

ILICITUDE E CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Nuno Manuel Pinto Oliveira

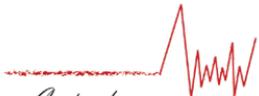
(I) Materiais
para o
Direito da Saúde

ILICITUDE E CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Nuno Manuel Pinto Oliveira

(I) Materiais
para o
Direito da Saúde

· U ·  · C ·
INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA


Centro de
Direito **Biomédico**

1

Área de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013)

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA



Ficha Técnica

Coordenação Editorial da Coleção

João Carlos Loureiro

André Dias Pereira

Carla Barbosa

Propriedade

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Telef./Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

(I)Materiais para o Direito da Saúde n.º 1 · 2019

Execução gráfica

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-8891-74-7

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

ILICITUDE E CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA¹

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho
(com contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU)

¹ O presente texto contém os tópicos da aula subordinada ao tema “Ilicitude e culpa na responsabilidade médica” leccionada no dia 19 de Outubro de 2019 no 15.º Curso breve de pós-graduação em responsabilidade organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

(I)MATERAIS PARA O DIREITO DA SAÚDE: RAZÕES E SENTIDO DE UM PROJECTO..... viii

João Carlos Loureiro

ILICITUDE E CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

I. — A RESPONSABILIDADE MÉDICA ENTRE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL 1

1. Introdução. Os princípios de imputação na responsabilidade civil dos médicos — os requisitos da tipicidade, da ilicitude e da culpa 1
2. A dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual 9
3. O regime da responsabilidade civil dos médicos face à dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual 19
4. O problema do concurso entre as responsabilidades contratual e extracontratual 25
5. O concurso entre as responsabilidades contratual e extracontratual na jurisprudência do STJ 34
6. Comentário à jurisprudência do STJ sobre concurso de responsabilidades..... 37
7. Indicação de sequência — responsabilidade médica

v

| | |
|---|-----|
| por defeito do consentimento e responsabilidade médica | |
| por defeito do tratamento..... | 43 |
| II. — RESPONSABILIDADE POR DEFEITO DO CONSENTIMENTO . | 47 |
| 8. O princípio do consentimento livre, esclarecido e informado | 47 |
| 9. O requisito de que o consentimento seja livre | 55 |
| 10. O requisito de que o consentimento seja esclarecido e informado | 55 |
| 11. (Cont.) O padrão ou standard do doente concreto..... | 56 |
| 12. (Cont.) O alcance do dever de esclarecimento | 56 |
| 13. (Cont.) Os limites do dever de esclarecimento | 63 |
| 14. O ónus da prova da causalidade na responsabilidade por defeito do | |
| consentimento | 67 |
| III. — RESPONSABILIDADE POR DEFEITO DO TRATAMENTO | 71 |
| 15. O padrão ou standard do cuidado exigível | 71 |
| 16. O ónus da prova da tipicidade e da ilicitude | 81 |
| 17. O ónus da prova da tipicidade e da ilicitude na | |
| jurisprudência do STJ | 88 |
| 18. Intervenções necessárias do ponto de vista da saúde | 89 |
| 19. (Cont.) Intervenções com finalidade diagnóstica..... | 89 |
| 20. Intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde..... | 98 |
| 21. Comentário aos critérios de atribuição / distribuição do ónus da | |
| prova tipicidade e da ilicitude na jurisprudência do STJ | 99 |
| 22. O ónus da prova da culpa: I. — na responsabilidade | |
| contratual | 104 |
| 23. O ónus da prova da culpa (cont.): II — na responsabilidade | |
| extracontratual | 114 |
| 24. O ónus da prova da causalidade na responsabilidade por | |
| defeito do tratamento. Em especial, os problemas | |
| da causalidade alternativa e da perda de uma chance | 118 |

APRESENTAÇÃO

(I)MATERIAIS PARA O DIREITO DA SAÚDE: RAZÕES E SENTIDO DE UM PROJETO

João Carlos Loureiro

(I)Materiais para o Direito da Saúde é uma nova série de publicações do Centro de Direito Biomédico e da área Vulnerabilidade e Direito, do Instituto Jurídico. Tendo sido lançados há poucos meses os Cadernos da *Lex Medicinae*, e havendo já, para lá da própria revista, a coleção do Centro de Direito Biomédico, reanimada depois de uma incómoda interrupção, pode legitimamente perguntar-se pelas razões e o sentido de um novo projeto, que propusemos aos Colegas que mais diretamente nos têm acompanhado nesta faina editorial. Falamos do Senhor Doutor André Dias Pereira, Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico, e da Mestre Carla Barbosa, Secretária Científica (além de tudo o mais), os quais, com generosidade e entusiasmo, prontamente acederam a assumir também aqui funções de coordenação editorial.

Em termos de chancela, o Instituto Jurídico acolhe, no seu plano editorial, mais uma vez, um projeto da área, sendo devida uma cordial palavra de agradecimento ao Conselho

vii

Coordenador, na pessoa do seu Presidente, Doutor José Manuel Aroso Linhares, e da responsável pelo setor de publicações, Doutora Ana Margarida Gaudêncio.

Com esta iniciativa, pretende-se acolher outro tipo de textos, que não as monografias da coleção matricial do Centro de Direito Biomédico, agora editadas com a chancela da Petrony, nem os artigos de revista, nem os monográficos contributos para os *Cadernos*. O registo é marcado pela diversidade e, no limite, a atipicidade, numa paleta que abraça, entre outros, textos de apoio a aulas, mas também comentários a diplomas normativos ou a jurisprudência.

Abrimos aqui uma primeira subsérie – *Textos de Apoio a Aulas e Seminários* –, com um contributo forte do Doutor Nuno Manuel Pinto de Oliveira – Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho e agora também Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – que tem como mote *Ilicitude e culpa na responsabilidade civil*.

Uma palavra breve ainda sobre o nome da coleção – *(I)materiais para o Direito da Saúde*. Confessamos que, no baile conceitual dos candidatos, Materiais chegou-nos com a melodiosa sonoridade italiana, *Materiali*, sem prejuízo também do peso germânico. Evoca-nos, desde logo, os *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Mas também uma rede que vai desde materiais de trabalho ou de apoio (ao ensino e à investigação) até aos próprios materiais que moldam o campo da saúde, como biomateriais e nanomateriais, e que convocam cada vez mais a atenção de um Centro batizado de Direito *Biomédico*. Descendo às raízes, materiais apresenta-se como o plural de matéria, a reenviar-nos para palavra matricial *mater*, mãe. Mãe que, na vida e no direito biomédico, nos remete para o campo da procriação, sendo que, medicamente assistida, se apresenta como um dos temas fortes de investigação. Recordamos, aliás, que a primeira coleção de monografias do Centro, organizada pelo seu Pai Fundador, Guilherme de Oliveira, dedicou os dois primeiros números à mesma temática, respetivamente, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)* e *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*.

Esta imagem de *mater*, donde se cunhou matéria, traça o laço entre corporeidades que marcam a condição

humana e a cura (cuidado), mesmo quando medicamente não há cura. A partir da experiência de ser nascido (*natum esse*), capta-se a fragilidade e a vulnerabilidade. Na recusa do nascer de mulher, modo por alguns considerado “fora de moda” a partir de um registo tecnológico e mesmo de “obsolescência do humano” (Günther Anders), escutam-se sinais de transumanismo e pós-humanismo, que ocupam cada vez mais o campo da investigação. No “renascimento” experimentado por via de intervenções biomédicas (por exemplo, transplantações), encontramos mais desafios para estes *Materiais*, a que acrescentámos também um I. Desde logo, porque são pensados em primeira linha para o mundo digital, onde a navegação segue outros ritmos e difusão de fazer corar de inveja as grandes tiragens no campo do direito. Mas igualmente porque o imaterial povoa crescentemente a nossa civilização, quer em termos de memória – também aqui há um “património imaterial” do direito da saúde – quer de projeto de imaterialização da pessoa, que passa pela eliminação do corpo. A dissolução da corporeidade traduz-se na sua digitalização, já não em termos de dados depositados ou não nos novos bancos, mas do adeus ao próprio corpo.

(I)Materiais para o Direito da Saúde é, pois, uma (i)materializada via para continuar o caminho de *Investigação, Desenvolvimento & Ensino*, que é marca institucional.

ILICITUDE E CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

I. — A RESPONSABILIDADE MÉDICA ENTRE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

1. Introdução. Os princípios de imputação na responsabilidade civil dos médicos — os requisitos da tipicidade, da ilicitude e da culpa

I. — Em 2004, escrevemos um artigo sobre os particulares problemas de ilicitude e de culpa postos pela responsabilidade civil dos médicos¹. O presente texto proporciona-nos uma oportunidade de o revisitar: por um lado, para o actualizarmos e, por outro lado, para averiguar se aquilo que dissemos ainda corresponde àquilo que pensamos. Em quinze anos, a doutrina e a jurisprudência mudaram muito

¹ 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 [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, 2005, págs. 127-255.

— aquilo que era então obscuro torna-se talvez um pouco mais claro; aquilo que era então claro, um pouco mais obscuro^{2 3}.

² Entre os contributos para o desenvolvimento da doutrina, *vide* Guilherme de Oliveira (coord.), *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2006; Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, págs. 114-118; Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — Breves reflexões”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 5 (2008), págs. 417-460; Idem, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2009; Manuel do Rosário Nunes, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007; Carla Gonçalves, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da ilicitude e da culpa*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2009; Pedro Romano Martinez, “Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, in: José Lebre de Freitas / Rui Pinto Duarte / Assunção Cristas / Vítor Pereira das Neves / Marta Tavares de Almeida (coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 459-486; Vera Lúcia Raposo, *Do ato médico ao problema jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015; e, sobretudo, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

³ Entre os contributos para a análise e para a crítica da jurisprudência, *vide* Mafalda Miranda Barbosa, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in: *Cadernos de direito privado*, n.º 38 (Abril / Junho de 2012), págs. 14-27; Luís Filipe Pires de Sousa, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, in: *DataVenía*, ano 3 (2015) — n.º 4, págs. 345-380 [in: WWW: < https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf >]; Rui Vouga, “A responsabilidade médica”, in: *Responsabilidade civil profissional*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2017, págs. 9-178 [in: WWW: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf >]; Luís Filipe Pires de Sousa, “Casos de responsabilidade civil, nos tribunais comuns, em Portugal”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 14.º (2017), págs. 49-58; Rui Vouga, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, 2018 [in: WWW: < http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf >]; ou Catarina Salgado, “A responsabilidade civil por conduta médica — alguns subsídios”, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil. Livro do cinquentenário*, vol. I — *Homenagem ao Professor Doutor Fernando Pessoa Jorge*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 185-200.

Entre as teses então sustentadas encontravam-se as seguintes:

(1.º) O *princípio da coerência* da responsabilidade civil dos médicos ⁴ constitui o aplicador do direito no dever de *interpretação* e no dever de *integração* dos princípios e das regras da responsabilidade *contratual* e da responsabilidade *extracontratual* adequada a alcançar alguma harmonia entre os dois regimes ⁵.

(2.º) Entre as *condições de possibilidade* de uma *interpretação* e/ou de uma *integração* dos dois regimes, adequada a alcançar alguma harmonia, está a *decisão legislativa* em favor da *ilicitude* e da *culpa*. O legislador parte do princípio de que a responsabilidade civil dos médicos depende de uma violação *ilícita* de um dever, *imputável ao médico por dolo ou por negligência* ⁶. Caso o médico actue dentro dos *padrões* ou *standards* do seu círculo de actividade — *Verkehrskreis* —, ou bem que não violará nenhum dever, ou bem que não o violará *ilicitamente*, ou bem não o violará *culposamente* — nem com *dolo* nem com *negligência* —, pelo que não deverá responder pelos danos ⁷.

⁴ O princípio poderia designar-se de uma forma mais *objectivista* ou mais *subjectivista*: de uma forma mais objectivista, com referência ao acto (falando em “responsabilidade civil por acto médico”) ou, de uma forma mais subjectivista, com referência ao autor do acto (falando em “responsabilidade civil dos médicos”). Os dois termos devem considerar-se equivalentes — o conceito de acto médico compreende necessariamente um aspecto ou momento subjectivo. O acto médico há-de ser um acto praticado por um profissional de saúde (por um médico). O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Novembro de 2010, relatado pela Desembargadora Anabela Dias da Silva, define-o como “o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas” e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2015, relatado pelo Desembargador Rui Gonçalves, como um processo ou sistema, “constituído pela atividade médica de diagnóstico, prognóstico e prescrição, e execução de medidas terapêuticas, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades, em conformidade com a Ética e a Deontologia Médicas”.

⁵ Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, 6.ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 2008, pág. 110.

⁶ Cf. designadamente Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, cit., pág. 125; Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2002, págs. 150-192.

⁷ Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, cit., pág. 125,

(3.º) Os requisitos da responsabilidade civil dos médicos devem analisar-se em três — *tipicidade, ilicitude e culpa*. O critério da *tipicidade* e da *ilicitude* corresponde *sempre* ou *quase sempre* à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior; o critério da *culpa* corresponde *sempre* à omissão da medida normal de cuidado (exterior e interior) ⁸.

(4.º) O lesado terá o ónus da alegação e da prova da *tipicidade*; de que o dano foi causado por uma *violação de um dever*. Em todo o caso, a *prova* poderá ser substituída por uma *simples justificação*, ou seja, por uma “*prova sumária (summaria cognitio), superficial, perfunctória*” ⁹, dirigida a “convencer o juiz da *séria credibilidade* ou *verosimilhança* das respectivas alegações de facto (*Glaubhaftmachung*)” ^{10 11}.

(5.º) O lesante — *in casu*, o médico — terá o ónus da alegação e da prova de que a *violação do dever* não é *ilícita* ou de que, ainda que *ilícita*, não lhe é *imputável, por dolo ou por negligência*. (6.º) O problema da aplicação da *presunção de culpa* do devedor ao caso da responsabilidade civil dos médicos é um *falso problema*. Caso se distinga, como se deve distinguir, entre tipicidade, licitude e culpa, a *presunção de culpa* do devedor corresponde à *aplicação* dos princípios e as regras gerais sobre o *ónus da prova* ¹².

Em relação a cada uma das teses sustentadas, o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência dos últimos quinze anos abre uma oportunidade de diálogo.

⁸ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, cit., págs. 238-245.

⁹ Manuel de Andrade (com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), *Noções elementares de processo civil (nova edição, revista e atualizada pelo Dr. Herculano Esteves)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, págs. 192-193.

¹⁰ Manuel de Andrade (com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), *Noções elementares de processo civil*, cit., pág. 193.

¹¹ Cf. acórdão do STJ de 15 de Outubro de 2009, relatado pelo Conselheiro Rodrigues dos Santos: “Perante a dificuldade natural da prova de um facto por parte do paciente, o mais que pode acontecer é fazer-se uso da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação)”.

¹² Cf., por último, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 708-712.

II. — Entre os pontos firmes na doutrina e na jurisprudência portuguesas está o de que sistema da *responsabilidade civil dos médicos* deve representar-se como um sistema de *responsabilidade subjectiva*, ou seja, de responsabilidade por factos ilícitos e culposos — o médico só responde desde que a violação de um dever seja ilícita e desde que a violação ilícita de um dever lhe seja imputável, por *dolo* ou por *negligência*.

Os acórdãos do STJ de 19 de Junho de 2001¹³, de 15 de Outubro de 2009¹⁴, de 15 de Dezembro de 2011¹⁵ e de 7 de Março de 2017¹⁶ afirmam que, na responsabilidade civil dos médicos, não há nem casos de responsabilidade desligada da culpa nem, tão-pouco, casos de responsabilidade desligada da ilicitude (por factos ilícitos). Os acórdãos do STJ de 25 de Fevereiro de 2015¹⁷ e de 26 de Abril de 2016¹⁸ confirmam-no:

- O acórdão de 25 de Fevereiro de 2015 confirma-o *pela negativa*, ao sustentar que “[a] responsabilidade a título de risco pelos serviços médicos não se compatibiliza com a natureza do acto médico”.
- O acórdão de 26 de Abril de 2016, esse, confirma-o *pela positiva*, ao sustentar que a responsabilidade a título de ilicitude e de culpa, e só a responsabilidade a título de ilicitude e de culpa, se compatibiliza com a sua natureza.

O STJ sublinha que a responsabilidade do médico pressupõe a negligência, a “violação das *leges artis*”, e só “tem lugar quando, por indesculpável falta de cuidado, o médico deixe de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, face à sua formação e qualificação profissional, lhe eram de exigir”¹⁹.

¹³ Relatório pelo Conselheiro Pinto Monteiro.

¹⁴ Relatório pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues.

¹⁵ Relatório pelo Conselheiro Gregório Silva Jesus.

¹⁶ Relatório pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

¹⁷ Relatório pelo Conselheiro Armindo Monteiro.

¹⁸ Relatório pelo Conselheiro Silva Salazar.

¹⁹ Cf. acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

Entre os argumentos relevantes para a representação do sistema da responsabilidade civil dos médicos como um sistema de *responsabilidade subjectiva* encontra-se, designadamente, o seguinte: os requisitos da ilicitude e da culpa conciliam-se, e só os requisitos da ilicitude e da culpa se conciliam, com a função preventiva, “orientadora dos comportamentos dos sujeitos”²⁰, do sistema da responsabilidade civil em geral e do sistema da responsabilidade civil dos médicos em particular:

“[U]ma objectivação (no sentido de uma responsabilidade pelo risco) poderia [corroê-la] perigosamente (em caso de transferibilidade do dano através de um seguro profissional)”^{21 22 23}.

Face à *representação* do sistema como um sistema de *responsabilidade subjectiva*, os requisitos da responsabilidade civil dos médicos são, sobretudo, três — *tipicidade, ilicitude e culpa*.

III. — O comportamento do médico há-de corresponder a um *tipo* de responsabilidade — ao *tipo* do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, para a responsabilidade *extracontratual*, ou ao *tipo* do art. 798.º do Código Civil, para a responsabilidade *contratual*.

Em termos práticos, o requisito da *tipicidade* estará preenchido desde que haja uma *acção* ou uma *omissão* de um médico que cause uma *violação de um dever*.

²⁰ Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, cit., pág. 116.

²¹ Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, cit., pág. 116.

²² Para uma reafirmação do princípio de que a responsabilidade civil dos médicos é uma responsabilidade subjectiva, numa perspectiva de direito comparado, vide Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany. A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2008, págs. 26-30.

²³ Conformando-se com a representação do sistema de responsabilidade civil dos médicos como um sistema de responsabilidade subjectiva, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires, contém a passagem seguinte: “O ponto de partida para qualquer acção de responsabilidade médica é assim o da desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele 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 mesma data”.

Como decorre da relação entre os conceitos de diligência e de *leis da arte e da ciência médica* (entre os conceitos de diligência e de *legis artis*), a responsabilidade civil dos médicos pode configurar-se como uma responsabilidade por acções ou por omissões.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2007 ²⁴ distingue-as de uma forma elucidativa: em primeiro lugar, pode haver responsabilidade por acções quando os actos médicos não sejam necessários, “perante o estado clínico do doente” ou, ainda que sejam necessários, quando os actos médicos “tenham sido praticados de forma deficiente ou defeituosa”; em segundo lugar, pode haver responsabilidade por omissões quando não tenham sido praticados os actos necessários perante a situação do doente.

Enquanto o *juízo de ilicitude* é um juízo de censura, dirigido a um *comportamento* (*acção* ou *omissão*), o *juízo de culpa* é um juízo de censura, dirigido a uma *pessoa* (ao agente ou omitente), por ter adoptado um comportamento *ilícito* (desconforme ao direito), quando podia e devia ter adoptado um comportamento *lícito* — conforme ao direito.

Os acórdãos do STJ de 22 de Setembro de 2011 ²⁵, de 21 de Março de 2013 ²⁶ e de 7 de Março de 2017 ²⁷ sublinham que *ilicitude* e *culpa* são conceitos diferentes.

O conceito de *ilicitude* indica que houve algo de errado na actuação do médico ²⁸ e o conceito de *culpa*, que aquilo que houve de errado na actuação do médico deve ser-lhe *assacado* ou imputado — por dolo ou, como é praticamente a regra, por *negligência*.

O raciocínio do acórdão do STJ de 22 de Setembro de 2011 foi retomado, p. ex., pelo acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de Setembro de 2012 ²⁹ e pelo acórdão do

²⁴ Relatório da Desembargadora Isoleta Almeida e Costa.

²⁵ Relatório pelo Conselheiro Bettencourt Faria.

²⁶ Relatório pela Conselheira Ana Paula Boularot.

²⁷ Relatório pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

²⁸ Cf. acórdão do STJ de 21 de Março de 2013, relatório pela Conselheira Ana Paula Boularot: “A ilicitude resulta da violação de um dever jurídico, em regra, no caso de cumprimento defeituoso, no âmbito de deveres secundários ou acessórios de conduta que acompanham o cumprimento adequado da prestação principal”.

²⁹ Relatório pela Desembargadora Rita Romeira.

Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015 ³⁰.

“Ilicitude e culpa no acto médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.”

O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de Setembro de 2012 admite que, “por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar, nomeadamente, [...] no caso da actividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados”. Em primeiro lugar, “[a] infracção é, objectivamente, ilícita na medida em que se impunha outra atitude”, e, em segundo lugar, “ao mesmo tempo”, a infracção objectivamente ilícita “indicia ou pode indiciar, subjectivamente, um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico”. Em todo o caso, continua o Tribunal, a dificuldade de determinar a fronteira entre (a tipicidade,) a ilicitude e a culpa não significaria — e não poderia significar — “qualquer confusão a nível dos conceitos”.

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015 propõe-se autonomizar a ilicitude, definindo-a como uma desconformidade objectiva e distinguindo-a da culpa, por ser o juízo de culpa um juízo de censurabilidade subjectiva do comportamento do médico. A ilicitude consistiria na “desconformidade objectiva “decorrente da “violação das ‘*leges artis*’ impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade” — no juízo sobre a ilicitude, não haveria “necessidade de aquilatar se, na execução ou inobservância dos deveres que lhe são exigíveis, o médico actuou com a diligência, cuidado ou prudência impostos a um profissional medianamente diligente, zeloso e cuidadoso”; no juízo sobre a culpa, sim.

8

IV. — Os acórdãos do STJ de 5 de Julho de 2001 ³¹ e de 15 de Dezembro de 2011 ³² pressupondo que os conceitos de ilicitude e de culpa são conceitos diferentes, propõem-se concretizar o conceito de culpa:

³⁰ Relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires.

³¹ Relatado pelo Conselheiro Ferreira de Almeida.

³² Relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

“Em termos gerais [...] ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente.”

O acórdão do STJ de 7 de Março de 2017 ³³, esse, refere-se à culpa como “nexo de imputação ético-jurídico, de feição e natureza censurável ou reprovável, à luz dos valores eticamente prevalentes numa sociedade historicamente situada”.

2. A dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

Em tema de responsabilidade civil dos médicos, a distinção entre a *responsabilidade contratual* e a *responsabilidade extracontratual* causa dificuldades *específicas* ³⁴.

I. — Os termos *responsabilidade contratual* e *responsabilidade extracontratual* sugerem que o *tipo* de responsabilidade civil depende de haver ou de não um *contrato*.

a) A *responsabilidade contratual* pressuporia a conclusão um contrato entre o lesante e o lesado — o devedor ficaria constituído no dever de indemnizar os danos causados ao credor pelo não cumprimento de obrigações constituídas pelo contrato ou, pelo menos, pelo não cumprimento de obrigações localizadas no *campo contratual* ³⁵ —; a *responsabilidade extracontratual* não pressuporia a conclusão de contrato algum.

O fundamento da responsabilidade contratual encontrar-se-ia “na vontade das partes, na sua autonomia privada” (“mesmo que as partes não t[ivessem] previsto todas as consequências jurídicas” ³⁶). Estaria em causa “a realização da

³³ Relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

³⁴ O texto subsequente corresponde, praticamente palavra por palavra, ao artigo “Tópicos sobre a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual”, publicado nos *Estudos em comemoração dos vinte anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 513-526.

³⁵ Cf. designadamente Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, in: Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 1995, págs. 321-347.

³⁶ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português* —

autodeterminação do homem, da vontade do homem”³⁷. O fundamento da responsabilidade extracontratual, esse, encontrar-se-ia na lei, e só na lei:

“Todos os tipos de responsabilidade civil (= extracontratual) [eriam] a sua fonte unicamente na lei, constituindo assim uma obrigação por força da lei, mesmo que h[ouvesse] vontade coincidente do agente e obrigado a indemnizar, pois esta vontade [seria] juridicamente irrelevante”³⁸.

Estaria em causa, tão-só, “analisar juridicamente um comportamento humano face à lei”, para “avaliar os factos” e para “imputar as responsabilidades”³⁹.

Enquanto na responsabilidade contratual se trataria de “ajuizar vontades” (?), actualizando ou realizando a autonomia privada, na responsabilidade extracontratual tratar-se-ia de “avaliar condutas desconformes com a lei, às quais esta atribui efeitos regularmente sancionatórios, sem atender à vontade”⁴⁰.

b) O problema está em que conceito de *responsabilidade contratual* como *responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações constituídas pelo contrato* ou, pelo menos, *de obrigações localizadas no campo contratual* é demasiado estreito. Entre o não cumprimento de obrigações constituídas pelo contrato ou localizadas no campo contratual e o não cumprimento de obrigações não constituídas pelo contrato e não localizadas no campo contratual, não há diferenças ou, em todo o caso, diferenças fundamentais. O conceito de *responsabilidade extracontratual*, esse, é (pode ser) *demasiado largo*.

Os princípios e as regras sobre o não cumprimento de *algumas obrigações*, constituídas pelo contrato ou localizadas no campo contratual, deveriam aplicar-se ao não cumpri-

Teoria geral do direito civil, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 76 — continuando com a afirmação de que, “[n]o entanto, as consequências não previstas sempre podem ser reconduzidas à autonomia privada, quer dizer, à sua origem volitiva”.

³⁷ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português* — *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 76.

³⁸ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português* — *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 75.

³⁹ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português* — *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 76.

⁴⁰ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português* — *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 71.

mento de *todas as obrigações*. Estando em causa o incumprimento de um dever especial ou específico, a responsabilidade civil dir-se-ia contratual ou obrigacional ⁴¹.

A *responsabilidade contratual* deveria definir-se pela positiva: Seria contratual a responsabilidade civil que resultasse da violação de um direito de crédito, como direito relativo a uma prestação ou da violação do dever especial ou específico de prestação, que é correlato daquele direito. Enquanto a responsabilidade contratual ou obrigacional deveria definir-se pela positiva, pressupondo, como pressupõe, uma relação obrigacional entre o lesante e o lesado ⁴², a responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional poderia definir-se pela positiva ou pela negativa (“por exclusão de partes” ⁴³).

Poderia definir-se *pela positiva*, em termos *mais restritivos e menos rigorosos*: seria extracontratual a responsabilidade que resultasse da violação de um direito absoluto (p. ex., de um direito de personalidade ou de um direito real), ou da violação de um dever geral ou genérico, que é o correlato daquele direito ⁴⁴. Poderia definir-se *pela negativa*, em ter-

⁴¹ Cf. designadamente João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 519; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 211-212; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 359; Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, policopiado, Coimbra, 1983, págs. 206-207; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, 7.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 286; e, por último, António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 390.

⁴² Cf. designadamente E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, pág. 211: “a distinção [entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual] assenta na *preexistência de uma relação obrigacional entre lesante e lesado* e, correspondentemente, no *tipo de dever incumprido*”.

⁴³ Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, cit, págs. 211-212.

⁴⁴ Estando em causa a inobservância de um dever geral ou genérico, “um dever geral de respeito do direito alheio, um dever geral de abstenção de interferir, que se haja efectivado ou concretizado na sua esfera jurídica, qualquer que seja o direito a que esse dever geral se reporte”, a responsabilidade civil dir-se-ia extracontratual ou extraobrigacional (E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., págs. 211-212).

mos *mais amplos e mais rigorosos* ⁴⁵: seria extracontratual a responsabilidade que não resultasse (i) da violação de um direito de crédito, como direito relativo a uma prestação, ou (ii) da violação de um dever especial ou específico, que é o correlato daquele direito (relativo). Existindo um dever de indemnizar, das duas uma:

Ou bem que o dever de indemnizar ou de responder resulta da violação de um dever preexistente, de carácter especial ou específico, e a responsabilidade seria contratual ou obrigacional, ou bem que não resulta, e a responsabilidade seria extracontratual ou extraobrigacional. — *O que não fosse contratual, seria extracontratual.*

c) O art. 798.º do Código Civil rejeita a definição, mais estreita, de *responsabilidade contratual* como *responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações constituídas pelo contrato* ou, pelo menos, *de obrigações localizadas no “campo contratual”* para aceitar a definição, mais ampla, de responsabilidade contratual como *responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações*:

“O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação”, diz o art. 798.º, “torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.”

O facto de o art. 798.º do Código Civil definir a responsabilidade contratual *abstraindo da fonte da obrigação* não cumprida é de quando em quando *desvalorizado*:

Menezes Cordeiro diz, em termos mais amplos, que “[a] responsabilidade obrigacional está ao serviço do valor ‘contrato’, de que é um lógico prolongamento” ⁴⁶ e Almeida Costa, em termos mais restritos, que o problema do concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual deve resolver-se atendendo “[à] perspectiva geral que preside à regulamentação do direito das obrigações”:

⁴⁵ *Em termos mais amplos e mais rigorosos*, por abrangerem, p. ex., a responsabilidade por factos lícitos, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por factos ilícitos — e, dentro da responsabilidade por factos ilícitos, a responsabilidade resultante violação de disposições legais de protecção (art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, do Código Civil).

⁴⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo III — *Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, cit., pág. 390.

“Ora, neste âmbito, impera, como não se ignora, o princípio da autonomia privada, segundo o qual compete às partes fixar a disciplina que deve reger as suas relações, com ressalva dos preceitos imperativos. Assim, parece que, perante uma situação concreta, sendo aplicáveis paralelamente [os regimes d]as duas espécies de responsabilidade civil [ou seja, sendo aplicáveis paralelamente os regimes da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual], de harmonia com o assinalado princípio, o facto tenha de considerar-se, em princípio, como ilícito contratual”^{47 48}.

Independentemente de facto de o art. 798.º do Código Civil definir a responsabilidade contratual *abstraindo da fonte da obrigação* não cumprida ser de quando em quando *desvalorizado*, os critérios descritos causam dificuldades:

Em primeiro lugar, parece-nos certo que a responsabilidade resultante da violação de deveres compreendidos no conteúdo de relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação (no conteúdo das chamadas *Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten*) deve sujeitar-se princípios e a regras particulares.

A responsabilidade pré-contratual, p. ex., “apresenta uma origem bem característica”⁴⁹, constituindo-se, como se constitui, por causa da violação de “deveres (acessórios) de conduta” ou “deveres laterais”, concretizadores da cláusula geral da boa fé (arts. 227.º e 762.º, n.º 2, do Código Civil). Estando em causa a violação de deveres especiais ou específicos, não deverá aplicar-se-lhes o regime da responsabilidade extracontratual, desenhado para a violação de deveres gerais ou genéricos; estando em causa a violação de deveres acessórios de conduta, ou “deveres laterais”, concretizadores da cláusula geral da boa fé, não deverá aplicar-se-lhes o regime da responsabilidade contratual, desenhado para a violação de deveres especiais ou específicos de prestação:

“[a] fenomenologia [dos deveres acessórios de conduta, ou deveres laterais, é] tão diversificada (*v. g.* não romper abusivamente,

⁴⁷ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pág. 551.

⁴⁸ Heinrich Hörster dá indícios de algum *desconhecimento* das decisões legislativas consignadas no art. 798.º do Código Civil, ao definir a responsabilidade contratual ou obrigacional como aquela que se destina a indemnizar os danos surgidos “na sequência de um contrato” (*A Parte Geral do Código Civil português — Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 71).

⁴⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., pág. 350.

esclarecer a outra parte, não celebrar contrato nulo ou ineficaz) que parece prudente ressaltar a possibilidade de aplicação de regras diferentes, o que fará deste sector um *tertium genus* ou uma terceira via”⁵⁰.

Em segundo lugar, parece-nos incerto que a responsabilidade resultante da violação de deveres de prestação, compreendidos no conteúdo de relações obrigacionais em sentido estrito (com deveres primários de prestação), deva sempre sujeitar-se aos princípios e às regras da responsabilidade contratual.

Sinde Monteiro sugere, p. ex., ainda que com alguma hesitação, que

“às obrigações nascidas de alguns quase-contratos, particularmente a gestão de negócios, não devam ser de plano aplicadas todas as disposições do incumprimento das obrigações”⁵¹.

O problema está sobretudo em que, ao definir-se *pela positiva* a responsabilidade contratual e ao definir-se *pela negativa* a responsabilidade extracontratual, está (sempre) a excluir-se as *responsabilidades intermédias* (“trans-típicas”)⁵².

Em terceiro lugar, a definição pela negativa, ou “por exclusão de partes”, da responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional é sempre *insatisfatória*:

“Sendo feita por exclusão, a descrição do campo delitual é meramente negativa e não chega para identificar a teleologia do regime respetivo”⁵³.

⁵⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., págs. 350-351.

⁵¹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., pág. 351 — com o assentimento, p. ex., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I — *Introdução. Da constituição das obrigações*, cit., pág. 288 (com desenvolvimento nas págs. 354-356).

⁵² Cf. designadamente Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 275: “ao proceder-se a uma bipartição do universo da responsabilidade, preclui-se imediatamente a possibilidade de uma resposta positiva à questão da admissibilidade de modalidades de responsabilidade não enquadráveis tanto na obrigacional como na delitual e, assim, quanto à aceitação de *vias intermédias* de responsabilização, de algum modo intercaladas entre aquelas”.

⁵³ Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 275.

Face ao exposto, a dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual é tão só accidental ou contingente. Carneiro da Frada di-lo, de uma forma particularmente impressiva: “[a] *summa divisio* da responsabilidade [em contratual e em extracontratual] não corresponde [...] a nenhum postulado cuja aceitação se impõe”⁵⁴. Como todas as classificações do universo, ainda que seja do universo jurídico, a dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual tem algo de arbitrário — ou, ainda que não de arbitrário, tem algo de conjectural:

“Uma terminologia que divida o mundo da responsabilidade em duas metades, sem deixar resto, não leva isto em conta”⁵⁵.

II. — Explicitadas as razões da crise, os *conceitos “fechados”* de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual devem reconstruir-se, para (porventura) serem superados por *conceitos “abertos”* ou *tipos*.

a) O *conceito fechado* define-se; o *conceito aberto* “não se define, descreve-se”. Empregando as palavras de Karl Larenz, dir-se-á que “[o] conceito [fechado] está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto ‘só quando e sempre que’ se possa nele encontrar o conjunto das notas características da definição”; o conceito aberto ou tipo não está fixado dessa forma:

“as notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação e até certo ponto (*sic!*) comutáveis entre si”⁵⁶.

⁵⁴ Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 275.

⁵⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., pág. 351.

⁵⁶ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pág. 307; sobre a distinção entre o *conceito fechado* e o *conceito aberto* ou *tipo*, vide designadamente Hans Martin Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica* (título original: *Einführung in die juristische Methodenlehre*), Giuffrè, Milano, 1993, págs. 142-144; Idem, *Methodenlehre für Juristen*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, esp. págs. 77-82; Pedro

O sentido do *conceito fechado* resulta da soma das suas partes; o sentido do *conceito aberto* ou *tipo*, não. O *conceito aberto* ou *tipo* é uma “*estrutura caracterizante elástica*”⁵⁷, cujo sentido só poderia apreender-se na totalidade. Enquanto “*estrutura caracterizante elástica*”, cujo sentido só pode apreender-se na totalidade, o *tipo* exige (tão-somente) a “junção num ‘quadro global’ dos traços distintivos particulares que o caracterizam”⁵⁸.

Estando em causa algo que pode logicamente decompor-se na soma das suas partes, o conceito fechado é (mais) abstracto; estando em causa algo que não pode logicamente decompor-se, o conceito aberto ou tipo é (mais) concreto; corresponde a um nível intermédio de abstracção ou de esquematização; encontra-se entre o conceito geral (abstracto) e o conceito individual (concreto); entre a generalidade e a individualidade⁵⁹.

b) Entre as consequências da redutibilidade do *conceito fechado* a uma definição que decompõe o todo na soma das suas partes, está a *rigidez*; entre as consequências da irredutibilidade do *conceito aberto* ou *tipo* a uma definição que decompõe o todo na soma das suas partes, está a *flexibilidade*. O critério de coordenação do caso a um conceito fechado é um critério de identidade: aquilo que se coordena (aquilo que subsume) a um conceito fechado terá de ser-lhe igual; o critério de coordenação de um caso a um conceito aberto, ou a um tipo, é um critério de analogia ou de semelhança: aquilo que se coordena a um conceito aberto ou a um tipo só tem de ser-lhe análogo, ou semelhante.

Os argumentos relevantes para a aplicação do *critério de identidade* de que depende a coordenação de um caso a um *conceito fechado* são essencial ou exclusivamente lógi-

Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995; Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade nos contratos*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000; Francisco Javier Andrés Santos, “Einleitung”, in: Francisco Javier Andrés Santos / Christian Baldus / Helge Dedek (coord.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier — European Law Publishers, München, 2011, págs. 1-10.

⁵⁷ Leenen — *apud* Hans Martin Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, cit., pág. 142.

⁵⁸ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., págs. 307-308.

⁵⁹ Francisco Javier Andrés Santos, “Einleitung”, cit., pág. 2.

cos; os argumentos relevantes para a aplicação do critério de *analogia* ou de *semelhança* de que depende coordenação de um caso a um conceito aberto ou a um tipo, esses são teleológicos (argumentos dirigidos a princípios e a valores). Larenz fala, impressivamente, de um “ponto de vista valorativo rector”; “só ele [só esse ponto de vista valorativo rector] decide em última instância se os ‘traços distintivos’ ou as ‘notas características’ presentes justificam [...], pelo seu grau de intensidade [...], [a] coordenação [ao tipo]”⁶⁰.

Exigindo (só) argumentos lógicos, a coordenação de um caso a um conceito fechado (abstracto) depende de uma (pura e simples) constatação — da constatação de que todas as características, de que todas as “*notas caracterizadoras*”, do conceito estão presentes no caso —; exigindo argumentos teleológicos, a coordenação de um caso a um (concreto) conceito aberto ou tipo depende de uma analogia, de uma comparação, de uma maior ou menor semelhança, entre a “*imagem global*” do tipo e a “*imagem global*” do caso.

III. — Entrando na descrição dos dois tipos fundamentais de responsabilidade civil — *contratual e extracontratual* —, dir-se-á que há *diferenças tendenciais* entre os dois tipos de responsabilidade *quanto à causa* dos deveres jurídicos infringidos ou violados; que há *diferenças tendenciais* entre os dois tipos de responsabilidade *quanto à estrutura* dos deveres jurídicos infringidos; e que há *diferenças tendenciais* entre os dois tipos de responsabilidade *quanto à função* dos deveres jurídicos violados.

Em primeiro lugar, há *diferenças tendenciais* entre os dois tipos de responsabilidade, *contratual e extracontratual*, *quanto à causa* dos deveres jurídicos infringidos ou violados.

Estando ao serviço dos valores *pessoa e propriedade*, a imagem global do tipo *responsabilidade extracontratual* convoca a ideia de heteronomia. O lesante responde ainda que não tenha dado *palavra* alguma. Estando “ao serviço do valor ‘contrato’, de que é um lógico prolongamento”⁶¹, a imagem global da *responsabilidade contratual* convoca a

⁶⁰ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., págs. 307-308

⁶¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo III — *Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, cit., pág. 390.

ideia de autonomia. O lesante responde por causa da *quebra da palavra dada* ⁶².

Em segundo lugar, há *diferenças tendenciais* quanto à *estrutura* dos deveres jurídicos infringidos. O “paradigma situacional” do direito da responsabilidade civil extracontratual é o do *desconhecimento* — do “*anonimato* recíproco entre lesado e lesante” ⁶³. “Consideram-se os indivíduos isoladamente — [...] enquanto simples terceiros — e concentra-se, por isso e concomitantemente, a atenção na sua relação [objectiva] imediata com determinados bens e interesses, a reclamar tutela” ⁶⁴. O “paradigma situacional” do direito da responsabilidade civil contratual ou obrigacional, esse, é o do *conhecimento* recíproco. A responsabilidade extracontratual seria um *facto constitutivo* de uma relação jurídica entre sujeitos não determinados ou não individualizados (entre “estranhos”); a responsabilidade contratual seria simplesmente um *facto modificativo* de uma relação entre sujeitos determinados ou individualizados (entre “partes”).

O “paradigma situacional” do *anonimato recíproco* explica que os bens jurídicos *pessoa* e *propriedade* tendam a ser protegidos por direitos absolutos, cujo correlato são deveres gerais ou genéricos, de conteúdo quase sempre negativo; o “paradigma situacional” do *conhecimento recíproco* explica que o bem jurídico *património* tenda a ser protegido por direitos relativos, e só relativos — por direitos de crédito —, cujo correlato são deveres especiais ou específicos, de conteúdo quase sempre positivo.

Em terceiro lugar há *diferenças tendenciais* entre os dois tipos fundamentais de responsabilidade civil quanto à *função* dos deveres jurídicos violados.

O interesse do titular de um direito absoluto, de um direito de personalidade ou de um direito real, tende a ser

⁶² Cf. designadamente Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1994, pág. 124: O fundamento da responsabilidade contratual “é, ordinariamente, a frustração da promessa de prestação caracteristicamente assumida na autovinculação contratual, ou seja, a violação da regra *pacta sunt servanda*”.

⁶³ Manuel Carneiro da Frada, *Tutela da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 277.

⁶⁴ Manuel Carneiro da Frada, *Tutela da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 278.

um interesse (negativo) na não alteração, para menos — ou seja: tende a ser um interesse (negativo) na conservação da sua pessoa e da sua propriedade (*interesse na integridade*) —; o poder do titular de um direito absoluto tende a ser, por conseguinte, um *poder de exigir um comportamento negativo* (abstenção de actos de ingerência). Encontrando-se em jogo um interesse (negativo) na não alteração, *para menos*, da pessoa e da propriedade do titular, o direito da responsabilidade civil *extracontratual* ou *extraobligacional* representa uma “*ordem de estabilidade*”⁶⁵.

O interesse do titular do direito relativo, esse, tende a ser um interesse (positivo) na alteração, para mais, do seu património, através da realização da prestação prometida pelo devedor (*interesse no cumprimento*); o poder do titular de um direito relativo tende a ser, por conseguinte, o *poder de exigir um comportamento positivo*. Encontrando-se em jogo um interesse (positivo) na alteração, para mais, do património do titular (do património do credor), o direito da responsabilidade civil *contratual* representa, tende a representar, uma “*ordem de cooperação*” ou uma “*ordem de dinamismo*”⁶⁶.

3. O regime da responsabilidade civil dos médicos face à dicotomia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

O caso da responsabilidade civil dos médicos põe, com alguma frequência, um problema de concurso entre a *responsabilidade contratual* e a *responsabilidade extracontratual* (ou, em termos mais precisos e mais rigorosos, um problema de concurso entre as *normas* relativas à responsabilidade contratual e as *normas* relativas à responsabilidade extracontratual⁶⁷). O problema põe-se pela razão de que a

⁶⁵ Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pág. 222.

⁶⁶ Em termos próximos, *vide* Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek, Wien, 2012, págs. 93-101.

⁶⁷ Em relação ao tema do concurso de responsabilidades no direito comparado, em especial nos direitos alemão e francês, *vide* Tony Weir, *Complex liabilities*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Mohr Siebeck / Martinus Nijhoff, Tübingen/Dordrecht / Boston / Lancaster, 1983, págs. 24-39; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* —

responsabilidade civil dos médicos está, simultaneamente, próxima do tipo *responsabilidade extracontratual* e do tipo *responsabilidade contratual*. Como acontece com a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade civil dos médicos preocupa-se em proteger a pessoa do lesado e, como acontece com a responsabilidade contratual, preocupa-se em protegê-la através de deveres específicos. O *paradigma situacional* da responsabilidade civil dos médicos é o conhecimento recíproco entre o lesante e o lesado, entre o médico e o paciente, como *partes* de uma *ligação especial*.

Estando em causa actos médicos praticados em clínicas ou em hospitais públicos⁶⁸, a aplicação exclusiva do regime

Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta/Kluwer, Cape Town/Deventer/Boston, 1992 (reimpressão), págs. 904-906; Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. I — *The Core Areas of Tort Law, the Approximation in Europe and its Accommodation in the System*, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 459-512; Peter Schechtriem, “The Borderland Between Tort and Contract — Opening a New Frontier”, in: *Cornell International Law Journal* vol. 21 (1988) 467-476; Pascal Ancel, “Les conditions générales de la matière: rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, in: *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d’harmonisation. Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l’Assurance (GRECA)*, IRJS Editions, Paris, 2012, págs. 735-749, especialmente nas págs. 748-749; Gerhard Dannemann, “Point de vue extérieur”, in: *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d’harmonisation*, cit., págs. 763-768, especialmente nas págs. 767-768.

⁶⁸ O tema é tratado, com algum desenvolvimento, em Rui Vouga, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018 [disponível em: WWW. < http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf >].

da responsabilidade extracontratual é a *regra*⁶⁹ ⁷⁰; estando em causa actos médicos praticados em clínicas ou em hospitais privados, a aplicação exclusiva regime da responsabilidade extracontratual é (só) a *excepção*.

Em primeiro lugar, será extracontratual a responsabilidade dos médicos pelos actos praticados em clínicas ou hospitais privados, desde que o contrato de prestação de serviços médicos tenha sido concluído com a clínica ou com o

⁶⁹ *Vide*, por último, o acórdão do STA de 16 de Janeiro de 2014, proferido no processo n.º 0445/13 e relatado pelo Conselheiro São Pedro — “A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos” — e os acórdãos do STJ de 25 de Fevereiro de 2015, proferido no processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1 e relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, e de 29 de Outubro de 2015, proferido no processo n.º 2198/05.2TBFIG.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes — em cujo sumário se escreve: “A responsabilidade civil emergente de ato praticado por médico de serviço em hospital público, numa situação pontual de emergência sequencial à ocorrência de um acidente de viação, é de natureza extracontratual” [sobre o tema, com algum desenvolvimento, Rui Vouga, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018 (disponível em: WWW. < http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf >)]

⁷⁰ Em Itália, o n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 24, de 8 de Março de 2017, enuncia expressamente o princípio de que a responsabilidade da instituição ou da estrutura é uma responsabilidade *contratual* — com o fundamento de que a aplicação do regime da responsabilidade contratual depende tão-só de um *contacto social* e de que entre o doente e a clínica ou hospital público existe o *contacto social* exigido [cf. Guido Smorto, “Responsabilità medica”, in: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile — Aggiornamento VIII*, UTET, Torino, 2013, págs. 640-672 (n.º 4 — págs. 643-645); Guido Smorto / Valentina Lo Voi, “Responsabilità medica”, in: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile — Aggiornamento IX*, UTET, Torino, 2018 (n.º 6); Massimo Franzoni, “La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli”, in: *Istituzioni del Federalismo*, n.º 2 — 2017, págs. 345-364 (351)].

hospital ⁷¹ ⁷².

Em segundo lugar, será extracontratual a responsabilidade dos *anestésistas*.

O acórdão do STJ de 28 de Janeiro de 2017 ⁷³ pronunciou-se sobre a responsabilidade do cirurgião pelos actos do anestesista, para sustentar que *o cirurgião responde contratualmente pelos actos dos auxiliares independentes*, no sentido do art. 800.º do Código Civil, e de que *o anestesista pode ser considerado como um auxiliar independente do cirurgião*:

V. Quanto à responsabilidade civil do médico-cirurgião, os pressupostos aferem-se pela sua conduta pessoal, assim como pela conduta daqueles que sejam *auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes*, da sua prestação, *i.e.* enfermeiros e outro pessoal auxiliar da equipa cirúrgica, por aplicação do art. 800.º, n.º 1, do Código Civil.

VI. É do conhecimento geral que, do ponto de vista científico e técnico, o médico anestesista não está subordinado ao cirurgião. Contudo,

⁷¹ Vide, por último, o acórdão do STJ de 23 de Março de 2017, proferido no processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes — em cujo sumário se escreve que, “[n]o âmbito de um contrato de prestação de serviços médicos, de natureza civil, celebrado entre uma instituição prestadora de cuidados de saúde e um paciente, na modalidade de contrato total, é aquela instituição quem responde exclusivamente, perante o paciente credor, pelos danos decorrentes da execução dos atos médicos realizados pelo médico na qualidade de ‘auxiliar no cumprimento da obrigação contratual, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil’ e que, não obstante, ‘o médico poderá [...] responder perante o paciente a título de responsabilidade civil extracontratual concomitante ou, eventualmente, no âmbito de alguma obrigação negocial que tenha assumido com aquele’ — ou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Janeiro de 2019, proferido no processo n.º 25029/13.5T2SNT. L1-2 e relatado pela Desembargadora Maria José Mouro, em cujo sumário se escreve: “Nas situações em que o médico se apresenta como um mero auxiliar do devedor — nos termos do n.º 1 do art. 800.º do Código Civil — ele responderá a título delitual, no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos; os respectivos requisitos serão então apurados de modo autónomo em relação aos da eventual responsabilidade contratual da clínica”.

22

⁷² Em Itália, o n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 24, de 8 de Março de 2017, enuncia o princípio de que a responsabilidade da instituição ou estrutura é uma *responsabilidade contratual* e o n.º 3, o princípio de que a responsabilidade do médico é uma *responsabilidade extracontratual*, “a não ser que o médico tenha agido no cumprimento de uma obrigação contratual assumida com o paciente” (*salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*):

⁷³ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

não seria de excluir, em absoluto, a possibilidade de responsabilizar o cirurgião pela conduta da anestesista se se apurasse que esta última era, em concreto, uma auxiliar, ainda que independente, de cumprimento das obrigações de que aquele é devedor^{74 75}.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Novembro de 2018⁷⁶ pronunciou-se sobre a responsabilidade dos *anestésistas*, por *actos próprios*, para sustentar que o *anestésista responde extracontratualmente, e só extracontratualmente*:

A eventual responsabilidade da ré anestesista apenas pode ser enquadrada no âmbito da responsabilidade civil delitual, o que pressupõe a alegação e prova dos respetivos pressupostos, designadamente que a sua actuação configura um facto ilícito culposo.

Excluídos os casos (excepcionais) de aplicação exclusiva do direito delitual, o facto de a responsabilidade civil dos médicos estar simultaneamente próxima do tipo *responsabilidade extracontratual* e do tipo *responsabilidade contratual* faz com haja um concurso de normas de pretensão — faz

⁷⁴ O acórdão do STJ de 28 de Janeiro de 2017 foi objecto de discussão na 1.ª bienal de jurisprudência em direito da medicina — in: *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 1—2018. págs. 58-60 —, constando das actas a passagem seguinte: “Cada médico é autónomo naquilo que faz. Um anestesista, por exemplo, é perfeitamente autónomo. O art. 800.º do Código Civil (‘actos dos auxiliares’) foi uma solução para a situação em que a anestesista não era parte na acção. Alguém que é responsável por uma conduta que não é sua, mas de outros. Se o hospital é responsável por toda a operação, então responde por todos os intervenientes na operação (sejam dependentes ou não dependentes). O cirurgião é responsável não só por si, mas também por outros. O facto do anestesista ser técnica e cientificamente autónomo (quando auxiliar de médico-cirurgião), não torna o médico cirurgião irresponsável”.

⁷⁵ Em sentido contrário, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Novembro de 2018, proferido no processo n.º 27836/16.8T8LSB.L1-2 e relatado pela Desembargadora Laurinda Gemas, sustenta que o anestesista “não pode ser considerad[o] [um] mer[o] auxiliar do réu cirurgião”, no sentido do art. 800.º do Código Civil. Ora o conceito de *auxiliar* do art. 800.º do Código Civil abrange as pessoas, — todas as pessoas, — “que [o devedor] [...] utilize para o cumprimento da obrigação” e, ao abranger as pessoas, — todas as pessoas, — “que [o devedor] [...] utilize para o cumprimento da obrigação”, compreende os auxiliares independentes. Os anestesistas são seguramente *auxiliares*; são seguramente pessoas que o cirurgião utiliza para o cumprimento da obrigação; ainda que sejam *auxiliares independentes*, e por isso não sejam *meros auxiliares*.

⁷⁶ Relatado pela Desembargadora Laurinda Gemas.

com que haja uma *Anspruchsnormenkonkurrenz*. Miguel Teixeira de Sousa fala impressivamente de um *concurso de títulos de aquisição da prestação*⁷⁷ — o direito do lesado à indemnização pode ter como fundamento a cláusula geral de responsabilidade extracontratual do art. 483.º ou a cláusula geral de responsabilidade contratual do art. 798.º.

Entre os regimes dos dois tipos fundamentais de responsabilidade civil encontra-se pelo menos cinco diferenças: a primeira relaciona-se com a ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários (art. 483.º, n.º 1, *vs.* art. 798.º); a segunda, com o ónus da prova da culpa (art. 487.º, n.º 1, *vs.* art. 799.º, n.º 1); a terceira, com o regime da obrigação de indemnizar em caso de pluralidade de devedores (arts. 497.º e 507.º *vs.* art. 513.º); a quarta, com a responsabilidade por actos de auxiliares (art. 500.º *vs.* art. 800.º); e a quinta, com os prazos de prescrição (na responsabilidade contratual, o prazo de prescrição é em regra de vinte anos — art. 309.º —; na responsabilidade extracontratual, o prazo de prescrição é de três anos — art. 498.º do Código Civil).

O art. 483.º faz, aparentemente, com que se aplique à responsabilidade do médico por factos próprios a disposição do art. 487.º, n.º 1, e à responsabilidade do médico por factos de auxiliares as disposições do art. 500.º — o prazo de prescrição será, em princípio, de três anos e, em caso de pluralidade de responsáveis, haverá solidariedade.

O art. 798.º, esse, faz, aparentemente, com que se aplique à responsabilidade do médico por factos próprios a disposição do art. 799.º, n.º 1, e à responsabilidade do médico por factos de auxiliares as disposições do art. 800.º — o prazo de prescrição será em regra de 20 anos e, em caso de pluralidade, haverá conjunção ou parciaridade.

Como entre os regimes dos dois tipos fundamentais de responsabilidade, extracontratual e contratual, há em todo o caso algumas diferenças, deve determinar-se o critério de resolução do problema adequado ao caso da responsabilidade médica.

⁷⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

4. O problema do concurso entre as responsabilidades contratual e extracontratual

I. — O concurso de normas pode qualificar-se como um *concurso cumulativo*, como um *concurso alternativo* ou *electivo* ou como um *concurso consumptivo* ou *excludente* ⁷⁸.

O *concurso cumulativo* caracteriza-se pela circunstância de as consequências jurídicas das proposições cuja previsão normativa está preenchida podem produzir-se em simultâneo, sem restrição recíproca; o *concurso alternativo* ou *electivo* e no *concurso consumptivo* ou *excludente* caracterizam-se pela circunstância as consequências jurídicas das proposições cuja previsão normativa está preenchida não poderem produzir-se em simultâneo — em todo o caso, sem restrição. Entre os dois, entre o concurso alternativo e o concurso consumptivo, há uma diferença fundamental, e a diferença fundamental está em que, se o concurso é alternativo ou electivo, a competência para decidir qual das proposições jurídicas deverá aplicar-se é devolvida ao interessado e em que, se o concurso é consumptivo ou excludente, a competência é devolvida ao juiz, desde que o juiz a actue ou exerça de acordo com as decisões do legislador.

Ora o concurso das responsabilidades contratual e extracontratual é um caso particular de concurso de *normas de pretensão*. As *teorias do não cúmulo* tratam-no como um concurso consumptivo. Estando preenchidos, cumulativamente, os requisitos da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual, deveria aplicar-se, exclusivamente, o regime da responsabilidade contratual ⁷⁹. As

⁷⁸ Ludwig Enneccerus / Hans-Carl Nipperdey, *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. I, tomo I, Bosch, Barcelona, s/d., págs. 225-226 (§ 54a); Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., págs. 372-379; João Baptista Machado, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998 (reimpressão), págs. 214-217; ou Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, especialmente nas págs. 101 ss.

⁷⁹ Em favor das teorias do não cúmulo pronunciou-se entre nós sobretudo Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2006, 541-553; ou Mário Júlio de Almeida Costa, “O concurso da responsabilidade civil contratual e extracontratual”, in: *Ab uno ad omnes — 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 555-565.

teorias do cúmulo, essas, dividem-se em dois grupos: — o primeiro abrange as construções do concurso de responsabilidade como *concurso cumulativo* (*sistema da acção dupla e sistema da acção única*, ainda que *híbrida*)⁸⁰; — o segundo, as construções do concurso de responsabilidade como *concurso alternativo* ou *electivo* (*sistema da opção*)⁸¹.

II. — O ponto de partida para determinar o critério de resolução do problema do concurso de responsabilidades é o de que o conteúdo do *acto médico* devido dentro do con-

⁸⁰ Em favor das teorias do cúmulo, na modalidade de sistema da acção híbrida, pronunciaram-se entre nós Adriano Vaz Serra, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 (1959) 115-241, especialmente nas págs. 230-241; Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, págs. 209-214; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 132.º (1999-2000), págs. 90-96, especialmente na pág. 96; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, págs. 221-232; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II – 2005, págs. 349-390 (352-353); André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., pág. 753.

⁸¹ Em favor das teorias do cúmulo, na modalidade de sistema da opção, pronunciaram-se entre nós João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, págs. 636-637; António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, separata do vol. XXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1985, págs. 425-433; António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, págs. 713-714; Pedro Romano Martínez, *Cumprimento defeituoso — em especial na compra e venda e na empreitada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, págs. 259-288.

texto de uma relação obrigacional^{82 83} coincide exactamente com o conteúdo do *acto médico* devido fora do contexto de uma relação obrigacional. Entre os deveres *contratuais* e os deveres *extracontratuais* dos médicos não há nenhuma *diferença fundamental*⁸⁴.

⁸² O Código Civil português, ao contrário, p. ex., do Código Civil alemão ou do Código Civil neerlandês, não autonomizou o tipo *contrato de prestação de serviços médicos* [sobre o direito alemão, *vide*, p. ex., Martin Rehborn, “Das Patientenrechtgesetz”, in: *Gesundheitsrecht*, ano 12.º (2003), págs. 257-272; Dominik Franzki, *Der Behandlungsvertrag. Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2014; e, entre nós, Luís Vasconcelos Abreu, *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português* (dissertação de doutoramento), ISCTE, Lisboa, 2015, págs. 239-242]. O fenómeno da codificação do contrato de prestação de serviços médicos ou do contrato de tratamento (*Behandlungsvertrag*), como tipo específico, inscreve-se numa tendência, mais ampla e mais geral, reflectida, p. ex., no anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu [*vide* Helga Fabíola Fonseca, “O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 13.º (2016), págs. 53-72].

⁸³ Como o Código Civil português não haja autonomizado o tipo *contrato de prestação de serviços médicos*, a doutrina e a jurisprudência discutem se o contrato entre o médico e o paciente um contrato típico, de prestação de serviços ou de empreitada, ou se é um contrato atípico [no sentido de que se trata de um contrato de *prestação de serviços*, *vide*, p. ex., Jorge de Figueiredo Dias / Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332 (Janeiro de 1984), págs. 21-79, pág. 43 (nota n.º 72); Carlos Ferreira de Almeida, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in: *Direito da saúde e bioética*, AAFDUL, Lisboa, 1996, págs. 75-120; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde”, cit., pág. 206; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 122; André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 665-677; e, no sentido de que, ainda que se trate de um contrato de prestação de serviços, *não* se trata de um contrato de empreitada, *vide* João Carlos Galheiro, “O ato médico é uma empreitada?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 74.º (2014), págs. 795-894; ou João Carlos Galheiro, “Do ato médico à empreitada. Resumo revisto e atualizado de um percurso já feito”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 12.º (2015), págs. 55-77].

⁸⁴ Cf. designadamente Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Mohr Siebeck / Nijhoff, Tübingen / Dordrecht / Boston / London, 1988, pág. 73.

O acórdão do STJ de 28 de Maio de 2015, relatado pelo Conselheiro Abrantes Geraldês, confirma-o, e confirma-o ao dizer que a responsabilidade civil dos médicos depende sempre, ou quase sempre, do incumprimento ou da inobservância de um dever de cuidado: no “plano [da responsabilidade] contratual”, a inobservância de um dever de cuidado corresponde ao não cumprimento de uma obrigação (corresponde ao não cumprimento de uma “obrigação de meios”); “[no plano da] responsabilidade extracontratual”, a inobservância de um dever de cuidado “integra simplesmente a negligência”. O STJ sublinha, p. ex., que “[a]mbos os aspectos [ou seja: os aspectos contratual e extracontratual da responsabilidade civil dos médicos] devem ser aferidos em função das *leges artis* ajustadas a cada situação, como critério valorativo de correcção do acto médico executado pelo profissional de medicina, tendo em conta as especiais características do seu autor e a complexidade ou a transcendência vital do paciente”⁸⁵.

a) O facto de não haver nenhuma *diferença fundamental* entre deveres *contratuais* e *extracontratuais* depõe fortemente no sentido de que não deva haver nenhuma *diferença fundamental* entre os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual; pela violação de *deveres contratuais* e pela violação de *deveres extracontratuais*.

Entre os corolários do princípio de que não deve haver nenhuma diferença fundamental entre os dois regimes, entre o regime da responsabilidade por violação de deveres contratuais e o regime da responsabilidade por violação de deveres extracontratuais, está o de que não deve haver nenhuma diferença fundamental entre a responsabilidade pelos actos médicos praticados em *hospitais privados* e a responsabilidade pelos actos médicos praticados em *hospitais públicos*.

Em relação aos actos médicos praticados em *hospitais privados*, a doutrina e a jurisprudência portuguesas tendem a qualificar a responsabilidade dos médicos como *contratual*

⁸⁵ Em termos semelhantes, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012”, in: *Cadernos de direito privado*, n.º 43 (Julho / Setembro de 2013), págs. 48-71 (sublinhando a “relevância da auto-regulação médica na definição do juízo de ilicitude”).

e, em relação aos actos praticados em *hospitais públicos*, tendem a qualificá-la como *extracontratual*⁸⁶. Evitando que da diferença de construção ou de qualificação decorram diferenças de regime, deve interpretar-se ou integrar-se o regime de cada uma das duas responsabilidades, para conseguir alguma coerência.

Como os regimes dos dois tipos de responsabilidade devem coincidir em tudo ou quase tudo o STJ fala de quando em quando de uma *responsabilidade extracontratual* ou *extraobrigacional* pelo *não cumprimento de uma obrigação de meios*.

O acórdão do STJ de 29 de Outubro de 2015⁸⁷, p. ex., pronunciou-se sobre um caso de responsabilidade civil por um acto praticado por um médico em serviço em hospital público, “numa situação pontual de emergência”. Em primeiro lugar, o STJ qualificou a responsabilidade do médico como *extracontratual* ou *extraobrigacional* e, em segundo lugar, qualificou-a como responsabilidade *extracontratual* ou *extraobrigacional* pelo *não cumprimento de uma obrigação de meios*:

“2. [...] a obrigação passiva universal correspectiva do direito absoluto de personalidade do lesado como que se densifica[ria] em função da relação de prestação do serviço público e das *leges artis* que o agente público deve observar.

⁸⁶ Sobre a decisão legislativa de coordenar os casos de responsabilidade por acto médico, praticado em instituições públicas de saúde, ao regime da responsabilidade *extracontratual*, consagrada na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil *extracontratual* do Estado e demais entidades públicas, *vide*, p. ex., Margarida Cortez, “Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde”, in: *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2005, págs. 257-273 (260-262); Cláudia Monge, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, in: Carla Amado Gomes / Miguel Assis Raimundo / Cláudia Monge (coord.), *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2013, págs. 6-59 [in: WWW: < https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf >]; Filipe Albuquerque Matos, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e *extracontratual*. O caso particular da responsabilidade civil médica”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito médico*, ano 11.º (2014), págs. 9-33 (9-10).

⁸⁷ Relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

3. Nessa medida, essa obrigação caracteriza[r]-se[ia], em regra, como uma obrigações de meios, nos termos da qual o agente público se encontra[ria] vinculado, não a determinado resultado, mas a usar de um grau de diligência e de prudência condizente com o corpo de conhecimentos e técnicas exigíveis e recomendáveis no emprego da sua arte (*leges artis*), com vista à obtenção da cura do paciente.”

As palavras do STJ podem causar alguma confusão, por não serem tão precisas e rigorosas como deveriam ser — a fórmula *responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional pelo não cumprimento de uma obrigação de meios* contém em si, aparentemente, uma contradição. Ou bem que a responsabilidade depende do não cumprimento de uma obrigação pré-existente, ou bem que não depende do não cumprimento de nenhuma obrigação: caso dependa do cumprimento de uma obrigação pré-existente será *contratual* e caso não dependa do não cumprimento de nenhuma obrigação será *extracontratual*. O facto de as palavras do STJ poderem causar alguma confusão, por não serem absolutamente precisas e rigorosas, deve relativizar-se — o STJ terá pensado, e bem, que os critérios por que há de apreciar-se a *responsabilidade contratual* e a *responsabilidade extracontratual* dos médicos devem coincidir entre si.

b) Os autores esforçaram-se por aproximar os dois regimes, em termos de os fazer coincidir em tudo, ou de os fazer coincidir em quase tudo, de duas formas diferentes.

Em primeiro lugar, esforçaram-se por aproximá-los através de uma *autonomização* da responsabilidade civil dos médicos. O direito da responsabilidade civil poderia e deveria arrumar-se de acordo com os “graus de perigosidade das diferentes situações”, dividindo-se em “pequenos núcleos de responsabilidade, tais como as do produtor, do vendedor, do empreiteiro, do médico, etc.; em suma, responsabilidades relacionadas com certas actividades e profissões”⁸⁸. Em segundo lugar, esforçaram-se por aproximá-los através da coordenação de *toda* a responsabilidade civil dos médicos, *contratual* e *extracontratual*, a um dos *tipos fundamentais* de responsabilidade civil — à *responsabilidade contratual*.

⁸⁸ Cf. Pedro Romano Martinez, “Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, cit., pág. 461.

O *acto médico* seria sempre um acto praticado dentro do contexto de uma relação obrigacional, seja de uma relação obrigacional em sentido estrito ou em sentido amplo⁸⁹. Evitando os *perigos* dos dois *percursos*, parece-nos que a *coerência* ou *unidade* da responsabilidade civil dos médicos *não* deverá alcançar-se nem através de uma *autonomização* ⁹⁰, nem através de uma *absorção* de *toda* a responsabilidade civil dos médicos pelo regime da *responsabilidade contratual*⁹¹, nem através de uma *absorção* de *toda* a responsabilidade civil dos médicos pelo regime da *responsabilidade extracontratual* ⁹² — deverá alcançar-se sim através de uma adequada interpretação e / ou de uma adequada integração dos dois regimes (do regime da responsabilidade contratual e do regime da responsabilidade extracontratual).

Como que a confirmar que a coerência da responsabilidade civil dos médicos não deve alcançar-se através de uma autonomização, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 7 de Janeiro de 2016 ⁹³, diz que “[a] responsabilidade civil do médico não deriva de um direito específico da profissão médica, mas do conceito genérico de responsabilidade decorrente do direito civil: a obrigação, imposta por lei, a quem causa prejuízo a terceiros, de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão”.

III. — O direito da responsabilidade civil pressupõe uma *diferença*, de quando ou quando qualificada como *ir-reduzível* ⁹⁴, entre as responsabilidades contratual e extra-

⁸⁹ Cf. Jorge Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão”, in : *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I — 2004, págs. 115-195.

⁹⁰ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, cit., págs. 175-187.

⁹¹ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, cit., págs. 149-175.

⁹² Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, cit., pág. 169 (nota n.º 80) e págs. 177-178 (nota n.º 97) .

⁹³ Relatório pelo Desembargador João Amaro.

⁹⁴ Claudio Sconamiglio, “I profili soggettivi dell’illecito”, in: Stefano Rodotà / Paolo Zatti (coord.), *Trattato di biodiritto*, vol. IV — *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 277-314 (283).

contratual. O aplicador do direito deverá então *adaptar* os regimes *gerais* das duas responsabilidades ao caso *especial* da responsabilidade civil dos médicos, construindo um sistema *coerente* ⁹⁵. O STJ, designadamente num acórdão de 1 de Outubro de 2015 ⁹⁶, reconhece o princípio da *coerência* ou da *unidade* (do sistema) da responsabilidade civil dos médicos, referindo-se à “necessidade de ultrapassar [a] distinção e as diferenças de regime que, pelo menos num ponto central — o ónus da prova da *culpa* do lesante —, se encontram na regulamentação genérica de uma e outra modalidades de responsabilidade civil”. O facto de o direito da responsabilidade civil pressupor a diferença entre as responsabilidades contratual e extracontratual concilia-se com a representação das duas responsabilidades, contratual e extracontratual, como tipos e a representação das duas responsabilidades, contratual e extracontratual, como tipos concilia-se com a representação da responsabilidade civil como um *continuum*, em que as diferenças significam tão-só uma coisa — que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são simplesmente os dois *extremos* de um *continuum* ⁹⁷.

Entendendo-se, como deve entender-se, que *responsabilidade contratual* e *responsabilidade extracontratual* são os dois extremos de um *continuum*, a pretensão indemnizatória há-de estar sempre sujeita a um regime sistemática, teleológica e valorativamente adequado ao caso ⁹⁸, construído (i) ou a partir do regime da responsabilidade contratual, (ii) ou a partir do regime da responsabilidade extracontratual, (iii) ou a partir de uma *combinação* dos regimes das duas responsabilidades.

Os *pontos de contacto* entre o caso da responsabilidade civil dos médicos e os dois tipos fundamentais de responsabilidade civil, contratual e extracontratual, depõem em

⁹⁵ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, cit., pág. 169 (nota n.º 80) e págs. 177-187.

⁹⁶ Relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

⁹⁷ Cf. designadamente Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., págs. 93-101 — concluindo, na pág. 102, que as normas da responsabilidade contratual e extracontratual são os dois extremos, os dois *elos finais*, de uma *cadeia* de normas.

⁹⁸ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 102.

favor de que o regime da responsabilidade civil dos médicos seja construído a partir de uma *combinação* dos dois regimes concorrentes. Entre os corolários da combinação está, p. ex. o de que a responsabilidade da clínica ou do médico por (f)actos próprios deverá ficar sujeita ao art. 799.º, n.º 1, do Código Civil e o de que a responsabilidade da clínica ou do médico por (f)actos dos auxiliares deverá ficar sujeita, simultaneamente, aos arts. 500.º, n.ºs 1 e 3, e 800.º, n.º 1: deverá ficar sujeita *ao art. 800.º, n.º 1*, do Código Civil para que a clínica ou o médico possa ser responsabilizado por (f)actos de auxiliares independentes; deverá ficar sujeita *ao art. 500.º, n.ºs 1 a 3*, para que a clínica ou o médico possam ser responsabilizados *solidariamente*. Entre o prazo longo do art. 309.º do Código Civil, de vinte anos, e o prazo curto do art. 498.º, de três anos, estamos convencido de que deve dar-se alguma preferência ao segundo — ao prazo de três anos.

O Professor Filipe Albuquerque Matos argumenta contudo que “ao devedor não é exigível, no lapso temporal dilatado previsto no art. 309.º, nada com o qual não devesse contar: a prestação em dívida negocialmente acordada”⁹⁹. Em relação às situações em que o credor (ainda) pretende exigir que o devedor cumpra, pensamos que o prazo ordinário de prescrição (ainda) faz algum sentido; em relação às situações em que o credor (já) não pretende que o devedor cumpra, pensamos que o prazo ordinário de prescrição (já) não faz sentido nenhum — e, entre as situações em que o credor (já) não pretende que o devedor cumpra está responsabilidade civil dos médicos¹⁰⁰.

⁹⁹ Filipe Albuquerque Matos, “Traços distintivos e sinais e contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica [II]”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 12.º (2015), págs. 25-54 (27).

¹⁰⁰ Cf. designadamente Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do vol. XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1994, pág. 218, Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, in: *Scientia Juridica*, n.º 297, Setembro-Dezembro de 2003, págs. 495-523 (522-523); Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das obrigações*, vol. I — *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 54-55.

5. O concurso entre as responsabilidades contratual e extracontratual na jurisprudência do STJ

I. — O STJ começou por adoptar, com alguma confiança e firmeza, as *teorias do cúmulo*, hesitando tão-só entre a construção do concurso como *alternativo* ou como *cumulativo*. Os acórdãos do STJ de 19 de Junho de 2001 e de 22 de Fevereiro de 2005 pronunciaram-se em favor da tese de que o concurso de responsabilidades é um *concurso alternativo* (= pronunciaram-se em favor do *sistema da opção*). O primeiro — o acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 — dizia que “o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto” e o segundo — o acórdão de 22 de Fevereiro de 2005 — dizia que, “gozando o lesado da tutela extracontratual, poderá [...] optar pelo regime que lhe for mais favorável”¹⁰¹. O acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2015¹⁰², esse, pronunciou-se em favor da tese do *concurso cumulativo*, “tendo o lesado o direito de invocar, à sua escolha, conforme for de seu interesse, as regras, cumulando-as, de uma ou outra responsabilidade[s]”¹⁰³.

II. — Em ruptura com as *teorias do cúmulo*, os acórdãos do STJ de 22 de Setembro de 2011¹⁰⁴, de 2 de Junho de 2015¹⁰⁵, de 28 de Janeiro de 2016¹⁰⁶, de 26 de Abril de 2016¹⁰⁷, de 7 de Março de 2017¹⁰⁸ e de 22 de Março de 2018¹⁰⁹ pronunciaram-se pela *teoria do não cúmulo*:

¹⁰¹ Concordando com o sistema da opção, *vide*, p. ex., o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Fevereiro de 2011, relatado pelo Desembargador Filipe Caroco, ou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2017, relatado pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça.

¹⁰² Relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro.

¹⁰³ Concordando com o sistema da acção híbrida, *vide*, p. ex., o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012, relatado pela Desembargadora Maria Cecília Agante

¹⁰⁴ Relatado pelo Conselheiro Bettencourt Faria.

¹⁰⁵ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

¹⁰⁶ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

¹⁰⁷ Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

¹⁰⁸ Relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

¹⁰⁹ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo — em que se dá conta

“Em matéria de responsabilidade médica, deve[ria] aplicar-se o regime da responsabilidade contratual por ser mais favorável ao lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada”.

O acórdão de 26 de Abril de 2016 desenvolve os dois argumentos enunciados nos acórdãos anteriores. Em primeiro lugar, ainda que as “especificidades” de cada um dos dois regimes de responsabilidade fossem “poucas”, “a disciplina [da responsabilidade contratual], globalmente considerada, confere maior protecção ao lesado”. Em segundo lugar, “encontrando-nos no domínio do direito das obrigações, em que impera o princípio da autonomia privada”, a disciplina da responsabilidade contratual seria mais próxima da vontade das partes:

“perante uma situação concreta, em que as partes t[ivessem] optado pela celebração de um contrato, sendo aplicáveis paralelamente as duas espécies de responsabilidade civil, [...] o facto [teria], em primeira linha, de considerar-se ilícito contratual, consumindo o regime da responsabilidade contratual o da extracontratual”.

O STJ deduz da preferência pelas teorias do não cúmulo a conclusão de que, desde que o autor / lesado invocasse “a violação de uma obrigação contratual de que resultam danos para uma das partes, o pedido de indemnização deve[ria] alicerçar-se nas regras da responsabilidade contratual, com exclusão, face a um princípio da consunção, das da extracontratual”. Entre as regras da responsabilidade extracontratual excluídas estaria, p. ex., o art. 493º, n.º 2, do Código Civil.

A tendência do STJ para preferir a (chamada) *teoria do não cúmulo* tem contaminado as Relações: no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015 ¹¹⁰, afirma-se que “a regra é a da responsabilidade contratual do

de que “a orientação reiterada da jurisprudência deste Supremo Tribunal (cfr. por exemplo, os acórdãos de 17/12/2009 (proc. 544/09.9YFLSB), de 15/09/2011 (proc. nº 674/2001.P1.S1), de 15/12/2011 (proc. nº 209/06.3TVPRT.P1.S1), de 11/06/2013 (proc. nº 544/10.6TBSTS.P1.S1), de 02/06/2015 (proc. nº 1263/06.3TVPRT.P1.S1), de 01/10/2015 (proc. nº 2104/05.4TBPVZ.P1.S1), de 28/01/2016 (proc. nº 136/12.5TVLSB.L1.S1) e de 23-03-2017 (proc. nº 296/07.7TBMCN.P1.S1), todos consultáveis em www.dgsi.pt) é no sentido da opção pelo regime da responsabilidade contratual”.

¹¹⁰ Relatório pelo Desembargador Rodrigues Pires.

médico, sendo a responsabilidade extracontratual a excepção, normalmente correlacionada com situações em que o médico actua em quadro de urgência, inexistindo acordo do doente para a sua intervenção”; e, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017^m, diz-se que “[e]m acto médico do qual resultaram danos na integridade física do paciente existe um concurso aparente entre a responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual e a responsabilidade contratual” e que “[a]inda assim, o regime aplicável será o da responsabilidade contratual por ser, em regra, o que se apresenta como o mais favorável ao lesado/doente”.

III. — Como sinais de alguma abertura do STJ a uma reponderação do problema do concurso de responsabilidades encontrar-se-á em todo o caso dois acórdãos, de 25 de Fevereiro de 2015¹¹² e de 7 de Fevereiro de 2017¹¹³.

O primeiro, o acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2015, pronuncia-se pelo *sistema da acção única*, ainda que *híbrida*; sustenta que o lesado deve ter “o direito de invocar, à sua escolha, conforme for de seu interesse, as regras [...] de uma ou [de] outra responsabilidade[s]”; o segundo, o acórdão do STJ de 7 de Fevereiro de 2017, pronuncia-se pelo *sistema da opção*; sustenta, em particular, o seguinte:

“III. — Para além do dever de prestação, existem, igualmente, numa relação contratual, certos deveres acessórios de conduta ou deveres laterais, deveres de cuidado e de protecção, independentemente dos deveres primários de prestação, impostos pela boa-fé, e que as partes devem observar, que se destinam a proteger a pessoa ou os bens da contraparte, cuja violação originará responsabilidade contratual ou o cumprimento defeituoso.

IV. — Com a inclusão do dever de protecção violado, no âmbito do contrato, o dano não deixa de assumir natureza delitual, por resultar da violação de direitos absolutos da contraparte, só que ocorrendo na execução do contrato, por violação de deveres de cuidado, que devem ter-se por abrangidos no seu círculo de protecção, o dano reveste, simultaneamente, natureza contratual.

¹¹¹ Relatado pelo Desembargador Jorge Seabra.

¹¹² Relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro.

¹¹³ Relatado pelo Conselheiro Hélder Roque (processo n.º 4444/03.8TBVIS.C1.S1).

V. — Existindo concurso de títulos de imputação ou concurso de pretensões, o lesado pode escolher o título mais favorável a empregar, o regime contratual ou o regime extracontratual, não sendo de aceitar a existência de duas ações, pois que existe uma única conduta ilícita, uma unidade de pedido indemnizatório e de indemnização, tudo se reconduzindo à figura do concurso aparente”¹¹⁴.

6. Comentário à jurisprudência do STJ sobre concurso de responsabilidades

I. — Os argumentos entretanto deduzidos pelo STJ em favor das teorias do não-cúmulo não conseguem convencer-nos. Em primeiro lugar, parece-nos que o facto de o regime da responsabilidade contratual ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada é irrelevante, ou quase irrelevante, em matéria de responsabilidade civil médica. O *contrato* não altera, nem para mais, nem para menos, o conteúdo da relação de tratamento. Em segundo lugar, parece-nos que, *por definição*, as *teorias do cúmulo* são mais favoráveis ao lesado que a *teoria do não cúmulo*. O *princípio da consumpção*, “de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual”, não pode justificar-se ou, sequer, explicar-se por ser a *solução mais ajustada aos interesses do lesado* — entre os casos em que o regime da responsabilidade contratual não é o regime *mais ajustado* ou *mais favorável* aos interesses do lesado estão, p. ex., os casos de pluralidade de responsáveis (cf. art. 497.º, n.º 1, do Código Civil).

Como *contraprova* de que as teorias do cúmulo não são adequadas ou, no mínimo dos mínimos, não são adequadas à responsabilidade médica, está o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência francesas, reflectido, p. ex., no *Projet de*

¹¹⁴ Em termos em tudo ou quase tudo semelhantes, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 2018, relatado pelo Desembargador Carlos Oliveira: “a doutrina tem vindo a defender maioritariamente que se podem cumular ambos os regimes que concorrem para a solução do caso concreto” — ainda que continue dizendo que dará preferência ao regime da responsabilidade contratual, “por comodidade de apresentação e por se nos afigurar mais favorável à pretensão da A., nomeadamente por dela resultar a facilidade da culpa do devedor ser presumida”.

réforme de la responsabilité civile de Março de 2017 ¹¹⁵.

O art. 1233 do Código Civil francês, na redacção do *Projet de réforme*, consagraria o princípio do não cúmulo: “Em caso de não cumprimento de uma obrigação contratual, nem o devedor nem o credor podem subtrair-se à aplicação das disposições próprias da responsabilidade contratual para optar pelas regras específicas da responsabilidade extracontratual”. O art. 1233-1, na redacção do *Projet de réforme*, consagraria um *desvio* ao princípio do não cúmulo para os casos de *dano corporal*, ou seja, para os casos mais comuns, mais frequentes, de *responsabilidade médica*. O n.º 1 do art. 1233-1 determinaria que os prejuízos resultantes do dano corporal fossem reparados por aplicação das regras da responsabilidade extracontratual (*sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle*), ainda que houvessem sido causados por ocasião do cumprimento do contrato e o n.º 2 do art. 1233-1, que o lesado, — que a vítima, — dispusesse, em todo o caso, da faculdade invocar as cláusulas ou estipulações expressas do contrato que lhe fossem mais favoráveis que a aplicação das regras da responsabilidade extracontratual ¹¹⁶.

Embora o projecto (ainda) não se tenha transformado em lei, embora o projecto de reforma (ainda) não se tenha transformado em reforma, a *atenuação* do princípio do não cúmulo, com o *abandono* do não cúmulo para os casos de dano corporal, corresponde a um desenvolvimento consensual ou quase-consensual — a codificação preconizada pelo projecto de reforma é uma *codification à droit constant*.

O resultado da *evolução* previsível do direito francês concretizar-se-ia no *isolamento* do direito português — a aplicação do princípio do não cúmulo aos casos de *dano corporal*

¹¹⁵ Consultado em: WWW: < http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf >.

¹¹⁶ O direito belga — cujo projecto de reforma do direito das obrigações pode ser consultado em WWW: < https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf > — prepara-se para uma alteração ainda mais radical, com a substituição do princípio do não cúmulo por um sistema de opção [*vide* a apresentação do projecto belga por Bernard Dubuisson, “L’avant-projet de réforme du Code Civil belge. La responsabilité extracontractuelle”, in: *PoLaR. Portuguese Law Review*, vol. 2 — 2018, págs. 85-90 (esp. nas págs. 86-87), e a Exposição de motivos do projecto — em: WWW: < https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf >].

faria com que o direito português da responsabilidade civil fosse um caso isolado, *único*, entre os direitos europeus.

II. — A fragilidade dos argumentos deduzidos em favor do não-cúmulo faz com que deva considerar-se duas hipóteses. Ou bem que deve adoptar-se um *princípio de fundamentação unilateral*, ponderando os interesses de uma, e de só uma das partes, ou bem que deve adoptar-se um *princípio de fundamentação bilateral ou recíproca*, ponderando os interesses das duas partes, do lesado e do lesante, para seleccionar o regime mais *adequado* aos princípios e aos valores do sistema.

O primeiro termo da alternativa significaria (só poderia significar) uma coisa — preferir as *teorias do cúmulo* e, dentro das teorias do cúmulo, preferir o *sistema da acção híbrida*.

O concurso entre a *responsabilidade contratual* e a *responsabilidade extracontratual* deveria representar-se como um *concurso cumulativo* — e, representando-se o concurso como cumulativo, o lesado deveria dispor da faculdade de combinar os princípios e as regras das duas responsabilidades, *princípio a princípio e regra a regra*.

Em primeiro lugar, deveria dispor da faculdade de os combinar e, em segundo lugar, deveria dispor da faculdade de os combinar numa, e na mesma, acção ¹¹⁷.

O segundo termo da alternativa poderia significar três coisas — preferir o regime da responsabilidade contratual, preferir o regime da responsabilidade extracontratual, ou preferir uma combinação entre os regimes das duas responsabilidades.

Estamos convencido de que deve dar-se preferência a um princípio de fundamentação bilateral ou recíproca. O argumento de que o *cúmulo* é a *solução natural* para os casos de concorrência ou concurso ¹¹⁸, ou o argumento de que, ainda que o *cúmulo* não fosse a *solução natural* para todos os

¹¹⁷ Cf. por último André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 749-753; Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, cit., págs. 63-65; Idem, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, cit., págs. 17-21.

¹¹⁸ Cf. Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, policopiado, Coimbra, 1983, págs. 209-214

casos de concurso, sempre o seria para o caso particular do *concurso de responsabilidades*, causam-nos algumas dúvidas. O problema não terá porventura uma solução única, indiferenciada; deverá determinar-se em cada caso, ou em cada conjunto de casos, se a *solução do cúmulo* faz ou não sentido.

“... os interesses em jogo em alguma ligação especial podem fazer com que se chegue a um juízo de valor no sentido de que a protecção genérica proporcionada pelo direito da responsabilidade civil extracontratual deva ser atenuada” ¹¹⁹.

Quando o aplicador do direito conclua que a protecção proporcionada pelo contrato e pela responsabilidade extracontratual pretende excluir ou limitar a protecção genérica proporcionada pela responsabilidade extracontratual, a *solução do cúmulo* não é a solução natural; não faz sequer sentido; quando o aplicador do direito conclua que a protecção proporcionada pelo contrato e pela responsabilidade contratual não pretende excluí-la ou limitá-la, sim — o contrato deverá ser sempre um *mais*, e não deverá ser nunca um *menos* para o credor ¹²⁰. Em lugar de uma solução única, indiferenciada, o problema terá (deverá porventura ter) uma solução diferenciada.

III. — Estando, como estamos, convencido de que deve dar-se preferência a um princípio de fundamentação bilateral ou recíproca, entendemos que a preferência *formal* do STJ e das Relações pelo regime da responsabilidade contratual, esconde uma preferência *substancial* pela *combinação* dos dois regimes.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Outubro de 2015 ¹²¹, p. ex., diz que “[a] circunstância de o acto médico ter sido prestado numa unidade de saúde médica, [numa] clínica dentária, não retira a responsabilidade ao apelante médico nos termos do art. 800.º, n.º 1, do Código Civil”. A fundamentação é em todo o caso insuficiente, por não explicar duas coisas: — por que razão há-de o médico, como auxiliar, ser responsabilizado pelo não cumprimento

¹¹⁹ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 103.

¹²⁰ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 103.

¹²¹ Relatado pelo Desembargador Vaz Gomes.

de uma obrigação que não é sua; — por que razão hão-de os dois sujeitos, hão-de o devedor e o auxiliar, ser responsabilizados solidariamente por aplicação de um regime, do regime da responsabilidade contratual, em que a regra é a da responsabilidade conjunta ou parciária. O resultado só pode sustentar-se a partir de uma combinação dos regimes da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual — a clínica responderia contratualmente e o médico, extracontratualmente; a responsabilidade da clínica e do médico seria solidária ¹²².

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017 ¹²³, esse, é a prova provada de que a teoria do não-cúmulo não é um critério adequado para a resolução do problema do concurso entre as duas responsabilidades.

O caso prendia-se com a responsabilidade de um hospital e de um médico pelo dano da perfuração do intestino causado por uma colonoscopia: a autora pedia que os dois, hospital e médico, fossem condenados, e que fossem solidariamente condenados a indemnizá-la, e os réus defendiam-se, sustentando que não deviam ser condenados, por não haver nem ilicitude nem culpa. O Tribunal da Relação do Porto afirma que deve aplicar-se o regime da responsabilidade contratual “por se mostrar mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável ao lesado” ¹²⁴. Entre as consequências da preferência pelo regime da responsabilidade contratual estaria a aplicação do art. 800.º do Código Civil — o hospital responderia

¹²² Em termos análogos, para um caso com algumas semelhanças, *vide* E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, págs. 553-558.

¹²³ Relatado pelo Desembargador Jorge Seabra.

¹²⁴ O acórdão continua, explicando que o regime da responsabilidade contratual é “mais favorável ao lesado não só em matéria de culpa (pois que, ao contrário do que sucede na responsabilidade extracontratual — art. 487.º, n.º 1, do Código Civil —, se presume a culpa do devedor — art. 799.º do Código Civil), como, ainda, em matéria de prazo de prescrição (que, em matéria de responsabilidade contratual, é de vinte anos, ao passo que no âmbito da responsabilidade extracontratual é, via de regra, de três anos — arts. 309.º e 498.º, n.º 1, do Código Civil), ou, ainda, em matéria de responsabilidade por actos de auxiliares, atenta a diversidade de regimes (e de prova) que resulta do preceituado nos arts. 500º [aplicável em sede de responsabilidade extracontratual] e 800º [aplicável em sede de responsabilidade contratual], ambos do Código Civil”.

contratualmente pelos actos dos seus auxiliares, ainda que independentes, como, p. ex., pelos actos dos seus médicos. O problema está em que a preferência pelo regime da responsabilidade contratual implicaria logicamente que o hospital, como devedor, fosse condenado e que o médico, como auxiliar do devedor, o não fosse — o regime da solidariedade decorre, só pode decorrer, da aplicação do art. 497.º do Código Civil e, conseqüentemente, só pode decorrer da aplicação do regime da responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional.

O Tribunal da Relação do Porto recusou-se contudo a desresponsabilizar o médico, condenando solidariamente os dois réus a indemnizar a autora. Ora aplicar, simultaneamente, uma disposição legal integrada no regime da responsabilidade contratual, como é o art. 800.º, e uma disposição integrada no regime da responsabilidade extracontratual, como é o art. 497.º, é todo o contrário de aplicar a *teoria do não-cúmulo*.

Entre a afirmação de que deve aplicar-se o regime da responsabilidade contratual, por ser mais favorável ao lesado, e a afirmação de que deve condenar-se solidariamente o devedor e os auxiliares do devedor — de que deve condenar-se solidariamente o hospital, como devedor, e o médico, como auxiliar do devedor —, há uma contradição insuperável.

Embora concordemos com as decisões do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Outubro de 2015 e do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017, no sentido de aplicar o regime da solidariedade, não concordamos com a decisão do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de Março de 2018 ¹²⁵.

A autora fora submetida a uma intervenção cirúrgica em clínica privada e, em consequência da intervenção, ficara “com um parafuso, material de perfuração instalado na tibia direita”:

“Ora, a colocação de tal parafuso deveria ter sido temporária; porém, nunca o mesmo foi retirado, apesar da insistência da [autora] perante as [rés], devendo-se a sua permanência no corpo da autora a esquecimento e posterior recusa em retirá-lo, o que [...] causou danos [à autora], que descreve e quantifica”.

¹²⁵ Relatório pela Desembargadora Maria Amália Santos, com declarações de voto dos Desembargadores Ana Cristina Duarte e João Diogo Rodrigues.

O Tribunal da Relação de Guimarães qualificou o contrato entre a clínica e o paciente como um contrato de prestação de serviços e a responsabilidade da clínica para com o paciente como uma responsabilidade contratual ¹²⁶, para sustentar que o prazo de prescrição era de 20 anos. Ora o prazo de prescrição do art. 309.º do Código Civil está ligado ao interesse no cumprimento; faz sentido para os casos em que o credor pretende que o devedor cumpra; o prazo de prescrição do art. 498.º, esse, está ligado ao interesse na integridade; faz sentido para os casos em que o credor pretende que o devedor indenize — e em que só pretende que o devedor o indemnizar ¹²⁷. Como, no caso concreto, a autora não pretendia o cumprimento, e sim a indemnização, não deveria aplicar-se o prazo do art. 309.º, e sim o prazo do art. 498.º do Código Civil.

7. Indicação de sequência — responsabilidade médica por defeito do consentimento e responsabilidade médica por defeito do tratamento

I. — Roberto Pucella descreve a responsabilidade civil dos médicos como uma responsabilidade situada entre dois pólos, entre os pólos da lesão da autonomia e da lesão da integridade ¹²⁸, para distinguir duas grandes áreas da responsabilidade civil dos médicos; para distinguir a responsabilidade por defeito do consentimento e a responsabilidade por defeito do tratamento. Como se afirma, p. ex., no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Novembro

¹²⁶ Com a reserva de que “será sempre [...] o caso concreto que, analisado em toda a sua envolvente, dirá se se está [...] perante uma relação contratual ou extracontratual”.

¹²⁷ Cf. designadamente Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pág. 218, Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, cit., págs. 522-523; ou Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das obrigações*, vol. I — *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, cit., págs. 54-55.

¹²⁸ Roberto Pucella, “L’illiceità dell’atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso”, in: Stefano Rodotà / Paolo Zatti (coord.), *Trattato di biodiritto*, vol. IV — *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 185-228.

de 2014 ¹²⁹, “a acção de responsabilidade civil médica pode fundar-se no erro médico e/ou na violação do consentimento informado”. Com o termo “violação do consentimento informado” pretende-se designar o defeito do consentimento e com o termo “erro médico”, concretizado na violação das leis da arte e da ciência médica, pretende-se designar o defeito do tratamento.

A primeira, a responsabilidade pelo defeito do consentimento, teria como fim salvaguardar ou tutelar o bem jurídico autonomia — ou seja, tutelar o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde — e a segunda, a responsabilidade pelo defeito de tratamento teria como fim tutelar os bens jurídicos vida e saúde do paciente.

Ora o primeiro tipo de dificuldades causado pela responsabilidade civil dos médicos prende-se com a distinção entre a tipicidade e a ilicitude na responsabilidade médica por defeitos do *consentimento*; o segundo tipo de dificuldades, com a distinção entre a tipicidade, a ilicitude e a culpa na responsabilidade médica por defeitos do *tratamento*.

II. — O acórdão do STJ de 7 de Março de 2017 ¹³⁰ pronunciou-se sobre a relação entre a responsabilidade por defeito do *consentimento* e por defeito do *tratamento*.

O caso concreto era, em síntese, o seguinte: Em 2008, a autora, com 33 anos, recorreu a um médico, o 1.º réu, para que a para que este a observasse, atentos os sintomas de coitalgia (dor durante as relações sexuais), dismenorria (dor pélvica) e desmaios durante o período menstrual, hematúria (presença de sangue na urina), proctalgia (dor nevrálgica do ânus) e rectorragia perimenstrual intensa e incapacitante.

O 1.º réu fez um primeiro diagnóstico positivo de endometriose do septo recto vaginal e recomendou à autora que consultasse um o 2.º réu, por causa das suas “involgares perícia e técnicas”. O 2.º réu detectou um “volumoso nódulo septo rectovaginal palpável, aparentemente sem envolvimento na mucosa do recto” — e, tendo-o detectado, solicitou que a autora fizesse diversos exames, designadamente, uma ressonância magnética, uma cistoscopia (exame médico da bexiga) e uma sigmoidoscopia (exame médico

¹²⁹ Relatado pelo Desembargador Jorge Arcanjo.

¹³⁰ Relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

minimamente invasivo do intestino grosso, do recto até ao cólon). A ressonância magnética foi compatível com um diagnóstico de endometriose volumosa ¹³¹.

Em Julho de 2008, antes de a submeter a uma intervenção cirúrgica, o 2.º réu terá chamado a atenção da autora para as “possíveis consequências pós-operatórias, nomeadamente em previsível tempo de recuperação e possibilidade de superveniência, [...] já que uma das consequências pós-operatórias típicas deste tipo de doença e abordagem clínica é exacta e precisamente a necessidade de decurso de tempo mais ou menos longo com empenho e esforço pessoal da paciente para reeducar as funções de micção e de defecação”. A autora assinou então um documento, em que dizia:

“declaro que compreendi a explicação que me foi fornecida acerca do meu caso clínico e dos métodos de diagnóstico e/ou tratamento que se tenciona instituir, tendo-me sido dada a oportunidade de fazer as perguntas que julguei necessárias (...) a informação ou explicação que me foi prestada versou objectivos, métodos, benefícios previstos, riscos potenciais e o eventual desconforto que daí resultem; além disso, foi-me afirmado que tenho o direito de recusar, a todo o tempo, as propostas que me foram apresentadas, sem que isso possa ter como efeito qualquer prejuízo na assistência que me será prestada”.

Em 18 de Julho de 2008, a autora entrou no hospital, em que foi operada no dia 19 de Julho, e em 24 de Julho de 2008, saiu do hospital algaliada, com a indicação de que deveria começar a urinar normalmente cerca de uma semana depois.

Como tal não sucedesse, consultou um urologista num hospital português e em dois hospitais estrangeiros, localizados em Londres e em Paris. Os especialistas consultados concordaram em que a contínua retenção urinária e fecal estava provavelmente relacionada com “[a] circunstância de os nervos localizados terem sido severamente danificados durante a cirurgia a que foi submetida no dia 19 de Julho de 2008”.

A autora tem de se submeter a auto-algalição, em média cerca de seis vezes por dia, e a uma colostomia defini-

¹³¹ Explicando termos médicos, completa ou quase completamente desconhecidos dos juristas, dir-se-á que o endométrio é uma das camadas que constitui o útero e corresponde ao seu revestimento interno e que a endometriose é um processo clínico no qual as células que constituem o endométrio se encontram fora da sua localização normal.

tiva. Em consequência, “evidencia sintomatologia do foro depressivo, a qual se tem vindo a agravar”; “perdeu a alegria de viver”; “sente vergonha e desconforto pelo facto de não poder urinar e defecar de forma normal e natural”.

Confrontado com a alegação da autora de que o 2.º Réu não a tinha esclarecido sobre a possibilidade de ter de se submeter a auto-algaliação ou sobre a possibilidade de ter de se submeter a uma colostomia, o STJ considerou que devia analisar-se o dever do médico em dois momentos: O primeiro referir-se-ia ao diagnóstico, à natureza da doença e à natureza da intervenção terapêutica adequada para a tratar e o segundo às consequências da intervenção terapêutica proposta. O STJ fala de um dever de esclarecer ou de informar o paciente sobre “as consequências – referidas às sequelas que ostenta actualmente – que poderiam advir da intervenção cirúrgica”.

Em relação ao primeiro momento, ou aos aspectos compreendidos no primeiro momento, o médico teria um dever de esclarecimento e/ou de informação. Em relação ao segundo momento, não — o médico não teria em rigor o dever de colocar o paciente em condições de prever as consequências que poderiam advir da intervenção.

III. — O texto do relatório do acórdão do STJ de 7 de Março de 2017 consente duas interpretações. A primeira é a de que o médico não tem o dever de colocar o paciente em condições de prever as consequências que poderiam advir da intervenção; a segunda é a de que deve distinguir-se entre as consequências de uma intervenção conforme e as consequências de uma intervenção não conforme às leis da arte e da ciência médica. O médico teria o dever de colocar o paciente em condições de prever as consequências de uma intervenção conforme e não teria o dever de colocar o paciente em condições de prever as consequências de uma intervenção não conforme às leis da arte e da ciência médica. O STJ sugere alguma preferência pela segunda interpretação, ao sustentar que o médico (só) não teria o dever de colocar o paciente em condições de prever os efeitos pós-operatórios desde que tais efeitos fossem “implicações de uma deficiente e malformada técnica médico-cirúrgica de que o clínico demandado se fez portador na intervenção a que procedeu”. Entre os corolários da segunda interpretação está o de que a

responsabilidade por defeito do consentimento e a responsabilidade por defeito do tratamento se excluem reciprocamente. O defeito do consentimento referir-se-á aos efeitos previsíveis de uma intervenção conforme às *leges artis* e o defeito do tratamento, aos efeitos, previsíveis ou imprevisíveis, de uma intervenção não conforme.

Excluindo-se reciprocamente, as responsabilidades por defeito do consentimento e por defeito do tratamento só poderiam ser colocadas em relação de subsidiaridade: o autor poderá alegar que há um *defeito de tratamento* e, subsidiariamente, que, ainda que não haja defeito do tratamento, sempre haveria um defeito do consentimento.

II. — RESPONSABILIDADE POR DEFEITO DO CONSENTIMENTO

8. O princípio do consentimento livre, esclarecido e informado

I. — O consentimento para um acto médico é exigido pela Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹³², pelo Código Civil e pelo Código Penal, em ligação com o Estatuto da Ordem dos Médicos¹³³ e com o Regulamento de Deontologia Médica¹³⁴; pelo art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹³⁵; pelos arts. 70.º, n.º 1, 81.º, n.ºs 1 e 2, e 340.º do Código Civil;

¹³² Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 3 de Janeiro de 2001.

¹³³ Aprovado pela Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

¹³⁴ Regulamento n.º 707/2016, publicado no *Diário da República* — 2.ª série, de 21 de Julho de 2016.

¹³⁵ Cujos teor é o seguinte: “[I. —] Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. [II. —] Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. [III. —] A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

pelos arts. 156.º e 157.º do Código Penal¹³⁶; pelo art. 135.º, n.º 11, do Estatuto da Ordem dos Médicos¹³⁷; e pelo art. 20.º, em ligação com os arts. 19.º e 25.º, do Regulamento de Deontologia Médica.

O STJ tem afirmado, constantemente, que “[o] consentimento só é válido se for livre e esclarecido”¹³⁸; (ii) que o consentimento livre e esclarecido decorre de uma adequada informação sobre a natureza da patologia diagnosticada¹³⁹; (iii) que o consentimento livre e esclarecido decorre de uma escolha informada quanto à natureza da intervenção e quanto à terapêutica proposta para tratar a patologia diagnosticada¹⁴⁰; (iv) que o consentimento livre e esclarecido decorre de “uma escolha informada quanto às consequências previsíveis [da intervenção proposta] (efeitos secundários, sequelas e riscos de tratamento que se verificam com frequência)” e quanto às consequências previsíveis das intervenções alternativas¹⁴¹; e, enfim, (v) que o esclarecimento

¹³⁶ O art. 156.º do Código Penal tipifica o crime de *intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias*, ou seja, de intervenções médico-cirúrgicas sem o consentimento do paciente, e o art. 157.º os requisitos de um consentimento eficaz. O art. 156.º, n.º 1, do Código Penal determina que “[a]s pessoas indicadas no artigo 150.º [scl., médicos ou pessoas legalmente autorizadas] que, em vista das finalidades nele apontadas [scl. com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental], realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. O art. 157.º determina que, “[p]ara efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

¹³⁷ Cujo teor é o seguinte: “O médico deve fornecer a informação adequada ao doente e dele obter o seu consentimento livre e esclarecido”.

¹³⁸ Cf. acórdão do STJ de 18 de Março de 2010, relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

¹³⁹ Cf. acórdão do STJ de 7 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

¹⁴⁰ Cf. acórdão do STJ de 7 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

¹⁴¹ Cf. acórdão do STJ de 7 de Fevereiro de 2013, relatado pelo Conselheiro Sérgio Poças — cuja conclusão é corroborada pelo acórdão do STJ de 7 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino, em que se considera necessário um esclarecimento e/ou uma informação do

e/ou a informação prestado pelo médico deve ser “simples [...] e sobretudo leal” ¹⁴².

O acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar, reforça-o, sustentando que “[o] consentimento do lesado [...] tem de ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: se o consentimento não existe ou [se, existindo,] é ineficaz, a actuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada” ¹⁴³.

Em dois acórdãos recentes, de 2 de Novembro de 2017 ¹⁴⁴ e de 22 de Março de 2018 ¹⁴⁵, o STJ deduziu do conjunto das disposições enunciadas duas condições gerais de licitude de um acto médico: “que [os pacientes] *consintam* [na] *ingerência* [na sua integridade]” e “que o *consentimento* seja prestado na posse das *informações relevantes* sobre o acto a realizar, *tendo em conta as concretas circunstâncias do caso*, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção”.

II. — O STJ e as Relações qualificam, de quando em quando, o dever de esclarecer ou de informar o paciente como um *dever acessório de conduta* ou como um *dever lateral* ¹⁴⁶.

paciente sobre as “previsíveis consequências que poderiam advir do tipo de intervenção a realizar”.

¹⁴² Cf. acórdão do STJ de 16 de Junho de 2015, relatado pelo Conselheiro Mário Mendes.

¹⁴³ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 2018, relatado pelo Desembargador Carlos Oliveira, pronunciou-se sobre um caso de *erro sobre o consentimento*. O caso relacionava-se com a extracção de um dente para resolver os problemas de saúde dentária relacionados com uma infecção; o médico ficou convencido, erroneamente, de que o doente consentira na extracção do dente n.º 37, por ser aquele que estava a causar a infecção, e o doente só consentira na extracção do dente n.º 36. O Tribunal da Relação de Lisboa concluiu que o consentimento não era válido; que, como o consentimento não era válido, o médico agiu com erro sobre a existência de uma causa de exclusão da tipicidade e/ou da ilicitude; e que, como o médico agiu com erro sobre a existência de uma causa de exclusão da tipicidade e/ou da ilicitude, deveria aplicar-se, por analogia, o art. 338.º do Código Civil: “Se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável”.

¹⁴⁴ Relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

¹⁴⁵ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

¹⁴⁶ Cf. designadamente os acórdãos do STJ de 1 de Outubro de

O contrato de prestação de serviços médicos constituiria deveres de prestação e deveres acessórios¹⁴⁷, “que se articula[r]iam entre si de uma forma orgânica”¹⁴⁸.

Os deveres de prestação decorreriam do princípio da autonomia privada, coordenando-se em regra ao conceito de obrigação de meios¹⁴⁹. Os deveres acessórios, esses, decorreriam do princípio da boa fé. A sua amplitude e intensidade seriam variáveis “de caso para caso”¹⁵⁰. A sua finalidade, essa, seria mais ou menos invariável — os deveres acessórios encontrar-se-iam “orientados para o fim do contrato”¹⁵¹.

Entre os deveres acessórios de conduta contar-se-ia o dever de esclarecer ou de informar o paciente. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2012, relatado pelo Desembargador Roque Nogueira, refere-se a um dever de conteúdo mais restrito, de esclarecer o doente¹⁵², e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro, refere-se a um dever de conteúdo mais amplo:

“entre os [deveres de conduta estaria o] de esclarecer o doente e de obter o seu consentimento”.

2015 e de 2 de Novembro de 2017, relatados pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, e o acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

¹⁴⁷ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2012, relatado pelo então Desembargador, depois Conselheiro, Roque Nogueira, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro, e acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Novembro de 2014, relatado pelo Desembargador Jorge Arcanjo.

¹⁴⁸ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2012, relatado pelo então Desembargador, depois Conselheiro Roque Nogueira.

¹⁴⁹ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro

¹⁵⁰ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Novembro de 2014, relatado pelo Desembargador Jorge Arcanjo.

¹⁵¹ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2012, relatado pelo então Desembargador, depois Conselheiro Roque Nogueira.

¹⁵² O Tribunal da Relação de Lisboa sustenta que “as exigências da boa fé [...] impõem que o médico informe o doente de forma simples e inteligível da situação clínica em que se encontra”, “da amplitude e dos riscos dos tratamentos que sejam aconselháveis” e, depois de adoptado um dos tratamentos aconselháveis, “[dos] cuidados a observar, mesmo após a alta”.

O acórdão do STJ de 2 de Novembro de 2017, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, o dever de esclarecimento e de informação resulta, simultaneamente, da lei e do contrato, “como dever acessório do dever principal”¹⁵³.

O problema está em que a qualificação do dever de esclarecimento e / ou de informação como um dever acessório de conduta ou dever lateral sugere, de uma forma explícita ou implícita, que o consentimento, o esclarecimento e a informação não são importantes — ou, pelo menos, que consentimento, esclarecimento e informação não são tão importantes como o tratamento. Ora, como os bens jurídicos da autonomia, da saúde e da vida devem ter *igual dignidade* ou *igual valor*, o acto médico deve representar-se como um processo em que o consentimento e o tratamento são *co-essenciais*¹⁵⁴.

III. — Em tema de responsabilidade por *defeito do consentimento*, coloca-se um particular *problema de construção*, e o problema consiste em relacionar o *consentimento do paciente* com o requisito da *tipicidade* ou com o requisito da *ilicitude*.

Os tribunais portugueses tendem a pensar que um acto conforme às *leges artis* corresponde a um *tipo*. O comportamento do médico corresponderia, *sempre* ou *quase sempre*, ao *tipo* do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, por significar a *violação de direitos de personalidade* e, como o comporta-

¹⁵³ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 2018, relatado pelo Desembargador Carlos Oliveira, sustenta que o “dever de esclarecimento decorre do art. 157.º do Código Penal, das obrigações emergente[s] do cumprimento do contrato de prestação de serviços [art. 1161.º n.º 1, als. b) e c), *ex vi* do art. 1154.º], da necessária observância dos deveres de informação emergentes do princípio da boa-fé (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil) e dos deveres deontológicos impostos aos profissionais médicos (*v.g.* arts. 44.º e 45.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro [...]). O texto sugere que o dever de esclarecimento pode representar-se como um dever principal, fundado no contrato, e no contrato de prestação de serviços médicos, ou pode representar-se como um dever acessório, fundado no princípio da boa fé.

¹⁵⁴ Em termos semelhantes, Susanne Kunz-Schmidt, “Einführung in die rechtlichen Grundlagen der Arzthaftung”, in: *Neue Justiz*, ano 63.º (2009), págs. 485-491 (487-488). O dever principal do médico seria o dever de prestar ao paciente o tratamento medicamente indicado, na sequência de um adequado esclarecimento e de uma adequada informação. Os deveres acessórios, de prestação ou de conduta, seriam, p. ex., o dever de confidencialidade e o dever de documentação.

mento do médico corresponderia, sempre ou quase sempre, ao tipo do art. 483.º, n.º 1, o acto conforme às leis da arte e da ciência médica seria um *acto típico* e só não seria um *acto ilícito* porque a ilicitude seria excluída pelo *consentimento*¹⁵⁵. Enquanto exemplos da *construção* descrita estão designadamente os acórdãos do STJ de 16 de Junho de 2015¹⁵⁶ e de 26 de Abril de 2016¹⁵⁷.

O acórdão de 16 de Junho de 2015 afirma que uma intervenção médico-cirúrgica, “sobretudo [...] de natureza invasiva”, constitui uma “violação objectiva do direito [...] à integridade física e moral do doente”¹⁵⁸, e que, constituindo uma “violação objectiva do direito à integridade física e moral”, a intervenção médico-cirúrgica só poderia ser lícita (tornar-se lícita) desde que fosse uma intervenção “previamente justificada”, “com o consentimento livre, consciente e esclarecido do lesado”. O acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, esse, diz tão-só o seguinte: “O consentimento do lesado é causa de exclusão de ilicitude, como resulta do disposto no art.º 340.º, n.º 1, do Código Civil”.

Contra a construção implícita nos dois acórdãos citados, parece-nos que o problema está na *tipicidade* e não na *ilicitude*. O acto conforme com as leis da arte e da ciência médica, para que o paciente deu o seu *consentimento* livre, esclarecido e informado não corresponde sequer a um *tipo* de responsabilidade civil. Em particular, o comportamento do médico não corresponde sequer ao *tipo* do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil.

O art. 483.º, n.º 1, pressupõe uma *violação de direitos absolutos*, no caso uma *violação de direitos de personalidade*, e, no acto conforme com as leis da arte e da ciência médica, para que o paciente deu o seu *consentimento* livre, esclarecido e informado, não há *violação de direitos de personalidade*¹⁵⁹. Como não há nenhuma violação, como não há ne-

¹⁵⁵ Cf. art. 340.º do Código Civil.

¹⁵⁶ Relatado pelo Conselheiro Mário Mendes.

¹⁵⁷ Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

¹⁵⁸ O STJ esclarece que o direito à integridade, física e moral, do doente é um direito “com consagração constitucional no art. 25.º da Constituição da República Portuguesa”.

¹⁵⁹ Cf. acórdão do STJ de 11 de Junho de 2013, relatado pelo Conselheiro Salreta Pereira: “O acto médico, na vertente do procedimento a adoptar para a cura do mal que aflige o doente, é quase sempre lesivo da

nhuma violação dos direitos de personalidade do paciente, o acto não é sequer *típico* — e, por não ser sequer *típico*, não pode ser *ilícito* ¹⁶⁰.

O *consentimento* para um acto conforme com as *leges artis* está mais próximo de um *acordo* que de um *consentimento* — está mais próximo de um *acordo*, por que se exclui a *tipicidade*, que de um *consentimento*, por que se exclui a sua *ilicitude* ¹⁶¹.

IV. — O ónus da prova (i) de que o doente consentiu na intervenção ou no tratamento e (ii) de que o consentimento do doente foi livre, esclarecido e informado, recai sobre o médico ¹⁶². O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro, afirma o princípio de que “o ónus da prova do consentimento cabe ao médico”, competindo-lhe “provar que prestou as informações devidas”; o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Novembro de 2014, relatado pelo Desembargador Jorge Arcanjo, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, relatado pela Desembargadora Micaela Sousa, confirma-o, relacionando-o com a construção do consentimento do paciente como *causa de exclusão da ilicitude* ou como *causa de justificação*:

“O ónus da prova do consentimento e da prestação da informação”, diz o Tribunal da Relação de Coimbra, “incide sobre o médico ou [sobre] a instituição de saúde, porque o consentimento

respectiva integridade física e não se torna ilícito por essa razão”.

¹⁶⁰ Em termos semelhantes, ainda que sem chamar ao caso a distinção entre as categorias da *tipicidade* e da *ilicitude*, André Gonçalo Dias Pereira, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] / Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 129 ss., especialmente nas na pág. 138 (nota n.º 297).

¹⁶¹ Sobre os dois conceitos, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, especialmente nas págs. 400-484.

¹⁶² Em sentido divergente, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Março de 2006, relatado pelo Desembargador Gil Roque. O acórdão considera que a circunstância de “da análise da matéria provada, não resulta[r] que a autora não tenha sido informada de todas as consequências da intervenção cirúrgica a que se ia submeter” exclui a responsabilidade civil dos médicos.

funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de excepção, como facto impeditivo (art. 342.º, n.º 2, do Código Civil), devendo atender-se ainda ao princípio da ‘distribuição dinâmica da prova’¹⁶³.

Os termos em que os dois acórdãos põem o problema estão fundamentalmente correctos¹⁶⁴ — e, estando fundamentalmente correctos, devem (só) esclarecer-se.

Os princípios gerais sugerem que o doente terá o ónus da prova da constituição de um concreto dever de esclarecimento ou de informação — de que o médico deveria tê-lo esclarecido acerca de uma determinada circunstância (p. ex., acerca de determinado risco) — e que o médico terá o ónus da prova do cumprimento do seu concreto dever¹⁶⁵.

¹⁶³ Em termos mais desenvolvidos, *cide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018: “[...] 10. — O consentimento do lesado é causa de exclusão de ilicitude (cf. art. 340.º, n.º 1 do Código Civil), sendo um dos requisitos da licitude da actividade médica (cf. art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Biomedicina e art. 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). 11. — O dever de informação recai sobre o médico e o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento (art. 157.º do Código Penal); se o consentimento não existe ou é ineficaz, a actuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada. 13. — Enquanto facto impeditivo do direito da apelante competia ao réu/recorrido (médico), fazer a prova do consentimento informado”.

¹⁶⁴ Em acórdão do STJ recente, de 22 de Março de 2018, relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo, escreve-se: “Enquanto facto impeditivo do direito da autora (art. 342.º, n.º 2, do Código Civil), não se discute que compete ao R. médico fazer a prova do consentimento informado”.

¹⁶⁵ O § 630h do Código Civil alemão diz que o prestador de cuidados de saúde tem o ónus de provar que obteve o consentimento, de acordo com o § 630d, e que o obteve depois de ter prestado os esclarecimentos requeridos pelo § 630c — *Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat* [para a tradução do § 630h do Código Civil alemão, vide Luís Vasconcelos Abreu, *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português* (dissertação de doutoramento), ISCTE, Lisboa, 2015, pág. 242].

9. O requisito de que o consentimento seja livre

O requisito de que o consentimento seja livre consta do art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; do art. 135.º, n.º 11, do Estatuto da Ordem dos Médicos; e do art. 20.º do Regulamento de Deontologia Médica.

O art. 20.º do Regulamento de Deontologia Médica desenvolve-o, em termos de exigir três coisas: de exigir que o doente tenha capacidade para decidir livremente; que o doente tenha todas as informações relevantes; e que o doente, tendo todas as informações relevantes, não esteja sujeito a coações físicas ou psicológicas ¹⁶⁶ ¹⁶⁷.

10. O requisito de que o consentimento seja esclarecido e informado

O requisito de que o consentimento seja livre é completado pelo requisito de que o consentimento seja esclarecido. O art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina refere-se, simplesmente, a um consentimento livre e esclarecido; o art. 157.º do Código Penal, a um esclarecimento sobre duas coisas — sobre o diagnóstico e sobre “a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento” —; o art. 135.º, n.º 11, do Estatuto da Ordem dos Médicos, a um consentimento livre e esclarecido, sustentado sobre uma “informação adequada”; e o art. 19.º, n.º 1, do Regulamento de Deontologia Médica, a um esclarecimento sobre “o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença”.

¹⁶⁶ O novo § 630d do Código Civil alemão põe, no seu n.º 1, a regra de que “[a]ntes de executar um procedimento médico, especialmente se este for invasivo para o corpo ou para a saúde, o prestador de cuidados de saúde deve obter o consentimento do doente” e, no seu n.º 2, a regra de que “[a] eficácia do consentimento requer que o doente ou o seu procurador, quando aplicável, tenha sido previamente esclarecido, de acordo com as alíneas 1 a 4 do § 630e”.

¹⁶⁷ Em termos em tudo semelhantes, o art. 8.º, n.º 1, do Projecto de Lei n.º 788/X, apresentado pelo Partido Socialista em 2008, determinava que “[q]ualquer intervenção, no âmbito da saúde, carece de um prévio consentimento informado e livre do doente”.

11. (Cont.) O *padrão* ou *standard* do doente concreto

O conteúdo do dever de esclarecimento depende das capacidades e das necessidades do doente concreto — o art. 19.º do Regulamento de Deontologia Médica constitui o médico no dever de ter em conta as capacidades do doente, atendendo à sua formação científica e cultural e ao seu estado emocional¹⁶⁸; no dever de ter em conta as necessidades do doente, proporcionando-lhe as informações necessárias para que possa consentir ou dissentir em consciência¹⁶⁹; e de ter em conta as preocupações do doente, “realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, [o] preocupa”^{170 171}.

O *padrão* ou *standard* do doente concreto tem como corolário, p. ex., o de que, no caso de o doente ser sujeito a um conjunto de intervenções semelhantes, os esclarecimentos devem ser actualizados, “tendo em conta, designadamente, que os riscos se podem agravar com a passagem do tempo”¹⁷².

12. (Cont.) O alcance do dever de esclarecimento

Entre os elementos em geral relevantes estão o diagnóstico e o prognóstico da doença; estão os fins e os meio da

¹⁶⁸ Cf. art. 19.º, n.º 4, do Regulamento de Deontologia Médica: “O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural”.

¹⁶⁹ Cf. art. 19.º, n.º 2, do Regulamento de Deontologia Médica: “O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, dos seus objetivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência”.

¹⁷⁰ Cf. art. 19.º, n.º 3, do Regulamento de Deontologia Médica: “O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente”.

¹⁷¹ Em termos mais genéricos, o art. 2.º, n.º 1, do Projecto de Lei n.º 788/X, apresentado pelo Partido Socialista em 2008, determinava que “[o] médico presta[sse] a informação segundo as capacidades de entendimento e as necessidades do doente concreto, na medida adequada para que este p[udesse] vir a formular uma decisão fundamentada e autónoma”.

¹⁷² Cf. acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

intervenção; está à índole ou a natureza; e estão os riscos da intervenção ou do tratamento ¹⁷³.

a) Em primeiro lugar, o dever de esclarecimento compreende o diagnóstico e o prognóstico da doença. O princípio de que o consentimento livre e esclarecido decorre de uma adequada informação sobre a natureza da patologia diagnosticada ¹⁷⁴ resulta, p. ex., do art. 157.º do Código Penal e do art. 25.º do Regulamento de Deontologia Médica:

1. O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser comunicados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia.
2. A informação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no tempo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar.
3. A informação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser prestada se este não a desejar.
4. O diagnóstico e prognóstico só podem ser dados a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente, sem prejuízo do disposto no artigo 33.º ¹⁷⁵.

b) Em segundo lugar, o dever de esclarecimento compreende os fins e os meios da intervenção ou do tratamento. Em particular, o médico deve esclarecer o doente sobre a índole¹⁷⁶ ou sobre a natureza¹⁷⁷ da intervenção ou do tratamento; sobre os “aspectos relevantes de actos e práticas”¹⁷⁸;

¹⁷³ Sobre o alcance do dever de esclarecimento, *vide* por todos o acórdão do STJ de 2 de Junho de 2015, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor (com anotação de André Dias Pereira, “A consagração da responsabilidade médica por violação do consentimento informado no STJ”, in: *Cadernos de direito privado*, n.º 53 — Janeiro-Março de 2016, págs. 70-85).

¹⁷⁴ Cf. acórdão do STJ de 7 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

¹⁷⁵ Em termos mais genéricos, o art. 2.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 788/X determinava que “[a] informação versa sobre o diagnóstico [e] o prognóstico”.

¹⁷⁶ Expressão preferida pelo art. 157.º do Código Penal.

¹⁷⁷ Expressão preferida pelo art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

¹⁷⁸ Cf. art. 19.º, n.º 2, do Regulamento de Deontologia Médica.

sobre as consequências previsíveis da intervenção ou da terapêutica proposta¹⁷⁹, incluindo os seus efeitos secundários¹⁸⁰; sobre as consequências previsíveis de intervenções ou de terapêuticas alternativas¹⁸¹, incluindo os seus efeitos secundários¹⁸²; e sobre as consequências previsíveis da não intervenção¹⁸³.

O esclarecimento sobre a índole ou sobre a natureza da intervenção deverá interpretar-se em termos de incluir o esclarecimento sobre as suas repercussões financeiras. O § 630c do Código Civil alemão, sob a epígrafe *Deveres de informação*, determina que, “[s]e o prestador de cuidados de saúde tiver conhecimento ou motivos suficientes para crer que a totalidade dos custos dos cuidados de saúde não poderá ser assegurada por um terceiro, deve informar o doente, por escrito, dos custos estimados do tratamento antes de o iniciar” e, ainda que não haja uma disposição equivalente, estamos convencido de que a regra do direito alemão poderá e deverá aplicar-se no direito português¹⁸⁴.

aa) O acórdão do STJ de 16 de Junho de 2015¹⁸⁵ sustentou que o dever de esclarecimento do médico não abranje a *probabilidade de sucesso da intervenção proposta*. O acórdão põe o problema de uma forma correcta — tudo está

¹⁷⁹ O art. 157.º do Código Penal fala em *consequências possíveis* e o art. 19.º, n.º 2, do Regulamento de Deontologia Médica, em *consequências funcionais*.

¹⁸⁰ Cf. art. 2.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 788/X.

¹⁸¹ O § 630e, n.º 3, do Código Civil alemão trata expressamente o tema, dispondo que, “[a]o prestar o esclarecimento, devem também ser apontadas medidas alternativas sempre que vários métodos igualmente indicados e possíveis possam conduzir a diferentes efeitos, riscos ou hipóteses de cura”.

¹⁸² Cf. art. 2.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação versa sobre [...] as alternativas de tratamento, incluindo os seus riscos frequentes ou graves, benefícios e efeitos secundários”.

¹⁸³ Cf. art. 2.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação versa sobre [...] as consequências da recusa do tratamento”.

¹⁸⁴ Cf. art. 2.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação versa sobre [...] as repercussões financeiras dos tratamentos propostos”. O comentário ao projecto esclarece que se incluem as informações de carácter financeiro “para evitar surpresas dos doentes” [cf. Guilherme de Oliveira / Helena Moniz / André Gonçalo Dias Pereira, “Consentimento informado e acesso ao processo clínico — um projecto de 2010”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, n.º 18—2013, págs. 13-33.

¹⁸⁵ Relatório pelo Conselheiro Mário Mendes

em saber se o dever de esclarecimento ou de informação do médico abrange o dever de transmitir ao paciente o risco de não verificação do resultado pretendido. Embora ponha o problema de uma forma (plenamente) correcta, resolve-o de uma forma discutível:

“Não sendo a medicina uma ciência exacta e revestindo o resultado de uma cirurgia um carácter aleatório, não pode em geral o médico vincular-se ao resultado da terapia ou evolução clínica consequente, mostrando-se o dever de informação quanto a um resultado, apenas tido como provável ou altamente provável, devidamente preenchido quando o médico informa de uma forma leal, e dentro do ética e deontologicamente exigível, que aquele é o meio terapêutico adequado a debelar ou minimizar os efeitos da situação determinante, fazendo referência às vantagens prováveis daquele tratamento.”

bb) Ora o facto de o médico não ter o dever de alcançar o resultado só faz com que tenha um dever *acrescido* ou *reforçado* de esclarecer / de informar o paciente sobre a *probabilidade de alcançar ou não o resultado pretendido*.

O acórdão terá confundido duas coisas — uma coisa é o dever do médico de alcançar o resultado pretendido e outra coisa, completamente distinta, é o dever do médico de esclarecer ou de informar o paciente sobre a probabilidade de se alcançar ou de não se alcançar o resultado pretendido. O acórdão do STJ de 16 de Junho de 2015 tem, seguramente, toda a razão em afirmar que o médico não tem o dever de alcançar o resultado; tem toda a razão em afirmar que “não pode em geral [...] vincular-se ao resultado da terapia ou da evolução clínica consequente”; não terá todavia razão em dizer que o médico não tem o dever de esclarecer ou de informar o paciente sobre as probabilidades de se alcançar ou de não se alcançar o resultado pretendido.

Sem que o paciente, sem que o concreto paciente esteja esclarecido ou informado sobre a concreta probabilidade de alcançar o concreto resultado pretendido, o seu *consentimento* não decorrerá, como deveria decorrer, de uma *escolha informada* ¹⁸⁶.

¹⁸⁶ O § 630c, n.º 1, do Código Civil alemão diz, expressamente, que “[o] prestador de cuidados de saúde é obrigado a informar o doente sobre todas as circunstâncias essenciais para o consentimento”, incluindo as “perspectivas de sucesso relativamente ao diagnóstico ou terapêutica”.

c) Em terceiro lugar, o dever de esclarecimento compreende os riscos normais, cuja concretização seja frequente, e os riscos anormais ou excepcionais, cuja concretização não seja frequente, desde que sejam graves ¹⁸⁷. Exceptuam-se os “riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável” ¹⁸⁸.

aa) O acórdão do STJ de 9 de Outubro de 2014 ¹⁸⁹ diz que o dever de esclarecimento não exige nem “uma referência à situação médica em detalhe” nem, em particular, uma referência aos “riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento”. Embora seja retomado, p. ex., pelo acórdão do STJ de 2 de Novembro de 2017 ¹⁹⁰, o critério exige uma restrição.

Em primeiro lugar, o médico terá em regra um dever de fazer uma referência aos riscos normais, aos riscos frequentes. Em segundo lugar, ainda que os riscos sejam anormais (i.e., ainda que os riscos sejam de “verificação excepcional”), o médico terá em regra um dever de fazer referência aos riscos graves. Exceptua-se só os casos em que o risco seja *duplamente qualificado*: como um risco *muito grave* e como um risco de concretização *muito improvável* ou *manifestamente improvável*.

bb) Independentemente da qualificação do risco, o acórdão do STJ de 22 de Março de 2018 ¹⁹¹ faz uma distinção fundamental entre dois critérios de apreciação da *gravidade* e de *probabilidade* — entre um critério abstracto, objectivo, atento aos riscos gerais, e um critério concreto, subjectivo, atento aos riscos especiais da intervenção, desde que “superiores ao normal”. Entre os dois critérios, deveria, é deve, preferir-se o segundo — o médico teria, é tem, o dever de esclarecer o paciente sobre os riscos comuns e sobre os riscos especiais. Em intervenções *necessárias do ponto de vista da saúde* ¹⁹², poderá

¹⁸⁷ Cf. art. 2.º, n.ºs 2, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação versa sobre [...] os riscos frequentes e os riscos graves inerentes à intervenção”.

¹⁸⁸ Cf. art. 2.º, n.ºs 3, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar”.

¹⁸⁹ Relatado pelo Conselheiro João Bernardo.

¹⁹⁰ Relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

¹⁹¹ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

¹⁹² Expressão do acórdão do STJ de 2 de Junho de 2015, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

porventura ser-se um pouco menos exigente. O médico terá de esclarecer ou de informar o paciente sobre os riscos normais da intervenção¹⁹³; não terá de o esclarecer ou de o informar sobre os riscos anormais ou excepcionais^{194 195}. Entre os riscos qualificados como normais pelos tribunais portugueses está, p. ex., o risco de, numa cirurgia de extracção do dente do siso, haver uma lesão do nervo periférico lingual¹⁹⁶. Em intervenções *não necessárias*, deverá seguramente ser-se mais exigente¹⁹⁷ — os deveres de esclarecimento e de informação terão de ser deveres mais intensos^{198 199}.

cc) O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Dezembro de 2015²⁰⁰ pronunciou-se sobre um caso de fronteira, entre o *necessário* e o *não necessário*.

O autor tinha problemas de astigmatismo e de miopia; usava óculos e via bem com os óculos que usava; queria deixar de os usar; terá perguntado à ré lhe podia tirar os óculos e a ré ter-lhe-á respondido que, pelos exames que fizera, sim.

¹⁹³ Cf. acórdão do STJ de 16 de Junho de 2015, relatado pelo Conselheiro Mário Mendes — falando em “riscos normalmente previsíveis”.

¹⁹⁴ Cf. acórdão do STJ de 7 de Fevereiro de 2013, relatado pelo Conselheiro Sérgio Poças.

¹⁹⁵ No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Novembro de 2014, relatado pelo Desembargador Jorge Arcanjo, diz-se mais. Em primeiro lugar, que “o médico tem o dever de comunicar ao doente os riscos graves que sejam previsíveis, excluindo-se os riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais” e, em segundo lugar, que, “numa orientação mais abrangente”, o médico tem o dever de comunicar ao doente os “riscos significativos”, determinando-se os riscos significativos “em razão da necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente”.

¹⁹⁶ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Novembro de 2016, relatado pelo Desembargador Jorge Leal, e acórdão do STJ de 2 de Novembro de 2017, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beza — dando conta de que a probabilidade de a cirurgia causar uma lesão do nervo periférico lingual é de 23%.

¹⁹⁷ Cf. acórdão do STJ de 16 de Junho de 2015, relatado pelo Conselheiro Mário Mendes — “tem[-se] verificado uma maior exigência e rigor de informação nos casos de intervenções não necessárias”.

¹⁹⁸ Cf. acórdão do STJ de 2 de Junho de 2015, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

¹⁹⁹ Cf. art. 2.º, n.º 4, do Projecto de Lei n.º 788/X: “A informação é tanto mais pormenorizada e extensa quanto menor for o intuito terapêutico da intervenção ou quanto mais graves forem os seus riscos.”

²⁰⁰ Relatado pelo Desembargador Jorge Leal.

Entre os factos provados estava o de que a ré tinha declarado ao autor que “cerca de 98% dos pacientes que se submetem à intervenção cirúrgica denominada queratotomia radiária melhoram os problemas de astigmatismo visual e miopia, deixando de necessitar de usar lentes de contacto e apenas necessitando de usar óculos ocasionalmente”.

O autor submeteu-se à cirurgia e ficou a ver pior: “com recurso à utilização de lentes de contacto apresenta acuidade visual de 5/10 no olho direito e 9/10 no olho esquerdo”; sofre de queratoconos bilateral, ou seja, de um encurvamento das duas córneas; só consegue efectuar a correcção das dificuldades de visão com recurso a lentes de contacto e não as suporta por períodos superiores a oito horas seguidas.

Em virtude da sua hipovisão, da sua fotofobia e da sua conjuntivite crónica, o A. apresenta, um défice funcional permanente da integridade físico-psíquica de 15 pontos.

O Tribunal da Relação de Lisboa distingue dois tipos de riscos. Os riscos que fossem razoáveis, previsíveis e significativos deveriam ser objecto de esclarecimento; os riscos que não fossem razoáveis, que não fossem previsíveis ou que não fossem significativos, não. O médico não teria o dever de esclarecer ou de informar o paciente sobre os riscos de verificação excepcional (“muito rara”). Estabelecida a distinção entre os dois tipos de riscos, o Tribunal da Relação de Lisboa coloca a cargo do lesado o ónus da alegação e da prova de que o risco era razoável, previsível e significativo:

“cabe ao lesado alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos razoáveis, previsíveis e significativos, que lhe deviam ter sido transmitidos”.

Ou bem que o lesado alegava e provava que o risco que se actualizou era um risco razoável, previsível e significativo, ou bem que o lesado não o alegava ou não o provava.

62 Caso o lesado alegasse e provasse que o risco era razoável, previsível e significativo, o médico teria o ónus de demonstrar que cumprira o seu dever de esclarecer ou de informar o paciente. Caso o lesado não o alegasse ou, alegando-o, não o provasse, o médico não teria o ónus de demonstrar nada. O problema da responsabilidade por defeito do consentimento ficaria resolvido — e resolvido no sentido da irresponsabilidade. Como o lesado não provou que o risco fosse razoável, o tribunal absolveu a ré do pedido.

O problema está em que o caso se situa na fronteira entre as intervenções necessárias e as intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde.

O facto de o paciente usar óculos e ver bem com os óculos que usava sugere que a intervenção não era necessária. Estando em causa uma intervenção não necessária, deveria ser-se mais exigente, colocando a cargo do médico o dever de esclarecer ou de informar o paciente sobre todos os riscos graves da intervenção, ainda que se tratasse, como no caso concreto se tratava, de riscos graves de verificação excepcional.

13. (Cont.) Os limites do dever de esclarecimento

I. — O acórdão do STJ de 18 de Março de 2010²⁰¹ sustentou que o dever de esclarecimento do médico pode ser *limitado* pelo facto de uma das partes ter escolhido a outra: — pode ser *limitado* pelo facto de o doente ter escolhido livremente o *médico*; ou de o doente ter escolhido livremente a *clínica médica*, em que a intervenção se realizou²⁰².

O acórdão do STJ de 9 de Outubro de 2014^{203 204}, esse, sustentou que o dever de esclarecimento do médico pode ser *excluído* ou, pelo menos, pode ser *limitado* pelo facto de as duas partes, pelo facto de o médico e de o paciente, terem assinado um documento de que constava a declaração de que *o paciente não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”*.

²⁰¹ Relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

²⁰² Cf. acórdão do STJ de 18 de Março de 2010: “Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma ‘informação menos informada’, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.”

²⁰³ Relatado pelo Conselheiro João Bernardo.

²⁰⁴ Com anotação discordante de Guilherme de Oliveira, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do acórdão do STJ de 9.10.2014)”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 12.º (2015), págs. 149-153 e discussão na 2.ª bienal de jurisprudência em Direito da medicina [in: *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 5 — 2019, págs. 45-55].

O problema está em que uma declaração de renúncia ao esclarecimento deve ser *expressa* ou que, não sendo expressa — sendo só *tácita* —, deve ser *inequívoca*.

Em nenhum dos dois casos havia uma declaração *expressa* de renúncia a um “direito a ser informado em termos detalhados”; em nenhum dos dois casos havia uma declaração *tácita*, pelo menos desde que se exigisse, como devia exigir-se que a declaração *tácita* de renúncia fosse, como devia ser, uma declaração *inequívoca*²⁰⁵.

O critério enunciado pelo acórdão do STJ de 18 de Março de 2010 causa-nos algumas dúvidas: O paciente que selecciona uma clínica, ou que selecciona um hospital ou que escolhe um médico, não está a emitir nenhuma declaração *tácita* de renúncia ou, pelo menos, não está a emitir nenhuma declaração *tácita* inequívoca — não está, não nos parece que esteja, a conformar-se com nenhuma “informação menos informada”²⁰⁶.

O raciocínio procede, *a pari*, para o critério enunciado pelo acórdão do STJ de 9 de Outubro de 2014 — e, por isso, as dúvidas suscitadas pelo acórdão de 18 de Março de 2010 são, de igual forma, suscitadas pelo acórdão de 9 de Outubro de 2014.

O paciente que assina um documento que lhe dá o direito de pedir informações adicionais ou complementares, “*se não estiver completamente esclarecido*”, não está a emitir nenhuma declaração, nem *expressa* nem *tácita*, de renúncia²⁰⁷.

Em anotação ao acórdão de 9 de Outubro de 2014, o Professor Guilherme de Oliveira chamou a atenção para a diferença entre a *informação básica* e a *informação comple-*

²⁰⁵ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, cit., págs. 467-471.

²⁰⁶ Em sentido convergente, vide Luís Vasconcelos Abreu, *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português* (dissertação de doutoramento), ISCTE, Lisboa, 2015, pág. 196: “o STJ presumiu, sem mais, a existência do consentimento, em termos hipotéticos, o que não se aceita”.

²⁰⁷ Em sentido convergente, em termos particularmente impressionantes, Luís Vasconcelos Abreu, *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português*, cit., págs. 196-197 — considerando que o STJ “retirou efeitos verdadeiramente devastadores para o doente do simples facto de, na declaração escrita de consentimento informado que o mesmo assinou, constar que o paciente não devia hesitar ‘em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido’”.

mentar. O médico está em qualquer caso adstrito a prestar ao paciente a *informação básica* — daí que a declaração de que *o paciente não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”* deve interpretar-se de forma a referir-se, *exclusivamente*, à informação complementar ²⁰⁸.

II. — Em relação às intervenções de urgência, o art. 340.º, n.º 3, do Código Civil é do seguinte teor:

“Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

O acórdão do STJ de 2 de Junho de 2015 ²⁰⁹ afirma o princípio de que não há (de que não pode haver) urgência nas intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde (p. ex., nas intervenções de cirurgia estética) e o acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016 ²¹⁰ confirma o princípio de que há (pode haver) urgência nas intervenções necessárias.

O caso apreciado pelo acórdão de 26 de Abril de 2016 relacionava-se com uma artroplastia com prótese total da anca, em que os factos relevantes eram os seguintes.

A Autora foi operada, pela primeira vez, no dia 15 de Maio de 2001. Como no período pós-operatório a A. tivesse “muitas dores”, o R. suspeitou de uma lesão no nervo ciático.

Ora, havendo a suspeita de uma lesão no nervo ciático, as *leges artis* dizem que o médico deve “realizar [...] uma segunda operação no mais curto espaço de tempo”.

A Autora foi então operada, pela segunda vez, no dia 17 de Maio. Em relação à primeira intervenção, realizada no dia 15 de Maio de 2001, era claro que a Autora tinha dado o seu consentimento e que o seu consentimento era válido e eficaz. Em relação à segunda intervenção, realizada no dia 17 de Maio, não era claro que o tivesse dado.

O STJ decidiu que não havia responsabilidade por duas razões: em primeiro lugar, porque a declaração de consentimento para a primeira intervenção “devia ser interpretada como abrangendo a segunda” e, em segundo lugar, porque

²⁰⁸ Guilherme de Oliveira, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do acórdão do STJ de 9.10.2014)”, cit., págs. 150-153.

²⁰⁹ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

²¹⁰ Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

seria “objectivamente irrazoável” qualquer oposição da doente à segunda intervenção.

O STJ considerou que a interpretação das declarações de consentimento, como a interpretação de todas as declarações de vontade negocial, é uma questão de direito ²¹¹ — e que, entre as circunstâncias relevantes para a interpretação da declaração de consentimento estaria o facto de a segunda intervenção ser tão-só “a imediata [...] continuação do tratamento a que a A., para melhoria do seu [...] estado de saúde, tinha de ser sujeita, o que dispensa[ria] a obtenção de nova declaração de consentimento”.

O argumento da interpretação da declaração de consentimento não pode valer sem uma restrição — o consentimento para a primeira intervenção só compreenderia o consentimento para a segunda desde que o médico houvesse comunicado à doente que a primeira intervenção podia causar complicações e que, para resolver as complicações causadas pela primeira, podia ser necessário fazer uma segunda intervenção.

Interpretada a declaração de consentimento, o facto de o consentimento ser razoável ou ser desrazoável, de o dissentimento (de a oposição) ser razoável ou ser desrazoável, deve ser de todo em todo irrelevante. O princípio do consentimento esclarecido ou informado protege a liberdade do paciente, como pessoa — e a liberdade do paciente, como pessoa, compreende a liberdade para ser razoável ou para ser desrazoável. Se o princípio do consentimento livre, esclarecido e informado significa alguma coisa, significa que não é lícito ao médico “opor-se à vontade real do sujeito” — a vontade real do sujeito deve prevalecer sobre “a avaliação do interesse do doente feita pelo médico” ²¹².

²¹¹ Estando em causa uma *questão de direito*, “o Supremo pode proceder a essa interpretação da declaração de consentimento da autora, precisamente por se tratar de interpretação de uma declaração negocial, sendo o sentido que se considera nela dessa forma consagrado coincidente com o sentido apreensível pelo declaratório normal (art. 236.º, n.º 1, do Código Civil)”

²¹² Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, cit., pág. 117.

14. O ónus da prova da causalidade na responsabilidade por defeito do consentimento

Entre os pontos mais controvertidos de toda a doutrina do *consentimento esclarecido* ou *informado*, está a relação de causalidade entre a *ausência* ou *defeito do consentimento* e os danos decorrentes de uma intervenção em que o doente não consentiu, ou em que consentiu sem esclarecimento ou informação adequados.

O actual § 630h, n.º 2, do Código Civil alemão admite que o médico deduza a *excepção* de comportamento alternativo ou de comportamento hipotético lícito:

“No caso de a prestação de esclarecimentos não ser suficiente para preencher os requisitos do § 630e, o prestador de cuidados de saúde pode alegar que o paciente teria consentido no tratamento, ainda que tivesse sido adequadamente esclarecido”^{213 214}.

A excepção, amplamente aceite na *doutrina*²¹⁵, é controvertida na *jurisprudência*.

Em favor da tese de que o médico responde *sempre* pelos danos decorrentes de uma intervenção em que o doente não haja consentido, ou em que haja consentido sem um esclarecimento ou sem uma informação adequados, alega-se duas coisas:

Em primeiro lugar, que a ausência de consentimento, ou o consentimento inválido, por violação dos deveres de esclarecimento ou de informação do médico, é *sem mais* condição *sine qua non* de todos os danos decorrentes da intervenção²¹⁶.

²¹³ O texto original do § 630h do Código Civil alemão é o seguinte: “Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte”.

²¹⁴ A tradução do actual § 630, n.º 2, do Código Civil alemão deve-se a Luís Vasconcelos Abreu, *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português*, cit., pág. 242.

²¹⁵ Vide, por todos, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 485-506.

²¹⁶ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, proferido no processo n.º 18450/16.9T8LSB.L1-7 e relatado pela Desembargadora Micaela Sousa: “[...] se o consentimento não existe ou é ineficaz, a actuação do médico será ilícita por violação do direito à

Em segundo lugar, que a ausência de consentimento, ou o consentimento inválido, é condição *sine qua non* do dano da perda de uma chance ou oportunidade de decidir²¹⁷.

A *construção* da responsabilidade por *defeito do consentimento* como responsabilidade pela perda de uma *chance* é desenvolvida pelo acórdão do STJ de 2 de Novembro de 2017, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza:

“VI - Muito embora, naturalisticamente, não tenha sido a *falta de informação* que provocou ‘a *lesão do nervo lingual direito*’ e demais danos que vêm provados, nem se tenha provado que a autora só aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quanto aos respectivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceitado, a perspectiva jurídica correcta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto *dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências*.”

VII - Tal perda de oportunidade, em si mesma, enquanto *dano* causado pela falta de informação devida é, em abstracto, susceptível de ser indemnizada, tendo a sua protecção como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP e art. 70.º, n.º 1, do CC), incluindo-se no seu conteúdo, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que *agressões à sua integridade física* consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (cfr. n.º 2 do art. 70.º e art. 81.º do CC)”.

Em favor da tese de que o médico não responde *sempre* pelos danos decorrentes de uma intervenção em que o doente não haja consentido, ou em que haja consentido sem um esclarecimento ou sem uma informação adequados, alega-se que a ausência de consentimento, ou o consentimento inválido, é condição *sine qua non* presumida, e só presumida, de todos os danos ou prejuízos decorrentes da intervenção ²¹⁸.

²¹⁷ Cf. acórdão do STJ de 2 de Novembro de 2017, proferido no processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1 e relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza: “...a perspectiva jurídica correcta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto *dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências*”.

²¹⁸ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Janeiro

Em alternativa à *construção* da responsabilidade médica pelo *defeito do consentimento* como responsabilidade pelo *dano intermédio* da perda de uma *chance* ou de uma *oportunidade*, deveria considerar-se a *construção* da responsabilidade médica como responsabilidade pelo *dano final* e estabelecer-se a relação de condicionalidade exigida pelo art. 563.º do Código Civil a partir da *presunção de que o credor do esclarecimento ou da informação se teria comportado de forma adequada, tendo em conta a informação*^{219 220}, ou seja, da

de 2019, proferido no processo n.º 3192/14.8TBBERG-G1 e relatado pela Desembargadora Sandra Melo: ainda que se diga que “o médico... tem que responder por todas as consequências danosas que o seu ato ilícito provocou”, restringe-se o alcance da afirmação ao sustentar-se que, “[c] onsistindo [...] o acto danoso no próprio procedimento médico, *seja porque se entende que tudo se deve passar como se o consentimento não tivesse sido dado, porque este estava inquinado por falta de informação, seja porque se entende que há que presumir que, caso a informação fosse prestada, o paciente não aceitaria o procedimento*, impõe-se a indemnização dos danos que este não teria tido se não fosse a realização do procedimento, encontrando-se desta forma uma relação de causalidade adequada entre a realização do tratamento sem a devida informação e as lesões originadas por este” (sublinhado nosso).

²¹⁹ Vide, por todos, Claus-Wilhelm Canaris, “Die Vermutung ‘aufklärungsrichtigen Verhaltens’ und ihre Grundlagen”, in: *Claus-Wilhelm Canaris. Gesammelte Schriften*, vol. III — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin / Boston, 2012, págs. 1085-1107; Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 1388-1389 e 1060-1064; Paulo Mota Pinto, “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (‘wrongful birth’ e ‘wrongful life’)”, in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho*, vol. III — *Vária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 915-946 (931 — nota n.º 47).

²²⁰ Sobre a *presunção de que o credor do esclarecimento ou da informação se teria comportado de forma adequada, tendo em conta a informação*, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 2012, proferido no processo n.º 4068/06.8TBCSC.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira: “... constatando as dificuldades que suscita a prova da causalidade, para a conduta do credor da informação (e portanto para o dano), da violação de deveres de informação, designadamente quanto a determinar se ele teria assumido um comportamento diverso se tais deveres tivessem sido observados, o Prof. Paulo Mota Pinto admite [...] que se justifica em geral uma inversão do ónus da prova da causalidade da violação do dever de informação em relação ao dano (...), admitindo uma (...) ‘presunção de conduta conforme à informação’. Será, pois, ao lesante que compete provar que, mesmo que tivesse cumprido os seus deveres, o lesado se teria comportado de igual modo, podendo aceitar-se uma fundamentação de tal presunção assente na diversidade dos encadeamentos causais (esclarecido e não esclarecido) ou na ideia do comportamento alternativo lícito”.

presunção de que o doente não teria consentido, desde que tivesse sido adequadamente esclarecimento ou informado²²¹.

Em todo o caso, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2015, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor, conclui que a procedência da *excepção* de comportamento alternativo ou hipotético lícito depende da prova de quatro requisitos: em primeiro lugar, da prova de que tivesse sido proporcionado ao paciente um mínimo de esclarecimento ou de informação”; em segundo lugar, de que houvesse a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado” e, em terceiro lugar, “[de] que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave”; em quarto lugar, “[de que] a recusa do paciente não fosse objectivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto”²²².

Os princípios gerais depõem a favor da admissibilidade da *excepção* de comportamento alternativo ou hipotético lícito — ainda que a intervenção em que o doente não consentiu, ou em que consentiu sem o esclarecimento ou a informação adequada, seja uma intervenção *ilícita*, desde que o médico alegue e prove que o doente teria consentido não haverá a *conexão de ilicitude* necessária para a responsabilidade civil.

²²¹ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Janeiro de 2019, proferido no processo n.º 3192/14.8TBBRG-G1 e relatado pela Desembargadora Sandra Melo: ainda que se diga que “o médico... tem que responder por todas as consequências danosas que o seu ato ilícito provocou”, restringe-se o alcance da afirmação ao sustentar-se que, “[c]onsistindo [...] o acto danoso no próprio procedimento médico, *seja porque se entende que tudo se deve passar como se o consentimento não tivesse sido dado, porque este estava inquinado por falta de informação, seja porque se entende que há que presumir que, caso a informação fosse prestada, o paciente não aceitaria o procedimento*, impõe-se a indemnização dos danos que este não teria tido se não fosse a realização do procedimento, encontrando-se desta forma uma relação de causalidade adequada entre a realização do tratamento sem a devida informação e as lesões originadas por este” (sublinhado nosso).

²²² Sobre as consequências da aplicação dos quatro requisitos, *vide* desenvolvidamente André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 498-502.

III. — RESPONSABILIDADE POR DEFEITO DO TRATAMENTO

15. O padrão ou *standard* do cuidado exigível

I. — O tratamento por acto médico conforme com as *leges artis* é exigido (i) pelo art. 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina ²²³; (ii) pelo art. 150.º do Código Penal ²²⁴; (iii) pelo art. 135.º, n.ºs 1, 8 e 10, do Estatuto da Ordem dos Médicos ²²⁵; e (iv) pelos art. 4.º, n.º 1, 5.º, 8.º, n.º 1, e 10.º do Regulamento de Deontologia Médica ²²⁶.

²²³ Cujo teor é o seguinte: “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

²²⁴ Cujo teor é o seguinte: “1. — As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2. — As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

²²⁵ Cujo teor é o seguinte: “1. — O médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade. [...] 8. — O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica. [...] 10. — O médico deve prestar os melhores cuidados ao seu alcance, com independência técnica e deontológica”.

²²⁶ O art. 4.º, n.º 1, do Regulamento de Deontologia Médica corresponde ao art. 135.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Médicos e o art. 4.º, n.º 8, do Regulamento de Deontologia Médica, ao art. 10.º, n.º 8, do Estatuto da Ordem dos Médicos, o art. 5.º do Regulamento desenvolve o art. 135.º, n.º 10, do Estatuto, dizendo que “[o] médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2015 ²²⁷ desenvolve o conceito de *leges artis*, caracterizando-as como o “critério valorativo de um acto clínico praticado por um médico” e chamando a atenção para três características: Em primeiro lugar, para o facto de as leis da arte e da ciência médica serem constituídas por normas éticas e por normas científicas e técnicas; — por normas éticas, resultantes de códigos deontológicos ou de “pareceres de comissões de ética”; — por normas científicas e técnicas, resultantes de “normas de orientação clínica”, “de protocolos, [de] *guidelines*, [de] livros e [de] revistas especializadas”²²⁸. Em segundo lugar, para a circunstância de serem variáveis, de “momento histórico” para “momento histórico” e, em terceiro lugar, para a circunstância de, em determinado momento histórico, serem variáveis, para se adaptarem ou ajustarem “à concreta situação individual”. Os médicos teriam o dever ético e jurídico de as conhecer e, conhecendo-as, o dever de as aplicar ou de as “utilizar”, “tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente” ²²⁹.

ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. O art. 8.º confirma e, confirmando, reforça os arts. 4.º e 5.º — “O médico deve exercer a sua profissão em condições que não prejudiquem a qualidade dos seus serviços e a especificidade da sua acção, não aceitando situações de interferência externa que lhe cerceiem a liberdade de fazer juízos clínicos e éticos e de atuar em conformidade com as *leges artis*”. O art. 10.º, com a epígrafe *Tratamentos vedados ou condicionados*, esse, enuncia uma regra e uma excepção — a regra consta do n.º 1 e é a de que “O médico deve abster-se de praticar actos que não estejam de acordo com as *leges artis*”; a excepção consta do n.º 2 e é a seguinte: “Exceptuam-se os actos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os actos que se integram em protocolos de investigação ou ensaios clínicos, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas”

²²⁷ Relatório pelo Desembargador Rui Gonçalves.

²²⁸ Em Itália, o art. 5.º da Lei n.º 24, de 8 de Março de 2017, disciplina as *guidelines* (chamando-lhes *linee guida*, expressão que poderá porventura traduzir-se por *linhas guia*), fixando requisitos formais (devem ser emitidas por instituições designadas em decreto do Ministro da Saúde) e determinando que todos os profissionais de saúde têm o dever de se conformar com *guidelines* cujos requisitos formais estejam preenchidos, sem prejuízo das especificidades do caso concreto (*salve le specificità del caso concreto*).

²²⁹ Concordando, em geral, com a definição constante do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2015, *vide* Filipe

II. — O STJ sublinha que a relação obrigacional entre o médico e o paciente deve representar-se como uma *relação obrigacional complexa*. O acto do médico não é um *acto isolado* — é sim um *conjunto*, um *complexo* ou um *conjunto complexo de actos* ²³⁰ — e a prestação de tratamento médico não é uma *prestação isolada* — é sim um *conjunto*, um *complexo* ou um *conjunto complexo de prestações* ²³¹. O aplicador do direito, ao apreciar o comportamento de um médico, deve considerar todos os actos, todo o *processo* ²³² — estando em causa, p. ex., uma intervenção cirúrgica, deve considerar o comportamento do médico nas fases *pré* e *pós-operatória* ²³³; na fase *pós-operatória*, o médico teria, *peelo menos*, um *dever de vigilância* do paciente ^{234 235}.

Em cada uma das fases do processo, o conceito de *diligência* designa o *padrão* ou *standard* por que há-de apreciar-se o comportamento (positivo ou negativo) do médico.

Excluídos os casos de *dolo*, por serem praticamente insignificantes ²³⁶, os critérios da *tipicidade*, da *ilicitude* e da

Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, cit., págs. 60-61.

²³⁰ Cf. acórdão do STJ de 15 de Março de 2013, relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova.

²³¹ O acórdão do STJ de 17 de Janeiro de 2013, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot, fala de um *conjunto* de “prestações diversas que passariam, ou poderiam passar, consoante o protocolo a seguir segundo o caso concreto, por actividades de mera observação, diagnóstico, terapêutica efectiva e vigilância”.

²³² Cf. acórdão do STJ de 15 de Março de 2013, relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova.

²³³ Cf. acórdão do STJ de 15 de Março de 2013, relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova.

²³⁴ Cf. acórdão do STJ de 11 de Julho de 2006, relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira.

²³⁵ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2015, relatado pelo Desembargador Rui Gonçalves, sublinha que “[o] pós-operatório é fundamental para se definir a eventual responsabilidade do médico por eventos danosos”, “[n]ão se podendo olvidar que o período posterior à cirurgia, onde o paciente está fragilizado, é fundamental para a sua recuperação”.

²³⁶ Cf. designadamente Pedro Romano Martinez, “Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, cit., pág. 469 : “não têm expressão prática as situações de actuação dolosa por parte dos médicos, pelo que os problemas se circunscrevem à negligência”.

culpa têm como *ponto de referência* comum o conceito de *diligência*. O médico comportar-se-á com *diligência* desde que se conforme com os *padrões* ou *standards* de conduta do seu círculo profissional e com *negligência* desde que não se conforme com tais *padrões* ou com tais *standards*. Estando em causa o comportamento dos médicos, o conceito de *diligência* é um *caso particular* — e só é um *caso particular* — pelo facto de o *conteúdo* do dever de *diligência* ser um conteúdo de alguma forma *determinado* pelas *leis da arte e da ciência médicas*.

a) O STJ admite que a *diligência* é o critério da *tipicidade* e da *ilicitude*. Os acórdãos de 22 de Março de 2007 ²³⁷, de 16 de Junho de 2009 ²³⁸, de 15 de Outubro de 2009 ²³⁹, de 15 de Dezembro de 2011 ²⁴⁰ e de 28 de Maio de 2015 ²⁴¹, p. ex., pressupõem que o comportamento do médico só seja *típico* e *ilícito*, por significar o *não cumprimento*, na modalidade de *cumprimento defeituoso*, do dever de prestação, desde que haja violação das leis da arte e da ciência médica — “das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como sendo as apropriadas à abordagem do referido caso clínico”.

Em acórdão de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, o Supremo representa, *paradigmaticamente*, a responsabilidade civil dos médicos como uma responsabilidade civil por negligência, “por violação das *leges artis*”.

O comportamento do médico corresponderia a um *tipo* de responsabilidade civil (ao tipo do art. 483.º ou ao tipo do art. 798.º) “sempre que, por [...] falta de cuidado seu, o médico deixa[sse] de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, lhe eram de

²³⁷ Relatado pelo Conselheiro Sousa Leite.

²³⁸ Relatado pelo Conselheiro João Camilo.

²³⁹ Relatado pelo Conselheiro Rodrigues dos Santos.

²⁴⁰ Relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

²⁴¹ Relatado pelo Conselheiro Abrantes Geraldes.

exigir, em função da sua qualidade profissional”^{242 243}.

b) Como o STJ admite, explícita ou implicitamente, que a *diligência exigível* é o critério da *tipicidade* e da *ilicitude* do comportamento, põe-se o problema da *culpa*.

O art. 487.º, n.º 2, do Código Civil, aplicável à *responsabilidade contratual* por remissão do art. 799.º, n.º 2, do Código Civil, enuncia como critério da culpa “a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

O art. 487.º, n.º 2, consagra, de forma explícita, o critério da culpa em abstracto²⁴⁴ e, de forma (só) implícita, o critério da culpa como deficiência da conduta²⁴⁵ — e, consagrando o critério da culpa como deficiência da conduta, exige que cada pessoa adquira as capacidades e a experiência que não tem ou que, não podendo ou não querendo adquiri-las, se abstenha de agir — de participar no *tráfego jurídico*^{246 247}.

²⁴² Em alguns autores, distingue-se entre *erro médico* e *negligência médica*, relacionando-se o primeiro com uma *inobservância não culposa* e o segundo, com uma *inobservância culposa* das leis da arte e da ciência médica. Com Pedro Romano Martinez, consideramos que o conceito de *erro médico* é desnecessário — “[o] erro médico só não corresponde a uma actuação culposa se, em razão da insignificância do lapso, se entender que não houve um desvio em relação ao padrão médio de actuação; caso contrário, o erro médico pressupõe uma conduta culposa por parte do clínico” (“Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, cit., pág. 471).

²⁴³ Em termos (aparentemente) dissemelhantes, criticando a tese de que os critérios (da tipicidade e) da ilicitude aplicáveis à responsabilidade civil dos médicos sejam critérios referidos ao comportamento, *vide* Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, cit., págs. 61-63. O autor chega contudo à conclusão, (substancialmente) semelhante à sufragada em texto, de que “a ilicitude da actividade do médico será afirmada se concluirmos que a mesma consubstancia uma violação das *leges artis* impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade” (pág. 63).

²⁴⁴ Cf. designadamente Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, cit., págs. 436-438.

²⁴⁵ Cf. designadamente Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, cit., págs. 438-441.

²⁴⁶ Cf. designadamente Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pág. 439.

²⁴⁷ Expressando algumas dúvidas sobre a aplicação dos critérios da culpa em abstracto e, sobretudo, da culpa como deficiência da conduta ao caso da responsabilidade civil dos médicos, *vide* Filipe Albuquerque Matos, “Traços

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Dezembro de 2015 ²⁴⁸ contrapõe os critérios de aplicação da culpa relevantes para o direito civil e os critérios de apreciação da culpa relevantes para o direito criminal. O direito civil adopta o critério da *culpa em abstracto* e o direito criminal, o critério da *culpa em concreto*. Entre os corolários da diferença entre os dois critérios, da culpa em abstracto e em concreto, estão os seguintes: Em primeiro lugar, em tema de responsabilidade criminal, o padrão ou *standard* por que há-de apreciar-se o cuidado de um médico pode desviar-se, *para menos*, do padrão ou *standard* de um médico *normal*. O médico adoptará o cuidado ou a diligência exigíveis, ainda que não se conforme com um “critério [...] padronizado de cuidado”, desde que se conforme com um critério individualizado, determinado em função das capacidades e dos conhecimentos individuais: “somente se lhe pode exigir aquilo que de acordo com os seus conhecimentos possa realizar, tendo em conta as circunstâncias”. Em segundo lugar, em tema de responsabilidade criminal, o padrão ou *standard* por que há-de apreciar-se o comportamento de um médico pode desviar-se, *para mais*, do padrão ou *standard* de um médico normal:

“Se o médico possui capacidades ou conhecimentos especiais superiores à média, terá de atuar com um cuidado acrescido, tendo em conta os conhecimentos que devia usar e não o fez” ²⁴⁹.

O acórdão do STJ de 7 de Março de 2017 ²⁵⁰ refere como três causas mais comuns do *erro médico* a imperícia, a imprudência e a negligência. O caso seria de *imprudência* desde que o médico praticasse uma acção que, “tendo presente a arte da medicina”, não deveria ter praticado ou que o médico não praticasse uma acção que, “tendo presente a arte

distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, cit., págs. 28-30.

²⁴⁸ Relatado pelo Desembargador Rui Gonçalves.

²⁴⁹ Stauch dá-nos conta de que o *direito da responsabilidade civil* alemão admite desvios *para mais*, ou seja, no sentido de aplicar ao médico com capacidades ou conhecimentos superiores à média um padrão ou *standard* mais elevado do que o de um *médico normal*, e só não admite desvios *para menos* (cf. *The Law of Medical Negligence in England and Germany*, cit., pág. 37).

²⁵⁰ Relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

da medicina, deveria ter praticado”, e seria de *imperícia* desde que o médico recorresse a *meios de diagnóstico* inapropriados ou inconvenientes ou a *meios de tratamento* diferentes daqueles que são reconhecidos. Em relação a cada um dos dois aspectos, *perícia e prudência*, “o juízo de culpabilidade geradora de responsabilidade civil assum[iria] uma feição objectiva, por referida a um padrão normativo eleito pela ordem jurídica, como mediador ou referência de imputação valorativa ético-normativa”:

O tribunal “deverá, na avaliação do comportamento [...] utilizar um critério comparativo abstracto, qual seja o comportamento de um ‘*homem recto e seguro dos seus actos*’, do ‘*homem razoável e prudente*’, em definitivo do ‘*bom pai de família*’:

“Na avaliação de um comportamento violador de regras ou comandos legais deverá ter-se como padrão aferidor um nível de diligência, prudência ou cautela que um indivíduo razoável, ponderado e prevenido colocado numa situação similar assumiria”.

Os termos *flexíveis* em que o art. 487.º, n.º 2, do Código Civil está formulado admitem uma diferenciação entre as capacidades e os conhecimentos objectivamente exigíveis, em função do *círculo social do agente* ²⁵¹ e, dentro de cada círculo social, em função da sua *especialização* ²⁵². O padrão por que há-de apreciar-se a diligência ou a negligência de um médico é um *padrão de conduta especial, profissional* — e, dentro dos *padrões de conduta profissionais*, é um *padrão* construído por referência a um “médico satisfatoriamente competente, prudente e informado” ^{253 254}.

III. — Entre os corolários da diferenciação admitida pelo art. 487.º, n.º 2, do Código Civil está o de que o médi-

²⁵¹ Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 581.

²⁵² Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., pág. 581 : “o médico especialista deve ter *cuidados especiais*, cuja omissão é desculpável ao médico de clínica geral, no tratamento de doenças do foro da especialidade daquele”

²⁵³ Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, cit., pág. 115.

²⁵⁴ Para uma reafirmação do princípio de que a culpa do médico deve apreciar-se em abstracto, e como deficiência da conduta, numa perspectiva de direito comparado, vide Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany*, cit., págs. 30-38.

co que assuma o tratamento de um paciente sem ter as capacidades e os conhecimentos objectivamente exigíveis no seu círculo social e, dentro do seu círculo social, objectivamente exigíveis na sua especialidade, responde pela chamada *culpa de assunção*. O caso da intervenção cirúrgica feita por um médico principiante é um caso particular de *culpa de assunção*. Deutsch e Spickhoff propõem, como critérios gerais para o tratamento do caso, os três princípios seguintes:

Em primeiro lugar, o facto de a operação ser feita por um principiante não pode significar uma *diminuição da qualidade* da prestação do médico; em segundo lugar, a clínica ou o hospital em que a intervenção seja realizada têm deveres acrescidos de cuidado na *preparação* e na *supervisão* do médico principiante; e, em terceiro lugar, o médico principiante tem deveres acrescidos de cuidado na *preparação* e na *realização* da cirurgia — há-de *compensar* o facto de ter capacidade ou experiência inferior à média procurando, p.ex., o conselho dos médicos responsáveis pela sua formação^{255 256}.

IV. — O *duplo significado* da *diligência*, como critério da *tipicidade* e da *ilicitude* e como critério da *culpa*, faz com que deva perguntar-se: Em tema de *responsabilidade civil dos médicos*, haverá alguma diferença entre o critério da *tipicidade* e da *ilicitude* e o critério da *culpa*? O facto de o conceito de *diligência* ser, simultaneamente, critério da *tipicidade*, da *ilicitude* e da *culpa* significará a *confusão* entre os três requisitos?

O acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2010, relatado pelo Conselheiro Ferreira de Almeida, sugere que sim — ao afirmar que “agirá com culpa ou negligência (cumprindo

²⁵⁵ Cf. Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, cit., pág. 141.

²⁵⁶ O § 630h do Código Civil alemão representa a responsabilidade pela culpa de assunção como uma responsabilidade agravada por uma presunção de causalidade. O texto original do § 630h diz “*War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war*” — e, traduzindo-o, dir-se-á que se o prestador de cuidados de saúde não tinha competência para aplicar um determinado tratamento, presume-se que essa falta de competência foi a causa da lesão da vida, da integridade física ou da saúde do paciente. — Luís Vasconcelos Abreu, em *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português* (pág. 242), propõe uma tradução algo diferente — usa a palavra *dano*, em vez de *lesão*, para traduzir *Verletzung*, e a palavra *corpo*, em vez de *integridade física*, para traduzir *Körper*.

defeituosamente a obrigação) o médico que, perante as circunstâncias concretas do caso, e face às *leges artis*, tenha feito perigar (ou lesado de modo irreversível) o direito à vida ou à integridade física e psíquica do paciente”, o Supremo está a sugerir que o *cumprimento defeituoso da obrigação* consiste na *omissão da diligência exigível*.

Em 2004, propusemos que a distinção entre o critério da *tipicidade*, o critério da *ilicitude* e o critério da *culpa* decorresse de uma análise do conceito de *dever de cuidado*.

Em primeiro lugar, propusemos que se distinguísse entre dois *aspectos* ou dois *elementos* do dever de cuidado — entre o cuidado exterior e o cuidado interior. Em segundo lugar, propusemos que se distinguísse entre duas medidas do dever de cuidado — entre o cuidado de uma pessoa média ou normal e o cuidado de uma pessoa ideal, ou seja, de uma pessoa com as mais amplas capacidades e com a mais completa experiência razoavelmente concebíveis. O cuidado exterior consiste na adopção de uma conduta conforme aos deveres decorrentes das normas ou não escritas por que se exige que o agente actue de forma a evitar a concretização de perigos ou de riscos para os bens jurídicos, para os direitos ou para os interesses de outrem. O cuidado interior compreende duas componentes: — *por um lado*, uma *componente intelectual*, concretizada no conhecimento das normas, escritas e não escritas, aplicáveis no caso concreto; — *por outro lado*, uma *componente volitiva*, concretizada na determinação do comportamento do lesante em conformidade com as normas conhecidas. Entre os elementos que afastariam a culpa do lesante estaria, p. ex., o erro desculpável ²⁵⁷.

O comportamento do médico preencherá os requisitos da *tipicidade* e da *ilicitude*, desde que omita a mais elevada medida de cuidado exterior — desde que, no caso concreto, o médico não preste ao paciente os cuidados ao alcance de um *médico ideal*, com as mais amplas capacidades e a mais completa experiência razoavelmente concebíveis. O comportamento do médico preencherá o requisito da *culpa*,

²⁵⁷ Erwin Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2.^a ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 1995, págs. 94-96; Idem, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 1995, págs. 248 - 249 (n. m. 385 - 386); Idem, “Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 202 (2002), págs. 889-911 (903-904).

desde que omita a medida normal de cuidado, *exterior e interior* — desde que o médico não preste ao paciente os cuidados ao alcance de um *médico normal*²⁵⁸.

Concordando com a apreciação da tipicidade e da ilicitude a partir do *standard* da *mais elevada medida de cuidado exterior* e com a apreciação da culpa a partir do *standard* da *medida normal de cuidado*, interior e exterior, os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Junho de 2006 e de 26 de Junho de 2008, relatados pelo Desembargador Esaguy Martins dizem expressamente que “[a] ilicitude contratual [...] está equiparada à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior — ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica”.

Em relação à *responsabilidade extracontratual*, os critérios enunciados para a *tipicidade*, para a *ilicitude* e para a *culpa* conciliam-se com alguma facilidade com a *formulação intermédia* por que se pretendeu superar o conflito entre a doutrina da *ilicitude da conduta* (Verhaltensunrecht) e a doutrina da *ilicitude do resultado* (Erfolgsunrecht)²⁵⁹.

O acórdão de 15 de Outubro de 2009²⁶⁰ dá um indício da adesão do STJ a uma *formulação intermédia*, ao afirmar que “[a]o médico, seja qual for a sua obrigação, *esteja ou não vinculado por contrato*, exige-se que cumpra as *Leges artis* com a diligência normal de um médico médio (*reasonable doctor*)”. Os acórdãos do STJ de 24 de Maio de 2011²⁶¹ e de 28 de Maio de 2015²⁶² confirmam o indício em causa: O primeiro — o acórdão de 24 de Maio de 2011 — diz que,

²⁵⁸ Exprimindo algumas reservas sobre a distinção entre os conceitos de cuidado exterior e de cuidado interior, *vide*, p. ex., Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany*, cit., pág. 29.

²⁵⁹ Cf. designadamente Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, págs. 300-307; Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do vol. XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1994, especialmente nas págs. 163-164; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil”, in: *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*, Escola de Direito da Universidade do Minho/Scientia Juridica, Braga, págs. 521-544 (542-544); Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs.235-236.

²⁶⁰ Relatado pelo Conselheiro Rodrigues dos Santos.

²⁶¹ Relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

²⁶² Relatado pelo Conselheiro Abrantes Geraldês.

“[n]o âmbito da responsabilidade civil extracontratual”, o médico tem o dever geral de cuidado, “empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza” e o segundo — o acórdão de 28 de Maio de 2015 ²⁶³ —, que, no âmbito de qualquer das duas responsabilidades, contratual e extracontratual, o médico tem uma *obrigação de meios*, concretizando-se a obrigação do médico no dever de adopção de “práticas médicas que, de forma diligente, respeitem as *leges artis* ajustadas a cada situação”.

Em relação à *responsabilidade contratual*, os critérios enunciados conciliam-se ou harmonizam com o regime construído para as (chamadas) *obrigações de meios* — só não se harmonizam com o regime construído para as *obrigações de resultado*.

16. O ónus da prova da tipicidade e da ilicitude

I. — O STJ distingue as *obrigações de meios* e as *obrigações de resultado*, definindo-as nos seguintes termos: nas *obrigações de meios*, o médico obrigar-se-ia a menos — obrigar-se-ia a tratar o paciente ²⁶⁴, com a diligência exigível²⁶⁵; a proporcionar-lhe os seus “melhores esforços” ²⁶⁶, aplicando correctamente as leis da arte e da ciência médica ^{267 268}; nas

²⁶³ Relatório pelo Conselheiro Abrantes Gerales.

²⁶⁴ Cf. acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002, relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo.

²⁶⁵ Cf. acórdão do STJ de 24 de Maio de 2011, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

²⁶⁶ Cf. acórdão do STJ de 18 de Maio de 2006, relatado pelo Conselheiro Ferreira de Sousa

²⁶⁷ Cf. acórdãos do STJ de 18 de Maio de 2006, relatado pelo Conselheiro Ferreira de Sousa, de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus, e de 23 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

²⁶⁸ Em formulação mais extensa, o acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, diz que “[a] obrigação de prestação de serviços médicos assume a natureza de prestação de meios não a de resultado em que o médico se obriga a prestar cuidados ao doente, minorar-lhe a dor, proporcionar-lhe bem estar, saúde, aliviá-lo do padecimento, restitui-lo à vida, se em perigo, envidar todos os esforços ao seu alcance, pôr em prática os seus conhecimentos de acordo com a ciência e a executá-los conforme os seus meios técnicos disponíveis, de acordo com as *leges artis*, um especial

obrigações de resultado, o médico obrigar-se-ia a mais — a curar o paciente ²⁶⁹. Explicitando o critério de distinção entre os dois tipos de obrigações, o STJ alega que o aplicador do direito há-de determinar *casuisticamente* ²⁷⁰ se a obrigação do médico é de meios ou de resultado, atendendo designadamente a quatro elementos — atendendo ao fim do acto médico ²⁷¹, ao conteúdo do acto médico ²⁷², à probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser, ou não ser, realizado ²⁷³ e à vontade das partes ²⁷⁴.

Entre os corolários da distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado estaria o ónus da prova da *tipicidade* e da *ilicitude*: nas (chamadas) obrigações de meios, o paciente teria o ónus de alegar e de provar que o médico não alcançou o resultado pretendido por causa da omissão da diligência exigível; nas (chamadas) obrigações de resultado, não — o paciente só teria o ónus de provar que o médico não alcançou o resultado pretendido, para que ficasse provado o não cumprimento.

Em todas as obrigações de resultado, a prova da tipicidade e da ilicitude ficaria facilitada. O acórdão do STJ de 17

dever objectivo de cuidado, tendo como padrão um médico minimamente cuidadoso, diligente, sensível ao sofrimento alheio e aos bens jurídicos da vida e saúde, tal como suposto pela ordem jurídica, que nas condições do caso concreto agiria de forma diferente, como um *bonus pater familias*”.

²⁶⁹ Cf. acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002, relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo.

²⁷⁰ Cf. acórdãos do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus, e de 23 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

²⁷¹ Cf. acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

²⁷² Cf. acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

²⁷³ Cf. acórdãos do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, e de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro — acentuando que, “na prestação de serviço podem interferir variáveis absolutamente incontroláveis e imprevisíveis, mesmo que [o médico] empregue toda a diligência”.

²⁷⁴ Cf. acórdãos do STJ de 13 de Setembro de 2011, relatado pelo Conselheiro João Camilo, de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus — considerando “inquestionável” que “a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado”.

de Dezembro de 2002 ²⁷⁵ dizia-o a propósito de uma intervenção necessária do ponto de vista da saúde — considerada pelo STJ como uma *prestação simples*, cuja *margem de risco* seria *irrelevante* ²⁷⁶ — e o acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2009 ²⁷⁷, a propósito de uma intervenção não necessária:

“... a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado [seria] a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor.”

II. — Em princípio, o paciente tem o ónus da alegação e da prova de que o comportamento do médico foi *típico* e *ilícito* — a *tipicidade* e a *ilicitude* são *factos constitutivos* do direito à indemnização —, logo, tem o ónus da prova de que o médico lhe causou um dano, por não ter actuado com a *mais elevada medida de cuidado exterior* ²⁷⁸.

Encontrando-se em causa *obrigações de meios*, o acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003 ²⁷⁹ refere-se ao ónus de alegar e de provar algo (um pouco) menos; de provar que o dano poderia ter sido evitado através da prática de um acto médico, ou de um acto médico diferente daquele que foi praticado ²⁸⁰; os acórdãos de 18 de Setembro de 2007 ²⁸¹, de

²⁷⁵ Relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo.

²⁷⁶ Cf. acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002: “Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente.”

²⁷⁷ Relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

²⁷⁸ Contra, extraíndo da *presunção* do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil uma presunção de *tipicidade*, de *ilicitude* e de *culpa*, Pedro Romano Martinez, “Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, cit., pág. 474: “o médico presume-se culpado de desrespeito das *leges artis*, ou seja, presume-se que cumpriu defeituosamente a prestação”.

²⁷⁹ Relatado pelo Conselheiro Neves Ribeiro.

²⁸⁰ Cf. acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003: “O doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.”

²⁸¹ Relatado pelo Conselheiro Alves Velho.

22 de Novembro de 2007²⁸², de 15 de Outubro de 2009²⁸³, de 13 de Setembro de 2011²⁸⁴, de 22 de Setembro de 2011²⁸⁵ e de 15 de Dezembro de 2011²⁸⁶ referem-se ao ónus de alegar e de provar algo (um pouco) mais — ao ónus de alegar e de provar a “desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*”.

Conformando-se com os critérios enunciados pelo STJ, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015²⁸⁷ chama ao caso a distinção entre o *acontecimento adverso* (*adverse event*) e o *erro médico*, para colocar a carga do autor (do lesado) o ónus da prova de que houve um *erro médico*.

O problema está em que a prova de que o médico não alcançou o resultado pretendido por causa da desconformidade objectiva é uma prova difícil²⁸⁸ — o doente não sabe as leis da arte e da ciência médica e, ainda que saiba quais são as leis da arte, não sabe (não está frequentemente em condições de saber) se foram ou não aplicadas.

Os tribunais têm chamado a atenção para que a prova

²⁸² Relatado pelo Conselheiro Oliveira Rocha.

²⁸³ Relatado pelo Conselheiro Rodrigues dos Santos.

²⁸⁴ Relatado pelo Conselheiro João Camilo.

²⁸⁵ Relatado pelo Conselheiro Bettencourt Faria.

²⁸⁶ Relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

²⁸⁷ Relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires.

²⁸⁸ Confirmando-o, Mafalda Miranda Barbosa, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, cit., pág. 22: depois de afirmar que “[a] maior parte das acções decaí pela falta de verificação de um dos pressupostos da responsabilidade civil”, a autora desloca o problema do plano substantivo para o plano probatório, declarando que “[se perceber], pela fundamentação dos arestos, que, em muitos casos, o verdadeiro busílis da questão não se encontra no não preenchimento do requisito em si mesmo, mas na falta de produção da prova relativamente a ele”. Em termos práticos, há responsabilidade quando o paciente tem a seu favor uma presunção — em particular, a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil — e o médico não consegue ilidi-la e não há responsabilidade quando o paciente não tem a seu favor presunção nenhuma. O paciente só em casos excepcionais — porventura, só em casos muito excepcionais — estará em condições de deduzir prova de que o médico não actuou com o cuidado exigível no seu *círculo sócio-profissional*: “estando em causa uma actividade que é dominada pelo conhecimento científico e se encontra, ainda, envolta por um manto de silêncio da parte dos profissionais, torna-se difícil saber exactamente o que aconteceu para se poder determinar se um médico medianamente prudente, sensato e capaz teria ou não agido da mesma forma naquela situação” (loc. cit., págs. 22-23).

da *omissão* da diligência exigível é um “momento essencial do processo judicativo”²⁸⁹; para que o juiz tem o poder (tem o poder-dever) “de ordenar as diligências que considere necessárias à descoberta da verdade material”²⁹⁰ e para que, ainda que o juiz não ordene diligências necessárias à descoberta da verdade material, as partes têm um *dever de cooperação*²⁹¹.

Entre os corolários do *dever de cooperação* está o dever de os médicos apresentarem ao tribunal os elementos constantes do *processo clínico*²⁹² e, entre os efeitos da *omissão da cooperação devida*, está (pode estar) a *inversão do ónus da prova*²⁹³.

O alcance da *inversão do ónus da prova* por inobservância do *dever de cooperação* é em todo o caso relativamente reduzido — depende de que a prova de um determinado facto pela parte onerada se tenha tornado impossível²⁹⁴ e de

²⁸⁹ Expressão do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2019, proferido no processo n.º 26936/15.6T8PRT.P1 e relatado pela Desembargadora Fernanda Almeida — deduzindo da circunstância de a prova da *omissão* da diligência exigível ser um “momento essencial do processo judicativo” a consequência de que “não pode o juiz limitar-se a afirmar que ao lesado ou suposto lesado, porque onerado com a demonstração da ilicitude (e, dependente das situações, também da culpa), cabe conformar-se com as consequências de um possível erro que não demonstra, sem que mobilize todo o conjunto de meios de prova (mormente pericial) que se vislumbre possível em cada situação”.

²⁹⁰ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Março de 2019, proferido no processo n.º 26936/15.6T8PRT.P1 e relatado pela Desembargadora Fernanda Almeida.

²⁹¹ Cf. art. 417.º do Código de Processo Civil — sob a epígrafe *Dever de cooperação para a descoberta da verdade*.

²⁹² Embora, como diz o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, “[o] dever do médico de registar as observações clínicas efectuadas no paciente [...] não vis[e] directamente facilitar a prova em casos de responsabilização por danos ocorridos [...] constitu[i] uma vantagem para esse efeito”.

²⁹³ Cf. arts. 344.º, n.º 2, do Código Civil e 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

²⁹⁴ Interpretando *declarativamente* o art. 344.º, n.º 2, do Código Civil, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Janeiro de 2019, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro; interpretando-o *extensivamente*, de forma a estendê-lo aos casos em que a prova, ainda que não *impossível*, se tenha tornado *excepcionalmente difícil*, *vide*, por último, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, relatado pela Desembargadora Mícaela Sousa: “A inversão do ónus da prova, sendo uma sanção civil à violação do princípio da cooperação das partes para

que a impossibilidade de prova seja imputável ao dolo ou à negligência da contraparte ²⁹⁵.

O ónus da prova só se inverteria *por aplicação do art. 344.º, n.º 2, do Código Civil* desde que a prova se tivesse tornado impossível ²⁹⁶, desde que o tribunal tivesse exigido a apresentação do processo clínico ²⁹⁷ e desde que o médico, a clínica ou o hospital tivessem recusado a apresentação do processo clínico exigido. Em todo o caso, a *inversão do ónus da prova* não é a *prova do facto controvertido* — “[a]inda que a recusa da contraparte torne culposamente a prova impossível ou particularmente difícil tal não significa que o facto controvertido se tenha por verdadeiro, mas apenas que passa a caber à parte recusante a prova da falta de realidade desse facto” ²⁹⁸.

O n.º 3 do § 630h do Código Civil alemão determina que, “[s]e o prestador de cuidados de saúde não registou no processo clínico que adoptou uma medida essencial medicamente exigível, ou o resultado da medida que adoptou, contrariando os n.ºs 1 e 2 do §630f, ou não guardou o processo clínico,

a descoberta da verdade material (art. 417.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), depende [de] que a prova de determinada factualidade, por acção da parte contrária, se tenha tornado impossível de fazer ou, pelo menos, se tenha tornado particularmente difícil de fazer”.

²⁹⁵ Interpretando *restritivamente* o art. 344.º, n.º 2, do Código Civil, de forma a restringi-lo aos casos em que a impossibilidade da prova seja imputável a *dolo* ou a *culpa grave*, *vide* (ainda) o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, relatado pela Desembargadora Micaela Sousa: “A inversão do ónus da prova [...] depende [de] que tal comportamento, da mesma parte contrária, lhe seja imputável a título de culpa, *não bastando a mera negligência*” (sublinhado nosso).

²⁹⁶ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Janeiro de 2019, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro, diz que “[h]averá inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” e que, em consequência, não haverá inversão quando não tiver sido demonstrada “a efectiva impossibilidade da prova (e não a maior dificuldade na sua produção)” ou quando, ainda que tenha sido demonstrada a efectiva impossibilidade, não tenha sido provado que a impossibilidade é imputável a culpa da contraparte.

²⁹⁷ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, relatado pela Desembargadora Micaela Sousa, diz que, “[n]ão tendo tais registos sido solicitados ao próprio médico ou ao estabelecimento hospitalar onde as intervenções cirúrgicas/internamentos tiveram lugar, nem tendo o Tribunal diligenciado nesse sentido, não se pode afirmar a sua inexistência ou falta de apresentação, o que inviabiliza a inversão do ónus da prova”.

²⁹⁸ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 2018, relatado pela Desembargadora Micaela Sousa.

contrariando o n.º 3 do § 630f, presume-se que não adoptou a medida em causa”²⁹⁹. Entre o n.º 2 do art. 344.º do Código Civil português e o n.º 3 do § 630h do Código Civil alemão há duas diferenças essenciais: o n.º 3 do § 630h não exige que a prova da omissão do registo *da medida*, ou *do resultado da medida*, se tenha tornado impossível e não exige que o doente alegue e prove a culpa do médico na omissão do registo³⁰⁰.

Como o alcance da *inversão do ónus da prova* é reduzido, a *facilitação* da prova, pelo paciente, da omissão da *diligência exigível* pode fazer-se por duas formas:

Em primeiro lugar, pode admitir-se uma prova *prima facie*, de *primeira aparência* ou por *justificação*. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Setembro de 2007³⁰¹ admite “que [se] conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado” e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2014³⁰² justifica a admissão de uma prova *prima facie*, com a correlativa “diminuição no grau de exigência da prova produzida pelo paciente”, desde que “tal seja necessário para criar uma situação de igualdade entre as partes”. Em segundo lugar, a *facilitação* da prova da *desconformidade objectiva* pode fazer-se admitindo que há *casos*, ou *grupos de casos*, em que a prova da omissão da diligência exigível não é necessária — não é exigível ao doente.

²⁹⁹ O texto original do n.º 3 do § 630h é o seguinte: *Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat*. Entre a tradução proposta por Luís Vasconcelos Abreu (em *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português*, cit., pág. 242) e o tradução em texto há uma, e só uma diferença — Luís Vasconcelos de Abreu traduz *medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme* por “medida terapêutica essencial, cuja aplicação se impunha de acordo com a ciência médica” e nós traduzimo-lo por “medida essencial medicamente exigível”.

³⁰⁰ André Dias Pereira propõe-se, em todo o caso, afirmar um princípio de *inversão do ónus da prova por falta de documentação*, para alcançar critérios semelhantes ao n.º 3 do § 630f do Código Civil alemão (cf. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 784-785).

³⁰¹ Relatório pela então Desembargadora, hoje Conselheira Rosa Ribeiro Coelho.

³⁰² Relatório pela Desembargadora Maria José Mouro.

III. — O STJ, ao distinguir os conceitos de *obrigações de meios* e de *obrigações de resultado*, está em última análise a distinguir casos em que a prova da *desconformidade objectiva entre a diligência adoptada e a diligência exigível*, em que a prova da *omissão da diligência exigível* é necessária e casos em que não o é: nas chamadas *obrigações de meios*, o paciente teria o ónus da prova da desconformidade objectiva; de que o acto praticado pelo médico não era conforme às *leges artis*; nas chamadas *obrigações de resultado*, o médico teria o ónus da prova de que o acto praticado lhes era conforme.

17. O ónus da prova da tipicidade e da ilicitude na jurisprudência do STJ

Explicitando o critério de distinção entre os dois tipos de obrigações, o STJ alega que o aplicador do direito há-de determinar *casuisticamente*³⁰³ se a obrigação do médico é de meios ou de resultado, atendendo designadamente ao fim do acto médico³⁰⁴, ao conteúdo do acto médico³⁰⁵, à probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser, ou não ser, realizado³⁰⁶, à especialização do médico³⁰⁷ e à vontade das partes³⁰⁸.

³⁰³ Cf. acórdãos do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus, e de 23 de Março de 2017, relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

³⁰⁴ Cf. acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

³⁰⁵ Cf. acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus.

³⁰⁶ Cf. acórdãos do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, e de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro — acentuando que, “na prestação de serviço podem interferir variáveis absolutamente incontroláveis e imprevisíveis, mesmo que [o médico] empregue toda a diligência”.

³⁰⁷ Cf. acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2010, relatado pelo Conselheiro Ferreira de Almeida.

³⁰⁸ Cf. acórdãos do STJ de 13 de Setembro de 2011, relatado pelo Conselheiro João Camilo, de 15 de Dezembro de 2011, relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus — considerando “inquestionável” que “a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado”.

18. Intervenções necessárias do ponto de vista da saúde

O critério do *fin* aaria com que devesse distinguir-se entre as *intervenções necessárias* e as *intervenções não necessárias* do ponto de vista da saúde e, dentro das *intervenções necessárias do ponto de vista da saúde*, faria com que devesse distinguir-se as intervenções com *finalidade diagnóstica* e as intervenções com *finalidade terapêutica*.

19. (Cont.) Intervenções com finalidade diagnóstica

Em tema de intervenções com finalidade diagnóstica, o STJ deu indícios de alguma hesitação: o acórdão de 24 de Novembro de 2011 ³⁰⁹ trata o dever de prestação do médico como uma *obrigação de meios* ³¹⁰ e os acórdãos de 4 de Março de 2008 ³¹¹, de 17 de Janeiro de 2013 ³¹² e de 12 de Março de 2015 ³¹³ tratam-no como uma *obrigação de resultado*. Entre as *obrigações de resultado* encontrar-se-ia a análise dos exames, químicos ou radiológicos — a *margem de incerteza* não seria praticamente nenhuma ³¹⁴.

Se, p. ex., o médico anátomo-patologista diagnosticasse um cancro na próstata ao paciente e se comprovasse que o diagnóstico estava errado, porque o paciente tinha tão-só uma inflamação (prostatite), o médico seria responsável pelos danos decorrentes da prostatectomia (p. ex., pelos danos

³⁰⁹ Relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

³¹⁰ Como se diz no acórdão de 24 de Maio de 2011, “[c]omprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, conseqüentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como erro escusável ou *faute du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.”

³¹¹ Relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

³¹² Relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot.

³¹³ Relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

³¹⁴ Cf. acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

decorrentes da impotência e da incontinência ^{315 316}).

O acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 ³¹⁷ explora uma *terceira pista* ou uma *terceira via* ³¹⁸. O STJ sustenta que “a circunstância de [estar] provado que, entre as partes, foi firmado um contrato [...] de prestação de serviços médicos sem finalidade curativa [...] inutiliza a caracterização da obrigação assumida [...] como obrigação de meios ou de resultado”. Explicando por que é que a inutiliza, o STJ explica que o consentimento do paciente exclui a tipicidade e a ilicitude da intervenção — não exclui nem a ilicitude, nem a tipicidade da lesão causada pela intervenção.

O caso relacionava-se com uma *colonoscopia*, por que se provocou uma *perfuração do intestino*. O consentimento do paciente excluiria a tipicidade e a ilicitude da *colonoscopia* — não excluiria nem a ilicitude, nem a tipicidade da *perfuração do intestino* provocada pela *colonoscopia*. O facto de a *intervenção diagnóstica*, ou *com finalidade diagnóstica* ter sido, ou não ter sido, conforme com as leis da arte e da ciência médica seria de todo irrelevante — “a apreciação da licitude da sua conduta não se pode[ria] reconduzir à indagação sobre a observância das *leges artis*” ³¹⁹.

³¹⁵ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Setembro de 2007, relatado pela então Desembargadora, hoje Conselheira Rosa Ribeiro Coelho.

³¹⁶ Cf. Filipe Albuquerque Matos, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, cit., pág. 26.

³¹⁷ Relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beza.

³¹⁸ O caso decidido pelo acórdão de 1 de Outubro de 2015 foi ainda objecto do acórdão de 8 de Junho de 2017, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beza, em que o STJ se pronunciou sobre a correcção dos critérios convocados pelo Tribunal da Relação do Porto para quantificar os danos não patrimoniais sofridos pelo lesado.

³¹⁹ O acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 foi anotado por Maria do Céu Rueff, “Responsabilidade por evento adverso em medicina. Comentário aos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto (n.º 7846067, de 11/2/2015) e do Supremo Tribunal de Justiça (n.º 5548465, de 5/10/2015) sobre procedimento invasivo em gastroenterologia”, in: *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*, ano 15.º (2018), págs. 111-132; comentado por Maria Fernanda Palma, “Continuidade e diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil na violação das *leges artis* em medicina”, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil. Livro do cinquentenário*, vol. II — *Em memória do Professor Doutor Eduardo Santos Junior*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 427-443; e discutido na 1.ª bienal de jurisprudência em direito da medicina — in: *Cadernos da*

A *terceira via* explorada pelo acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 foi retomada pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017 ³²⁰:

- “no âmbito de contrato de prestação de serviços médicos *com fins curativos ou terapêuticos*” ³²¹, o lesado teria o encargo da demonstração de que “o médico incumpriu as *leges artis* concretamente aplicáveis ao caso”;
- no âmbito de contrato de prestação de serviços médicos sem fins curativos ou terapêuticos, cujo objecto se reconduz à realização de um exame, como a colonoscopia, teria tão-só o encargo da demonstração de que a lesão era desnecessária e desproporcionada “[a]os riscos normais para o lesado, inerentes àquela concreta intervenção ou acto médico” ³²².

O consentimento esclarecido ou informado do doente, ainda que compreendesse o conhecimento de risco de perfuração cólica, “não exclui[ria] a ilicitude do acto médico, pois que o consentimento não abrange[ria] a lesão física perpetrada”.

O critério enunciado no acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 deve interpretar-se relacionando-o com o acórdão de 22 de Março de 2018 ³²³, em cujo sumário se escreve:

IV — Estando em causa a realização de um exame de colonoscopia, sem função curativa, do qual nasce uma obrigação de resultado (obtenção dos dados clínicos do exame), ocorrendo uma perfuração do colon do paciente, sem que esteja em discussão o cumprimento do *dever primário de prestação* do médico mas o cumprimento do *dever acessório* de, na realização do exame clínico, ser respeitada a integridade física daquele, duas construções dogmáticas podem ser perfilhadas:

- (i) a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar a ilicitude, uma vez que uma *lesão da integridade física do paciente, não exigida pelo cumprimento do contrato, implica a sua verificação (ilicitude do resultado)*, caso em que haverá que ponderar da exclusão da ilicitude pelo consentimento

Lex Medicinæ, n.º 1—2018. págs. 58-60 — em que foi apresentante a Conselheira Maria da Graça Trigo.

³²⁰ Relatado pelo Desembargador Jorge Seabra.

³²¹ O sublinhado consta do original — cf. WWW: < <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/af3bc4adeff52451802581050052e405?OpenDocument> >.

³²² Em termos em tudo semelhantes, *vide* acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Maio de 2019, relatado pelo Desembargador José Igreja Matos.

³²³ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

informado daquele quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia (cfr. art. 340º, nº 1, do CC);

- (ii) incumbe ao paciente lesado provar a *ilicitude da conduta* do médico, isto é a *falta de cumprimento do dever objectivo de diligência ou de cuidado, imposto pelas leges artis*, dever que integra a necessidade de, no decurso da intervenção médica, tudo fazer para não afectar a integridade física daquele (*ilicitude da conduta*), caso em que, mesmo não se provando a violação desse dever, ainda assim, sempre se terá de averiguar se foi devidamente cumprido o dever de informar o paciente dos riscos inerentes à intervenção médica e se este os aceitou.

V — A circunstância de se ter provado que a A., paciente, antes da realização do exame feito pelo R. médico assinou um impresso do Hospital com o título '*Consentimento Informado*', contendo uma declaração em que afirma estar '*perfeitamente informada e consciente dos riscos, complicações ou sequelas que possam surgir*', e ainda que conhecia os riscos inerentes à realização de um exame de colonoscopia, incluindo a possibilidade de perfuração, não é suficiente para preencher as exigências do consentimento devidamente informado uma vez que, no caso, sendo os riscos de perfuração *superiores ao normal* devido à idade e aos antecedentes clínicos da A., era imperativo que o R. fizesse prova de que a A. fora informada de tais riscos acrescidos.

VI — Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, a *perfuração do colon*, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a *liberdade* e a *integridade física e moral*, e os danos ressarcíveis tanto são os *danos patrimoniais* como os *danos não patrimoniais*.

VII — Por conseguinte, quer se siga a concepção da ilicitude do resultado quer a concepção da ilicitude da conduta, o R. médico e a respectiva seguradora encontram-se solidariamente obrigados a reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela A. com fundamento em falta de consentimento devidamente informado para a realização da colonoscopia ³²⁴.

³²⁴ O acórdão do STJ de 22 de Março de 2018 foi objecto de discussão na 2.ª bial de jurisprudência em direito da medicina (in: *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 5 — 2019, págs. 45-55 — em que a apresentante foi a Conselheira Maria da Graça Trigo — e págs. 56-57 — em que foi apresentante Rute Teixeira Pedro).

Em lugar de uma responsabilidade *objectiva* por intervenções com finalidade diagnóstica, os dois acórdãos, de 1 de Outubro de 2015 e de 22 de Março de 2018, concordam em dizer três coisas — em primeiro lugar, que deve atender-se ao *padrão* ou ao *standard* do doente concreto; em segundo lugar, que deve adoptar-se um *cuidado acrescido ou reforçado* no esclarecimento ou informação do doente sobre o *risco muito grave* relacionado com a realização de uma colonoscopia — designadamente, sobre o *risco muito grave* de *perfuração do cólon* ou do *intestino* — e, em terceiro lugar, que, ainda que haja um *adequado esclarecimento* ou uma *adequada informação* do doente, o risco de uma *causa desconhecida* deve recair sobre o médico.

19. (Cont.) Intervenções com finalidade terapêutica

Em tema de intervenções terapêuticas, ou com finalidade terapêutica, o STJ sustenta que deve distinguir-se, em função dos critérios do *conteúdo do acto médico* e da *probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser ou não realizado*.

I. — Os dois critérios fariam com que devesse contrapor-se a responsabilidade por *defeitos das coisas* e a responsabilidade por *defeitos das prestações* e, dentro da responsabilidade por *defeitos das prestações*, a responsabilidade pelos *defeitos de prestações simples*, cuja *margem de risco* fosse *irrelevante* e a responsabilidade pelos *defeitos das prestações, simples ou complexas*, cuja *margem de risco* fosse *relevante* ³²⁵.

Seriam casos de responsabilidade pelo não cumprimento de *obrigações de resultado* aqueles em que o dano decorresse de *defeitos das coisas*, como, p. ex., dos *instrumentos empregues* ³²⁶, ou de *defeitos de prestações simples* ³²⁷, cuja *margem de risco* fosse *irrelevante* ³²⁸. Seriam casos de res-

³²⁵ Em termos semelhantes, o art. 2236.º do Código Civil italiano determina que, “[s]e a prestação exigir a resolução de problemas técnicos de especial dificuldade, o devedor não responde pelos danos, a não ser nos casos de dolo e de culpa grave”.

³²⁶ Cf. acórdão do STJ de 12 de Setembro de 2013, relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova.

³²⁷ Cf. acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002, relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo.

³²⁸ Cf. acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro

pensabilidade pelo não cumprimento de *obrigações de meios* aqueles em que o dano decorresse de *defeitos de prestações* cuja *margem de risco fosse relevante* ³²⁹ — como, p. ex., a cirurgia à glândula tiróide (tiroidectomia) ³³⁰.

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2013 ³³¹ o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Dezembro de 2016 ³³² explicam a diferença entre os dois tipos de prestações a partir do critério da aleatoriedade — o acórdão do Tribunal da Relação do Porto representa-o como *único critério* e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Dezembro de 2016 ³³³, representa-o como “principal critério distintivo das duas modalidades de obrigações” — das obrigações de meios e de resultado.

Entre os corolários da *aleatoriedade* ou *não-aleatoriedade* do resultado estaria o ónus da prova — “a álea [...] funciona como critério de distinção entre estas duas categorias de obrigações, reflectindo-se na disciplina aplicável a cada uma, [designadamente] no plano dos encargos probatórios” ³³⁴ —, e estaria o ónus da prova nos seguintes termos:

“Se o resultado for, em regra, atingido com a actuação diligente do devedor, com a adopção da técnica apropriada, não jogando a álea um papel de relevo, estamos perante uma obrigação determinada (de resultado)”; “[s]e, pelo contrário, o resultado [...] for de consecução incerta — pela intervenção de vários factores e de uma carga elevada de aleatoriedade, mesmo que o devedor empregue o cuidado e competência exigíveis — então a obrigação assumida deverá ser qualificada como uma obrigação geral de prudência (de meios)” ³³⁵.

II. — O acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016 ³³⁶

Fonseca Ramos.

³²⁹ Cf. acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos.

³³⁰ Cf. acórdão do STJ de 11 de Julho de 2006, relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira.

³³¹ Relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Henrique Araújo.

³³² Relatado pelo Desembargador Manuel Marques

³³³ Relatado pelo Desembargador Manuel Marques

³³⁴ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2013.

³³⁵ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Dezembro de 2016.

³³⁶ Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

aplica os critérios enunciados à colocação de uma prótese, contrapondo a preparação de uma prótese e a aplicação de uma prótese, previamente preparada, ao paciente (“no organismo do paciente”).

Quanto à preparação da prótese, haveria uma obrigação de resultado ³³⁷ e quanto à aplicação da prótese, previamente preparada, ao paciente, “no organismo do paciente”, haveria uma obrigação de meios. e só uma obrigação de meios:

“na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de factores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida [pelo médico] dever[ia] qualificar-se como obrigação de meios”.

O raciocínio é retomado no acórdão do STJ de 21 de Fevereiro de 2019 ³³⁸:

“No contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos com colocação de prótese, o médico assume uma obrigação de resultado quanto à elaboração da prótese adequada à anatomia do paciente, e uma obrigação de meios quanto à aplicação da mesma no organismo do paciente segundo as *leges artis*”.

Os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2013 ³³⁹ e de 17 de Junho de 2014 ³⁴⁰ sugerem que a *regra* de que deve distinguir-se entre a preparação de uma prótese e a aplicação de uma prótese, devidamente preparada, ao corpo do paciente — para sujeitar a aplicação de uma prótese, devidamente preparada, ao regime das *obrigações de meios* — deve estar sujeita a uma (pelo menos, a uma) *excepção*:

“As intervenções médico-dentárias com fins predominantemente estéticos, tais como colocação de próteses, [a] restauração de dentes e até a realização de implantes, reconduz[iriam] a obrigação do médico a uma obrigação de resultado” ³⁴¹.

³³⁷ Ou seja: “o médico compromete[r]-se[-ia] a elaborar um dispositivo que se adequ[asse] à anatomia do concreto doente, de acordo com regras técnicas precisas”

³³⁸ Relatório pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

³³⁹ Relatório pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Henrique Araújo.

³⁴⁰ Relatório pelo Desembargador Manuel Pinto dos Santos.

³⁴¹ Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2013, relatório pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Henrique Araújo.

Em relação às próteses em geral, deveria distinguir-se entre preparação e aplicação; em relação às próteses dentárias, não deveria distinguir-se. Os deveres do médico no procedimento de aplicação de próteses dentárias deveriam representar-se como *obrigações de resultado*: “estando tais procedimentos completamente banalizados na prática médico-dentária e mostrando-se bastante evoluída a respectiva técnica, o grau de incerteza quanto ao resultado pretendido é desprezível”³⁴².

Concordando com os critérios enunciados no acórdão de 5 de Março de 2013, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Junho de 2014³⁴³ sustenta que,

“[t]endo-se o réu/médico obrigado, por contrato e por um determinado montante de honorários, a colocar 21 coroas em zircónia e duas pontes no mesmo material em determinados dentes da autora, estando a boca desta já devidamente preparada para o efeito [em consequência de tratamentos anteriores noutra clínica], apresenta-se inequívoco estarmos perante caso de responsabilidade contratual e que a obrigação assumida pelo primeiro se traduziu numa obrigação de resultado [ou numa obrigação fragmentária de resultado]”³⁴⁴.

III. — Face aos defeitos das prestações, o STJ e os Tribunais da Relação têm completado o critério da probabilidade de o resultado pretendido pelas partes ser, ou não, alcançado, com uma referência a critérios complementares — à especialização do médico, à natureza, normal ou anormal (grosseira) do erro ou à vontade das partes.

O acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2010³⁴⁵ chama ao caso o critério da *especialização* e o acórdão do STJ de

³⁴² Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2013, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Henrique Araújo, em que se sublinha que “os problemas relacionados com a possível aceitação ou rejeição da prótese na boca do paciente não se colocam, por via de regra”.

³⁴³ Relatado pelo Desembargador Manuel Pinto dos Santos.

³⁴⁴ Filipe Albuquerque Matos contrapõe os tratamentos simples e os tratamentos complexos, “dependentes de factores diversos do estrito cumprimento das *leges artis*”, para dizer que os primeiros, os tratamentos simples, podem ainda estar sujeitos ao regime das obrigações de resultado e que os segundos, os tratamentos complexos, devem já estar sujeitos ao regime das obrigações de meios (cf. “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, cit., págs. 68-69).

³⁴⁵ Relatado pelo Conselheiro Ferreira de Almeida.

27 de Novembro de 2011 ³⁴⁶ sustenta que deve aplicar-se o regime das obrigações de resultado aos (chamados) *erros grosseiros* ³⁴⁷ — como, p. ex., ao caso do esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do paciente ³⁴⁸ ou ao caso da sutura com material não reabsorvível cujos nós ficaram virados para fora e não para dentro (invaginados) ³⁴⁹.

Explicando o critério da *especialização*, o acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2010 diz que, em regra, a obrigação do médico seria uma obrigação de meios ³⁵⁰ e que, excepcionalmente, a obrigação do médico *especialista* seria uma obrigação de resultado. O médico especialista estaria adstrito a um dever específico de “emprego da técnica adequada”. Estando adstrito a um dever específico, o médico especialista deveria responder desde que se constatasse “que a finalidade proposta não foi alcançada”.

Independentemente de a *classificação* do dever de prestação decorrer do critério do *fim* ou do *conteúdo do acto médico*, em ligação com o critério da *probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser, ou não ser, realizado*, deveria con-

³⁴⁶ Relatado pelo Conselheiro Rui Maurício.

³⁴⁷ Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff falam de uma *responsabilidade agravada* do médico por *erros elementares* ou por *erros grosseiros* (*Medizinrecht*, cit., págs. 128 e 146).

³⁴⁸ Concordando com o critério do STJ, *vide*, p. ex., acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19 de Abril de 2007, relatado pelo Desembargador Sérgio Abrantes Mendes: Se uma compressa é deixada no interior do corpo de um paciente sujeito a uma intervenção cirúrgica, verificar-se-á sempre negligência do médico cirurgião, na medida em que lhe compete cumprir e fazer cumprir os procedimentos impostos pelas regras da arte e designadamente verificar se nenhuma anomalia ocorreu no decurso da operação, se por si ou por outrem havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente.

³⁴⁹ *Vide*, p. ex., o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2017, relatado pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça: “Incorre em responsabilidade civil o cirurgião que ao proceder a uma sutura deu nós que ficaram virados para fora e não para dentro (invaginados), contrariamente ao que era e é prática neste tipo de cirurgia quando se usa material não reabsorvível, tendo provocado duas fistulas dolorosas no pénis do doente”.

³⁵⁰ Cf. acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2010 : “Em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do prestador obrigado não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado”.

siderar-se a *vontade das partes* — se o médico promettesse a cura do paciente, obrigar-se-ia a um *resultado* ³⁵¹.

20. Intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde

Em tema de *intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde* — como, p. ex., nas intervenções de *cirurgia estética* ³⁵² —, o STJ deu, de novo, indícios de alguma hesitação em aplicar o regime das obrigações de meios ou o regime das obrigações de resultado: os acórdãos de 2 de Novembro de 2006 ³⁵³, de 15 de Novembro de 2012 ³⁵⁴ e de 2 de Junho de 2015 ³⁵⁵ tratam o dever de prestação do cirurgião estético como uma *obrigação de meios* ³⁵⁶; o acórdão de 22 de Março de 2007 ³⁵⁷ trata-o como uma *obrigação de resultado* e os acórdãos de 17 de Dezembro de 2009 ³⁵⁸ e de 21 de Fevereiro de 2019 ³⁵⁹ tratam-no como uma *obrigação de quase-resultado*:

“se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se ‘em absoluto’ com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que

³⁵¹ Cf. acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002, relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo: “assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava (‘contração de Depuytren’), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo da mão e eliminaria a ‘contração’”.

³⁵² Concordando com a qualificação da obrigação do médico como obrigação de resultado ou de quase-resultado, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017, relatado pela Desembargadora Carla Câmara, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 2017, relatado pelo Desembargador João Ramos de Sousa.

³⁵³ Relatado pelo Conselheiro João Bernardo.

³⁵⁴ Relatado pelo Conselheiro Abrantes Geraldes.

³⁵⁵ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

³⁵⁶ Como se diz no acórdão de 15 de Novembro de 2012, “[n]o contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, ainda que na vertente da cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrigação de meios, devendo aplicar em todas as fases da sua intervenção as *leges artis* adequadas”.

³⁵⁷ Relatado pelo Conselheiro Sousa Leite.

³⁵⁸ Relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

³⁵⁹ Relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

‘só o resultado vale a pena’³⁶⁰.

O facto de se tratar de uma obrigação em que *só o resultado interessa* faria com que o médico tivesse um dever *acrescido* de esclarecimento ou de informação e que, depois de esclarecido ou informado o doente, tivesse um *dever acrescido* de diligência:

“qualquer médico, cumpridor dos seus deveres legais e deontológicos, e ciente das vicissitudes de qualquer cirurgia, apenas se deve empenhar com a utilização dos meios que, em concreto, se adequem à respectiva situação, satisfazendo a sua obrigação quando, depois de esclarecer o doente dos riscos associados à intervenção cirúrgica, e usando de toda a diligência, emprega os conhecimentos e as técnicas ditadas pelas *leges artis* da especialidade”³⁶¹.

Em todo o caso, o ónus da prova da *omissão da diligência* recairia sobre o paciente — “[c]abe ao paciente provar a falta de diligência do médico”, ou seja, que o médico não praticou todos os actos considerados necessários para alcançar a finalidade pretendida³⁶².

21. Comentário aos critérios de atribuição / distribuição do ónus da prova tipicidade e da ilicitude na jurisprudência do STJ

I. — Entre 2005 e 2019, fomos-nos distanciando da distinção entre as chamadas *obrigações de meios* e as chamadas *obrigações de resultado*.

O conceito de *dever* pressupõe sempre a *liberdade* — e a *liberdade* pressupõe sempre a possibilidade de se fazer, ou de deixar de se fazer, aquilo que se quer. O sujeito só deve aquilo que é livre de fazer, ou de deixar de fazer; só deve aquilo que pode fazer, ou que pode deixar de fazer;

³⁶⁰ Concordando com a qualificação da obrigação do médico como obrigação de resultado ou de quase-resultado, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017, relatado pela Desembargadora Carla Câmara, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 2017, relatado pelo Desembargador João Ramos de Sousa.

³⁶¹ Cf. acórdão do STJ de 21 de Fevereiro de 2019, relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

³⁶² Cf. acórdão do STJ de 21 de Fevereiro de 2019, relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

numa palavra: — o sujeito só deve aquilo que depende de si, aquilo que depende da sua *vontade*. O comportamento de uma pessoa depende da sua vontade; o resultado, não — depende (sempre) de circunstâncias estranhas à sua vontade —; *consequentemente*, o devedor só pode prometer um comportamento ³⁶³.

Evitando-se, como estamos convencido de que deverá evitar-se, a contraposição entre as *obrigações de meios e de resultado* ³⁶⁴, há-de distinguir-se dois tipos de prestações.

Em primeiro lugar, há *prestações de conteúdo definido ou determinado* ³⁶⁵, em que o devedor está adstrito à realização de factos que estão “especificadamente indicados no contrato ou na lei” ³⁶⁶, e, em segundo lugar, há *prestações de conteúdo indefinido ou indeterminado* ³⁶⁷, em que o devedor se encontra adstrito à prestação de factos que não estão especificadamente indicados. Estando em causa *prestações de conteúdo indeterminado*, o contrato e/ou a lei determinam o *fim da prestação* e o devedor há-de determinar os meios adequados para o realizar, ou seja: determinar o *conteúdo da prestação* ³⁶⁸. O caso da obrigação do médico é o caso paradigmático, e porventura o caso paradigmático, de uma prestação de conteúdo *indefinido*. Ora o conteúdo das obrigações de conteúdo *indefinido* ou *indeterminado* determina-se

³⁶³ Concordando com o abandono da distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado, qualificada como “distinção maniqueísta”, vide Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 5.º (2008), págs. 417-460 (446-446).

³⁶⁴ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 42 — O devedor só promete ao seu credor um comportamento diligente.

³⁶⁵ Cf. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1968, pág. 77.

³⁶⁶ Manuel Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, s/e, Lisboa, 1944, pág. 371.

³⁶⁷ Cf. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., pág. 77.

³⁶⁸ Manuel Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, cit., pág. 371 — descrevendo as “obrigações de conteúdo indefinido”, ou de prestar factos não especificadamente indicados, como “obrigações cuja prestação deve ser individualizada pelo próprio devedor, norteadose pelo fim a que se destina a actividade que lhe é exigida e tomando em consideração as circunstâncias concretas em que se encontra”.

por remissão para o conceito de *cuidado* ou de *diligência* — em obrigações de conteúdo *indefinido*, o devedor está, sempre e só, adstrito à mais elevada medida de cuidado exterior.

II. — O percurso feito confronta-nos com uma pergunta. Os critérios enunciados pelo STJ para a distinção entre as *obrigações de meios* e as *obrigações de resultado* serão porventura critérios apropriados para resolver o problema da *atribuição* / da *distribuição* do ónus da prova da tipicidade e da ilicitude na responsabilidade civil dos médicos?

Serão porventura apropriados para explicar ou para justificar que, nas chamadas *obrigações de meios*, o paciente tenha o ónus de provar *quase tudo* e que, nas chamadas *obrigações de resultado*, o paciente não tenha de provar *quase nada*?

O problema deve ter uma resposta diferenciada. O critério da *probabilidade* de o *fim pretendido pelas partes ser, ou não, alcançado* pode e deve ter algum significado para a distribuição do ónus da prova, por concretizar os critérios gerais de distinção entre *factos constitutivos* e *factos impeditivos* do direito alegado. Os critérios do *fim* e do *conteúdo do acto médico*, esses, não podem ou não devem ter significado algum.

a) O princípio de que *o autor tem o ónus da prova dos factos que normalmente fazem nascer o direito invocado e o réu, o ónus da prova dos factos que anormalmente o impedem de nascer* faz com que deva distinguir-se entre as *prestações* cuja *margem de risco é irrelevante* (cuja margem de risco é “ínfima”) e as *prestações* cuja *margem de risco é relevante*. Em *intervenções* cuja *margem de risco* seja *irrelevante* — cuja margem de risco seja “ínfima” —, a prova de que não foi alcançado o *fim* pretendido pelas partes faz com que fique preenchido o ónus da prova dos *factos que normalmente fazem nascer o direito do paciente à compensação dos danos, patrimoniais e não patrimoniais, causados pelo acto médico*³⁶⁹. Em *intervenções* cuja *margem de risco* seja *relevante*, não.

Em diferentes *palavras*, ainda que insistindo em igual *pensamento*:

Em relação aos *defeitos das coisas*, como, p. ex., dos

³⁶⁹ Cf. designadamente Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany*, cit., págs. 70-76 — considerando que, em *intervenções* cuja *margem de risco* seja *irrelevante*, a lesão faz presumir a violação das leis da arte e da ciência médica.

instrumentos empregues, e aos *defeitos de prestações simples*, cuja *margem de risco é irrelevante*, o médico deve ter o ónus de alegar e de provar que actuou com a diligência exigível. O risco de a *causa permanecer desconhecida* ou, na fórmula mais impressiva de Carneiro da Frada, o *risco de não esclarecimento (seguro) do evento causador do dano* ³⁷⁰ deve recair sobre o médico. Em relação aos *defeitos de prestações, simples ou complexas*, cuja *margem de risco não é, de forma alguma, irrelevante*, o paciente deve ter o ónus de alegar e de provar que o médico não actuou com a diligência exigível. O *risco de não esclarecimento (seguro) do evento causador do dano* deve (agora) recair sobre o paciente ³⁷¹.

b) Esclarecida a relevância do critério da *aleatoriedade*, da *probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser, ou não, alcançado*, perguntar-se-á pela relevância dos critérios do *fim do acto médico* ou do *conteúdo do acto médico*.

Estamos convencido de que não faz grande sentido dizer-se que há uma *obrigação de resultado* em todas as *intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde*.

As intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde, como, p. ex., as cirurgias estéticas, podem ter uma *margem de risco* relevante — desde que o paciente seja esclarecido ou informado sobre a *margem de risco* da intervenção, deve considerar-se que a prova de que não foi alcançado o fim pretendido é *insuficiente*.

Estamos, em segundo lugar, firmemente convencido de que não faz grande sentido dizer-se que, dentro das *intervenções necessárias do ponto de vista da saúde*, há uma obrigação de resultado em *todas* as intervenções com *finalidade diagnóstica* e em (pelo menos) algumas intervenções com *finalidade terapêutica* ³⁷².

³⁷⁰ Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pág. 194.

³⁷¹ Em termos ainda mais rigorosos — em nossa opinião, rigorosos de mais —, alegando que, ainda que o médico alegue e prove que cumpriu o dever de diligência, responderá pelos danos de causados, desde que não consiga provar qual foi a causa do dano, Pedro Romano Martinez, “Responsabilidade civil por acto ou omissão de médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, cit., pág. 474 : “Admitindo 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”.

³⁷² Concordando, em substância, com os argumentos deduzidos no

O caso da colonoscopia de que decorreu uma perfuração do intestino considerado pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015³⁷³ e pelo acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015³⁷⁴ é de alguma forma elucidativo.

— por um lado, parece-nos que o problema deve colocar-se no plano da responsabilidade médica por defeito do tratamento; — por outro lado, pela negativa, pensamos que a resolução do problema não deve atender exclusivamente à circunstância de se tratar de uma intervenção com finalidade diagnóstica; — por último, e pela positiva, pensamos que a resolução do problema deve atender à circunstância de se tratar de uma intervenção com uma margem de risco ínfima (de cerca de 0,35%).

O critério da finalidade da intervenção só funcionará em ligação com o critério com o critério da probabilidade de o resultado pretendido pelas partes ser, ou não alcançado.

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015 admitia que “[a] perfuração do intestino é uma complicação rara”. Estando em causa uma complicação rara, “que pode ocorrer na realização de um exame de colonoscopia, mesmo cumprindo-se com as regras de boa prática da medicina”, o médico teria (deveria ter) o ónus de alegar e de provar que a intervenção com finalidade diagnóstica foi conforme as leis da arte e da ciência médica. O Supremo decidiu, em substância, de forma adequada³⁷⁵.

sentido de que as *intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde* e de que, dentro das *intervenções necessárias*, as *intervenções com finalidade diagnóstica* não são necessariamente *obrigações de resultado* (*rectius*: não são necessariamente obrigações sujeitas ao regime das *obrigações de resultado*), vide André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 708-729, ou Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, cit., pág. 68, ou Filipe Albuquerque Matos, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, cit., págs. 25-26.

³⁷³ Relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires.

³⁷⁴ Relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

³⁷⁵ Em relação a um caso em tudo ou em quase tudo semelhante, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017, relatado pelo Desembargador Jorge Seabra, distingue dois argumentos para explicar / para justificar a responsabilidade civil do médico. O primeiro — apoiando-se, como se apoia, no relatório do acórdão do STJ de 1 de Outubro de

Estamos enfim convencido de que não faz grande sentido dizer-se que há uma obrigação de resultado em todas as intervenções com finalidade terapêutica realizadas por um médico especialista ³⁷⁶ — em medicina, os médicos mais qualificados dentro da sua especialização têm frequentemente taxas de sucesso mais baixas, por tratarem dos casos mais difíceis. Sujeitá-los ao regime de responsabilidade pelo não cumprimento de uma *obrigação de resultado* seria, pura e simplesmente, um *contra-senso*.

22. O ónus da prova da culpa: I. — na responsabilidade *contratual*

Em relação à *responsabilidade contratual*, pergunta-se: deverá aplicar-se a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil a *todas* as obrigações, ou deverá aplicar-se

2015 — consiste em representar a responsabilidade civil do médico como uma responsabilidade por defeito do consentimento. O médico seria sempre responsável pelo facto de o paciente não ter dado o seu consentimento para a lesão. O segundo consiste em representar a responsabilidade civil do médico como uma responsabilidade por defeito do tratamento, em intervenções cuja margem de risco é insignificante (“ínfima”). O médico só seria responsável se estivessem preenchidos dois requisitos — se a margem de risco fosse insignificante e se, sendo a margem de risco insignificante, o médico não fosse capaz de demonstrar que a lesão decorreu de caso fortuito. Entre os dois argumentos, o Tribunal da Relação do Porto tende a dar menor importância ao primeiro e maior importância ao segundo: “se a intervenção não apresenta complexidades significativas — como sucede com uma colonoscopia, pois que é uma intervenção extremamente recorrente (diária), que é efectuada em muito reduzido espaço de tempo, que não exige sequer internamento, com alta do paciente no próprio dia e algum tempo após a sua realização (ainda que acompanhado de terceira pessoa) —, se a mesma tem um risco baixíssimo de complicações, nomeadamente de perfuração cólica — inferior a 1%, situando-se em cerca de 0,1% a 0, 8% [...] —, caso ela desemboque num dano que supostamente não devia ter ocorrido e, sobretudo, num dano com a gravidade que a factualidade provada nos autos bem espelha, tudo leva a crer — em termos de lógica dos acontecimentos — que tal sucedeu, não por força da particular complexidade do acto médico [...] ou dos riscos que estão associados (que são muitíssimo reduzidos, praticamente nulos [...]), mas devido a uma alguma falha no procedimento de quem a praticou”.

³⁷⁶ Em termos ainda mais impressionantes, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., pág. 729: “corresponderia a uma análise grosseira do que constitui uma obrigação de resultado e um agravamento da posição processual do médico (especialista)”.

só a *algumas*? Deverá, p. ex., distinguir-se entre as *obrigações de resultado* e as *obrigações de meios*, aplicando a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil às *obrigações de resultado* e não a aplicando às *obrigações de meios*?

I. — Os acórdãos do STJ de 17 de Dezembro de 2002³⁷⁷, de 22 de Maio de 2003³⁷⁸, de 18 de Maio de 2006³⁷⁹, de 18 de Setembro de 2007³⁸⁰, de 16 de Junho de 2009³⁸¹, de 15 de Outubro de 2009³⁸², de 17 de Dezembro de 2009³⁸³, de 30 de Junho de 2011³⁸⁴, de 13 de Setembro de 2011³⁸⁵, de 15 de Dezembro de 2011³⁸⁶, de 11 de Junho de 2013³⁸⁷, de 2 de Junho de 2015³⁸⁸, de 28 de Janeiro de 2016³⁸⁹, de 26 de Abril de 2016³⁹⁰, de 7 de Março de 2017³⁹¹, de 23 de Março de 2017³⁹² e de 21 de Fevereiro de 2019³⁹³ pronunciaram-se no sentido da aplicação da presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil ao não cumprimento de todas as obrigações, fossem obrigações *de meios* ou obrigações *de resultado*³⁹⁴. O acórdão do STJ de 12 de Março

³⁷⁷ Relatado pelo Conselheiro Afonso de Melo.

³⁷⁸ Relatado pelo Conselheiro Neves Ribeiro.

³⁷⁹ Relatado pelo Conselheiro Ferreira de Sousa.

³⁸⁰ Relatado pelo Conselheiro Alves Velho.

³⁸¹ Relatado pelo Conselheiro João Camilo.

³⁸² Relatado pelo Conselheiro Rodrigues dos Santos.

³⁸³ Relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

³⁸⁴ Relatado pelo Conselheiro Sérgio Poças.

³⁸⁵ Relatado pelo Conselheiro João Camilo.

³⁸⁶ Relatado pelo Conselheiro Gregório da Silva Jesus

³⁸⁷ Relatado pelo Conselheiro Salreta Pereira.

³⁸⁸ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

³⁸⁹ Relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

³⁹⁰ Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

³⁹¹ Relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

³⁹² Relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

³⁹³ Relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

³⁹⁴ Concordando com a distinção entre a prova da *tipicidade e da ilicitude* e a prova da *culpa*, através da aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil às chamadas *obrigações de meios*, *vide*, na jurisprudência, p. ex., o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Janeiro de 2008, relatado pela Desembargadora Ana Resende; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2008, relatado pelo Desembargador Esaguy Martins; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Abril de 2011, relatado pelo Desembargador Jorge Leal; o acórdão do Tribunal da Relação

de 2015 ³⁹⁵ pronunciou-se no sentido da aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil às obrigações *de resultado*, e só às obrigações *de resultado*:

“Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade”.

As palavras do acórdão do STJ de 12 de Março de 2015 sugerem que há uma diferença entre as obrigações de resultado e as obrigações de meios, em termos de a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil se aplicar às obrigações de resultado e não se aplicar às obrigações de meios; ainda que as palavras do acórdão do STJ sugiram que há uma diferença entre as obrigações de resultado e as

de Lisboa de 12 de Junho de 2012, relatado pelo então Desembargador, depois Conselheiro Roque Nogueira; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Maio de 2014, relatado pela Desembargadora Ana Luísa Galdes; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2015, relatado pela Desembargadora Maria José Mouro; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Novembro de 2005, relatado pelo Desembargador Mário Fernandes; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Fevereiro de 2011, relatado pelo Desembargador Filipe Carço; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012, relatado pela Desembargadora Maria Cecília Agante; o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de Setembro de 2012, relatado pela Desembargadora Rita Romeira; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Dezembro de 2015, relatado pelo Desembargador Jorge Leal; o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 7 de Janeiro de 2016, relatado pelo Desembargador João Amaro; o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de Maio de 2016, relatado pela Desembargadora Catarina Gonçalves; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Novembro de 2016, relatado pelo Desembargador Jorge Leal; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017, relatado pela Desembargadora Carla Câmara; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Março de 2017, relatado pelo Desembargador Jorge Seabra; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 2017, relatado pelo Desembargador João Ramos de Sousa; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2017, relatado pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça; e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Junho de 2017, relatado pelo Desembargador António Santos.

³⁹⁵ Relatado pelo Conselheiro Hélder Roque.

obrigações de meios, o pensamento do STJ sugere que não há diferença nenhuma:

“se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo art. 799.º, n.º 1, do Código Civil”³⁹⁶.

Os termos da distinção entre o ónus da prova da tipicidade e da ilicitude e o ónus da prova da culpa são enunciados, p. ex., no acórdão do STJ de 28 de Janeiro de 2016, relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo. O ónus da prova da tipicidade e da ilicitude recai sobre o autor (*in casu*, sobre o doente ou paciente); o ónus da prova da culpa, esse, recai sobre o réu (*in casu*, sobre o médico):

“Provada a ilicitude pelo desrespeito do dever de protecção da integridade física da autora, ocorrida durante a execução do contrato, deve aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual e, nos termos do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil, presume-se a culpa do devedor”.

O acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar, desenvolve os critérios enunciados, designadamente, no acórdão de 28 de Janeiro:

A aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil não depende da qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios ou como obrigação de resultado; ainda que a aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil não dependa da qualificação da obrigação do médico, há uma diferença entre as obrigações de meios e de resultado.

Nas obrigações de resultado, a “falta de obtenção do resultado [...] pretendido [...] significa[ria] incumprimento e determina[ria] o recurso à presunção de culpa [do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil]”. Nas obrigações de meios, não — a falta de obtenção do resultado pretendido não si-

³⁹⁶ Concordando com a aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil a todas as obrigações, sejam de meios ou de resultado, *vide*, na doutrina, p. ex., Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 427-428; Filipe Albuquerque Matos, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, cit., págs. 21-26.

gnificaria, ou não significaria por si só, incumprimento ³⁹⁷.

O paciente teria o ónus da alegação e da prova de que o médico não cumpriu a sua obrigação — p. ex., por ter cometido “uma falha profissional, não intencional, no que se refere aos instrumentos ou técnicas de intervenção utilizados, por não se encontrarem de acordo com as *leges artis*”.

“[C]abe[...] ao paciente provar a falta de diligência do médico, a falta de utilização de meios adequados de harmonia com as *leges artis*, o defeito do cumprimento, ou que o médico não praticou todos os actos normalmente considerados necessários para alcançar a finalidade desejada: é essa falta que integra erro médico e constitui incumprimento ou cumprimento defeituoso”.

Caso o paciente alegasse provasse que o médico não cumpriu, aplicar-se-ia a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil: “só depois [da] prova [de que o médico não praticou todos os atos normalmente considerados necessários para alcançar a finalidade desejada] funcionar[ia], no domínio da responsabilidade contratual, a [...] presunção de culpa”. O médico teria o ónus da prova de que não teve culpa — da prova “de que agiu com a diligência e perícia devidas, e portanto sem culpa”.

O raciocínio é retomado, p. ex., pelo acórdão do STJ de 21 de Fevereiro de 2019:

“Cabe ao paciente provar a falta de diligência do médico, [...] ou que o médico não praticou todos os actos considerados necessários para alcançar a finalidade desejada: é essa falta que integra erro médico e constitui incumprimento ou cumprimento defeituoso, importando que só depois dessa prova, funcionará, no domínio da responsabilidade contratual, a presunção de culpa do médico” ³⁹⁸.

II. — Concordando, como concordamos, com os critérios enunciados pelo STJ, causa-nos algumas dúvidas a sua

³⁹⁷ Ou seja: o incumprimento resultaria, só, da “prática de algum erro no que respeita aos meios e [às] técnicas de tratamento adoptados”.

³⁹⁸ Em termos semelhantes, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro de 2007, relatado pela então Desembargadora, hoje Conselheira Maria do Rosário Morgado, em cujo sumário se escreve: “Não tendo o réu provado que tomou todas as medidas exigíveis ao caso, conformes à *lex artis*, de modo a evitar o resultado danoso, nem tão pouco, no que respeita ao nexó de causalidade, que houve uma situação de caso fortuito, excludente da relação de causalidade entre a conduta censurável e o dano, não pode deixar de se considerar que agiu com culpa”

aplicação ao caso considerado pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30 de Maio de 2016³⁹⁹ — sobretudo, por ficarmos com a impressão de que se interpretou a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, como uma presunção de tipicidade e de ilicitude (como presunção de que o médico infringiu um *dever de cuidado*).

O Autor alegava que o réu lhe tinha causado uma lesão do nervo ciático, no decurso de uma colheita óssea. Confrontado com as dificuldades de acesso à área de colheita, o réu (médico) teria insistido, “temerariamente”, na mesma técnica, tentando introduzir o instrumento no mesmo ponto, por três ou mais de três vezes.

A 1.ª instância deu como provado que, “havendo dificuldade de acesso”, as leis da arte e da ciência médica desaconselham que o médico tente mais do que duas vezes, “dados os riscos acrescidos que cada tentativa envolve”:

“se depois de duas tentativas não se tive[sse] logrado aceder à área de colheita, o procedimento médico correcto ter[ia] que passar pela adopção de outra técnica”.

O Tribunal da Relação do Porto considerou que “[a] factualidade provada não permitia afirmar que o réu [...] [tivesse] insistido por diversas vezes na mesma técnica, ou que [tivesse] havido frustração de entrada à primeira tentativa ou à segunda, [ou] que [o réu] [tivesse] insistido temerariamente”; como a factualidade provada não permitia afirmar que o réu tivesse omitido o cuidado objectivamente exigível, insistindo “temerariamente” na mesma técnica, não estaria provada a culpa (“culpa efectiva”) do Réu:

“No caso concreto não est[aria] demonstrada a culpa efectiva dos Réus, pois que os factos provados não permit[iriam] formular tal juízo de culpabilidade. Mas exist[iria] culpa presumida”.

Ora bem. O ónus de alegar e de provar que o réu não tomou “todas as medidas exigíveis ao caso”, ou seja, todas as medidas exigíveis a um médico ideal, “de modo a evitar o resultado danoso”, recaía sobre o autor: se o autor alegasse e provasse que o réu não tomou “todas as medidas exigíveis ao caso”, e só se o alegasse e se o provasse, aplicar-se-ia a presun-

³⁹⁹ Relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Sousa Lameira.

ção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil — o réu teria o ónus de provar que tomou todas as medidas exigíveis a um médico normal. O facto de o réu não ter provado que “tomou todas as medidas exigíveis ao caso, conformes à *lex artis*, de modo a evitar o resultado danoso”, não seria suficiente para que se aplicasse a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, ou para que, aplicando-se a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, se considerasse que o réu (que o médico) “agiu com culpa”.

Ou bem que se considerava, como considerou a 1.ª instância, que o Autor tinha feito a prova de que o réu não tinha tomado todas as medidas exigíveis; ou bem que se considerava, como considerou a Relação, que a Autora não tinha feito.

Enquanto na primeira hipótese, — na hipótese de o autor ter feito a prova de que o réu não tinha tomado todas as medidas exigíveis, — poderia funcionar a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil; na segunda hipótese, não.

O art. 799.º, n.º 1, pressupõe a prova da violação de um dever, ou seja, a prova da tipicidade e da ilicitude, de uma tipicidade e de uma ilicitude “efectivas”, para que se possa presumir a culpa — para que se possa substituir uma culpa “efectiva”, ou provada, por uma culpa presumida. Em consequência, a presunção de culpa do devedor — *in casu*, do médico — poderia funcionar na primeira hipótese, *por ter ficado provado que houve uma violação de um dever (contratual)*, e não poderia funcionar na segunda hipótese *por não ter ficado provado que houvesse nenhuma violação de nenhum dever*.

III. — O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2016⁴⁰⁰ propõe uma autêntica *correção material* dos critérios da tipicidade e da ilicitude, com consequências *materiais* e *processuais* em tema de *ónus da prova*.

O caso relacionava-se com uma “cirurgia de extracção de um pólipo endometrial (polipectomia [...])” — com uma *intervenção necessária do ponto de vista da saúde* e, dentro das intervenções necessárias do ponto de vista da saúde, com uma intervenção *com finalidade terapêutica*. Ora a cirurgia

⁴⁰⁰ Relatado pelo Desembargador José Igreja Matos.

causou uma *lesão da integridade física da autora*, concretizada numa *perfuração do intestino*. Confrontando-se com o resultado *lesão da integridade física*, o Tribunal da Relação do Porto tomou como *ponto de partida* a distinção, feita pelo acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 ⁴⁰¹, entre lesões da integridade física exigidas e não exigidas pelo cumprimento do contrato: em relação às primeiras, às lesões necessárias, exigidas pelo cumprimento do contrato, não haveria ilicitude, desde que estivessem cobertas pelo consentimento; em relação às segundas, às lesões desnecessárias, sim — as lesões da integridade física desnecessárias, por não serem exigidas pelo cumprimento do contrato, seriam sempre ilícitas.

Ora o acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015, ao dizer que “objectivamente ocorreu uma lesão da integridade física da Autora, não exigida pelo cumprimento do contrato”, e ao extrair do facto de ter ocorrido uma lesão da integridade física da Autora, do doente, “não exigida pelo cumprimento do contrato”, a ilação de que “*a ilicitude está verificada*” estaria a *reconstruir a relação entre a ilicitude e a culpa*: para que houvesse (tipicidade e) ilicitude só seria preciso um *desvalor do resultado*; para que houvesse culpa, seria preciso um *desvalor do comportamento* do Réu — um *desvalor do comportamento* do médico.

O critério da tipicidade e da ilicitude referir-se-ia *exclusivamente* ao resultado e o critério da culpa referir-se-ia ao comportamento — em sede de tipicidade e de ilicitude tratar-se-ia, tão-só, de averiguar se houve uma lesão e, em sede de culpa, de averiguar se a lesão foi ou não devida a uma violação das leis da arte e da ciência médica.

O *ponto de partida* proporcionado pela distinção, feita pelo Supremo Tribunal de Justiça, entre as lesões necessárias e as lesões desnecessárias, deveria *adaptar-se* ou *temperar-se*, completando o critério da *desnecessidade* (“*lesão da integridade física... não exigida pelo cumprimento do contrato*”) com o critério da *desproporção*:

“Temperando esta opção jurisprudencial, sem prejuízo de melhor opinião, parece-nos dever, em qualquer caso, proceder-se a uma avaliação concreta dessa ofensa à integridade física, do seu grau, natureza, amplitude ou extensão, e aferi-la em função do tipo de intervenção médica efectuada e do grau de ‘intrusão’ que esta pre-

⁴⁰¹ Relatório pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

visivelmente implicaria para aquela integridade”.

Ora a “avaliação concreta” de uma lesão da integridade física, ou de uma “ofensa à integridade física”, concretizar-se-ia na avaliação concreta da sua *proporcionalidade*.

O Tribunal da Relação do Porto alega que, dentro das lesões ou ofensas *desnecessárias*, deve distinguir-se entre aquelas que são *proporcionadas* e aquelas que são *desproporcionadas ao tipo de intervenção médica*, ou ao *risco imanente ao tipo de intervenção médica* efectuada. Seriam *proporcionadas* as ofensas *previsíveis*, com alguma semelhança com as lesões *necessárias*; seriam *desproporcionadas* as ofensas *imprevisíveis*, sem semelhança alguma com as lesões *necessárias* — com as lesões *exigidas para o cumprimento do contrato*. Entre os corolários da *adaptação* estariam os seguintes: Em primeiro lugar, em relação ao *requisito da ilicitude*, o Tribunal da Relação do Porto representava como *suficiente* que houvesse uma lesão da integridade física do autor que fosse *desnecessária e desproporcionada: desnecessária*, por não ser uma lesão exigida pelo cumprimento do contrato; *desproporcionada*, por não ser semelhante às lesões necessárias, exigidas pelo cumprimento do contrato, e / ou por não ser previsível. Em segundo lugar, e em relação ao *requisito da culpa*, o Tribunal da Relação do Porto representava como suficiente que houvesse uma lesão, *desnecessária e desproporcionada*, da integridade física que fosse causada pela *violação das leis da arte e da ciência médica*. O problema da apreciação da conformidade ou da desconformidade objectiva do comportamento do réu com as leis da arte e da ciência médica, com as *leges artis*, deslocar-se-ia do âmbito da *ilicitude* para o da *culpa*:

“[a culpa traduzir-se-ia] na desconformidade da actuação [da ré] com as *leges artis* a que está sujeito o profissional da medicina”.

Existindo uma dúvida insanável sobre a conformidade objectiva do comportamento do Réu — do comportamento do médico — com as leis da arte e da ciência médica, com as *leges artis*, deveria aplicar-se a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil.

O Tribunal da Relação do Porto deduz dois argumentos para o sustentar.

Em primeiro lugar, a atribuição ao Réu, — ao médico, — do ónus da prova da conformidade do seu comportamento com as leis da arte e da ciência médica corresponde-

ria a uma *opção legislativa* e, em segundo lugar, corresponderia a uma *opção legislativa* explicada e/ou justificada pelo *desequilíbrio entre as partes*.

Seria “mais difícil” — e, nos termos do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2016, seria “necessariamente mais difícil” — “para a Autora provar, pela positiva, que a perfuração do intestino ocorreu por acto negligente da ré” e seria (“necessariamente”?) mais fácil para o Réu, para o médico, provar, pela negativa, que a perfuração do intestino não ocorreu por acto negligente seu.

IV. — Os argumentos deduzidos pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2016 devem considerar-se, pelo menos, discutíveis e duvidosos.

Em primeiro lugar, não nos parece seguro que o critério enunciado pelo acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 devesse aplicar-se ao caso apreciado e decidido pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2016.

O acórdão do STJ considerava uma *intervenção com finalidade diagnóstica*; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, uma *intervenção com finalidade terapêutica*.

O critério enunciado pelo STJ tinha um *alcance mais restrito*; era um *critério especial*, dirigido a um *caso especial* — pretendia aplicar-se só às *intervenções necessárias do ponto de vista da saúde* e, dentro das intervenções necessárias do ponto de vista da saúde, pretendia aplicar-se só às *intervenções com finalidade diagnóstica*. O critério enunciado pelo Tribunal da Relação do Porto, esse, tem um alcance mais amplo; é um critério geral — pretende aplicar-se a *todas as intervenções*, sejam elas *necessárias* ou *não necessárias*, tenham elas uma finalidade *diagnóstica* ou uma finalidade *terapêutica*.

Entre o critério consagrado no acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015 e o critério aplicado no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2016 não há uma relação tão forte como a Relação do Porto alega. *O Tribunal da Relação não se propõe propriamente aplicar o critério enunciado pelo STJ — propõe-se alterá-lo.*

Propõe-se alterá-lo, convertendo um critério com um *alcance muito mais restrito* num critério com um *alcance muito mais amplo*; propõe-se alterá-lo, convertendo um critério dirigido a um *tipo* de intervenções — *diagnósticas* — num critério dirigido a *todos os tipos* de intervenções; propõe-se

transformar um *critério especial* num *critério geral*.

Em segundo lugar, ainda que circunscrito a *intervenções diagnósticas*, não nos parece seguro que o critério enunciado pelo Tribunal da Relação deva aceitar-se.

Em relação às intervenções simples, cuja margem de erro seja irrelevante, não haverá grande problema prático em dizer que o critério da ilicitude é um critério referido ao resultado; em dizer-se que a ilicitude depende do desvalor do resultado, e só do desvalor do resultado; em relação às intervenções, simples ou complexas, cuja margem de risco seja relevante, há um problema, um grande problema prático em dizê-lo — coordenando os critérios da atribuição / de distribuição do ónus da prova da tipicidade, da ilicitude e da culpa, chegar-se-ia a um resultado insustentável: O réu, o médico, poderia ser condenado a indemnizar, ainda que o autor, que o doente, não provasse, *sequer indiciariamente (!)*, que o réu não tinha adoptado a mais elevada medida de cuidado exterior.

Embora os argumentos deduzidos pelo Tribunal da Relação sejam, pelo menos, discutíveis, o resultado não o é. A cirurgia de extracção do pólipó correspondia a uma prestação simples, cuja *margem de risco* era irrelevante — entre os factos alegados e provados estava o de que a perfuração do intestino é uma complicação muito rara, que ocorre em cerca de 0,5% dos casos. Como a cirurgia correspondia a uma prestação simples, cuja *margem de risco* era irrelevante (“ínfima”), a conclusão está, provavelmente, certa — o réu tinha o ónus de provar que tinha actuado com a diligência exigível.

23. O ónus da prova da culpa (cont.): II — na responsabilidade *extracontratual*

Em relação à *responsabilidade extracontratual*, pergunta-se sobretudo: deverá aplicar-se a *presunção* do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil aos *actos médicos*? Caso afirmativo, deverá aplicar-se a *todos* os actos médicos ou só a *alguns*? — A *actividade médica* será uma *actividade perigosa*, no sentido do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil ⁴⁰²?

⁴⁰² Mafalda Miranda Barbosa qualifica a aplicação do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil à responsabilidade médica como problemática, dando conta de que “nem todos subscrevem a posição segundo a qual, porque

O STJ distingue entre *regra e excepção*: *Em regra*, a actividade médica não é uma actividade perigosa, no sentido do art. 493.º, n.º 2, “nem por si nem pelas consequências da sua prática”⁴⁰³; *excepcionalmente, só excepcionalmente*, poderá sê-lo⁴⁰⁴.

O conceito de *actividades perigosas* do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil deve restringir-se aos casos em que há uma probabilidade superior à médica de causar danos, em termos de se exigir que o agente adopte “medidas especiais de prevenção”⁴⁰⁵.

O problema da qualificação da actividade médica como perigosa haveria de resolver-se “em cada caso concreto” e, em todo o caso, de acordo com “critérios mais rigorosos do que os critérios vagos que a lei fornece”⁴⁰⁶. Contendo-se o *alcance*

estamos diante de uma actividade que comporta especiais riscos, se deve mobilizar aquela presunção, restringindo o âmbito de relevância da norma, no que à responsabilidade médica concerne, aos casos em que, por força dos instrumentos ou técnicas utilizados, se incrementa excepcionalmente o nível de perigo” (“A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, cit., págs. 22-23).

⁴⁰³ Cf. acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armino Monteiro : “A actividade de prestação de serviços médicos não se enquadra na previsão do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil, prevendo a responsabilidade pelo risco, por tal actividade não ser, na sua essência, genericamente, perigosa, nem por si nem nas suas consequências, devendo, por isso, o que retira proveito daquela sofrer as consequências da sua prática e prová-las, sendo excessiva a presunção de culpa no caso da actividade médica.”

⁴⁰⁴ Cf. acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2015, relatado pelo Conselheiro Armino Monteiro — dizendo, expressamente, que “só em situações muito excepcionais se deve considerar excepcionalmente perigosa” — ou o acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

⁴⁰⁵ Cf. acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar. — O STJ chega a dizer que há uma contradição entre a natureza da actividade médica e a natureza das actividades perigosas, previstas pelo art. 493.º, n.º 2: “a natureza da actividade médica exclui[ria] [...] a sua periculosidade”; a actividade médica “[destina-se] a afastar o perigo maior [...] de agravamento do [...] mau estado de saúde [do doente] ou até [da sua] morte”. Em consequência, “o perigo que, à partida, se poderia considerar existir na actividade médica, é o de não ter sucesso, por não conseguir atingir o seu objectivo de cura ou de melhoria do estado de saúde do paciente”

⁴⁰⁶ Cf. acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil dentro dos limites dados pelos argumentos sistemáticos e teleológicos, deverá restringir-se a aplicação da *presunção de responsabilidade* a dois grupos de casos: àqueles em que a actividade médica seja em si *particularmente perigosa*; àqueles em que sejam usados *coisas ou instrumentos particularmente perigosos* ^{407 408}.

O acórdão do STJ de 9 de Dezembro de 2008 ⁴⁰⁹ dava como exemplo de actividade médica particularmente perigosa as *cirurgias com abertura do abdómen* ⁴¹⁰ e os acórdãos do STJ de 13 de Março de 2007 ⁴¹¹ e de 26 de Abril de 2016 ⁴¹² dão como exemplo as *transfusões de sangue* ⁴¹³. Entre os indícios relevantes para a qualificação da actividade médica como perigosa estaria o seu *carácter inovador* ⁴¹⁴. O acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016 dá como exemplos de *coisas ou instrumentos particularmente perigosos* alguns dos aparelhos usados para as *intervenções diagnósticas*, como os aparelhos de ressonância magnética ⁴¹⁵, e alguns dos aparelhos

⁴⁰⁷ Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil (O método do caso)*, cit., pág. 116; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade civil médica”, in: *Curso complementar de direito da saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.

⁴⁰⁸ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2007, relatado pelo Desembargador Rui Vouga, fala a propósito de “aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento”.

⁴⁰⁹ Relatado pelo Conselheiro Mário Cruz.

⁴¹⁰ Criticando o acórdão do STJ por não distinguir, como deveria, entre *cirurgias com abertura do abdómen* que são *perigosas* e *cirurgias, com abertura do abdómen*, que o não são, vide André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 756-761.

⁴¹¹ Relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira.

⁴¹² Relatado pelo Conselheiro Silva Salazar.

⁴¹³ *In casu*, tratava-se de uma transfusão de sangue tornada necessária por causa de uma anemia, subsequente a uma intervenção cirúrgica de correcção de uma fractura da tíbia.

⁴¹⁴ “[E]m matéria de intervenções cirúrgicas,” diz o acórdão do STJ de 26 de Abril de 2016, “a prática frequente de determinada intervenção contribui para a aquisição de maior experiência e diminuição do risco”. O STJ chama ao caso o exemplo das “operações ao apêndice”, “que hoje em dia se considera não padecerem de grave risco, graças à obtenção de novos conhecimentos sobre as técnicas mais seguras a utilizar, afastando a especial periculosidade resultante do carácter inovador ou experimental que inicialmente tinha[m]”.

⁴¹⁵ Cf. Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12); na jurisprudência das relações,

usados para *intervenções terapêuticas*, seja para intervenções *com cirurgia*, como os aparelhos de anestesia ⁴¹⁶ ou os bisturis eléctricos ⁴¹⁷, seja para intervenções *sem cirurgia*, como os aparelhos de hemodiálise ou de radioterapia ⁴¹⁸, ou, no caso dos tratamentos médico-dentários, as brocas ⁴¹⁹; e as *incubadoras com termóstatos estabilizadores de temperatura* ⁴²⁰.

Os exemplos propostos exigem três — pelo menos, três — observações.

Em primeiro lugar, não devem fazer-nos esquecer a *directriz* de que o problema da qualificação da actividade médica como perigosa há de resolver-se “em cada caso concreto”; em segundo lugar, não devem fazer-nos esquecer de que todas as listas de actividades perigosas e não perigosas tendem a *desactualizar-se*, e de que as listas de actividades *médicas* perigosas e não perigosas tendem a desactualizar-se *depressa*; e, em terceiro lugar, não devem fazer-nos esquecer que entre o *perigo da actividade*, das *coisas* ou dos *instrumentos* e o dano há-de encontrar-se uma conexão de perigo ou uma conexão de risco — há-de encontrar-se uma *Gefährdungszusammenhang*.

Os danos ou prejuízos por que responde a pessoa que cria ou que controla uma situação de *perigo especial*, ou uma

vide o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2007, relatado pelo Desembargador Rui Vouga.

⁴¹⁶ Cf. Miguel Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in: *Direito da saúde e bioética*, AAFDUL, Lisboa, 1996, págs. 121-144 (137-138); Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12); na jurisprudência das relações, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2007, relatado pelo Desembargador Rui Vouga, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2007, relatado pela Desembargadora Isoleta Almeida Costa.

⁴¹⁷ Cf. Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12).

⁴¹⁸ Cf. Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12); na jurisprudência das relações, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2007, relatado pelo Desembargador Rui Vouga.

⁴¹⁹ Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., pág. 595; Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12).

⁴²⁰ Cf. Rute Teixeira Pedro, “Da tutela do doente lesado — breves reflexões”, cit., págs. 422-423 (nota n.º 12).

situação de *risco especial*, são, apenas e só, os danos ou prejuízos causados pelo perigo ou risco especial descrito nas disposições legais relevantes: — no caso do art. 502.º, o detentor do animal só responde pelos danos ou prejuízos que resultarem do “perigo especial que envolve a [...] utilização [de quaisquer animais]”; — no caso do art. 503.º, o detentor do veículo só responde pelos danos ou prejuízos “provenientes dos riscos próprios do veículo”; — no caso do art. 509.º, o detentor da instalação só responde “pelo prejuízo que derive da condução ou entrega da energia eléctrica ou do gás” e pelos prejuízos “resultantes da própria instalação”).

Estendendo-se, como deve estender-se, o critério da conexão de perigo ou de risco ao caso do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil, o médico só deve responder pelo perigo ou risco especial que envolve a actividade ou que envolvem os meios utilizados para a desempenhar ou exercer, desde que o dano corresponda *tipicamente* a uma concretização do *perigo* ou *risco especial* da actividade, da coisa ou do instrumento.

24. O ónus da prova da causalidade na responsabilidade por defeito do tratamento. Em especial, os problemas da causalidade alternativa e da perda de uma chance

Entre os tópicos recorrentes na responsabilidade médica está a incerteza sobre a causalidade⁴²¹ — como diz, p. ex., Laura Khoury, “de acordo com os princípios e com as regras tradicionais sobre o ónus da prova, um lesado que tenha de lidar com a incerteza, ou com provas científicas contraditórias, pode estar condenado ao fracasso”⁴²².

Os princípios aplicáveis são diferentes de sistema para sistema — desde a irresponsabilidade do médico⁴²³, à responsabilidade parcial e à responsabilidade total.

O direito alemão, p. ex., preconiza uma solução de *tudo ou nada*, dependente da *gravidade* da culpa do lesante. O

⁴²¹ Cf. designadamente Alexander Stremitzer, “Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs. Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzthafung”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 208 (2008), págs. 678-698.

⁴²² Laura Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, pág. 6.

⁴²³ Com o argumento de que, se a causalidade é incerta, não há responsabilidade, nem total nem parcial.

n.º 5 do § 630h do Código Civil alemão contém duas partes — a primeira refere-se à responsabilidade por acções e a segunda, à responsabilidade por omissões. A primeira parte do n.º 5 do § 630h determina que, “[s]e houver um erro grosseiro de tratamento e se tal erro for em geral adequado a causar uma lesão da vida, da integridade física e da saúde da mesma categoria ou do mesmo tipo daquela que se verificou, presume-se que o erro foi causa da lesão”⁴²⁴ e a segunda parte do n.º 5 do § 630h determina que a presunção de causalidade se aplica “se o prestador de cuidados de saúde omitiu a aplicação de uma prática [conforme às leis da arte e da ciência médica], desde que, com suficiente probabilidade, a prática em causa tivesse dado lugar a medidas adicionais ou suplementares e que a omissão de tais medidas tivesse significado um erro grosseiro”^{425 426}. O lesado pode

⁴²⁴ O texto original da primeira parte do n.º 5 do § 630h é o seguinte: *Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.* Entre a tradução proposta por Luís Vasconcelos Abreu (em *Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português*, cit., pág. 242) e o tradução em texto há três diferenças. Em primeiro lugar, Luís Vasconcelos de Abreu usa a palavra *dano*, em vez de *lesão*, para traduzir *Verletzung* e, em segundo lugar, usa a fórmula “danos [...] tais como aqueles que se verificaram, em vez de “lesão [...] da mesma categoria ou do mesmo tipo daquela que se verificou”, para traduzir *eine Verletzung [...] der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen*. Em terceiro lugar, e em termos mais substanciais, Luís Vasconcelos de Abreu representa a presunção de causalidade como uma presunção de causalidade exclusiva ou, ainda que não exclusiva, preponderante: — *dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war* significaria que “o referido erro grosseiro foi a causa desses danos”. A tradução não é, ou não será, absolutamente rigorosa — a presunção de causalidade é, tão-só, uma presunção de contribuição causal; *dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war* significa que o erro grosseiro foi uma causa — não significa que o erro grosseiro foi a causa, exclusiva ou preponderante.

⁴²⁵ O texto original da segunda parte do n.º 5 do § 630h é o seguinte: *Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.*

⁴²⁶ Luís Vasconcelos Abreu propõe uma tradução algo diferente: “Isto aplica-se também quando o prestador de cuidados de saúde não adoptou ou assegurou a aplicação atempada de uma técnica médica, na medida em que a mesma, com grande probabilidade, conduziria a um resultado que

ficar com tudo ou pode ficar sem nada: se há dolo ou culpa grave do lesante, ficará com tudo — a culpa grave faz funcionar uma presunção de causalidade — e, se não há culpa grave, fica sem nada,

O direito francês e o direito austríaco preconizam uma *responsabilidade parcial, proporcional* — o direito francês propõe uma responsabilidade proporcional à probabilidade de evitar o *dano final* (i.e., proporcional à *chance* ou à oportunidade perdida) e o direito austríaco propõe uma responsabilidade proporcional ao *peso* de todos os princípios de imputação (como a ilicitude e a culpa) e ao *peso* da probabilidade.

Na França, o *Projet de réforme de la responsabilité civile* de Março de 2017 propõe-se codificar a doutrina da perda de uma *chance* ou de uma *oportunidade* no art. 1238.

O primeiro parágrafo do art. 1238 do Código Civil francês, na redacção do *Projet de réforme*, afirmaria que só é *indemnizável* ou *reparável* a perda de chance constituída pelo desaparecimento actual e certo de uma eventualidade favorável (*d'une éventualité favorable*) e o segundo parágrafo do art. 1238, que a *indemnização* ou *reparação* deve ser proporcionada à chance perdida (*mesuré à la chance perdue*) e que não pode, em caso algum, ser igual á vantagem que tal chance teria proporcionado ⁴²⁷.

Na Áustria, a *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts* de 2007 ⁴²⁸, propôs-se codificar a doutrina

teria dado lugar à adopção de outras técnicas médicas, cuja não aplicação constituiria (ela própria) um erro grosseiro” (*Para o estudo da responsabilidade civil contratual médica no direito privado português*, cit., pág. 242).

⁴²⁷ Em termos semelhantes, ainda que considerando a responsabilidade pela perda de uma chance ou de uma oportunidade como um caso de responsabilidade por uma causalidade incerta, *vide* o art. 5.168 do Código Civil belga, na redacção do projecto de reforma da responsabilidade civil de 22 de Agosto de 2018: “*Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait*”.

⁴²⁸ Sobre o projecto austríaco de reforma do direito da compensação ou da indemnização dos danos, i.e., de reforma do direito da responsabilidade civil, *vide* Irmgard Griss / Georg Kathrein / Helmut Koziol (eds.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Springer, Wien / New York, 2006, págs. 37-45, ou Bénédicte Winiger (coord.), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens / Europäisches Haftungsrecht morgen. Nationale Revisionsentwürfe und europäische Haftungsprinzipien*, Bruylant

da causalidade alternativa no § 1294 ⁴²⁹.

O n.º 2 do § 1294 do Código Civil austríaco, na redacção do projecto de reforma, consideraria as hipóteses de causalidade alternativa e cumulativa e, em relação à hipótese de causalidade alternativa, diria que “... a indemnização deve ser proporcional ao *peso* dos fundamentos da imputação e à probabilidade de cada um dos factos ter causado o dano”; ora, como os fundamentos de imputação previstos no projecto de reforma são sobretudo a ilicitude e a culpa (§§ 1295 a 1303) e o risco (§ 1304), o n.º 2 do § 1294, ao dizer que “a indemnização deve ser proporcional ao *peso* dos fundamentos da imputação e à probabilidade de cada um dos factos ter causado o dano”, estaria a dizer que a indemnização deve ser proporcional, p. ex., ao *peso* da ilicitude, da culpa ou do risco, e à probabilidade de cada um dos factos ter causado o dano.

Os casos de incerteza sobre a causalidade próprios da responsabilidade civil dos médicos são tipicamente casos de causalidade alternativa, na modalidade de causalidade alternativa com acidente ou coincidência (*mit Zufall*) — daí que a indemnização devesse ser proporcional à *gravidade* da ilicitude, à *gravidade* da culpa do médico e à *probabilidade* de o facto do médico ter sido condição *sine qua non* do dano do doente ⁴³⁰.

Exceptuada a primeira — irresponsabilidade do médico —, cada uma das construções tem curso, tem algum curso, em Portugal: desde a inversão do ónus da prova da causalida-

/ Schulthess, Bruxelles / Genève, 2008.

⁴²⁹ Sobre o § 1294 do projecto austríaco, *vide* Franz Bydlinki, “Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrecht”, in: Irmgard Griss / Georg Kathrein / Helmut Koziol (eds.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Springer, Wien / New York, 2006, págs. 37-45; e Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Définition de la causalité dans les projets nationaux”, in: AA. VV, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d’harmonisation*, IRJS Editions, Paris, 2012, págs. 369-389.

⁴³⁰ Criticando a construção da causalidade alternativa com acidente ou coincidência (*mit Zufall*), com o argumento de que faz com que se atribua meia indemnização para meia prova da causalidade, *vide*, p. ex., Mara-Sophie Häusler, *Haftung ohne Kausalitätsnachweis*, Faculdade de Direito da Universidade de Viena, 2010; ou Mara Sofia Häusler, “Halber Schadensersatz zur ‘halben’ Kausalitätsbeweis?”, in : *Ecolex. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, págs. 17-19.

de, em caso de culpa grave do médico ⁴³¹, à responsabilidade proporcional pela causalidade alternativa ⁴³² ou à responsabilidade proporcional pela perda de uma *chance* ou de uma oportunidade ⁴³³. Em cada uma das três construções, atribui-se, explícita ⁴³⁴ ou tão-só implicitamente ⁴³⁵, algum *peso* à *gravidade* da ilicitude e da culpa — a responsabilidade civil em geral e que a responsabilidade civil dos médicos em especial dependerá do *jogo concertado* ou *conjunto* de *forças móveis*, e entre as *forças móveis*, de que a responsabilidade civil depende, estão a ilicitude, a culpa e a causalidade.

⁴³¹ Vide, p. ex., Jorge Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão”, cit., ou André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 786-787.

⁴³² Vide, p. ex., Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Em tema de causalidade alternativa”, in: Agostinho Cardoso Guedes / Nuno Manuel Pinto Oliveira (coord.), *O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 513-574.

⁴³³ Vide, p. ex., Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., ou Rui Cardona Ferreira, “A perda de *chance* na responsabilidade civil por ato médico”, in: *Revista de direito civil*, ano 2 (2017), págs. 131-156.

⁴³⁴ Como acontece na inversão do ónus da prova da causalidade, em caso de culpa grave do médico e na responsabilidade proporcional pela causalidade alternativa.

⁴³⁵ Como acontece na responsabilidade proporcional pela perda de uma *chance* ou de uma oportunidade — vide, p. ex., Florence G’sell Macrez, *Recherches sur la notion de causalité*, Faculdade de Direito da Universidade de Paris IX, Paris, págs. 642 (considerando os *arguments d’équité* e os *arguments d’utilité*).

