

⁶¹¹ In *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., pp. 13-25.

⁶¹² Cfr. PAULO MOTA PINTO In *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 24.

⁶¹³ Cujo texto integral está acessível on-line no seguinte endereço electrónico:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebbf3b80257af7003ca979?OpenDocument>.

permanentes e irreversíveis observáveis nos exames que realizaram à autora, durante a gravidez).

Tratava-se, portanto, duma pretensão indemnizatória fundada em *wrongful birth* deduzida pela mãe e, simultaneamente, doutra pretensão indemnizatória com base em *wrongful life* (esta formulada pelo filho, por intermédio da sua legal representante – a mãe).

O Supremo Tribunal de Justiça **manteve a indemnização atribuída à mãe a título de danos patrimoniais futuros** (consistentes nas despesas relativas ao acompanhamento clínico permanente de que o filho necessita e continuará a necessitar, tratamento e acompanhamento técnico de que a mãe não tem conhecimentos para assegurar; nas próteses de que o filho necessitar; e na educação e instrução especial de que o filho houver de ter em razão da deficiência, com a contratação de professores, técnicos, e material de ensino especialmente direccionados ao seu estado clínico) mas **desatendeu o pedido indemnizatório por *wrongful life* formulado pela criança.**

Para tanto, invocou – essencialmente – três argumentos:

1) Desde logo, *qualquer solução em contrário violaria, prima facie o preceituado nos artigos 1.º, 24.º e 25.º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser»;*

2) Por outro lado, tendo em conta o pedido indemnizatório formulado pelo filho, *«verifica-se uma completa inexistência de ilicitude, culpa e nexos de causalidade entre a actividade dos Réus e as malformações do Autor, pois estas não foram devidas a qualquer acção ou omissão daqueles, o que se prova é que o Autor nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão dos Réus a provocá-las, sendo o seu comportamento negligente e censurável por via contratual e por violação da *leges artis* (...), mas apenas em relação à Autora, mãe daquele»;*

3) Qualquer acção de indemnização por *wrongful life* está votada ao insucesso, *«porque lhe falham os pressupostos da responsabilidade civil conducentes ao dever de indemnizar, aqui em sede extra contratual, pois a sua pretensão indemnizatória apenas se poderia arrimar no preceituado no artigo 483.º do CCivil, pois o Autor não foi parte no contrato havido entre os Réus e a Autora sua mãe e daí nem sequer se poder analisar a problemática por via, eventualmente, da titularidade de direitos por banda dos nascituros (embora em casos pontualmente identificados na Lei civil, cfr. 952.º, 2033.º, n.º1, 1854.º, 1855.º, 1878.º e 2240.º [do Cód. Civil], os quais desde logo nos afastam do caso sujeito e o anulam), na medida em que o ilícito praticado pelos Réus perante os pais do Autor, não é o mesmo que a este atingiu».*

Em 2015, o Supremo Tribunal de Justiça voltou a defrontar-se com uma **acção de responsabilidade civil por *wrongful birth* e por *wrongful life*** intentada pelos pais duma criança (por si e na qualidade de legais representantes desta) contra uma clínica de radiologia e o médico subscritor dos relatórios dos exames de ecografia obstétrica efectuados à mãe durante a gravidez, que atestavam não haver qualquer deformação do feto, tendo, porém, o

menor nascido com gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores, que determinam uma incapacidade permanente global de 93%, sendo certo que essas deformações são detectáveis às 12 semanas (o que não aconteceu, por descuido e negligência grosseira imputável a todos os réus) – o que impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez ou sujeitar o feto a tratamento, diminuindo, significativamente, as malformações existentes.

Trata-se do **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015**⁶¹⁴.

Esta decisão revogou o Acórdão da Relação que absolvera os Réus de todos os pedidos indemnizatórios formulados pelos Autores (quer os fundados em *wrongful birth* deduzidos directamente pelos pais, quer o baseado em *wrongful life* formulado pela criança, por intermédio dos seus progenitores) e manteve a sentença da 1.ª instância que **atendeu parcialmente o pedido indemnizatório deduzido pelos pais mas desatendeu o pedido indemnizatório por *wrongful life* formulado pelo filho.**

Como os Autores se conformaram com a improcedência do pedido indemnizatório por *wrongful life* deduzido pelo seu filho – decretada logo na 1.ª instância –, o objecto do recurso por eles interposto para o STJ do Acórdão absolutório proferido pela Relação estava circunscrito ao mérito do **pedido indemnizatório por *wrongful life*.**

Neste âmbito, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que, em sede de **nexo de causalidade**, muito embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, o certo é que a sua actividade, quando desenvolvida segundo as «*leges artis*», poderia ter evitado o nascimento com aquela deficiência congénita, o que permite consubstanciar **um nexo de causalidade suficiente, um nexo de causalidade, ainda que indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação**, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita.

Por outro lado, **a falta de informação faz funcionar, a favor do credor da mesma, a presunção de que este se teria comportado de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho:** «*Se o médico executa ou interpreta mal um diagnóstico pré-natal produz um resultado negativo falso, concluindo-se a gravidez que a mãe teria podido interromper, podendo, então, dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada*».

Finalmente, no que concerne ao **âmbito dos danos patrimoniais indemnizáveis** no quadro da responsabilidade médica por *wrongful birth*, este Acórdão do STJ de 12 de Março de 2015 considerou que: «*Nas wrongful birth actions, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez,*

⁶¹⁴ Cujo texto integral está acessível on-line no seguinte endereço electrónico:

<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument>

conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878.º, n.º 1, do CC».

C.III. Tipologia das Wrong Actions: i) Acções por “wrongful conception”; ii) Acções por “wrongful birth”; iii) Acções por “wrongful life”

A análise da jurisprudência norte-americana e europeia levou a doutrina a identificar **três categorias de acções** relacionadas com **danos ocorridos em caso de concepção ou de nascimento indesejados de uma criança**.

i) Acções por “wrongful conception”

Nas acções fundadas em *wrongful pregnancy* (gravidez indevida) ou *wrongful conception* (concepção indevida), o **dano** que se pretende seja indemnizado consiste na **concepção de uma criança em situações nas quais o médico tinha garantido aos pais que tal não sucederia**, seja em virtude duma interrupção da gravidez mal sucedida, seja por causa de defeitos do método anticoncepcional prescrito, seja em razão duma esterilização mal executada⁶¹⁵.

Em suma: compreendem-se sob esta designação todos os casos em que é violado o que se apelida de “direito dos pais ao planeamento familiar” ou o “direito à não reprodução”⁶¹⁶.

Os que os demandantes invocam, para fundamentar a responsabilidade civil do médico obstetra que seguia a mãe ou do farmacêutico que forneceu o contraceptivo utilizado pela mãe, é que «*a criança nunca teria sequer sido concebida sem o evento lesivo, isto é, sem o erro médico – num sentido amplo, isto é, envolvendo também, por exemplo, o emprego errado ou o mau funcionamento de meios de diagnóstico, a errada prescrição de um medicamento ou a sua indevida dispensa por um farmacêutico*»⁶¹⁷.

Neste tipo de acções, quem tem **legitimidade** para formular o pedido indemnizatório são os **próprios pais** e não a criança, a qual não sofreu qualquer dano (tratando-se de crianças que nasceram perfeitamente sãs).

A responsabilidade que os pais pretendem efectivar, ao propor uma acção deste tipo, é a **responsabilidade contratual** em que incorreu quem se tinha comprometido perante eles a evitar a concepção de uma criança (mesmo sã), pelo que os danos de que os autores pretendem ser ressarcidos respeitam aos **custos acrescidos decorrentes desta gravidez indesejada**: os procedimentos médicos subsequentes à gravidez (exames ecográficos, o custo do próprio parto e eventual internamento hospitalar aquando do mesmo), as despesas

⁶¹⁵ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* (publicado in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, 2010, pp. 61-99 [p. 66]).

⁶¹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁶¹⁷ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* (publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 – n.º 7 – 2007, pp. 5-25 [pp. 5-6]).

inerentes à educação do filho nascido desta concepção inesperada e indesejada e, eventualmente, danos morais⁶¹⁸.

Contra a **ressarcibilidade** deste tipo de danos, no quadro duma acção por *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*, tem-se, por vezes, invocado que uma criança – particularmente uma criança saudável, como é o caso – constitui sempre **uma bênção** e nunca **um dano juridicamente indemnizável**. Por outro lado, há mesmo quem ponha em causa a existência dum **direito a não ter filhos**.

Quid juris?

Quando está em causa a reparação dos prejuízos sofridos pelos pais, pelo nascimento de uma criança **saudável**, isto é, o normal “dano de planeamento familiar”, é defensável entender que a **ilicitude** resulta, desde logo, da **violação de um direito subjectivo: a liberdade reprodutiva (negativa) dos pais**, que é indubitavelmente um aspecto que integra, senão o seu **direito à liberdade**, pelo menos o seu **direito geral de personalidade** (artigo 70.º, n.º 1, do Cód. Civil)⁶¹⁹.

Segundo PAULO MOTA PINTO⁶²⁰, deve ser descartada a invocação de possíveis *prejuízos psicológicos para a criança* para contrariar a possibilidade de ser concedida uma indemnização aos pais pelo nascimento do filho, saudável ou não. Isto porque «*não só o acto de planeamento familiar (a prevenção do alargamento da família “anónimo”, isto é, com membros ainda desconhecidos) é bem diverso do da aceitação eventual de uma criança depois de ter nascido e de ter passado a integrar a família, como se trata de uma matéria que deve em primeira linha ser deixada à apreciação dos pais, que podem fazer ver à criança que é errada qualquer impressão de não ser desejada*».

Ainda assim, este Autor exclui que possa ser concedida aos pais uma **compensação de danos não patrimoniais** baseada no **mero facto do nascimento** de uma criança **saudável**. Isto porque, como o nosso sistema jurídico apenas autoriza o aborto em condições bem delimitadas (v.g., se havia motivos seguros para crer que o nascituro viria a sofrer de uma doença grave ou de uma malformação crónica: cfr. o artigo 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal), «*o dano não patrimonial de falta de autodeterminação na paternidade ou maternidade [originada pela conduta negligente do médico ou da clínica que executou a laqueação das trompas ou praticou a vasectomia ou simplesmente prescreveu um método contraceptivo ineficaz] não pode, depois da concepção, relevar autonomamente, pois tal seria contraditório com a proibição (e punição) do aborto*»⁶²¹.

Daí que PAULO MOTA PINTO apenas considere ressarcíveis os **danos não patrimoniais** sofridos pelos pais **resultantes de outros sofrimentos**, «*como os relacionados com a gravidez, o parto*

⁶¹⁸ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁶¹⁹ Cfr., neste sentido, PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 16.

⁶²⁰ In *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit. p. 18.

⁶²¹ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., pp. 22-23.

(ou, até, a educação da criança, considerando, por exemplo, eventuais limitações ou deficiências dos pais)».

Quanto, porém, ao **dano não patrimonial fundado apenas no surgimento de uma vida humana saudável indesejada**, este Autor fundamenta a sua inadmissibilidade na falta do requisito de que os danos sejam tais que “*pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito*”, formulado no artigo 496.º, n.º 1, do Cód. Civil, porquanto – em sua opinião – «*a inexistência de uma deficiência grave e o valor objectivo da nova vida humana podem e devem ser considerados em tal juízo sobre o merecimento de tutela*».

Já no que concerne aos **danos meramente patrimoniais resultantes do nascimento de uma criança saudável**, não oferece grandes dúvidas que eles devem ser computados como correspondendo às **despesas de sustento normais** (obrigação de alimentos)⁶²². Além destes, são também ressarcíveis aqueloutros danos patrimoniais consubstanciados nos **custos dos procedimentos médicos subsequentes à gravidez** (exames ecográficos, o custo do próprio parto e do eventual internamento hospitalar da mãe aquando do mesmo).

ii) Acções por “wrongful birth”

Nos casos de *wrongful birth*, estamos perante **uma acção de indemnização movida pelos progenitores, em seu próprio nome, contra o médico**, com fundamento no facto de este os ter privado duma informação vital que, eventualmente, poderia ter conduzido à interrupção da gravidez⁶²³.

Não obstante a **concepção** ter sido **desejada** pelos progenitores, «*verificou-se um nascimento na sequência de um erro médico (...em sentido lato) que retirou à mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou a interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido*»⁶²⁴.

Estes casos de *wrongful birth* podem resultar, por exemplo, de **esterilizações** ou **interrupções de gravidez mal sucedidas**, assim como de **informação deficiente** sobre os **riscos de nascimento de crianças com malformações**.

Nestas situações, «a obrigação de indemnizar é gerada num contexto de erro médico (qualificado este como má-prática médica) relativo a um diagnóstico pré-natal, quando o desvalor da acção, na execução de um contrato de prestação de serviços médicos com a peculiaridade de se referir a um diagnóstico deste tipo, privou os pais (os credores da actividade médica objecto desse contrato) do conhecimento de malformações do feto, conduzindo a um nascimento retrospectivamente qualificado de indesejado; um nascimento que os pais perspectivam como tal no momento da afirmação da correspondente tutela

⁶²² Cfr. PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 21.

⁶²³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO in *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., pp. 63-64.

⁶²⁴ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 6.

indemnizatória, por privação da respectiva liberdade de realizar, autónoma e informadamente, as suas escolhas reprodutivas»⁶²⁵.

Neste tipo de acções, os pais invocam os **danos por eles próprios sofridos**, sejam danos **patrimoniais** (por exemplo, encargos com o sustento da criança), sejam danos **morais, resultantes, uns e outros, do nascimento de um filho não desejado**⁶²⁶.

Aqui, diversamente do que ocorre quando está em causa a reparação dos prejuízos resultantes para os pais do nascimento duma criança *saudável*, a **ilicitude** da conduta médica resulta da **violação de um dever profissional**, integrante das chamadas *leges artis* (cfr. os artigos 142.º, n.º 1, al. c), e 150.º do Código Penal e o artigo 483.º, n.º 1, do Cód. Civil, na 2.ª modalidade de ilicitude: violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios), dever este que o vincula perante os pais mas que visa também proteger a futura criança dos ónus (pelo menos dos financeiros) de viver com uma pesada deficiência, tendo de ser sustentada toda a vida, possibilitando para tal uma decisão dos seus pais⁶²⁷.

É claro que o problema da responsabilidade civil do médico pelo nascimento de uma criança portadora de graves malformações «só se põe na medida em que, se aquele tivesse cumprido correctamente todos os seus deveres, a interrupção da gravidez não tivesse sido ilícita: se a lei exige a intervenção de um médico para certificar as circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez [cfr. o n.º 2 do artigo 142.º do Código Penal], não faria sentido que o considerasse responsável por um não cumprimento dos seus deveres (designadamente, de diagnóstico e informação) que deu origem (à concepção e) a um nascimento, quando a prevenção deste exigisse a prática de um acto ilícito, como o aborto na generalidade dos casos, não abrangidos pelas hipóteses e nos termos em que é admitido na lei penal»⁶²⁸. Nesses casos, mesmo que o médico tenha actuado negligentemente (não detectando malformações detectáveis e não comunicando o facto aos progenitores, sobretudo à mãe), «a violação dos deveres pelo médico (por exemplo, a falta de informação correcta) numa fase ou em hipóteses em que não seria admitida a interrupção da gravidez, não é, obviamente, susceptível de fundar qualquer obrigação de indemnização pelo nascimento ou deficiência»⁶²⁹. De modo que **só quando a interrupção da gravidez teria podido ocorrer licitamente** é que o incumprimento, por parte do médico ou da clínica radiológica, dos seus deveres de diagnóstico e de informação pode fundamentar a pretensão indemnizatória dos progenitores visando o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais por eles sofridos em virtude do nascimento dum filho não desejado.

⁶²⁵ **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016, de 2 de Fevereiro de 2016**, publicado in Diário da República n.º 51/2016, Série II, de 2016-03-14 e cujo texto integral está acessível on-line no seguinte endereço electrónico: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html>.

⁶²⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384 [p. 378].

⁶²⁷ Cfr., neste sentido, PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de "Nascimento Indevido" e de "Vida Indevida" ("Wrongful Birth" e "Wrongful Life")* cit., loc. cit., p. 16.

⁶²⁸ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de "Nascimento Indevido" e de "Vida Indevida" ("Wrongful Birth" e "Wrongful Life")* cit., loc. cit., p. 13.

⁶²⁹ PAULO MOTA PINTO, *ibidem*.

Já se tem posto em dúvida se o êxito do pedido indemnizatório formulado pelos progenitores, nestas acções de *wrongful birth*, está ou não dependente da prova de que os pais teriam optado pela interrupção da gravidez, se tivessem sido devida e tempestivamente informados das malformações do feto.

Na Alemanha, a jurisprudência, confrontada com casos de falta de informação ou errónea informação por parte do médico que acompanhou a gravidez, faz funcionar a favor do credor da informação uma presunção (judicial) de que ele se teria comportado de forma adequada tendo em conta o conteúdo da informação (no caso, que os progenitores teriam optado por interromper a gravidez, caso soubessem das graves deficiências do feto)⁶³⁰.

VERA LÚCIA RAPOSO⁶³¹ duvida que o sucesso destas acções de *wrongful birth* exija que se faça prova de que os pais teriam optado pela interrupção voluntária da gravidez caso tivessem sido devidamente informados. Isto «não tanto pela dificuldade de semelhante prova, mas porque (...) neste caso o dano radica, não apenas no nascimento de uma criança doente, mas também na impossibilidade de exercer uma escola reprodutiva ou na violação do seu direito à informação»⁶³².

No que respeita ao âmbito dos danos indemnizáveis, há que distinguir entre os danos patrimoniais e os não patrimoniais.

Quanto aos danos patrimoniais, o seu cômputo deve corresponder às «despesas de sustento (obrigação de alimentos), normais ou acrescidas pela deficiência» da criança⁶³³. E, «se se provar que, sem a falta médica, [os progenitores] teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam [sequer] concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas acrescidas pela deficiência, mas todas as despesas com o seu sustento e educação»⁶³⁴.

VERA LÚCIA RAPOSO⁶³⁵ entende, porém, que os pais não têm direito ao ressarcimento de todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas tão-só os relacionados com a deficiência da criança, pois os pais aceitaram voluntariamente aquela gravidez, logo, “conformaram-se” com as despesas do primeiro tipo, que derivam da lei (artigo 1878.º/1 CC) por força do poder paternal.

Como vimos “*supra*”, este foi também o entendimento perfilhado, na jurisprudência, pelo cit. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015.

⁶³⁰ Cfr., neste sentido, PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 15, nota 48.

⁶³¹ In *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 65.

⁶³² VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁶³³ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 21.

⁶³⁴ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 22.

⁶³⁵ In *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* cit., loc. cit., p. 88.

Neste ponto, secundamos a opinião de PAULO MOTA PINTO: caso os progenitores logrem provar que, se devidamente informados das malformações do feto, teriam optado licitamente pela interrupção da gravidez, o médico que violou seus deveres de diagnóstico e de informação não responde apenas pelos **custos acrescidos da educação duma criança deficiente**, mas por **todas as despesas com o seu sustento e educação**. Esta solução é a única qua se harmoniza com a teoria da diferença consagrada no artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil para o cálculo da indemnização em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível (como é o caso).

iii) Acções por “wrongful life”

Nas acções designadas por “*vida indevida*” (“*wrongful life*”), é a **própria criança** (por si ou representada por outrem em seu nome, dado tratar-se muitas vezes dum menor e/ou incapaz) que nasce com graves deficiências físicas e/ou mentais – não detectadas pelos médicos ou sobre as quais estes não informaram convenientemente os pais – que reclama para si **uma indemnização pelos danos que ela mesma sofreu por ter nascido nestas condições**.

Neste caso, «o que se pretende indemnizar é o dano sofrido pela *própria criança*, por ter nascido com graves deficiências físicas e/ou mentais, deficiências essas que os médicos não detectaram ou sobre as quais não informaram convenientemente os pais»⁶³⁶. «Não se trata de deficiências causadas pelos médicos, antes de deficiências [congénitas] que não foram devidamente comunicadas aos pais, sendo certo que estes, se tivessem sido bem esclarecidos, teriam optado por abortar»⁶³⁷.

Tanto na jurisprudência portuguesa como na maioria da doutrina que se tem pronunciado sobre o tema, prevalecem as vozes que preconizam a rejeição do pedido indemnizatório deduzido pela própria criança cujas malformações apenas podiam ser evitadas com a interrupção da gravidez de sua mãe⁶³⁸.

Para tanto, invocam-se, nomeadamente, os seguintes **argumentos**:

- a) Tal reparação de danos próprios da criança pressuporia reconhecer-lhe um “direito a não nascer” ou o “direito à não existência”, visto que a alternativa só poderia ser não ter nascido;
- b) Reclamar essa indemnização seria pedir «ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade a qualquer sistema civilizado»⁶³⁹, conquanto se admita que «este raciocínio, a ser coerentemente mantido, vai

⁶³⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384 [p. 379].

⁶³⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ibidem*.

⁶³⁸ Cfr. nomeadamente, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384 [pp. 382-384]); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (in *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, 2004, pp. 287-288); e MANUEL CARNEIRO DA FRADA (in *A própria vida como dano?* (publicado in *REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS - ANO 68 N.º 1*).

⁶³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in *ob.*, vol. e tomo cit., p. 288.

vitimar, também, as pretensões [indemnizatórias] dos pais» («Sendo a vida do filho inviolável, como podem [os pais] ser indemnizados por ele estar vivo?»)⁶⁴⁰;

c) Ainda que um tal direito fosse reconhecido, não poderia ser exercido pelos pais (só a criança, quando atingir a maioridade, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização⁶⁴¹).

Todavia, PAULO MOTA PINTO⁶⁴² rebate e refuta todos e cada um destes argumentos, preconizando que, «nos casos de nascimento de uma criança com uma *deficiência*, deve também aceitar-se o ressarcimento *da própria criança*, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais».

Assim:

i) Verificando-se, em consequência de erro médico, o nascimento duma criança deficiente, «o primeiro e mais directo visado é *a própria criança* (pelo menos pelas suas necessidades acrescidas); «Isto é, o primeiro lesado não são os pais (que só são lesados enquanto puderem e deverem ocupar-se da criança), mas antes a própria pessoa que nasceu com uma deficiência severa, e que tem despesas acrescidas para ser sustentada e ajudada, eventualmente toda a vida»⁶⁴³;

ii) «Existe uma contradição interna entre reparar os danos aos pais mas rejeitar reparar os do filho, quando uns e outros *resultam do mesmo comportamento culposos*, sendo certo que a indemnização aos pais poderia suscitar uma objecção semelhante, pois a alternativa à vida do filho deficiente seria uma não-vida»⁶⁴⁴;

iii) A pretensão indemnizatória da criança não tem se fundamentar necessariamente num pretenso “direito a não nascer” ou num “direito à não existência”, porquanto *não é a vida, em si, que consubstancia o dano a indemnizar, mas sim a vida com deficiência*⁶⁴⁵;

iv) Apesar de o nascituro não ser parte no contrato celebrado entre a sua mãe e o médico (ou outro profissional responsável, v.g. a clínica de radiologia que realizou os exames ecográficos), é claro que a mãe o inclui (tal como ao pai) no âmbito de protecção do contrato de prestação de serviços médicos, não sendo de excluir que se possa fazer aqui apelo à figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros para sustentar que o filho terá assim um direito próprio a ser indemnizado pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso do referido

⁶⁴⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO in ob., vol. e tomo cit., p. 289.

⁶⁴¹ Cfr. o cit. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001.

⁶⁴² In *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 13.

⁶⁴³ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 14.

⁶⁴⁴ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 15.

⁶⁴⁵ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 16.

contrato, designadamente por não ter sido prestado aos pais o esclarecimento exigível quanto a malformações do feto⁶⁴⁶;

v) O contra-argumento da alegada **impossibilidade de se configurar um dano** – o qual exigiria uma (impossível) comparação “contrafactual” da situação do concreto lesado ou pressuporia que se considerasse **preferível a morte (ou o não nascimento) a uma vida com deficiência** – é ultrapassável, porquanto é óbvio que afinal **existe um padrão contrafactual de comparação** – o da pessoa sem malformações e regularmente funcional – e é a ele que se deve recorrer⁶⁴⁷;

vi) O argumento da auto-contradição – segundo o qual, nos casos de “*wrongful life*”, a criança não tem uma pretensão indemnizatória contra aquele sem cujo comportamento errado ela não teria de todo chegado a vir ao mundo, quer porque tal esbarraria com um problema de não-identidade entre a vítima que formula a pretensão e a não existência da vítima, que sem o evento lesivo não teria sequer sido criada, quer porque isso envolveria uma auto-contradição “pragmática” ou mesmo “performativa” (pela qual se poria em causa retroactivamente a base sobre a qual assenta a possibilidade de invocar a pretensão) – é rebatível, pois a existência da criança é um dado real, que não é logicamente afectado pela formulação do pedido⁶⁴⁸;

vii) A objecção ético-jurídica assente na **indisponibilidade da vida humana** é de rejeitar, porquanto, não estando aqui em causa qualquer reconstituição natural consistente na eliminação da criança deficiente ou o sancionamento da eficácia jurídica dum acto tendente a essa disposição, não se vê como poderia a indisponibilidade da vida humana ser posta em crise por se reconhecer uma indemnização à própria criança (ou aos seus pais)⁶⁴⁹;

viii) Ao atribuir-se uma indemnização à própria criança que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito está-se justamente a promover a dignidade da criança, possibilitando-lhe levar uma existência, na medida do possível, de acordo com a dignidade humana⁶⁵⁰;

ix) A dificuldade inerente ao cálculo do dano não é de molde, só por si, a afastar o ressarcimento, já que o que está em causa não é a apreciação da vida como valor ou desvalor, mas antes os sofrimentos e as necessidades que foram causados antes do nascimento⁶⁵¹;

x) Se for impossível averiguar com exactidão o montante dos danos patrimoniais, o juiz sempre poderá e deverá avaliá-los equitativamente, nos termos do artigo 566.º, n.º 3, do Cód. Civil, o mesmo valendo para os danos não patrimoniais resultantes dos sofrimentos ligados à

⁶⁴⁶ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *ibidem*; e, no mesmo sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (in *Anotação* [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384 [pp. 382-383]).

⁶⁴⁷ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 17.

⁶⁴⁸ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 18.

⁶⁴⁹ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., pp. 18-19.

⁶⁵⁰ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 20.

⁶⁵¹ PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 21.

deficiência da criança, para os quais, de resto, a fixação equitativa é a regra (artigo 496.º, n.º 3, do Cód. Civil⁶⁵²).

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÃO, Rui de, *“Direito das Obrigações”*, ed. policopiada, Coimbra, 1983
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio De, *“Direito das Obrigações”*, 11.ª ed., Coimbra, Abril de 2008
- AMADO GOMES, Carla, *“Presunção e diligência, cada um toma a que deve”*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 15.5.2014, P. 1504/13, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40
- AMADO GOMES, Carla e Outro, *“Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”*, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25
- AROSO DE ALMEIDA, Mário, in *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 240-262
- AROSO DE ALMEIDA, Mário, *“Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”*, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, 2005, pp. 175 a 190
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003”* publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 7 – 2007, pp. 119-150
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente «aplicável»”* – Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa, in *“LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”*, Ano 5, n.º 10 – 2008, págs. 161 a 179
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 38 Abril/Junho de 2012, págs. 14 a 27
- BRUNO, Paula, *“Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

⁶⁵² PAULO MOTA PINTO in *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* cit., loc. cit., p. 22.

- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”*, 1.ª ed., Coimbra, 2008

- CALVÃO, Filipa, *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 53-74

- CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *“Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso”*, Coimbra, 2006

- CARVALHO, Raquel in *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 166-180 e pp. 225-239.

- CAUPERS, João, *“Os malefícios do tabaco”*, Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional de 13.04.2004, in ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º46, pp. 20 e segs.

- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, Coimbra, 2004

- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, VI – Direito das Obrigações, Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática Geral*, 2.ª edição, Coimbra, 2012

- CORTEZ, Margarida, *“Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde”*, publicado in *“Responsabilidade Civil dos Médicos”*, Coimbra, 2005, pp. 257-273.

- COSTA, João Ribeiro da, *“O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde”*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1

- DIAS, João Álvaro, *“Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”*, Coimbra, 1996

- FARIA, Jorge Ribeiro De, *“Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”*, publicado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pp. 115 e segs.

- FARIA, Paula Lobato e Outros, *“O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde”*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1

- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *“Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”*, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in *“Direito da Saúde e Bioética”*, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 80 e segs.

- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *“Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca”*, 3.ª ed., Coimbra, 2012
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *“Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação”*, Coimbra, 2014
- FERREIRA ROSA, Paulo Jorge, *“A Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos”*, Tese de Mestrado apresentada em 2012/2013 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge e Outro, *“Responsabilidade Médica em Portugal”*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 1984
- FRADA, Manuel Carneiro da – *A própria vida como dano?* (publicado in REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS - ANO 68 N.º 1).
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *“Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 121 e seguintes
- GASPAR, António Henriques *“A responsabilidade civil do médico”*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, pp. 335 e segs.
- GOMES DA SILVA, Manuel, *“O Dever de prestar e o Dever de Indemnizar”*, Lisboa, 1943
- GRALHEIRO, João Carlos, *“O Ato Médico é uma empreitada?”* – Dissertação de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, publicado in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74 – vol. III-IV – Jul-Dez 2014, pp. 795-893 e também acessível on-line in: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/O-Ato-Médico-É-uma-Empreitada-João-Carlos-Gralheiro1.pdf>
- GUILHERME DE OLIVEIRA, *“Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- JARDIM, Sara Vera e Outros, *“O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde”*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1
- LEBRE DE FREITAS, José, *“Ação Declarativa Comum À Luz do Código de Processo Civil de 2013”*, 3.ª ed., Setembro de 2013
- LEBRE DE FREITAS, José, *“Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código”*, 3.ª ed., Coimbra, Outubro de 2013

- LIU, Athena N C – *Wrongful life: some of the problems*, publicado in *Journal of medical ethics*, 1987, 13, pp. 69-73

- MARTINEZ, Pedro Romano, “*Contrato de Empreitada*”, Coimbra, 1994

- MARTINEZ, Pedro Romano, “*Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*”, publicado in *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Vol., Coimbra, 2011, pp. 459-486

- MEDEIROS, Rui, “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*”, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 263-293

- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles De, “*Direito das Obrigações*”, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Janeiro de 2003

- MESQUITA, Manuel Henrique, “*Empreitada*” in Enciclopédia POLIS, vol. 2.º, p. 923

- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “*RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS RESULTANTES DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE EM ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS: O ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA*”, Coimbra, 2003

- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves in “*Responsabilidade da Administração por prestação de cuidados de saúde e violação do dever de vigilância*”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª secção) de 29.5.2004, P. 922/11, publicada in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 110, Março/Abril de 2015, pp. 37-52

- MONTEIRO, António Pinto – Anotação [ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001] *Direito a Não Nascer?*, publicada in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º - 2001-2002, N.º 3933, pp. 377-384

- MOTA PINTO, Carlos Alberto Da, “*Cessão da posição contratual*”, Coimbra, 1982

- NUNES, Manuel Rosário, “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*”, Coimbra, 2005

- PAZ FERREIRA, Eduardo e Outro, “*O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal*”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004

- PEDRO, Rute Teixeira, “*A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado*”, Coimbra, 2008

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1.ª ed., 2015

- PESSOA JORGE, Fernando *“Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil”*, Lisboa, 1968

- PIMENTA, Paulo, *“Processo Civil Declarativo”*, Coimbra, 2014

- PINTO, Paulo Mota – *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)* (publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 – n.º 7 – 2007, pp. 5-25

- PINTO MONTEIRO, António, *“Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil”*, Coimbra, 2003

- PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *“Código Civil Anotado”*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1997

- RAIMUNDO, Miguel Assis e Outro, *“Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”*, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25

- RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions no início da vida (wrongful Conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* (publicado in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, 2010, pp. 61-99.

- RAPOSO, Vera Lúcia, *“Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional”*, Coimbra, 2015

- REBELO, Marta e Outro, *“O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004

- ROCHA, Manuel Lopes, *“Responsabilidade Civil do Médico/Recolha de Órgãos e Transplantações”*, Separata da Revista *“Tribuna da Justiça”*, n.º 3, 1987, p. 48 e segs.

- RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *“Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”*, publicado in *Revista Direito e Justiça*, 2000, ano XIV, n.º 3, pp. 182 e segs.

- RODRIGUES, João Vaz, *“O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português: (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)”*, Coimbra, 2001

- ROSSETTI, Marco, *“Responsabilità sanitaria e tutela della salute” (a cura di MARCO ROSSETTI)*, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Quaderni del Massimario, UFFICIO DEL MASSIMARIO, 2011

- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *“As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 11 e seguintes

- SINDE MONTEIRO, Jorge e Outro, “*Responsabilidade Médica em Portugal*”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1984
- SMORFO, Guido, “*Responsabilità medica*” in “*DIGESTO delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*”, *Aggiornamento*, UTET, pp. 640-672
- SOUSA, Luís Filipe Pires De, “*O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL).*”, acessível on-line in: <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “*Direito da Saúde e Bioética*”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 127 e segs.
- VARELA, João de Matos Antunes, “*Das Obrigações em geral*”, Vol. I, 10.^a ed., Coimbra, 2000
- VARELA, João de Matos Antunes, “*Manual de Processo Civil*”, 2.^a ed., Coimbra, 1985

JURISPRUDÊNCIA

1. Natureza contratual ou extracontratual;
2. Responsabilidade médica – obrigação de meios ou de resultado;
3. Ilícitude e culpa em matéria de responsabilidade civil médica;
4. Decisões que reconheceram a responsabilidade civil do médico;
5. Decisões absolutórias;
6. Nexo de causalidade;
7. Consentimento informado;
8. Ónus da prova em matéria de responsabilidade civil médica;
9. Actividade Médica – Actividade Perigosa – Culpa Presumida (artigo 493.º-2 do CC).

Vídeo da comunicação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1a4e00752u/flash.html>

Título:

Consentimento informado em Direito Civil e Penal

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-27-3

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt