

**Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo
e Cláudia Monge (coordenadores)**



RESPONSABILIDADE NA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

ICJP – 18 de Dezembro de 2013

RESPONSABILIDADE NA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

ICJP – 18 de Dezembro de 2013

Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo
e Cláudia Monge (coordenadores)

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Julho de 2014

ISBN: 978-989-8722-03-4



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

e-mail: icjp@fd.ul.pt

PROGRAMA

Jornadas de reflexão

RESPONSABILIDADE NA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

Organização do ICJP
Dia 18 de Dezembro de 2013

Coordenadores:
Professores Doutores Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo
Mestre Cláudia Monge

9H15: Abertura

9H30 – 13H00

Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados

Mestre Cláudia Monge

Responsabilidade civil e medicina defensiva

Mestre André Dias Pereira

A responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde

Professor Doutor Pedro Madeira de Brito

Responsabilidade civil médica e culpa do lesado

Professora Doutora Carla Amado Gomes

Pausa para almoço

14H30 – 17H30

Consentimento informado e responsabilidade

Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal

Professora Doutora Vera Lúcia Raposo

A *perfe de chance* na responsabilidade médica

Mestre Rui Cardona Ferreira

Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos

Mestre Diana Montenegro da Silveira

ÍNDICE:

Apresentação >

Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados >

Mestre Cláudia Monge

***With great power comes great responsibility:* apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente >**

Professora Doutora Carla Amado Gomes

Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar >

Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas acções de *wrongful birth* e de *wrongful life* contra profissionais de saúde?) >

Professora Doutora Vera Lúcia Raposo

***A perte de chance* na responsabilidade médica >**

Mestre Rui Cardona Ferreira

Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos >

Mestre Diana Montenegro da Silveira

Apresentação

O livro digital que ora se publica constitui registo documental de intervenções havidas no âmbito das jornadas de reflexão subordinadas ao tema *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, realizadas no passado dia 18 de dezembro de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a égide do ICJP.

As jornadas visaram discutir várias vertentes da responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, agregando diferentes visões e perspetivas, e reflectir sobre temas actuais de Direito da Saúde, como o consentimento informado, a *perte de chance* na responsabilidade médica, o diagnóstico pré-natal ou os danos causados por medicamentos defeituosos. Para tanto, contámos com o contributo de diversos especialistas na área do Direito da Saúde e da Bioética, a quem se reitera o agradecimento pela participação.

A iniciativa resultou do reconhecimento da actualidade dos temas e da necessidade de labor reflexivo sobre os problemas suscitados pela complexidade da prestação de cuidados de saúde e pela necessidade de uma resposta adequada do Direito em caso de violação do direito à protecção da saúde ou de outros direitos fundamentais no contexto da prestação de cuidados de saúde. O debate vivo que sucedeu os painéis demonstrou o interesse suscitado e constitui motivo adicional de regozijo pela publicação destas Actas.

Os coordenadores,

*Carla Amado Gomes
Miguel Assis Raimundo
Cláudia Monge*



Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados

Cláudia Monge

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogada

1. Enquadramento: a prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa; **2.** Ampliação do âmbito da ilicitude e responsabilidade civil subjetiva; **3.** Responsabilidade civil contratual; **4.** Regime unitário ou dual; **5.** Da responsabilidade objetiva?

1. Enquadramento: a prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa

A prestação de cuidados de saúde em estabelecimento de saúde deve ser vista numa dupla perspetiva: i) estabelecimento-profissional de saúde; ii) profissional de saúde-paciente.

O que procuraremos afirmar é que qualquer das perspetivas é mais adequadamente explicada de acordo com um modelo contratual. Vejamos.

O estabelecimento de saúde, seja privado, seja público, tem como objeto a prestação de cuidados de saúde. Para a execução desse objeto contrata meios humanos e materiais que põe ao serviço da sua atividade e da realização do fim que visa, seja no exercício de uma atividade comercial, seja em execução da tarefa pública de realização de um direito social constitucionalmente consagrado.

No seio do estabelecimento de saúde a prestação de cuidados ao paciente por profissionais de saúde habilitados, qualificados e dotados das competências adequadas à realização do direito à proteção da saúde

determina a colocação dos profissionais de saúde perante os paciente como sujeitos de deveres específicos, que têm natureza legal e contratual, e que não são meros deveres gerais de respeito. A dogmática adequada será, pois, a contratual, na medida em que profissionais de saúde e pacientes serão constituídos como sujeitos passivos e ativos de situações jurídicas que sobre si especificamente impendem e que são corresponsivas entre si. O exercício das situações jurídicas ativas e passivas que surgem na esfera jurídica de profissionais de saúde e pacientes deve ser executado de acordo com o princípio da boa-fé, princípio geral de Direito, que pauta não só o processo de formação do negócio jurídico, nos termos do artigo 227.º do Código Civil, como a execução, neste caso, da prestação de cuidados de saúde, nos termos do artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil e nos termos dos artigos 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e do artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo, quando a prestação de cuidados de saúde seja realizada como prestação pública.

2. Ampliação do âmbito da ilicitude e responsabilidade civil subjetiva

É nosso entendimento que a compreensão da prestação de cuidados de saúde médicos como uma relação obrigacional complexa, composta por prestação principal, prestações secundárias e por deveres de proteção, reforça a proteção a conferir ao paciente e a segurança jurídica do médico enquanto devedor, delimitadas que ficam, com maior precisão, as situações passivas que sobre ele paradigmaticamente impendem.

O incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação principal, o não cumprimento ou o não cumprimento integral de uma prestação secundária ou a violação dos deveres de proteção constituirão um ilícito contratual e determinarão a competente aplicação do regime de responsabilidade civil. Ainda que o cumprimento defeituoso de uma prestação secundária ou a violação de um dever de proteção não sejam acompanhados de incumprimento da obrigação principal, verificados que sejam os demais pressupostos de responsabilidade civil esta fará surgir a obrigação secundária de indemnizar.

Essa compreensão e a identificação das situações jurídicas que integram a relação obrigacional melhor permitem, mesmo mantendo o princípio da culpa e a responsabilidade subjetiva, a identificação da ilicitude e ampliam o âmbito da sua consideração.

Sublinhe-se que o artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, estendeu já esse campo de ilicitude quando determina como ilícitas não só as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que «violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares» como as que «infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado», e de que «resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos»¹. Assim, a violação de deveres acessórios, de deveres de cuidado de deveres de proteção também integram o campo de ilicitude e consequentemente a sua falta gera responsabilidade civil subjetiva.

Assim, propõe-se que, antes do avanço para particulares mecanismos de responsabilidade objetiva² que devem ser dedicados a situações de especial perigosidade ou de sensível danosidade social, seja ainda trabalhada, no âmbito do princípio da culpa, através da extensão do seu âmbito, a responsabilidade subjetiva, através da extensão da referência da ilicitude, o que é feito pelo conceito de relação obrigacional complexa e pela delimitação alargada do seu conteúdo, incluindo também deveres de proteção. A violação de qualquer elemento que integra a relação obrigacional complexa constitui facto ilícito e pode determinar a obrigação de indemnizar.

No mesmo sentido, por força do mesmo entendimento, a violação de deveres de proteção, decorrentes do dever de segurança, como sejam, designadamente, a inobservância do controlo da infeção hospitalar por falta

¹ Note-se que «o regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (=RRCEE), concretizando o artigo 22º da CRP, aponta para um modelo misto de responsabilidade da função administrativa, o qual, mantendo embora a via de responsabilização subjectiva, alarga consideravelmente a responsabilização objectiva e matiza bastante a primeira», Carla Amado Gomes, *Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, disponível em <http://icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-responsabilidade-2.pdf>, 2013, página 3.

² Cfr. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, Direito e Justiça, Volume XII, 1998, Tomo I, Janeiro/Dezembro 2010, páginas 297 a 311.

de constituição e regular funcionamento da Comissão de Infeção Hospitalar ou por falta de uma desinfeção e limpeza adequadas, a não adoção de medidas conhecidas e adequadas de prevenção de infeções hospitalares, a falta de registo de incidentes e eventos adversos que tendo sido feito e tratada a informação obviaria a novos incidentes e eventos adversos, a não adoção de mecanismos de proteção das radiações ionizantes, a não vigilância da qualidade dos produtos, a não adoção de mecanismos da qualidade do sangue, traduzir-se-á em cumprimento defeituoso do contrato que se, seguindo os exemplos, resultar na contração de uma infeção hospitalar que podia ter sido evitada com a realização do cuidado devido, na ocorrência de evento adverso que poderia ter sido obviado com registo de uma ocorrência anterior que teria permitido corrigir o procedimento causador do evento, na exposição a radiação causadora de dano à integridade física, em danos à integridade física decorrentes da falta de qualidade de um dispositivo médico, na contração de doença infecto-contagiosa por sangue administrado no hospital, cabem ainda na responsabilidade por facto ilícito³.

Onde será necessário, porém, porventura, ainda legislativamente avançar é na previsão legal expressa da tutela do lesado em todas as situações de dano anónimo. Em qualquer caso, apurando-se a falta nos termos assim expostos e ainda que não possa ser feita a imputação da culpa ao agente em concreto, a ocorrência de factos como os descritos devem ser imputados ao estabelecimento de saúde responsável pela organização e funcionamento dos meios.

No sentido da tutela do lesado, por funcionamento anormal de serviço, avançou já o regime legal de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Esta é uma «responsabilidade direta» da Administração, «que não tem por que ser indiretamente determinada através do apuramento da responsabilidade de titulares de órgãos ou agentes

³ Como refere Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade, A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra, 2006, página 349: «não poderemos considerar que o princípio da precaução conduz inexoravelmente a sistemas de responsabilidade objectiva, dado que ele tem como efeito revitalizar a ideia de responsabilidade subjectiva».

determinados»⁴. Deste modo, o atual regime de responsabilidade do Estado e demais entes públicos não se esgota num regime de imputação direta dos ilícitos, cometidos por ação ou omissão, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício (artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007), nem num regime de responsabilidade objetiva de segundo grau da Administração que exigia sempre a imputação ilícita e culposa a um seu funcionário ou agente, admitindo agora uma responsabilidade direta da Administração⁵.

A previsão, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, de um regime de responsabilidade civil por funcionamento anormal do serviço prossegue «uma lógica de “ampliação do conceito de ilicitude” e de “predomínio da ideia de ilicitude sobre a da culpa ou de objetivização da culpa”»⁶. Com a consagração de instituto da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço, o sistema português da responsabilidade civil das entidades públicas evoluiu, pois, em convergência com outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso» (refira-se, em especial, o francês e

⁴ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *Anotação n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro*, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros; colab. Mário Aroso de Almeida, Lisboa, 2013, p. 219.

Como salienta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «a consagração no artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, de um regime de responsabilidade da Administração por funcionamento anormal do serviço tem, na verdade, um alcance inovador que não pode deixar de ser devidamente assinalado», *ibid.*, p. 219.

⁵ Num sentido que apontava para as insuficiências da responsabilidade subjetiva do agente e responsabilidade objetiva de segundo grau do estabelecimento de saúde público em regime de solidariedade e para a necessidade de tutela das situações de dano anónimo na prestação de cuidados de saúde, vide Marcelo Rebelo de Sousa, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, pp. 147 e seguintes.

⁶ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *Anotação n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro*, *cit.*, p. 220.

Ora, como descrevia já ANDRÉ DIAS PEREIRA, a propósito do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da então Proposta de Lei n.º 56/X (Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas) que permitia reconhecer a consagração da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço nos termos que vieram a ser consagrados no artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, este é um «regime justo, especialmente tendo em conta as dificuldades de prova da culpa individual que se registam nas ações de responsabilidade médica», André Gonçalo Dias Pereira, *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares - alguns casos da jurisprudência*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, Janeiro-Junho 2007, p. 65.

o espanhol), «no sentido da objetivação e da acentuação reparadora do instituto da responsabilidade civil, promovendo a proteção da vítima»⁷.

Como refere PAULA RIBEIRO DE FARIA, a propósito da Lei n.º 67/2007, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço «representa já, em alguma medida, a transição para uma lógica colectiva de responsabilidade, ao fazer responder o hospital, e o Estado, por factos, ou omissões, relativamente aos quais não é justo que seja o doente a sofrer as consequências, sendo certo que eles se deixam associar a uma divergência entre o cuidado prestado e aquele que deveria ter tido lugar, e que é possível proceder a um juízo de censura dos serviços por não terem mantido o padrão exigível dessa prestação»⁸.

Não é claro, porém, o âmbito da extensão da responsabilidade gerada pela previsão dos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007. Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, estas disposições têm «em vista dois tipos de situações, ditas de *falta colectiva* e de *falta anónima*⁹⁻¹⁰. Não é inequívoco para nós, ainda que seja desejável fazê-lo, que os referidos preceitos permitam afirmar que todas as situações de dano anónimo estão adequadamente abrangidas pela ampliação da responsabilidade civil gerada pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º.

Será possível afirmar que, em situações em que não é possível imputar a autoria pessoal do facto gerador do dano, mas em que serviço coletivamente considerado teve uma atuação conforme com as circunstâncias e os padrões médios, há ainda responsabilidade civil do ente público? Num exemplo, o

⁷ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *Anotação n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, cit.*, pp. 220-221.

⁸ Vide Paula Ribeiro de Faria, *Os novos desafios da responsabilidade médica - entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano*, in *Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco, Maria do Céu Rueff (coordenação)*, Lisboa, 2013, páginas 77-78.

⁹ Mário Aroso de Almeida, *Anotação n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, cit.*, página 221.

¹⁰ Segundo Carla Amado Gomes, Mário Aroso de Almeida apontaria assim para uma «terceira modalidade de ilicitude prevista no artigo 9º/1, a par da ilegalidade e da violação objectiva de deveres de cuidado», quando «a aceitação desta autónoma modalidade de ilicitude implica uma total diluição da culpa, ou seja, acarreta a desfiliação do “funcionamento anormal do serviço” — pelo menos no caso de “culpa colectiva” — de qualquer elemento de subjectivização, constituindo uma modalidade de imputação objetiva», o que «não é, porém, a conclusão do Autor citado» (cfr. Carla Amado Gomes, "Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro", disponível em www.icjp.pt, Estudos, páginas 10 e 11).

paciente entra pelo Serviço de Urgência, é transferido para um serviço e depois ainda para um outro, e veio a falecer em razão de uma hemorragia provocada por uma intervenção que, segundo é possível apurar, foi realizada com violação das *leges artis* mas cujo autor não é possível identificar, tendo as transferências da Urgência para o serviço e de um serviço para o outro sido realizadas em conformidade com os padrões de cuidado, há ainda responsabilidade civil do ente público por força do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4? Tenderemos a afirmar que sim, considerando que o próprio funcionamento do serviço tem de permitir identificar a atuação suscetível de provocar o dano e reprimi-la¹¹.

¹¹ Na Parte III da nossa dissertação de mestrado, inédita (Parte essa dedicada à *Relação Jurídica de prestação de cuidados de saúde e patologia – responsabilidade médica*, no n.º 2 – *A responsabilidade civil do estabelecimento – A*) – *O regime jurídico de direito público*, a páginas 163 e 164), sustentámos, em fevereiro de 2002, que:

«O direito português avançaria no sentido de melhor garantir os direitos dos particulares se consagrasse a responsabilidade objectiva em primeiro grau da Administração, o que permitiria que o doente lesado visse ressarcido o seu dano em situações de dano anónimo, ou seja, mesmo que não fosse possível identificar com clareza o autor do dano. Ainda que, porventura, com um âmbito de aplicação restrito a este tipo de dano e situações de impossibilidade de determinação do autor do dano, seria útil o surgimento de tal responsabilidade a par ou através de um Fundo Comum, de providência, uma dotação própria para fazer face ao dever de indemnizar o paciente por danos morais ou corporais sofridos ou a família em caso de morte do doente. Apresenta-se como uma solução positiva e merecedora de ser seguida a que foi implementada em países como a Inglaterra e Escócia em que a Secretaria do Tesouro provê dois terços da verba necessária a manter esse seguro ou fundo de maneiio e cada instituição por si deve assegurar a dotação do remanescente. É óbvio que uma solução como a presente suscita o inevitável problema do financiamento ou o aumento dos encargos, quando são conhecidas as dificuldades de sustentabilidade de um serviço nacional de saúde geral e universal, não só em Portugal, como um pouco por toda a Europa, essencialmente em países em que se impõe a criação de um serviço com estas características, como sejam a Espanha, ou a Inglaterra e Escócia, supra mencionados. (...); o papel do Direito é antes de, pura e simplesmente, minimizar os problemas sociais existentes, preveni-los e refrear *ab initio* a sua verificação. A doutrina e jurisprudência alemãs há muito que “aceitam uma responsabilidade objectiva de primeiro grau dos estabelecimentos de saúde e chegam, em certas situações, a dispensar a própria ilicitude, ou seja, a consagrar uma responsabilidade pelo risco em sentido restrito, ou, se preferirem, pela própria prática de actos lícitos”. Na Parte III da dissertação de mestrado (Parte essa dedicada à *Relação Jurídica de prestação de cuidados de saúde e patologia – responsabilidade médica*, no n.º 2 – *A responsabilidade civil do estabelecimento – A*) – *O regime jurídico de direito público*, a páginas 163 e 164), sustentámos, já em fevereiro de 2002, que:

«O direito português avançaria no sentido de melhor garantir os direitos dos particulares se consagrasse a responsabilidade objectiva em primeiro grau da Administração, o que permitiria que o doente lesado visse ressarcido o seu dano em situações de dano anónimo, ou seja, mesmo que não fosse possível identificar com clareza o autor do dano. Ainda que, porventura, com um âmbito de aplicação restrito

Importará ainda avançar na afirmação de soluções em que acautelem o dano anónimo mesmo que não seja possível determinar a entidade pública geradora do dano (exemplo: o doente é contaminado com VIH em resultado de transfusão de sangue contaminado, tendo recebido no período da contaminação, transfusões em mais do que um estabelecimento de saúde integrado no Serviço Nacional de Saúde).

3. Responsabilidade civil contratual

A responsabilidade civil deve ser afirmada como contratual porquanto o médico (e/ou estabelecimento hospitalar, consoante o contrato e a sua qualificação) perante o paciente não está apenas na posição de titular de um dever geral de abstenção em face de direitos de personalidade como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade moral e o direito à reserva da intimidade da vida privada, mas antes como titular de

a este tipo de dano e situações de impossibilidade de determinação do autor do dano, seria útil o surgimento de tal responsabilidade a par ou através de um Fundo Comum, de providência, uma dotação própria para fazer face ao dever de indemnizar o paciente por danos morais ou corporais sofridos ou a família em caso de morte do doente.

Apresenta-se, assim, como uma solução positiva e merecedora de ser seguida a que foi implementada em países como a Inglaterra e Escócia em que a Secretaria do Tesouro provê dois terços da verba necessária a manter esse seguro ou fundo de maneiio e cada instituição por si deve assegurar a dotação do remanescente. É óbvio que uma solução como a presente suscita o inevitável problema do financiamento ou o aumento dos encargos, quando são conhecidas as dificuldades de sustentabilidade de um serviço nacional de saúde geral e universal, não só em Portugal, como um pouco por toda a Europa, essencialmente em países em que se impõe a criação de um serviço com estas características, como sejam a Espanha, ou a Inglaterra e Escócia, *supra* mencionados.

É certo que os problemas de financiamento são menos relevantes em países em que a despesa realizada por cada hospital com o pagamento de indemnizações é muito elevada, o que não sucede no nosso país em razão do número escasso de pedidos de indemnização, no entanto, diversos sinais indicam a mutação da tendência, ainda presa a uma certa mentalidade; o papel do Direito é antes de, pura e simplesmente, minimizar os problemas sociais existentes, preveni-los e refrear *ab initio* a sua verificação. A doutrina e jurisprudência alemãs há muito que “aceitam uma responsabilidade objectiva de primeiro grau dos estabelecimentos de saúde e chegam, em certas situações, a dispensar a própria ilicitude, ou seja, a consagrar uma responsabilidade pelo risco em sentido restrito, ou, se preferirem, pela própria prática de actos lícitos”» — cfr. Cláudia Monge, “Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde” (Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2002)». Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, páginas 174 e 175.

deveres específicos a cujo cumprimento está adstrito perante a pessoa do paciente¹². Sobre o prestador de cuidados de saúde médicos incidem vínculos específicos perante a pessoa do paciente, vínculos que se traduzem em adstrições de *facere* – a obrigação de informar e esclarecer o paciente, a obrigação de obter o seu consentimento prévio à intervenção ou tratamento médico, o de empregar os melhores meios no sentido do correto diagnóstico e do adequado tratamento, restabelecimento ou promoção do estado de saúde do paciente, em tempo útil e eficazmente – e obrigações ou deveres de *non facere* como o dever de sigilo.

A violação destes vínculos específicos gera responsabilidade contratual.

Será possível afirmar, no quadro doutrinário e legislativo atual, que a «qualificação da natureza da responsabilidade civil médica depende da resolução da questão prévia de saber que relação jurídica nasce entre o médico e o paciente, bem como que relação existe entre o doente e o hospital e entre o hospital e o médico»¹³.

Na verdade, conforme já constatado, «a natureza jurídica do “contrat de soins” para os franceses ou do “contrato de servicios médicos” para a doutrina e jurisprudência espanholas é uma questão não isenta de dúvidas e o seu interesse não é meramente académico, tendo desde logo reflexos para as

¹² Sobre a afirmação da responsabilidade civil por o acto ou omissão do médico como obrigacional em razão da existência de deveres específicos, vide Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra, 2011, página 479.

Em defesa do modelo contratual, vide Cláudia Monge, *Le droit de la santé et la relation de soins*, in *Le droit de la santé et la justice*, ed. Bibliothèque de Droit de la Santé et d'Éthique Médicale (disponível em <http://www.bnds.fr>) colec. Séminaire d'actualité de droit médical, Paris 2013, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, 2013, páginas 95 a 117, e *Responsabilidade contratual de um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde, Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 30 de novembro de 2012 (proc. 01425/04.8BEBRG)*, in *Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, Anotações de Jurisprudência*, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, 2013, páginas 33 a 55.

¹³ Cfr. "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", página 174.

consequências patológicas da relação jurídica, o mesmo é dizer ao nível da responsabilidade médica»¹⁴.

Estamos, porém, em crer que a modalidade da relação jurídica, a sua formação e o modo de celebração do negócio não ditam alterações nos elementos essenciais da relação obrigacional complexa e que, atento o conteúdo comum assim fixado, o regime de responsabilidade civil deveria ser único, comum, unitário.

Atentos os bens jurídicos reconhecidos e a necessária proteção da saúde, da integridade física, da integridade moral e da confidencialidade dos dados de saúde, além da proteção conferida através do Código Penal, em especial nos termos dos artigos 150.º, 156.º e 195.º, cabe ao instituto da responsabilidade civil ocupar-se da salvaguarda destes bens. Como instrumento de tutela realiza-se no ordenamento jurídico paradigmaticamente através da obrigação de reparação dos danos causados verificados que sejam os pressupostos da responsabilidade civil¹⁵.

Havendo uma contrariedade à lei, a reação do Direito é de repressão e, como descreve CARVALHO FERNANDES, «o efeito típico do acto ilícito é o de desencadear sanções, isto é, consequências desfavoráveis para o agente, que se produzem independentemente da sua vontade»¹⁶.

A responsabilidade civil, a responsabilidade penal e a responsabilidade disciplinar podem coexistir e produzir os seus efeitos simultaneamente¹⁷. Na verdade, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de prestação de cuidados de saúde assume relevância nestas três dimensões

¹⁴ Ibid., página 174. A respeito da difícil qualificação jurídica da relação que liga o doente ao seu médico, vide António Silva Henriques Gaspar, *A responsabilidade civil do médico, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, 1.º volume, 1978*, página 343.

¹⁵ Neste sentido, cfr. Eduardo Martínez y Hernández/Luis Francisco García Perulles/Enrique Barón Crespo, *Tratado del Derecho a la protección de la salud*, 2.ª ed., Madrid, 2004, página 75.

¹⁶ Cfr. Luis A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2010, página 26.

¹⁷ Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", página 169.

À responsabilidade civil está subjacente, como ensina ALMEIDA COSTA, «a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse da pessoa lesada» e o que «verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados» (cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2011, página 521).

suscetíveis de diferenciação lógico-sistemática, muito embora a sua fonte possa ser, e na maioria dos casos assim será, um único e mesmo ato¹⁸.

Note-se ainda que a responsabilidade disciplinar, entendida como «aquela que resulta para o agente da chamada infracção ou falta disciplinar, isto é, da violação de alguns deveres inerentes a determinada função que exerce»¹⁹, pode importar dois domínios, o ético-profissional, perante a Ordem dos Médicos, e o que resulte do exercício do poder disciplinar pelo empregador, seja uma relação jurídica de emprego público ou uma relação laboral de direito privado^{20 21}.

A resposta do Direito Civil deverá ser dada, desde logo, pelo recurso à aplicação do regime de responsabilidade civil contratual, nos termos dos artigos 798.º e seguintes, e, apenas nos casos, muito residuais, em que não se consiga ter por demonstrado o vínculo contratual, por aplicação do regime de responsabilidade civil delitual ou extracontratual²², de acordo com o

¹⁸ No mesmo sentido Luis A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, cit.*, página 26, ao afirmar, a propósito dos atos ilícitos em geral, que «as sanções são da mais diversa natureza (civil, penal, disciplinar), podendo mesmo verificar-se a sua aplicação cumulativa a um mesmo ilícito».

¹⁹ Vide Silva Carneiro, *Responsabilidade da administração hospitalar*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XIX, 1972, página 138.

²⁰ Em sentido próximo, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, Volume XIV, 2000, Tomo 3 página 169.

²¹ Vide, a este propósito, o artigo 4.º do Código Deontológico dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, de 26 de Setembro de 2008, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 8, de 13 de Janeiro de 2009, que, pela importância para a afirmação aqui deixada, se transcreve:

1 — O reconhecimento da responsabilidade dos médicos emergente de infracções à Deontologia Médica é uma competência disciplinar exclusiva da Ordem. 2 — Quando as violações à Deontologia Médica se verificarem em relação a médicos que exerçam a sua profissão vinculados a entidades públicas, cooperativas sociais ou privadas devem estas entidades limitar-se a comunicar à Ordem as presumíveis infracções. 3 — Se a factualidade das infracções deontológicas e técnicas preencher também os pressupostos de uma infracção disciplinar incluída na competência legal daquelas entidades, as respectivas competências devem ser exercidas separadamente.

²² Sobre este aspeto vide Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional, cit.*, em especial páginas 466 a 468. Vide ainda Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ed. Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Coimbra, 2008, em especial páginas 62 a 69.

Destaca a Autora que: «A determinadas situações excepcionais não parece extensível o modelo contratual, pelo que, aos danos produzidos no seu âmbito, apenas será aplicável o regime extracontratual. Um primeiro grupo em que tal

acontece é constituído por aquelas hipóteses, em que a realidade contratual não chega a formar-se, ou forma-se de modo inválido. Serão os casos em que o contrato celebrado enferma de uma nulidade, por exemplo por ilicitude do seu objecto (experimentação arriscada sem finalidade curativa, mutilação desnecessária,...); ou em que não chega a existir contrato, porque a sua celebração não era possível em tempo útil. Pense-se na prestação de assistência médica a uma pessoa inanimada, ou a um incapaz, não estando presente o respectivo representante legal. O médico actuará como um gestor de negócios do doente, o que não poderá permitir a aplicação da responsabilidade obrigacional, no caso dele, no decurso da relação gestória, violar alguma obrigação que sobre ele impenda» (ibid. páginas 62 e 63).

Ora, quanto aos primeiros casos avançados, consideramos que a responsabilidade é ainda obrigacional, mas em resultado de outra pré-compreensão, a de que, na formação do contrato, perante uma ambiência contratual, ou na execução de um negócio nulo, há ainda uma relação preexistente, os deveres são específicos e a responsabilidade é ainda obrigacional. Quanto às situações que a Autora caracteriza como gestão de negócios, importa em concreto analisar se não há uma declaração tácita de vontade, e, por outro lado considerar, que se o estabelecimento está aberto ao público estaremos ainda em ambiência contratual, com incidência de deveres específicos e afirmar ainda a natureza obrigacional da responsabilidade. Por outro lado ainda, mesmo que se conclua pela existência de uma gestão de negócios, o que não acompanhamos em todos os casos, o regime de responsabilidade civil aplicável à gestão de negócios é, como é consabido, matéria controvertida.

A Autora integra ainda nas áreas de «exclusiva tutela aquiliana» «a responsabilidade dos médicos por danos causados, no âmbito da sua atividade desenvolvida num serviço prestador de assistência, ao nível da saúde, integrado numa entidade pública» e acrescenta que «independentemente da natureza da relação que se estabelece entre a entidade pública e o doente, a responsabilidade do médico terá a natureza delitual, na medida em que, mesmo que se entenda que aquela relação apresenta uma índole contratual ou para-contratual, o profissional não será parte, na mesma» (ibid., páginas 67 a 69). É inelutável, no quadro legislativo atual que a Lei n.º 67/2007, de 31 de janeiro, estabelece um regime de responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos, por factos ilícitos e pelo risco no exercício também da função administrativa. Não obstante considerarmos que a relação entabulada com um estabelecimento de saúde integrado no Serviço Nacional de Saúde é exercício da atividade administrativa e corresponde a um contrato administrativo, o mesmo não é regulado em especial no Código dos Contratos Públicos. Não é, por isso, porém, que deixaremos de afirmar a natureza contratual, acompanhando com diferentes fundamentos Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo, Volume I, (com a colaboração de Luís Fábrika, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva)*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, página 804, Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 1984 página 49, e Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972 (Maio/Agosto), Braga página 352.

Quanto a essa defesa, vide Cláudia Monge, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, cit., páginas 95 a 117, e *Responsabilidade contratual de um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde*, *Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 30 de novembro de 2012 (proc. 01425/04.8BEBRG)*, cit., páginas 33 a 55.

Sendo certo que se o ato praticado pelo ente público for caracterizado como de gestão privada, o regime aplicável é o regime previsto nos artigos 798.º a 800.º do Código Civil (vide Marcleo Rebelo de Sousa/André Salgado Matos, *Responsabilidade Civil Administrativa, direito Administrativo Geral, Tomo III*, Lisboa, 2008, página 53), sem prejuízo do regime de responsabilidade contratual que decorre do Código dos Contratos Públicos, parece que tudo continuará dependente do conceito impreciso e

disposto nos artigos 483.º e seguintes, sem excluir, num caso e noutro, o recurso a outros meios de tutela, em especial as providências adequadas, admitidas como instrumento de proteção, estando em causa, como estão, na matéria em apreço, direitos de personalidade.

A resposta primeira será, assim, dada pelo instituto civil da imputação de danos, no conceito de instituto civil proposto por MENEZES CORDEIRO, como «conjunto concatenado de normas e de princípios que permite a formação típica de modelos de decisão»²³. Entendemos os institutos civis, como propõe o Ilustre Professor, como «compostos de normas e princípios privados comuns», como «instrumento da Ciência jurídica civil» e como «produto da tradição civilística»²⁴.

Conforme descreve PAULO MOTA PINTO, «a responsabilidade civil enquadra-se num sistema de normas, composto por chamadas regras de

flúido de gestão pública ou de gestão privada, o que não constituía o desiderato do legislador na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Certo é também, porém, que o regime da Lei n.º 67/2007 se aproximou muito do regime de direito privado constante do Código Civil.

Como refere António Menezes Cordeiro, *A responsabilidade civil do Estado*, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ed. João Caupers e Maria da Glória F.P.D. Garcia (comissão organizadora) Augusto de Athayde, Coimbra, 2010, página 905: «O actual Estatuto» (referindo-se o Ilustre Professor ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, com as sucessivas alterações que entretanto sofreu, «comete aos tribunais de jurisdição administrativa e fiscal a competência para apreciar a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas e dos seus funcionários e agentes, bem como o dos sujeitos privados aos quais se aplique o mesmo regime – 4.º/1, g), h) e i) – a partir daí perde interesse a distinção entre a gestão pública e a gestão privada. Tudo segue no foro administrativo».

Sobre a atividade médica nos estabelecimentos de saúde como atividade de gestão pública, vide Diogo Freitas do Amaral, *Natureza da Responsabilidade Civil dos Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, páginas 123 a 131.

Em qualquer caso, note-se, porém, que não acompanhamos a Autora quando afirma que «mesmo que se entenda que aquela relação» (referindo-se à relação com a entidade pública) «apresenta índole contratual ou para-contratual, o profissional não será parte, na mesma», pois se a relação for de natureza contratual com a entidade pública o médico deverá, por regra, ser de considerar um instrumento ao serviço do estabelecimento para cumprimento por este do contrato, sendo, por isso, aplicável o artigo 800.º do Código Civil.

²³ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2012, página 924.

²⁴ *Ibid.*, página 925.

responsabilidade (ou “*liability rules*”), que impõem que se deixe o lesado indemne do peso do prejuízo sofrido»²⁵.

Ensina MENEZES CORDEIRO, a propósito dos “deveres genéricos” enquanto situação jurídica passiva, que se traduzem em situações absolutas, que não assentam em qualquer relação jurídica: os deveres genéricos «não dão lugar a comportamentos que possam, exclusivamente, ser exigidos por um sujeito a outro, para significar que uma generalidade de pessoas pode, verificadas as competentes condições, exigir a sua observância a uma generalidade de outras»²⁶, para concluir que «a inobservância de deveres genéricos conduz ao dever de indemnizar, nos termos do artigo 483.º/1, do Código Civil»²⁷, na medida em que esteja em causa a violação ilícita e culposa de um interesse legal ou contratualmente protegido da qual resultem danos imputados a essa conduta.

Compreendemos que as situações que se traduzem em situações jurídicas ativas dos pacientes, ainda que tenham por subjacente a tutela de bens de personalidade, são identificadas atenta a posição na qual os sujeitos são investidos num especial quadro em presença e devem ser exigidas por um sujeito a outro. Os deveres não são genéricos mas antes específicos e o modelo de responsabilidade adequado é o obrigacional. São deveres de proteção e enquanto tal são deveres específicos que integram uma relação obrigacional complexa e cujo incumprimento dá lugar a responsabilidade contratual.

Comprovamos, assim, a importância prática do reconhecimento do modelo híbrido de responsabilidade civil consagrado no Código Civil de 1966, nos termos expostos por MENEZES CORDEIRO.

Como resulta da compreensão da prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa e como refere ANTUNES VARELA, a propósito de o *cumprimento* e o *princípio da boa fé*, que ordena que «tanto no *cumprimento da obrigação*, como no *exercício do direito* correspondente, as partes devem proceder de *boa fé*», nos termos do n.º 2 do artigo 762.º do

²⁵ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume I, Coimbra, 2008, página 475.

²⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral, cit.*, página 920.

²⁷ *Ibid.*

Código Civil, «além dos deveres de prestação, principal ou secundária, que fluem da relação obrigacional, o cumprimento pode envolver a necessidade de observância de múltiplos deveres acessórios do conduta»²⁸. Ora, sustenta o Ilustre Professor que «estes deveres acessórios de conduta não podem, pela sua natureza, ser objecto da acção de cumprimento (judicial), a que se refere o artigo 817.º», mas «a sua inobservância pode, além do mais, dar lugar a um cumprimento *defeituoso*, nos termos do artigo 762.º, n.º 2, obrigando o devedor a reparar os danos dele resultantes ou a sofrer outras consequências»²⁹, determinando, assim, em consequência a aplicação do regime de responsabilidade civil obrigacional. Seguimos este pensamento quanto ao regime aplicável, mas entendemos no caso concreto que deve ser feita a seguinte ressalva: independentemente de se considerar o dever de informação como um dever de proteção, que sempre decorreria do princípio da boa-fé, o direito à informação é um direito legalmente reconhecido, de forma clara e autónoma, conferindo a lei ao seu titular meios próprios de acção. Assim, no quadro do direito de acesso à informação, nos termos do artigo 268.º da Constituição, e tratando-se de uma relação de prestação de cuidados de saúde jurídico-administrativa, a Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, lei de acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, confere ao particular meios de acesso à informação, incluindo informação de saúde, prevendo a Lei de Processo dos Tribunais Administrativos, nos seus artigos 104.º e seguintes, um meio processual próprio tendente à intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões. O direito de acesso pelo titular da informação também é reconhecido nos termos regulados no artigo 11.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

É certo que, como se salienta no Acórdão da Relação de Coimbra de 11 de julho de 2006, «em Portugal inexistente um regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos»^{30 31}.

²⁸ Cfr. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral, Volume II*, 7.ª ed., Coimbra, 2001, páginas 10 e 11.

²⁹ *Ibid.*, página 11.

³⁰ Cfr. Augusto Silva Dias/João Gouveia Caires/António Araújo Sol, *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes contra a vida e a integridade física*, Lisboa, 2009, páginas 429 a 457. Acórdão também disponível em <http://www.dgsi.pt>;

³¹ Vide a esse propósito ainda Miguel Carlos Teixeira Patrício, "Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica" (Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010)..

No entanto, deve ser valorado que o incumprimento e cumprimento defeituoso das obrigações e deveres que resultam do contrato de prestação de cuidados de saúde consubstanciam um facto ilícito³², por violação do artigo 406.º do Código Civil, que consagra, como é consabido, o princípio de *pacta sunt servanda*³³ – o contrato de prestação de cuidados de saúde, uma vez celebrado e sendo eficaz, é para cumprir, integral e pontualmente, com a diligência e cuidados exigidos a um bom pai de família, o mesmo é dizer, no caso do contrato em concreto, com os cuidados exigidos a profissional médio, da sua especialidade e diligente. Tal como será considerado cumprimento defeituoso a violação de deveres de proteção.

Como refere VELTEN, por referência ao quadro alemão mas em termos que têm aplicação *mutatis mutandis* quanto à análise da questão no panorama nacional, tal como a maior parte dos outros ordenamentos jurídicos, também o Direito alemão (como o português) não conhece uma regulação de lei especial do Direito Médico e da responsabilidade médica, como, por exemplo

página 314, quando refere que: «Para uma reforma da responsabilidade civil médica em Portugal parece ser necessário considerar, entre outros, dois planos desenvolvidos neste texto: aquele que relaciona os reflexos económicos do desenho jurídico da referida responsabilidade (e de possíveis alternativas); e aquele que, de forma mais funda, procura avaliar e aperfeiçoar a própria alocação (e as características da prestação) de serviços de saúde. A ligação deste último plano com a responsabilidade médica parece ser indiscutível, ainda que seja relativamente pouco evidenciada – talvez porque o regime da responsabilidade médica se formou e se manteve assente numa lógica de prestação de serviços de saúde por profissionais em regime liberal (mas hoje, e cada vez mais, a significativa dimensão hospitalar daquela prestação parece obrigar a uma reformulação da referida lógica).

³² Como refere Luis A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, cit.*, após distinguir facto jurídico em sentido amplo e ato jurídico e de apresentar o conceito de *acto jurídico (voluntário)* como *facto jurídico (humano) em que interfere, de modo relevante na produção de efeitos jurídicos, a vontade humana* e assim a definição de *acto jurídico* como *a manifestação de vontade a que, como tal, a norma atribui efeitos de direito* (cfr. página 20), um *acto ilícito* consiste sempre numa *acção contrária à norma jurídica, ou seja, na sua violação* (cfr. página 25). Quando no texto nos referimos ao facto ilícito como elemento ou pressuposto de responsabilidade estamos, naturalmente, a reportarmo-nos ao conceito de facto humano e voluntário ao qual o Direito atribui efeitos jurídicos, ou seja, ao conceito de ato jurídico.

³³ Trata-se da responsabilidade pelos compromissos assumidos, «configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei: “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram” é a fórmula que se transmite do art. 1134 do *code Napolèon (...)*» (cfr. Enzo Roppo, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra/Manuel Januário da Costa Gomes, Coimbra, 2009, página 34) e que vê também consagração no artigo 406.º do Código civil português.

sucede e é conhecido do direito dos contratos de viagem³⁴. Assim, parte VELTEN da consideração de que, antes de mais, as relações de tratamento entre médico/hospital e paciente e, assim também, a responsabilidade médica submetem-se às normas do direito contratual e delitual geral e que, ao lado dessas, também podem obter significado as normas sobre a gestão de negócios, sem mandato³⁵.

Conclui PAULA RIBEIRO DE FARIA que a «responsabilidade médica parece encontrar-se hoje perante uma verdadeira encruzilhada», em que, por um lado, «no que toca à responsabilidade civil individual, clássica, fundada na culpa, sente-se necessidade de encontrar formas mais coerentes e adequadas de enquadramento da responsabilidade por erro, que permitam resolver, desde logo, os tradicionais conflitos existentes entre responsabilidade civil contratual e extracontratual emergentes do mesmo facto» e, por outro, sente-se a tendência de alargamento da responsabilidade, «ao permitir afirmar a culpa mesmo onde o dano não se mostra previsível e evitável, deixando associar a censura do médico à dimensão e à imponderabilidade do risco corrido a exigir a adopção de particulares cautelas»³⁶.

No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, como descreve ROMANO MARTINEZ, «a indemnização devida pelo médico que actuou com negligência grosseira ou com culpa leve é igual, pois a indemnização é fixada em função do dano e não do grau de culpa»³⁷. Assim, «[c]omo realidade diferente da culpa (negligência) alude-se por vezes ao erro médico, entendendo-se que, não consubstanciando o erro médico um comportamento negligente, não

³⁴ Cfr. Wolfram Velten, *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß (Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung)*, Hamburg, 2001, página 14.

³⁵ Ibid. Refere o Autor que, no tratamento de pacientes de urgência em coma ocupam as normas dos § 677 e seguintes do BGB sobre a gestão de negócios sem mandato o lugar da responsabilidade contratual desde que não seja celebrado posteriormente o contrato ao recuperar a consciência. Mais salienta que a limitação de responsabilidade do § 880 BGB a dolo e negligência grave não tem aplicação para o médico que atua profissionalmente (ibid., página 15).

³⁶ Cfr. Paula Ribeiro de Faria, *Os novos desafios da responsabilidade médica - entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano*, cit. , páginas 70 e 71.

³⁷ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , páginas 469 e 470.

haveria responsabilidade civil, ou então que o erro médico comportaria uma negligência apreciada segundo diferente parâmetro»³⁸.

Inegável é que a extensão da compreensão dos deveres no quadro de uma prestação de cuidados de saúde amplia o campo da ilicitude e conseqüentemente da responsabilidade civil subjetiva. Como recorda ROMANO MARTINEZ «[n]o cumprimento da sua obrigação, o solvens terá de agir nos termos impostos pela boa fé (art. 762.º, n.º 2, do CC), por forma a que a sua actuação não venha a causar prejuízos ao credor»³⁹. Trata-se de uma boa-fé em sentido objetivo, enquanto normas ou padrões de conduta, que exige deveres específicos de comportamento, como a boa-fé exigida no artigo 227.º do Código Civil, em matéria de *culpa in contrahendo*. A atuação do devedor deve observar o brocardo de *honeste agere* e da conduta do devedor não podem resultar prejuízos para o credor, em respeito do ditame *altere laedere*.

Explica ROMANO MARTINEZ que, relativamente «a actos médicos, a situação consubstancia normalmente uma hipótese de cumprimento defeituoso» e que «se o diagnóstico ou a cirurgia não foi bem executado e, tendo em conta a falta de cumprimento do dever específico a cargo do médico, foram causados danos ao paciente, estar-se-á perante um cumprimento defeituoso»⁴⁰.

No entanto, note-se que há várias obrigações e deveres que resultam do contrato de prestação de serviços médicos e que, se em relação à violação de algumas dessas situações jurídicas, como a obrigação principal, a obrigação de assistência pronta e adequada ao tratamento, seguimos sem transigir o assim proposto pelo Ilustre Professor, já quanto ao dever de obtenção de consentimento prévio e esclarecido, a hipótese não é de cumprimento defeituoso mas antes e desde logo de incumprimento definitivo, na medida em que o consentimento, porquanto devido como prévio face à intervenção, se não for obtido antes da realização desta já não o poderá ser validamente e em cumprimento da obrigação. Quanto à obrigação de obtenção do consentimento prévio e esclarecido vale o regime aplicável às

³⁸ Ibid., página 470.

³⁹ Ibid., página 472.

⁴⁰ Ibid., página 472.

obrigações «em relação às quais seja estipulado um prazo essencial de cumprimento»⁴¹ (o momento anterior à intervenção ou tratamento), que não pode ser inobservado, pois, como refere LUIS MENEZES LEITÃO, «a não realização da prestação no momento aprazado torna-a inútil para o credor e acarreta, por isso, o incumprimento definitivo da obrigação (cfr. art. 808º)»⁴². Em rigor nem pode ser considerado que há mora, pois a intervenção, fora casos excepcionais, realizada sem a obtenção do consentimento prévio, livre e esclarecido é uma atuação proibida, portanto a intervenção sem a expressão da autonomia do paciente gera desde logo incumprimento definitivo da obrigação dessa obtenção. Nas situações em que está justificada a intervenção ainda que não seja obtido em tempo útil o consentimento está afastada a ilicitude, faltando assim um dos pressupostos da responsabilidade civil. Fora esses casos, portanto, a falta de obtenção do consentimento em momento prévio à intervenção ou tratamento médico torna *impossível a prestação por causa imputável ao devedor* (cfr. artigo 801.º, n.º 1, do Código Civil), extinguindo-se a obrigação e sendo o médico faltoso responsável por ter faltado *culposamente ao cumprimento da obrigação* (cfr. artigos 798.º e 801.º, n.º 1, do Código Civil). Há incumprimento definitivo porquanto o devedor não realiza a obrigação no tempo devido e por facto que lhe é imputável e o «incumprimento definitivo tem como consequência a constituição do devedor em responsabilidade obrigacional pelos danos causados ao credor»⁴³, nos termos do artigo 798.º do Código Civil.

Também assim será, por natureza e pelos mesmos fundamentos ora expostos, quanto ao dever de informação, situação jurídica passiva que impende sob o médico e deve necessariamente ser realizada antes da prestação do consentimento, porquanto este apenas será válido se livre e esclarecido. Em sede de prestações contínuas de cuidados de saúde, o dever de informação deve ser prestado para cada ato ou tratamento.

O reconhecimento do modelo híbrido de responsabilidade civil e a afirmação de que o regime de responsabilidade civil é assente na *faute*, a

⁴¹ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume II, Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias do crédito*, 8.ª ed., Coimbra, 2011, página 241.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, página 259.

integração dos deveres de proteção na relação obrigação complexa e a aplicação da responsabilidade contratual ditam que caberá ao devedor, prestador de cuidados de saúde médicos, afastar a presunção de *faute*, demonstrando que não faltou ao cumprimento ou que o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, em conformidade com o artigo 799.º do Código Civil⁴⁴.

Quanto à aplicação do artigo 799.º, o reconhecimento do modelo híbrido de responsabilidade civil e a afirmação de que o regime de responsabilidade civil é assente na *faute* conduz à afirmação de que «presumir a culpa é presumir a ilicitude, já que aquela não existe sem esta, embora o inverso não seja necessário»⁴⁵.

Acresce notar que, como se descreve no acórdão de 20 de janeiro de 2004, do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no decisão do Processo n.º 9316/2003-1⁴⁶: «quer a responsabilidade tenha origem contratual, quer extracontratual age com culpa o médico que viole os deveres objectivos de cuidado, agindo de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente censurada e reprovada, culpa a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso – cfr art. 487.º n.º 2 e 799.º do C. Civil».

Como afirma MOITINHO DE ALMEIDA: «quando, por culpa do médico, de uma deficiente assistência resultam prejuízos para o doente, a responsabilidade é, pois, de natureza contratual. A prestação não foi executada nos termos prometidos no contrato. Mas a conduta que se traduz na violação do contrato, se ofender direitos absolutos (direito à vida, à integridade física, à propriedade do doente), constitui igualmente o seu autor

⁴⁴ Como nota António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, VIII*, Coimbra, 2014, página 378: «O artigo 798.º prescreve a responsabilidade do devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação. Não refere a ilicitude (...). O devedor que queira exonerar-se da “presunção de culpa” não irá aduzir causas de excusa: estas, aliás, teriam de ser provadas por quem as invoque. Normalmente, o devedor irá provar a licitude da sua conduta ou a ausência denexo de causalidade. A conclusão é inevitável: a culpa dos artigos 798.º e 799.º, do Código Civil, não é a culpa (*Schuld*) do artigo 483.º/1, do mesmo diploma, ou do § 823/I. do BGB; é, antes, a *faute*, do artigo 1382.º, do Código Civil francês ou a culpa da pré-codificação».

⁴⁵Ibid., página 381.

⁴⁶ Disponível em

[\[http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7f570ca210ef77e680256f1f00461880?OpenDocument\]](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7f570ca210ef77e680256f1f00461880?OpenDocument).

em responsabilidade extracontratual»^{47 48}. Coloca-se, assim, «a questão de saber se poderá haver concurso de responsabilidades, questão que não é irrelevante dado que existem importantes diferenças de regime entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual»⁴⁹. Como descreve MENEZES CORDEIRO, «um mesmo evento pode preencher, em simultâneo, os pressupostos de ambas as responsabilidades: aquiliana e obrigacional»⁵⁰.

Assim, «parece de sustentar, com MOITINHO DE ALMEIDA, que entre nós o titular de uma pretensão indemnizatória pode beneficiar dos direitos resultantes de uma e outra forma de responsabilidade, invocando as regras que melhor lhe convien»^{51 52}.

Todavia, no sentido da opinião de que à solução do cúmulo de responsabilidades devem ser colocadas restrições pronunciam-se FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO quando afirma que «sobretudo, não parece de

⁴⁷ Cfr. Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, cit., página 329.

⁴⁸ Refere também E. Santos Júnior, *Direito das Obrigações I, Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, Lisboa, 2010, página 282: «Pode ocorrer que uma mesma e só conduta geradora de um dano a outrem caia na previsão de normas de responsabilidade civil obrigacional e de normas de responsabilidade civil delitual (por exemplo, (...) o médico que prescreve medicamentos que causam lesões ao paciente)».

⁴⁹ Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde"., página 192. Como descreve António Silva Henriques Gaspar, *A responsabilidade civil do médico*, cit., página 345: «a conduta do médico que se traduz na violação de um contrato que o liga ao doente, pode, ao mesmo tempo, ofender direitos absolutos deste; em tais casos há uma coincidência entre as duas formas de responsabilidade, podendo o lesado optar por uma ou outra, conforme os seus interesses, demandando o médico com base nos princípios que lhe forem mais favoráveis – em matéria de prescrição (artigo 498º e 309º), de prova da culpa (art. 487º, n.º 1 e 799º, n.º 1), de actos praticados por pessoas que o médico utilizou como auxiliares (artigo 500º, n.º 2 e 800º, n.º1, todos do Código Civil)».

⁵⁰ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, VIII, cit.*, página 398.

⁵¹ Havíamos já aderido a essa posição, cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde"., página 192. Cfr. Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, cit., página 331. Cfr. ainda Adriano Pais da Silva Vaz Serra, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 85, 1959, página 231.

⁵² A favor do concurso de responsabilidade vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Julho de 1973, no qual se afirma que, «no concurso das duas espécies de responsabilidades, deve dar-se ao lesado a faculdade de optar por aquela que mais lhe convien», publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 229, 1973, página 231.

aceitar a existência de duas ações»⁵³. Como refere, aliás, ÁLVARO DIAS, a solução da admissibilidade do cúmulo «deverá ser rodeada de algumas cautelas quando transposta para o campo da sua aplicação (...)» e «importa clarificar que 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 objectivo unitário o ressarcimento do dano, mas que pode, isso sim, ser fundamentada em diversas normas” ...»⁵⁴.

Vale o ensinamento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA quando conclui que «sob a perspectiva da posição relativa das partes processuais, o concurso de pretensões conforma-se para o autor como uma alternatividade entre várias pretensões, pois que basta a fundamentação de uma dessas pretensões para assegurar a procedência da acção, e para o réu como uma cumulação de fundamentos de improcedência, pois a acção só é improcedente se o forem todas as pretensões concorrentes»⁵⁵.

Retomando a questão do cúmulo, descreve VELTEN que pretensões contratuais e delituais podem ser feitas valer, fundamentalmente, lado a lado quando se juntam os dois tipos de responsabilidade⁵⁶.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de abril de 1995, pode confirmar-se a consideração da «responsabilidade médica como cúmulo de responsabilidade contratual e extracontratual: responsabilidade quer por violação do contrato de prestação de serviços quer por ofensa à integridade física do paciente»⁵⁷.

É que «os danos decorrentes da prestação de serviços médicos relacionam-se em regra – em toda a regra – com a lesão de bens jurídicos absolutamente

⁵³ Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, cit., página 40.

⁵⁴ Cfr. João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 21, Coimbra, 1996, página 233.

⁵⁵ Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação, Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, 1988, página 347.

⁵⁶ Cfr. Wolfram Velten, *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß (Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung)*, cit., página 15.

⁵⁷ Disponível na Colectânea de Jurisprudência, Ano XX – 1995, Tomo II, páginas 31 a 35.

protegidos: da integridade física ou da saúde do paciente»⁵⁸. Deste modo, em rigor, poder-se-ia afirmar que não se chega a discutir dos «novos fundamentos dogmáticos da responsabilidade civil» por referência à autonomização ou não da responsabilidade profissional dos médicos, pois «o dever de indemnizar dos médicos decorre do n.º 1 do art. 70.º e do art. 483.º em concurso eventual com os arts. 798.º e ss»⁵⁹.

Como se lê no Tribunal da Relação de Lisboa, 20 de janeiro de 2004, no âmbito do Processo n.º 9316/2003-1: «A actuação do médico causadora de danos pode dar origem a responsabilidade por violação contratual e a responsabilidade extracontratual nos casos em que exista violação dos direitos do doente à saúde e à vida ou, em certos casos de omissão, do dever de assistência imposto por lei. Quando o médico por causa que lhe seja imputável, não efectue ou efectue defeituosamente a prestação de cuidados a que se obrigou, causando danos ao doente credor dessa prestação constitui-se no dever de reparar o prejuízo causado»⁶⁰.

No escopo da proteção através do Direito Civil, atente-se na sentença de 28 de Fevereiro de 1959, do Supremo Tribunal espanhol, no âmbito civil, ao propugnar que «os bens imateriais da saúde, a honra, a liberdade e outros análogos são os mais estimados e, por isso, mais sensíveis, mais frágeis e mais cuidadosamente guardados; são bens morais que, não sendo avaliados em dinheiro para ressarcimento do dano sofrido (...), devem todavia, ser

⁵⁸ Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 11, Coimbra, 2005, página 179.

⁵⁹ Ibid. Note-se que o Autor aprecia criticamente as objeções apresentadas por CARNEIRO DA FRADA à categoria da responsabilidade profissional. Vide ainda Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, onde se discute a páginas 329 a 339 a responsabilidade profissional a propósito da doutrina da confiança – em face da afirmação «Deve porém ter-se a coragem de formular radicalmente a pergunta se o exercício profissional de uma actividade é susceptível de constituir um fundamento geral de responsabilidade, autónomo e auto-suficiente, a juntar a outros existentes», o Professor apresenta objeções que conduzem à afirmação de que o «reconhecimento das várias limitações que, nos termos expostos, enfrenta a responsabilidade profissional leva pois a concluir que também ela não pode alancorar-se a alternativa global à teoria da confiança» (cfr. Ibid., páginas 333 e 334).

⁶⁰ Disponível em

[\[http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7f570ca210ef77e680256f1f00461880?OpenDocument\]](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7f570ca210ef77e680256f1f00461880?OpenDocument).

indemnizados, nos termos do artigo 1902.º do Código Civil, como compensação pelo sofrimento do lesado»⁶¹.

Em acórdão de 1 de julho de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça, no Processo n.º 398/1999.E1.S1, vem expor os termos em que atualmente é admitido o estabelecimento de uma relação obrigacional entre médico e doente. Explicita o Tribunal Superior, invocando o contributo de RUTE TEIXEIRA PEDRO, que: «durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que entre o médico e o doente se celebrava um contrato e de que o incumprimento das obrigações assumidas por aquele profissional podia originar responsabilidade contratual, fundando-se o ressarcimento dos danos causados, aquando da prestação da assistência médica, apenas no regime delitual. Encontrando tal forma de pensar as suas raízes profundas no direito romano e na concepção que nele imperava de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de uma transacção, o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como a vida e a saúde humana) com que a actividade médica contende. O advento da Revolução Industrial e a consagração, nos códigos oitocentistas, da figura contratual de prestação de trabalho autónomo e subordinado, contribuiu para a aceitação da concepção contratual da actividade médica»⁶².

Entendemos, pois, ser de concluir que a violação dos deveres contratuais enunciados gera responsabilidade civil contratual. Ainda que os direitos à integridade física, à integridade moral, à reserva da intimidade da vida privada sejam tradicionalmente entendidos como geradores, do lado passivo, de um dever geral de abstenção ou de não ingerência, no caso da prestação de cuidados de saúde estes direitos são erguidos como posições subjetivas contratuais, que determinam do lado passivo, do outro contraente, deveres contratuais. Assim, a sua violação determina um ilícito contratual. Quando esse facto, ilícito contratual, for perpetrado com culpa, e do mesmo decorram danos, patrimoniais ou morais, e existir nexos de causalidade entre o facto e o dano haverá responsabilidade civil contratual, nos termos e para os efeitos do artigo 798.º do Código Civil. Será, pois, aplicado o regime da responsabilidade

⁶¹ Cfr. Eduardo/García Perulles Martínez y Hernández, Luis Francisco/Barón Crespo, Enrique, *Tratado del Derecho a la protección de la salud*, cit., página 76.

⁶² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, n.º 15, cit., página 56.

civil contratual, mais favorável ao lesado, ao contraente que viu os seus direitos violados. Diz-se mais favorável em especial atendendo ao regime do ónus da prova⁶³, atenta a inversão estabelecida no artigo 799.º, e ao prazo prescricional, porquanto na responsabilidade contratual o prazo de prescrição do direito à indemnização é o ordinário, ou seja, nos termos do artigo 309º do Código Civil, vinte anos.

Não é, pois, do ponto de vista prático – e entendemos que a dogmática serve a aplicação do Direito e deve servir a resolução prática das questões da vida em concreto das pessoas, fim último do Direito⁶⁴ –, indiferente a caracterização da prestação de cuidados de saúde como uma relação contratual, como um negócio jurídico bilateral ou multilateral, e os deveres da mesma decorrentes como deveres contratuais, que obrigam as Partes.

Como descrevia MANUEL DE ANDRADE, «para que o poder jurídico, facultado ao titular do direito subjectivo, e a correspondente obrigação e sujeição não sejam palavras vãs, estabelecem-se sanções, ou, mais genericamente, predispõe a ordem jurídica meios coercitivos adequados, tendentes a que tal poder obtenha quanto possível – e até onde for justo – a uma realização efectiva»⁶⁵; é a garantia enquanto elemento da relação jurídica se adotarmos esse método de compreensão.

⁶³ No sentido de que, em ações de «responsabilidade civil em que o paciente invoca que não foi devidamente esclarecido sobre os efeitos do consentimento na dispensa de informação», assim como em ações em que alega que não foi prestado um consentimento esclarecido, o ónus probatório cabe, «por via de regra, ao médico, dada a dificuldade da prova do facto negativo e os especiais conhecimentos que este detém», parece apontar MIGUEL PATRÍCIO, sem, porém, explicitar quais os fundamentos normativos que sustentam esse entendimento (cfr. Miguel Patrício, *Algumas Reflexões sobre a Teoria Económica do Consentimento Informado* in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Volume II, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ed. António Menezes Cordeiro (Comissão Organizadora Jorge Miranda, Eduardo Paz Ferreira, José Duarte Nogueira) Coimbra, 2010, página 609).

⁶⁴ Cfr. José Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I, Introdução, As Pessoas, Os bens*, 2.ª ed., Coimbra, 2000, página 37 e Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Lisboa, 2012, página 10.

⁶⁵ Cfr. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Volume I, Sujeitos e objecto (reimpressão)*, Coimbra, 1997, página 6. Se adotássemos no objeto do nosso estudo o modelo conceptual proposto pelo Ilustre Professor nos seus quatro elementos: os sujeitos são as Partes no contrato de prestação de serviços médicos; o objeto será composto pela multiplicidade de situações jurídicas que do contrato derivam; o contrato é o próprio *facto jurídico* de que deriva a relação jurídica; e os mecanismos de *garantia* são a responsabilidade penal, civil, profissional e deontológica do médico.

Esta questão não se colocaria e o «estabelecimento de uma fronteira entre as duas responsabilidades não se justificaria se o legislador, nomeadamente, no Código Civil, não tivesse estabelecido, em questões pontuais, um regime diverso»⁶⁶.

A tradicional distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil aquiliana e o debate sobre a dualidade ou unidade da responsabilidade civil e do seu regime não é nova, nem é pacífica. Parece-nos, como refere E. SANTOS JÚNIOR, «aderindo à posição amplamente dominante na doutrina, que a *unidade essencial* da responsabilidade civil não exige que haja de se ter em conta, até porque existentes, as – embora hoje menos – *diferenças de regime* entre a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade aquiliana»⁶⁷.

Na verdade, se «há elementos de unidade entre uma e outra, entre a responsabilidade contratual e a aquiliana: em ambas, o dano e a necessidade da sua reparação constituem factores de unidade; em ambas, é sempre um dever que é inobservado, seja um dever de prestar seja um dever geral de não interferir com o direito alheio; enfim, em ambas, a censurabilidade da conduta lesiva justifica a obrigação de indemnizar»⁶⁸. Assim, ambas redundam na obrigação secundária de indemnizar, sendo aplicável o regime dos artigos 562.º e seguintes; em ambas há um facto ilícito, seja, na contratual, a violação do princípio da *pacta sunt servanta* plasmado no artigo 406.º, seja, na aquiliana, a violação de um direito ou interesse legalmente protegido; em ambas o desvalor jurídico, o juízo de censura da ordem jurídica, determina a sanção civil de indemnizar...⁶⁹.

Como refere MENEZES LEITÃO, «o nosso Código tratou separadamente estas duas categorias de responsabilidade nos arts. 483.º e ss. e 798.º e ss., ainda que

⁶⁶ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit., página 460.

⁶⁷ Cfr. E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra, 2003, página 205.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Como refere Rui Manuel de Freitas Rangel, *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil, Um olhar sobre a jurisprudência*, 3.ª ed., Coimbra, 2006, página 17: «A reparação do dano tem na sua génese a eliminação ou atenuação duma situação desfavorável que se veio a verificar pela violação de direitos mercedores da tutela do direito visando proteger e garantir uma situação pré-existente favorável e que foi abalada por via dessa mesma violação».

tenha sujeitado a obrigação de indemnização delas resultante a um regime unitário (arts. 562.º e ss.)»⁷⁰.

Nos termos enunciados por ROMANO MARTINEZ são três as diferenças de regime mais relevantes: «1) A culpa do agente tem de ser provada pelo lesado (art. 487.º do CC) e a culpa do devedor é presumida (art. 799.º, n.º 1, do CC); 2) Havendo pluralidade de responsáveis, há solidariedade na responsabilidade extra-obrigacional (art. 497.º do CC), valendo o regime da conjunção na responsabilidade obrigacional (art. 513.º do CC); 3) Estabeleceram-se diferentes prazos de prescrição nos dois tipos de responsabilidade (arts. 498.º e 309.º do CC), havendo casos de caducidade em certas hipóteses de responsabilidade contratual (p. ex. art. 1225.º do CC)»⁷¹
⁷².

⁷⁰ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução. Da constituição das obrigações*, 11.ª ed., Coimbra, 2012, página 292.

⁷¹ Vide Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , página 460.

⁷² Adriano Pais da Silva Vaz Serra, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, cit., páginas 118 e 119, apresentou, ainda antes da aprovação do Código de 1966 que consagra a dualidade, essas diferenças.

O elenco das diferenças a merecer destaque entre o regime da responsabilidade civil contratual e o regime da responsabilidade civil aquiliana não é sempre coincidente na doutrina. Cfr. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, 1995 páginas 40 e 41, destaca essencialmente três diferenças, a saber, a presunção de culpa estabelecida no regime da responsabilidade obrigacional, embora não deixe de assinalar exceções em matéria de ónus da prova no regime da responsabilidade civil extracontratual, como as que resultam dos artigos 491.º, 492.º, n.º 1, e 493.º; a regra da solidariedade na pluralidade passiva no regime da responsabilidade obrigacional, por confronto com o regime da responsabilidade contratual que apenas considera a responsabilidade como solidária se a obrigação violada for solidária. Cfr. ainda Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. , páginas 543 a 546; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução. Da constituição das obrigações*, cit. , páginas 292 e 293. Vide também Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit. , página 166. Salienta ainda que alguns autores apontam ainda como diferença que «o art. 496.º do Código Civil aplicar-se-ia exclusivamente à responsabilidade extracontratual; na responsabilidade extracontratual os danos não patrimoniais seriam ressarcíveis; na responsabilidade contratual, não» e recorda que, por seu turno, «PINTO MONTEIRO critica desenvolvida e justificadamente os argumentos convocados para demonstrar a inaplicabilidade do art. 496.º à responsabilidade contratual, concluindo que “decisivo, para efeitos da correspondente ressarcibilidade, não será o facto de os danos não patrimoniais assumirem (ou não) natureza extracontratual, antes a gravidade destes danos”» (ibid., páginas 166 e 167).

Na verdade, ANTUNES VARELA enuncia que o Código Civil aceitou em termos gerais a «tese da reparabilidade dos danos não patrimoniais», mas «tão-só no domínio da responsabilidade extracontratual» e «limitando-a àqueles que, pela sua gravidade,

Verificando-se a «preexistência de uma relação entre credor e devedor»⁷³, preexistência de relação e deveres específicos, que existe em qualquer prestação de cuidados de saúde (exceto na pura omissão de auxílio) o regime deverá ser o da responsabilidade contratual. Mesmo sendo violados direitos de personalidade, não deverá como regra ser aplicável a responsabilidade aquiliana, sendo esta e o seu regime fundado *prima facie* não existe uma relação preexistente. Nos termos expostos por MENEZES LEITÃO, «a diferença entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional é que, enquanto a responsabilidade delitual surge como consequência da violação de direitos absolutos, que aparecem assim desligados de qualquer relação inter-subjectiva previamente existente entre lesante e lesado, a responsabilidade obrigacional pressupõe a existência de uma relação inter-subjectiva, que primariamente atribuída ao lesado um direito a prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica»⁷⁴. Assim reconhecendo, não se afigura admissível deixar de considerar a responsabilidade emergente da prestação de cuidados de saúde, seja qual for o modelo de relação jurídica, como obrigacional.

Como reconhece VELTEN, por referência ao quadro alemão, o fundamento de pretensão no âmbito da responsabilidade médica contratual é, segundo a opinião geral, a violação contratual positiva do contrato de tratamento⁷⁵.

Salientam QUAAS e ZUCK que o Tribunal constitucional federal, BVerfG, apontou, na sua decisão fundamental, acerca dos requisitos jurídico-constitucionais ao processo da responsabilidade médica com razão ao facto de que a relação entre médico e paciente seria muito mais do que uma relação contratual jurídica⁷⁶. Para isso contribui a circunstância de, acompanhando QUAAS e ZUCK, a ética de classe não estar isoladamente ao lado do Direito, interfere em toda a parte e permanentemente na relação

mereçam a tutela do direito (art. 496.º, I)» (in, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral, Volume I*, 10.ª ed., Coimbra, 2000, página 605).

⁷³ Cfr. E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit. , página 205.

⁷⁴ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução. Da constituição das obrigações*, cit. , página 294.

⁷⁵ Cfr. Wolfram Velten, *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß (Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung)*, cit. , página 14.

⁷⁶ Cfr. Michael Quaas/Rüdiger Zuck, *Medizinrecht*, 2. ed., München, 2008, página 258.

jurídica do médico para com o paciente e, como ensinam, o que a ética da classe exige do médico o Direito assume como dever jurídico, como referido⁷⁷. Ora, muito mais do que nas outras relações sociais do homem, confluem no âmbito profissional médico o ético e o jurídico⁷⁸.

Constituindo, pois, fundamento de pretensão no âmbito contratual, pretensão, afirma VELTEN, dirigida contra o respetivo parceiro contratual⁷⁹. É necessário, pois, desde logo, identificar quem é a parte no contrato, o que na prática nem sempre se afigura como tarefa fácil.

Como descreve VELTEN, em caso do contrato hospitalar, pode ser, conforme a estrutura e constituição do contrato, tanto o médico tratante (no chamado contrato de internamento hospitalar dividido) como também o titular do hospital, respondendo o titular do hospital pelo seu pessoal nos termos do §278 do BGB⁸⁰. Assim, continua e, retira a consequência de que a pretensão decorrente da violação contratual positiva do contrato de tratamento prescreve segundo o § 195 BGB em trinta anos⁸¹.

A identificação da Parte no contrato para, conseqüentemente, determinar quem responde e quem tem legitimidade passiva em ação judicial a intentar não é tarefa a desconsiderar.

Desde logo a prestação tem sido apresentada em moldes distintos consoante a relação seja entabulada com um estabelecimento de saúde público ou privado⁸². Como constatámos, «o carácter público ou privado da relação e a proeminência do critério orgânico sobre o critério funcional vão determinar a repartição de competência entre a jurisdição administrativa e a

⁷⁷ Ibid., página 258.

⁷⁸ Ibid., página 258.

⁷⁹ Wolfram Velten, *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß (Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung)*, cit.

⁸⁰ Cfr. Ibid., página 14

⁸¹ Ibid., página 15.

⁸² Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", página 137. Vide sobre esta matéria, nomeadamente, Javier Fernandez Costales, *El contrato de servicios medicos*, Madrid, 1988; Amelia Sánchez Gómez, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998; Jean-Michel de Forges, *Le Droit de la Santé*, 7.ª ed., Paris, 2010, em especial páginas 13 a 36; José Manuel Fernández Hierro, *Sistema de Responsabilidad Médica*, 3.ª ed., Granada, 2000, em especial, páginas 13 a 62; Jean-Marie Auby, *Droit de la santé*, Paris, 1981, em particular páginas 269 a 361; André Demichel, *Droit médical*, Paris, 1983, páginas 95 e seguintes; Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, 2ª ed., Paris, 1996, em especial páginas 47 a 81.

jurisdição comum»⁸³. Ora, não obstante, estarmos convictos, de que podemos, no entanto, «identificar um feixe comum de direitos subjectivos dos destinatários da prestação de cuidados de saúde, independentemente do estatuto público ou privado do estabelecimento onde são prestados os cuidados de saúde, o que torna paradoxal a existência de dois regimes distintos e de um contencioso de responsabilidade civil dual.

Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, são, conforme já referido, três as sub-modalidades mais típicas que se podem autonomizar: “*contrato total*”, no âmbito do qual a clínica assume direta e globalmente as obrigações de prestação de cuidados médicos a par das de internamento hospitalar; “*contrato dividido*”, que em rigor permite configurar a existência de dois contratos, um com a clínica que compreende apenas as obrigações próprias do contrato de internamento, e outro, em conexão com o primeiro, de prestação de serviço médico direta e autonomamente celebrado com um médico; “*contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos, necessariamente executados por um ou mais médicos*”, contrato este por regra executado na “clínica” em regime de ambulatório e que se resume à prestação de cuidados de saúde simples ou à realização de exames complementares de diagnóstico»⁸⁴.

O Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão de 1 de Março de 2012⁸⁵, veio concluir que «embora a responsabilidade civil médica possa ser contratual e aquiliana, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente é daquela que se trata, configurando um contrato de prestação de serviços». Afirma o Tribunal da Relação do Porto no citado Acórdão que, «por força desse contrato, o médico deve agir, prudente e diligentemente, segundo os conhecimentos científicos então existentes, cabendo-lhe a obrigação principal de tratamento que pode desdobrar-se em diversas

⁸³ Vide Cláudia Monge, “Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde”, página 137. Cfr. A este propósito, cfr., Jean-Michel de Forges, *Le Droit de la Santé, cit.*, página 13 e Jean Penneau, *La responsabilité du médecin, cit.*, página 48.

⁸⁴ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, página 90.

⁸⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, de 1 de Março de 2012.

prestações, tais como: observação, diagnóstico, terapêutica, vigilância e informação».

Para efeitos de responsabilidade civil por facto ilícito, responsabilidade subjetiva, contratual conforme considerado no laudo em referência, «a culpa é aferida pelo padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes, na data da prática do facto ilícito»⁸⁶.

No citado Acórdão, o Tribunal da Relação ajuizava uma situação que caracterizou de erro, por médico radiologista, de diagnóstico que permitiu o nascimento de uma criança com graves deficiências físicas, e veio a considerar que «age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto às 12 e 19 semanas de gestação e elabora os correspondentes relatórios fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer, às 38 semanas, com síndrome polimalformativo e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal». À luz do referido acórdão, é tido como um facto ilícito e culposo «o erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes». Apenas se pode admitir a responsabilidade contratual por se considerar que há uma obrigação de agir prudente e diligentemente com vista a um diagnóstico e que a falta de zelo e diligência na prestação de diagnóstico dita incumprimento contratual, que constitui ilícito civil, nos termos do artigo 406.º do Código Civil, e que é sancionado pelo regime dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil.

A prudência e diligência empregues para cumprimento da obrigação devem ser medidas de acordo com os conhecimentos científicos existentes e pelo padrão do médico, na sua especialidade, normal.

⁸⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, de 1 de Março de 2012.

Como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ «o desenvolvimento de especiais deveres de protecção das partes no contrato esbate a linha divisória entre os dois tipos de responsabilidade civil»⁸⁷.

A responsabilidade do profissional de saúde será uma responsabilidade decorrente de defeitos na realização da prestação, da inobservância de deveres específicos da profissão e exigidos na prestação e por causa dela. Sendo o facto ilícito reconhecido no contexto da prestação de cuidados de saúde deve assim o regime de responsabilidade civil ser o contratual.

Tendo o contrato sido celebrado com o estabelecimento hospitalar, o regime de responsabilidade pelo incumprimento ou pelo cumprimento defeituoso será naturalmente obrigacional. Assim, como refere também PEDRO ROMANO MARTINEZ, se «durante a execução do contrato foram causados danos ao paciente por facto de terceiro (médico contratado pelo hospital para a prática de actos médicos), a responsabilidade do hospital é obrigacional por facto de terceiro. Por isso, o hospital é responsável, nos termos do art. 800.º n.º 1, do CC, 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 ao actos médicos integrados no contrato»⁸⁸.

O que pode ser discutível é o tipo de contrato. PEDRO ROMANO MARTINEZ refere tratar-se «indiscutivelmente de um contrato de prestação de serviços atípico, que segue o regime geral do mandato (art. 1156.º do CC)»⁸⁹. Concordamos com FERREIRA DE ALMEIDA quando afirma que, dentro da categoria mais ampla e inespecífica dos contratos de prestação de serviço, o contrato de prestação de serviços médicos demarca-se como tipo bem definido que, não sendo um tipo legal (porque não tem regulamentação legal própria), é um *tipo social* e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. página 461.

⁸⁸ Ibid., página 463.

⁸⁹ Ibid., página 463.

⁹⁰ Já assim havíamos propugnado em Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde".

Na síntese lapidarmente feita por PEDRO ROMANO MARTINEZ, ao «contrato celebrado entre o paciente e o médico aplicam-se as regras gerais dos contratos (art. 405.º do CC), o regime especial do contrato de mandato (art. 1156.º do CC) e as regras da responsabilidade civil obrigacional (arts. 798.º e ss. do CC)»⁹¹.

Ao contrato de prestação de cuidados de saúde médicos será de aplicar o regime da responsabilidade contratual. E não se diga que, em razão dos danos respeitarem a bens de personalidade, como a vida, ou a integridade física ou integridade, ou mesmo a reserva de intimidade da vida privada (atento o dever de sigilo e a confidencialidade dos dados de saúde), que a responsabilidade civil deve seguir o regime da responsabilidade civil aquiliana ou delitual, pois, no caso concreto do contrato de prestação de cuidados de saúde, os deveres de respeito pelos bens jurídicos identificados são deveres contratuais, atento o conteúdo da relação jurídica que ficou identificado e descrito^{92 93}.

Veja-se, por exemplo, que o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 22 de maio de 2003, no âmbito do Processo n.º 03P912⁹⁴, vem enunciar que a

⁹¹ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit., 464.

⁹² No mesmo sentido, vide *ibid.*, página 464, quando descreve: «Poder-se-ia questionar esta conclusão atendendo ao facto de, por via de regra, o doente sofrer danos corporais, *maxime* dano morte, e estes, sendo danos *extra rem*, estariam fora do âmbito de protecção contratual. De facto, a responsabilidade obrigacional tem em vista o ressarcimento dos danos *circa rem*, e os danos corporais extravasam o perímetro de protecção da generalidade dos contratos. Por isso, o empreiteiro não responde contratualmente pela morte do dono da obra decorrente da queda do estuque da casa recém-construída, nem o vendedor pelos danos pessoais causados ao comprador pela explosão do aparelho eléctrico vendido. Mas o contrato de prestação de serviço médico tem por objecto da tutela da pessoa do paciente, pelo que os danos a este causados se encontram na esfera de protecção do contrato, sendo ressarcíveis contratualmente».

⁹³ Veja-se a propósito do enquadramento da responsabilidade civil dos médicos auxiliares (quando o contrato com o paciente foi celebrado com o estabelecimento de saúde e não com o médico em prática individual) na responsabilidade contratual, como salienta NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA que: «Estando em causa relações entre sujeitos determinados e individualizados, integrando deveres de diligência e de lealdade, de esclarecimento e/ou de informação, dirigidos a um interesse específico do credor – que não ao “interesse genérico a não sofrer lesões na esfera dos seus próprios direitos” –, a responsabilidade civil do médico auxiliar deveria considerar-se como uma responsabilidade *contratual*» (cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit., página 165).

⁹⁴ Disponível em

obrigação de indemnizar decorrente do ato médico é considerada com origem nas seguintes fontes: uma relação contratual, uma relação extracontratual ou ofensa a um direito de personalidade. Entendeu o Supremo Tribunal, no referido acórdão, que, tratando-se a fonte obrigacional do médico de um contrato que «naturalmente que a natureza contratual da obrigação de indemnizar há-de influenciar a repartição do ónus de prova da culpa, se a ela houver lugar». Assim, no que à culpa respeita, e sendo ela entendida «enquanto juízo normativo de censura ético-jurídica, referida, não a uma deficiente formação de vontade, mas referida a uma deficiente conduta, há que apurar onde esteve, ou não esteve, a deficiente conduta profissional do médico/réu, no diagnóstico das queixas doentias da autora, no aconselhamento da operação, na execução desta, ou no *post operatório*. A afirmação possibilita avançar um pouco, formulando uma pergunta: A quem cabe fazer a prova da prestação contratual e profissional deficiente? Ao médico, conforme ao artigo 799.º-1, do Código Civil, cabe provar que não teve culpa - responde-se!» e invoca, em sustento desta tese, a doutrina de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO⁹⁵.

Na esteira do ensinamento de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, não deve ser aceite que a qualificação da obrigação de meios dite que o ónus da prova da culpa recai sempre sobre o lesado (credor). Se «naturalmente que a natureza da obrigação há-de influenciar a repartição do ónus da prova», a verdade é que «só por absurdo se pode admitir que o doente, para obter uma indemnização, além de outros pressupostos gerais, tenha de provar a não obtenção de um resultado, isto é, de forma típica, a não recuperação da saúde»⁹⁶. O que decorre da natureza da obrigação? Segundo FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, «a natureza da obrigação (aqui como em outras áreas da responsabilidade profissional) só nos leva a aceitar que o doente tem de provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato»⁹⁷, esse é o facto ilícito, cuja prova caberia ao lesado de acordo com a regra geral do artigo

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6?OpenDocument&Highlight=0,03P912>].

⁹⁵ Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal, cit.*, página 46.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

340.º, n.º 1, do Código Civil. Prosseguem FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO no sentido de afirmar que tal «é diferente [de] ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente»⁹⁸. Se se aceitar que o artigo 798.º consagra a ideia de *faute*, a presunção é de culpa e de ilicitude, como afirma MENEZES CORDEIRO⁹⁹.

Ora, entendemos que o regime de responsabilidade aplicável deve ser tido como contratual e aplicável, por isso, a presunção de culpa do médico que resulta do artigo 799.º do Código Civil¹⁰⁰ e certo é que «a prova de que tais circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de a fazer», sendo «justo impor-lhe esse ónus»¹⁰¹.

Seguindo ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, cumpre concluir que: «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»¹⁰². E assim será de afirmar «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», sendo de aceitar que «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», e assim será sem agravar a posição processual do médico, pois, afinal, deverá dispor de elementos de prova, não só «no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos»¹⁰³, que o colocam em situação de vantagem.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, VIII, cit.*, página 392.

¹⁰⁰ Em sentido diferente, Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, página 137.

¹⁰¹ Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal, cit.*, página 46.

¹⁰² Cfr. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos, cit.*, página 209.

¹⁰³ Ibid., página 209.

MANUEL ROSÁRIO NUNES, embora entenda de concluir que «no direito português a doutrina e a jurisprudência maioritárias que consideram que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, a presunção de culpa decorrente do art. 799.º, n.º 1, do Cód. Civil para os casos de incumprimento não tem lugar, invocando-se, para tanto, a distinção entre obrigações de meios e de resultados»¹⁰⁴ (o que não acompanhamos, pelos fundamentos expostos), sustenta que «as dificuldades de prova em matéria de responsabilidade civil por actos médicos, fundamentam», ainda que diga «de iure constituendo», «a inversão do ónus da prova por culpa a favor do paciente, conforme solução adoptada pela Proposta de Directiva Comunitária apresentada pela comissão em 9 de Novembro de 1990, sobre a responsabilidade do prestador de serviços que, embora ancorada num princípio geral de responsabilidade subjectiva, salvaguarde as necessidades sociais de segurança em matéria de serviços na área da Saúde cada vez mais especializados, realizados por profissionais com conhecimentos científicos complexos, com recurso a tecnologias avançadas»¹⁰⁵.

O citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de maio de 2003, no âmbito do Processo n.º 03P912, acompanha o ensinamento de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO e conclui que «o médico provará 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» e que, desse modo, «trata-se de observar um ónus para cuja demonstração está melhor colocado, sendo justo que o encargo lhe pertença, sob pena de, não o observando, se presumir culpado; ou seja, nas palavras de há pouco, se pode concluir-se que teve uma conduta profissional deficiente»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Vide Manuel Rosário Nunes, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Coimbra, 2005, página 95.

Reconhece-se que a matéria da prova em responsabilidade médica oferece especial dificuldade o que tem constituído um dos fundamentos de morosidade de processos judiciais nesta matéria. Sobre o regime da prova e as dificuldades sentidas no ordenamento jurídico espanhol, vide Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, *El régimen de la prube en la responsabilidad civil médica*, Pamplona, 1996.

¹⁰⁵ Manuel Rosário Nunes, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, cit. página 95.

¹⁰⁶ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6?OpenDocument&Highlight=0,03P912>.

Também no acórdão de 18 de setembro de 2007, no âmbito do Processo 07A2334, veio o Supremo Tribunal de Justiça concluir que: «a responsabilidade actuada decorrerá da violação das prestações contratuais inerentes e próprias do cumprimento desse contrato, o que vale por dizer, como também vem admitido, que nos movemos no âmbito da responsabilidade contratual. Situamo-nos, nesta modalidade de responsabilidade, no domínio do cumprimento das obrigações contratuais, ou seja, da responsabilidade contratual pelo incumprimento. Quando haja incumprimento ou quando a prestação seja defeituosamente cumprida, o devedor, cuja culpa se presume, responde pelo prejuízo causado ao credor, nomeadamente, no caso, pelos efeitos danosos da privação da coisa cujo gozo se encontrava vinculado a facultar – arts. 798º e 799º-1 C. Civil. Em caso de incumprimento da respectiva prestação, a lei impõe ao devedor a prova de que o mesmo não procede de culpa sua»¹⁰⁷.

Aplicado que seja o regime da responsabilidade contratual, como somos de propor, avulta, pela sua importância e efeitos práticos e processuais, a aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º1, do Código Civil, com a consequente inversão, face ao regime do artigo 342.º do Código, do ónus da prova quanto à culpa. A esse propósito explica ainda ROMANO MARTINEZ que a: «presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do CC encontra uma dupla justificação, sendo regra não só na ordem jurídica portuguesa como no plano internacional.

Em primeiro lugar, estando o devedor adstrito ao cumprimento de uma prestação, não sendo esta realizada, há uma violação cujas consequências só excepcionalmente não serão suportadas pelo devedor. Por outro lado, e esta é a principal razão, o devedor adstrito ao cumprimento de um dever específico domina o modo como a prestação vai ser realizada, pelo que pode evitar o incumprimento ou demonstrar que este se ficou a dever a causa

¹⁰⁷ Disponível em

[\[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument\]](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument)

Com importante síntese da aplicação jurisprudencial, vide, Mafalda Miranda Barbosa, *A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte*, Cadernos de Direito Privado, n.º 38, Abril-Junho, 2012, páginas 14 a 27.

externa que não podia evitar»¹⁰⁸. A aplicação do artigo 799.º, n.º 1, determina a aplicação prática da correta definição da doutrina do risco em matéria negocial e de prova – o risco e o ónus da prova devem ser afetos a quem tem melhores condições de o gerir – e no caso em apreço é, sem dúvida, o profissional de saúde que está em posição mais favorável para fazer prova, neste caso, da ausência de culpa.

Assim, ressalta ROMANO MARTINEZ que «[t]al como noutras previsões legais – arts. 491.º, 492.º e 493.º do CC – a presunção de culpa do devedor justifica-se porquanto é o agente que domina o risco da prestação a seu cargo; assim, sendo cumprida, é difícil ao lesado fazer a prova da culpa do agente. Pelo contrário, o agente, tendo especial conhecimento do modo com a prestação se realiza, é que se encontra em condições de fazer a prova negativa, demonstrando a existência de causa externa, facto de terceiro, (...)»¹⁰⁹.

A consequência da aplicação do artigo 799.º, n.º 1, é a de que «na eventualidade de o lesado alegar que sofreu um dano e que este resultou de uma intervenção cirúrgica, incumbirá ao devedor (médico) o ónus de provar que o seu comportamento não foi culposo, nomeadamente porque o dano decorreu da existência de uma causa estranha»¹¹⁰. Deste modo, o «médico presume-se culpado de desrespeito das *leges artis*, ou seja presume-se que cumpriu defeituosamente a prestação»¹¹¹. Assim, «[a]dmittindo que foi feita a prova de terem sido observados todos os procedimentos no acto médico, cabe ainda ao clínico demonstrar que o dano se ficou a dever a uma causa estranha, não controlável»¹¹².

¹⁰⁸ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , página 472.

¹⁰⁹ Ibid., página 472.

¹¹⁰ Ibid., páginas 472 e 473.

¹¹¹ Ibid., página 473.

¹¹² Ibid., página 473. Cfr. ainda *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, página 306. Note-se que o entendimento de ROMANO MARTINEZ, expresso na sua dissertação de doutoramento publicada em 1994, é criticado por NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, quando este Autor sustenta que: «Embora PEDRO ROMANO MARTINEZ advogue uma interpretação do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil que o aproxima muito (demasiado) dos Códigos Cíveis francês e italiano (e do art. 705.º do Código Civil de 1867) – “não basta[ria] provar uma actuação isenta de qualquer juízo reprovador; o devedor tem de demonstrar que o não cumprimento se ficou a dever a uma causa estranha” –, a sua tese não deve ser sufragada» (cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit. , página 215). Como

Ainda que se adote a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, ainda que se pretenda afirmar que nas obrigações de meios a ilicitude e a culpa se confundem, não há fundamento para afastar a presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil¹¹³. É o médico que está em condições de fazer prova de que não podia ter agido de outro modo, não ao paciente demonstrar que o médico podia ter agido de outro modo e o não fez. Ainda que materialmente a prova da violação das *leges artis* e assim do incumprimento ou do cumprimento defeituoso da obrigação principal, facto ilícito, se confunda com a prova da culpa não podemos afastar a presunção de culpa.

4. Regime unitário ou dual

Quanto à cisão responsabilidade civil subjetiva por facto ilícito obrigacional ou contratual/aquiliana ou extracontratual, não temos dúvidas que, em matéria de prestação de cuidados de saúde médicos, o regime de responsabilidade civil aplicável deve ser o da responsabilidade civil obrigacional. Deve ser o da responsabilidade civil obrigacional pois há uma relação preexistente e deveres

fundamento para o afastamento do entendimento do Professor ROMANO MARTINEZ, o Autor remete para a afirmação de SINDE MONTEIRO de que o legislador civil ponderou e entendeu ser de afastar a referência ao 'caso fortuito ou de força maior', «pelo que não ser[ia] muito curial aceitar como consagrada uma das possíveis interpretações desta causa genérica de exclusão da responsabilidade que o legislador histórico ponderou e entendeu ser de afastar» (cfr. *Ibid.*, páginas 215 e 216 e Jorge F. Sinde Monteiro, *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 132.º, n.º 3898, Maio de 1999, página 91), no entanto, não entendemos que a exclusão da referência à cláusula da força maior afaste, por si só, a interpretação que demande a prova da existência de causa estranha. Entendemos que a interpretação proposta por ROMANO MARTINEZ corresponde ao sentido e alcance do artigo 799.º, n.º 1, e que deve, por isso, ser adotada. Assim, «não basta apurar se foram observados os necessários procedimentos no acto médico, pois importa também determinar como e por que razão foram causados danos ao paciente. Em suma, tendo em conta a existência de um dano no paciente decorrente de um acto médico, cabe ao devedor (clínico) demonstrar que não actuou com culpa ou que a ocorrência se ficou a dever a uma causa externa» (cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , página 473).

¹¹³ Vide a esse propósito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2002, Processo n.º 02A4057, disponível em [\[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument\]](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument).

específicos e não apenas genéricos cuja violação dite a aplicação da responsabilidade civil extracontratual.

Quanto ao direito aplicável em razão da natureza do contrato e, assim também, à cisão direito público/direito privado, parece-nos que o regime de responsabilidade civil aplicável deverá ser o da responsabilidade obrigacional, quer o contrato de prestação de cuidados de saúde médicos seja celebrado com um médico em prática individual, quer o contrato seja celebrado com um estabelecimento privado, quer o contrato seja um "contrato global" ou um "contrato dividido", quer o estabelecimento de saúde seja um estabelecimento de saúde público ou com contrato que dite também a sua integração no Serviço Nacional de Saúde.

O regime de responsabilidade civil é unitário. A imputação de danos é um instituto de Direito Civil sempre aplicável aos restantes ramos do Direito. Como descreve MENEZES CORDEIRO «quando nos colocamos num plano de generalidades, podemos afirmar que eles» (referindo-se à aplicação dos princípios e dos institutos civis) «comuns às mais diversas disciplinas privadas e, porventura, ao próprio Direito Público»¹¹⁴. Assim, «se tivermos em mente a tutela da personalidade, a autonomia privada, a boa-fé, a imputação de danos e a propriedade, logo verificaremos que se trata de realidades diretamente aplicáveis em todo o ordenamento»¹¹⁵. Sendo certo que «o instituto em jogo

¹¹⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral, cit.*, página 354.

¹¹⁵ Ibid. Veja-se ainda *A responsabilidade civil do Estado, cit.*, páginas 883 a 920, onde o Professor Menezes Cordeiro recorda que o Prof. Vaz Serra «no âmbito da preparação do Código Civil, tentou uma síntese de inspiração mais avançada» e propôs quatro preceitos que estabeleçam no seio do Código Civil o regime da responsabilidade civil do Estado, «tínhamos, assim, uma lógica de tratamento, no Código Civil, de toda a responsabilidade do Estado», mas «no subsequente jogo de influências próprias dos corredores do Estado Novo, adoptou-se uma diversa orientação» e «pretendeu-se excluir, do Código Civil, a matéria que apresentasse relevo público-administrativo» - «E assim, a Lei Civil fundamental apenas poderia reger questões civis e, daí, a responsabilidade do Estado quando este agisse ao abrigo do Direito privado. Donde, a distinção subsequente entre os actos de gestão privada e os actos de gestão pública» (ibid., páginas 891 e 892).

A favor desta distinção, lembra o Ilustre Professor, jogou ainda o tema do foro competente» e, desse modo, «o Código Civil limita-se, no artigo 501.º, a regular a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros, no exercício de actividades de gestão privada» (ibid., página 893). Donde, o «Direito português de responsabilidade civil do Estado passou a obedecer a um sistema dualista: - por actos de gestão privada, regia o artigo 501.º do Código Civil, sendo competente o foro comum; - por actos de gestão pública, aplicava-se o referido Decreto-Lei n.º 48051, de

será sempre o mesmo», «cabará ao intérprete-aplicador especializado decidir, quando necessário, da sua operacionalidade»¹¹⁶. Não faz sentido criar tantos regimes de responsabilidade civil quanto os ramos do Direito. Ocorrendo uma violação do contrato deve ser chamado a intervir o regime de responsabilidade civil que deve ser unitário.

A Lei n.º 67/2007 é uma lei técnica e cientificamente avançada¹¹⁷, cujas soluções merecem aplauso, pela disciplina, pela melhor proteção da tutela do lesado, pela promoção da boa atuação pelos entes públicos, mas conduz a um resultado de extensa determinação da aplicação subsidiária do Direito Civil, e manda aplicar as soluções da responsabilidade civil aquiliana quando a relação administrativa pode ser contratual. Já o Código dos Contratos Públicos acaba também por redundar na aplicação por remissão de regras de responsabilidade civil contratual. Esta é uma dualidade não desejável, quer do ponto de vista da segurança jurídica, quer da tutela dos interesses em presença.

Devemos olhar para uma realidade que carece de regulação jurídica como vetor da ordem social e procurar no quadro do ordenamento jurídico uma solução que permita dirimir de uma forma, justa, segura e equilibrada os casos concretos, salvaguardando a paz social, desiderato do Direito.

Quando olhamos para a substância dessa realidade e o que carece de regulação jurídica não é distinto em razão de a relação ser entre sujeitos de Direito privado entre si ou entre sujeitos de Direito público e sujeitos de Direito

21 de Novembro de 1967, sendo competente o foro administrativo» (ibid.). Conclui o Professor que «não se vê, em bom rigor, nenhuma razão para não se ter inserido, no Código Civil, a matéria do Decreto-Lei n.º 48051. Substancialmente, é Direito privado comum» (ibid., página 894).

Vide ainda Jorge Miranda, *A Constituição e a responsabilidade civil do Estado*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares 2001, páginas 927 a 939, Maria José Rangel Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009.

¹¹⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral, cit.*, páginas 354 e 355.

¹¹⁷ Acompanhamos o Professor Menezes Cordeiro, quando refere: «O Direito português dispõe de legislação avançada sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado: a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. (...) De resto, o alargamento da responsabilidade vem a decorrer do artigo 22.º da Constituição, aplicável directamente mesmo antes da nova Lei» (in *A responsabilidade civil do Estado, cit.*

privado, a solução como modo justo, seguro e equilibrado de regular o objeto e de dirimir os litígios que do mesmo ocorram não deve ser distinta.

Quer nos estabelecimentos de saúde privados, como nos estabelecimentos públicos, os médicos não são apenas estranhos a quem compita apenas o dever genérico de respeito por direitos de personalidade do paciente; o dever não é apenas um dever geral de abstenção ou um dever geral de respeito ou de não ingerência. Há antes uma relação preexistente e deveres específicos.

Como refere NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, a propósito do acórdão da 3.ª seção da *Corte di Cassazione* de 22 de janeiro de 1999 (n.º 589), acórdão esse que «esforça-se por resolver o problema do conflito de paradigmas convertendo a responsabilidade civil do médico auxiliar da instituição (pública ou privada) de saúde em responsabilidade contratual»¹¹⁸, «existindo uma violação de deveres específicos – de *obblighi* – no contexto de relações entre sujeitos individualizados, a responsabilidade civil seria uma responsabilidade contratual»¹¹⁹. Sustentamos que, na verdade, assim deverá ser entendido, porquanto na relação médico-paciente, independentemente da modalidade de relação subjacente (e salvo os casos residuais de execução de dever de auxílio em caso de acidente), sempre haverá um vínculo jurídico preexistente entre médico e paciente – o médico violou um dever a que «estava adstrito por força de precedente *vinculum iuris*»¹²⁰.

Não encontramos fundamento para distinguir o tratamento a conferir à violação do dever de tratamento de acordo com as *leges artis*, ou de violação do dever de informação, ou do dever de obtenção de consentimento prévio, ou ainda do dever de sigilo, em razão de o médico ser auxiliar do cumprimento da prestação de cuidados de saúde de um estabelecimento de saúde privado ou de um estabelecimento de saúde público, pois quer o ato seja de *gestão privada* ou de *gestão pública* o médico não é um estranho a quem apenas compita um dever genérico de respeito, pelo que a violação dos invocados deveres ou obrigações deve gerar sim a aplicação das regras de responsabilidade civil contratual.

¹¹⁸ Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit. , pp. 135-136.

¹¹⁹ Ibid., páginas 137 e 138.

¹²⁰ Ibid., página 138.

Invocando CARNEIRO DA FRADA, importa recordar que «o paradigma situacional que subjaz tradicionalmente à dogmática delitual é o do *anonimato* recíproco entre lesado e lesante»¹²¹ e esse *anonimato* não se verifica na relação médico-paciente, independentemente do modelo de formação e de execução da prestação de cuidados de saúde. Não é adequado tratar de modo igual a violação do direito de reserva da intimidade da vida privada por um qualquer sujeito que não tem qualquer relação jurídica ou de facto com o titular do direito de personalidade e a violação do dever de sigilo pelo médico que teve acesso a dados pessoais e sensíveis do paciente em razão da prestação de cuidados de saúde.

A *Corte di Cassazione*, no acórdão de 22 de Janeiro de 1999, enuncia ainda outra consideração para sustentar a afirmação do dever especial e a consequente aplicação das regras de responsabilidade contratual em caso de violação desse dever especial pelo médico, operando a «conexão entre o contacto social e o “conjunto das exigências específicas a que, em matéria de responsabilidade, estão sujeitos aqueles que actuam profissionalmente na área da prestação de serviços”»¹²², é que «exigindo o Estado habilitações especiais para o exercício de uma profissão, “a consciência social, ainda antes do ordenamento jurídico”, colocaria a cargo do “operador profissional” o dever de agir de forma consonante com as suas capacidades e conhecimentos específicos: “a este tipo de ‘operador profissional’, a consciência social, ainda antes do ordenamento jurídico, não se [limitaria] a exigir um *non facere*, isto é, o mero respeito pela esfera jurídica daquele que se lhe dirige confiando na sua ‘profissionalidade’ (*fidando nella sua professionalità*), mas também aquele *facere* no qual se manifesta a perícia que deve caracterizar a sua actividade em cada momento”»¹²³.

Acrescente-se ainda que refere a *Corte di Cassazione*, no acórdão de 22 de Janeiro de 1999, que «“quanto se disse [sobre as relações contratuais sem

¹²¹ Cfr. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit. , página 277.

¹²² Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit. , página 158. Como refere o Autor «[o] argumento dogmático convocado pela *Corte di Cassazione* para demonstrar a analogia entre os deveres contratuais e os deveres profissionais dos médicos adapta-se ao direito português» (ibid., página 164).

¹²³ Ibid., página 158 e 159.

contrato] vale para o 'operador' de uma profissão 'protegida' (i.e.: uma profissão para a qual o Estado exige uma habilitação especial [...]), em particular se essa profissão tem por objecto bens constitucionalmente tutelados"»¹²⁴, como sucede, claro, no caso em análise. Na atuação profissional do médico estamos perante o exercício de uma profissão regulada pela lei que tem por objeto um bem constitucionalmente tutelado, a saúde, nos termos do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, e que intervém noutros bens constitucionalmente protegidos, a integridade física e a integridade moral, nos termos do artigo 25.º da CRP, e a reserva da intimidade da vida privada, de acordo com o artigo 26.º da CRP, e que tem como uma das suas principais garantias, o dever de sigilo médico.

Note-se que, por um lado, SINDE MONTEIRO e FIGUEIREDO DIAS sustentam o modelo contratual de responsabilidade das clínicas privadas – «no plano contratual, a clínica responde pelos actos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações» e «se a clínica tem ao seu serviço médicos para o tratamento dos clientes que a ela se dirijam directamente, responderá contratualmente pelos actos destes»¹²⁵, e que mesmo no quadro de prestações por hospitais públicos defendem «a responsabilidade contratual da própria organização hospitalar» que, aliás, entendem que «parece mais conforme à defesa dos interesses em jogo»¹²⁶, quer se considere que o seu fundamento jurídico reside na ideia de um «contrato de adesão», quer numa «relação contratual de facto», quer numa «relação de massas» resultante de um «comportamento social típico»¹²⁷; no entanto, referem os Ilustres civilistas que «não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser quando exerça aí clínica privada»¹²⁸.

Não acompanhamos os Ilustres Professores nesta tomada de posição, porquanto também aqui o médico não é perante o utente do Serviço Nacional de Saúde um estranho a quem compita apenas um dever geral de

¹²⁴ Ibid., página 160.

¹²⁵ Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal, cit.*, página 51.

¹²⁶ Ibid., páginas 50 e 51.

¹²⁷ Ibid., página 50.

¹²⁸ Vide *ibid.*, página 50. Cfr. ainda Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa, cit.*, página 135.

respeito ou um dever geral de abstenção ou de não ingerência de um direito absoluto, mas antes um profissional de saúde a quem são exigidos, perante o paciente em concreto e perante cada um dos pacientes individualmente considerados, deveres específicos, vínculos jurídicos específicos a determinadas prestações.

É que, se «o doente, internado ou em tratamento num hospital público, não é (em relação à entidade hospitalar) um estranho a quem apenas compita o genérico direito a não ver violada a sua integridade física ou moral; é alguém que tem *positivamente* direito a um certo número (e qualidade de cuidados)»¹²⁹, também um médico que presta serviço num hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde, em benefício do utente e em execução do serviço público a que está adstrito, tem perante o paciente deveres específicos – assim, a responsabilidade por violação de deveres do médico deve igualmente ser contratual, não olvidando que a responsabilidade extracontratual está reservada para situações de facto em que «não está implicada a violação de um dever específico, individualizado, mas tão-só o genérico dever de não violar os direitos de outrem»¹³⁰.

Ora, se «[o] critério de distinção entre os dois “tipos” tradicionais de responsabilidade civil deve enunciar-se nos seguintes termos: a responsabilidade contratual provém da violação de um dever *especial*; a responsabilidade extra contratual provém da violação de um dever *geral*»¹³¹

¹²⁹ Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, cit., página 49. Vide ainda Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit., página 135.

¹³⁰ Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, cit., página 49.

Veja-se Mafalda Miranda Barbosa, *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*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º 10 - Julho a Dezembro 2008, página 171, quando refere: «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». Foi precisamente esse *continuum* cuja evidência procurámos demonstrar no presente trabalho.

¹³¹ Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, cit., página 155. Acrescenta ainda o Autor que «[o] critério de distinção entre os dois “tipos” tradicionais de responsabilidade conduz-nos a (força-nos a) aceitar as seguintes conclusões: quando o dever *especial* infringido decorre de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, há uma responsabilidade contratual *com contrato*; quando o dever *especial* infringido decorre de negócio

deve ser afirmado que a violação de situações jurídicas que integram a relação médico-paciente, ainda que o contrato seja estabelecido entre o paciente e o estabelecimento de saúde, com o qual o médico tem também uma relação contratual, geram também a aplicação das regras de responsabilidade contratual e não (apenas) as regras de responsabilidade extracontratual. Não se pretende, porém, com esta afirmação fazer «“deslocar” todos os deveres decorrentes do contrato clínica-paciente para a relação médico-paciente»¹³², tanto mais que se reconhece que o contrato de prestação de cuidados de saúde, em especial nas hipóteses do denominado “contrato total”¹³³, pode ditar como sujeito das situações jurídicas o próprio estabelecimento de saúde contratado, sendo o médico um executante do cumprimento.

A análise em especial do contrato de prestação de cuidados de saúde médicos demonstra uma conclusão que julgamos ser de assacar em geral: que deve ser revisto o regime de responsabilidade civil, criando uma verdadeira unicidade quer a gestão seja pública, quer seja privada, considerando a responsabilidade obrigacional e estabelecendo um regime unitário.

As teses defendidas conduzem-nos aos seguintes resultados: através da ampliação do domínio da ilicitude, com o conceito de relação obrigacional complexa, com a integração dos deveres específicos, com a afirmação da presunção do artigo 799.º quer a obrigação seja de meios ou de resultado, com a afirmação de que a presunção é de *faute*... levam a um resultado global próximo de um regime de responsabilidade objetiva. Se alguma distinção há a fazer não deverá ser em razão da natureza pública ou privada do estabelecimento de saúde, mas antes se o exercício é em prática individual ou através de um estabelecimento de saúde¹³⁴, enquanto estrutura

jurídico unilateral, de gestão de negócios, de enriquecimento sem causa ou de responsabilidade civil, há uma responsabilidade contratual *sem contrato*» (cfr. *Ibid.*, páginas 155 e 156).

¹³² *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa, cit.*, páginas 153 e 154.

¹³³ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética, cit.*, página 90.

¹³⁴ Sobre o regime de incumprimento da relação médico-paciente à luz do Direito brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor em especial, vide Eduardo Dantas, *O inadimplemento do contrato de serviços médicos, in Estudos sobre o Incumprimento*

organizada, pois esse aspeto sim pode relevar quanto ao fundamento de um regime que acaba por traduzir uma certa socialização do risco.

5. Da responsabilidade objetiva?

Outros ordenamentos jurídicos, como o francês, através do *Code de la santé publique*, autonomizaram a previsão de situações de responsabilidade pelo risco ou objetiva, o mesmo é dizer, em que o título de imputação dos danos não depende da culpa. A doutrina francesa entende este postulado do *Code de la santé publique* como reparação pela álea médica e como consagração de um princípio de solidariedade, princípio que se veio a afirmar em França como resposta aos problemas sociais gerados pela contaminação do vírus da SIDA através de transfusões de sangue de estabelecimentos de saúde franceses¹³⁵.

Esta atuação do Direito francês, com uma resposta forte do ordenamento jurídico perante uma demanda social expressiva da necessidade de intervenção, realiza a função confiada ao Direito como vetor da justiça. O Direito deve atuar também com um espírito e uma missão protectoras perante a possibilidade de ocorrência de condutas privadas e públicas que sejam atentatórias da vida, saúde e integridade das pessoas¹³⁶.

do Contrato, Coimbra, 2011, páginas 57 e 58. Como explica o Autor: «A Constituição Federal brasileira promulgada em 1988, elevou à condição de garantia constitucional a defesa do consumidor. (...) Também na Carta Magna, foi a defesa do consumidor alçada à condição de princípio da atividade económica (...). Este entendimento se coaduna com o preceito executante do § 4.º do art. 14 do CDC que estabelece:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos. (...)”

§4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”» (ibid., página 58).

Em suma, descreve a existência de um regime de responsabilidade objetiva quando a prestação é realizada por um estabelecimento e mantém uma responsabilidade subjetiva, assente na culpa, quando a prática médica e os danos decorrentes da mesma se geram no exercício da atividade do profissional liberal.

¹³⁵ Cfr. Didier Truchet, *Droit de la santé publique*, 7e ed., Paris, 2009, em especial páginas 237 e 243.

¹³⁶ Neste sentido, Eduardo Martínez y Hernández/Luis Francisco García Perulles/Enrique Barón Crespo, *Tratado del Derecho a la protección de la salud*, cit. , página 74.

A alteração legislativa de 4 de março de 2002, introduzida no ordenamento jurídico francês, no sentido da consagração legal de situações de responsabilidade objetiva no domínio da prestação de cuidados de saúde, é apresentada pela doutrina francesa em conformidade com aquele que foi o desígnio do legislador: «une loi pour faciliter la réparation des dommages»¹³⁷.

Como argumento a coligir na defesa de um regime com largo espectro comum apela-se ao ensinamento de JORGE MIRANDA, quando postula que «para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa», assim, «a conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz» e lembra que «o “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedade e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma a unidade de vida e de destino»¹³⁸.

Devem ser ponderados e legislativamente consagrados mecanismos de responsabilidade objetiva, para melhor tutela dos pacientes e mais eficaz proteção dos bens jurídicos em presença mas apenas salvaguardar situações de especial perigosidade ou danosidade e que não caibam ainda na violação dos deveres de proteção no âmbito da relação obrigacional complexa e assim no princípio da culpa.

Há danos que ocorrem na esfera jurídica do paciente ainda que o médico tenha observado os deveres contratuais que sobre si impendem ou ainda que tenha agido sem culpa, mas que merecem ainda a proteção do Direito, contrariando a regra de que os danos devem ser suportados pela esfera jurídica onde foram produzidos.

No contexto europeu tem vindo a surgir a consagração legal de mecanismos de responsabilidade sem culpa, por se reconhecer que a evolução da tecnologia ditou, no campo da ciência médica, algumas situações de exponencial perigo (que incrementa a probabilidade de ocorrência de acidentes e) nas quais o risco deve constituir fundamento do título de imputação, por se entender que deve existir uma socialização de

¹³⁷ Nesse sentido, cfr. Jean-René Binet, *Cours Droit Médical*, Paris, 2010, página 261.

¹³⁸ Cfr. Jorge Miranda, *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, Volume I*, Lisboa, 2010, página 936.

certos riscos no domínio da prática clínica, por se sustentar que o título de imputação, mesmo que sem culpa do agente, permitirá a proteção da confiança do paciente necessária à preservação da estabilidade ou paz social.

O afastamento do princípio da culpa tem sido operado, no quadro português, como noutros que nos são próximos, quando o ressarcimento dos danos exclusivamente através da responsabilidade subjetiva não conduz a resultados que realizem a justiça enquanto vetor e fim último do direito e que, conseqüentemente, possa colidir com a paz social e o próprio tráfego jurídico.

Em determinados domínios ou sectores de atividade veio a concluir-se que o princípio da culpa – que visa também garantir a segurança jurídica e proteger o normal tráfego jurídico, pois cada um poderia conformar a sua prática e conduta pelo Direito e, agindo com conformidade com a lei e cumprindo a diligência que lhe era exigida, não seria constituído na obrigação de indemnizar – não estava a salvaguardar nem a paz social nem a própria segurança jurídica que almejava. Pensamos que também assim será quanto à prática médica, pelo menos em certos domínios de atividade.

Entre os exemplos da consagração de mecanismos de responsabilidade sem culpa, avulta, pelo seu pioneirismo, o caso sueco¹³⁹.

Em França, um conjunto de casos que ofereceram grande mediatismo (como o caso do sangue contaminado, as hormonas de crescimento, ...) conduziu socialmente à necessidade de uma resposta do direito, que passou pela consagração legal de mecanismos de responsabilidade objetiva¹⁴⁰. No ordenamento jurídico francês, a intervenção legislativa que presidiu à consagração de situações materiais de responsabilidade objetiva em matéria de prestação de cuidados de saúde resultou fundamentalmente de um forte apelo à socialização dos riscos e dos danos¹⁴¹. Há, na verdade, na atual solução francesa o acolhimento do apelo à reparação coletiva dos danos decorrentes de uma especial perigosidade social de certas atividades

¹³⁹ Como recorda RUI CASCÃO: «O primeiro sistema de seguro *no-fault* do paciente surge na Suécia em 1975. As principais

¹⁴⁰ Vide Sabine Gibert, *Guide de responsabilité médicale et hospitalière, Quelle indemnisation du risque médicale aujourd'hui?*, 2011.

¹⁴¹ Sobre a socialização dos riscos e dos danos, cfr. João António Álvaro Dias, *Dano corporal, Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra, 2001, em especial páginas 26 a 30.

médicas. Será talvez o mesmo espírito liberal mas de fraternidade saído da revolução francesa e que deu lugar à responsabilidade subjetiva, consagrada nos artigos 1382.º e 1383.º do Código Civil napoleónico, que deu lugar à socialização da reparação dos danos através de um mecanismo de responsabilidade objetiva¹⁴².

Como refere JOSÉ CARLOS PROENÇA, o legislador português «não descurou a função social do direito e a moderna *função reparadora* da responsabilidade civil»¹⁴³. Na verdade, tal como noutros ordenamentos, «o legislador nacional elaborou um quadro normativo, que foi acompanhando, até certo ponto, o surgir de novas fontes de perigo ou a danosidade social de certos comportamentos, tornando assim mais ténue a contraposição entre a *regra* e a *exceção* e permitindo «fugir» à *personalidade* do critério da culpa»¹⁴⁴.

Ora, parece-nos que alguns domínios de intervenção da área da saúde, em que há uma especial perigosidade ou uma especial danosidade social, justificam a intervenção da referida função reparadora da responsabilidade civil, independentemente da culpa. Estão entre essas áreas, em especial as transfusões de sangue que, envolvendo muitas vezes transfusões em mais do que um estabelecimento de saúde, tornam inverosímil a imputação da culpa (não só ao agente ou profissional de saúde em concreto como à própria pessoa coletiva ou estabelecimento de saúde) e determinam a contaminação do doente, que confiou no estabelecimento de saúde que o assistia e na qualidade e isenção de patologia do sangue, e criam um dano grave para a sua saúde ou mesmo para a sua vida. Só um Direito objetivo injusto pode permitir a falta de ressarcimento deste dano pela falta de imputabilidade da culpa.

¹⁴² Sem prejuízo de sustentarmos a bondade da solução adotada no ordenamento jurídico francês, não excluimos que o caso francês possa ser visto como um exemplo que confirma o pensamento assim expresso quanto à consagração da responsabilidade objetiva: *a respeito dos inegáveis progressos que têm sido feitos (...) é razoável pensar que a institucionalização de tal responsabilidade obedeceu num primeiro momento mais a preocupações de pacificação social (...) do que a quaisquer genuínas preocupações com o direito à saúde e à integridade corporal* (cfr. *Ibid.*, página 47).

¹⁴³ Cfr. José Carlos Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, 1997, página 232.

¹⁴⁴ *Ibid.*, páginas 232 e 233.

A intervenção legislativa será tida como necessária, atento o disposto no artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil, e concluindo que estas práticas de cuidados de saúde não integram o âmbito de aplicação do artigo 493.º, n.º 2, Código Civil (*Quem causar danos a outrem no exercício de 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*), sem que se contrarie o mínimo apoio na correspondência verbal do preceito, em violação do artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil.

Note-se que se a assistência e consequente contaminação for realizada por um único estabelecimento de saúde, será possível afirmar a responsabilidade civil. Afastar-se-á a necessidade de intervenção legislativa nesta matéria através da criação de um regime de responsabilidade objetiva se se concluir que a segurança do sangue é ainda um dever contratual, que decorre dos ditames de boa-fé, e do disposto no artigo 762.º, n.º 2, ou um dever genérico de proteção e que a sua violação gera ilícito contratual e culposo, independentemente de não ser possível imputar a culpa a um agente em concreto há ilícito culposo do contraente a quem cabe, perante o paciente, o cumprimento desses deveres que decorrem ainda do contrato.

Em suma, a violação da obrigação contratual de segurança legitimará uma responsabilidade do contraente¹⁴⁵.

No entanto, se a assistência é prestada por mais do que um estabelecimento contratual, não será possível identificar qual o contraente que, violando um seu dever contratual, é autor do facto danoso. Como referido, será duvidoso considerar que o artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 67/2007, possam aqui ser aplicador seguro. Assim, atentas essas reservas, e com vista à reparação do dano, o Direito deveria consagrar um regime excecional de responsabilidade em razão da especial danosidade social, apenas aplicável quando seja inexequível o princípio da culpa.

Note-se que a solução não é estranha ao Direito, em matéria de acidentes de viação, por exemplo, um atropelamento em que se conhece que a culpa não foi do atropelado e foi do atropelante mas não se consegue identificar o atropelante, é colocada a ressarcibilidade dos danos à atuação do Fundo de

¹⁴⁵ Ibid., página 246.

Garantia Automóvel. Assim, importa conferir instrumentos de tutela efetiva dos lesados¹⁴⁶.

O ordenamento jurídico francês consagrou, desta feita, uma importante exceção ao princípio da culpa, de que comungava a codificação civil francesa, por ter entendido que deveria haver lugar à reparação dos danos independentemente da imputação subjetiva da culpa pelo facto danoso a um sujeito.

A mesma evolução deve ser ponderada em termos mais amplos no ordenamento jurídico português que consagrou igualmente o princípio da culpa. Nos termos do n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil *Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.*

A definição legal de mecanismos de responsabilidade objetiva traduz a percepção de um perigo, socialmente relevante, e é entendida como evolução nos sistemas jurídicos de responsabilidade civil ¹⁴⁷. Caberá, pois, aferir se o legislador nacional deve dar esse passo. Da nossa parte é entendido que sim, em determinadas atividades em matéria de cuidados de saúde, face às quais, a não reparação do dano pela não imputação subjetiva da culpa traduz especial injustiça.

Sinais desse avanço, no sentido da mitigação do princípio da culpa, foram dados já pelo legislador nacional, através, como referido, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, regime esse que no n.º 3 do seu artigo 7.º consagra, em geral, 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*

¹⁴⁶ Vide *ibid.*, páginas 244 e 245.

¹⁴⁷ Neste sentido, atente-se nas palavras de Álvaro Dias: «A evolução, ao nível dos sistemas jurídicos, de uma matriz marcadamente subjectivista em matéria de responsabilidade civil para parâmetros progressivamente objectivistas, caminho muitas vezes mediado pelas conhecidas presunções de culpa e a percepção que o simples facto de criar um risco ou potenciar um perigo comporta em si mesmo uma danosidade social juridicamente relevante são sinais que, tendo prenunciado novos tempos, se assumem hoje como a marca de referência de uma nova era» (cfr. João António Álvaro Dias, *Dano corporal, Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios*, *cit.*, páginas 24 e 25)

anormal do serviço. Trata-se da consagração legal do tratamento dogmático da *faute de service* e não ainda de um regime de socialização do risco através da responsabilidade objetiva, mas não deixa de traduzir um importante avanço legislativo, com possível aplicação e especial acuidade em matéria de prestação de cuidados de saúde¹⁴⁸.

A instituição de procedimentos de resolução extrajudicial ou através de mediação tinha também já consagração, atenta a própria evolução do Direito Comunitário, em matéria de proteção dos consumidores e que tem expressão, por exemplo, na Diretiva sobre a responsabilidade do produtor¹⁴⁹.

Os fundamentos para se afastar o princípio da culpa poderão vir a impor-se quanto a prestações que a diligência ou cumprimento de deveres de proteção podem não afastar o potencial dano e/ou quanto a prestações cujas perigosidade¹⁵⁰ e danosidade sociais são muito relevantes. Assim, merecem em especial ponderação os casos de sangue contaminado¹⁵¹ e as infeções nosocomiais.

Por fim, refira-se que estabelece a Base XL da Lei de Bases da Saúde que os *profissionais de saúde em regime liberal devem ser titulares de seguro contra os riscos decorrentes do exercício das suas funções*.

Afirma MOITINHO DE ALMEIDA que: «considerações de ordem pública ou inerentes à gestão do seguro determinam a exclusão de certos riscos do contrato. Excluem-se os actos dolosos do médico segurado e a responsabilidade em que este possa incorrer por recusa de prestação de socorros. Trata-se de exclusões que, bem vistas as coisas, nem sequer necessitariam de ser expressamente formuladas. A ordem pública e os bons costumes opõem-se a que o médico possa livrar-se de responsabilidade por

¹⁴⁸ Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", páginas 174 e 175.

¹⁴⁹ Sobre a responsabilidade do produtor, vide, em especial, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990.

¹⁵⁰ Como refere Álvaro Dias «parece pouco relevante que o perigo resulte da própria natureza da actividade, do meio utilizado ou do conjunto que ambos constituem» (cfr. João António Álvaro Dias, *Dano corporal, Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios*, cit. , página 55).

¹⁵¹ Carla Amado Gomes, *(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue infectado com o vírus HIV: a tradição ainda é o que era (?)*, Acórdão do STA, de 14 de Dezembro de 2005, in *Textos Dispersos sobre Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, páginas 31 a 45.

actos tão reprováveis»¹⁵². Da cobertura da responsabilidade do seguro exclui-se também a responsabilidade que por contrato ou obrigação especialmente assumida o segurado aceitou e que excede os limites da responsabilidade civil legal.

Assim, explica o mencionado Autor, «o médico não pode comprometer-se a ressarcir o cliente fora dos casos em que ele, por lei, seja responsável. Assim, fica excluída do seguro a responsabilidade assumida mesmo sem culpa, pois, nos termos da lei, a responsabilidade do médico não é objectiva»^{153 154}.

A atribuição de indemnizações devidas por danos não patrimoniais não deve ser excluída das apólices de responsabilidade civil profissional.

[Início do texto](#)[Índice](#)

¹⁵² Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, cit., página 349.

¹⁵³ Ibid., página 350.

¹⁵⁴ Sobre a celebração do seguro de responsabilidade civil vide ainda Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , páginas 483 a 485.

***With great power comes great responsibility:* apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente**

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

0. Introdução: responsabilidade civil médica e culpa do paciente, um tema em contracorrente...; **1.** ... e um instituto em mutação; **2.** Culpa do paciente e consentimento informado; **3.** Culpa do paciente e incumprimento de deveres: *i) de informação; ii) de facere/non facere;* **4.** *With great power comes great responsibility:* o paciente, sujeito de deveres

0. Introdução: responsabilidade civil médica e culpa do paciente, um tema em contracorrente...

Falar de culpa do paciente num colóquio sobre responsabilidade do médico é, no mínimo, inusitado. A relação de prestação de cuidados de saúde é uma relação *prima facie* desequilibrada, no âmbito da qual o paciente constitui decerto o lado vulnerável, devendo ser ele a merecer a maior atenção e protecção, tanto por razões práticas (fragilidade), como jurídicas (desconhecimento das regras técnicas). Porém, a culpa do lesado/paciente constitui uma condição negativa de imputação de responsabilidade civil (ou de redução do montante indemnizatório reclamado), contratual ou extracontratual, objectiva ou subjectiva, na medida em que interrompe o nexo de causalidade do facto lesivo relativamente ao alegado agente por interferência de um comportamento, activo ou passivo, do paciente.

O assunto só aparentemente, portanto, se encontra em contracorrente num momento de reflexão como este. A culpa do paciente tem uma dimensão

prática significativa na decisão de casos de responsabilidade civil médica. A título de exemplo, pode referir-se um recente acórdão do TCA-Sul, de 21 de Novembro de 2013 (proc. 09361/12), no qual o Tribunal, depois de verificar os pressupostos positivos de imputação de responsabilidade civil por actuação ilícita e culposa a um profissional de um estabelecimento de saúde público que, em vez que realizar uma operação de redução mamária, pura e simplesmente removeu um dos seios da paciente, salientou que esta em nada contribuíra para o resultado lesivo, não constatando, portanto, tal condição negativa de imputação¹.

1. ... e um instituto em mutação

A culpa do lesado tem protagonizado uma evolução interessante, da qual vale a pena dar breve nota, para reforçar a relevância do instituto.

O ponto de partida é o artigo 570º do Código Civil, em sede de responsabilidade subjectiva, que reza como segue:

Artigo 570º (Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.

O mesmo Código Civil, em sede de responsabilidade pelo risco de veículos automóveis, apenas faz relevar a culpa do lesado, como factor excludente da responsabilidade do agente, quando a actuação daquele tenha sido a causa exclusiva do facto que provocou o dano — assim dispõe o artigo 505º do Código Civil:

¹ Uma resenha da jurisprudência portuguesa em sede de responsabilidade civil médica pode ver-se em Mafalda MIRANDA BARBOSA, **A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica**, in CDP, nº 38, 2012, pp. 14 segs.

Artigo 505º (Exclusão da responsabilidade)

Sem prejuízo do disposto no artigo 570.º, a responsabilidade fixada pelo n.º 1 do artigo 503.º só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo.

A interferência da culpa não exclusiva do lesado com a responsabilidade pelo risco, a título de factor de exclusão ou mitigação desta, não é pacífica entre os civilistas, mas foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça numa decisão de 2007², com base numa interpretação actualista e conforme ao Direito da União Europeia, tendente a acrescer o nível de protecção do lesado em determinados domínios nos quais se encontra particularmente exposto a riscos para os quais pode também concorrer (v.g., acidentes de viação, acidentes de trabalho, danos decorrentes do consumo de produtos defeituosos). Ou seja, ao invés da perspectiva tradicional, que afasta a responsabilidade pelo risco perante a verificação de culpa exclusiva do lesado³, esta interpretação actualista admite que se pondere a concorrência de culpa do lesado e do lesante, raciocínio algo esdrúxulo quando aplicado em domínio de responsabilização objectiva do agente⁴.

O que não é ainda uma corrente jurisprudencial firme na jurisdição comum passou, porém, para a norma do artigo 11º/1 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (=RRCEE, aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro):

² Em Acórdão de 4 de Outubro de 2007 (proc. 07B1710).

³ Perspectiva essa acolhida, por exemplo, pelo mesmo STJ no Acórdão de 6 de Novembro de 2003, merecedor de anotação muito crítica de José Carlos BRANDÃO PROENÇA (**Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do 'tudo ou nada'?**, in CDP, nº 7, 2004, pp. 25 segs), bem como no mais recente Acórdão de 15 de Maio de 2012 (proc. 4249/05.1TBVCT.G2.S1). Sublinhe-se, no entanto, que o Supremo já reiterou a jurisprudência de 2007 em Acórdão de 5 de Junho de 2012 (proc. 100/10.9YFLSB).

⁴ O raciocínio do STJ no aresto de Outubro de 2007, referenciado *supra*, parece passar, não tanto por uma graduação da culpa da lesada mas antes pela contribuição da actuação da lesante: "...não sendo possível concluir que o acidente é unicamente ou exclusivamente imputável à autora – é dizer, que a actuação desta foi, só por si, idónea para a ocorrência do acidente, e que o veículo automóvel foi para tal indiferente, sem que a sua típica aptidão para a criação de riscos tenha contribuído para o mesmo acidente" (ponto 3.3.).

Artigo 11º (Responsabilidade pelo risco)

1 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, **reduzir** ou excluir a indemnização (realçado nosso).

Ora, a adopção de uma ou outra leitura (no direito civil) pode ter relevo no nosso sistema, em face do dualismo de Direito aplicável aos estabelecimentos de saúde, consoante sejam públicos ou privados⁵. Assim,

- No âmbito da responsabilidade subjectiva, por falta grave ou com dolo, Código Civil e RRCEE consagram soluções idênticas para a utilização da culpa do lesado (vale sempre a regra de repartição de responsabilidade do artigo 570º);
- Já se estivermos em ambiência de direito público e perante actividades especialmente perigosas (v.g., recorde-se que o STA já considerou que uma transfusão de sangue é *excepcionalmente* perigosa; logo, por maioria de razão, considerará que o é *especialmente*: Acórdão do STA, de 1 de Março, proc. 01610/03), o artigo 11º do RRCEE é literalmente mais benéfico para o paciente do que o Código Civil. Isto porque, nos termos do Direito Civil, a responsabilidade objectiva é especial e a jurisprudência que aceita a repartição de responsabilidade entre lesante e lesado na responsabilidade objectiva quando a culpa for exclusiva deste último não se sedia no âmbito da responsabilidade médica (de resto, nem no domínio dos acidentes de viação, onde despontou, está estabilizada).

Acresce que esta leitura mais benéfica para o paciente pode ganhar fôlego com os avanços que têm sido feitos no sentido de uma objectivação

⁵ Sobre as particularidades da responsabilidade civil no âmbito da “gestão pública” (ainda à luz do regime anterior ao RRCEE), Margarida CORTEZ, **Responsabilidade civil nas instituições públicas de saúde**, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 257 segs.

da responsabilidade civil médica⁶, podendo a culpa do lesado neste âmbito vir a deixar de ser uma causa de exclusão da responsabilidade do lesante para se tornar em uma causa de repartição da responsabilidade entre médico e paciente.

Refira-se, a título de mera curiosidade que, nos Estados Unidos da América, numa expressão de pura aleatoriedade, a culpa do paciente sujeita-se a aplicações díspares, falando-se em *pure contributory negligence* (culpa excludente) e *comparative negligence* (culpas repartidas). Estados como Alabama, Maryland e Carolina do Norte excluem toda e qualquer responsabilidade do médico perante qualquer tipo de falta do paciente, enquanto outros estados como Nova Iorque, Florida e Louisiana, promovem uma repartição equitativa das responsabilidades.

2. Culpa do paciente e consentimento informado

Estar o paciente devidamente informado sobre teor e consequências/riscos necessários e possíveis do tratamento é *conditio sine qua non* para que a figura da culpa do lesado possa ser utilizada. Na verdade, só é admissível fazer relevar a culpa do paciente por não observância de uma prescrição (de um comportamento; de um medicamento) se ela ficou suficientemente clara no seu espírito. Numa outra – mas complementar – perspectiva, caso o paciente tenha livre e esclarecidamente consentido na lesão, não pode depois (em *venire contra factum proprio*) vir imputar a responsabilidade por efeitos prováveis ao médico (cfr. o artigo 340º/1 do Código Civil).

Não é aqui o local para desenvolver o tema, de magna importância em Direito médico, do consentimento informado⁷. Cumpre, contudo, salientar que esta exigência vem ganhando força no âmbito da relação de prestação de cuidados de saúde, constituindo expressão dos direitos à integridade física e

⁶ Cfr. Carla GONÇALVES, **A responsabilidade médica objectiva**, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 359 segs, esp. 369 segs.

⁷ De resto objecto, neste colóquio, da alocução do Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo.

Sobre o consentimento informado, veja-se João VAZ RODRIGUES, **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**, Coimbra, 2001, *passim*.

psíquica e ao livre desenvolvimento da personalidade. O paciente é dono do seu corpo e, ainda que lhe falte o conhecimento técnico para poder tratar-se por si, deve ser esclarecido sobre as opções terapêuticas, sobre o balanço custo-benefício em que estas importam, e assentir expressamente na opção a tomar, ficando plenamente ciente dos riscos que acarreta e das obrigações de colaboração que lhe incumbem⁸. Enfim, o consentimento informado é hoje um imperativo da relação jurídica de prestação de cuidados de saúde, que decorre de um sentimento crescente de responsabilização do próprio paciente pelo seu estado de saúde⁹.

A doutrina concorda em que o consentimento informado somente é dispensável quando, cumulativamente:

- o paciente se encontra impossibilitado de expressar livre e conscientemente a sua vontade;
- os representantes legais do paciente são desconhecidos ou revelam-se incontactáveis em tempo útil; e
- existe um risco iminente de morte.

A informação deve ser veiculada de acordo com a capacidade cognoscitiva do paciente, cumprindo frisar que *esclarecimento* difere de *informação*: com efeito, o primeiro é *informação assimilada*¹⁰. Um paciente

⁸ A exigência de consentimento informado vale identicamente para a investigação clínica — cfr. os artigos 6º/1/d), 7º e 8º da Lei 21/2014, de 16 de Abril (Lei da investigação clínica).

⁹ Refira-se o Eurobarómetro *Qualitative Study - Patient involvement - Aggregate Report, May 2012*, o ponto 7.6. (*Self-care*), onde se analisa várias dimensões da colaboração entre paciente e médico no tratamento, concluindo que:

"All patients reported that they saw it as natural to assume responsibility for self-care. However, some practitioners criticised some patients for lacking commitment or ability, being unreliable, lacking discipline or willpower and not carrying out tasks themselves. Ability and commitment to self-care varied by individual patient with some who felt that some patients seemed de-motivated by old age or from living alone without a close family or relatives)" (p. 53) — Disponível em http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/quali/ql_5937_patient_en.pdf

¹⁰ Álvaro CUNHA RODRIGUES (**Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente**, in *Revista do CEJ*, nº 16, 2011, pp. 9 segs, p. 30, nota 21) é peremptório na preferência pela expressão "dever de esclarecimento", uma vez que se não trata de fornecer "uma simples informação superficial" ou de "cumprir formalmente uma imposição". O autor sublinha que a "latitude de tal informação variará de acordo com a própria preparação psicológica e cultural do paciente, não se estabelecendo grelhas pré-definidas ou 'standardizadas'".

esclarecido não apenas recebeu como compreendeu a informação, e só então pode consentir no tratamento que considera mais adequado e eficaz para o seu caso¹¹. Como pontua GALHEGO MARTINS, "... a responsabilidade da vítima pressupõe a capacidade, a liberdade e a base cognitiva suficiente para sê-lo [responsável]"¹², ou seja, é necessário adequar o teor de informação (mais ou menos detalhado) e a forma da sua explicitação (em linguagem mais ou menos técnica) ao concreto paciente que se atende. Deve, sobretudo, salientar-se que existe sempre um certo desequilíbrio *prima facie* na distribuição dos deveres de informação, e em decorrência disso, "o médico tem uma especial obrigação de tutela frente ao paciente"¹³. Quanto menor aptidão cognoscitiva revelar o paciente, maior cuidado deverá o médico empregar para se certificar de que ele assimilou a informação essencial para assegurar a colaboração necessária no tratamento.

Do mesmo passo, quanto maior for a ansiedade causada pelo tratamento e o risco que envolve, maior deverá ser a ponderação sobre o conteúdo e a oportunidade da prestação de informação. Como sublinha Nathalie ALBERT, estes casos traduzem a chamada "excepção terapêutica" e podem reclamar uma certa circunspecção do médico e constituir uma derrogação do "direito à verdade" do paciente, para seu próprio bem¹⁴.

Segundo DIAS PEREIRA, actualmente o consentimento informado evolui para *informed choice*, no sentido em que "a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no

João VAZ RODRIGUES (**O consentimento...**, *cit.*, pp. 241-242), por seu turno, sublinha que "o dever de informar obedece, cumulativamente, aos princípios da simplicidade e da suficiência, e visa o esclarecimento". Depois de explicitar o sentido destas dois princípios, acrescenta que "a informação deve ser esclarecida no sentido de certificada. Trata-se de um verdadeiro dever intermédio, sem o qual os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respectivos conteúdos".

¹¹ Cfr. o artigo 7º/2 da Lei 15/2014, de 21 de Março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde), sobre direito à informação por parte do paciente, onde se estabelece que "A informação deve ser transmitida de forma acessível, objetiva, completa e inteligível".

¹² Fernanda GALHEGO MARTINS (louvando-se em Cancio Meliá), **A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente**, Coimbra, 2011, p. 167

¹³ Fernanda GALHEGO MARTINS, **A responsabilidade penal...**, *cit.*, p. 168 (veja-se também as afirmações produzidas a pag. 184).

¹⁴ Nathalie ALBERT, **Obligation d'information médicale et responsabilité**, in *RFDA*, 2003/2, pp. 353 segs, 357.

domínio médico, cirúrgico e farmacêutico”¹⁵. Esta é, de resto, a versão traduzida na Lei 15/2014, de 21 de Março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde), cujo nº 1 do artigo 7º (com a epígrafe “Direito à informação) dispõe que “O utente dos serviços de saúde tem o direito a ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

Na equação de responsabilidade em que se sopesa a culpa do paciente, julgamos que o que pode ser impeditivo da sua invocação (por parte do médico/profissional de saúde) reside no *consentimento informado* e não na escolha informada. Saliente-se que só pode consentir num tratamento para o qual há alternativas alguém a quem estas foram apresentadas e seleccionou uma, consentindo então informadamente na sua aplicação ao seu caso¹⁶. Ora, para apurar a culpa do paciente não relevam as alternativas de tratamento que não foram utilizadas, mas apenas *aquela que in casu* o foi, com as obrigações de colaboração inerentes.

Uma nota final para realçar que a culpa do paciente é aplicável quer em sede de tratamentos necessários, quer em sede de intervenções voluptuárias (estética) ou *d'agrément* (doações de órgãos; participação em ensaios clínicos). O facto de a intervenção ser desejada pelo paciente não obsta a que ele possa contribuir, por negligência ou imprudência, para o insucesso.

3. Culpa do paciente e incumprimento de deveres

A culpa do paciente pode surgir fundamentalmente em dois grupos de situações:

¹⁵ André DIAS PEREIRA, **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**, Coimbra, 2004, p. 74. Ver também, do mesmo autor, **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica**, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 435 segs

¹⁶ Como observa Eduardo DANTAS (**Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes da responsabilidade civil na relação médico x paciente**, in *Lex Medicinæ*, nº 8, 2007, pp. 115 segs, 128), “A não indicação de todas as alternativas possíveis pode ser entendida em um eventual procedimento disciplinar ou mesmo jurídico, como indução ao tratamento através da omissão de informação, o que contraria os princípios da autonomia e da boa fé objectiva”.

i.) incumprimento de deveres de informação, geradora de erro de diagnóstico ou erro de terapêutica;

ii.) incumprimento de deveres de *facere* ou *non facere*: antes, durante ou após o tratamento/intervenção,

ou seja, e em termos gerais, o paciente tem uma obrigação de *due diligence* na colaboração, que se revela imprescindível ao sucesso do tratamento.

i.) Por um lado, a culpa do paciente pode assentar na omissão ou na insuficiência de esclarecimento sobre a sua condição física ao médico, vindo a decorrer desse déficit comunicacional um erro de diagnóstico ou de tratamento.

Um caso deste tipo foi analisado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 4 de Abril de 1995¹⁷. Trata-se de uma situação em que a Autora, paciente, se dirigiu a um centro de fisioterapia, por conselho médico, a fim de tratar uma entorse no calcanhar. Os tratamentos com calor húmido que lhe foram aplicados no pé alegadamente geraram queimadura de tipo flictena, acarretando dores, sucessivas intervenções cirúrgicas e risco de imputação. A paciente processou o centro de fisioterapia, tendo este sido absolvido por o Tribunal ter considerado determinante o facto de a paciente não ter revelado ser diabética — condição que torna a pele extremamente sensível ao calor e que terá alegadamente contribuído decisivamente para a produção da queimadura.

Note-se que a culpa do paciente deve ser aferida apenas pela falta de prestação de informação¹⁸, mas nunca por esta *em si mesma considerada*. Por outras palavras, o facto de o paciente ser fumador ou consumidor de estupefacientes pode constituir factor de agravamento do risco mas não o coloca numa posição negativa *a priori*. O paciente chega ao médico com o seu *acquis* fisiológico e patológico, o que significa que, por um lado, nem o médico é responsável por comportamentos de risco anteriores que tenham contribuído para a patologia (fumar; tomar drogas) — havendo aqui *liberdade*

¹⁷ Publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, 1995/II, pp. 31 segs.

¹⁸ Cfr. João VAZ RODRIGUES, **O consentimento...**, *cit.*, pp. 236-240.

de assunção do risco enquanto liberdade geral de desenvolvimento da personalidade¹⁹; nem, por outro lado, o paciente pode ser menosprezado por ter assumido tais comportamentos, devendo o médico prescrever a melhor metodologia de tratamento, mesmo que as possibilidades de sucesso estejam à partida diminuídas pelas características de vulnerabilidade em que o paciente se colocou.

ii.) Por outro lado, a culpa do paciente pode materializar-se em negligência ou imprudência ao longo do processo de tratamento como, por exemplo:

- não tomar a medicação, completa, nas horas indicadas²⁰;
- adoptar comportamentos desaconselhados ou mesmo proibidos (v.g., fazer esforços quando lhe recomendam descanso; ingerir comida pesada quando deve beber apenas líquidos; consumir álcool com medicamentos, anulando-lhes o efeito);
- não adoptar comportamentos solicitados (v.g., não fazer fisioterapia; abster-se da toma dos medicamentos receitados).

Uma situação que pode exemplificar esta modalidade de culpa do paciente foi objecto de análise pela *Cour de Cassation* de Paris em acórdão de 17 de Janeiro de 2008 (proc. 06-20107). O aresto deu razão a um paciente da Martinica que apresentou um pedido de efectivação de responsabilidade civil contra o seu dentista, por este lhe ter tentado extrair um dente de tal forma que lhe provocou sangramentos e ferimentos na narina direita. Para resolver o problema, o paciente voou até França e foi-lhe diagnosticada perfuração do septo nasal, à qual foi operado. O paciente responsabilizou o dentista pela perfuração e suas consequências; o tribunal de primeira

¹⁹ Para uma visão comparativa da questão da assunção do risco de fumar e da influência dessa assunção na redução ou exclusão de responsabilidade das tabaqueiras, veja-se Dário MOURA VICENTE, **Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos às tabaqueiras no Direito Comparado**, in *ROA*, 2013/1, pp. 213 segs, esp. 257-260 (culpa do lesado). Em geral sobre os “deveres de protecção contra si mesmo”, Carla AMADO GOMES, **Risque sanitaire et protection de l'individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat**, in *RMP*, nº 116, 2008, pp. 133 segs (também publicado na obra colectiva *Constitution et risque(s)*, coord. de Placide Makaba, Paris, 2010, pp. 51 segs).

²⁰ Como nota Fernanda GALHEGO MARTINS (**A responsabilidade penal...**, *cit.*, p. 172), o médico pode tentar controlar o comportamento do paciente, se este estiver em regime de internamento, mas tratando-se de um paciente em ambulatório, não pode converter-se em “aia do paciente”.

instância entendeu que a responsabilidade deveria ser partilhada entre ambos, uma vez que o comportamento do paciente (viagem de avião, transição de clima, variações provocadas pela altitude) foi susceptível de contribuir para a lesão. A *Cour de Cassation*, no entanto, entendeu não existir culpa do paciente na medida em que este somente procurara uma forma de resolver eficazmente um problema de saúde que o dentista lhe provocou (na expressão do aresto, o comportamento alegadamente culposos do paciente, traduzido na viagem de avião em busca de um tratamento eficaz, "ne présentait pas un caractère fautif").

4. *With great power comes great responsibility*: o paciente, sujeito de deveres

Da mesma forma que no Direito Administrativo se transitou paulatinamente da dimensão de *administrado* para a dimensão de *cidadão*, também na relação jurídica de prestação de cuidados de saúde se assiste, nos últimos anos, a uma reconfiguração da figura do paciente como sujeito de direitos e não mais como objecto de uma prática médica até aí vista como uma "arte silenciosa"²¹. Trata-se de enfatizar a autonomia individual do paciente, a sua capacidade de autodeterminação na realização de escolhas vitais, numa lógica de compreensão dinâmica dos direitos à vida, à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade e de, em contrapartida, recusar um entendimento paternalista do exercício da medicina²².

Esta reconfiguração implica, todavia, uma contrapartida. Quanto mais capacidade de discernimento e de liberdade de determinação do seu próprio destino terapêutico se reconhece ao paciente, maior deve também ser a exigência em termos de assunção de riscos e de percepção da relação terapêutica como uma relação biunívoca. Ou seja, quanto mais direitos se reconhece ao paciente, maior é o lote de deveres que sobre ele impende. Este redimensionamento vai também ao encontro da lógica da "sociedade

²¹ Na expressão de Guilherme de OLIVEIRA, **O fim da "arte silenciosa" (O dever de informação dos médicos)**, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, 1999, pp. 91 segs.

²² Desenvolvidamente sobre este ponto, André DIAS PEREIRA, **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica**, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, 2005, pp. 435 segs.

de risco", na medida em que, em face da miríade de riscos possíveis, a consciência da sua possibilidade deve ser mais repartida entre médico e paciente — sendo certo que o dever primordial de elaboração do quadro clínico continua a caber ao médico²³.

Este acréscimo de responsabilidade justifica o surgimento de *Cartas de Responsabilidades dos pacientes*, a par de *Cartas de Direitos* — ou da inserção de um capítulo de Deveres do Paciente a par de um capítulo sobre Direitos do Paciente. Por exemplo, na *Carta dos direitos e deveres dos doentes*, aprovada na reunião do Conselho Nacional de Saúde, em 20 de Dezembro de 2011, o catálogo de deveres é o seguinte²⁴:

1. *Dever de se abster de atitudes, comportamentos e hábitos que ponham em risco a sua própria saúde ou a de terceiros*
2. *Dever de contribuir para a melhoria, ao seu alcance, das condições de saúde familiar e ambiental*
3. *Dever de colaborar com os profissionais da saúde, nomeadamente respeitando as recomendações que são feitas e fornecendo todas as informações necessárias para a obtenção de um diagnóstico correcto e um tratamento adequado.*
4. *Dever de respeitar o pessoal de saúde e as regras de funcionamento das instituições, nomeadamente honrando as marcações das consultas e informando, tão cedo quanto possível, se estiver impossibilitado de comparecer.*
5. *Dever de respeitar os direitos dos outros utentes.*
6. *Dever de utilizar os serviços de saúde, suas instalações e equipamentos, de forma apropriada e responsável.*
7. *Dever de colaborar na redução de gastos desnecessários e compartilhar nos custos da saúde, de acordo com as suas possibilidades.*
8. *Dever de não pedir ou pressionar os profissionais da saúde para que forneçam documentos e informações que não correspondam à realidade dos factos".*

Enfim, a decadência do "imperialismo médico"²⁵ e a perspectiva do paciente como sujeito activo da relação de prestação de cuidados de saúde investe-o em responsabilidades novas decorrentes da sua capacidade de

²³ Neste sentido, João VAZ RODRIGUES, **O consentimento...**, *cit.*, p. 239.

²⁴ Alguns deles enunciados no artigo 24º da Lei 15/2014, de 21 de Março (com a epígrafe *Deveres do utente dos serviços de saúde*).

²⁵ A expressão é de Nathalie ALBERT, **Obligation d'information...**, *cit.*, p. 353.

autodeterminação. *With great power comes great responsibility*, sublinha o tio de Peter Parker (o Homem-aranha): o paciente, ao ser reconhecido como um sujeito pensante e autodeterminado, vê agravadas as suas responsabilidades colaboracionais no programa de tratamento que lhe é prescrito. E esse agravamento é susceptível de fazer da culpa do paciente um pressuposto decisivo em cada vez mais casos de responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde

[Início do texto](#)[Índice](#)

Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar

Anotação ao Acórdão do STA, de 9 de Maio de 2012 (proc. 093/12)*

Miguel Assis Raimundo

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado

1. Introdução e sequência; **2.** Configuração do caso e decisão; **3.** Sobre a exigência de consentimento informado; **4.** A não verificação de fundamentos de dispensa/irrelevância do consentimento; **4.1.** A defesa do consentimento genérico/tácito: enunciado e crítica; **4.2.** A defesa da urgência: enunciado e crítica; **4.3.** A defesa do consentimento hipotético: enunciado e crítica; **5.** Em especial: as defesas relativas ao nexo de causalidade: **5.1.** A insuficiência da postura do tribunal em sede de prova do nexo de causalidade; **5.2.** O dano específico da falta de consentimento

1. Introdução e sequência

Com o acórdão em comentário, o Supremo Tribunal Administrativo toma posição sobre uma série de problemas fundamentais em tema de responsabilidade dos profissionais de saúde e dos estabelecimentos hospitalares nos quais aqueles exercem a sua actividade.

Diga-se – e é desde logo uma primeira nota de comentário – que a forma como o Supremo o faz revela aquela que é, a nosso ver, uma dificuldade de cariz metodológico, sentida por todos os operadores do direito na sua relação

• O presente texto foi publicado inicialmente na obra colectiva *Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas. Anotações de jurisprudência*, Lisboa: ICJP, e-book, 2013, coordenada por Carla Amado Gomes e Tiago Serrão. Pela sua proximidade temporal e temática face à intervenção do autor no Colóquio a que se referem estas Actas, bem como pela natureza geral daquela obra colectiva, julgou-se oportuna a republicação do texto nesta sede.

com a jurisprudência. Esta, com efeito, parece pontualmente alheia não apenas aos debates científicos mantidos na doutrina, como até, por vezes, às próprias decisões anteriores do mesmo tribunal ou de outros da mesma ou de outras ordens jurisdicionais.

Não é esta particularidade, porém, que justifica uma atenção particular ao acórdão em apreço; nem sequer a circunstância de discordarmos da solução a que se chegou; e nem ainda o facto, absolutamente desanimador, de o acórdão dizer respeito a factos ocorridos em 1995 e ter sido proferido em 2012, quase vinte anos depois.

O que suscita o interesse doutrinal do presente acórdão é o facto de defender uma série de posições muito duvidosas e a nosso ver, insuficientes, sobre os pressupostos da responsabilidade civil (em concreto, hospitalar), bem como sobre a sua prova em júízo. Com efeito, por diversos modos e a propósito de diversos temas, o tribunal defende posições que resultam num desequilíbrio desproporcionado e injusto entre as partes no processo, em especial no que tange à prova do nexo de causalidade. De entre as várias situações em questão, a que nos parece mais sugestiva do ponto de vista teórico, e sobre a qual incide a presente anotação, é a que se prende com a ligação entre a exigência de consentimento informado e a responsabilidade civil, quando tal consentimento não é obtido.

2. Configuração do caso e decisão

No pesado quadro factual e processual subjacente ao acórdão, um dos elementos da causa de pedir invocada pela autora como fundamento da responsabilidade foi a falta de obtenção de consentimento informado por parte da profissional de saúde (uma enfermeira parteira) que realizou as intervenções (episiotomia e correspondente sutura, ou episiorrafia) que terão estado na base dos problemas de saúde (hematoma e infecção do períneo e diversas complicações associadas) por si sofridos.

A episiotomia é uma intervenção clínica em contexto de parto vaginal, que consiste numa incisão feita no músculo perineal destinada a aumentar o canal de parto para facilitar a saída do bebé. A história desta intervenção é um caso típico das delicadas questões emergentes da medicalização da vida

ocorrida durante o séc. XX. Com efeito, a episiotomia popularizou-se como intervenção de rotina com a passagem do parto para o meio hospitalar, em meados do séc. XX. Após algumas décadas, contudo, a ciência médica começou a questionar a utilização indiscriminada desta intervenção, chamando a atenção para a falta de evidência das vantagens invocadas (largamente pressupostas, mais do que comprovadas) e sublinhando numerosas desvantagens e complicações que lhe estavam associadas (hemorragia, risco de infecção, dor associada, dificuldades de mobilidade e outras complicações mais graves). De forma crescente, da década de 70 em diante, o consenso científico passou a ser no sentido da chamada episiotomia *selectiva*, isto é, aplicada apenas em casos especialmente justificados, em substituição da episiotomia de rotina. Nesta linha, a orientação actual da Organização Mundial de Saúde (emitida ainda nos anos 90 do séc. XX) vai no sentido da restrição do uso da episiotomia face à prática clínica anterior¹.

Foi esta a intervenção aplicada à autora, sem obtenção do seu prévio consentimento informado. De acordo com os factos provados, sucedeu que durante o parto, a enfermeira simplesmente realizou a intervenção (que é de uma grande simplicidade), sem sequer mencionar à autora que isso iria suceder. Isto é, não estamos perante um caso no qual o paciente tenha sido informado de que se iria proceder à intervenção, com esclarecimento insuficiente dos riscos. O que terá sucedido (com a ressalva do que se dirá adiante sobre o consentimento global ao parto) foi, antes, uma completa ausência de *consentimento* e por maioria de razão, de *esclarecimento* – sendo certo que os dois passos não se confundem (a decisão do Tribunal neste ponto foi negativamente influenciada pela não autonomização desses dois passos, como se verá).

Tudo nesta factualidade vem confirmar a indicação de que a episiotomia era uma intervenção de rotina, aplicada indistintamente em todos os partos,

¹ Ao contrário do que por vezes sucede, neste caso é recomendável a consulta da extensamente documentada entrada da Wikipedia sobre o tema ("episiotomia"). Informação complementar relevante pode ser consultada em http://apps.who.int/rhl/pregnancy_childbirth/childbirth/2nd_stage/jlcom/en/ e em <http://apps.who.int/rhl/reviews/CD000081.pdf>. Este movimento de revisão científica está, aliás, espelhado em artigo científico subscrito por profissionais de saúde do próprio Hospital demandado (a Maternidade Alfredo da Costa) e referido nas alegações de recurso da autora, mas ao qual o Tribunal não dedica uma única palavra.

não sendo o da autora excepção. Nesse sentido, depõe a circunstância de não ter ficado provado e aparentemente nem sequer ter sido alegado pela Maternidade (pois não consta do elenco dos factos não provados) que a condição clínica da autora e o decurso do parto apresentassem qualquer característica especial/individual que do ponto de vista médico impusesse a realização da intervenção naquele caso.

Neste encadeamento de ideias e de acordo com o Supremo, a intervenção não carecia de consentimento da parturiente. Por se tratar de intervenção “que ocorre frequentemente durante os trabalhos de parto” e cuja realização é “incerta, decorrendo do juízo de necessidade que o profissional que assiste ao parto faça”, a obtenção do consentimento para a intervenção só se justificaria se a mesma “envolvesse sérios riscos para a saúde da parturiente ou do bebé”.

Logo de seguida, o Tribunal acrescenta ainda que decorre do probatório que a episiotomia e a episiorrafia foram realizadas de acordo com as técnicas médicas e regras de assepsia correctas e que o aparecimento de hematomas como o que a autora sofreu é “normal” na sequência de partos, mesmo que não tenha havido a prática de qualquer acto cirúrgico, pelo que “não se pode ter como adquirido” que tenha sido a intervenção a que a autora foi submetida que provocou o hematoma e as complicações subsequentes.

Como se vê, a argumentação do Tribunal tem vários sentidos: em primeiro lugar, dirige-se à negação do pressuposto da ilicitude da intervenção, ao defender que o consentimento não era legalmente exigível; em segundo lugar, questiona a ilicitude e também a culpa ao dizer que o modo da realização da intervenção não é censurável, porque cumpriu as regras da arte e o padrão de diligência a que o agente estava obrigado; em terceiro lugar, argumenta com a falta de prova bastante do nexo de causalidade entre o facto e o dano (e eventualmente com a relevância negativa da causa virtual), ao sublinhar que o problema que a autora sofreu também poderia ocorrer mesmo na ausência da intervenção realizada.

3. Sobre a exigência de consentimento informado

Em nosso entender, e independentemente da decisão proferida no caso concreto, esta maneira de ver o problema é precisamente a oposta da que o direito vigente impõe ao Tribunal, e mais não faz do que perpetuar o modelo de medicina *paternalista* que a evolução do instituto do consentimento informado veio combater. Aqui pode, de facto, falar-se numa “associação entre paternalismo médico e paternalismo jurídico”².

A exigência de consentimento informado tem uma sólida implantação nas fontes³: desde logo em direito internacional convencional que vincula o Estado português⁴ e em Direito da União Europeia⁵; deve entender-se como corolário das normas constitucionais que protegem a integridade e dignidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade⁶ e das normas infra-constitucionais que consagram o direito geral de personalidade⁷ e o consentimento do lesado como fundamento de exclusão da ilicitude de conduta lesiva de direitos⁸; bem como das normas penais em matéria de crimes contra a liberdade⁹. Está igualmente prevista na Lei de Bases da Saúde¹⁰ e nas normas deontológicas (juridificadas) aplicáveis a médicos¹¹ e a enfermeiros¹². Por fim, a exigência de consentimento informado é

² A expressão é de GIESEN, citado por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica", in AA/VV, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra: Coimbra Editora/Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, pp. 435 ss. (486, nota 125).

³ Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 49 ss; A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., (436-439). Para uma síntese do movimento que levou à positivação do consentimento informado a nível internacional, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, "Existing challenges in medical liability: causation, burden of proof and informed consent", *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 5, (10), 2008, pp. 107 ss.

⁴ Cf. arts. 5º e ss. da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

⁵ Cf. art. 3º/2, 1º travessão, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁶ Cf. arts. 25º e 26º da Constituição.

⁷ Cf. art. 70º do Código Civil.

⁸ Cf. arts. 81º e 340º do Código Civil e arts. 38º e 39º do Código Penal.

⁹ Cf. arts. 156º e 157º do Código Penal.

¹⁰ Cf. Base XIV/1/e) da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

¹¹ Cf. art. 38º do Código Deontológico em vigor à data dos factos e arts. 44º e ss. do que actualmente vigora (Regulamento n.º 14/2009 da Ordem dos Médicos, publicado em DR, 2ª Série, n.º 8, de 13 de Janeiro).

¹² Cf. art. 84º, particularmente a sua alínea b), do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril. Antes do Decreto-Lei n.º 104/98,

omnipresente nos diplomas que regulam actos ou cuidados específicos com intervenção de pessoal de saúde e efeitos sobre a saúde humana, desde os ensaios clínicos¹³ ao transplante de órgãos e tecidos¹⁴.

Esta implantação nas fontes não é fruto de acaso, antes corresponde a interesses sérios que a exigência de consentimento informado visa proteger: por um lado, a autodeterminação e liberdade pessoal; por outro lado, a integridade física e psíquica¹⁵. De uma banda a autodeterminação, porque cada pessoa tem o direito de recusar uma intervenção alheia no seu corpo, sob pena de degradação da sua dignidade, já que o corpo é uma fronteira da identidade. De outra banda, a integridade física e psíquica, porque as intervenções alheias têm o potencial de lesar essa integridade e, por isso, o direito de recusa e o correlativo dever de pedir o consentimento são formas de impedir os outros de realizarem tais acções lesivas.

Em face deste enquadramento, torna-se impossível acompanhar o Supremo no seu percurso argumentativo.

Não há categorias ou tipos de intervenções médicas que estejam à partida eximidas do dever de obter consentimento. Interpretar as normas que consagram o dever de obter consentimento excluindo do seu perímetro de protecção tipos ou categorias abstractas de intervenções com base em considerações como as contidas no acórdão (essencialmente, a frequência da intervenção e o facto de a sua necessidade surgir durante a assistência médica) gera, precisamente, o efeito contrário ao desejado com a consagração desse instituto. Não passaria pela cabeça de nenhum dentista, num exame de rotina e sem consultar o paciente, tratar uma cárie que encontrasse, embora sejam inequívocas a frequência, a simplicidade e a vantagem dessas intervenções.

as normas deontológicas do exercício da profissão de enfermeiro não estavam codificadas, mas como é evidente, por força dos outros elementos do sistema, já tinha de se entender o dever de esclarecimento e a defesa e promoção do consentimento informado como parte desses deveres deontológicos. Vale a pena sublinhar aqui esta sujeição dos enfermeiros a este dever, porquanto, como se disse, quem realizou a intervenção à autora foi uma enfermeira parteira. Sobre os deveres dos enfermeiros no âmbito do consentimento informado (embora com uma postura que nos parece algo restritiva), J. VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado...* cit., 232 ss.

¹³ Cf. art. 6º/1/d) da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto.

¹⁴ Cf. arts. 7º e 8º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. Para mais desenvolvimentos, J. VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado...* cit., 49 ss.

¹⁵ A distinção é de A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 459.

Se bem se reparar, a decisão do Supremo tem o efeito de, com base em entendimentos apriorísticos e generalizantes feitos por terceiros (o agente médico, na altura do parto, e depois o juiz), expropriar à autora um campo de decisão que é (deve ser) seu e só seu. O que a exigência de consentimento pede é que a decisão médica seja chamada ao concreto, ao individual, de tal modo que cada pessoa não só sinta que as intervenções que está a sofrer (literalmente) não têm apenas a justificá-las a aplicação de uma regra técnica impessoal, como também que possa tomar posição crítica sobre essa regra técnica impessoal – por exemplo, chamando a atenção para que no caso concreto, não havia qualquer razão médica para realizar a episiotomia. A exigência de consentimento informado visa proteger a individualidade de cada pessoa contra a força por vezes *totalitária* da norma social vigente – pois a prática médica é amiúde apenas a expressão, não de uma qualquer necessidade terapêutica, mas de valorações sociais que o paciente não tem necessariamente de perfilhar e que pode, por isso, recusar¹⁶.

Desta forma, uma postura dogmaticamente sã tinha de assumir um dado de partida, que o Tribunal aparentemente rejeita: em si, e à partida, esta intervenção cirúrgica (porque é disso que se trata) carecia de consentimento. Cai, sem qualquer dúvida, no universo de sentido abrangido pelo dever de obter o consentimento informado, o qual se estende – nas formulações inequívocas das fontes – a “*qualquer intervenção no domínio da saúde*”, nos termos do art. 5º/1 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, ou simplesmente a “*intervenções e tratamentos médico-*

¹⁶ Um exemplo claro é o da corrente prática hospitalar actual em termos do tratamento da dor, que em muitos casos é feito com recurso a opiáceos como a morfina, a maioria das vezes sem consentimento ou sem explicação ao paciente e familiares dos efeitos secundários graves que essa medicação apresenta (particularmente, o estado de dormência permanente e a habituação, que exige sempre doses maiores para ser eficaz e gera síndromes de privação quando se abandona a medicação). As equipas médicas e de enfermagem exorbitam aqui as suas competências e substituem-se ao paciente na decisão sobre a melhor forma de lidar com a dor. Isso sucede por um consenso social difuso sobre aquilo que é considerado “qualidade de vida” e sobre a inadmissibilidade do sofrimento, ou melhor, sobre o valor relativo (a ponderação) do sofrimento face a interesses como, por exemplo, manter a lucidez e evitar a dependência de uma substância. Por vezes isto é mesmo objecto de pseudo-justificações “médicas”, como a que diz que o paciente responderá melhor aos tratamentos se não estiver a sofrer – como se a eficácia da acção dos médicos fosse um objectivo separável da vida do paciente globalmente considerada (a qual, para ser digna, precisa de ser *a sua própria vida*).

cirúrgicos”, nos termos do art. 156º do Código Penal¹⁷. É só a partir deste ponto de partida que é aceitável pensar em institutos ou normas complementares que pudessem, eventualmente, no caso em apreço, levar à exclusão da ilicitude, tornando inexigível o consentimento.

4. A não verificação de fundamentos de dispensa/irrelevância do consentimento

Olhando de forma objectiva ao presente caso, havia, sem dúvida, uma série de “candidatos” a valer como fundamentos de dispensa do consentimento informado, ou pelo menos como fundamentos da irrelevância, em termos de responsabilidade civil, da sua não obtenção. Analisá-los-emos em seguida.

Porém, antes de passarmos a essa análise, é essencial frisar que qualquer um dos fundamentos acima apontados depende de certas condições para ser substantiva e processualmente relevante – o que não nos parece que tenha sido suficientemente tido em conta pelo Tribunal. O processo judicial é a formalização de uma *conversa* na qual duas partes procuram convencer um terceiro imparcial daquilo que consideram ser a justiça do caso. Está por isso sujeito às condições normais de uma conversa, que incluem parada e resposta, e argumentos mais ou menos persuasivos de acordo com o código e o contexto no qual decorre a conversa. Quando uma parte invoca um argumento (juridicamente) persuasivo, porque directamente apoiado por uma regra de conduta presente no ordenamento – por exemplo: a episiotomia é uma intervenção que deve ser sujeita a consentimento informado, e aqui ele não ocorreu – ocorre uma mudança no sentido da discussão: passa a caber à outra parte refutar esse argumento. E quando a refutação assenta na apresentação de uma norma que excepçiona a primeira, *é a esta parte que incumbe provar que se verificam os pressupostos da aplicação da segunda norma*, tal como foi à outra parte que coube provar que os pressupostos de aplicação da primeira norma se verificavam. É isto, a nosso ver, aquilo que

¹⁷ Sobre a abertura do conceito de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos para efeitos jurídico-penais, MANUEL COSTA ANDRADE, “Comentário ao art. 150º”, in JORGE FIGUEIREDO DIAS (DIR.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial - Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 302 ss.

resulta de útil da articulação entre os n.ºs 1 e 2 do art. 342º do Código Civil, em matéria de repartição do ónus da prova¹⁸.

Cabia, pois, a quem queria prevalecer-se da dispensa do consentimento ou da irrelevância da sua não obtenção (o Hospital) a demonstração das razões que suportavam tais afirmações. Em nosso entender, não o fez. Destaquemos cada fundamento de forma autónoma.

4.1. A defesa do consentimento genérico/tácito: enunciado e crítica

O primeiro "candidato" é, num certo sentido, não uma excepção ao consentimento informado, mas uma forma de manifestar esse consentimento. Falamos daquilo que pode designar-se como um consentimento *tácito* ou, talvez melhor, *genérico*.

A natureza das coisas leva a que seja artificial e irrealista sectionar a realidade de um acto como um parto hospitalar em tantas partes quantos os actos materiais que o compõem, para depois dizer que para cada um desses actos materiais tem de existir consentimento informado. Quem dá entrada numa maternidade para ser assistida num parto obviamente dá o seu

¹⁸ Aproximamo-nos, por isso, da visão de Pedro Ferreira Múrias sobre o problema do ónus da prova e sobre o sistema do direito português, expressa em PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex, 2000. De facto, como nota o autor, não nos parece possível insistir numa repartição totalmente estática do ónus da prova, baseada numa única regra de repartição que seria aplicável a todas as pretensões que alguém queira fazer valer em juízo. A pura lógica formal de facto constitutivo-facto impeditivo tem uma validade limitada e deve ser complementada pela afirmação de que, num dado processo, colocam-se específicas questões de direito, circulando a argumentação nesse processo em torno de normas e argumentos de muito diversas configurações. Por isso, uma solução dogmaticamente adequada para o problema do ónus da prova exige a dilucidação de *fundamentos materiais* para a repartição desse ónus, na procura da justiça e do equilíbrio substantivos, de que a relação processual visa ser o espelho (e portanto, não pode ser um espelho distorcido).

Por outras palavras, o ónus probatório deve recair sobre a parte sobre a qual seja justo que recaia a consequência negativa da dúvida ou da falta de prova (ou sobre as partes, na medida do que lhes deva caber). O critério dessa justiça é que não tem de ser sempre o mesmo e pode variar de acordo com o contexto, consoante, por exemplo, seja fácil ou difícil fazer certa prova. Até porque uma das dimensões do direito de acesso à justiça impede que a lei consagre critérios de repartição do ónus probatório que dificultem excessivamente a prova – neste último sentido, JORDI RIBOT, "Consentimiento informado y responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2, (3), 2005, pp. 55 ss., 59.

consentimento à generalidade dos actos materiais que ocorrem durante essa intervenção.

Aqui colocam-se duas questões: a primeira, é a de saber se a intervenção realizada (episiotomia) deve considerar-se incluída no conjunto de actos em que se consente quando se consente num parto (é um problema de interpretação da vontade e da representação social corrente sobre o parto); a segunda, é a de saber se, mesmo que tenha havido consentimento global que cubra a episiotomia, não deveria haver uma indicação dos riscos e consequências associados à realização dessa intervenção – já que, repetimos, uma coisa é a simples obtenção do consentimento, outra coisa é a obtenção de consentimento *informado*, que exige o cumprimento do dever de informar e esclarecer os riscos e as alternativas¹⁹.

Em concreto, não vemos como seria possível afirmar esta primeira defesa sem que o Hospital provasse que (i) a declaração de consentimento da paciente ao parto envolvia a possibilidade de episiotomia e (ii) não era exigível o esclarecimento dos riscos envolvidos na episiotomia.

É que mesmo que se quisesse dizer que o *consentimento* foi dado, o dever de *esclarecimento* não poderia ser dado como cumprido sem que o Hospital demonstrasse que os riscos com a episiotomia não tinham de ser comunicados; e o consentimento não é eficaz quando não é suficientemente esclarecido. Caberia, além do mais, ao próprio demandado vir fazer a demonstração de que o consentimento tinha sido prestado²⁰, como já se notou.

É certo que dada a incomensurabilidade dos riscos resultantes da actividade médica e as limitações da comunicação humana, é possível defender que nem todos os riscos têm de ser informados²¹. Porém, a quantidade e qualidade dos riscos implicados pela episiotomia (mesmo

¹⁹ De forma clara e desenvolvida sobre esta distinção, J. VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado...* cit., 240 e ss. e A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., *passim*.

²⁰ Não suscita dúvidas, no nosso sistema e naqueles que são mais próximos, a afirmação de que têm de ser o agente médico ou estabelecimento hospitalar a demonstrar a existência e suficiência do consentimento informado: A. G. DIAS PEREIRA, "Existing challenges...", cit., 111; J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 59.

²¹ Sobre o ponto, muito desenvolvidamente, A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., sobretudo 443 ss; A. G. DIAS PEREIRA, "Existing challenges...", cit., 109 ss.; e também J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., (60 ss.).

considerando que se estava em 1995) não parece poderem ser reconduzidos a ninharias que não causam qualquer sofrimento relevante, nem a hipóteses totalmente rocambolescas que nunca se verificarão²². Tais riscos, que são significativos para a mãe, estão suficientemente referidos pela autora nas suas alegações, designadamente por referência a literatura científica cuja credibilidade não foi posta em causa.

Quando assim é, o juiz não pode descartar os riscos como “não sérios”, como fez, baseado apenas na afirmação do demandado ou num juízo judicial não fundamentado tecnicamente²³. Os riscos da episiotomia tinham, pois, de ser comunicados, havendo possibilidade para isso (e nada ficou provado em sentido oposto²⁴).

²² Toda a elaboração doutrinal e jurisprudencial aponta no sentido de um entendimento amplo dos riscos a comunicar, que abrange os riscos normais e inerentes à intervenção ou tratamento (mesmo os de baixa gravidade, dentro de limites aceitáveis, pois *de minimis non curat praetor*), mas também quaisquer riscos que sejam invulgares e graves, independentemente da sua frequência estatística, os riscos personalizados (que podem até ser muito invulgares em geral mas em relação aos quais haja aspectos específicos do paciente que justifiquem um aviso particular) e ainda aqueles riscos, sejam eles quais forem, sobre os quais o paciente tenha mostrado preocupação ou inquirido directamente o médico – J. RIBOT, “Consentimiento informado...”, cit., *maxime* 63-64; JONATHAN HERRING, *Medical Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, 76 ss. A formulação sintética da jurisprudência inglesa parece-nos interessante: os riscos que devem ser informados são todos aqueles que potencialmente influenciariam a decisão de um paciente razoável de se sujeitar ou não à intervenção – cf. J. HERRING, *Medical Law*, cit., 77.

²³ Como nota LLUIS MUÑOZ I SABATÉ, *Tratado de Probática Judicial*, Vol. IV - *La prueba de la culpa y el daño*, Barcelona: Bosch, 1995, 44, com dados jurisprudenciais, o nível de exigência da “explicitação infirmativa” da acusação por parte do demandado cresce proporcionalmente à capacidade da acusação para oferecer dados credíveis (como literatura científica e estudos estatísticos) sobre o que realmente aconteceu.

²⁴ Como se vê, nesta afirmação vai implícito não só um juízo de ilicitude (que consiste em não ter obtido o consentimento quando a lei o impunha) como um juízo de culpa (que consiste em dizer que era possível e exigível, no caso concreto, obtê-lo). Em nosso entender, há pelo menos duas razões para dizer que aqui, perante a demonstração do ilícito, deve presumir-se a culpa: (i) essa é a solução que quadra melhor à responsabilidade no contexto da função administrativa, e por isso foi aceite genericamente pela jurisprudência, mesmo sem base expressa (v.g., STA 20-04-2004, proc. 982/03), vindo depois a ficar plasmada no art. 10º/2 do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RREE); (ii) as disposições que exigem o consentimento informado são disposições legais de protecção para os efeitos do art. 483º/1, 2ª parte, do CC (com paralelo no art. 9º/1 RREE) e em tais casos defende-se a inversão do ónus da prova (A. G. DIAS PEREIRA, “O dever de esclarecimento...”, cit., 492).

4.2. A defesa da urgência: enunciado e crítica

O segundo candidato é um fundamento que o Tribunal aflora (embora de modo insuficiente, como veremos), que consiste na *urgência* em realizar o procedimento, não sendo possível obter, em tempo útil, o consentimento informado do paciente. De facto, é intuitivo que na prática médica é impossível recolher o consentimento informado do paciente (ou de quem o represente) em todos os casos, porque é impossível ao agente médico prever tudo aquilo que será necessário fazer, e muitas vezes só se apercebe disso durante a assistência, quando pode não ser possível comunicar com o doente.

Deste modo, a urgência surge como factor potencialmente compressor do direito do paciente ao consentimento informado²⁵. A forma de actuação deste operador fundamental do ordenamento jurídico (a urgência) exige, como habitualmente, aliás, uma aplicação criteriosa do princípio da proporcionalidade²⁶, já que estamos perante uma operação de ponderação entre normas e deveres concorrentes (a assistência ao paciente e o dever de obter o consentimento)²⁷.

Isto significa que, em aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante os casos, a urgência pode comprimir o direito ao consentimento informado de uma forma relativa – caso em que será reduzido apenas o âmbito e extensão da informação a prestar ao paciente –, ou de uma forma absoluta, ficando o agente médico dispensado da própria obtenção do consentimento, hipótese expressamente prevista no art. 8º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina²⁸ e no art. 156º/2/a) do Código Penal.

Não é difícil perceber que as circunstâncias deste caso poderiam, eventualmente, permitir a aplicação deste factor de dispensa do

²⁵ Trata-se, no fundo, de uma figura algures entre o estado de necessidade excludente da ilicitude e a desculpabilidade ou inexigibilidade, que exclui a culpa.

²⁶ A aplicação das múltiplas normas que no nosso ordenamento apelam à urgência como factor de dispensa do cumprimento de outras normas tem como referencial essencial a proporcionalidade – cf. o que escrevemos sobre isto em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, 944 ss.

²⁷ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 444-445.

²⁸ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 445.

consentimento informado. No decurso de um parto, é concebível que a situação em que se encontra a mulher (forte tensão, dores intensas, por vezes anestesia geral) e a rapidez exigida nas decisões sejam suficientes para dispensar a obtenção do consentimento informado ou reduzir o âmbito dos deveres de informação do agente médico.

Não obstante, para a defesa proceda, não basta dizer que a eventual necessidade da episiotomia só é aferível durante o parto. No juízo de ponderação a fazer pelo agente médico e a controlar pelo Tribunal, há que considerar outros elementos, raciocinando de acordo com uma óptica de *mínimo dano* ao direito ao consentimento informado.

Assim, sem dúvida que no parto, a mulher está tensa, mas seguramente não está inconsciente nem incapaz de compreender ou de manifestar a sua vontade em assuntos relevantes (salvo exceções)²⁹⁻³⁰. Não se provou, designadamente, que a enfermeira tenha procurado colher o consentimento de forma adequada à condição da paciente ou, no limite, se tal não era possível (por exemplo, porque já se estava na fase final do parto), que nem a paciente nem um seu representante estivessem em condições de o fazer.

O Tribunal não fez, aqui, as perguntas certas, não exigiu as respostas a quem tinha de as dar – o demandado – e, perante a falta de prova sobre o assunto, não penalizou o mesmo demandado, como impunha a repartição do ónus probatório de um facto impeditivo da pretensão do autor.

²⁹ No sentido de que a previsão do art. 156º/2/a) do CP, que dispensa o consentimento em casos de urgência, se aplica "fundamentalmente ao tratamento de doente inconsciente, cuja vontade ou preferência não é possível representar com a indispensável segurança", veja-se M. COSTA ANDRADE, "Comentário ao art. 156º", cit., 384.

³⁰ Num caso decidido pelos tribunais ingleses, uma mulher em trabalho de parto recusou dar o seu consentimento a uma cesariana, preferindo o parto natural, vontade que foi desrespeitada pelos médicos. O Tribunal decidiu contra os demandados, considerando que a mulher tinha plena capacidade para decidir. De todo o modo, o caso tinha contornos específicos (haveria perigo para a mulher e para o bebé na ausência de cesariana) pelo que a actuação dos médicos até poderia ser justificada.

4.3. A defesa do consentimento hipotético: enunciado e crítica

O terceiro candidato é o chamado *consentimento hipotético*, uma modalidade de comportamento lícito alternativo que tem sido apresentada como defesa possível contra a responsabilização por acto médico³¹.

Nestes casos, o demandado vem afirmar que não deve haver lugar à responsabilidade porque mesmo que tivesse sido cumprido o dever de obter consentimento informado, o paciente não iria recusar o tratamento. Como se compreende, a admissibilidade da figura é controvertida, tendo apenas fundamento doutrinal e dependendo, para quem a aceita, de requisitos exigentes³². O propósito desta construção doutrinal é apenas o de evitar posições abusivas por parte dos pacientes, não devendo esvaziar de conteúdo a autonomia destes³³.

O consentimento hipotético, a ser admitido genericamente como defesa³⁴, não pode ser presumido nem facilitado pelo juiz, e a sua demonstração no caso concreto cabe claramente ao demandado³⁵. Cabia portanto ao Hospital vir demonstrar que, objectivamente, caso tivessem sido previamente explicados os riscos da intervenção, não haveria a criação de uma *situação de dúvida* na autora³⁶.

O grau de exigência desta demonstração deve ser obviamente elevado, pois está-se a justificar o não cumprimento de um dever fundamental do

³¹ JORGE SINDE MONTEIRO, "Aspectos particulares da responsabilidade médica", in AA/VV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex, 1991, pp. 133 ss., 149; A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 481.

³² Veja-se nesse sentido de exigência a posição de A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 490 ss.

³³ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 483, com referência à jurisprudência alemã.

³⁴ O que parece razoável, até porque parece tratar-se de um corolário da figura do abuso de direito, na modalidade de exercício em desequilíbrio.

³⁵ Neste sentido, A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 483 (sobre a situação no ordenamento alemão), e 492 (defendendo essa posição à luz do direito português); J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 66-67, para o direito espanhol.

³⁶ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 483-485; J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 67. Alguns defendem que embora seja o demandado onerado com a prova de que o consentimento teria sido dado, exige-se que o doente demonstre que ficaria na dúvida quanto a dar ou não dar o consentimento. Porém, tal posição parece-nos desadequada e redundante: quem actuou em incumprimento dos seus deveres foi quem omitiu o consentimento informado, pelo que deveria bastar a demonstração desse incumprimento por parte do paciente para transpor o ónus probatório para a outra parte.

agente médico. Se o juiz facilita na admissão do consentimento hipotético, aceitando-o, por exemplo, por apelo à *frequência estatística* com que uma intervenção é feita, voltamos, afinal, à situação de paternalismo que a exigência de consentimento quer evitar.

Com efeito, a frequência estatística de um facto pode significar que ele é bom, mas também pode significar apenas que tem sido acriticamente praticado por um conjunto grande de pessoas. O que o consentimento informado expressamente quer permitir é que haja um espaço de diálogo que permita ao paciente ir contra a norma social e a frequência estatística, se for o seu desejo³⁷. Por isso, deve exigir-se, para que esta defesa opere, que fique demonstrado que, no estado actual da medicina, qualquer dúvida seria absurda³⁸.

No presente caso, é possível (talvez até fosse o mais provável) que a paciente viesse a consentir na episiotomia, mesmo com esclarecimento dos riscos. Porém, há espaço para uma margem legítima de dúvida, pois um esclarecimento completo e diligente não deixaria de avisar a paciente dos efeitos negativos associados à episiotomia e da consequente tendência (que à data do parto, já existia há pelo menos vinte anos) para a restrição da sua aplicação a casos especialmente justificados³⁹. A actividade probatória não eliminou esta margem legítima de dúvida, pelo que, logo por aqui, esta defesa não poderia ser mobilizada.

Não é, contudo, a única razão que torna tal defesa inadmissível no caso julgado pelo Tribunal: como têm sublinhado doutrina e jurisprudência, a defesa do consentimento hipotético dificilmente pode ser admitida se houve uma total ausência de consentimento, dada a gravidade dessa violação dos deveres do agente médico⁴⁰. A obtenção do consentimento para o acto,

³⁷ Isto é, tem de ser permitido ao doente recusar um tratamento por razões que ao médico pareçam disparatadas – J. HERRING, *Medical Law*, cit., 64.

³⁸ Por exemplo: se o único efeito pernicioso de uma certa cirurgia que era a única forma de evitar que o doente ficasse tetraplégico fosse não poder levantar-se da cama durante uma hora, e o doente viesse dizer que teria recusado o consentimento se isto lhe fosse comunicado previamente.

³⁹ Já que o consentimento esclarecido deve incluir, entre outros, a indicação das vantagens do tratamento, dos seus riscos e das alternativas de tratamento, designadamente da alternativa que consiste em não realizar esse tratamento – A. G. DIAS PEREIRA, "Existing challenges...", cit., 110.

⁴⁰ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 485 (Alemanha), 487 (Áustria) e 491 (defendendo a posição à luz do direito português).

ainda que com esclarecimento insuficiente ou inexistente, parece ser uma exigência mínima inteiramente razoável (salvo configuração excepcional do caso concreto) para que ocorra a exoneração do agente.

5. Em especial: as defesas relativas ao nexo de causalidade

Uma última linha de defesa que poderia caber ao caso assenta em duas questões relativas ao nexo de causalidade. Poderia acontecer que, embora não tenha existido (e devesse existir) consentimento informado para a intervenção, não tenha sido desse acto que emergiram os danos. Aqui, faltarão a prova de um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, a ligação causal entre facto ilícito e dano. Numa outra hipótese, próxima mas distinta, poderia acontecer que tivesse ficado demonstrado um nexo entre a intervenção não consentida e o dano, mas que se demonstrasse, além disso, que mesmo que o paciente recusasse a intervenção, os mesmos danos (ou piores) teriam ocorrido, quer pela normal evolução da condição clínica do paciente quer por outro facto não imputável ao agente⁴¹. No primeiro caso, não há prova do nexo causal; no segundo, há prova desse nexo, mas há exoneração do agente porque os danos sempre se produziriam. Assim, neste segundo caso, estaremos perante um caso de relevância negativa da causa virtual ou causalidade hipotética⁴².

Também aqui é fácil pensar na aplicação destas defesas ao caso do acórdão, e foi isso que o Hospital demandado e o Tribunal fizeram, fazendo valer que o resultado verificado (o hematoma do períneo, que esteve na base das complicações posteriores) é "normal" mesmo quando não há episiotomia. Porém, parece-nos que sem razão, pelas razões que passamos a elencar.

5.1. A insuficiência da postura do tribunal em sede de prova do nexo de causalidade

A paciente sofreu uma intervenção sem consentimento: as consequências negativas que sejam emergentes dessa intervenção devem, à partida, ser

⁴¹ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 493.

⁴² Assim, A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 494, o qual, embora com dúvidas, admite a figura no contexto da responsabilidade médica.

suportadas por quem a fez, mesmo que tecnicamente a intervenção seja bem realizada⁴³.

Dir-se-á que para isso, é necessário que se prove que tais consequências tiveram como causa a intervenção e que, na opinião do Tribunal, isso não foi demonstrado. Porém, essa é uma leitura dogmaticamente insustentável dos factos, à luz de qualquer uma das explicações que têm sido oferecidas para o problema da causalidade ou da imputação do dano ao facto do agente, em geral e neste tipo de acções.

Com efeito, a argumentação do Tribunal assenta numa mistificação da causalidade, que distorce o raciocínio e o resultado final. Ao contrário do que foi entendido, a exoneração da responsabilidade num caso no qual não se recolheu o consentimento não pode decorrer simplesmente de uma defesa que diz que é "normal" a ocorrência de um dado facto mesmo quando não existe a operação realizada. Isso corresponde a uma falácia. Alguns factos gravosos são "normais", mas são *mais normais* em certas condições do que em outras, e a criação de condições que *agravam* a probabilidade da sua verificação não pode, em nosso entender, deixar de ser relevante do ponto de vista da responsabilidade. A indagação correcta seria antes a de saber se, de acordo com a experiência comum e o devir normal e previsível dos acontecimentos, é mais ou menos provável que o dano ocorra quando a intervenção é feita do que quando não é feita⁴⁴. Não nos é possível substituirmo-nos à prova pericial, mas parece pelo menos que a autora

⁴³ A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 459. Dando conta de que é essa a posição da jurisprudência espanhola, sem prejuízo de algumas ressalvas, veja-se J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 66.

⁴⁴ Esta afirmação leva implícitos alguns pressupostos acerca da compreensão das ideias de causalidade e imputação – em particular, o pressuposto de que uma teoria da imputação valorativa e sistematicamente adequada não pode prescindir de uma menção à ideia de *criação ou aumento de risco proibido*. Para uma fundamentação desenvolvida destes pressupostos, com referências que provam que a jurisprudência nacional já é sensível a visões mais apuradas sobre a imputação, pode ver-se o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado", in CARLA AMADO GOMES/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (COORDS.), *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas - Actas da Conferência realizada em 5 de Dezembro de 2012 na Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, e-book disponível em http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev1.pdf, 2013, pp. 23 ss., (38 ss.) e também RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 329 ss.

apresentou uma explicação coerente e suficiente do que aconteceu: a sua condição clínica evoluiu num sentido cuja associação com a episiotomia está documentado em literatura científica: hematoma, hemorragia, infecção, fístula recto-vaginal; sendo evidente para qualquer pessoa que uma incisão cirúrgica de corte de tecidos do corpo humano introduz factores de risco que tornam *muito mais provável* que aconteça uma infecção ou uma hemorragia do que na sua ausência⁴⁵.

Esta situação factual é mais do que suficiente para que o Tribunal exigisse do demandado uma refutação inequívoca do nexos de causalidade – refutação que teria certamente de comprovar a *irrelevância estatística* da episiotomia na verificação dos problemas sofridos pela autora⁴⁶.

Com efeito, não é razoável exigir à paciente *mais prova* do que apresentou: uma operação ilícita durante o parto, seguida de complicações localizadas no mesmo exacto e preciso sítio do corpo no qual aconteceu essa intervenção, e congruentes com as complicações normalmente associadas ao tipo de operação em causa. A partir daqui, é pura e simplesmente injusto e desequilibrado, substantiva e processualmente, pedir que o paciente comprove que sem a episiotomia, os danos *não* teriam ocorrido, que é o que, na prática, o Tribunal exige. No fundo, o Tribunal pede à paciente que, mais do que provar a congruência da ligação, em condições normais, entre o facto e o dano, exclua igualmente causas alternativas.

Que o Tribunal tenha pedido à autora esta verdadeira prova diabólica é tanto mais injusto e indutor de desequilíbrio entre as partes quanto se considera que o papel do tribunal é exactamente o de promover o equilíbrio das posições processuais das partes perante a realidade da acção que tem em mãos, “compensando” essas posições, se necessário for, pois o que se

⁴⁵ Trata-se de factos da experiência comum, que são inequívocos e nem sequer precisam de ser alegados e provados: a incisão cirúrgica e a sua sutura implicam o contacto de material clínico diverso (luvas, bisturi, linha de sutura), que pode não estar devidamente esterilizado; e qualquer corte em tecidos vivos provoca sangramento, o que aumenta a possibilidade de hemorragias, infecções, dificuldades de cicatrização, etc..

⁴⁶ Com base na ideia, já apontada, de que *mesmo sem inversão do ónus da prova*, pode falar-se num *onus explanandi* agravado que deve ser cumprido pelo demandado quando o demandante apresenta uma versão coerente e cientificamente apoiada do que terá sucedido: L. MUÑOZ I SABATÉ, *Tratado...*, IV, cit., 43-46.

pretende e é exigido pela *justiça processual* é a igualdade real das posições das partes⁴⁷.

A este propósito, tem sido genericamente admitido que o juiz não pode colocar-se numa posição passiva perante as notórias dificuldades de prova do nexo de causalidade que o autor suporta nas acções de responsabilidade médica. Para ultrapassar tal posição, não é sequer necessário defender a inversão do ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade e em concreto do nexo de causalidade, bastando apenas que o juiz utilize as figuras da prova indiciária e das presunções judiciais a partir das provas presentes em juízo, quando as mesmas são relevantes, para considerar que delas decorre a prova dos pressupostos da responsabilidade. A melhor prova da sensatez desta última orientação é a circunstância de ela recolher apoios quer entre os que defendem uma postura mais aberta à inversão do ónus da prova nestas acções⁴⁸ quer entre aqueles que consideram que uma tal inversão não deve admitir-se pelos efeitos perversos que teria na actividade médica e na desprotecção da posição do agente médico ou hospital⁴⁹.

Embora, como se disse, não seja propósito do presente trabalho aprofundar essa análise, sempre diremos que as mesmas insuficiências identificadas no acórdão relativamente à questão da prova do nexo de causalidade entre falta de consentimento e dano se projectam igualmente na prova do nexo

⁴⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica", in AA/VV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996, pp. 121 ss., 140.

⁴⁸ É o caso de MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Coimbra: Almedina, 2005, 25 ss., 61 ss., 79 ss., que *de jure condendo* propõe a inversão do ónus da prova, mas considera que enquanto o actual sistema se mantiver, o juiz deve lançar mão da prova por presunções judiciais. A principal crítica do Autor ao sistema das presunções judiciais é a de que esse sistema fica totalmente na dependência de decisão não controlável do julgador. Um caso como o do presente acórdão parece dar força a essa crítica.

⁴⁹ É o caso da posição de M. TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus da prova...", cit., *maxime* 140. MARGARIDA CORTEZ, "Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde", in AA/VV, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra: Coimbra Editora/Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, pp. 257 ss., 266, também não questiona o sistema de repartição do ónus da prova precisamente porque pressupõe que o juiz "seguramente procurará (...) compensar a especial fragilidade da posição do autor da acção", designadamente através da prova *prima facie*. Em Espanha, com um quadro normativo em tudo semelhante ao português, jurisprudência e doutrina admitem pacificamente a relevância da prova por presunção judicial: L. MUÑOZ I SABATÉ, *Tratado...*, IV, cit., 42, e PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Barcelona: Bosch, 2004, 323, em ambos os casos com indicação de numerosas decisões.

entre os demais factos invocados pelo autor como fundamentos da responsabilidade e os danos que sofreu⁵⁰.

5.2. O dano específico da falta de consentimento

Mas há mais um ponto que nos leva a dizer que, neste âmbito da ligação entre (falta de) consentimento e dano, a abordagem do Tribunal sobre as questões de causalidade (ou mais latamente de imputação de danos) é insuficiente.

Uma das dimensões que deveriam estar na linha da frente de qualquer júízo sobre responsabilidade por falta de consentimento informado é a do dano provocado pela violação da liberdade pessoal. Independentemente do seu sucesso, o acto médico sem consentimento é uma violação da liberdade pessoal; provoca uma quebra na dignidade da pessoa, que se vê submetido à tirania do facto consumado no seu corpo contra a sua vontade. Quando a intervenção concretamente ocorrida tem o grau de gravidade e de invasão efectiva do corpo de uma pessoa como a que teve lugar no caso do acórdão, dificilmente vemos como é que se pode recusar que o conhecimento posterior desse facto (o facto de que lhe fizeram algo grave e arriscado sem o seu consentimento) provoca no paciente um dano autónomo, que consiste desde logo na angústia de ter sido tratado como um objecto e não como uma pessoa, ao que acresce ainda, quando a intervenção tem mau resultado, a angústia de achar que *era possível que o*

⁵⁰ Com efeito, o tribunal exigiu à autora uma série de provas que, supomos, são impossíveis (ou perto disso), em particular a prova de que o enorme lapso de tempo decorrido (quatro horas e meia) desde que a autora se queixou de dores até ao momento que foi pela primeira vez assistida por um médico contribuiu para o agravamento dos danos, e mesmo a prova de que a bactéria pela qual a autora foi infectada (e que está presente em meio hospitalar, e não estava presente na autora quando deu entrada no hospital) foi contraída no hospital (!). Seriam excessivas tais exigências só por si, mas ainda mais o são quando de *todo o caso, analisado em conjunto*, resulta uma geral falha do serviço. Aliás, uma pecha do acórdão foi, claramente, a de tomar cada facto invocado pela autora isoladamente, sem fazer a avaliação geral do desempenho do Hospital. Nem se diga que à data dos factos, não estava consagrada na lei portuguesa a figura da *faute du service*: como se sabe, a jurisprudência, mesmo no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, já a admitia – cf., v.g., com referências, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, "Responsabilidade civil dos médicos - alguns casos de jurisprudência", *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, **ano 4**, (7), 2007, pp. 53 ss., 64; ANA PEREIRA DE SOUSA, "A culpa do serviço no exercício da função administrativa", *Revista da Ordem dos Advogados*, **ano 72**, (I), 2012, pp. 335 ss., 345.

resultado final tivesse sido outro se lhe tivesse sido dada a hipótese de escolher.

Esta pessoa, com alguma segurança, ficará ainda durante muito tempo a perguntar-se: e se me tivessem dito alguma coisa? E se me tivessem dado tempo? Teria isto sido assim?

Pensamos que sublinhar isso não é disparatado nem irrelevante. A prová-lo, podemos dar o exemplo de um caso, julgado em Inglaterra, relatado por JONATHAN HERRING⁵¹. A um recluso num estabelecimento prisional que tinha um pé gangrenado foi dito pelos médicos que se não o amputasse, provavelmente morreria. Ele recusou o consentimento, por acreditar que se iria salvar sem a amputação. O caso chegou a tribunal porque se punha em causa a capacidade-para-consentir do recluso⁵². Porém, o tribunal entendeu que ele tinha capacidade de entender e querer e que por isso o consentimento era eficaz, e a amputação não se fez. HERRING conclui o relato, algo perplexo: "strangely, despite the doctors' prognosis, the foot recovered and he lived to tell his tale!"

E aqui a pergunta que poderíamos fazer era esta: se os médicos tivessem ignorado a recusa e amputado o pé, mesmo que o paciente conseguisse fazer prova da ilicitude e da culpa na violação da sua vontade, conseguiria fazer prova do nexo de causalidade entre a falta de consentimento e o dano, nos termos e com o sentido referidos no presente acórdão do Supremo, isto é, nos termos de uma prova directa e inequívoca? Não vemos como: todos os médicos (os que o assistiram e outros) iriam certamente asseverar que, naquele caso, toda a ciência médica ia no sentido de que o doente morreria se não lhe fosse de imediato amputado o pé. E porém sabemos que o cumprimento da exigência de consentimento foi a única coisa que permitiu ao recluso conservar tanto o pé como a vida.

Estes casos dão certamente azo às maiores perplexidades, que se reflectem na circunstância de merecerem tratamentos totalmente diversos consoante os ordenamentos jurídicos. Esta diversidade, a nosso ver, explica-se pelo facto de ninguém duvidar que nestes casos, embora possa não se provar que foi a falta

⁵¹ J. HERRING, *Medical Law*, cit., 68-69.

⁵² Aparentemente, as razões invocadas pelo paciente, entre as quais achar que era "an excellent foot doctor" e acreditar em Deus, levaram os pragmáticos médicos ingleses a suspeitar da sua capacidade mental...

do consentimento que deu origem ao mau resultado em que o paciente ficou, este sofre um prejuízo injusto, que não devia sofrer e que tem uma origem muito próxima na conduta ilícita e culposa de outrem – demasiado próxima para ser desconsiderada pela responsabilidade civil. Porém, se isto é claro, o enquadramento desse prejuízo nas categorias da responsabilidade civil é mais do que controvertido.

É por isso que, em casos em que não resulte provado que a existência de consentimento evitaria o dano corporal, tanto se vê a defesa da ressarcibilidade deste dano como um dano moral grave, autonomizado do dano corporal⁵³, como a admissibilidade do ressarcimento de um dano que não é dano moral, antes é equacionado como dano patrimonial de perda de *chance* de cura ou sobrevivência (*perte de chance de guerison ou de survie*), com base na ideia de que, caso o consentimento tivesse sido recolhido, seria possível que o resultado tivesse sido outro que não o dano corporal sofrido⁵⁴.

Tais hipóteses de solução têm sido sujeitas a críticas várias. Particularmente contra a *perte de chance*, tem sido dito que representa um artificialismo destinado a ultrapassar as dificuldades de prova do nexos de causalidade⁵⁵. Porém, não nos parece que essa crítica tenha grande sentido. A teoria em causa quebra, certamente, com alguns dos quadros tradicionais (mais doutrinários do que legais), mas apenas porque atende a um problema que não tem solução adequada de acordo com esses quadros tradicionais. As eventuais dificuldades de enquadramento do tema não desmentem a patente insuficiência das teorias tradicionais para responder ao problema enunciado.

Uma das razões, aliás, pelas quais estas propostas de solução quebram com esses quadros tradicionais é, precisamente, uma das suas maiores virtualidades: a circunstância de, contrariamente ao que sucede com as teorias tradicionais, não se bastarem com soluções de *tudo ou nada*, antes

⁵³ Dando nota de vários acórdãos da jurisprudência espanhola nos quais se entendeu assim, J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 69-71.

⁵⁴ J. SINDE MONTEIRO, "Aspectos particulares...", cit., 146 ss.; R. CARDONA FERREIRA, *Indemnização...* cit., 119 ss. (notando, a pp. 120, que a teoria tem sido aplicada à falta de consentimento); J. RIBOT, "Consentimiento informado...", cit., 71; JEAN-RENÉ BINET, *Droit Médical*, Paris: Montchrestien/Lextenso, 2010, 240 ss.

⁵⁵ Cf. as indicações em R. CARDONA FERREIRA, *Indemnização...* cit., 120 ss. Entre nós, fazendo essa crítica, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, STUDIA IURIDICA, 21, 1996, 396-398.

permitirem a composição de soluções que atendam ao carácter inextricavelmente *duvidoso* do caso, concedendo uma indemnização que poderá não ascender a todo o quantitativo do dano corporal sofrido⁵⁶. Nada mais simples, natural e justo, num caso em que há uma conduta ilícita *com grande probabilidade* ligada ao resultado mas não comprovadamente ligada a *todo* o resultado, que o ressarcimento abranja uma parte, mas não todos, os danos, porque “casos mistos” pedem provavelmente “soluções mistas”.

Ao eventual argumento de que se trataria de teorias importadas, sem correspondência com o direito positivo português, pode responder-se que o sistema positivo da responsabilidade civil oferece suficiente suporte para construções equilibradas desta natureza, como tem salientado a melhor doutrina⁵⁷.

Pena é que o tribunal não o tenha considerado, e tenha feito valer uma postura de injustificável exigência da *intensidade de prova* que exigiu à autora, que só agravou as dificuldades naturais dessa prova no contexto de incerteza em que se situa a responsabilidade médica.

⁵⁶ Chamando a atenção para essa característica da *perte de chance* e defendendo-a face a alguns contra-argumentos, J. SINDE MONTEIRO, "Aspectos particulares...", cit., 150-152, em termos que acompanhamos inteiramente.

⁵⁷ Podendo ser convocados, em concreto, quer por aplicação directa quer em sede de elemento sistemático da interpretação, vários preceitos, como a doutrina já sublinhou: J. SINDE MONTEIRO, "Aspectos particulares...", cit., 152 e nota, referindo o art. 494º CC; com uma postura de abertura a propósito do art. 566º/3 CC, M. TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus da prova...", cit., 138-139; e A. G. DIAS PEREIRA, "O dever de esclarecimento...", cit., 492, invocando os arts. 494º, 566º/3 e 570º como demonstração de que o sistema "aceita que o juiz em função das circunstâncias do caso decidendo e da complexidade dos factores a tomar em consideração na avaliação do montante de indemnização a possa reduzir ou limitar". A estas normas pode ainda acrescentar-se o art. 496º/3 do CC, em sede de danos morais. A invocação desses preceitos não parece controvertida em sede de responsabilidade civil pública; mesmo o art. 494º do CC, que deve em princípio ter um âmbito de aplicação restrito na responsabilidade civil pública, como se afirmou em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "A efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas", in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III - *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 587 ss., 620-622.

Porém, como também dissemos no nosso estudo *supra* citado, as reservas à aplicação do art. 494º na responsabilidade pública visam sobretudo evitar um alijamento indevido das responsabilidades assumidas pelas entidades públicas. Já não parece que devam existir as mesmas reservas quando o que está em causa é a compensação do desequilíbrio processual entre o particular e o hospital público demandado, porque nesses casos o que está em causa é a correcção de uma extrema dificuldade de prova que, se não corrigida, redundará na impunidade do agente e na suportaçã, pelo paciente, de um dano que não devia suportar.

Processos judiciais indevidos?

(Há espaço para indemnização nas acções de *wrongful birth* e de *wrongful life* contra profissionais de saúde?)

Vera Lúcia Raposo/ 黎慧華

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau
Assistant Professor of the Faculty of Law of Macau University, China /
澳門大學法學院助理教授

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Auxiliary Professor of the Faculty of Law of Coimbra University, Portugal /

葡國科英布拉大學法學院助理教授

vraposo@umac.mo; vera@fd.uc.pt

1. Breve introdução ao tema; 2. Ilícitude e culpa; 2.1. Conteúdo destes conceitos nas *wrong actions*; 2.2. Métodos de refutar a ilicitude e a culpa; 3. Dano; 3.1. Dano nas *wrongful birth actions*; 3.2. O dano nas acções de *wrongful life*; 4. Causalidade: 4.1. Causalidade nas acções de *wrongful birth*; 4.2. Causalidades nas acções de *wrongful life*; 5. Legitimidade activa: 5.1. Legitimidade activa nas acções de *wrongful life*; 6. A hipotética decisão da mãe: 6.1. A contextualização do problema; 6.2. O problema da prova judicial de uma decisão hipotética; 7. *Wrongful actions* e regulamentação do aborto; 8. O futuro das *wrong actions*

1. Breve introdução ao tema

As *wrong actions* relacionadas com o nascimento assumem duas grandes vertentes: por um lado, a *wrongful birth*, por outro, a *wrongful life*. Poderíamos ainda referir a chamada *wrongful pregnancy* ou *wrongful conception*, enquanto gestação de uma criança de forma não desejada e mesmo após ter tomado as necessárias medidas para a evitar (por exemplo, uma esterilização falhada ou um aborto malsucedido). Contudo, uma vez que o cenário que dá origem a esta última hipótese se afasta das duas restantes

acções, não a focaremos no presente trabalho, limitando-nos a remeter para os nossos estudos anteriores¹.

De facto, em qualquer dos casos que agora nos ocupam trata-se de saber se o profissional de saúde (utilizando aqui o conceito em sentido muito amplo, de forma a abranger o médico como pessoa física, o hospital e/ou a clínica onde o exame de diagnóstico se realizou) poderá ser de alguma forma responsabilizado pelo nascimento de uma pessoa com limitações físicas e/ou intelectuais profundas, seja perante ela mesma, seja perante os seus progenitores.

É certo que a *wrongful life action* pode igualmente ter como alvo os próprios pais, isto é, a pessoa assim nascida (ou, mais concretamente, alguém em seu nome e em representação dos seus interesses) pode accionar os pais por terem optado por ter um filho mesmo conhecendo quais seriam as condições da sua existência. Contudo, uma vez que este debate escapa ao domínio da responsabilidade médica, não será o mesmo tratado no presente estudo, remetendo de novo para os nossos trabalhos anteriores².

Depois de delimitados o âmbito e o escopo da presente análise passemos então a repassar os requisitos tradicionais da responsabilidade civil médica, analisando de que forma se aplicam neste concreto cenário de realização de diagnósticos pré-concepcionais (DPC's) ou diagnósticos pré-natais (DPN's).

A responsabilidade civil supõe um grupo de requisitos de verificação cumulativa³: i) a conduta ilícita, que aqui se consubstancia na violação de *leges artis* (no caso concreto esta violação poderá traduzir-se na avaliação errada da necessidade de realização de diagnósticos pré-concepcionais e pré-natais, em falhas na respectiva execução ou interpretação e na omissão ou incorrecções de informação); ii) culposa, sendo que a culpa pode ser definida como uma violação do dever de cuidado, afastando-se assim do padrão do "médico médio"; iii) a relação causal entre tal a conduta (definida nos termos acima expostos) e o dano; iv) o referido dano, seja de natureza patrimonial, seja de natureza não patrimonial.

¹ Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, "As Wrong Actions...", especialmente p. 66

² Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, "As Wrong Actions...", p. 61 ss. e "Responsabilidade Médica...", p. 76 ss.

³ Em detalhe sobre estes requisitos, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 45 ss.

2. Ilícitude e culpa

2.1. Conteúdo destes conceitos nas *wrong actions*

Apesar da sua natural complexidade, certo é que a ilícitude e a culpa se revelam os requisitos de mais fácil compreensão e demonstração judicial.

Como já ficou dito, no campo médico a ilícitude traduz-se na violação das regras próprias da profissão médica, que de certa forma delimitam o que se há-de entender por incumprimento contratual (responsabilidade contratual) ou por violação dos direitos de personalidade (responsabilidade extracontratual).

Além de ilícita, exige-se ainda que a conduta do médico e/ou da instituição de saúde seja culposa, ou seja, se traduza na violação de um dever de cuidado, que o médico poderia e deveria ter seguido no caso concreto, dado que qualquer médico médio, naquelas mesmas condições, o teria feito.

2.2. Métodos de refutar a ilícitude e a culpa

O médico poderá afastar a sua responsabilidade arguindo um leque de justificações susceptíveis de afastar a suposta ilícitude da conduta ou a aparenta culpabilidade da mesma.

Por exemplo, o médico pode invocar a influência de limitações técnicas que terão tornado impossível a identificação da condição de saúde do embrião/feto, nem mesmo suscitando dúvidas relevantes sobre a presença dessas condições. De facto, é um dado adquirido que a ciência – e não obstante os prementes desenvolvimentos que conheceu - ainda se defronta com limitações e deficiências que poderão tornar falível os resultados alcançados.

Outra possibilidade aberta ao médico consiste em alegar que o exame que permitiria detectar o estado de saúde do embrião/feto não é medicamente recomendado nessa situação particular. Ou seja, embora as anomalias pudessem teoricamente ter sido oportunamente detectadas, o exame específico que permitiria a sua identificação não foi realizada porque se tratava no caso de uma gravidez normal, sem complicações aparentes que impusessem, ou mesmo aconselhassem, o referido exame. Esta é uma

justificação pertinente na medida em que se sabe que nem todos os exames existentes devem ser levados a cabo.

Esta asserção não se justifica apenas pelo respectivo custo, mas principalmente pela potencial perigosidade de alguns destes exames, quer para a mãe, quer para o nascituro. Quanto mais arriscado se revelar o exame, mais rigorosa deverá ser a ponderação sobre a utilidade, ou mesmo a necessidade, de o realizar face aos benefícios que dele se poderão esperar. As *leges artis* não impõem a prescrição a cada grávida de toda a vasta gama de exames pré-natais existentes. Pelo contrário, não é aconselhado pelas boas práticas médicas a prescrição de todos os exames teoricamente pensáveis e algumas vezes poderia inclusivamente ser a realização de um particular exame a violar as *legis artis*, em função dos riscos envolvidos para a mulher ou para o embrião/feto.

Além disso, há ainda considerações económicas que no mundo de hoje não podem ser esquecidas. Seria financeiramente insuportável pagar todos os exames – em regra, envolvendo custos exorbitantes - em todas as situações, sobretudo em países que enfrentam graves dificuldades financeiras como o nosso. Neste cenário é questionável – é literalmente de questionar, sem que daqui derive que a autora entende que a condenação judicial nunca deva ter lugar - se os médicos e as instituições de saúde, ou mesmo o Ministério da Saúde, poderão ser condenados por não realizarem todos os exames que se imporiam numa gestação. Mas, por outro lado, uma absolvição geral levará a aceitar que a situação financeira possa operar como causa de justificação para todas as conduta que resultem em danos para os pacientes, solução que temos por inaceitável.

A avaliação da necessidade, ou mesmo utilidade, de determinado DPC ou DPN depende da ponderação de vários factores. Para este efeito é necessário ter em conta a idade da gestante; o historial médico dos progenitores e o seu actual estado de saúde; a eventual exposição a agentes teratogénicos, tais como doenças infecciosas ou agentes químicos; partos anteriores; incidentes durante a gravidez, entre outros factores⁴. Só a partir da análise conjunta deles elementos é possível ajuizar sobre a pertinência exame.

⁴ Cfr. A. EMALDI CIRIÓN, *El Consejo Genético...*, p. 46/49

Outra via que poderá ser adoptada pela equipa de defesa do médico consiste em alegar que o estado de saúde da criança só poderia ser detectado após o período legalmente permitido para interromper a gravidez, o que, por seu lado, depende de cada ordem jurídica e da situação específica que justifique a decisão abortiva. O objectivo será demonstrar que, mesmo que o médico tivesse realizado o exame de forma correcta e informado os pais acerca dos resultados, nunca estes poderiam ter evitado o nascimento da criança.

No entanto, e embora essa impossibilidade legal impeça a interrupção da gravidez, certo é que, mesmo em tal cenário, a posse destas informações está longe de ser irrelevante, dado que sempre permitiria preparar emocionalmente os pais relativamente ao estado de saúde do nascituro. Logo, a omissão de tais informações não é despicienda e poderá efectivamente dar origem a um pedido de indemnização por danos não patrimoniais, ainda que, segundo cremos, este não se traduza numa *wrongful birth action*. Isto porque, para tal acção existir qua tale, esta exige necessariamente a violação da autodeterminação reprodutiva, seu dano basilar e conformador, aqui inexistente.

O réu pode ainda invocar deficiências na informação que os pais lhe facultaram, argumentando que a informação defeituosa providenciada pelos autores impediu a correcta avaliação sobre a necessidade do exame. Suponha-se, por exemplo, que os pais não informaram a equipa médica de que são portadores de uma rara doença hereditária (tão rara que normalmente não seria rastreada em sede de DPC ou de DPN) ou que pertencem a um grupo étnico no qual certa condição de saúde particular é especialmente frequente (recordemos o caso cipriota face à beta-talassemia).

Significa isto que as *wrongful actions* - qualquer delas, *wrongful birth* ou *wrongful life* - fracassarão quando os réus conseguirem alegar e provar algum dos seguintes elementos: i) a condição de criança nunca poderia ser detectada pelo estado da ciência; ii) a condição poderia de facto ser detectado por um determinado exame, mas cuja realização não era imposta, nem mesmo aconselhada, na particular situação clínica; iii) os exames necessários não foram realizados porque os pais não informaram devidamente

a equipa médica sobre o respectivo estado de saúde ou condições genéticas.

Contudo, há aqui uma nota que cumpre sublinhar e que diz respeito ao estado da arte no que toca aos exames de diagnóstico. Certas limitações científicas poderão explicar resultados erróneos insusceptíveis de ser atribuídos a incompetência, negligência ou a qualquer outra má conduta médica, mas unicamente a limitações técnicas. Como facilmente se compreenderá, se a técnica actualmente existente não permite a detecção de certas patologias, o médico não poderá ser responsabilizado por resultados imprecisos no que respeita ao portador das mesmas. No entanto, em caso de resultados ambíguos ou não confiáveis, o médico deve prosseguir com testes adicionais ou, pelo menos, informar os pais sobre a incerteza dos resultados. Ou seja, se o estado de saúde do embrião/feto não foi detectado devido a limitações científicas, de que o médico está – ou deveria estar – ciente, sem que, porém, tenha incluído uma referência a tais limitações no relatório que acompanha o exame, voltamos a ter fundamento para intentar uma *wrongful action*.

Um cenário diferente ocorre quando a doença ou malformação poderia efectivamente ser detectada em abstracto, mas não naquele específico hospital, em virtude da ausência de aparelhos adequados. Segundo cremos, este facto não é suficiente para afastar a responsabilidade legal, embora desta feita não com base na errónea execução do acto médico, mas sim na ausência de materialização das condições para o executar. Logo, em regra tal responsabilidade não caberá ao profissional médico que executa o exame, mas sim à instituição que assumiu o encargo de lhe facultar as condições para tal⁵.

Suponha-se agora que a ausência dos referidos aparelhos se deve ao elevado custo dos mesmos, pelo que não se pode considerar negligente que um centro de diagnóstico, ainda para mais de medianas dimensões, não os inclua no seu “arsenal”, dado que apenas se podem encontrar em centros muito avançadas e possuidores de alta tecnologia. Ou seja, os respectivos custos tornam inexigível, ao médico ou à instituição, a compra do referido equipamento. No entanto, caso os pais não tenham sido informados desse

⁵ Sobre a divisão de responsabilidade entre ambos os agentes, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 193 ss.

facto continua a ser possível invocar danos relacionados com a falta de consentimento informado, se e na medida em que essa informação se conclua ser crucial para a decisão do paciente realizar o exame médico naquele hospital ou num outro mais sofisticado⁶.

As referidas linhas de defesa nunca foram devidamente testadas em Portugal, dado o incipiente número de processos judiciais desta natureza que existem actualmente entre nós.

Mas a jurisprudência espanhola poderá funcionar como um *case study* para este efeito, até devido à semelhança de regimes legais em sede de responsabilidade civil. O que se conclui aquando da análise das decisões dos tribunais do país vizinho é que se verifica uma grande disparidade de critérios no que respeita à avaliação da ilicitude e da culpa do profissional de saúde, como resulta das pronúncias conflitantes que aí encontramos a este respeito⁷. Assim, em algumas ocasiões o Supremo Tribunal espanhol considerou que, não havendo nada a fazer suspeitar uma possível anomalia do embrião/feto, o médico não deve ser responsabilizado. Diferentemente, num caso semelhante - onde os médicos foram acusados de não realizar a triagem tripla que permitiria identificar a síndrome de *Down* no nascituro de uma grávida de 31 anos, com uma gravidez normal e para a qual não era recomendado este teste – já o médico foi condenado. Uma vez que as particularidades de cada uma das situações concretas não parecem suficientes para ditar distintas soluções, tudo levar a crer que a discrepância se deve à falta de uniformidade na análise da matéria.

3. Dano

3.1. Dano nas *wrongful birth actions*

No contexto de uma acção de *wrongful birth* os pais podem reivindicar danos patrimoniais e danos não patrimoniais.

Quanto aos primeiros, o que se invoca são os custos adicionais derivados do sustento e educação daquela criança, tais como as despesas suscitadas pela

⁶ Neste mesmo sentido, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 223.

⁷ Veja-se, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal espanhol de 19 de Junho de 2007 e de 17 de Novembro de 2008, mas em sentido frontalmente contrário a decisão do mesmo tribunal de 6 de Julho de 2007.

criança, inesperadas e exponencialmente mais elevadas quando comparadas com as despesas de criar um filho "normal" (com a ressalta relativa à ambiguidade que o conceito de normalidade, obviamente, suscita).

Já os danos não-patrimoniais dos pais dizem respeito à angústia com a situação da criança e à dor que diariamente sentem devido a esse facto, bem como ao choque sentido ao ver a dramática situação do filho, deitando por terra as suas expectativas de um filho perfeito – ou, pelo menos, saudável – que alimentaram durante 9 meses. Mas os danos não patrimoniais ainda envolvem outra dimensão passível de ser suscitada nos tribunais como fundamento de uma pretensão indemnizatória, a qual é, em bom rigor, o cerne desta acção e aquilo que lhe dá sentido e marca a sua fisionomia: a violação da autodeterminação reprodutiva, traduzida na privação da possibilidade de decidir - ter um filho ou não, abortar ou não, transferir o embrião ou não – na plena posse de todas as informações relevantes.

A particularidade destes danos é que o seu reconhecimento não carece da demonstração de que os pais foram efectivamente impedidos de abortar, ou seja, é irrelevante que os pais – ou talvez fosse mais correcto referirmo-nos apenas à mãe - tivessem ou não abortado se estivessem na posse de toda a informação necessária para tomar tal decisão. Isto porque o dano não é o facto de os pais (de novo, a mãe) terem sido impedidos de abortar, mas sim a anulação da possibilidade de escolher se abortar ou não (ou de escolher se engravidar ou não; ou decidir quais os embriões a ser transferidos em caso de fertilização *in vitro*)⁸. Embora pessoalmente tendamos a não considerar o aborto como um direito fundamental⁹, certo é que a possibilidade de interromper a gravidez em caso de doença ou malformação graves configura efectivamente (mas apenas nestes restritivos casos) uma dimensão do direito à não reprodução. Por conseguinte, dá-se de facto por verificada uma violação do direito reprodutivo¹⁰.

A questão que agora se suscita prende-se com a localização do titular do direito violado. É que a possibilidade de decidir sobre a continuação da

⁸ Andrea MACÍA MORILLO, "Negligencia Médica...", p. 205

⁹ Expomos esta nossa posição em Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, p. 105, 106.

¹⁰ Sobre os direitos reprodutivos veja-se Vera Lúcia RAPOSO, "Direitos Reprodutivos", p. 111/131 e *O Direito à Imortalidade...*, p 106 ss.

gravidez – neste caso e em qualquer outro – cabe apenas à mãe. Somente na fertilização *in vitro* se distribui o poder decisório (transferência uterina, doação embrionária, experimentação científica, recolha de células-estaminais, criopreservação, destruição) equitativamente sobre ambos os progenitores, independentemente de aportarem ou não o seu material genético¹¹. Na verdade, em relação a embriões uterinos qualquer decisão sobre a gravidez, incluindo o aborto, pertence única e exclusivamente à mãe, uma vez que seria impraticável coagi-la fisicamente a prosseguir a gravidez.

Contudo, se é certo que este dano só cabe à mãe, já os danos invocados cabem a ambos os progenitores.

Ambos sofrem um choque emocional profundo quando confrontados com uma criança nascida nessas circunstâncias trágicas depois de aguardarem durante 9 meses por um bebé saudável. De seguida, ambos são cada dia confrontados com esta realidade, com a incerteza sobre o futuro da criança e com o seu sofrimento.

A estes danos não patrimoniais somam-se ainda os enormes custos monetários causados por uma criança nessas condições, tais como próteses, medicamentos, tratamentos hospitalares, cuidados prestados por profissionais de saúde especializados em cuidar de uma pessoa nestas condições (dano emergente) e pode mesmo suceder que um ou ambos os progenitores sejam forçados a deixar o seu emprego para cuidar do filho (lucro cessante). Também estes danos cabem ao pai.

Por conseguinte, tendo em conta que estes outros danos podem igualmente ser reportados ao pai, bem como a relação estreita e profunda que este tem com a mãe da criança (titular do direito à reprodução) e, obviamente, com a própria criança, defendemos que também a ele deve ser reconhecida legitimidade processual activa para estar no processo e reclamar danos. A única ressalva diz respeito ao montante da indemnização, que não pode deixar de ser distinto, dado que ao pai está vedado reclamar a compensação relativa ao principal dano aqui em causa, a violação da autodeterminação reprodutiva.

3.2. O dano nas acções de *wrongful life*

¹¹ Vera Lúcia RAPOSO, "O Dilema do Rei Salomão...", p. 55 ss.

De forma semelhante ao cenário anterior, também nas acções de *wrongful life* podem ser invocados danos patrimoniais e não patrimoniais, ainda que desta feita pela criança e não pelos pais. *Rectius*, serão muitas vezes reivindicados pelos pais, mas em nome do filho e na qualidade de seus representantes legais.

Os danos patrimoniais são relativamente simples de apreender, dado que se reportam ao facto de que a criança não poder prover o seu próprio sustento.

Em contrapartida, os danos não patrimoniais são bem mais complexos. Estes danos referem-se às condições de vida da criança, na suposição de que certas condições de existência – sublinhe-se: as condições de existência e não a existência em si mesma – devem ser consideradas um dano, até porque assim seriam consideradas caso ocorressem ao longo da vida da pessoa.

Há quem argumente que aceitar acções desta natureza implicaria considerar a criança em si mesma como um dano. Outros, que no âmbito de tais acções a vida humana seria transformada num dano. À luz de tais suposições ambas as posições convergem na rejeição de acções de *wrongful life*, argumentando que o dano alegado é juridicamente ilógico e contraditório com o profundo respeito que a ordem jurídica tem para com a vida humana.

No entanto, há algumas considerações importantes a ter em mente na avaliação deste específico dano.

Primeiro de tudo, não é verdade que a vida seja sempre uma vantagem. Em bom rigor tudo depende das condições de vida, especialmente porque cada vez menos a vida é considerada um valor absoluto.

Mas mais decisiva que esta observação é a crítica de fundo a estas posições, que se prende com a incapacidade das mesmas para identificar o dano em presença: o dano não é a vida em si, mas as condições particulares dessa vida.

Claro que subsiste aqui um óbice: caso o dano não existisse a criança não teria nascido. De modo que, quando se proceda à comparação entre a condição do lesado com o dano e a sua condição sem o dano, estaremos a

comparar uma vida com uma não-vida (entenda-se, ausência de vida)¹², o que não pode deixar de causar estranheza à luz dos padrões normais da responsabilidade civil.

Sucedo que este raciocínio se funda num erro de base relacionado com os pólos da comparação. Pois neste particular processo o valor da compensação deve ser calculado comparando as condições de vida específicas da criança com as condições de vida de uma chamada "criança normal"¹³, mesmo sabendo que neste caso a criança nunca poderia ter nascido saudável, porque a única alternativa seria não nascer.

Aquilo que o tribunal deve fazer é proceder a uma comparação entre as condições daquela particular vida e as condições das vida ditas "normais" (de novo, sublinhando a ressalva já acima apontada), de forma a identificar os danos e quantificá-los para efeitos de cômputo da indemnização. Certamente que a quantificação dos danos acarreta alguns problemas complexos, mas que não são apanágio deste caso em particular, dado que se repetem em todos os processos que envolvem danos não patrimoniais.

É demasiado simplista avaliar toda a multiplicidade das condições de vida mediante uma única avaliação da vida *in toto*, sem discriminar os múltiplos aspectos que esta envolve. Porém, apesar de extremamente complexa, esta operação jurídica é absolutamente crucial para compreender plenamente o significado das *wrongful life actions* e os danos que encerram.

Uma última, mas decisiva, nota: este raciocínio não pode ser considerado como a afirmação de que existirão vidas que não merecem ser vividas. Afastamo-nos totalmente de semelhante tese e das consequências que, historicamente, daí se fizeram derivar, tanto mais que o desfecho do nosso raciocínio não conclui pela morte da pessoa assim nascida, mas sim pela atribuição de uma compensação. O que subjaz a esta nossa teoria é, pelo contrário, a ideia de que as pessoas assim nascidas vivem existências insusceptíveis de ser impostas a qualquer pessoa em virtude da sua crueldade e desumanidade.

¹² Quanto à compração entre existência e não-existência, Walter GLANNON, "The Morality of Selective Termination", p. 99; Jean-Yves GOFFI, "La Notion de Vie Préjudiciable...", p. 81/86; David HEYD, *Genetics...*, p. 21 ss.

¹³ Cfr. Seana Valentine SHIFFRIN, "Wrongful Life...", p. 119 ss., especialmente p. 137.

Acrescente-se ainda que não podemos concordar com opiniões segundo as quais estas acções se fundam em direitos que não existem.

Segundo tais posições, o que estaria aqui em causa seria a violação de um suposto direito a não nascer ou de um eventual direito a nascer saudável. Se assim fosse, toda a alegação entraria em colapso porque nenhum dos referidos direito existe. O direito a não nascer é incapaz de servir de justificação para uma acção de *wrongful life*, pelo simples facto de, antes do nascimento, o ser humano não poder ser titular de quaisquer direitos (pode simplesmente aspirar a uma protecção objectiva¹⁴). A existir, este direito seria uma contradição em si mesmo porque, em última instância, implicaria um direito a não ter direitos.

Tão-pouco nos reportamos a um direito a nascer saudável, pelo menos quando este seja entendido como direito a nascer livre das doença e das malformações acarreadas pela mãe-natureza. Quando muito, poderá ser aceite na medida em que possa ser compreendido como base para a imposição de limitações a comportamentos irresponsáveis e lesivos da mulher grávida (bebidas alcoólicas, estupefacientes) ou restrições nas escolhas reprodutivas e genéticas dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida.

Porém, a forma mais correcta de colocar a questão é entender que o direito aqui em causa é um direito à integridade pessoal, o qual se reporta à pessoa nascida, logo, reivindicado após o nascimento por uma (já) pessoa, ainda que a génese da reivindicação se reporte a um momento anterior ao nascimento. Por outras palavras, a pessoa pode reclamar uma compensação por ter nascido com essas condições de vida, causadas por um evento ocorrido antes de se tornar uma pessoa, como de resto foi reconhecido no famoso caso Talidomida¹⁵ (embora aqui o alvo do processo fosse a empresa farmacêutica e não o profissional de saúde). É neste sentido, e só neste sentido, que se pode usar a expressão “direito a nascer saudável”.

Note-se que no cenário em apreço nos distanciamos dos casos de lesões pré-natais diretamente causadas por terceiros (normalmente um médico, mas

¹⁴ Em pormenor sobre a protecção objective providenciada ao recém-nascido, Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, p. 547/558.

¹⁵ Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, “Aqueles que Nasceram...”, p. 1102/1104.

também podemos pensar no agressor da mãe) ou até mesmo pela própria mãe. É que neste segundo leque de hipóteses a comparação - para efeitos de cálculo da compensação - opera entre a situação em que a criança realmente nasceu (nascimento com o dano) e aquela que existiria se não fosse a lesão (nascimento sem o dano). No contexto da referida análise comparativa o valor negativo é atribuído à vida com dano e o valor positivo à existência saudável que a criança poderia ter tido se o dano não tivesse ocorrido. Este raciocínio é evidenciado na prática jurídica que envolve os casos em que a vida passa de saudável a lesiva em virtude do acto de um terceiro.

Ao invés, nos casos que agora nos ocupam o valor positivo parece ser atribuído à ausência de vida, o que tem sido apontado como um poderoso obstáculo à admissibilidade das *wrongful life actions*¹⁶. Porém, também já esclarecemos que não se trata de valorar negativamente a vida em si mesma, mas sim certas condições de vida.

4. Causalidade

Mesmo que se aceite a existência dos referidos danos, ainda assim subsiste a questão do nexo de causalidade, a reclamar uma solução criativa, pelo menos no que respeita à *wrongful life action*.

No direito civil (também no direito penal, mas em moldes diferentes e, na verdade, substancialmente mais exigentes) a causalidade é avaliada à luz da teoria da causalidade adequada, segundo a qual serão imputados ao réu aqueles danos que não teriam ocorrido sem o seu desempenho.

Quando, no decurso da realização de um diagnóstico pré-natal, o médico lesa um nascituro inicialmente saudável, fácil é concluir que sem a sua intervenção a criança nasceria ileso, por conseguinte, foi o tratamento médico que deu causa a esse dano. Em contrapartida, nos casos que estamos a discutir, certo é que sem a intervenção do médico o nascituro não teria, simplesmente, nascido¹⁷ (nota esta que remove malformações tratáveis da presente análise).

¹⁶ Neste sentido, Jean-Yves GOFFI, "La Notion de Vie Préjudiciable...", p. 81.

¹⁷ Sobre a causalidade nas *wrongful actions*, DOSSIER DE L'INSTITUT EUROPÉEN DE BIOÉTIQUE, "La Naissance Handicapée...", p. 6/8

4.1. Causalidade nas acções de *wrongful birth*

Nas acções de *wrongful birth* assiste-se à violação dos deveres assumidos pelo médico para com a paciente no que respeita à realização de exames pré-concepcionais e pré-natais. Por força desta violação a mãe é privada do rol de possibilidades reprodutivas legalmente asseguradas, sendo este o principal dano a invocar em litígio e aquele face ao qual se deverá estabelecer o nexo causal.

Um dos problemas suscitados por estas acções diz respeito ao leque de danos invocados, porventura excessivo face ao nexo de causalidade que é possível desenhar. De facto, há aqueles que sustentam que o único prejuízo a ser compensado seria a referida eliminação da possibilidade de decidir, porque só em relação a este dano específico podemos estabelecer uma relação causal com a conduta médica¹⁸. O argumento que justifica este tipo de raciocínio é o seguinte: qualquer dano posterior ao nascimento da criança - como o sofrimento dos pais quando confrontados com a saúde da criança ou os custos adicionais que a mesma implica - fracassa na tentativa da sua imputação à conduta do médico em termos de causa/efeito. No entanto, não vemos como apoiar esta hipótese, uma vez que qualquer dano sequencial tem a mesma causa que o dano inicial. Logo, estes outros danos podem ser atribuídos à conduta do médico a título de danos consequentes¹⁹.

Outros autores aceitam a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do médico e todo o pacote de danos alegados pelos queixosos, mas argumentam que esta causalidade pode ser destruída demonstrando qual seria a decisão da mãe se devidamente informada da situação do nascituro. Assim, se o tribunal concluísse que a mulher teria decidido continuar com a gravidez, a responsabilidade do médico seria rejeitado de acordo com a teoria de conduta lícita alternativa (ou institutos similares existentes em cada ordem jurídica nacional), que permite excluir o

¹⁸ Andrea MACÍA MORILLO ("La Responsabilidad Civil Médica...", p. 22, 23 e "Negligencia Médica...", p. 203 ss) sustenta esta posição. Embora a autora reconheça os demais tipos de danos, não aceita que em relação a estes se verifique qualquer nexo causal entre os mesmos e a conduta do médico.

¹⁹ Quanto aos danos consequenciais veja-se Robin COHEN, Joseph JEAN, "Recovering Consequential Damages..."; Margus KINGISEPP, "Scope of Claim...", p. 203/210, e E. Jane SIDNELL, Fraser Milner CASGRAIN, "Consequential Damages...", p. 109/129.

nexo de causalidade²⁰. No entanto, esta argumentação não dispõe de justificação legal. O dano realmente existente é a circunstância de a mulher ter sido privada de uma decisão pessoal e íntima decisiva, relacionada com a sua autonomia reprodutiva, desconsiderando a decisão efectiva que ela teria tomado, a qual é irrelevante para a existência do dano.

Ou seja, o dano que consubstancia esta acção não é o facto de a mulher ter sido eventualmente impedida de abortar (ou de tomada de um anticoncepcional ou do descarte de um embrião in vitro), mas sim a circunstância de ter sido privada da avaliação da situação devidamente informada, isto é, privada do poder de decidir de forma consciente e esclarecida, de forma a exercer a sua liberdade reprodutiva. O conteúdo real de tal decisão pode, na melhor das hipóteses, influenciar o montante da compensação concedida. O dano está localizado a montante daquela que seria a decisão final e não pode ser afectado pelo conteúdo da mesma.

4.2. Causalidades nas acções de *wrongful life*

A causalidade não se revela de mais fácil resolução nas acções de *wrongful life*.

Para que uma acção de *wrongful life* seja bem-sucedida será necessário concluir que o dano sofrido pela criança – materializado na doença ou malformação com que a criança nasceu, não na vida em si e muito menos na própria criança - não teria ocorrido caso o médico tivesse actuado de forma diligente.

O obstáculo que aqui desponta é que os deveres médicos são tradicionalmente impostos em prol da mãe, não do embrião/feto. Logo, a violação de tais deveres, tal como desponta nas acções de *wrongful life*, não poderia conceder à pessoa que nasce a partir desse embrião/feto indemnização alguma.

²⁰ Quanto à aplicação destes institutos na responsabilidade médica veja-se o nosso *Do Ato Médico.....*, em particular p. 75.

No entanto, e na senda de Paulo Mota Pinto, parece-nos que este será um caso de contrato que visa beneficiar os interesses de terceiros²¹, ou, mais propriamente, com o objectivo de defender a posição jurídica de terceiros²², neste caso, do embrião/feto.

Numa outra linha de argumentação, também conduzindo à exclusão destas acções através da ausência da causalidade, alega-se que a norma legal que permite o aborto, incluindo o aborto fundado em malformações embrionárias, é dirigida exclusivamente à protecção dos interesses da mãe, não do nascituro. Este seria o obstáculo para estabelecer o nexo de causalidade, uma vez que a determinação da causa deve levar em conta o âmbito de protecção da norma legal em presença, a qual, neste caso, não cobre a posição do nascituro. No entanto, comecemos por sublinhar que tais limitações para o estabelecimento de causalidade em relação ao âmbito de protecção da norma são mais típicas do direito penal do que do direito civil. A isto acresce ainda a circunstância de, em nosso entender, ambos os tipos de protecção se encontrarem previstos na norma penal que prevê o tipo de ilícito de aborto, sendo esta dualidade de bens jurídicos tutelados que confere justificação material ao referido pedido de indemnização.

Senão vejamos. O tipo de ilícito de aborto destina-se primacialmente à protecção da vida humana intra-uterina, como o indica, desde logo, a nomenclatura do título do respectivo capítulo no Código Penal. Quando o legislador criminal admite uma causa de justificação da ilicitude que vem permitir a prática lícita do aborto está, com isto, a admitir que, na hipótese descrita na causa de justificação, existe um outro bem jurídico que cumpre tutelar. No caso concreto entende o legislador conceder a este outro bem jurídico uma protecção acrescida em relação à protecção genericamente concedida ao bem jurídico que se traduz na vida humana intra-uterina. Por conseguinte, será este bem jurídico que prevalecerá naquele caso concreto. É o que sucede na causa de justificação que consagra o chamado aborto

²¹ Neste ensejo não utilizamos o termo “contrato” como conceito jurídico, para expressar uma relação contractual, susceptível de dar azo à eventual responsabilidade contractual do devedor, mas sim como forma de referir a relação de proximidade entre médico e paciente.

²² Uma vez que os seres humanos não nascidos não têm interesses próprios, pelo simples facto de que eles não são entidades subjectivas, nem têm uma personalidade jurídica.

embriopático ou fetopático, norma destinada a proteger a futura mãe dos encargos acrescidos (e substancialmente mais acrescidos) acarreados por um filho em certas condições. Contudo, e embora esta norma vise preservar a liberdade reprodutiva da mulher e a sua integridade física, quando o aborto se fundamenta no estado de saúde do nascituro (malformação ou doença graves) surge também a intenção de proteger uma pessoa futura (a sua integridade física e moral) das degradantes condições de vida que a esperam. Esta interpretação legal baseia-se no entendimento de que a integridade física da pessoa nascida supera o valor da vida antes do nascimento²³. Se assim é, então, será melhor não nascer de todo do que nascer com malformações e doenças graves, que completamente degradam o nível de existência que deve ser assegurada a cada pessoa humana. Sublinhe-se, todavia, que essa tese só é válida em caso de estado de saúde substancialmente graves e não quando se trate da simples falta de um membro não indispensável ou da presença de uma doença tratável, ou mesmo de uma doença não-tratável mas que não afecta seriamente a existência da pessoa.

De modo que, mesmo para quem entenda que a causalidade jurídica apenas se pode afirmar no contexto da violação de uma norma que se destine (também) a proteger os direitos, interesses ou valores da pessoa que sofre o dano, será efectivamente possível estabelecer a causalidade. Isto porque, ao afirmar obrigações médicas face ao nascituro (pessoa potencial, no caso), podemos consequentemente afirmar um nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano sofrido pela pessoa assim nascida²⁴.

Esta conclusão é reforçada pelo facto de, entre nós, a causalidade directa não impedir a recepção paralela de causalidade indirecta. Assim, mesmo que se conclua que o médico - obrigado a determinados deveres de protecção em relação à vida por nascer - não causou directamente o dano, ainda assim poderemos reconhecer uma compensação porque, pelo menos de forma indirecta, funcionou como sua causa.

²³ Expondo detalhadamente esta tese, Vera Lúcia RAPOSO, "As Wrong Actions...", p. 77 ss., "Responsabilidade Médica...", p. 98 ss. e *O Direito à Imortalidade...*, 594/601.

²⁴ Assim também Paulo Mota PINTO, "Indemnização...", p. 16.

5. Legitimidade activa

5.1. Legitimidade activa nas acções de *wrongful birth*

No que diz respeito às acções de *wrongful birth* o principal problema referente à legitimidade activa está relacionado com a posição do pai. A razão é que, estritamente falando, a gravidez desenrola-se no corpo da mãe e é a esta - e somente a esta - que cabe decidir se prossegue a gravidez ou aborta. Esta poderá ser uma solução criticável (ainda que sempre resta saber qual seria a alternativa), mas é a solução que a lei comina. Os regimes regulatórios do aborto na maior parte dos países do nosso entorno são muito claros em atribuir esta decisão apenas à mãe, sem pedir o consentimento do pai, nem mesmo impor a sua notificação para o efeito. Se essa decisão pertence exclusivamente à mãe, então, *stricto sensu* a legitimidade activa para agir em juízo deve ser reconhecida apenas à mulher. Por outras palavras, o dano específico constituído pela violação da autodeterminação reprodutiva pode apenas ser invocado pela mãe e, à primeira vista, somente ela possui legitimidade activa para agir processualmente.

No entanto, todas as decisões jurídicas que conhecemos sobre o assunto reconheceram a ambos os progenitores o mesmo montante da indemnização, sem diferenciar as respectivas posições substantivas, nem tão-pouco processuais.

Também nós defendemos o reconhecimento da legitimidade activa paterna, ainda que conduzindo a uma diferente solução final.

De facto, uma vez que os danos restantes - sofrimento e angústia por causa da condição da criança; ansiedade sobre o futuro; despesas relacionadas com as particularidades da sua educação e tratamento - também pertencem ao pai, a sua legitimidade activa adquire, assim, suporte jurídico. De facto, estes outros danos podem ser considerados danos consequenciais (ou seja, são uma consequência da violação da autodeterminação reprodutiva do elemento feminino), devendo pois admitir-se que o elemento masculino possa reivindicar todo este leque de danos, inclusive em seu próprio nome.

Embora admitindo a legitimidade activa do pai, parece-nos, porém, que o montante da respectiva indemnização deve ser menor, precisamente porque

há uma parcela dos danos que o elemento masculino não pode reclamar, qual seja, a referida violação da autodeterminação reprodutiva.

Algumas hesitações adicionais podem surgir nos casos em que os pais divergem sobre a decisão, especialmente porque o pai alega que teria interrompido a gravidez se a decisão lhe coubesse a si, mas a mãe – em bom rigor, a pessoa legalmente competente para decidir - se opõe a tal decisão. Por conseguinte, mesmo que devidamente informados sobre a saúde do nascituro, a gravidez teria prosseguido, uma vez que o pai nunca poderia forçar a mãe a abortar contra a sua vontade. Neste cenário específico deveremos recusar a legitimidade do pai para requerer uma compensação pelos demais danos dado que, em bom rigor, o dano que sustenta toda esta construção – a violação da autodeterminação reprodutiva – não se funda na violação de um bem jurídico – a dita autodeterminação reprodutiva - que a si lhe coubesse, nem sequer pode beneficiar do “*free rider effect*” de um eventual pedido de compensação por parte da mãe. Ou seja, na ausência de um pedido de compensação por violação da autodeterminação reprodutiva apresentado pela mulher, cai por terra qualquer legitimidade consequential que possa *prima facie* ser reconhecida ao homem.

Quando assim suceda o único dano que este ainda pode reivindicar será aquele que se prende com o choque de ser surpreendido pelo nascimento de uma criança com severas limitações, o qual já não depende de qualquer poder de vontade da mulher nem das posições substantiva e processual desta. Contudo, este dano apenas é susceptível de ser invocado no âmbito de uma acção de *wrongful birth* desde que paralelamente se invoque também o dano de violação da autodeterminação reprodutiva, aquele que dá corpo a estas acções. Isoladamente, sem aquele outro dano, não permite fundar uma acção desta natureza e, provavelmente, nem sequer poderá dar azo a um pedido bem-sucedido de indemnização à luz de um qualquer outro procedimento, embora esta última ressalva dependa essencialmente da maior ou menor abertura dos tribunais para conferir compensações por danos não-patrimoniais.

Em contrapartida, tratando-se de embriões in vitro e do correspondente diagnóstico genético pré-implantatório, outra solução deve ser sustentada. Neste cenário o procedimento judicial pode ser interposto por ambos os pais -

em conjunto ou de forma independente - uma vez que, neste caso, a decisão pertence aos dois em igual medida. Consequentemente, não só o pai tem direito à compensação total, como pode apresentar o processo individualmente. Esta solução justifica-se pelo facto de a maioria das leis conhecidas sobre técnicas de reprodução assistida exigirem o consentimento de ambos os elementos do casal para proceder à transferência do embrião (ou, na verdade, para qualquer outra decisão relativa ao embrião), sem reconhecer privilégios à posição feminina, dado que a mulher não pode aqui arrogar o poder que a gravidez lhe aporta.

Pode ainda questionar-se se a legitimidade processual activa se estenderá igualmente a outros familiares - como avós, irmãos, tios -, não tanto em função dos gastos acrescidos (e, obviamente, não devido a qualquer violação da liberdade reprodutiva), mas com fundamento na tristeza e dor que sentem ao ver a condição da criança. Numa primeira abordagem parecerá que se trata de uma outra dimensão dos danos consequenciais, na medida em que a mãe invocou uma violação de sua autodeterminação reprodutiva, pelo que dispomos de uma base para os danos consequentes. No entanto, acreditamos que essa categoria deve ser limitada apenas aos danos sofridos pelo outro progenitor, em função da relação de proximidade existencial que este mantém com a criança e com a mãe da criança, sem que se possa estender aos restantes membros da família.

5.2. Legitimidade activa nas acções de *wrongful life*

Igualmente complexa é a questão da legitimidade processual activa para actuar nas acções de *wrongful life*.

Uma conclusão óbvia é a seguinte: a circunstância de estas acções surgirem em regra quando o principal visado ainda é menor impede-o, imediatamente, de poder intervir em juízo. Por conseguinte, estas acções são usualmente intentadas pelos pais em nome da criança, paralelamente à acção de *wrongful birth* que apresentam em seu nome próprio, ou inclusivamente por um outro representante legal – por exemplo, o Ministério Público -especialmente quando a acção seja intentada contra os próprios pais.

Todavia, se este fosse o único impedimento, o processo seria facilmente apresentado assim que a criança chegasse à maioridade. Ora, a razão decisiva pela qual nos deparamos aqui com um problema complexo reside no facto de a pessoa nascida nessas circunstâncias se encontrar frequentemente incapacitada para actuar em juízo devido à gravidade da sua limitação mental, impedindo qualquer possibilidade de algum dia litigar de forma autónoma.

O problema que aqui se discute é se os pais (ou outro representante legal) podem substituir-se à criança e reivindicar em nome desta uma indemnização por danos que podem não ser assim considerados pela própria criança, eventualmente sobrepondo a sua avaliação à dela numa matéria tão intrinsecamente pessoal.

Embora o nosso sistema legal conheça vários tipos de processos litigiosos interpostos pelos representantes legais em nome de menores e incapazes, certo é que, concomitantemente, afasta a possibilidade de representação em casos considerados "puramente pessoais" (artigo 1881.º do Código Civil Português)²⁵.

Contudo, a favor da tese da representação desponta um poderoso argumento: a necessidade de evitar a total desprotecção da pessoa assim nascida. Como já sublinhámos, muitas vezes é intelectualmente impossível que seja esta pessoa a litigar por si, dadas as profundas deficiências mentais com que nasceu. Consequentemente, se a representação não for admitida, tal resultaria num grave prejuízo para o indivíduo. Esta seria uma consequência especialmente gravosa na medida em que a sua total incapacidade para avaliar a situação revela precisamente um dano particularmente grave.

Na verdade, para superar o obstáculo da inexistência de uma avaliação subjectiva sobre os danos, podemos operar com uma avaliação objectiva do dano. Certamente que algumas pessoas, apesar de experienciarem vivências muito limitadas e fisicamente dolorosas, acabam por ter vidas felizes e realizadas. No entanto, o uso de uma avaliação objectiva justifica-se precisamente porque a pessoa é incapaz de fornecer a sua própria avaliação. Ou seja, é exactamente essa deficiência que define o dano ou,

²⁵ Invocando este argumento, António Pinto MONTEIRO, "STJ, Acórdão de 19 de Junho de 2001...", p. 382.

mais correctamente, que agrava o dano e justifica a propositura da acção por outra pessoa.

Um segundo argumento contra a legitimidade activa da criança é baseado na alegada desnecessidade de uma compensação, na medida em que aos pais é concedido um valor monetário no âmbito da acção de *wrongful birth*, sendo a eles que cabe prover ao sustento da criança.

Mas este argumento enfrenta vários obstáculos. Em primeiro lugar, não há certeza alguma de que os pais venham efectivamente a gastar este montante em cuidados com a criança. Em segundo lugar, e mesmo que o dinheiro seja empregue para prover às necessidades daquela criança, a morte dos pais sempre levanta dificuldades, uma vez que se aqueles tiverem outros filhos também estes irão herdar o dinheiro obtido com a compensação. Finalmente, sublinhe-se que mesmo que os pais usem o montante para as necessidades da criança, e até lhe deixem um fundo monetário para esse efeito, a restrição da indemnização aos pais deixariam de fora os danos não-patrimoniais exclusivos do próprio filho.

Um outro obstáculo à legitimidade activa da criança prende-se com a sua capacidade de ser titular de direitos e obrigações. De acordo com o ordenamento jurídico português (artigo 66.º/1 do Código Civil) o nascituro não tem personalidade jurídica, por conseguinte, não pode deter direitos ou reclamar compensações, ideia, aliás, repetida pela maior parte dos ordenamentos jurídicos do nosso entorno. No caso em análise a causa que dá origem ao dano tem lugar num momento em que a pessoa – que agora reivindica uma compensação no âmbito da *wrongful life action*, ainda que mediante um representante legal - não existia como uma pessoa, mas apenas como um ser humano ainda por nascer²⁶. Assim sendo, trata-se agora de saber se o demandante pode invocar situações jurídicas que ocorreram antes de ser pessoa como fundamento para o pedido de indemnização apresentado após ser pessoa. Ora, não se levanta impedimento algum a esta hipótese se e na medida em que efectivamente nasça e se torne pessoa, capaz de reivindicar uma compensação, ainda que mediante um representante legal em virtude da ausência da sua capacidade jurídica para intervir numa acção judicial,

²⁶ Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, p. 401/416.

sendo para o efeito indiferente que as respectivas lesões tenham ocorrido antes de alcançar o status de pessoa jurídica²⁷.

6. A hipotética decisão da mãe

6.1. A contextualização do problema

Conforme salientado anteriormente, há uma dificuldade que subsiste no nosso raciocínio, e que poderá minar eventuais processos de *wrongful birth*: deve a compensação estar condicionada pela circunstância de a mãe efectivamente abortar se devidamente informada, no pressuposto de que apenas neste caso existe um dano real?

Reconhece-se que, mesmo que a mãe houvesse sido devidamente informada, não é certo que todos estes danos pudessem ser evitados, porque a sua decisão poderia ir no sentido de continuar a gravidez. Porém, se assim fosse, pelo menos a decisão caber-lhe-ia a ela, plenamente informada de todos os aspectos relevantes. Por conseguinte, se os pais – em bom rigor, a mãe e exclusivamente a mãe - decidirem prosseguir com a gravidez nessas condições a família teria tido tempo para se preparar para esta situação. Assim, a decisão real da mãe não pode ser determinante para conferir a indemnização requerida. A principal razão para esta solução é o facto de o dano não residir no impedimento em abortar, mas, ao invés, na anulação da liberdade de uma decisão informada.

Alguns autores sustentam a concessão de uma compensação em qualquer das hipóteses, no entanto, restrita aos danos especiais decorrentes do nascimento de uma criança em tão gravosas condições quando não seja possível demonstrar que a mãe teria abortado. Em contrapartida, quando o tribunal concluir que os pais, mais precisamente a mãe, teria abortado (mas esta será sempre uma suposição, não um facto) a compensação iria cobrir todos os danos resultantes do nascimento e educação da criança.

A posição que aqui perfilhamos não coincide totalmente com esta, pois enquanto à luz desta teoria a diferença nos montantes indemnizatório se

²⁷ Vera Lúcia RAPOSO, "As Wrong Actions...", p. 74/77.

baseia no diferencial referente aos respectivos danos patrimoniais, na nossa teoria o diferencial relevante diz respeito aos danos não-patrimoniais.

Em nosso entender, a decisão final da mãe poderá ditar, não a existência da indemnização, mas o seu respectivo quantum. A diferença no quantitativo prende-se com a seguinte constatação: uma decisão final no sentido da interrupção da gravidez teria permitido evitar danos consequenciais, a surpresa que sentiram ao deparar-se com a condição da criança no momento do nascimento, o sofrimento que cada dia vivenciam ao ver a condição da criança e as despesas que esta implica. Se nenhum desses danos teria existido caso a mãe tivesse abortado, então, uma hipotética decisão nesse sentido teria evitado estes danos (que assim ficarão sem compensação), mas não o dano principal materializado na anulação da liberdade de decisão²⁸. Logo, a violação da liberdade reprodutiva poderá ser indemnizada qualquer que seja a decisão da mãe; em contrapartida, caso esta tivesse de facto optado por interromper a gravidez, o montante da indemnização abrangerá igualmente todos os demais danos referidos.

Esta ressalva é feita com a consciência de que será extremamente difícil apurar qual teria sido a hipotética decisão da mãe se plenamente informada. Ainda que eventuais comportamentos anteriores seus possam funcionar com indícios de uma possível decisão, a mesma nunca passará de mera conjectura, eventualmente até na perspectiva da própria mãe.

6.2 . O problema da prova judicial de uma decisão hipotética

A demonstração de eventos hipotéticos - ou seja, aqueles decorrentes de estado de espírito de alguém - representa uma enorme dificuldade em tribunal.

Para contornar esta dificuldade alguns tribunais (especialmente na Alemanha) operam com a presunção de que o agente da prova se teria comportado como uma "pessoa razoável". No caso, tal implica assumir que a mãe teria agido como uma pessoa moderadamente sensata e razoável diante da informação apresentada, o que nem sempre sucede na prática. Outra corrente jurisprudencial (visível em Espanha, por exemplo) acredita, num

²⁸ Assim também Andrea MACÍA MORILLO, "Negligencia Médica...", p. 205.

raciocínio que acaba por confluir para um resultado semelhante ao anterior, que devemos assumir que a mãe teria optado pela interrupção da gravidez, desde que legalmente possível. Em qualquer dos casos caberá ao réu, *a posteriori*, provar que os autores - mais propriamente, a mãe - teria prosseguido com a gravidez.

Algumas pistas podem ajudar-nos a determinar qual teria sido a sua escolha, em particular as posições ou comportamentos anteriormente tomados pela mãe, tais como um aborto prévio realizado com aqueles mesmos fundamentos; a circunstância de ter sido requerida a realização de um teste de diagnóstico destinado a apurar a condição do embrião, o que sugere que, pelo menos, a possibilidade de abortar foi ponderada; ou mesmo conversas prévias tidas com a equipa médica. Contudo, o desejo passível de ser deduzido a partir de comportamentos que se manifestem *a priori* ou *a posteriori* pode ser diferente daquele que teria sido revelado na situação concreta, uma vez que os comportamentos anteriores não determinam de forma absoluta qual seria o efectivo comportamento presente.

7. *Wrongful actions* e regulamentação do aborto

As *wrongful actions* apenas são concebíveis em ordenamentos jurídicos que permitam a interrupção da gravidez nas referidas circunstâncias. Para tal é necessário que, que por um lado, se admita a interrupção da gravidez por razões de doença ou malformação do feto (geralmente também será de exigir a gravidade e o carácter incurável da doença ou malformação); por outro lado, que essa possibilidade seja admitida no momento em que o dano foi detectado ou cientificamente poderia ser detectada. *A contrario sensu*, essas acções não são admissíveis em jurisdições que proíbam completamente o aborto ou, pelo menos, o proíbam quando se funde em doença ou malformação fetal.

Assim será porque, em tais casos, não se verifica qualquer violação da liberdade reprodutiva. *Rectius*, poderá entender-se que a proibição legal do aborto nas referidas circunstâncias limita de facto a autodeterminação reprodutiva mas, se assim for, o agente da violação será o estado, mediante o seu poder legislativo-criminal, e não o médico, o hospital ou o laboratório.

No entanto, ainda quando o aborto não possa ser legalmente realizado, sempre haverá um particular dano que persiste tratando-se de uma *wrongful birth action*: o dano não-patrimonial sofrido por aqueles pais que, ao longo de 9 meses, alimentaram a expectativa de uma criança saudável, sendo no final surpreendidos com o nascimento de uma criança seriamente doente ou incapacitada. Sendo certo que o aborto nunca foi uma possibilidade autorizada - porque proibido no caso particular ou em termos gerais - se devidamente informados teriam, no entanto, a oportunidade de se preparar para este singular desfecho. Logo, existe aqui um efectivo dano não-patrimonial. Todavia, esse dano, em si e por si, não configura uma acção de *wrongful birth* e estamos até em dúvida sobre a receptividade de um tribunal para conceder uma compensação em tal hipótese (ainda que, como já sublinhámos, tudo dependa da receptividade dos tribunais nacionais para compensar danos não patrimoniais).

Se assim é, então, facilmente se conclui que processos desta natureza obterão ganho de causa em jurisdições que permitem o aborto a pedido até um certo momento da gravidez - de acordo com a lei portuguesa até às primeiras 10 semanas (artigo 142.º/1/e do Código Penal, CP) e em muitos outros países até a 12.ª semana - desde que o estado do nascituro tenha sido detectado durante este período.

Muito mais amplo é o prazo no chamado aborto embriopático ou fetopático (artigo 142.º/1/c CP), admitido entre nós até à 24.ª semana de gestação. Contudo, além do requisito temporal, um requisito adicional é exigido com vista à interrupção lícita da gravidez, pois na maioria das ordens jurídicas, sendo a portuguesa um bom exemplo disso, exige-se ainda que a doença/anomalia seja grave e incurável.

Uma vez que não existe uma lista de doenças ou malformações consideradas suficientemente graves para fundamentar a interrupção da gravidez à luz desta norma, cabe a cada comitê de ética hospitalar avaliar se a doença em questão preenche ou não tal requisito. Consequentemente, em processos dessa natureza será o juiz - após eventualmente ouvir vários comitês de ética e médicos especialistas - a concluir se a condição da criança é grave o suficiente para justificar o aborto à luz do padrão imposto pela lei criminal. Contudo, dado que nem sempre será fácil avaliar acerca da

gravidade da situação, as conclusões podem variar profundamente de acordo com cada entidade *decidenda*.

Em certos casos a ausência de gravidade é evidente, logo, o aborto nunca seria admissível. Mas podemos questionar se ainda é legítima uma acção de *wrongful birth* ou de *wrongful life* sempre que esta hipótese seja possível à luz do ordenamento jurídico, na medida em que este aceite o “aborto a pedido” como causa de justificação da ilicitude e o mesmo seja solicitado no decurso do prazo legal legalmente estipulado para esta possibilidade. Se assim for, então, ainda que a condição do nascituro não seja suficientemente grave para admitir o aborto até às 24 semanas (o período legalmente permitido na lei portuguesa para um aborto com base no estado de saúde do embrião/feto), mas os pais (mais propriamente, a mãe) ainda se encontrem dentro da janela temporal permitida para um aborto a pedido, poderá o mesmo ser realizado. Isto porque no dito aborto a pedido a exigência de gravidade da situação do nascituro é dispensada. Aliás, em bom rigor, não é necessária qualquer motivação, mas tão-só o respeito por um período temporal determinado (e certas outras formalidades procedimentais), que no ordenamento nacional corresponde às 10 primeiras semanas de gestação. A questão que se poderá colocar é se se tratará ainda de uma *wrongful action* ou de qualquer outra figura jurídica diferente. Segundo cremos, a específica motivação que fundamenta determinada possibilidade legal de interrupção da gravidez é irrelevante. Logo, somos transportados para o domínio de uma *wrongful birth action* caso os pais tenham sido impedido de ponderar a hipótese de abortar detentores de toda a informação necessária e de, conseqüentemente, se socorrerem de uma das causas de justificação da ilicitude legalmente previstas. Paralelamente, há espaço para uma *wrongful life action* desde que o nascituro pudesse não ter nascido, independentemente do momento ou da justificação do aborto.

Pode ocorrer que a condição clínica do nascituro preencha o referido requisito da gravidade, porém, não possa a mesma ser identificada antes do final da 24.ª semana de gestação por força de limites científicos ainda existentes. Suponha-se que, embora o exame pré-natal tenha sido realizado de forma incorrecta (isto é, com violação de *leges artis*), a verdade é que o referido exame apenas se realizou na 26.ª semana (não por inércia do médico,

mas porque só então foi tecnicamente possível fazê-lo), ou seja, num momento em que qualquer resultado que adviesse seria supérfluo para justificar um pedido de interrupção da gravidez. Significa isto que, mesmo que o exame tivesse sido realizado de forma correcta e rigorosa, ainda assim seria inútil para o propósito de satisfazer a autodeterminação reprodutiva dos pais e, concomitantemente, evitar as condições de vida da pessoa assim nascida, uma vez que teria ultrapassado o prazo legal para a interrupção da gravidez. Quando alguma destas situações ocorra o único dano existente será o dano resultante do choque sofrido pelos pais com o nascimento dessa criança, frustrando assim a expectativa de uma criança saudável. Este dano, que assiste a ambos os pais em igual medida (ao contrário do dano representado pela violação da autonomia reprodutiva), também merece protecção jurídica. No entanto, este dano específico é, só por si, insuficiente para fundar uma *wrongful birth action*.

Mais complexa se revela a questão naqueles casos em que as *leges artis* não exigiam ao médico a realização do exame pré-natal de uma forma mais oportuna, contudo, era tecnicamente possível tê-lo realizado antes sem com isso atentar contra as boas práticas médicas. Este delicado binómio entre o que é obrigatório e o que é possível poderá tornar incerta a resolução destes litígios, a qual dependerá substancialmente das circunstâncias específicas do caso concreto.

Em todos os cenários supra descritos nos referimos a situações em que o nascituro efectivamente nasceu e sobreviveu, pelo menos durante algum tempo. Suponhamos agora que nos reportamos a um feto inviável ou um nado-morto (situação face à qual a interrupção da gravidez é admitida a todo o momento, segundo o artigo 142.º/1/c do CP). Nesses casos, podemos discutir se ainda estamos em presença de uma *wrongful birth action*, uma vez que uma das hipóteses será concluir que processos desta natureza só fazem sentido sempre que exista uma possibilidade real de exercer a autodeterminação reprodutiva - de continuar a gravidez ou interrompê-la - ao passo que no caso em análise a própria ideia de escolha perde sentido, dado que a particular situação do nascituro torna impossível qualquer outra opção que não a interrupção da gravidez. Nestes casos o que está em causa já não é a privação da oportunidade de decidir, mas a privação do aborto, a única

decisão possível no caso. Por outro lado, desaparece toda uma ampla panóplia de danos típicos da *wrongful birth action*: a angústia derivada do sofrimento que a situação do filho desperta, a incerteza sobre o seu futuro, os custos patrimoniais com o seu sustento. Nenhum destes danos existirá em caso de morte imediata da criança.

Mas, e não obstante o que ficou dito, mesmo em tais casos a omissão de um diagnóstico pré-natal correcto e da respectiva informação poderá dar origem a um processo por perdas e danos. Neste caso a compensação terá em conta uma gama diferente de danos, os quais não se relacionarão com a privação da possibilidade de optar pelo aborto ou continuar com a gravidez (a condição do nascituro impede a segunda hipótese, logo, não há escolha real), nem qualquer tipo de danos patrimoniais. Ao invés, o que é (ou poderá ser) compensável é o choque e o trauma sentidos pelos pais quando finalmente percebem a situação de seu filho, frustrando assim as suas (legítimas) expectativas.

Face ao que deixámos exposto é possível concluir que, mesmo nos casos acima mencionados em que o aborto não era possível, subsiste uma lesão específica, materializada no choque sofrido pelos pais com o nascimento de uma criança de forma tão inesperada (enfim, a criança era esperada, mas suas condições não o eram). No entanto, e sem negar necessariamente a indemnização, nesses casos a acção não deve ser qualificada como uma *wrongful birth action*.

8. O futuro das *wrong actions*

Tudo indica que as *wrong actions* – a *wrongful birth* e a *wrongful life* intentadas contra profissionais médicos e profissionais de saúde – conhecerão maior sucesso num futuro mais ou menos próximo. Ou seja, não apenas aumentará a litigância neste domínio, como os processos apresentados arriscam boas probabilidades de sucesso.

Para este desfecho concorrem diferentes razões.

Por um lado, argumentos que nos chegam do campo da ciência e da medicina, que cada dia, e com maior insistência, nos vendem a ideia de que

qualquer mal pode ser curado e que todos podemos ser saudáveis e, mais que isso, perfeitos.

Mas também do mundo jurídico nos chegam indicações nesse sentido.

A liberalização dos regimes de interrupção voluntária da gravidez a que se tem assistido um pouco por toda a Europa (infelizmente, nem sempre de aplaudir) faz prever o turbulento enquadramento jurídico do aborto: aquilo que começou por ser uma possibilidade excepcional tornou-se nas últimas décadas um direito da mulher e hoje pode estar já a transmutar-se em dever.

A isto acresce uma mudança drástica na forma como os ordenamentos jurídicos têm vindo a compreender a vida humana, como decorre dos recentes regimes jurídicos sobre decisões médicas em fim de vida, sobretudo legitimando as directivas antecipadas de vontade: o direito à vida é cada vez menos um conceito quantitativo e cada vez mais um conceito qualitativo.

[Início do texto](#)[Índice](#)

A perda de chance na responsabilidade médica

Rui Cardona Ferreira

Mestre em Direito

Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

1. Introdução; **2.** A figura da perda de *chance*; **2.1.** Origem e evolução histórica; **2.1.1.** Em geral; **2.1.2.** Na responsabilidade civil por ato médico; **2.1.3.** Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês; **2.2.** Apreciação crítica; **3.** O enquadramento dogmático da perda de *chance* na responsabilidade médica: a transposição para o Direito português; **3.1.** A perspectiva do dano; **3.2.** A necessidade de uma conceção estritamente normativa de perda de *chance* de cura ou sobrevivência; **4.** Conclusão

1. Introdução

O presente texto serviu de base à intervenção que tivemos oportunidade de fazer na conferência organizada pelo ICJP, no dia 18 de dezembro de 2013, relativa à responsabilidade na prestação de cuidados de saúde.

Deve ressaltar-se, porém, que o teor deste texto não é original e corresponde, com adaptações, ao que já escrevemos noutros locais¹. Se tais adaptações permitiram condensar o texto, poderão ter contribuído também, num ou noutro aspeto, para tornar a exposição menos completa ou menos fundamentada, pelo que se convida os leitores a confrontar, sempre que possível, os escritos originários.

2. A figura da perda de *chance*

2.1. Origem e evolução histórica

¹ Cf. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, e a "Perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática", in *O Direito*, 2012, tomo I.

2.1.1. Em geral

A origem da figura da perda de *chance* remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de Julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa².

Desde esse acórdão, o mesmo Tribunal superior vem confirmando regularmente a respetiva doutrina e admitindo a indemnização do dano de perda de *chance*, em particular nos casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário. Está em causa, fundamentalmente, a ideia de que a falta cometida pelo advogado ou consultor que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável. O mesmo racional foi, porém, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de fortuna ou azar, competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial e o acesso a determinadas funções.

Entre os domínios de aplicação desta teoria aceites pela jurisprudência civil francesa encontram-se ainda os casos de perda da *chance* de celebração de um contrato ou da respetiva execução – e, conseqüentemente, de auferir os ganhos respetivos –, designadamente nas situações de *rutura de negociações*.

Constata-se, pois, que a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de *chance* de forma muito ampla. Como referem GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, aquela noção tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano *direto* e *certo*, embora admitindo que, *por*

² Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.^o ed., Paris, 2006, p. 91, e YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, p. 33.

definição, a realização de uma chance nunca é certa³. Também YVES CHARTIER assinala, aliás, que “*não há limites de princípio, nem domínio reservado*” à aplicação da perda de chance⁴.

Não obstante a larga projeção da figura da perda de chance na jurisprudência dos tribunais franceses, para que a respetiva indemnização seja admitida não deixam aqueles de impor determinados requisitos. Com efeito, para além da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, incluindo a existência do dano e de um nexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano, exige-se que a chance a indemnizar seja *real e séria*.

Assim, para que a perda de chance seja indemnizável, não basta a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado, em face do circunstancialismo concretamente existente, que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda necessário que a concretização da chance se apresente com um grau de probabilidade ou verosimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético.

De outra forma, a perda de chance não se apresenta, segundo a jurisprudência francesa e a doutrina dominantes, revestida da certeza que é condição da indemnizabilidade do dano⁵. Daí a necessidade de verificar se a chance é real e séria, o que não é senão, como assinala YVES CHARTIER, “*(...) uma outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável*”⁶. Nessa probabilidade de ocorrência do evento final reside a certeza de que depende, em geral, a indemnizabilidade do dano, quando nos situemos no domínio da perda de chance. Por outras palavras, a certeza do dano indemnizável é aqui *degradada* em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a chance se refere.

Tal orientação não é, contudo, inteiramente uniforme. A questão tem sido

³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 96. Conforme aí dão nota as Autoras, a facilidade com que a jurisprudência francesa tem recorrido à figura da perda de chance induziu, aliás, um efeito perverso ou abusivo, verificando-se, por vezes, a atribuição de uma indemnização *parcial* em casos que esta deveria ter sido atribuída *integralmente*, por referência à perda do objeto ou do bem sobre o qual incidia a chance e não à perda da chance em si mesma.

⁴ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

discutida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, está historicamente na gênese da figura da perda de *chance*. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respectiva –, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte⁷.

De acordo com esta segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na ação primitiva não impede a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influi no respetivo *quantum* indemnizatório. Parece ser também esta a posição considerada preferível por GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, admitindo que haja lugar a indemnização sempre que a improcedência da ação primitiva não fosse certa e reconhecendo que a condenação no pagamento da indemnização teria aqui, pelo menos, “(...) *uma função de pena privada que pode ser útil*”⁸.

Já no que toca à fixação do montante da indemnização, é normalmente afirmado que a perda de *chance* apenas dá lugar a uma indemnização *parcial*. Com isso, pretende-se assinalar que a indemnização corresponde unicamente a uma fração do valor que corresponderia à destruição do próprio bem ou vantagem que deixou de concretizar-se em resultado da perda de *chance*.

Do ponto de vista dogmático, porém, a doutrina francesa assinala que não estamos perante nenhuma exceção ao princípio da reparação integral, mas que a redução em causa evidencia a perda de *chance* como *dano específico e autónomo por referência ao dano final*⁹. No entanto, quando se trata de determinar o montante efetivo da indemnização, a mesma doutrina

⁷ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 99-100.

⁸ *Ibidem*, p. 100.

⁹ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 102.

não deixa de reconhecer que aquele há de tomar como referência o valor do dano final e refletir, depois, a fração correspondente ao grau de probabilidade de realização da *chance* perdida¹⁰.

Assim, mesmo ao abrigo da orientação minoritária acima descrita, segundo a qual o grau de probabilidade ou a *seriedade* da *chance* não constituem um pressuposto da própria obrigação de indemnizar, o desencadeamento da responsabilidade civil pela perda de *chance* pressupõe sempre, em primeiro lugar, a prova da ocorrência do próprio dano final e, depois, a avaliação pelo juiz, em face dos elementos carreados para o processo, desse mesmo grau de probabilidade, que mais não seja para determinar o *quantum* indemnizatório¹¹.

2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico

Uma das matérias em que a figura em causa alcançou particular desenvolvimento na jurisprudência francesa, a partir de meados da década de 60 do século passado, é o da perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*, no domínio da responsabilidade civil por ato médico, seja dos próprios profissionais de saúde, seja dos respetivos estabelecimentos hospitalares¹². O recurso à perda de *chance*, como instrumento *conscientemente* empregue na superação das dificuldades postas, em tal domínio, pelas exigências de prova do nexo de causalidade, surge, historicamente, através de um aresto tirado pela *cour d'appel* de Grenoble, em 24 de Outubro de 1961, num caso em que estava em causa a falta de diagnóstico oportuno de uma fratura já evidenciada em anterior exame radiológico, com conseqüente agravamento do estado de saúde do paciente¹³. Alguns anos mais tarde, é a própria *Cour de cassation* que vem a sancionar tal doutrina, através de um acórdão tirado em 14 de Dezembro de 1965, a que se seguiram diversos outros arestos, versando também casos de negligência médica e mantendo, desde então, uma corrente jurisprudencial que consagrou a indemnização pela perda de *chance de recuperação ou*

¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 51-52.

¹² Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 35 e ss..

¹³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 229.

sobrevivência¹⁴.

Estão em causa situações em que, na sequência de erros de diagnóstico ou de falhas no tratamento prescrito, o doente vem a falecer ou o respetivo estado de saúde se agrava ou se prolonga, quando, não fora a falta cometida, a morte ou o agravamento da doença talvez pudessem ter sido impedidos ou o doente tivesse mesmo recuperado do mal de que padecia. Às situações de erro de diagnóstico ou falha no tratamento prescrito têm sido ainda equiparadas, nalguma medida, as situações de violação do dever de informação do paciente sobre os riscos da terapia a adotar ou de uma intervenção cirúrgica.

Uma incursão na doutrina francesa, em torno deste último domínio da responsabilidade civil, permite identificar quatro posições diferentes, a saber:

a) Uma posição mais conservadora ou tradicional, segundo a qual estaria em causa uma aplicação espúria da perda de *chance*, que não prescinde da existência de um dano autónomo impossível de descortinar em tal domínio¹⁵;

b) Uma segunda posição, de acordo com a qual não se registam diferenças substanciais entre este domínio de aplicação da perda de *chance* e qualquer outro, mas em que o recurso à figura resulta aí numa diminuição da indemnização (integral) que deveria ser atribuída ao lesado com fundamento no risco ilicitamente criado¹⁶;

¹⁴ *Ibidem*, p. 230 e nota 185.

¹⁵ SAVATIER, por exemplo, considerou estar-se aqui, verdadeiramente, perante um *sofisma*, por via do qual o juiz confunde a sua *incerteza* ou *perplexidade*, quanto à verificação do nexos de causalidade, com um cálculo de probabilidades arbitrariamente definido, quando deveria haver lugar a indemnização apenas perante a demonstração de que o dano (final) não se teria produzido na ausência da falta verificada (cf. *La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique*, 4.^a ed., Paris, 1979, p. 304). Também JEAN PENNEAU refere que "(...) se trata de artifício puramente verbal através do qual se pretende resolver, no plano do prejuízo, um problema que, pela sua verdadeira natureza, é um problema de causalidade", sustentando que há uma diferença essencial entre a generalidade dos casos em que a jurisprudência faz uso da teoria da perda de *chance* e os casos de responsabilidade civil por diagnóstico ou intervenção clínica deficientes ou ainda por violação do dever de informação do paciente quanto aos respetivos riscos (cf. *La Responsabilité du Médecin*, Paris, 1992, p. 31).

¹⁶ Assim, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 231. A crítica de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN coloca-se, todavia, da perspectiva oposta à que descrevemos na nota anterior, entendendo as Autoras que a perda de *chance* não constitui instrumento idóneo para o estabelecimento da responsabilidade civil por ato médico, mas apenas por implicar uma redução da indemnização correspondente ao

c) Uma terceira posição, que sustenta uma perspectiva unívoca da perda de *chance*, como dano autónomo, e a sua aplicação indiferenciada nos mais diversos domínios¹⁷;

d) Finalmente, a perspectiva de que a perda de *chance* não apresenta qualquer especialidade no contexto da responsabilidade civil por ato médico, mas constitui, em todas as suas manifestações, manifestação de uma ideia de *causalidade parcial* e não um verdadeiro dano autónomo¹⁸.

Esta diversidade de entendimentos – que constitui uma brecha na habitualmente divulgada *consensualidade* da perda de *chance* no Direito francês – denota bem a complexidade e as incertezas a respeito deste tema.

2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês

A problemática da perda de *chance* prende-se, em França, com o requisito da *certeza* do dano, que é tradicionalmente afirmado na doutrina. Como refere YVES CHARTIER, essa ideia de *certeza* do dano retira o seu fundamento do próprio *bom senso*, dado que, de outra forma, poderia enriquecer-se, sem causa, o suposto lesado¹⁹. O dano meramente *eventual* ou *hipotético* não é, portanto, indemnizável.

A figura da perda de *chance* permite, assim, assegurar ao lesado *alguma*

dano concretamente ocorrido, em termos algo arbitrários ou aleatórios (*ibidem*, pp. 232-233 e p. 236).

¹⁷ Neste sentido, YVES CHARTIER sustenta que, também neste domínio, o dano a considerar é, efetivamente, "(...) constituído pela própria perda de *chance*: é por isso que, aliás, como em todas as hipóteses de ressarcimento de uma perda de *chance*, a indemnização não poderá representar senão uma fração do que seria devido se o médico ou o cirurgião tivesse sido responsável pelo próprio estado da vítima" (in *La Réparation...*, cit., pp. 38-39).

¹⁸ Dando voz a esta última perspectiva, encontra-se JACQUES BORÉ, segundo o qual o correto entendimento do mecanismo da perda de *chance* não passaria pela *deteção* de um dano autónomo e distinto do dano final, mas pela revisão da estrutura a adotar a respeito da relação de causalidade entre o facto lesivo e o (único) dano verificado: "(...) a justificação do ressarcimento da perda de *chance* não é possível senão segundo uma conceção de causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconheça, na produção dos fenómenos, a combinação da lei causal e da lei aleatória" (cf. "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", in *Juris-Classeur Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23). Em sentido próximo, pronunciou-se, mais recentemente, FRÉDÉRIC DESCOPRS DECLÈRE (cf. "La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de *chance* consécutive à une faute du médecin", in *Recueil Dalloz*, 2005, n.º 11, pp. 742-748).

¹⁹ Cf. *La Réparation...*, cit., p. 21.

indenização, quando a verificação do dano final se apresenta aleatória, mas é ainda possível constatar uma probabilidade *séria* da respetiva ocorrência. É que, perante essa margem de aleatoriedade, o dano final não pode considerar-se certo e mesmo uma indenização parcial que, assumidamente, se lhe referisse, brigaria com outro princípio normalmente afirmado no Direito francês da responsabilidade civil, qual seja o da *reparaçãõ integral*²⁰.

No entanto, a certeza do dano de perda de *chance* apresenta-se como uma certeza *relativa* ou de *segundo grau*²¹, dado que, por natureza, é impossível saber se, não tendo a *chance* sido *perdida* ou *destruída*, a vantagem prosseguida teria sido alcançada ou a perda evitada²².

A autonomia da perda de *chance* em face do dano final, não é, aliás, inquestionável. Com efeito, tal autonomia não pode deixar de ser posta em causa a partir do momento em que se constata que a indemnizabilidade da perda de *chance* assenta, numa dupla perspetiva, na *probabilidade* de verificação do dano final. É que, como assinala ainda YVES CHARTIER, "(...) é o *próprio grau de probabilidade da chance perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparaçãõ e determina a fraçãõ do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar*"²³.

A propalada autonomia da perda de *chance* só aparece evidenciada, de forma congruente, quando se sustente que a sua indemnizabilidade e o *quantum* indemnizatório são relativamente indiferentes ao grau de probabilidade de concretizaçãõ da *chance*. Nesse enquadramento, o único pressuposto é a existência de *alguma* – ou *qualquer* – *chance* e basta, portanto, a respetiva perda para que o lesado tenha direito a ser indemnizado, desde que se encontrem verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil.

²⁰ Referindo-se a este princípio, vide GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 82, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, 4/Les Obligations*, 18.^a ed., 1994, pp. 447-448, PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBOM, *La Responsabilité Civile...*, cit., pp. 23-25.

²¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., p. 22.

²² Também PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON assinalam que "(...) a perda de *chance* apresenta-se como um prejuízo certo, na medida em que o ganho esperado se encontra definitivamente perdido. Mas é igualmente um prejuízo eventual, porque nada garante que o lesado, na hipótese de evoluçãõ normal dos acontecimentos, teria obtido o ganho frustrado" – in *La Responsabilité Civile...*, cit., p. 41.

²³ In *La Réparation...*, cit., p. 32. Sublinhando o mesmo aspeto, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., p. 680.

Já na perspectiva do Direito positivo, o surgimento e a expansão da perda de *chance*, no Direito francês, enquanto dano patrimonial, emergente e autónomo, não podem ser dissociados da circunstância de o *Code Civil* ter consagrado uma cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, assente na noção de *faute* (cf. artigo 1382.º do *Code Civil*). Por isso, tal conceção pode ser dificilmente transponível, pelo menos com a amplitude com que é admitida em França, para sistemas de responsabilidade civil que, como o nosso, tendam a restringir, segundo a orientação dominante, a responsabilidade civil delitual à violação culposa de direitos absolutos ou de disposições legais que tenham por finalidade a proteção de outrem.

Ainda na perspectiva do Direito positivo, o sistema francês de responsabilidade civil é também marcado, no plano da causalidade, pela redação do artigo 1151.º do *Code Civil*, que adota uma fórmula de sentido impreciso. Na verdade, a fórmula desse preceito legal não parece ter um conteúdo preceptivo e tende a ser entendida, fundamentalmente, numa aceção *negativa*, tendo em vista o repúdio das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*²⁴.

A isto acresce que, no plano doutrinário e dogmático, *grassa* entre os autores franceses um desalento generalizado quanto à viabilidade e à utilidade de uma teoria da causalidade, constatando-se uma tendência para remeter as questões de fronteira ou mais complexas para o domínio da apreciação da prova. JEAN CARBONNIER observa, aliás, que "(...) a *jurisprudência* parece decidir sobretudo *empiricamente* (...)", recusando a verificação do nexo de causalidade quando esta se apresenta demasiado *lassa* ou demasiado *extraordinária*, mas reduzindo o nível de exigência quando a falta cometida se revista de maior gravidade²⁵. Por isso, refere ainda este Autor que "(...) dá-se uma ideia bastante precisa da *jurisprudência*, se se disser que ela se serve de uma causalidade *moral* mais do que *material*"²⁶.

²⁴ Neste sentido, cf. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, tomo II, pp. 95-96, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 192, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil...*, cit., pp. 334-335. Também no sentido de que a exigência de uma relação *imediata* e *direta* se limita a reclamar um nexo *suficiente* de causalidade, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., p. 681.

²⁵ In *Droit Civil...*, cit., p. 346.

²⁶ *Ibidem*. A referência a uma causalidade *moral* só encontra explicação, em França, em vista de uma certa mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil

Pode, portanto, concluir-se que a configuração da perda de *chance*, enquanto dano autônomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil francês, em face quer da amplitude da noção de *faute*, quer da reduzida apetência para a *prospeção* de construções alternativas, que situem a perda de *chance* no plano da causalidade. Mesmo em França, porém, os precisos contornos dogmáticos da perda de *chance* constituem objeto de controvérsia, em especial na responsabilidade civil por ato médico.

2.2. Apreciação crítica

A análise do processo de surgimento e expansão da perda de *chance* permite-nos constatar que, na sua génese ou motivação funcional, a perda de *chance* traduz um fenómeno essencialmente idêntico em todos os seus múltiplos domínios de aplicação, pelo que não se justificam, em nosso entender, distinções apriorísticas ou pré-jurídicas, não alicerçadas normativamente. Dessa motivação funcional ou mesmo *oportunistica*, resulta, aliás, a *fungibilidade* entre a conceção da perda de *chance* como dano autônomo, por um lado, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade, por outro.

Verifica-se, igualmente, que a perda de *chance* é tendencialmente apresentada como um dano patrimonial emergente, atual e autônomo. Este entendimento é, todavia, favorecido pela *abertura* da cláusula geral em matéria de ilicitude constante do artigo 1382.º do *Code Civil*, ainda que não se apresente, mesmo aí, inteiramente convincente. Em especial, é dificilmente explicável como se concilia, em termos normativamente sustentados, o pressuposto da autonomia da perda de *chance* com a circunstância de o seu reconhecimento ou indemnizabilidade depender do grau de probabilidade de materialização da vantagem ou utilidade a que a *chance* se refere (o mesmo seria dizer, a *probabilidade de materialização do próprio dano final que se alega não ser indemnizado*).

Em estreita relação com o aspeto acabado de referir, conclui-se, também,

e da tendência jurisprudencial para atenuar as exigências a respeito da causalidade, quando a conduta ilícita se reveste de considerável gravidade.

que a autonomia da perda de *chance* parece só ser aceitável em vista de uma relativa indiferença quanto àquele grau de probabilidade.

Embora traduzindo uma motivação funcional idêntica, a perda de *chance* pode, pois, ser recebida, nos quadros do sistema, de forma diversa, segundo o entorno normativo da situação típica considerada e a natureza do dano final a que se refere, o que deve conduzir à recusa de uma teoria geral da perda de *chance*. Quando esteja em causa a lesão de bens com natureza patrimonial, a conformação da perda de *chance* como dano emergente e autónomo apresenta-se, em larga medida, falaciosa²⁷, muito embora a qualificação alternativa como critério de avaliação da causalidade jurídica

²⁷ Recorde-se que a possibilidade de atribuição de um valor patrimonial próprio à *chance*, em si mesma considerada, dependeria, nos termos gerais, da sua suscetibilidade de avaliação pecuniária, com base num valor de uso ou de troca, o que não parece viável, tanto mais que o conceito de dano tem de ser normativamente recortado, não podendo ser preenchido unicamente com apelo a um critério económico. A configuração da *chance* como dano autónomo, a partir de uma mera *refração* económica ou financeira do dano final, não tem, a nosso ver, o necessário lastro normativo. É curioso notar, aliás, que a dimensão artificial (ou *artificial*) do valor patrimonial próprio, e a conseqüente autonomia, da *chance* perdida ressaltam, desde logo, da fundamentação adotada no *leading case* *Chaplin vs. Hicks*, de 1911, que constitui o primeiro marco da jurisprudência inglesa a respeito da teoria da perda de *chance*. No caso concreto, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de "*theatrical engagements*" às doze vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso.

Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a falta cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição. No entanto, das pronúncias dos juizes do *Court of Appeal* parece resultar que o fundamento da indemnização repousa não na suposição de um verdadeiro valor de mercado da *chance*, mas numa perda *ficcionada* ou, mais claramente, na equiparação entre a lesão do direito a uma prestação contratual (ainda que secundária ou instrumental), com aptidão lucrativa, e a existência de um dano. Assim, lê-se na pronúncia de VAUGHAN WILLIAMS LJ: "É verdade que não pode afirmar-se a existência de um mercado. Nenhuma das cinquenta concorrentes poderia ter ido ao mercado e alienado o seu direito; o seu direito era pessoal e insuscetível de ser transmitido. Mas um júri pode bem adotar o entendimento segundo o qual esse direito, caso pudesse ter sido transmitido, teria sido de tal forma valioso que toda a gente reconheceria que um bom preço poderia ser obtido por ele".

Sobre os contornos e os fundamentos desta decisão, vide ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.ª ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350. Referindo-se também a este caso, cf. TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, 2006, p. 80, M.A. JONES, "Causation in tort: general principles", in *Clerk & Lindell on Torts*, 9.ª ed., Londres, 2006, p. 81, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.ª ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, p. 289, e TREITEL, *The Law of Contract*, 12.ª ed. (por EDWIN PEEL), Londres, 2007, pp. 1026-1027.

colida com os parâmetros normalmente adotados e, em especial, com o crivo praticamente hegemónico da *conditio sine qua non*.

3. O enquadramento dogmático da perda de *chance* na responsabilidade médica: a transposição para o Direito português

3.1. A perspetiva do dano

No ordenamento jurídico português, a identificação de um dano constitui pressuposto incontornável de toda a responsabilidade civil. Com efeito, conforme resulta das normas fundadoras da nossa lei civil – cf. artigos 483.º, n.º 1, 798.º, 227.º, n.º 1, e 562.º do CC –, a obrigação de indemnizar pressupõe sempre a existência de um dano ou prejuízo. Tal exigência é um corolário da subordinação da função preventiva ou sancionatória da responsabilidade civil à sua função ressarcitória, segundo o entendimento normalmente adotado.

A lei não comporta, porém, uma noção ou definição legal de dano, sendo que a virtualidade explicativa das noções sintéticas de dano também não é grande. O conceito de prejuízo tende, por isso, a ser apresentado compreensivamente, quer na lei, quer na doutrina, com recurso a diferentes classificações ou categorias.

No grupo de casos aqui considerados, releva, nomeadamente, a distinção entre o dano emergente e o lucro cessante, acolhida no artigo 564.º, n.º 1, do CC. No entanto, e apesar das diferenças que podem resultar do funcionamento do sistema quanto à determinação e indemnização dos lucros cessantes, tal dicotomia tem, fundamentalmente, o sentido de afirmar a ressarcibilidade de todos os danos juridicamente relevantes e de oferecer ao intérprete uma visão descritiva dos mesmos²⁸.

Em segundo lugar, deve ter-se aqui em conta, também, a distinção entre os danos presentes e os danos futuros. Também esta dicotomia se encontra subjacente à regulação legal, determinando o artigo 564.º, n.º 2, do CC, que o tribunal pode atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis, devendo remeter-se a fixação da respetiva indemnização para decisão ulterior, quando o seu montante não seja desde logo determinável.

²⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra, 2010, p. 527.

Em terceiro lugar, importa ainda ter presente a distinção entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais, consistindo os primeiros nos “(...) prejuízos que, sendo suscetíveis de avaliação pecuniária, podem ser reparados ou indemnizados (...)”, seja por via de indemnização específica, seja por via de indemnização por equivalente, e traduzindo os segundos os prejuízos insuscetíveis de avaliação pecuniária, “(...) porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o património do lesado (...)”²⁹. A admissibilidade do ressarcimento dos danos não patrimoniais encontra-se estabelecida, entre nós, com carácter geral, no artigo 496.º, n.º 1, do CC, ao determinar que “(...) na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”³⁰. O montante dessa indemnização é fixado, por sua vez, com recurso à equidade, nos termos dos artigos 496.º, n.º 3, e 494.º, do CC, tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso³¹.

Apreciadas as principais categorias em que a noção de dano é normalmente desdobrada, torna-se evidente a dificuldade em proceder à qualificação jurídica da perda de *chance* e, em particular, à respetiva caracterização como dano emergente ou lucro cessante.

Na prática, esta distinção apresenta, aliás, dificuldades assinaláveis, as quais são adensadas pela circunstância de o artigo 564.º, n.º 1, do CC não

²⁹ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 600-601.

³⁰ Dada a sua inserção sistemática, porém, é controversa a aplicação do preceito em causa à responsabilidade obrigacional – em sentido favorável, vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, 1997, pp. 385-386, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009, p. 603, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2013, p. 304; em sentido contrário, vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 605.

³¹ A indemnização por danos não patrimoniais é normalmente entendida como expressão da função também punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil – vide, neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 608, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 305, que refere estar em causa uma “(...) pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrává-la do comportamento do lesante”. Como salienta, por sua vez, MENEZES CORDEIRO, qualquer indemnização, e não apenas a que tenha por objeto danos não patrimoniais, comporta uma dimensão punitiva, sendo que “a indemnização por dano moral é ditada, em primeira linha, pela extensão deste; só acessoriamente pode ser chamada a intervir a culpa ou perigosidade do agente, como deveria suceder se de pena se tratasse” (cf. *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 515).

oferecer uma orientação clara a este respeito. Ponto assente deve ser, em qualquer caso, a rejeição de um critério puramente económico, dado que, como assinala PAULO MOTA PINTO, conduziria a “(...) *um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição, para além de não parecer suficientemente seguro (...)*”³².

Assim, a qualificação de um dano como emergente, segundo o entendimento habitualmente adotado entre nós, depende de saber se são atingidos bens ou direitos “(...) *já existentes na titularidade do lesado à data da lesão*”³³. Trata-se, portanto, de apurar em que medida a *chance* integra *qua tale* o património jurídico do lesado.

Ora, um dos requisitos normalmente exigidos para a determinação das relações ou situações jurídicas que integram o património de um certo sujeito é a sua suscetibilidade de avaliação pecuniária. Tal suscetibilidade resulta, segundo a orientação dominante, ou do “(...) *valor de troca do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação (...)*”, ou do respetivo “(...) *valor de uso, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa*”³⁴.

Sucede, porém, que tais critérios não se conciliam facilmente com a qualificação da perda de *chance* como dano autónomo, nomeadamente em situações como aquela aqui em apreço. Estando excluída a hipótese de atribuir um valor de uso à perda de *chance* sobrevivência ou recuperação de um doente, também não pode, obviamente, reconhecer-se-lhe um valor de troca, suscetível de ser determinado segundo as regras a que obedece o normal funcionamento de um mercado.

Na verdade, se estas objeções valem, em geral, para a suposta autonomia

³² Cf. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2009, p. 1089.

³³ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 599. Também assim, mais recentemente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., pp. 1089-1090.

³⁴ Cf. CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), Coimbra, 2005, p. 345. A admissibilidade do valor de uso como critério para a integração de uma dada situação jurídica no património constitui uma evolução face ao entendimento expresso pelos autores mais antigos, segundo o qual “(...) *só entram no conceito de património aqueles direitos que, sendo de natureza patrimonial, isto é, avaliáveis em dinheiro, sejam também transmissíveis*” – cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 1995 (reimp.), p. 79.

do dano patrimonial de perda de *chance*, por maioria de razão valerão para a perda de *chance* de recuperação ou de sobrevivência, que constitui, em si mesma, um dano não patrimonial (ainda que dele possam decorrer, por sua vez, danos patrimoniais). O enquadramento tradicional da perda de *chance* não é, portanto, transponível para o Direito português e, em especial, para o domínio da responsabilidade por ato médico.

3.2. A necessidade de uma conceção estritamente normativa de perda de *chance* de cura ou sobrevivência

Divergimos, assim, da posição de RUTE TEIXEIRA PEDRO³⁵, segundo a qual “(...) *contra a admissão da perda de chance, como uma espécie autónoma de dano, não há nenhum argumento decisivo. Entre nós, ele poderá ser aceite, respeitado que é o esquema tradicional da responsabilidade civil (...)*”³⁶, embora reconheça também que “(...) *o carácter instrumental do elemento intermédio – chance – face ao elemento final (resultado) reflectir-se-á necessariamente no ressarcimento do malogro daquele –, quer no que respeita à determinação do quantum reparatório devido (que constituirá um menos face ao ressarcimento da perda do resultado), quer no que concerne ao an dessa reparação (que só deve ocorrer, na falta de reparação da perda do resultado)*”³⁷.

Deparamo-nos aqui, uma vez mais, com a ideia da autonomia (relativa) da perda de *chance*, mas o processo da sua *recepção* ou *juridificação* não se mostra evidente. RUTE TEIXEIRA PEDRO começa por constatar que “(...) *a chance será uma álea ajurídica que se torna jurídica quando desaparece (...)*”³⁸, ou seja, algo que, na sua matriz, constitui mera situação de facto, só relevando para efeitos ressarcitórios. Ora, a confluência desta ideia de *neutralidade* da *chance* com a sua reconhecida *instrumentalidade* indiciam tudo menos um dano autónomo. A Autora, porém, sustenta inequivocamente a autonomia da perda de *chance*, mesmo na aceção de dano patrimonial, recorrendo a uma

³⁵ Cfr. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, 2008, pp. 179 e ss..

³⁶ *Ibidem*, p. 463.

³⁷ *Ibidem*, p. 460

³⁸ *Ibidem*, p. 209.

noção ampla de património, assente num “(...) *critério misto económico-jurídico* – à luz do qual, o património aparece como uma “soma de todos os valores juridicamente protegidos””.

No entanto, reconhecendo a inviabilidade de fundar, entre nós, a proteção jurídica da *chance* num direito à integridade do património, RUTE TEIXEIRA PEDRO entende que isso não constitui um “(...) *obstáculo intransponível ao reconhecimento da relevância ressarcitória à perda de chance* (...)”, na medida em que “(...) *a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse “dano” corresponda – como, em regra, acontece, nas hipóteses que convocam o dano da perda de chance – à violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído que conceda protecção (directa) àqueles interesses. Haverá, portanto, uma concomitante (e causalmente relevante) violação de um direito subjetivo (absoluto ou relativo) ou de uma norma de protecção*”³⁹.

Com isto, porém, aproximamo-nos de algo muito distinto da tradicional justificação dogmática para a ressarcibilidade da perda de *chance*, evidenciando-se a necessidade de fundar normativamente a respetiva tutela, em especial na responsabilidade médica. Com efeito, na medida em que, segundo acaba por assumir RUTE TEIXEIRA PEDRO, a tutela jurídica da *chance* se alicerça na existência de deveres secundários, destinados instrumentalmente à proteção do bem ou vantagem a que a *chance* se refere, e que o dano se retira da própria verificação do ilícito, a abstração da perda de *chance* e a sua finalidade essencialmente punitiva – ou *preventiva*, se se vislumbrar na punição um efeito de prevenção geral – surgem com nitidez⁴⁰, mas em termos que supomos incompatíveis com a ideia de dano patrimonial. Como é que se reveste de valor patrimonial um *bem* que só é detetável em face da infração de um dever secundário?

Isto evidencia, na verdade, a necessidade de um diferente enquadramento

³⁹ *Ibidem*, pp. 214-215.

⁴⁰ A Autora reconhece, aliás, que “(...) o raciocínio fundante da aceitação dos danos punitivos está, de alguma forma, presente na admissibilidade de ressarcimento do dano da perda de *chance*”, embora sustente que “(...) essa finalidade é secundária face à precípua finalidade de reparação de um dano efetivamente ocorrido (...)” – *ibidem*, p. 307. Todavia, esta construção radica, em larga medida, num círculo vicioso: a finalidade punitiva é secundária em face da autonomia do dano, mas esta, por sua vez, resulta linearmente da violação de deveres secundários funcionalizados à tutela do bem jurídico com que a *chance* se encontra conexas.

dogmático para os casos de perda de *chance* de cura ou de sobrevivência, o que é ainda corroborado pelo facto de a referida Autora fundar a autonomia da *chance*, em última instância, na violação de um direito geral de personalidade: *“a autónoma tutela reparatória das chances (reconhecendo que a respetiva destruição é danosa) traduz, apenas, a extensão da proteção jurídico-civilística a outras camadas que densificam o conteúdo de específicos bens jurídico-pessoais, derivados de e incluídos naquele direito geral. Representará uma defesa de segunda linha, que operará para garantir o funcionamento do instituto da responsabilidade civil – que, se reportado aos bens jurídicos vida ou saúde, se revela inoperativo”*⁴¹. Concretizando, a Autora ainda esclarece: *“(...) no âmbito da responsabilidade médica, em geral, e das situações que suscitam a aplicação da perda de chance de cura ou sobrevivência, em particular, contende-se com o direito à vida, à saúde, à integridade pessoal (física e moral), tudo valores juridicamente protegidos, como direitos especiais de personalidade que são. Desta forma, parece-nos que, entre nós, não se colocarão grandes dificuldades, quanto à subsunção no art. 483.º, dos comportamentos frustradores daquelas espécies de chances, nem quanto à sua consideração como danos juridicamente reparáveis. [§] No que à responsabilidade contratual diz respeito, não se duvidará da relevância jurídica da violação das chances que constituem o objeto sobre que incide a prestação debitória, atendendo ao conteúdo da obrigação assumida pelo médico – o médico vincula-se a aproveitar as possibilidades que a técnica e o conhecimento médicos aplicados àquele caso proporcionam, obrigando-se a não destruir, por um ato culposo (consistente em mora, incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso), as chances que a natureza oferece”*⁴².

Discordamos, portanto, da tese sustentada por RUTE TEIXEIRA PEDRO, na medida em que *toma a parte pelo todo* e sustenta *indiscriminadamente* a configuração da perda de *chance* como dano emergente e autónomo, sendo evidente que as premissas em que assenta não são extensíveis ao domínio dos danos patrimoniais. Mas, no concreto domínio da responsabilidade médica, e desde que tal seja abertamente assumido, nada

⁴¹ *Ibidem*, pp. 383-384.

⁴² *Ibidem*, pp. 385-386.

temos a opor a uma concepção estritamente normativa da perda de *chance*, que aflora explicitamente nalguma doutrina alemã e funda o direito a indemnização pela perda de *chance* no próprio âmbito de proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados.

Nesta linha, refere NILS JANSEN que a perda de *chance* "(...) efetivamente transforma problemas de prova da causalidade numa questão de avaliação do dano"⁴³, mas salienta que "(...) o elemento essencial desta ideia é normativo: "(...) ela refere-se a direitos (normas) e não a aspetos causais (factos)"⁴⁴. Por outras palavras, trata-se aqui de convolar a própria *chance* num direito, tese que tem a vantagem, segundo o Autor, de "(...) lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da *conditio sine qua non* ("but-for causation"), lesão ("harm") e prejuízos"⁴⁵, evitando uma mudança radical, designadamente do critério a adotar quanto à causalidade jurídica.

Esta tese opera, portanto, uma verdadeira refundação da perda de *chance*, cuja indemnizabilidade deixa de estribar-se num suposto valor patrimonial ou de troca: "*não há mercado para as oportunidades de renegociar contratos, não há mercado para as chances de obter um emprego, e a chance de vencer um concurso de beleza obviamente não pode ser vendida*"⁴⁶. Todo o fundamento da perda de *chance* passa a residir

⁴³ Cf. "The idea of a lost chance", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 19 (pp. 271-296), p. 282. Do mesmo Autor, cf. *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003, maxime pp. 129 ss, pp. 495 ss e pp. 524-528

⁴⁴ *Ibidem*, p. 283. Esta asserção encontra-se em linha com aquilo que, noutra local, o Autor refere sobre a necessidade de uma valoração aberta quanto ao conteúdo de atribuição e à plenitude da proteção normativa, assinalando a vocação expansiva dos bens jurídicos elencados no § 823 I BGB (cf. *Die Struktur des Haftungsrechts*, cit., pp. 496-497 e p. 501).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 285.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 289. No último exemplo, JANSEN refere-se ao *leading case* *Chaplin v Hicks*, que historicamente marca o início do percurso da perda de *chance* no Direito inglês. Neste caso, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de "*theatrical engagements*" às doze vencedoras. Na primeira fase do concurso, deveriam ser escolhidas cinquenta concorrentes pelos leitores do jornal com base nas fotografias publicadas. Na segunda fase, o réu deveria entrevistar essas cinquenta concorrentes e proceder à seleção das doze vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora

no próprio Direito: “(...) a proteção das chances é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances. O Direito Privado não pode ficar aquém dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais”⁴⁷.

E, ainda na doutrina alemã, tendo fundamentalmente em vista os casos de responsabilidade civil profissional de prestadores de serviços (em especial, médicos e advogados), GERALD MÄSCH sustenta que a indenização pela perda de *chance* retira o seu fundamento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação ou garantia da *chance*, cuja violação gera o dever de indenizar por um dano autónomo, distinto do dano final⁴⁸. De acordo com o entendimento de MÄSCH, não se tornaria necessário operar qualquer alteração ou desvio ao critério de causalidade e às normais exigências de prova, que não se refeririam ao dano final, mas a um dano autónomo de perda de *chance*, cuja ressarcibilidade seria reclamada justificado pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados⁴⁹. Desta perspectiva, tal ressarcibilidade encontra-se limitada às conformações casuísticas em que o devedor se ache obrigado a preservar e promover ativamente a realização da *chance*, não sendo de admitir no domínio da responsabilidade civil delitual, diversamente do que propõe JANSEN⁵⁰.

a infração cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição – cf. ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.ª ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 292.

⁴⁸ Cf. *Chance und Schaden*, Tübingen, 2004, pp. 240-248.

⁴⁹ *Ob. cit.*, pp. 267-268.

⁵⁰ *Ob. cit.*, pp. 273-274. De assinalar que a posição de MÄSCH – semelhante à adotada, entre nós, por CARNEIRO DA FRADA (cf. *Direito Civil...*, cit., pp. 104-105) – coincide, neste ponto, com o entendimento tradicional sobre a indemnizabilidade da perda de *chance* no Direito inglês, entretanto já aí superado: embora originariamente associada a casos de responsabilidade civil contratual (cf. nota 46 *supra*), não parece que a indemnização pela perda de *chance* se encontre hoje confinada a esse domínio, não residindo o seu fundamento na distinção entre *contract* e *tort*, ainda que a jurisprudência mantenha uma persistente reserva à sua extensão aos casos de *physical injury* – cf. M.A. JONES, “Causation in tort: general principles”, in *Clerk & Lindell on Torts*, 9.ª ed., Londres, 2006, p. 85, TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, 2006, p. 80, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.ª ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres,

Quanto a nós, as teses de JANSEN e MÄSCH têm o efeito de deslocar inteiramente o problema para o plano da ilicitude, na qual a própria exigência do dano acaba por diluir-se: dir-se-ia que a verificação do ilícito contém já em si o dano a indenizar. No entanto, repita-se, parece-nos que este modo de ver poderá encontrar aplicação nos domínios da responsabilidade civil por danos não patrimoniais e, em especial, no domínio da responsabilidade civil por ato médico, afigurando-se-nos mesmo que, nesse plano, esta é a proposta de enquadramento dogmático mais linear e convincente.

4. Conclusão

Terminado este percurso de análise, podemos concluir que, com um diferente fundamento dogmático, a responsabilidade pela perda de *chance* de cura ou sobrevivência pode ser aceite entre nós, não havendo justificação para a *inversão axiológica* que parece estar a ocorrer na nossa jurisprudência, com a proliferação – nalguns casos, para além do razoável – de decisões de condenação na indemnização da perda de *chance* por danos patrimoniais (em especial, de advogados), em moldes contrastantes com a recusa persistente dos tribunais superiores em reconhecer o direito a indemnização pela perda de *chance* de cura ou sobrevivência.

Aliás, do fundamento dogmático invocado, decorre não apenas a ressarcibilidade da perda de *chance* de cura ou de sobrevivência, mas um significativo reforço da sua autonomia relativamente à materialização (ou probabilidade de materialização) do dano final. Como tal, a decisão de condenação no pagamento de indemnização não deverá, neste específico grupo de casos, ficar dependente de uma fasquia de probabilidade rígida e relativamente elevada, parecendo-nos, neste domínio, excessiva a exigência de um limiar igual ou superior a 50%. Aguardamos, portanto, que o futuro possa trazer uma inflexão – ou correção – desta jurisprudência, com o inerente aperfeiçoamento da tutela ressarcitória do doente lesado.

2006, p. 289, SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7.ª ed., Oxford, 2012, pp. 238 ss, e MARK LUNNEY/KEN OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford, 2013, pp. 216 ss.

Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos

Diana Montenegro da Silveira

Mestre em Direito

0. Introdução; **1.** Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos; **1.1.** Da aplicação do regime especial de responsabilidade civil do produtor; **2.** Pressupostos de aplicação deste regime especial; **2.1.** O defeito do medicamento; *a)* Tipos de defeito; *b)* Defeitos de desenvolvimento – Exclusão da responsabilidade; **2.2.** O dano sofrido; **2.3.** O nexo de causalidade: *a)* Os efeitos adversos latentes; *b)* Outras possíveis causas dos danos; *c)* Medicamento produzido por vários laboratórios; **3.** O prazo de caducidade do direito ao ressarcimento: a sua inadequação em matéria de danos provocados por medicamentos

0. Introdução

A temática que aqui se desenvolve na perspectiva de geração de responsabilidade civil prende-se com as chamadas reacções adversas aos medicamentos.

Ninguém põe em causa o valor social dos medicamentos. Os medicamentos salvam vidas, tratam doenças, incrementam a qualidade de vida, aliviam as dores e o mal-estar físico e psíquico, entre tantos outros benefícios de valor inestimável. Não obstante, os fármacos configuram um produto especial, não comparável a qualquer outro produto comum, especificidade que resulta da sua propensão para causar danos. Isto é, associada à sua capacidade para curar, tratar e aliviar surge, inseparável, uma potencialidade para desencadear reacções adversas mais ou menos graves, as quais podem desembocar em sérios danos na saúde das pessoas.

Perante esta dupla face dos medicamentos, a sua aceitação científica e social assenta numa adequada ponderação entre os seus benefícios e os seus

riscos. Tal ponderação deve resultar de um total conhecimento do medicamento sob estudo e das reacções que este é passível de desencadear. Desde que se possa dizer que a relação benefício-risco do medicamento é positiva, isto é, que os benefícios que o medicamento acarreta para a saúde das pessoas são superiores aos riscos, a possibilidade de ocorrência dessas reacções adversas é assumida pelos profissionais de saúde e também pelos pacientes que aceitam correr esse risco.

O problema surge quando se verifica que determinado medicamento desencadeia reacções adversas inesperadas. As reacções adversas inesperadas caracterizam-se por serem totalmente desconhecidas aquando do lançamento do medicamento no mercado e aquando da sua prescrição pelo médico ao paciente. O que significa que tais reacções, por não serem conhecidas, não entraram em linha de conta na ponderação dos benefícios e riscos do medicamento.

Milhares de pessoas morrem anualmente em consequência destas reacções adversas inesperadas. Quem não ouviu já notícias sobre pessoas que morreram ou sofreram danos graves na sua saúde em consequência da administração de determinado medicamento, sem que tais efeitos fossem expectáveis, como sucedeu nos conhecidos casos dos medicamentos Lipobay e Mediator. No que se refere ao medicamento Lipobay (também vendido em Portugal com o nome Colstat), usado para a redução da taxa de colesterol, veio a descobrir-se que causava lesões musculares fatais. Este era um dos produtos mais populares e mais vendidos do laboratório farmacêutico Bayer. O medicamento foi retirado do mercado em 2001 na sequência da morte de 52 pessoas em todo o mundo devido ao consumo deste medicamento, designadamente nos EUA, em Espanha e na Alemanha. Em Portugal verificaram-se cinco notificações de reacções adversas associadas ao medicamento, duas das quais diziam respeito a casos graves lesões musculares. Por seu turno, o medicamento Mediator, usado para tratamento de diabéticos com problemas de peso e por pessoas interessadas em emagrecer, provocou a morte de 500 a 2000 pessoas em França devido ao aparecimento de doenças cardíacas. Além das mortes provocadas pelas deficiências nas válvulas cardíacas, 3.500 pessoas tiveram de ser hospitalizadas depois de tomar o medicamento. Este viria a ser retirado do mercado francês

em 2009. O medicamento foi comercializado durante 30 anos em Portugal tendo sido retirado em 2009.

1. Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos

O problema que neste trabalho se discute é o de saber se, havendo uma pessoa que sofreu danos graves na sua saúde em consequência de reacções adversas desencadeadas por um medicamento que tomou, terá essa pessoa que suportar em definitivo os danos que sofreu ou terá antes direito a ser indemnizada, por quem e em que termos.

1.1. Da aplicação do regime especial de responsabilidade civil do produtor

O laboratório farmacêutico que produz determinados medicamentos e os põe em circulação é produtor, encontrando-se, como tal, sujeito ao regime da responsabilidade civil do produtor. Portanto, aquele que pretenda ser ressarcido dos danos que sofreu em virtude de reacções adversas provocadas por um medicamento que tomou, pode demandar civilmente o produtor do medicamento, bastando-lhe para tanto alegar e provar o defeito do medicamento, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Este regime de responsabilidade objectiva é mais favorável ao lesado do que o regime geral da responsabilidade, uma vez que este não terá de fazer prova da culpa do produtor. De salientar, no entanto, que o diploma que regula a responsabilidade objectiva do produtor preceitua, no seu artigo 13.º, que a responsabilidade prevista no diploma não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais. O que equivale a dizer que este regime de responsabilidade não elimina nesta matéria a tutela concedida ao consumidor/lesado pelos outros sistemas de responsabilidade civil já consagrados, podendo desta forma o lesado invocar o regime de responsabilidade do produtor que lhe for mais favorável.

2. Pressupostos de aplicação deste regime especial

2.1. O defeito do medicamento

O primeiro pressuposto a ser invocado e provado é o defeito do medicamento.

Mas quando é que podemos dizer que determinado medicamento é defeituoso?

O artigo 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 383/89, define “produto defeituoso” do seguinte modo: “*Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação*”. Antes de mais, o que interessa aqui verificar não são as expectativas subjectivas do lesado, mas as expectativas objectivas do público em geral, ou seja, a segurança esperada e tida como normal daquele medicamento em concreto. Perante a noção de produto defeituoso consagrada na lei, cabe perguntar: qual a segurança que podemos legitimamente esperar de um medicamento? Como podemos apreciar o carácter anormalmente perigoso de um medicamento?

A potencialidade de um medicamento para causar danos não o torna, necessariamente, num produto defeituoso no sentido da legislação da responsabilidade objectiva do produtor. Por exemplo, não será defeituoso o medicamento que provoca alergia num doente em virtude de uma predisposição subjectiva, individual, quando no conjunto dos doentes se mostre inofensivo (1). Os consumidores não estão necessariamente legitimados a esperar que um medicamento esteja isento de riscos. A expectativa dos pacientes relativamente à segurança do medicamento que se pode ter por razoável e legítima é a de que o medicamento é seguro quando o médico prescritor e o farmacêutico de oficina estão devidamente alertados para todas as possíveis reacções adversas do medicamento e, ponderando os riscos e as vantagens do uso daquele medicamento pelo concreto paciente, o prescreve ou dispensa.

(1) Vide neste ponto CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 634 e segs.

Já não poderemos considerar seguro o medicamento que vem a desencadear reacções adversas inesperadas, isto é, reacções que nem os profissionais de saúde nem o paciente sabiam que podiam vir a manifestar-se. Nestes casos, os medicamentos não oferecem a segurança com que legitimamente se pode contar e, como tal, são defeituosos nos termos e para os efeitos do regime da responsabilidade do produtor.

a) Tipos de defeito

Embora a lei nada diga neste sentido, a doutrina distingue vários tipos de defeitos que o produto pode apresentar ⁽²⁾. Assim, pode desde logo o defeito ser um defeito de concepção, ou seja, aquele que se verifica ao nível da idealização do produto, logo na fase inicial da preparação da produção. O medicamento defeituoso apresentará um defeito de concepção quando o defeito decorre de um erro na fórmula ou quando ao medicamento é inerente um efeito secundário perigoso e anormal.

Diferentemente, o defeito poderá ser um defeito de fabrico. Este ocorre ao nível da produção propriamente dita, na fase da concretização da fórmula, por falha mecânica ou humana. Neste caso o defeito pode manifestar-se em apenas alguns dos lotes do medicamento e não em todos. Por outro lado, o medicamento pode apresentar um defeito de informação, que ocorre quando, sendo o medicamento em si mesmo perfeito e seguro, é inseguro por falta, insuficiência ou inadequação das informações relativas ao seu uso, à sua perigosidade, às contra-indicações que lhe estão associadas.

Por último, o defeito pode ser um defeito de desenvolvimento. Defeitos de desenvolvimento são aqueles que são incognoscíveis e indetectáveis perante o estado da ciência e da técnica no momento em que o produto é posto em circulação. O defeito, intrínseco ao produto, existia mas não era detectável à luz do estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes, no momento da colocação do produto no mercado. Só posteriormente, com o desenvolvimento dos conhecimentos científicos e técnicos, e estando já causados os danos, é que se torna possível detectá-los e qualificar o produto como defeituoso.

⁽²⁾ Vide neste ponto CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 655 e segs.

b) Defeitos de desenvolvimento – Exclusão da responsabilidade

A propósito dos defeitos de desenvolvimento, refira-se que o artigo 5.º do Decreto-lei n.º 383/89, intitulado “Exclusão da responsabilidade”, prevê a possibilidade de o produtor afastar a sua responsabilidade provando, entre outras hipóteses, *“que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito”*. Estamos precisamente a falar dos chamados defeitos de desenvolvimento. O que significa que nestes casos, em que o defeito do medicamento é considerado como sendo um defeito de desenvolvimento, o produtor vê a sua responsabilidade excluída e o lesado não será indemnizado.

Tem-se discutido muito na doutrina, principalmente fora de Portugal, se é ou não uma boa opção a estipulação na lei desta causa de exclusão da responsabilidade.

A controvérsia neste ponto justifica-se, pois, se por um lado, sabemos que se trata de danos que procedem de uma causa que o produtor não podia prever nem evitar, tendo em conta o estado da ciência no momento em que o produto foi posto em circulação, por outro lado o consumidor tem o direito de esperar que um produto seja comercializado sem vícios e que, portanto, usado normalmente, não causará nenhum dano. Para além do mais, no que se refere especificamente aos medicamentos, podemos dizer que a indústria farmacêutica é um campo onde facilmente se pode invocar a exclusão da responsabilidade com base na argumentação de que o defeito do medicamento que causou o dano é um defeito de desenvolvimento. Ora, choca que precisamente numa área onde os danos se manifestam de forma particularmente grave e muitas vezes ocorrem em série, o produtor possa ver a sua responsabilidade excluída deixando os lesados sem indemnização.

Exemplo da variedade de opiniões relativamente a este ponto, com especial incidência no que se refere aos produtos farmacêuticos, é o das diferentes posições adoptadas pelos países da UE aquando da transposição da Directiva n.º 85/374/CEE sobre responsabilidade relativa a produtos defeituoso. Perante a liberdade atribuída pela Directiva aos Estados-Membros de adoptarem ou derogarem, na legislação nacional, a exclusão da

responsabilidade baseada nos defeitos de desenvolvimento ⁽³⁾, todos os países adoptaram esta causa de exclusão da responsabilidade na sua legislação nacional, à excepção da Finlândia e do Luxemburgo. No entanto, alguns países, admitindo esta causa de exoneração em geral, excluíram certos âmbitos. Foi o caso da Alemanha, onde a responsabilidade por defeitos de desenvolvimento é admitida quando em causa estão produtos farmacêuticos, ou seja, quanto a estes não é admitida a exclusão da responsabilidade por defeitos de desenvolvimento. Foi também o caso da Espanha no que se refere a medicamentos e a produtos alimentares destinados ao consumo humano.

A França foi o último país a transpor a Directiva consagrando como causa de exoneração os defeitos de desenvolvimento, afastando, porém, a possibilidade desta defesa quando o dano seja causado por um elemento do corpo humano ou por produtos procedentes dele (ex. hemoderivados). Esta excepção foi consagrada porque a França foi um dos países mais afectados com casos de contágio de pessoas com o vírus HIV ou com Hepatite C através de transfusões de sangue ou do uso de produtos hemoderivados contagiados ⁽⁴⁾.

2.2. O dano sofrido

O segundo requisito que deve ser provado para que possa haver lugar à responsabilização civil objectiva da indústria farmacêutica é a existência de dano. Quanto aos danos ressarcíveis estatui o artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-lei em apreço: "*São ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal...*". Assim, no caso de "morte ou lesão pessoal" são ressarcíveis quer os danos patrimoniais, ou seja, prejuízos materiais susceptíveis de avaliação pecuniária que resultam da lesão do bem vida ou integridade pessoal, sejam

³ No processo de elaboração da Directiva, o problema dos riscos de desenvolvimento foi um dos que mais discussões desencadeou, evidenciando a contraposição de interesses entre os consumidores e os produtores. Por esta razão, a Directiva adoptou uma solução de compromisso, autorizando os Estados, no seu artigo 15.º, n.º 1, al. b), a derrogar a regra do artigo 7.º, al. e), a qual corresponde à alínea e) do nosso artigo 5.º.

⁽⁴⁾ Vide GÓMEZ LAPLAZA, *Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea*, in "Estudios De Responsabilidad Civil – En Homenaje Al Profesor Roberto López Cabana", Dykinson, S.L., Ciudad Argentina, 2001, pp. 138 e segs.

danos emergentes (ex. despesas médicas), sejam lucros cessantes (ex. salários que deixou de auferir em virtude de não poder trabalhar), quer os danos não patrimoniais (na linha do artigo 499.º do Código Civil que remete para o 496.º do mesmo Código).

2.3. O nexo de causalidade

Por último, tem o lesado que provar o nexo de causalidade entre o defeito do medicamento e o dano sofrido. No que se refere a este pressuposto, recorreremos ao auxílio do artigo 563.º do Código Civil, relativamente ao qual se tem entendido que aponta no sentido da Teoria da Causalidade Adequada. Assim, temos que formular esta simples operação intelectual: os danos ter-se-iam verificado do mesmo modo na esfera do paciente se excluirmos o defeito do produto?

A prova do nexo de causalidade entre o defeito de um produto e a verificação de danos é, quase sempre, muito difícil de se fazer. Este problema do nexo de causalidade coloca-se com particular acuidade quando o produto em causa é um medicamento. As dificuldades de prova do nexo de causalidade entre o defeito do medicamento e o dano sofrido, numa acção de responsabilidade civil, advêm da própria natureza do produto em causa, conforme veremos de seguida.

a) Os efeitos adversos latentes

Por vezes os efeitos adversos ocorrem muitos anos depois da administração do medicamento. Neste ponto é célebre o caso do Diethylstilbestrol (DES), um estrogénio sintético que foi posto em circulação no EUA, nos anos 40, e que foi usado por mulheres grávidas com o objectivo de prevenir o aborto espontâneo, sobre o qual se veio a descobrir que causou cancro vaginal nas filhas (DES daughters) de algumas destas mulheres, as quais eram fetos aquando da toma do medicamento pelas mães. No entanto, o cancro vaginal só se manifestou na adolescência ou idade adulta das filhas, e portanto entre 12 a 25 anos depois da administração do medicamento nas mães, o que aumentou as dificuldades de estabelecer um nexo causal e de

distinguir entre uma possível reacção adversa ao medicamento e uma doença com uma origem natural (5).

b) Outras possíveis causas dos danos

Na maioria dos casos é difícil apurar se a situação clínica da pessoa é devida a uma reacção adversa provocada por determinado medicamento ou se, pelo contrário, se deveu a uma alergia individual ao medicamento ou a algum dos seus compostos. Por outro lado, um dos casos mais problemáticos no que se refere ao estabelecimento de causalidade quando em causa está um medicamento, são aquelas situações em que o lesado sofreu reacções adversas na sequência da administração de vários medicamentos ao mesmo tempo, pois é quase impossível saber se a reacção adversa resultou de defeito de um dos medicamentos ou se se deveu a interacção perigosa entre os medicamentos utilizados.

Alguma Doutrina tem defendido a flexibilização da prova do nexo de causalidade nestes casos, no sentido de que, estando provado o dano e o defeito do produto, a prova do nexo causal se reconduza a um mero juízo de probabilidade (6), sob pena de o diploma da responsabilidade do produtor não cumprir o seu objectivo primordial de protecção do consumidor e ressarcimento da vítima de produtos defeituosos. Aliás, é o próprio artigo 563.º do Código Civil que o sugere ao estipular que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão”.

c) Medicamento produzido por vários laboratórios

Outro problema que se tem colocado em acções civis contra laboratórios farmacêuticos tem a ver com a identificação do particular produtor que produziu o concreto medicamento que efectivamente causou o dano, quando são vários os laboratórios que produzem e comercializam o mesmo

(5) Vide RICHARD GOLDBERG, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 2; JOHN O'GRADY, *Drug Induced Injury*, em “Medicines, Medical Devices And The Law”, Edited by John O'Grady e outros, GMM, 1999, pp. 121 e segs.

(6) CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., pp. 711 e ss.

medicamento. Neste caso é demasiado oneroso, senão mesmo impossível, para o lesado demonstrar qual dos fabricantes produziu aquele concreto produto que causou o dano, ficando assim comprometido o nexo de causalidade.

Modernamente, alguns países começaram a pôr em prática novas teorias com o objectivo de facilitar a prova do nexo de causalidade entre o defeito do medicamento e o dano, assim como facilitar a identificação do responsável (7). Neste sentido, para remediar esta situação de dificuldade/impossibilidade de identificação do produtor que causou o dano concreto, surgiu nos Estados Unidos a Teoria do "Market Share Liability" segundo a qual todos os fabricantes do produto que causou o dano são responsáveis, na proporção das suas respectivas quotas de mercado. Contudo, o produtor pode exonerar-se da responsabilidade provando que não foi o produto por si comercializado que causou o dano. A objecção que se tem levantado a esta Teoria é a de proteger pouco a vítima, no sentido de que a responsabilidade dos produtores não é solidária (8), podendo ficar a vítima sem o ressarcimento total no caso de insolvência de algum dos produtores.

Já a versão da Teoria da Causalidade Alternativa que se tem aplicado na Holanda aceita a imposição da responsabilidade por todos os danos causados pelo produto sobre todos os produtores, ou seja, a responsabilidade solidária dos produtores (embora o apuramento da percentagem que cada um detém de mercado, possa servir para estabelecer a contribuição proporcional de cada produtor) (9).

Também na doutrina portuguesa, alguns autores têm defendido uma certa flexibilização da prova do nexo de causalidade, designadamente

(7) Sobre este assunto, consultar RICHARD GOLDBERG, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, pp. 55 e segs, e CALVÃO DA SILVA, *L'Arrêt DES*, "European Review of Private Law" 2, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994, pp. 465 e segs.

(8) Sobre os motivos da rejeição do "Market Share Liability" vide CALVÃO DA SILVA, *L'Arrêt DES*, *ob.cit.*, pp. 467 e 469, e RICHARD GOLDBERG, *ob. cit.*, pp. 70 e segs.

(9) Ver EWOUT HONDIUS, *A Dutch DES case: Pharmaceutical Producers Jointly and Severally Liable*, "European Review of Private Law" 2, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994, pp. 409 e segs.; LUCAS BERGKAMP, *Compensating personal injuries caused by DES: "No causation liability" in the Netherlands*, "European Journal of Health Law" 1, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994, pp. 35 e segs.

defendendo que, tendo a vítima provado o defeito do medicamento que tomou e o dano que sofreu e tendo individualizado os vários produtores do medicamento, bastaria que o lesado provasse que cada uma das causas é causa adequada para o dano, ou seja, que o risco abstracto criado por cada um dos produtores ao colocar aquele medicamento no mercado é susceptível de constituir a causa real e concreta dos danos sofridos ⁽¹⁰⁾.

3. O prazo de caducidade do direito ao ressarcimento: a sua inadequação em matéria de danos provocados por medicamentos

Estatui o artigo 12.º do mesmo diploma: "*Decorridos 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano, caduca o direito ao ressarcimento, salvo se estiver pendente acção intentada pelo lesado*". A fixação de um prazo de caducidade protege o produtor, em detrimento do consumidor lesado, mas compreende-se a sua necessidade se atendermos a certos aspectos desta matéria: a natureza objectiva da responsabilidade, o progresso da ciência e da técnica, a dificuldade de prova da inexistência do defeito quando o produto é posto em circulação quando já passaram muitos anos sobre essa data, entre outros.

No entanto, se podemos dizer que o prazo de caducidade de 10 anos é razoável quando estão em causa certos produtos como automóveis, electrodomésticos, etc., o mesmo já não podemos dizer quando o produto defeituoso é um medicamento. Os medicamentos são produtos potencialmente perigosos, que circulam durante anos e anos no mercado e que, embora estejam sujeitos a vigilância, são, pela sua própria natureza, susceptíveis de provocar danos, muitas vezes gravíssimos. Específico dos medicamentos enquanto produtos é também o facto de os danos por eles provocados poderem ser de manifestação muito tardia, o que significará que muitas vezes ficará o lesado sem indemnização.

A título de exemplo da insuficiência do prazo de caducidade de dez anos no caso dos medicamentos, podemos referir mais uma vez o caso DES, em

⁽¹⁰⁾ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 579 e segs, e também o mesmo autor em *L'Arrêt DES*, ob. cit., pp. 467 a 469.

que o defeito do medicamento tinha uma natureza dita latente, só se manifestando as suas consequências entre 12 a 25 anos depois da administração do medicamento. O mesmo se pode dizer do caso da talidomida cujos efeitos adversos desastrosos ainda continuam a revelar-se, isto porque o referido medicamento, que foi usado nos anos 60 por mulheres grávidas, causou malformações nos filhos destas mulheres, malformações estas que, por serem congénitas, se transmitiram a gerações posteriores. Seguindo o prazo de caducidade de dez anos previsto na nossa lei, deixaríamos desprotegidas estas vítimas.

Porém, findo este prazo de 10 anos, quer o dano tenha ocorrido antes ou depois, resta ao lesado recorrer às regras gerais da responsabilidade civil por culpa, ex vi artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 383/89.

[Início do texto](#)[Índice](#)

O livro digital que ora se publica constitui registo documental de intervenções havidas no âmbito das jornadas de reflexão subordinadas ao tema *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, realizadas no passado dia 18 de dezembro de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a égide do ICJP.