

Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES*

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade Criminal do Médico; 3. Responsabilidade Disciplinar Médica; 4. Responsabilidade Civil Médica; 4.1 Generalidades; 4.2 Formas de Responsabilidade Civil Médica; 5. O Problema do Concurso de Responsabilidades; 6 Pressupostos da Responsabilidade; 6.1 Ilícitude; 6.2 Culpa Médica; 6.3 Dano ou Prejuízo; 6.4 O Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano; 6.4.1 «*Perte de Chance de Guérison ou de Survie*»; 6.4.2 A Teoria da «*Res Ipsa Loquitur*»; 7. Cláusulas de Exclusão da Responsabilidade. Sua Inadmissibilidade; 8. O Seguro da Responsabilidade Civil Profissional do Médico; 9. Os Novos Caminhos da Responsabilidade; 9.1 Procriação Assistida; 9.1.1 Noções Elementares, 9.1.2 Aspectos Jurídicos; 9.2 O Aborto ou Interrupção Voluntária da Gravidez; 9.2.1 Notas Preliminares; 9.2.2 Conceito de Aborto; 9.2.3 A Vida Intra-Uterina e a sua Tutela; 9.2.4 Aspectos da Responsabilidade Médica; 9.2.5 Objecção de Consciência; 9.3 Responsabilidade Médica em Caso de Recusa de Transfusões de Sangue e Outras Intervenções Hematológicas, por Convicções Religiosas; 10. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

É hoje um dado adquirido que a evolução da medicina e das ciências biomédicas a par do progresso tecnológico e científico em outras áreas

* Relatório da Cadeira de Direito Civil no Curso de Mestrado.



do conhecimento, tendo por pano de fundo uma caleidoscópica alteração das referências ético-sociológicas, num imparável processo de mutação dos valores estabelecidos, postula questões impensadas há pouco mais de uma vintena de anos.

A Medicina dos nossos dias não actua unicamente entre os limites tradicionais da profilaxia e da terapêutica, posto que estes mesmos conceitos se tornaram cada vez mais abrangentes, abarcando realidades diversas.

É dogmática verdade que as chamadas ciências da vida ocupam uma plataforma cimeira entre os diversos ramos do saber que mais têm progredido nos últimos anos.

Como afirmou JOÃO ÁLVARO DIAS, «os caminhos abertos pela ciência nas últimas décadas, relativamente à manipulação biológica do ser humano em função de múltiplas motivações e finalidades, revelam-se tão surpreendentes quanto aterradoras»¹.

São disso mesmo exemplo a inseminação assistida medicamente, a fecundação *in vitro*, a detecção de anomalias genéticas por via da amniocentese, as operações de mudança de sexo, os avanços da cirurgia estética e reparadora, designadamente a neurocirurgia, a microcirurgia e a cirurgia a *laser* os progressos registados nas técnicas de cirurgia torácica especialmente a cardiovascular, os enxertos e transplantações de órgãos, os processos de transexualidade, a manipulação genética, o tão falado, recentemente, processo de clonagem dos genes, etc.²

É evidente que todo este progresso científico-tecnológico, envolvendo técnicas extremamente melindrosas e susceptíveis de produzir efeitos capazes de questionar os valores comumente aceites na sociedade contemporânea, levanta questões até há pouco dificilmente figuráveis, despertando a atenção dos pensadores dos mais variados quadrantes, dos sociólogos, dos cientistas, dos teólogos e, naturalmente, dos juristas.

No plano jurídico, especial relevo assume a problemática da responsabilidade jurídica do médico, nas suas diversas modalidades, relevo esse que, como veremos com maior detalhe, decorre, por um lado, da

¹ J. ÁLVARO DIAS, «Procriação Assistida e Responsabilidade Médica», *STUDIA IURIDICA, Bol. Fac. Direito* (Univ. Coimbra), pág. 7.

² Cfr. JEAN PENNEAU, «La responsabilité du médecin», *Dalloz*, col. «Connaissance du droit», 2eme edition, pág. 1.

evolução dos conceitos, da técnica e dos meios instrumentais utilizados e, por outro, do salutar esclarecimento das populações por via da difusão da literatura especializada e da comunicação social em geral.

Em 1984, falando da responsabilidade profissional dos Advogados em Portugal, o Dr. L. P. MOITINHO DE ALMEIDA afirmava: «*a complexidade e a intensidade da vida contemporânea já não se coaduna com as velhas usanças a que os lesados atribuíam os seus danos, à pouca sorte, ao acaso, ao fado*»³.

Esta afirmação tem também inteiro cabimento no que à responsabilidade médica concerne.

Com efeito, num interessante trabalho elaborado pelos ilustres docentes da Universidade de Coimbra, Prof. FIGUEIREDO DIAS e, o então assistente, Dr. SINDE MONTEIRO, em 1983, estes conceituados juristas, depois de notarem que, em Portugal, era ainda extremamente reduzido o número de acções em que se colocam problemas da responsabilidade civil ou penal do médico, o que, na prática, equivalia a não se ter produzido ainda a «*democratização da responsabilidade profissional*» na conhecida expressão de CHRISTIAN VON BAR («*Demokratisierung der Berufshaftung*»), afirmavam:

«*Não obstante, tem-se verificado nos últimos anos um grande acréscimo de interesse pelos problemas da responsabilidade profissional do médico, traduzido não apenas num maior número de acções, cujas sentenças nem todas estão publicadas (ainda assim nos últimos cinco anos, não temos conhecimento de mais do que uma meia dúzia de acções de pequeno montante; de assinalar que duas delas, uma das quais curiosamente intentada por uma súbdita inglesa, atingiram o Supremo Tribunal de Justiça), mas igualmente um maior número de estudos doutrinários sobre o problema, em notícias aparecidas na imprensa sobre a prestação voluntária de uma indemnização por Hospitais Públicos, bem como em inquéritos a alguns 'acidentes' nestes verificados.*»⁴

Apesar do recrudescimento do interesse público pela problemática da responsabilidade médica, aqueles autores acrescentam que a efectivação por via judicial de tal responsabilidade assume ainda formas em-

³ L. P. MOITINHO DE ALMEIDA in *A responsabilidade civil dos Advogados*, Coimbra Editora, 1985, pág. 7.

⁴ F. DIAS E SINDE MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *BMJ*, 332, 68-69.

brionárias de pouco ou nulo significado, dizendo que «*no momento presente, o sentimento dominante perante o sofrimento de um dano, mesmo daqueles que atingem directamente a própria pessoa e não apenas o seu património (como é o caso típico da responsabilidade médica), é o da resignação, não o de pedir contas ao responsável*»⁵.

Presentemente, embora não tenham, por enquanto, sido elaboradas estatísticas fidedignas (a nível nacional) sobre a jurisdição cível concernente a tais matérias, cremos que não será temerário avançar que ainda é relativamente exíguo o número de acções cíveis neste domínio.

No que concerne à jurisdição penal, pendem termos vários processos contra médicos, ainda em fase de inquérito ou de instrução, grande parte deles, o que deixa antever a possibilidade de, em momento oportuno, os eventuais lesados virem pedir as indemnizações a que se julguem com direito que, por força do princípio de adesão, acolhido no art. 71.º do Código de Processo Penal, não podem fazer valer em separado.

Como quer que seja, parece que em Portugal o verdadeiro problema não reside na falta de interesse público pelas questões inerentes à responsabilidade dos médicos, mas antes em aplicar na prática os princípios teóricos, ou, como dizem F. DIAS E S. MONTEIRO⁶ «*em tornar a 'law in the books' em 'law in the action'*».

Embora constitua insofismável verdade que «*toda a caminhada de sofrimento humano garantiu à medicina um estatuto superior e estabilizado que não se compadecia com a humana prestação de contas*», como refere o Doutor GUILHERME OLIVEIRA⁷, a verdade é que já no famoso Código de Hamurabi, cerca de 1000 anos a. C., se cominavam penas severas para os médicos que causassem danos graves, por imperícia ou negligência.

«*Se um médico trata de um homem livre, dum ferido grave, com um buril de bronze e o mata, ou se o buril de bronze lhe vasa um olho,*

⁵ *Ibidem*.

⁶ F. DIAS e SINDE MONTEIRO, «Responsabilidade médica na Europa Ocidental — Considerações *de lege ferenda* — relatório integrado na Medical Responsibility in Western Europe» investigação realizada sob os auspícios do European Science Foundation, publicado in *Scientia Jurídica*, tomo xxxiii, 1984.

⁷ GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, «ESTRUTURA JURÍDICA DO ACTO MÉDICO, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *Rev. Leg. Jurisp.*, 3815, ano 125, 33.

corta-se-lhe a mão»⁸, dispunha aquele antiquíssimo monumento jurídico.

Contudo, durante séculos, a actividade médico-cirúrgica impôs-se aos olhos do leigo, como algo de índole mítico-mágica, sendo impensável colocar um médico num «*banco dos réus*», ainda que manifesto autor de grave imprudência, por forma a fazê-lo responder pelo resultado.

Não resistimos à tentação de transcrever, pelo seu interesse, a seguinte afirmação do Prof. PINTO DA COSTA: «*O velho médico de aldeia participava da vida familiar dos doentes e ninguém lhe pedia responsabilidade. Havia também os médicos descendentes de famílias ricas e que exerciam a medicina quase gratuitamente, sendo recompensados com o respeito das populações e com presentes ingénuos em certas épocas do ano. A profissão médica perdeu muito do carácter humanista que lhe é próprio, e em grande parte o sentido hipocrático desapareceu. A medicina passou a ser encarada como uma profissão igual a outra, mas devido ao tipo de valores com os quais se lida exige-se-lhe muito mais. O doente reclama ser tratado sem admitir erros a uma profissão que emprega critérios científicos que não são exactos como os da matemática.*»⁹

Foi, sobretudo, neste século que se começaram a debater, pelo menos no plano teórico as diversas questões relativas à responsabilidade médica.

É, actualmente, inquestionável que a responsabilidade médica é pluridimensional, como pluridimensional e complexa é a própria vida social.

Se, por um lado, o acervo de conhecimentos vai progressivamente aumentando, aparecendo o médico de hoje apetrechado de melhores e mais variados meios de diagnóstico e de terapêutica, a verdade é que por força do célere avanço das ciências médicas e das tecnologias auxiliares, decorre uma exigência de conhecimentos que não permite, aos médicos, afastados dos grandes centros de investigação, abarcar tal mundo de conhecimentos o que faz com que, por mais prudente e cuidadoso que

⁸ Sobre a responsabilidade do médico nos primórdios da antiguidade oriental, cfr. as recentes obras do Prof. J. PINTO DA COSTA, *Responsabilidade Médica*, ed. Felício & Cabral, Porto, e *A Responsabilidade dos Médicos*, do Prof. J. A. ESPERANÇA PINA, Lidel, edições técnicas.

⁹ Prof. PINTO DA COSTA, *op. cit.*, pág. 10.

seja «o risco de cometer erros face aos últimos dados da ciência, aumenta»¹⁰.

O médico contemporâneo, mesmo o mais competente e esforçado, não está livre de cometer um erro de tratamento o que, face ao ordenamento jurídico em vigor, gera o dever de indemnizar, se tiver causado dano. Todavia, ainda hoje as acções de responsabilidade contra médicos têm um cunho *ad omnem* na consciência colectiva¹¹ e daí que, cada vez mais, se imponha a necessidade de um seguro de responsabilidade profissional dos médicos.

Presentemente, a responsabilidade médica pode verificar-se em três planos.

- I) Responsabilidade Civil
- II) Responsabilidade Criminal
- III) Responsabilidade Disciplinar

Relativamente à responsabilidade disciplinar há que distinguir¹²:

- a) Responsabilidade disciplinar profissional
- b) Responsabilidade disciplinar administrativa
- c) Responsabilidade disciplinar laboral

No presente trabalho propusemo-nos versar, com algum aprofundamento, a temática da responsabilidade civil do médico. Daí que, não consintam nem a natureza nem a dimensão do mesmo, desenvolvidos excursos sobre a responsabilidade criminal e disciplinar.

Em todo o caso, por isso que a responsabilidade jurídica é um fenómeno essencialmente cultural, tendo por substrato um comportamento pessoal produtor de efeitos jurídicos violadores da regra *alterum non laedere* e por que é cada vez mais ténue a fronteira divisória das diversas formas de responsabilidade, a ponto de haver quem questione se não é chegada a altura de se criar um verdadeiro direito comum de responsabilidade, como meio de evitar que o mesmo agente venha a responder, pelos mesmos factos, mais do que uma vez, embora em sede de ordena-

¹⁰ Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «A Responsabilidade Civil do Médico» in *Col. Jur.*, Ano III, 1978

¹¹ F. DIAS e S. MONTEIRO, «Responsabilidade Médica na Europa Ocidental», S. J. 1984, 101.

¹² Sobre esta matéria veja-se o interessante trabalho do Dr. RUI PEREIRA, «A responsabilidade médica», in *Introdução ao Estudo da Medicina Legal Deontológica e Direito Médico*, vol. 1, dos Prof. LESSEPS REYS e Dr. RUI PEREIRA. edição da AAFDL, 1990, págs. 43 a 60.

mentos jurídicos diferentes, seja-nos consentida uma brevíssima referência a esses dois ramos ou modalidades da responsabilidade médica que são a criminal e a disciplinar, cingindo-nos apenas ao ordenamento jurídico português.

2. Responsabilidade criminal do médico

Como é sabido, o direito penal tem como trave mestra, o princípio da legalidade «*verdadeira pedra angular de todo o direito criminal na generalidade dos países evoluídos*»¹³.

Deste princípio basilar defluem três outros princípios, a saber:

- a) O princípio da legalidade na definição de crimes e dos pressupostos das medidas de segurança criminais
- b) O princípio da tipicidade
- c) O princípio da não retroactividade da lei penal

Por força do princípio referido em *a*), os médicos podem cometer determinados crimes, decorrentes da sua específica actividade profissional (crimes específicos próprios) e outros, que podendo ser cometidos pela generalidade dos indivíduos, são, todavia, objecto de qualificação quando cometidos por médicos no exercício do seu mister (crimes específicos impróprios).

São crimes específicos próprios:

- a) Intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário (art. 156.º, n.º 1, do C. Penal revisto em 95 com referência ao art. 150.º do mesmo diploma. Na versão originária de 1982 correspondia ao art. 156.º, n.º 1)
- b) Violação do segredo (art. 195.º no C. Penal/95; correspondia ao art. 184.º do CP/82)
- c) Transplantação ilegal
- d) Recusa de Médico (arts. 284.º e 285.º do C. Penal/95 correspondendo ao crime de «recusa de facultativo» previsto no art. 276.º do CP/82)
- e) Emissão de atestado falso (art. 260.º do C. Penal/95 e que, na versão originária correspondia ao art. 234.º do CP/82)
- f) Alteração de dados ou fornecimento de resultados inexactos na elaboração de exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou de tratamento

¹³ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, comentado e anotado*, 2.ª edição, 1995, pág. 172.

médico-cirúrgico (art. 283.º do CP/95 que corresponde aos arts. 270.º, 274.º e 275.º da versão originária do Código)

Estes são os crimes em que a qualidade de médico é elemento do tipo, figurando, portanto, na «*Tatbestand*» ou previsão de norma.

No entanto, os médicos, como qualquer outra pessoa, são susceptíveis de vir a cometer qualquer outro delito, sem que, neste caso, se possa falar de uma responsabilidade penal médica específica.

De notar que na versão originária do Código Penal de 1982, estava previsto o ilícito criminal de «violação das *leges artis* que causasse um perigo para o corpo, a saúde ou a vida do paciente, no n.º 2 do art. 150.º daquele diploma legal substantivo.

Tratava-se de um crime de perigo concreto¹⁴ na medida em que constava do «*Tatbestand*» ou previsão do preceito a exigência de uma situação de perigo para o corpo, saúde ou vida do doente, decorrente de violação das *leges artis*.

Este preceito desapareceu do Código Penal por força da revisão operada pelo Dec. Lei 48/95, de 15 de Março, na sequência da Lei 35/94, de 15/09 (lei de autorização legislativa).

Todavia, parece ser intenção anunciada do legislador na próxima revisão daquele compêndio normativo, de acordo com o anteprojecto que chegou a ser divulgado, mas não obteve aprovação na AR, ripristinar o falado n.º 2 do art. 150.º, embora com uma redacção e moldura penal talvez algo diversas das primitivas.

É que, como bem se pondera na exposição de motivos do falado anteprojecto «*a submissão da violação das *leges artis* ao regime geral da responsabilidade por ofensas à integridade não é satisfatória porque a observância das *leges artis* não é configurável como um requisito da restrição típica dos crimes contra a integridade física, operada pelo art. 150.º, dotado de eficácia idêntica à exigência de finalidade concreta.*

*Se um médico empreender uma intervenção ou um tratamento com fim curativo, violando — mesmo que dolosamente — as *leges artis*, mas*

¹⁴ Seguimos o conceito do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA segundo o qual «Crime de perigo concreto é aquele em que a exigência de uma situação de perigo está expressa no tipo legal, como seu elemento essencial, constituindo o evento da acção», in *Crimes Rodoviários, Pena Acessória e Medidas de Segurança*, C. Editora, 1996, pág. 14.

não produzindo qualquer ofensa, não será punível. Ora, tal conduta é suficientemente grave para justificar criação de um crime de perigo, tanto mais que as dificuldades de prova (da produção do dano) são evidentes neste domínio».

E, de resto, também, se refere na aludida exposição de motivos que *«esta norma não obsta à aplicação do regime sancionatório geral do homicídio e das ofensas à integridade física. Ela constitui apenas um modo de antecipação e reforço da tutela penal dos bens jurídicos e só se aplica, subsidiariamente, se pena mais grave não couber ao facto».*

Pelas razões já apontadas, não iremos alongar-nos, no presente relatório sobre a responsabilidade penal dos médicos, já que o objecto deste trabalho é a responsabilidade civil daqueles profissionais de saúde.

Duas palavras apenas sobre a responsabilidade disciplinar.

3. Responsabilidade disciplinar médica

Os médicos podem estar sujeitos à responsabilidade disciplinar em dois planos distintos:

- a) Responsabilidade ético-profissional perante os Órgãos tutelares da actividade médica pública
- b) Responsabilidade disciplinar laboral privada

A responsabilidade disciplinar decorre da violação das regras específicas da profissão previstas nos diplomas de natureza jurídico-disciplinar.

Relativamente aos médicos portugueses, a responsabilidade ético-profissional perante a Ordem dos Médicos emerge de violação do Estatuto Disciplinar dos Médicos aprovado pelo Dec. Lei 217/94, de 20 de Agosto.

Este diploma não traça um conceito compreensivo da infracção disciplinar, ainda que necessariamente amplo, dada a inexistência do princípio da tipicidade no direito disciplinar, dispondo o art. 2.º que *«come-te infracção disciplinar o médico que, por acção ou omissão, violar dolosa ou negligentemente algum ou alguns dos deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Médicos, do Código Deontológico, do presente Estatuto, dos regulamentos internos ou das demais disposições aplicáveis».*

Todavia, o art. 11.º considera direito subsidiário o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central Regional e Local e as normas gerais do direito penal e do processo.

Assim sendo, o conceito de infração disciplinar há-de buscar-se no art. 3.º do Dec. Lei 24/84, de 16/01, que é, justamente, o diploma disciplinar da Função Pública.

Desta forma, para além dos deveres específicos decorrentes dos diplomas referidos no art. 2.º, *maxime* do Código Deontológico, os médicos estão sujeitos ainda aos deveres gerais de zelo, de lealdade e de correcção previstos no diploma da função pública.

Para os médicos vinculados à Administração Pública, aplica-se o referido Dec. Lei 24/84, de 16/01, como *lex generalis* e o Estatuto do Médico aprovado pelo Dec. Lei 373/79, de 8 de Setembro.

Finalmente para os médicos do sector privado da Saúde, a responsabilidade perante as entidades patronais é a que está consagrada nos diplomas específicos do Direito do Trabalho, *maxime* o Dec. Lei 49 408, de 24.11.69 (Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho).

4. Responsabilidade civil médica

4.1. Generalidades

Os juristas da velha Roma legaram à humanidade um património de incalculável valor civilizacional: o direito romano.

Ulpiano formulou três regras básicas de convivência social: *honeste vivere, neminem laedere e suum cuique tribuere* sem as quais, não seria possível a própria vida em sociedade.

Ora a responsabilidade civil tem a ver com a regra *alterum non laedere*, no sentido de que o prejuízo causado a outrem deve ser reparado.

Sabemos que a responsabilidade cível tem como escopo precípua a reparação dos danos (escopo indemnizatório)¹⁵, embora possa também, acessoriamente, reconhecer-se-lhe uma função preventiva ou sancionatória nos casos de responsabilidade fundada na culpa¹⁶.

Propositadamente intitulamos o presente capítulo de responsabilidade civil médica, em vez de responsabilidade civil dos médicos, já que o

¹⁵ Cfr. Prof. ALMEIDA COSTA in *Direito das Obrigações*, Almedina, 6.ª edição, pág. 446 em nota de rodapé.

¹⁶ *Ibidem*.

conceito da responsabilidade médica é bem mais amplo que o da responsabilidade do médico.

Na verdade, como escreve PAOLO DELLA SALA a locução responsabilidade médica «*é mais ampla e compreende um conjunto de pessoas que podem eventualmente ser chamadas a responder pelos actos lesivos de uma pessoa, causados por si no âmbito de uma prestação sanitária*»¹⁷.

Optamos pela expressão «*responsabilidade médica*» não obstante tratarmos da responsabilidade exclusiva do diplomado em medicina inscrito na Ordem dos Médicos, porque a referida expressão abrange a responsabilidade de todos os profissionais de saúde (médicos, paramédicos e restante pessoal hospitalar) que podem vir a ser demandados, até numa mesma acção (por via dum litisconsórcio ou de um incidente modificativo da instância), dado que o evento danoso é, frequentemente, resultado de uma complexa actividade de uma equipa médica.

Ao contrário do que sucede entre nós, a efectivação da responsabilidade civil médica, pela via judicial, tem sido objecto de largo tratamento doutrinário e jurisdicional por essa Europa fora, nos países da União Europeia e não só, mesmo sem atingir os excessos que se verificam nos Estados Unidos da América, onde alguns advogados e peritos vão ao ponto de abordarem os doentes à saída dos hospitais e clínicas «*elucidando-os sobre a forma de obterem reparação caso subsistam queixas ao tratamento recebido*»¹⁸.

Num artigo publicado em Janeiro 1997 na Revista da Ordem dos Médicos pelo advogado Dr. DIAMANTINO LOPES o autor reporta-se a uma afirmação de YZQUIERDO TOLSADA na sua conhecida obra *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, em que o conhecido Mestre espanhol diz que «*desde há alguns anos é difícil ler um jornal diário de qualquer país ocidental que não contenha alguma notícia sobre a condenação por danos e prejuízos causados por profissionais de engenharia*

¹⁷ PAOLO DELLA SALA, «La responsabilità professionale» in «MEDICINA E DIRITTO, prospettive e responsabilità della professione medica oggi» a cura de Mauro Berni-Amadeo Santosuosso.

Refere este autor «Una specifica prestazione media, in genere, non costituisce che la mínima parte di un trattamento piu complesso, ove si consideri che nella magior parte dei casi questo non viene eseguito de un unico professionista, beusi viene posto in essere de una pluralita di persone, medici e non, che agiscono nell' ambito di una piu articolata organizzazione».

¹⁸ *L'Express* de 15-21 Fevereiro 1971 cit. por J.C. MOITINHO DE ALMEIDA «A responsabilidade civil do Médico e o seu seguro», *S.I.*, T. XXI, 327 e segs.

ria, jornalismo, arquitectura, farmácia, odontólogos, veterinários, médicos, advogados, enfim, sobre a generalidade dos chamados profissionais liberais».

Na Alemanha existem mesmo «comissões de justiça» e «comissões» de conciliação que, apreciando as reclamações dos doentes que se sentem lesados pela actuação dos médicos, promovem actos conciliatórios com vista à reparação pré-judicial dos danos emergentes de «erros médicos»¹⁹.

Na França, de acordo com as estatísticas do Groupe de Mutuelles Médicales, que, segundo JEAN PENNEAU segura cerca de 90% dos médicos franceses em regime liberal, os processos têm subido consideravelmente, passando de 35 em 1944 a 123 em 1954, 254 em 1964, 338 em 1973, 1158 em 1980 chegando a 2000 em 1988²⁰.

Estes simples danos, recolhidos sem preocupação de aprofundamento de índole estatística, denunciam, com clareza, que é um fenómeno contemporâneo salutar a consciencialização progressiva da sociedade para os seus direitos, mas que, por isso mesmo, há que encontrar formas mais expeditas e menos traumáticas de reparação dos direitos dos lesados, mercê de esquemas de seguro obrigatório ou de outra forma de socialização de riscos profissionais.

4.2. Formas da Responsabilidade Civil Médica

Questão de inegável importância no estudo da responsabilidade civil médica é, sem dúvida, a determinação da espécie ou forma da mesma, dada a dualidade de regimes consagrados nos ordenamentos jurídicos como o nosso.

Desde já podemos assentar que a responsabilidade civil dos médicos admite ambas as formas previstas na lei, a responsabilidade contratual ou obrigacional e a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana.

Todavia, no domínio da chamada responsabilidade extracontratual, é de excluir a responsabilidade pelo risco, dado o carácter especial desta modalidade, consagrado, entre nós, no n.º 2 do art. 483.º do C. Civil que

¹⁹ A. HENRIQUES GASPAS, «A responsabilidade civil do médico», in *COL. JUR.* ano III (1978), 335-355.

²⁰ JEAN PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, pág. 2.

estatui *expressis verbis* que «*só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei*».

Obviamente que excluída está também a responsabilidade pelos factos lícitos danosos, pela mesma razão.

Resta assim e apenas, no terreno da responsabilidade aquiliana, a responsabilidade por factos ilícitos que, a par da responsabilidade contratual, integra a dualidade de regimes aplicáveis à responsabilidade civil médica.

Questões bem diferentes são as de saber qual das modalidades apontadas tem maior aplicação no caso de lesões causadas por médico no exercício da «*arte de esculápio*», isto é, da sua actividade profissional e se é possível o chamado concurso de responsabilidades.

Analisemos, detalhadamente, cada uma das questões supracitadas.

Advirta-se, desde logo, que durante muito tempo verificou-se a tendência, sobretudo na França, de se considerar que a responsabilidade civil dos médicos era de cunho extracontratual por estar em causa lesão de integridade física ou psíquica do doente e, portanto, a violação de um direito absoluto (direito de personalidade).

Só em 1936 um acórdão da Cour de Cassation decidiu que, em princípio, a responsabilidade do médico é de natureza contratual.

«*Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato... e a violação, mesmo involuntária, desta obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual*» (Civ. 20 de Maio de 1936).

A razão essencial desta longa espera para a inflexão da jurisprudência francesa no sentido apontado foi, segundo JEAN PENNEAU²¹ a seguinte:

Afigurava-se impossível, até à proposta de R. DEMOGUE, em 1930, de distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado²².

Como se sabe existe obrigação de meios quando «*o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza*»²³.

²¹ JEAN PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, cit.

²² R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tomo V, parte 1, Paris, 1925, pág. 536, e Tomo VI, Paris, 1931, 644, *apud* GOMES DA SILVA, *O Dever das Partes e o Dever de Indemnizar*, 1944 Vol. I, pág. 206, onde se pode ver ampla explanação do tema.

²³ Prof. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 6.ª Edição, 19, págs. 912 a 914, nota de pé de página com ampla indicação bibliográfica.

E existe obrigação de resultado «quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil»²⁴.

Na verdade, na responsabilidade contratual verifica-se uma presunção legal de culpa *juris tantum* do devedor, impendendo sobre este o ónus de provar que actuou com a necessária diligência ou perícia se se quiser eximir à responsabilidade.

Hoje é aceite, em quase todas as ordens jurídicas, que na maior parte das situações *in concreto* a responsabilidade decorrente da lesão da saúde causada por médico ou paramédico, assume a natureza de responsabilidade contratual.

Esta posição, todavia, sendo a maioritária na doutrina, está longe de ser pacífica na jurisprudência, que parece, pelo menos em Portugal e na Espanha, inclinada no sentido de admitir um concurso de responsabilidades.

Com efeito, em Portugal, a Relação de Coimbra decidiu no sentido de concurso de responsabilidade, no seu Acórdão de 4 de Abril de 1955 assim sumariando (na parte que interessa):

«I — O médico que realiza diagnóstico errado, por observação descuidada do paciente, ou o cirurgião que descursa negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação, responde tanto por violação do contrato de prestação de serviços, como delitualmente, por ofensas à integridade física do paciente.

II — Sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios e não de resultado, o ónus da prova da culpa recai sobre o lesado, tal como na responsabilidade extracontratual.

III — Além do nexo de imputação do facto ao sujeito, tem de existir sempre, para haver responsabilidade civil, um nexo de imputação objectiva entre o facto e o dano.»²⁵

Louva-se este aresto na doutrina defendida pelo Prof. RUI DE ALARCÃO²⁶, segundo o que «o mesmo facto humano pode provocar um dano simultaneamente contratual e extracontratual» e também por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA que afirma, «O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou o cirurgião que des-

²⁴ *Ibidem*, pág. 913.

²⁵ *Col. Jur.*, ano XX (1995) T. 2, pág. 31

²⁶ Prof. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, lições policopiadas, 1983.

cura negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigacionalmente por violação de um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º do C. Civil) como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente — art. 70.º, n.º 1, e 483.º, n.º 1, do C. C.»²⁷.

Também a Jurisprudência espanhola parece propender no sentido do concurso de responsabilidades.

Assim, v. g., o Tribunal Supremo no seu Acórdão de 7 de Fevereiro de 1990 (Sala Primera del Tribunal Supremo) sentenciou:

«Por otra parte es igualmente de reconocer que en el supuesto de pretendida responsabilidad del medico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual e excontractual, ya que el medico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro («alterum non laedere»), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extrcontractuales.»²⁸

Esta posição daquele Alto Tribunal do país vizinho, foi reiterada no aresto da Sala Primera de 22 de Fevereiro de 1991 onde se sentenciou que *«porque en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual»²⁹*.

Esta orientação mereceu fortes críticas de YZQUIERDO TOLSADA³⁰ e de ANGEL YAGUEZ fazendo notar este autor que na França, apesar da doutrina mais conceituada (tal como MAZEAUD Y TUNC, *Traité Theorique et Pratique de la responsabilité civile*, PLANIOL ET RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*) defender o carácter contratual da relação médico/doente, a verdade é que até um período avançado deste século a jurisprudência francesa enveredava pelo caminho da responsabilidade extracontratual, quando se tratava de lesões causadas por médicos aos seus pacientes, mas já entendia estar-se no domínio da responsabilidade con-

²⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação, Estudo sobre a Dogmática da Prestação e do Concurso de Prestações*, 1988, Almedina, pág. 136.

²⁸ *Apud* RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, CIVITAS, pág. 395.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la sentencia de 22 de febrero de 1991» in *Cuadernos Civites de Jurisprudencia Civil*, Abril-Agosto 1991, págs. 387-401.

tratual, sem margem para dúvidas, quando era o paciente que incumpria a sua prestação devida.

E ANGEL YAGUEZ remata «*La verdade es que cabe entonces preguntarse si acaso existe contrato solo para una de las partes*»³¹.

Relativamente à Itália, tanto a doutrina como a jurisprudência maioritárias apontam no sentido de considerar a responsabilidade do médico exercendo em regime liberal, ou do próprio estabelecimento de saúde que presta cuidados ao enfermo, como sendo de natureza contratual. Na caso da clínica, porém, o estabelecimento terá para com o utente dos seus serviços uma relação contratual (e daí a responsabilidade contratual) mas o médico que nela presta serviço, sendo um terceiro, sem qualquer relação com o doente de ordem contratual, responderá de harmonia com as regras da responsabilidade aquiliana.

Como refere DELLA SALA, «*Il problema che si pone è dunque quello di qualificare il rapporto che si instaura tra il medico e paziente: è evidente — difatti — che il medico che agisce come libero professionista risponde, secondo le regole generali, della violazione dei doveri nascenti dal contratto d'opera professionale, mentre diverso è il discorso che deve essere affrontato nell'ipotesi di opera prestata dal medico all'interno dell'ospedale.*

In quest'ultimo caso al fine di individuare sia la natura della responsabilità del sanitario — a seguito dell'esito negativo della prestazione — quella dell'ospedale presso il quale la cura è stata effettuata, è necessario prendere in considerazione da un lato la modalità della richiesta di prestazione, dall'altro il rapporto intercorrente tra il professionista e l'Ente ospedaliero.»³²

É claro que nem sempre as coisas são fáceis de equacionar, levantando mesmo complexas dificuldades de enquadramento jurídico, como, v. g., nos casos da chamada medicina convencionada, em que trabalhando os médicos em regime liberal, prestam serviços à Segurança Social e outros subsistemas de saúde, dos quais beneficiam os utentes que se dirigem aos seus consultórios.

Neste caso, por exemplo em Portugal, interessaria saber que tipo de relação se estabelece entre os serviços públicos de segurança social e o utente, pois a entender-se haver uma relação contratual impunha-se ter

³¹ R. ANGEL YAGUEZ, *Tratado...*, cit., pág. 394

³² PAOLO DELLA SALA, *op. cit.*, pág. 396.

em consideração, sem necessidade de lançar mão ao regime da responsabilidade aquiliana relativamente ao médico lesante/demandado, o disposto no art. 800.º do C. Civil.

Com efeito, teria, no caso, perfeito cabimento o ensinamento do Prof. VAZ SERRA segundo o qual, «o devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento.

Com tais auxiliares, alargam-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles»³³.

Todavia, relativamente aos hospitais do Estado, por exemplo, a nossa jurisprudência tem vindo a entender que «é a responsabilidade extra-contratual que melhor quadra aos serviços públicos ou de interesse público. Qualquer pessoa pode utilizá-los nas condições gerais e imprevisíveis do seu regulamento, sem a possibilidade de recusa do serviço e também sem que ao utente fique reservada a possibilidade de negociar cláusulas particulares»³⁴.

Mais recentemente o Prof. FREITAS DO AMARAL defendeu que a actividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde é uma actividade de gestão pública³⁵.

Refere aquele conceituado administrativista em apoio de tal posição, que existem três teorias que procuram dar resposta ao problema do enquadramento dos actos técnicos praticados no exercício de uma determinada profissão, de acordo com prescrição de certa ciência ou arte, nas categorias dicotómicas de actos de gestão pública ou actos de gestão privada:

- a teoria da natureza material da actividade
- a teoria dos poderes de autoridade
- a teoria do enquadramento institucional

De acordo com a primeira, o critério da distinção seria o de características substanciais da actividade exercida pelo autor do facto danoso:

³³ Prof. ADRIANO VAZ SERRA, «Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos», n.º 2, *BMJ*, n.º 72.

³⁴ Ac. do S.T.J. de 16 de Maio de 1969 publicado no *BMJ*, 237, págs. 196-199 em que foi relator o saudoso Conselheiro ARALA CHAVES.

³⁵ Prof. DIOGO FREITAS DO AMARAL. «Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimento Público de Saúde», in *Direito e Bioética*, Lx., 1991, págs. 123 a 131.

se essa actividade for materialmente diferente da que os particulares exercem nas suas relações privadas, poderá haver gestão pública.

No caso da actividade médica, o ilustre Professor conclui que não é diferente a actividade médica exercida no âmbito de um estabelecimento público da que se exerce num estabelecimento particular de saúde, visto que a actividade clínica ou a actividade cirúrgica não mudam de natureza conforme sejam desempenhadas por um médico funcionário público ou por médico que exerça a profissão liberal.

À luz de tal teoria, defendida entre nós por MOITINHO DE ALMEIDA³⁶, a responsabilidade pelos actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde deve ser qualificada como responsabilidade por actos de gestão privada.

Relativamente à segunda teoria, o citado Professor defende que haverá gestão pública não somente nos casos em que o autor do facto danoso no exercício dos poderes de autoridade, mas também no desempenho de uma actividade condicionada por deveres e restrições de interesse público.

FREITAS DO AMARAL opta decididamente pela teoria do enquadramento institucional, que é a que maior aplauso tem merecido da jurisprudência, segundo a qual são actos de gestão pública *«os praticados pelos órgãos ou agentes da Administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob o domínio das normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coacção»*. Pelo contrário, serão actos de gestão privada aqueles que sejam *«praticados pelos órgãos ou agentes da Administração, em que esta aparece despida de poder público»* e, portanto, *«no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com inteira submissão às normas do direito privado»*³⁷.

A necessidade da distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, ou o conseqüente enquadramento dos actos médicos numa dessas categorias, releva não só para a determinação do Tribunal compe-

³⁶ M. ALMEIDA, «A responsabilidade civil do médico e o seu seguro», cit. nota n.º 19.

³⁷ As citações transcritas são do Ac. de 5 de Novembro de 1981 do Tribunal de Conflitos, publicado no *BMJ*, 311, 195, e referidos no texto citado pelo ilustre Professor. Pode ver-se o referido aresto publicado também em «A Responsabilidade Profissional dos Médicos e Enfermeiros/A Responsabilidade das Administrações Hospitalares» de J. PESSOA AMARAL, Coimbra, 1983, págs. 78-104.

tente para dirimir os litígios emergentes como, principalmente, para a própria determinação do direito substantivo aplicável.

É que, como é sabido, o direito substantivo aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, não é o Código Civil, mas um diploma de direito público, o Dec. Lei 48 051, de 21.11.67.

Assim, nos casos em que estiver em causa uma responsabilidade por factos de gestão pública, será este o diploma aplicável.

Este diploma foi, todavia, parcialmente modificado face ao disposto no art. 22.º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Com efeito, este comando constitucional veio dispor no sentido de que *«o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem»*.

Não estabelece, portanto, a Constituição qualquer distinção entre a actuação dolosa e actuação com mera negligência dos referidos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, antes impõe sempre (e, portanto, quer no caso de actuação dolosa, quer no caso de actuação meramente culposa) a responsabilidade solidária do ente público e do agente titular do órgão.

Assim sendo, como parece que efectivamente é, a lei constitucional terá alterado o n.º 2 do art. 3.º do Dec. Lei 48 051, de 21.11.67, que assim dispunha:

«Em caso de procedimento doloso, a pessoa colectiva é sempre solidariamente responsável com os titulares do órgão ou agente.»

Assim, de acordo com tal preceito do diploma legal de 1967 só haveria responsabilidade solidária do Estado ou outra pessoa colectiva pública no caso de conduta dolosa por parte do médico.

Na caso da chamada *«negligência médica»*, só o Estado ou outro ente público responderia directamente perante o lesado, cabendo no entanto às pessoas colectivas o direito de regresso contra o médico, em certas circunstâncias.

O médico só seria responsável directamente perante o lesado se tivesse agido dolosamente ou com manifesto excesso dos limites da sua função.

Porém, em caso de dolo, a pessoa colectiva seria sempre solidariamente responsável com o médico (n.º 2 do art. 3.º do DL 48 051).

Presentemente, face ao entendimento de que o n.º 2 do art. 3.º do DL 48 051, de 21.11.67, teria sido alterado pelo art. 22.º da Constituição,

não é só o Estado que deve ser demandado em caso de conduta negligente de médico causadora da lesão. Com efeito não só o art. 22.º da CRP não estabelece qualquer distinção como dissemos entre conduta culposa e dolosa, ao impor a responsabilidade solidária do Ente público com a do agente ou titular do órgão, como também, o art. 271.º, n.º 1, da Lei Fundamental expressamente consagra o princípio da responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas.

É, portanto, posição dominante, entre nós, que os médicos que se encontrem vinculados ao Estado ou a pessoa colectiva de direito público, respondem perante os lesados em sede de responsabilidade extracontratual, sendo-lhes aplicável a lei que regula a responsabilidade aquiliana do Estado e dos demais entes públicos, visto a sua actividade se inserir no domínio dos actos de gestão pública.

Equacionada, destarte, a questão podemos concluir que, por via de regra, a relação do médico de clínica privada, trabalhando por conta própria, com o doente, configura uma relação contratual, um contrato de prestação de serviços, ou um contrato médico³⁸ pelo que lhe são aplicáveis, em caso de inexecução da obrigação donde advenham danos, as regras de responsabilidade contratual.

Trata-se, neste caso, como dissemos, de um contrato de prestação de serviços, mais propriamente um contrato médico ou um «*contrato socialmente típico*»³⁹ que se insere na categoria de um contrato de prestação de serviços.

O contrato de prestação de serviços em apreço é um contrato oneroso, sinalagmático, celebrado geralmente *intuitu personae*, com algumas características peculiares como é reconhecido por quase toda a doutrina nacional e estrangeira.

Há quem defenda a «tipificação», isto é, a criação de um contrato típico e nominado de prestação de serviços médicos⁴⁰, dado o seu carácter *sui generis*.

³⁸ Na Espanha tal contrato designa-se por «Contrato de arrendamento de serviços», regulado pelo art. 1542.º do C. Civil «Responsabilidade Médica Y Psiquiátrica», JUAN CARRASCAS GOMEZ, Colex, 31.

³⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico», in *Direito da Saúde e Bioética*, ed. AAFDL, 1996, pág. 87.

⁴⁰ SINDE MONTEIRO e F. DIAS, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental*, cit., pág. 107.

Relativamente ao dever de contratar o Código Deontológico, publicado na *Revista da Ordem dos Médicos* n.º 3/85, estabelece no seu art. 35.º:

«O Médico pode recusar-se a prestar assistência a um doente, excepto encontrando-se este em perigo iminente de vida, ou não havendo outro Médico de qualificação equivalente a quem o doente possa recorrer.»

Igualmente permite, no art. 36.º, que o médico especialista possa recusar qualquer acto ou exame próprio da sua especialidade cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada.

Finalmente o art. 37.º do mesmo Código Deontológico reporta-se à recusa de continuidade de assistência, permitindo tal recusa quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos:

— Não houver prejuízo para o doente, nomeadamente por lhe ser possível assegurar assistência por médico de qualificação equivalente;

— Ter fornecido os esclarecimentos necessários para a regular continuidade do tratamento;

— Ter advertido o doente ou a família com a devida antecedência.

Ressalva, porém, o C. D. que a incurabilidade da doença não justifica o abandono do doente.

Como obrigação contratual principal, por parte do médico, podemos, sem qualquer hesitação, apontar a obrigação de tratamento.

Esta obrigação, contudo, desdobra-se em diversas prestações tais como:

- de observação
- de diagnóstico
- de terapêutica
- de vigilância

A actividade de observação e diagnóstico *«consiste no reconhecimento e distinção da enfermidade em cada caso clínico»*, como escreve o Dr. A. HENRIQUES GASPARI⁴¹.

Assim, o diagnóstico médico, traduzido no reconhecimento ou identificação de enfermidade em cada situação clínica⁴² exigirá, por sua vez, de acordo com os conhecimentos e experiência do clínico a pratica de diversos actos adequados à obtenção de tal finalidade.

⁴¹ A. H. GASPARI, «A Responsabilidade Civil do Médico», cit., pág. 342.

⁴² PETER WINGATE, *Dicionário de Medicina*, Europa América, 3.ª edição, pág. 210.

Também a terapêutica é, frequentemente, complexa actividade do médico, quer por via de prescrição medicamentosa, quer por via biológica ou mecânica (por vezes realizada pelo próprio médico ou seus auxiliares), quer ainda, por via cirúrgica, com uma tecnologia cada vez mais complexa e sofisticada.

Finalmente os cuidados de vigilância, v. g., no período pós-operatório, puerperal, etc., demandam determinados actos médicos com vista à prevenção de complicações iatrogénicas, fenómenos de rejeição, acidentes vasculares, ou prevenção de infecções, que se inscrevem ainda no conteúdo da chamada obrigação de tratamento.

Cabe *hic et nunc* chamar à colação, duas notas que se nos afiguram de grande pertinência.

A doutrina e a jurisprudência mais conceituada, tem vindo a considerar que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, como atrás se disse, isto é, de pura diligência, na medida em que o médico não deve prometer a cura do doente, limitando-se a dispensar-lhe os cuidados necessários ao tratamento.

Em abono de tal tese, refere-se a circunstância de a cura do doente ser de natureza aleatória, isto é, não só dependente dos cuidados prestados, mas, essencialmente, da própria resistência e capacidade de regeneração dos órgãos afectados pela patologia, além de outros factores endógenos e exógenos, estranhos à actividade médica.

Desta categoria, só estão excluídos, por princípio, as intervenções de cirurgia estética, em que o cliente especificamente procura alterar a morfologia ou conformação de uma parte do corpo e as análises clínicas e outros meios laboratoriais de diagnóstico, assim como no campo odontológico, as próteses dentárias que configurariam «obrigações de resultado».

É sabida a relevância de tal distinção *maxime* para efeitos de prova de culpa.

No direito português, o art. 1154.º do C. Civil define o contrato de prestação de serviço como «aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição».

Ora sendo o contrato médico um contrato de prestação de serviços, como a doutrina e a jurisprudência afirmam, o «resultado» a que alude o art. 1154.º do nosso diploma substantivo fundamental, parece dever considerar-se não a cura em si, mas os cuidados de saúde já que o objec-

to do contrato de saúde não é a cura, mas a prestação de tais cuidados ou tratamentos.

Sendo assim, será de pensar se verdadeiramente se está ante uma obrigação de meios ou de resultado, tudo dependendo da deslocação do centro de gravidade da questão, ou seja, do próprio conceito de resultado no contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o médico e o doente⁴³.

A outra nota a extrair é que, consagrando o art. 799.º, n.º 1, do C. Civil, uma presunção de culpa do devedor, caso se considere que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, sobre este recai o ónus de prova de que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, pois resultado do seu trabalho intelectual e manual é o próprio tratamento e não a cura.

Haverá ainda outros deveres acessórios por banda do médico tais como:

- dever de consideração pela idade, sexo e natureza da doença no exame clínico do doente — art. 27.º do C. Deontológico
- dever de informação sobre o prognóstico e diagnóstico, sobre as alterações de tratamento e riscos envolventes — art. 40.º, n.º 1, C.D. (Ressalva-se o «*prognóstico fatal*» que só pode ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral, devendo, por regra ser revelado ao familiar mais próximo que o médico considere indicado)
- dever de sigilo
- dever de aceso a documentos e fichas clínicas, nos casos previstos na lei ou regulamentos, etc.

⁴³ Veja-se, neste sentido, HENRIQUES GASPAS, *op. cit.*, 343, «Se por 'resultado' se entendesse o efeito final, último, pretendido como consequência dos meios empregados, o contrato entre médicos e doente não podia acolher-se naquela qualificação, porquanto aquele não assegura, como se disse, um resultado; assume apenas uma obrigação de meios.

Mas, por 'resultado' do seu trabalho, podem entender-se os próprios meios empregados, as trefas executadas, com o intuito de (mas não necessariamente) alcançar certo efeito final, meios esses e tarefas essas que, em si mesmas, são já e imediatamente um certo resultado do trabalho manual ou intelectual dispendido.» FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, 111, escreve que «além de considerar que no nosso direito tal distinção entre obrigações de meios e de resultado pode constituir elemento de perturbação face à presunção de culpa do devedor genericamente estabelecida pelo art. 799.º, n.º 1, do C. Civil, considera que tal distinção 'acaba por ser fonte de confusões ou imprecisões que pretenderia evitar, pelo que é preferível renunciar a ela'».

É claro que, como escreve SINDE MONTEIRO, «*é ponto assente na doutrina a questão em pormenor clarificada de jure constituto pelo Código Penal de 1982 que qualquer intervenção ou tratamento médico cirúrgico, mesmo medicamente indicados e levados a cabo de acordo com a leges artis pressupõem o conhecimento do doente 'o qual, para ser eficaz, exige o esclarecimento sobre... a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento'*»⁴⁴.

Finalmente sempre se dirá que sobre os médicos impendem tal como sobre qualquer sujeito da relação contratual os chamados deveres laterais de protecção e cuidado para com a pessoa e o património da outra parte, cujo incumprimento é susceptível de gerar violação contratual positiva⁴⁵, ou, numa designação talvez mais correcta, e usada entre nós, um cumprimento defeituoso⁴⁶.

Por parte do doente, a obrigação principal decorrente desta relação contratual é a do pagamento dos honorários pedidos.

Relativamente aos honorários, o art. 81.º do C. Deontológico estatui no sentido de que na fixação dos mesmos, o médico deve proceder com justo critério, atendendo à importância do serviço prestado, à gravidade da doença, ao tempo dispendido, às posses dos interessados e aos usos e costumes da terra.

Trata-se de critério mais preciso e correcto do que o seguido pelos códigos deontológicos de quase todos os países europeus, designadamente os mais recentes como o CODE DE DEONTOLOGIE MÉDICALE francês, aprovado pelo Dec. 95-1000, de 6 de Setembro de 1995, du Ministère de la Santé et de l'Assurance Maladie, e do CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA da Itália, aprovado em Junho de 1995.

O termo «*honorários*» (do lat.: *honor, ris*=honra) revela um cunho honorífico da retribuição do médico e outros profissionais intelectuais que prestam serviços em regime liberal.

Tal designação foi adoptada em virtude de se entender não existir uma equivalência entre a retribuição pecuniária e um bem de tão alto valor como é a vida ou a saúde.

⁴⁴ Prof. DOUTOR SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Almedina, 1989, 273.

⁴⁵ Deve-se a STAUB a expressão «violação contratual positiva».

⁴⁶ Cfr. Prof. ALMEIDA COSTA, *Di.º das Obrigações*, 6.ª edição, pág. 461, e A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, 429.

Está vedada aos médicos a chamada «dicotomia» ou seja a repartição ou partilha de honorários entre o médico assistente e outro profissional que o primeiro recomenda ao doente.

O ilustre Professor brasileiro Doutor GENIVAL VELOSO FRANÇA escreve a propósito da dicotomia:

«É uma forma de dupla ganância, uma das quais a título de honorários, mediante um acordo prévio do médico assistente com outros colegas ou profissionais ligados à medicina, ou mesmo entre certas pessoas completamente alheias ao caso.

Há certas ocasiões em que a dicotomia não envolve, na realidade, a divisão de honorários, mas o profissional encaminha o seu paciente a outro médico por razões de reciprocidade de conduta ou por amizade pessoal.

Chega-se a tal ponto que há profissionais que insinuam a partilha, através de percentagens por exame realizado em determinada clínica, laboratórios ou casas de comércio.

Existe, embora pareça impossível, uma forma de dicotomia que consiste no recebimento de percentagens pela indicação de determinados produtos farmacêuticos.»⁴⁷

O Código Deontológico português, no seu art. 88.º, n.º 1, proíbe a dicotomia, assim como a sua oferta ou exigência. Proíbe ainda o recebimento de quaisquer omissões ou gratificações por serviços prestados ou por outros, tais como, análises, radiografias, aplicações de fisioterapia, consultas ou operações bem como pelo encaminhamento de doentes para casas de saúde ou estações de cura. Finalmente proíbe a aceitação de ofertas provenientes de entidades comerciais ligadas à prestação de cuidados de saúde, excepto tratando-se de ofertas de valor simbólico e não comercializáveis.

É todavia autorizada a partilha de honorários entre médico, no âmbito da medicina de grupo (por contrato visado pela Secção Regional da O. M.) e no âmbito do trabalho de equipas «no espírito do n.º 1 do art. 81.º»⁴⁸.

⁴⁷ GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Direito Médico*, 1975. São Paulo, Brasil, pág. 48.

⁴⁸ O art. 54.º do CD Francês estabelece «Lorsque plusieurs médecins collaborent pour un examen ou un traitement, leurs notes d'honoraires doivent être personnelles et distinctes. La rémunération du ou des aides opératoires choisis par praticien travaillant sous son contrôle, est incluse dans ses honoraires».

O art. 52.º do Código Deontológico italiano estatui:

Depois de termos visto a relação contratual que se estabelece entre o médico em regime liberal e o doente, importa considerar o caso de médico que trabalha em regime de contrato de trabalho para uma clínica ou estabelecimento de saúde do sector privado.

Pode haver ainda a variante de a relação que se estabelece entre o facultativo e o estabelecimento, *rectius* entre o facultativo e a pessoa jurídica que detém e explora o estabelecimento, não ser um contrato laboral, mas antes um contrato de prestação de serviços ou mesmo um contrato equiparado.

Nestes casos a relação contratual estabelecer-se-á entre o doente e a pessoa que explora a clínica ou estabelecimento, mas não com o médico que aparecerá como terceiro na sobredita relação contratual.

E isto ainda que o doente se tenha dirigido à clínica no exercício do seu direito de escolha do médico, *v. g.*, ao saber que aí trabalha um conceituado especialista.

É que o proponente dos serviços é a empresa onde o médico trabalha, que proporciona as suas instalações, a actividade do seu pessoal paramédico e administrativo, o equipamento e o labor técnico intelectual dos médicos seus empregados.

O doente aceita tal oferta ou proposta, formando-se aqui uma relação contratual pela ocorrência da proposta e da aceitação.

Além disso, o doente realizará a sua prestação devida, face ao contrato estabelecido, pagando à empresa e, não raro, subscreve um contrato de adesão ou outro escrito de feição contratual que lhe é fornecido.

Quid juris, porém, quanto à relação médico-doente?

Haverá em tais casos responsabilidade extracontratual do médico em caso de lesão? Ou o médico deve ser considerado como a «*pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação*» a que se refere o n.º 1 do art. 800.º do C. Civil?

Para cabalmente responder a esta questão torna-se imperioso, antes do mais, estabelecer, com clareza, a natureza da relação existente entre o médico e a clínica ou hospital privado.

Se o médico é um trabalhador da clínica, a relação que mantém com esta configura um contrato de trabalho, cujo conceito legal se acha re-

«Ogni forma di dicotomia di compensi istanei alla prestazione professionale, nei rapporti tra medici, strutture e istituzione sanitarie, é vietata, com particolare riguardo ad ogni di appalto o di subappalto di clientela»

cortado no art. 1.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Dec. Lei 49 408, de 24 de Novembro de 1969, e que, para comodidade, transcreveremos:

«*Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou normal a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.*»

Embora alguma doutrina considere que os elementos fundamentais do contrato individual de trabalho são a subordinação económica e a subordinação jurídica do trabalhador à entidade patronal, a doutrina e jurisprudência maioritárias entendem que só a subordinação jurídica constitui tal elemento, sendo mesmo o traço diferenciador do contrato laboral e das figuras contratuais afins, *maxime*, do contrato de prestação de serviços.

A subordinação jurídica é a sujeição do trabalhador às ordens, direcção e fiscalização do empregador, como unanimemente reconhecem doutrina e jurisprudência⁴⁹.

Ora tal sujeição nas chamadas actividades intelectuais que exigem formação técnica adequada como é o caso dos médicos, engenheiros ou advogados, há-de respeitar uma certa álea da actividade de tais profissionais onde, a autonomia destes é essencial, visto que só eles são senhores dos conhecimentos necessários para o cabal desempenho das suas tarefas — a chamada autonomia técnica — sem que tal respeito descaracterize a subordinação jurídica e, portanto, o próprio vínculo jurídico-laboral⁵⁰.

De resto, é frequente haver médicos trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho ao serviço de empresas seguradoras ou hospitais privados⁵¹.

É claro que em todas estas situações, o médico há-de considerar-se um empregado da clínica ou do hospital para quem trabalha.

⁴⁹ Por todos, cfr. Ac. S.T.J. de 22.04.88 in Ac. Dout. 319.º-1004.

⁵⁰ É doutrina uniforme, tal como a jurisprudência, entre nós. Na doutrina portuguesa consulte-se o Parecer da Câmara Corporativa sobre a proposta governamental que em 1937 viria a transformar-se na Lei 1952 subscrita por FEZAS VITAL, ABEL DE ANDRADE, AFONSO DE MELO e GABRIEL PINTO COELHO, in *Diário das Sessões*, n.º 107 de 21.09.73. MONTEIRO FERNANDES, *Lei de Contrato de Trabalho*, anotada, 1970, 40.

AcS. S.T.A. de 8.6.76 in AcS. Dout. 114, 942. Também o Parecer da PGR de 22.3.90, DR, II, de 7.8.90, pág. 8821.

⁵¹ Cfr. os AcS. STA de 16.3.971, in AcS. Dout. 114-940, e Ac. RL de 3.3.80, in *BMJ*, 444, *inter alia*.

Havendo entre estas entidades e o doente uma relação contratual de prestação de serviços médicos ou *contrat de soins* como dizem os franceses, parece que será caso de aplicação do disposto no n.º 1 do art. 800.º do C. Civil já que a responsabilidade emergente de tal contrato será a responsabilidade contratual.

É que, uma vez mais, é de trazer à colação a afirmação do saudoso Prof. VAZ SERRA: «*O devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento. Com tais auxiliares, alargaram-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira daí benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles.*»⁵²

Relativamente à responsabilidade extracontratual do médico, costumam os autores apontar como o exemplo mais característico o do médico que é chamado a socorrer um doente inanimado ou em estado muito grave, vítima de acidente ou acometido de doença súbita⁵³.

Argumenta-se em defesa de tal tese que nem o médico pode recusar os seus serviços, por a tanto estar impedido *ex vi legis*, nem o doente pode escolher o médico, dado o seu estado e a urgência dos cuidados. Consequentemente não existe, em tais condições, qualquer vínculo contratual.

Outra situação característica da responsabilidade extracontratual será a do médico que trata determinados doentes, em relação a terceiros, em caso de morte do enfermo ou de lesão grave.

A distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana não é mero exercício de especulação teórica, pois tem efeitos práticos designadamente quanto aos respectivos campos de aplicação.

Ela releva no campo prático, no terreno do quotidiano, embora no solo jurídico o homem caminhe sempre «*nas areias movediças do pensamento*»⁵⁴.

Talvez por isso a jurisprudência tenha natural inclinação para a admissão do chamado concurso de responsabilidades, como referimos a propósito das decisões do Tribunal Supremo de Espanha e de outras

⁵² VAZ SERRA, «Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos», n.º 2, *BMJ*, 72.

⁵³ Cfr. entre outros, A. HENRIQUES GASPARI, *op. cit.*

⁵⁴ ALESSANDRO GROPPALI, «Aviamento allo studio del diritto».

portuguesas, uma vez que parece não haver consenso dos autores quanto ao enquadramento no regime legal adequado da problemática densa e variada da responsabilidade médica⁵⁵.

Em nossa opinião cremos que não há que lançar mão aos esquemas de responsabilidade extracontratual fora das situações em que ela seja inequívoca, nem tão-pouco nos parece adequado o recurso à figura do concurso de responsabilidade como adiante mais detalhadamente observaremos, quando tratarmos do problema de tal concurso.

Na verdade, uma das razões porque os demandantes ingressam pela via da responsabilidade extracontratual para fazerem valer os seus direitos nas acções de responsabilidade contra médicos, é a discutidíssima questão da ressarcibilidade de danos não patrimoniais no campo da responsabilidade contratual.

No sentido de ressarcibilidade dos danos não patrimoniais neste domínio, tem-se pronunciado, entre nós, como é sabido o Prof. ANTUNES VARELA⁵⁶.

Esta posição, porém, não é a dominante nem na doutrina nem na jurisprudência.

A este respeito escreveu o Prof. PINTO MONTEIRO «quando há ofensa a bens não patrimoniais de que resultem danos não patrimoniais, mas essa ofensa ocorre no cumprimento de um contrato (v. g., de prestação de serviços, seja ele médico, de patrocínio judiciário ou qualquer outro), parece-me fora de dúvida que o credor/lesado poderá ter direito à reparação por danos não patrimoniais.

Estes danos provêm da violação ilícita de um direito de personalidade (a vida, a integridade física, a honra, o bom nome e reputação, em suma, de ofensa a qualquer aspecto de integridade física ou moral: cfr. art. 70.^o) que gera responsabilidade extracontratual; contudo, ocorrendo essa violação na execução de um contrato, os danos daí resultantes assumem natureza contratual, pois o dever geral de neminem laedere (que funda a responsabilidade extracontratual) é absorvido, estando em causa comportamento ligado ao fim do contrato, nos quadros da responsabilidade contratual»⁵⁷.

⁵⁵ Entre nós, o recente Ac. Rel. Coimbra de 4 de Abril 95 já citado supra (nota 25).

⁵⁶ P. LIMA/A. VARELA, *Cod. Civil Anot.*, edição. vol. I, ant. ao art. 496.^o, A. VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 599 e vol. II, pág. 105.

⁵⁷ A. PINTO MONTEIRO, «Sobre a reparação dos danos morais», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Set. 1992, n.^o 1, 1.^o ano, págs. 17-25.

Esta posição é a maioritária⁵⁸, pelo que a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, impropriamente apelidada, por vezes, de danos morais (por influência francesa) deve ter-se por assente em ambas as formas de responsabilidade, e tal compensação é calculada segundo critérios de equidade.

Creemos que o esquema legal da responsabilidade contratual é o que melhor satisfaz os interesses do credor no caso de inadimplência ou de cumprimento defeituoso da prestação debitória, por parte do devedor, *in casu* do médico.

O prazo prescricional é bem superior ao assinalado para a responsabilidade aquiliana, pois é de 20 anos (art. 309.º CC) enquanto na responsabilidade extracontratual é de apenas 3 anos (art. 498.º) salvo se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei penal preveja prazo mais amplo.

Relativamente à culpa, a nossa lei faz funcionar uma presunção de culpa do devedor — art. 799.º, n.º 1, do C. Civil — mas tal presunção, como reconhece a maioria dos autores, tem lugar apenas no que se refere ao incumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigações de resultados e não de obrigações de meios.

Só que, como atrás nos referimos, é mister saber se o resultado na prestação debitória médica será a cura do doente, caso em que a obrigação será nitidamente de meios já que o médico não está obrigado a curar o doente mas apenas a prestar-lhe cuidados de tratamento, ou se tal resultado será, antes, a própria prestação dos cuidados de saúde.

De qualquer das formas, ainda que o doente não beneficie da presunção de culpa do médico, por se tratar de uma obrigação de meios, não fica em posição mais vantajosa perante o regime da responsabilidade aquiliana, já que nesta o lesado terá de provar a culpa do autor de lesão — art. 487.º, n.º 1, do C. Civil.

Relativamente à responsabilidade contratual por facto de terceiro esta não depende do pressuposto de comissão, pelo que o lesado/credor não tem de alegar e provar que entre o médico e o seu auxiliar existia, à data do ilícito, uma relação de subordinação ou de dependência.

⁵⁸ Cfr. Prof. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 506 e a ampla indicação bibliográfica, nesse sentido, aí citada.

5. O problema do concurso de responsabilidades

Como atrás se afirmou, a nossa jurisprudência, tal como a da Espanha, tende no sentido de admitir, se não mesmo consagrar, o chamado concurso de responsabilidades.

Entre nós, é paradigmático, o relativamente recente aresto da Relação de Coimbra, já atrás referido, que sentenciou:

«Acontece que as duas responsabilidades — uma emergente da falta de cumprimento das obrigações provenientes de contratos, negócios unilaterais ou da lei (responsabilidade contratual), e a outra proveniente de normas legais de protecção ou de direitos subjectivos absolutos (responsabilidade extracontratual) — não se excluem.

«O mesmo facto humano pode provocar um dano simultaneamente contratual e extracontratual», RUI DE ALARCÃO — Direito das Obrigações (lições policopiadas — 1983), pág. 210.

Um dos casos em que é admissível o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades, é o dos médicos e enfermeiros⁵⁹.

Estriba-se o falado aresto em algumas posições doutrinárias designadamente de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA que lapidarmente escreve:

*«O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou o cirurgião que descursa negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigatoriamente por violação de um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º, do CC) como delitualmente por ofensas à integridade física do paciente — art. 70, n.º 1, CC»*⁶⁰. Também o Prof. RUI DE ALARCÃO assim ensina:

«A questão está em saber se se deve aceitar a solução do cúmulo, quando se estiver perante uma hipótese de facto em abstracto qualificável como guarda das duas formas de responsabilidade, se há-de ser essa a resposta correcta para o caso de concurso de normas. Quid juris?

De jure constituto, parece-nos que a solução que se deve ter por consagrada é a da admissibilidade do cúmulo; isto por ser esta, a de concurso de normas, a solução natural, que tal como deve aceitar na

⁵⁹ Ac. Rel. Coimbra de 4 de Abril 1995, cit. COL. JUR., 1995 II - 31.

⁶⁰ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, (ed. 1988 da Almedina), 136.

falta de disposição legal em contrário, desde que, no caso concreto, não conduza a soluções materialmente injustas.

A qual, de resto, nos parece também a melhor de lege ferenda não o facto de a lei fornecer aos contratos de prestação adequados à estrutura da relação contratual, isto é, a possibilidade de reconduzir ao âmbito do contrato a disciplina de certos interesses já munidos de uma disciplina geral, não nos parece legitimar ao intérprete a conclusão de que a lei tenha querido esta protecção como exclusiva, em substituição daquela outra mais genérica; antes se deveria entender, pensamos, que a lei tenha querido fornecer ao contraente, como tal, um instrumento ulterior de defesa geral que lhe compete independentemente da sua qualidade especial de parte num contrato.»⁶¹

Esta posição é ainda sufragada por outros autores tais como PINTO MONTEIRO⁶², SINDE MONTEIRO⁶³ e HENRIQUE GASPAR⁶⁴.

Também, o Prof. VAZ SERRA entendia que o lesado deveria ter a faculdade de optar por uma outra espécie de responsabilidade, chegando a propor um articulado do seguinte teor:

«1. Se o mesmo facto representar, ao mesmo tempo, uma violação de contrato e um facto ilícito extracontratual, são aplicáveis as regras de ambas as responsabilidades, à escolha do prejudicado, que pode inclusivamente escolher parte de umas e parte de outras.

2. O disposto no parágrafo anterior não tem lugar quando a responsabilidade contratual for atenuada na lei, na medida dessa atenuação, ou quando do contrato se concluir terem querido as partes excluir a responsabilidade extracontratual, salvo se esta correcção for nula.

3. A satisfação do credor por uma das vias exclui a sua satisfação pela outra, na medida em que coincidirem.»

O referido articulado dispunha ainda de mais dois números, dispondo o último que se a lei estabelecesse prazos de prescrição diferentes para os dois créditos, aplicar-se-ia a cada um deles o prazo respectivo,

⁶¹ Prof. RUI DE ALARCÃO, *Direito de Obrigações* (lições policopiadas), 1983, pág. 211.

⁶² PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, 1990, Almedina, e também *Cláusulas Limitativas de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, 429.

⁶³ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», cit., 25

⁶⁴ A. HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, pág. 345.

excepto se a razão de ser da lei impusesse a extensão a ambos de um dos prazos nela estabelecidos⁶⁵.

Entre nós, pronunciaram-se contra a admissibilidade do concurso de responsabilidade, o Doutor JAIME DE GOUVEIA⁶⁶, embora, em certas circunstâncias admitindo a opção, e, presentemente, o Prof. Doutor MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA⁶⁷ que considera que o concurso de responsabilidade contratual e extracontratual reconduz-se à figura do concurso aparente, legal ou de normas. Para este Catedrático, o regime de responsabilidade contratual «consome» o da extracontratual sempre que «*perante uma situação concreta, sejam aplicáveis paralelamente as duas espécies de responsabilidade civil*».

A questão do concurso de responsabilidades é muito debatida há longo tempo e em vários quadrantes civilistas nacionais e estrangeiros.

JAIME DE GOUVEIA refere que, nos anos 30, a tese da incompatibilidade era defendida por DEMOGUE, JOSSERAND, SALEILLES, MAZEAUD, LALOV, CHIRONI, GABBA e RAMELLA.

A tese do cúmulo teria em PLANIOL, RIPERT, THALLER e BARTIN OS SEUS corifeus⁶⁸.

Actualmente, segundo CZACHORSKI (Le probleme du cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle)⁶⁹ pronunciaram-se contra, a jurisprudência e a maior parte das doutrinas francesa, chilena, soviética, húngara e romena; a favor da jurisprudência e da doutrina dominante na RFA, Suíça, Grécia, Turquia, Polónia, Espanha, Venezuela, Japão, as correntes tradicionais da Bélgica e Canadá (Quebeque) e parte da jurisprudência do Reino Unido. Assim, na União Europeia a tese geral é de admissibilidade de concurso de responsabilidades, e até do cúmulo, com excepção da França.

Como se vê, não é pacífica a posição dos civilistas a propósito do concurso de responsabilidades e, designadamente, das teorias do cúmulo e de opção.

⁶⁵ Prof. ADRIANO VAZ SERRA, «Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual», in *BMJ*, 85, 115-239.

⁶⁶ Doutor JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, ed. Autor, Lisboa, 1933, 227 e segs.

⁶⁷ Prof. ALMEIDA COSTA, «Direito de Obrigações» cit., 455 a 461.

⁶⁸ Cf. JAIME DE GOUVEIA, *op. cit.*, 216, onde se pode ver a indicação das obras onde cada um dos autores citados defende a sua posição.

⁶⁹ *Rapports Généraux au VI Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelas, 1964, 351, *apud* PINTO MONTEIRO «Cláusulas Limitativas...», cit., 430, nota de rodapé.

Procuraremos tomar posição sobre este problema no que concerne especificamente à responsabilidade civil médica.

É indiscutível que, como dizia VAZ SERRA «*não pode negar-se que o mesmo facto, pode, ao mesmo tempo, representar uma violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual*»⁷⁰.

Basta a ofensa culposa de um direito absoluto, como são os direitos de personalidade, para que a lesão verificada esteja contemplada quer pelas regras próprias da responsabilidade por actos ilícitos (no caso português o art. 483.º n.º 1 CC) quer pelas regras da responsabilidade contratual, se tal lesão ocorrer no âmbito de uma relação contratual existente entre o lesante e o lesado.

No entanto, esta dualidade de regimes legais ou normativos em nada afecta a identidade dos sujeitos e do facto lesivo ou, por outras palavras, entre os mesmos sujeitos da relação contratual preexistente, verifica-se uma única conduta ilícita e o mesmo dano, qualquer que seja o ângulo em que se coloca, da responsabilidade contratual ou da responsabilidade aquiliana.

Não há dois danos distintos, nem há duas condutas diferentes, nem do ponto de vista naturalístico, nem no plano jurídico. O que há são dois regimes legais de protecção do lesado que prevêm tal conduta e visam reparar tal dano, mas cada regime com a sua teleologia própria.

Assim sendo, como é, à unidade de conduta e de dano, corresponderá necessariamente a unidade de pedido indemnizatório e de indemnização.

Como refere a doutrina alemã não se trata de várias pretensões concorrentes («ANSPRUCHSKONKURRENZ») mas de um concurso de normas que fundamentam a mesma pretensão («ANSPRUCHSNORMENKONKURRENZ») ⁷¹.

Creemos, destarte, que o sistema de cúmulo nas modalidades de, na mesma acção, o Autor socorrer-se das normas de responsabilidade delictual e contratual que lhe forem mais favoráveis, ou se propor duas acções distintas, mas com base na responsabilidade contratual e outra com base na extracontratual, não faz sentido, além de ser substancialmente injusto.

⁷⁰ VAZ SERRA, *op. cit.*, 230.

⁷¹ Na conhecida expressão de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil*, 12.º

Note-se que a proposição de duas acções autónomas, uma com fundamento na responsabilidade contratual e outra na aquiliana conduziria, pelo menos entre nós, à litispendência dada a identidade de sujeitos, de pedido e de *causa petendi* (se fosse idêntica a factualidade concreta da causa de pedir).

A questão de inserção da factualidade donde emerge o pretensão do autor na previsão normativa, a chamada subsunção jurídica, não é tanto uma *quaestio voluntatis* das partes, mas antes uma questão de qualificação jurídica.

E, nesta matéria, a nossa lei processual claramente acolhe e consagra o princípio da não vinculação do tribunal à matéria de direito alegada pelas partes: *jus novit curia*.

Com efeito, o tribunal só está vinculado à alegada matéria de facto como decorrência do princípio do dispositivo e, mesmo assim, com as importantes derrogações que, neste campo, os modernos ordenamentos adjectivos vão introduzindo em detrimento dos postulados clássicos da teoria processual.

Além do mais, não se vislumbram quaisquer razões lógicas que permitam ao credor, havendo dois blocos normativos, harmoniosos e autónomos, que regulam a mesma situação em apreço, sob ângulos diferentes, a escolha «oportunistamente» de normas isoladas de cada um dos conjuntos normativos, de acordo com as suas conveniências, através da chamada «acção híbrida».

Finalmente, como nota o Prof. ALMEIDA COSTA, ainda no plano processual, decorreria de tal admissibilidade uma certa indeterminação do foro competente, se o próprio da responsabilidade contratual ou se o da extracontratual.

Também, melhor sorte não parece merecer a chamada «teoria de opção» segundo a qual o credor teria a faculdade de escolher entre uma acção baseada na responsabilidade *ex delicto* e uma fundada na responsabilidade contratual.

Aqui também continua válido o argumento de que a determinação do modelo normativo da responsabilidade é uma questão de qualificação jurídica, o que vale por dizer, é matéria de direito, sujeita ao disposto no art. 644.º do C. P. Civil, de acordo com o qual, o tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das suas regras.

Se o credor/lesado tiver alegado factos constitutivos do contrato celebrado com o lesante e a violação de tal contrato, mediante o seu não cumprimento defeituoso, não vemos que o tribunal não possa qualificar

a situação *sub judice* como sendo de responsabilidade contratual, não obstante o autor pretender a aplicação das regras da responsabilidade aquiliana, por exemplo no que tange à solidariedade passiva em caso de pluralidade de devedores⁷².

Pensamos que não haverá aqui qualquer convoção da causa de pedir, perspectivada esta no sentido tradicional de *facto* ou *factos* concretos de onde emerge o pretense direito do autor.

Também não vemos qualquer heresia processual se o lesado unicamente alegar factualidade susceptível de se enquadrar na responsabilidade aquiliana e o Réu, na sua contestação invocar a existência de contrato, fazendo prova de tal vínculo negocial.

Neste caso, o Tribunal poderá enquadrar a pretensão do Autor nas normas da tutela contratual sem que, com isto, profira condenação *extra vel ultra petitem*.

O que acontece, porém, e que pelo *facto* de determinados comportamentos serem enquadráveis na teleologia das normas delituais, do mesmo passo que se traduzem em violações contratuais positivas, ou, mais concretamente, em cumprimentos defeituosos, a Jurisprudência portuguesa, ela própria, vem sufragando a tese de que «*não exclui a possibilidade de invocação da responsabilidade civil extracontratual por prejuízos causados por má execução de uma obra a invocação de um contrato de empreitada, eventualmente mal cumprido*»⁷³ e admitindo claramente a possibilidade de opção, como é o caso do Ac. da Rel. de Lisboa de 4 de Julho de 1973 que assim sentenciou:

«*No concurso de duas espécies de responsabilidade, deve dar-se ao lesado a faculdade de optar por aquela que mais lhe convier.*»⁷⁴

Só que, segundo se me afigura e ressalvado o subido respeito pela posição defendida naquele aresto, não se trata exactamente de uma faculdade alicerçada em conveniências, nem, tão-pouco, de negar ao *accipiens* de uma relação contratual a tutela das normas gerais preexistentes a qualquer contrato, como argumentava PLANIOL referindo que «*a lei é anterior a todos os contratos*»⁷⁵.

⁷² Sobre esta questão veja-se o interessante artigo do Prof. VAZ SERRA, na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105; pág. 233.

⁷³ Ac. S.T.J. de 22 de Outubro de 1987, in *BMJ*, 370, 529.

⁷⁴ Ac. Rel. Lx. de 4.7.73, in *BMJ*, 229.

⁷⁵ PLANIOL, «*Notas au Recueil périodique*», Dalloz, 1907, citado por JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, 216.

É que a cada um dos complexos normativos corresponde um escopo próprio que não pode apenas ser recortado na genérica e simplista expressão de tutela do lesado ou de recuperação dos danos causados.

Na modalidade *ex contractu*, tutelam-se os direitos de crédito e os conexos deveres acessórios e laterais do *accipiens* perante a violação dos mesmos por parte do *solvens*.

Com isto não se quer defender que entre a responsabilidade extra-contratual e contratual exista uma relação de especialidade, caso em que por força do princípio *lex specialis generali derogat* a responsabilidade aquiliana estaria afastada⁷⁶.

Para que tal relação existisse a responsabilidade delitual teria de funcionar como um *genus proximum*, da qual a contratual seria a *species* sendo a *differentia específica* constituída pela própria relação creditícia.

Não é assim, pois «cada uma possui esfera particular ou autónoma de actuação»⁷⁷ pelo que se encontrou uma relação de consunção.

No caso concreto da responsabilidade médica, não temos dúvida em afirmar que, se se estabelece uma relação contratual, entre o médico no seu consultório e o doente que o procura, a não prestação dos cuidados médicos ou um tratamento deficiente do lesado integra o não cumprimento ou o cumprimento defeituoso por parte do médico. E, mesmo nos casos em que ocorre um dano, aparentemente, estranho à relação contratual (por parecer não decorrente da própria prestação debitória) como é o caso de uma lesão vascular ou secção de um nervo importante produzida por imperícia ou desatenção do cirurgião ou o clássico exemplo da queimadura provocada inadvertidamente pelo radiologista, só ocorrerá responsabilidade contratual, por violação dos deveres laterais, independentemente do dever primário de prestação (violação essa que desencadeia responsabilidade contratual).

Deveres esses impostos pela boa-fé e de entre os quais se destacam os deveres de protecção da pessoa e dos bens do paciente, cujo incumprimento, como atrás dissemos, gera situações de «violação contratual positiva»⁷⁸ ou de cumprimento defeituoso.

⁷⁶ Tese sustentada na doutrina francesa, embora haja quem se pronuncie contra, mesmo na França, como se pode ver em *Direito de Obrigações*, 6.ª ed., 459, do Prof. ALMEIDA COSTA, (nota de rodapé).

⁷⁷ Prof. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 459.

⁷⁸ A expressão «violação contratual positiva» cuja paternidade se deve a HERMANN STUB, «positive Vertragsverletzung», não tem grande acolhimento entre nós. Introduzi-

De resto, no nosso ordenamento jurídico, como tivemos ocasião de salientar, o regime de responsabilidade contratual é aquele que se mostra, globalmente, mais favorável ao lesado pelo que dificilmente se compreenderá eventual opção.

Aderimos assim, pela convincente argumentação e clareza expositiva à tese do Prof. ALMEIDA COSTA já atrás expandida.

6. Pressupostos da responsabilidade

Ocupemo-nos, de seguida, dos pressupostos da responsabilidade civil no domínio da actividade médica.

Focaremos o tema na perspectiva de ambas as formas de responsabilidade civil já que, se, como entendemos, a responsabilidade civil médica é, na generalidade das situações de natureza contratual, outros há em que se recorta nitidamente a responsabilidade extraobrigacional, pelo que o sentido dos pressupostos desta modalidade terá, como parece adequado, que ser aqui também versado.

Iremos apenas debruçar-nos sobre a ilicitude, a culpa e o dano, já que os demais pressupostos não oferecem especialidades dignas de relevo no que à responsabilidade médica concerne.

6.1. Ilcitude

Assente que, por via de regra, a responsabilidade médica é de natureza contratual, o pressuposto em referência é «*a desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado*»⁷⁹.

Raras serão, com efeito, situações de verdadeiro não cumprimento ou de mora.

A generalidade, para não dizer a totalidade, das acções de responsabilidade médica, não se fundam no não cumprimento, nem numa mora por parte do clínico.

Ninguém vai a juízo porque o médico não o curou de enfermidade que padecia, ou, se assim, simplesmente, proceder verà a sua pretensão

da em Portugal por MANUEL DE ANDRADE, ainda tem hoje alguns defensores como MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé em Direito Civil*, vol. 1, 595, nota 229. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão cfr. Prof. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pág. 927, nota 2.

⁷⁹ Prof. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II vol., 3.^a ed., pág. 91.

sujeita a fatal sucumbência posto que, como a generalidade dos códigos deontológicos e das próprias legislações reconhece, que o médico tem o dever de prestar os melhores cuidados ao seu alcance, dentro dos seus conhecimentos e no estado actual da ciência.

O médico não assegura nem pode assegurar a cura da enfermidade do paciente, tanto mais que tal cura, como atrás tivemos ocasião de ver, não depende apenas de intervenção médica, mas também de vários factores endógenos entre os quais pontificaria a resistência do doente, a sua capacidade de regeneração, o estado do organismo, etc.

Com razão afirma JOÃO ÁLVARO DIAS⁶⁰ «*jogando com valores tão essenciais, indissolúveis e ilimitáveis como são os direitos de personalidade (v. g., o direito à vida, direito à integridade física, direito à saúde), o médico percorre a cada instante, um espinhoso caminho em que a licitude e a ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos. A linha demarcada entre aquilo que ao médico é lícito no exercício da sua profissão e aquilo que lhe está vedado não é por certo uma linha recta sem quaisquer oscilações ou quebras, antes aparenta subtis vereações a que logo se seguem enormes sinuosidades, num continuum ininterrupto.*

Daí que o dramatismo da actuação médica, em casos extremos, esteja bem patenteada na ideia outrora sustentada de que a melhor maneira de garantir a qualidade dos cuidados prestados era ligar indissociavelmente a sorte do médico à sorte do doente.»

Na verdade, pode dizer-se que constitui um critério geral e não apenas jurídico-penal, o que foi consagrado no art. 150.º do Código Penal segundo o qual «*as intervenções e tratamentos que, segundo o estado de conhecimentos e da experiência da medicina, se mostram indicados e foram 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.*

Assim só haverá lesão ilícita dos direitos de outrem ou violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios, para os efeitos do art. 483.º, n.º 1, do C. Civil, se a intervenção médica ou cirúrgica se

⁶⁰ J. ÁLVARO DIAS, «Procriação Assistida e Responsabilidade Médica», *B.F.D.C. Studia Juridica*, 21, Coimbra Editora, 274.

processar ao arrepio das *leges artis* e também só nestes casos se poderá falar de cumprimento defeituoso quer da prestação debitória principal, que se traduz, como vimos, na obrigação de tratamento, quer dos deveres laterais e acessórios que integram a relação contratual e destinadas à protecção da pessoa e dos bens do doente.

Apesar do critério de conformidade com as *leges artis* ser o traço distintivo por excelência entre a licitude e a ilicitude da intervenção médica, é extremamente ténue a divisória entre tais situações.

Assim, por exemplo, quando segundo as leis da arte uma intervenção cirúrgica deve ser cuidadosamente precedida de uma série de exames detalhados com vista ao estudo das possibilidades de sucesso da intervenção e de uma cabal avaliação dos riscos da mesma, situações há em que o estado do doente não se compadece com a demora necessariamente resultante de tal estudo pré-operatório.

Só o médico, quantas vezes sozinho, sem o recurso à opinião de um colega, terá de apreciar e decidir da urgência e da oportunidade de tal intervenção, e, não raramente, em face de doentes não colaborantes, dado o estado em que se encontram ou, até, pelo seu próprio modo de ser.

Por *leges artis* entende-se o conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre⁸¹.

A obrigação do médico é a de prestar ao doente os cuidados ao seu alcance, de acordo com os seus conhecimentos e o estado actual da ciência médica, por forma a preservar-lhe a saúde na medida do possível (medicina preventiva) procurar salvar-lhe a vida ou prolongá-la (medicina curativa) ou suavizar-lhe o sofrimento nos casos de prognóstico fatal (medicina paliativa).

O princípio proclamado pelo Código Internacional da Ética Médica segundo o qual «o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana», código esse adoptado pela 3.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Londres no ano de 1949, encontra-se reproduzido em quase todos os códigos deontológicos dos Estados de Direito.

⁸¹ Dr.ª MARIA DE FÁTIMA GALHARDAS, in «Negligência Médica no Código Penal Revisto», *Sub Judice*, n.º 11, Jan.-Junho 96.

Em face do quanto fica dito, é de concluir que o acto médico ilícito pode consistir na violação de qualquer norma legal, regulamentar ou estatutária que regule as relações entre o médico e o doente (v. g., o Código Deontológico) ou na inobservância das *leges artis* de que decorra lesão ou perigo de lesão do direito à saúde e integridade física e psíquica do paciente.

Quanto à violação dos preceitos legais e regulamentares, nenhuma dificuldade se oferece, uma vez que tais preceitos impõem deveres concretos ao médico ou proíbem determinados comportamentos.

Em vários casos, como tivemos ocasião de ver, razões de política criminal tutelam os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais atrás referidos, pelo que são incriminadas as condutas violadoras, quer como crimes de dano quer como crimes de perigo (concreto ou abstracto).

Estão nesta situação a interrupção voluntária da gravidez (nos casos não permitidos por lei), o exercício ilegal de medicina, a recusa do médico, a intervenção médica arbitrária.

Noutros casos, a violação dos preceitos normativos não se reveste da gravidade de um ilícito penal, mas nem por isso deixa de constituir fundamento, quer para a responsabilidade extracontratual quer para a contratual na medida em que se reflecte na própria prestação devida ou deveres laterais.

Maior dificuldade apresenta a questão da determinação de quando ocorre a violação das *leges artis* e aqui surge o problema do chamado «*erro médico*». Este conceito, todavia, melhor será analisado em sede da matéria de culpa, visto que em qualquer das suas modalidades relevantes, erro de diagnóstico ou erro de terapêutica, verifica-se, por via de regra, uma situação típica de negligência médica.

Em matéria de ilicitude, particular destaque merece a intervenção médica ou cirúrgica sem consentimento, sobretudo, do doente.

Com efeito, a nossa lei penal incrimina a realização de intervenções ou tratamentos sem tal consentimento — art. 158.º do C. Penal — preceituando logo no art. 159.º, que tal esclarecimento deve incidir sobre a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento.

Pode dizer-se que, desde 1982, *legem habemus* sobre esta matéria.

Refere MAIA GONÇALVES que o Código «é mais minucioso que a generalidade da legislação comparada, reproduzindo na lei geral, os ensinamentos da doutrina autorizada da especialidade»⁸².

O princípio do consentimento informado surgiu nos anos 40, como decorrência da investigação médica efectuada sobre seres humanos (Código de Nuremberga de 1947 e Declaração de Helsínquia de 1964). Como escreve o Prof. SÉRVULO CORREIA⁸³ a sua aceitação generalizou-se nas democracias ocidentais industrializadas a partir de meados da década de 70. Incide com particular importância em situações de tratamento que possam suscitar efeitos secundários graves e de terapêutica experimental, para além das de investigação pura. Mas a sua aplicação estende-se a todas as intervenções e tratamentos à luz da ideia de que a doença não priva as pessoas do seu livre arbítrio.»

Desta sorte não é qualquer consentimento que opera como pré-requisito essencial de todo o tratamento ou de intervenção médica mas, tão-somente, o consentimento esclarecido do doente e livremente prestado.

Como sugestivamente afirmou GUILHERME DE OLIVEIRA assiste-se hoje ao «*fim da arte silenciosa*»⁸⁴, o fim de uma longa era em que o médico, senhor do seu saber sobre a vida e morte dos homens e numa atitude algo esotérica, conduzia todo o tratamento sem dar qualquer explicação ao doente e, não raro, susceptibilizava-se com as perguntas por este formuladas, frequentemente.

Este silêncio médico tinha, contudo, uma razão de ser, pois inseria-se no ensinamento de Hipócrates de Cós, o pai da medicina clássica, que, nos seus textos aconselhava que o médico escondesse tudo o que pudesse ao doente, desviando a atenção deste, daquilo que lhe estava a fazer e omitindo o prognóstico que lhe reservava.

Com isto não se quer dizer que este génio da medicina preconizasse qualquer atitude de displicência ou de indiferença perante o doente. Tra-

⁸² MAIA GONÇALVES, *C. P. anotado e comentado*, 5.ª ed., 338.

⁸³ Sobre esta questão com interesse, «As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde» do Prof. SÉRVULO CORREIA, in *Direito de Saúde e Bioética*, AGFDC, 1996, 54.

⁸⁴ Prof. GUILHERME FALCÃO DE OLIVEIRA, «O fim da 'arte silenciosa' (o dever de informação dos médicos)», *RLJ*, ano 128, págs. 70/72 e 101/104. Também deste autor «Estrutura do Acto Médico: Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *RLJ*, ano 125.

tava-se antes de uma concepção protectora do doente ainda hoje conhecida com a designação de «*paternalismo médico*».

Os tempos mudaram e com os tempos os figurinos do pensamento. Actualmente, como diz o Prof. DANIEL SERRÃO «*o acto médico deixou de ser um encontro privado entre duas pessoas e é hoje, de toda a evidência, um acontecimento público que envolve todos os grandes planos da organização das sociedades modernas: a investigação científica, as criações tecnológicas, a informação das pessoas, a comunicação social, a concepção económica do Estado, a responsabilidade civil e penal e a avaliação ética dos comportamentos envolvidos*»⁸⁵.

Presentemente o médico tem o dever de informar o doente sobre o seu estado, esclarecê-lo sobre as terapêuticas, esclarecê-lo sobre os riscos, quer do tratamento quer dos próprios meios de diagnóstico cada vez mais complexos e manipuladores da pessoa do doente, e finalmente sobre as expectativas de cura e das sequelas previsíveis.

Dever que não é apenas de ordem moral ou deontológica, antes uma verdadeira injunção legal, cuja violação culposa, além de constituir o infractor no dever de indemnizar poderá integrar ilícito criminal se se verificarem os demais pressupostos de responsabilidade penal.

Questão de particular importância é a de saber se mesmo em caso de sucesso de tratamento, de êxito terapêutico, o doente a quem não foram prestados os esclarecimentos necessários, poderá demandar o médico com base na violação do dever de informação. Alguma doutrina vem-se pronunciando no sentido afirmativo considerando que, neste caso, o dano será a lesão da integridade psíquica do doente que se tivesse sido devidamente informado poderia ter negado o seu consentimento à prática de tal intervenção, assumindo os consequentes riscos.

O Doutor GUILHERME DE OLIVEIRA salienta no seu artigo «*Estrutura Jurídica do Acto Médico*» que o dever de obter consentimento informado funda-se num direito inato de personalidade e não depende na sua afirmação básica da estrutura contratual em que se pratica o acto.

Assim, como aliás é doutrina corrente o dever de obter consentimento informado tem por base a protecção do direito à integridade física e moral do doente.

⁸⁵ Prof. DANIEL SERRÃO, «Desafios Hipocráticos da Medicina Moderna», in *Revista da Ordem dos Médicos*, Jan. de 1992, pág. 8.

Os deveres de informação do doente e de obtenção de consentimento esclarecido cedem, todavia:

— Nos casos em que tal consentimento só poderá ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde.

— No caso do chamado «*consentimento presumido*» que a nossa lei considera existir quando tenha sido expressamente consentida certa intervenção ou tratamento, se realize outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e de experiência da medicina, como meio de evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde do paciente.

Torna-se, todavia, necessário que não se verifiquem circunstâncias que permitam seguramente concluir que o consentimento seria recusado — art. 156.º, n.º 2, do C. Penal.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos regula o dever de esclarecimento e recusa de tratamento no art. 38.º, permitindo a recusa de assistência por parte do médico, se o doente ou a família, depois de devidamente informados, recusarem os exames ou tratamento indicados.

No caso de «*métodos arriscados*» o médico deve obter, de preferência por escrito, o consentimento do doente, ou dos seus pais ou tutores, se for menor ou incapaz.

Quando a revelação das informações seja susceptível de agravar as condições do doente, tornando-se, por isso, prejudicial, pode o médico invocar o chamado «*privilégio terapêutico*» regulado, em termos que se nos afiguram muito vagos e imprecisos, no art. 40.º do Código Deontológico e que, nesse caso, funcionará como causa de exclusão de ilicitude.

Ainda no domínio da ilicitude, uma breve alusão ao dever de confidencialidade, ou do segredo médico, cuja violação fará incorrer o médico, tanto em responsabilidade civil, como civil e penal se se verificarem os necessários pressupostos.

O Código Penal prevê e pune no seu art. 195.º o crime de violação de segredo estatuinto:

«*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano e com pena de multa até 240 dias.*»

Nos termos do art. 68.º do Código Deontológico consideram-se como informação confidencial:

a) Os factos revelados directamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou terceiro com quem tenha contactado durante a prestação dos cuidados ou por causa dela;

b) Os factos apercebidos pelo médico, provenientes ou não de observação clínica do doente ou de terceiros;

c) Os factos comunicados por outro médico obrigado, quanto aos mesmos, a segredo profissional.

Casos há, no entanto, em que a lei impõe derrogações ao dever do segredo médico.

É o caso das doenças contagiosas de declaração obrigatória (n.º 2 da Base IV da Lei 2036, de 9 de Agosto de 1949), tendo em atenção as Tabelas de doença de declaração obrigatória ordenada de acordo com o Código da 9.ª Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID) da OMS.

No domínio da luta contra a cegueira o Dec. Lei 49 331, de 15.10.69, tornou obrigatória a declaração de cegueira, independentemente da sua etiologia, considerando-se a cegueira como:

— ausência total de visão

— situações irrecuperáveis em que:

— a acuidade visual seja inferior a 0,1 no olho em melhores condições e após correcção apropriada

— a acuidade visual, embora superior a 0,1, seja acompanhada de limitação do campo visual igual ou inferior a 20 angulares.

Finalmente também no caso de certas doenças transmissíveis que impõem o afastamento temporário de frequência escolar, o D. L. 89/77, de 8 de Março, impõe a revelação de tais doenças, nos casos de evicção escolar.

6.2. Culpa médica

A responsabilidade civil do médico assenta na culpa (arts. 483.º e 798.º do C. Civil).

Segundo a lei, a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência do *bonus pater familias* em face das circunstâncias de cada caso — arts. 487.º, n.º 2, e 799.º do C. Civil.

Este critério do homem médio, ou, como se diz nos sistemas de *common law*, do *reasonable man* terá, naturalmente, de ser adaptado no caso da responsabilidade médica, ao *reasonable doctor* ou médico médio, e

ainda assim, tratando-se de acto médico de determinada especialidade, ao especialista normalmente diligente⁸⁶.

A culpa no direito civil é, essencialmente, um conceito ético normativo, no sentido de que o seu parâmetro de apreciação é recortado pela lei, através do recurso à figura do tal homem médio em abstracto ou *bonus pater familias*⁸⁷ e não ético-psicológico com acolhimento no direito penal. Por outras palavras, em direito civil a culpa aprecia-se *in abstracto*, enquanto no direito penal tal apreciação é *in concreto*.

Com isto, porém, não se pretende afirmar que a avaliação juscivilista de culpa prescindia de elementos concretos, e ficcione uma «culpa» qualquer, mais ou menos arbitrária.

A lei exige que a apreciação da culpa (designadamente para a determinação do seu grau) se tenha em conta «as circunstâncias de cada caso».

Não distingue o nosso Código diferentes cambiantes da intensidade da culpa, tal como fazia a doutrina tradicional no domínio do vetusto Código de Seabra, que distinguia entre a culpa grave, leve e levíssima.

Como se sabe, os factos ilícitos classificam-se actualmente em dolosos e meramente culposos.

Não iremos obviamente considerar no âmbito deste trabalho a actuação dolosa do médico (em qualquer das modalidades do dolo), a actuação com *animus nocendi*. Na verdade, raros serão os casos em que o ilícito médico ou qualquer violação contratual será praticada intencionalmente, atenta a formação ética e cultural de tais profissionais.

Tratamos assim, apenas das situações em que se verifica a mera culpa ou negligência.

Pontifica aqui a questão ou problema do «erro médico».

Cabe, neste domínio, de acordo com a doutrina da especialidade distinguir entre «erro de diagnóstico» e «erro de terapêutica».

Como se sabe o diagnóstico é a determinação da doença, em traços muito gerais.

⁸⁶ JEAN PENNEAU, *op. cit.*, e quase toda a doutrina sobre este assunto referida em notas anteriores.

⁸⁷ Sobre este ponto, cfr. o interessante trabalho de JÚLIO GOMES, «Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva», in *Rev. de Direito e Economia*, ano XIII, págs. 97 e segs.

A elaboração do diagnóstico funda-se no exame do doente que, já não é feito *a capite ad calcem*, como diziam os antigos, pelo menos por via de regra.

Vários são os actos médicos praticados na fase de diagnóstico de clínica geral, entre os quais, segundo a classificação de Surós⁸⁸.

Interrogatório (ou anamnese)

Inspecção (primeiro a geral somática — atitude, fâcies, estado de nutrição, altura, cor de pele, etc., e depois a local, como do tórax, abdômen, etc.

Palpação

Mensuração

Percussão

Auscultação e

Métodos complementares de diagnóstico

Uma falta de cuidado normal ou de atenção é susceptível de determinar um diagnóstico errado, com inevitáveis consequências nos resultados terapêuticos.

Como anota H. GASPAS «A elaboração do diagnóstico, pode não ser fácil, é mesmo na sua elaboração que mais se pode evidenciar a inteligência, os conhecimentos, a capacidade, a perspicácia e a intuição do médico. *Elabora-se através do estudo dos sintomas que são a sua necessária premissa.*»⁸⁹

Mas, como muito avisadamente escreve o referido autor, e é *communis opinio*:

«Na sua apreciação, em caso de erro ou de falha, não se poderá atender a critérios positivamente fixados, que nem existem. Sendo o diagnóstico uma simples hipótese, uma mera probabilidade, só uma ignorância indesculpável ou o esquecimento das mais elementares regras profissionais, que se revelem de modo evidente, poderão determinar a responsabilização por erro de diagnóstico.»⁹⁰

Deste modo, sempre que a técnica exploratória seguida, os exames laboratoriais e radiológicos pedidos e outros meios auxiliares de diagnóstico utilizados, sejam também utilizados, com alguma frequência,

⁸⁸ J. SURÓS, *Semiologia Medica y Tecnica Exploratoria*, Salvat Editores, SA, Barcelona-Madrid, pág. 1.

⁸⁹ A. H. GASPAS, *op. cit.*, 347.

⁹⁰ *Ibidem*.

por outros médicos, não deve admitir-se a responsabilização do médico por erro de diagnóstico.

O mesmo critério, segundo defende a melhor doutrina, deve ser seguido quanto ao chamado erro de terapêutica e aqui ter-se-á sempre em consideração que a missão do médico não é obter (necessariamente) a cura do doente, mas prestar-lhe todo o tratamento necessário em demanda dessa cura.

Tem aqui interesse reflectir sobre a questão do ónus da prova de culpa em matéria de responsabilidade médica. Já anteriormente fizemos considerações sobre tal questão mas, pelo seu interesse, acrescentamos mais algumas palavras.

Já vimos que, tratando-se de responsabilidade extracontratual a lei atribui tal *onus probandi* ao lesado — art. 487.º, n.º 1.

Já no que toca à responsabilidade *ex contractu* o nosso Código opera uma inversão do ónus de prova de culpa, no sentido de que cabe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

Vimos atrás a relutância que a Jurisprudência francesa teve durante longo tempo em considerar o médico presumível culpado no campo da responsabilidade contratual, refugiando-se na construção de RENÉ DEMOGUE na sua dicotómica distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados, para concluir que tratando-se de obrigação de meios, existe uma inversão do ónus de prova, cabendo ao lesado/credor a sua prova.

Se é verdade que a generalidade dos profissionais de medicina age com o necessário zelo e diligência, correndo o risco de se considerar vexatória e ofensiva a presunção de culpa de tal profissional, menos certo não é que se torna, na maior parte das vezes, extremamente difícil ao doente fazer prova de que o médico não agiu com a diligência devida.

Por isso temos as maiores dúvidas em aceitar acriticamente a posição de M. TEIXEIRA DE SOUSA quando refere:

«Essa presunção de culpa do devedor não se justifica na área da responsabilidade médica.

Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através de repartição do ónus de prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus de prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Apesar do curso entre responsabilidade contratual e extracontratual, o ónus da prova da culpa do médico determina-se exclusivamente pelo regime

daquela responsabilidade delitual, pelo que este último absorve a inversão característica da responsabilidade contratual.»⁹¹

Creemos que no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no n.º 1 do art. 799.º do C. Civil.

Quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado.

O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso⁹².

Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.

Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.

Qualquer construção jurídica que não tenha como escopo a realização do equilíbrio dos interesses em presença é uma construção de puro dogmatismo, tão ao gosto dos positivistas, elaboração mental bem trabalhada, por certo, mas que se queda inútil se não resultar num instrumento ao serviço da Justiça.

O direito britânico tem o termo técnico para a negligência profissional: «*Malpractice*» que é definido como «*professional misconduct or unreasonable lack of skill*»⁹³, mas, segundo aquele direito, só a falta

⁹¹ M. TEIXEIRA DE SOUSA, «Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica», in *Direito de Saúde á Bioética*, cit., pág. 137.

⁹² Assim deverá ser pelo menos no caso ou casos em que o efeito da actuação do médico se apresenta como incompatível com as consequências de uma terapêutica normal, como decidiu o Tribunal do Sena em 1938, decisão essa referida por JEANINE AMBIALET, «Responsabilité du fait d'autrui en droit médical», 51, citado por MOITINHO DE ALMEIDA, in *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu seguro*, cit., 8.

⁹³ Black's Law Dictionary, S. Paul, West Publishing Co., 1990, e Dr.ª MARIA DE FÁTIMA GALHARDAS, *op. cit.*, em nota. 81.

grave, o *palpably wrong* tem levado à condenação, pelo menos no campo penal, dos médicos.

Ao contrário a jurisprudência e doutrina francesas já não aceitam que tal responsabilidade se verifique só no caso de culpa grave *faute lourde*.

JEAN PENNEAU, na sua obra *Drot Médicale* declara «Saber se, para haver responsabilidade, a «falta» deve ser muito leve, simplesmente leve, ou um pouco mais, ou um pouco menos, é um falso problema que o juiz não está, aliás, em condições de resolver. Toda a investigação neste sentido parece carecida de significado.»⁹⁴

Haverá, todavia, que notar que em países de grande litigância, cada vez mais temerária, como o nosso, uma tendência exacerbada de responsabilização civil dos médicos poderá ter efeitos perversos de bloqueamento ou exageros de zelo perniciosos para os doentes e para o progresso da ciência médica.

6.3. Dano ou prejuízo

Não ficaria completa a análise dos pressupostos da responsabilidade médica, se não dedicássemos algumas palavras ao dano ou prejuízo.

Por dano entendemos «*toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica*»⁹⁵.

Naturalmente que o acto imprudente ou a imperícia do médico é susceptível de provocar danos, tanto patrimoniais como não patrimoniais.

Como atrás se disse, é de admitir a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais tanto na responsabilidade aquiliana como na responsabilidade contratual.

Como exemplo de danos não patrimoniais, podemos apontar os sofrimentos dolorosos resultantes da lesão o *pretium doloris* ou *pain and suffering* do direito da *common law*, os danos estéticos resultantes de cicatrizes ou deformidades irreversíveis, os próprios danos resultantes da perda da possibilidade de convívio habitual, a vergonha sentida em sair à rua em cadeira de rodas ou com queimaduras ou cicatrizes notórias, etc., os chamados «*danos de relação*»⁹⁶.

⁹⁴ *Apud*, J. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida*, cit., 347.

⁹⁵ Prof. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 496.

⁹⁶ Em francês «*préjudices d'agrément*».

Os danos patrimoniais serão não só os chamados danos emergentes, resultantes de despesas com tratamentos, transportes, etc., como todos os benefícios que o lesado deixou de obter como consequência da lesão.

Apesar desta aparente facilidade de enunciação, a verdade é que os danos resultantes de negligência médica apresentam consideráveis dificuldades de avaliação.

Desde logo, grandes são as dificuldades em que o doente se encontra em certo estado ou tem certa predisposição, que nada tem a ver com a actividade danosa de medicina.

Assim, por exemplo, como se refere J. ÁLVARO DIAS⁹⁷ se o doente ficar completamente cego na sequência de uma intervenção cirúrgica negligente, quando antes nada via de um dos olhos e tinha a vista do outro reduzida a 2/10 o dano provocado deve determinar-se pela diferença entre a invalidez preexistente e a invalidez total e definitiva ora verificada, ou seja, será o valor correspondente à invalidez residual (teoria da diferença)⁹⁸.

Outra dificuldade de não menor monta é a que resulta de situações em que um tratamento negligente cura determinada doença mas produz um dano corporal igual ou superior ao mal que se propunha debelar.

O Tribunal de Lyon em 17.11.52 decidiu um caso em que uma doente, sofrendo de depressão nervosa foi submetida a uma sessão de electrochoques, tendo sofrido duas fracturas do úmero, provocadas pelo tratamento, mas o seu estado psíquico melhorou consideravelmente.

Na acção intentada por falta ou vício de consentimento levantou-se a questão de saber se se poderia compensar para efeitos do citado dano, o prejuízo resultante das fracturas com o benefício do tratamento.

O Tribunal pronunciou-se pela positiva, considerando que é o estado global da doente que deverá ser tomado em consideração, tendo em vista o mesmo estado antes e depois do tratamento e que só tal comparação permitiria fixar a extensão e o valor do prejuízo a reparar.

Nota J. ÁLVARO DIAS, na sua obra *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica* de onde este exemplo foi respigado que tal aresto «*vi-ria a acolher o inestimável apoio de SAVATIER*».

Este mesmo autor que, nesta matéria, seguimos de perto, defende a tese de que na medida em que qualquer tratamento constitui um facto

⁹⁷ J. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, 386.

⁹⁸ *Ibidem*.

indivisível cujas consequências (benéficas e nefastas) não podem ser dissociados, só pode proceder-se à correcta determinação do prejuízo após «dedução» do benefício colhido. Assim, diz o mesmo autor, «*em situações limite e levando tal ideia às últimas consequências lógicas, sempre que o benefício ultrapasse o dano não haveria lugar a qualquer indemnização ou compensação*».

Afigura-se-me que este ponto de vista merece aplauso já que, cada vez mais vincadamente se constata que a medicina alopática utiliza medicamentos potentes e não isentos de toxicidade, cujos efeitos farmacocinéticos e farmacodinâmicos nem sempre podem ser correctamente avaliados, do mesmo passo que os progressos registados no domínio das técnicas de diagnóstico e de terapêutica implicam riscos cada vez maiores, pois os instrumentos actuam no interior do organismo, em tecidos muito delicados, como as mucosas ou os vasos sanguíneos.

Em todo o caso não só é extremamente discutível a determinação da superioridade do benefício como, independentemente de qualquer benefício ou dano, o lesado, como atrás se disse, poderá sempre demandar o médico pelos danos sofridos em caso, v. g., de intervenções não consentidas livre e esclarecidamente.

A avaliação dos danos não patrimoniais torna-se melindrosa e complexa em matéria de responsabilidade médica (o dano na vida de relação, o dano estético, etc.), o que terá levado GUIDO GENTILE a afirmar que «*a valoração do dano pessoal coloca o mais difícil dos problemas no vasto campo da responsabilidade civil*»⁹⁹.

Entre nós, a verdade é que a maioria dos autores admite compensação dos danos não patrimoniais mesmo na responsabilidade contratual, como ficou dito.

Porém, o critério de redução equitativa a que se reporta o art. 494.º do C. Civil não parece obter o acolhimento de alguns autores, em matéria de responsabilidade contratual, por considerarem incompatível com a natureza desta.

Parece, todavia, que no estrito campo do dano não patrimonial desde que se admita a sua ressarcibilidade no plano da responsabilidade contratual, haverá que permitir o accionamento de tal dispositivo legal, posto que expressamente previsto no art. 496.º, n.º 3, do C. Civil.

⁹⁹ GUIDO GENTILE, «Il danno alla Persona» na *Enciclopedia del Diritto*, n.º 26. Também, citado em *Procriação Assistida...*, de J. ÁLVARO DIAS, 390.

Note-se que o art. 11.º da Resolução 75-7 do Conselho da Europa de 1975 dispõe textualmente:

«La victime doit être indemnisée du prejudice esthetique, des douleurs physiques et des souffrances physiques.

*Cette dernière catégorie comprend en ce que concerne a la victime, diverses troubles et desagresments tels que des malaises, des insomnies, un sentiment d'inferiorité, une diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité de se livrer a certains activités d'agrément.»*¹⁰⁰

De versar será também o problema da determinação do dano, a questão de certeza deste, como condição de indemnização.

Principalmente no caso das crianças em que a ressarcibilidade do dano, ou a sua evolução, só se torna verificável após o termo do crescimento, e mesmo em muitos outros casos em que ocorrem constantes alterações evolutivas ou degenerativas dos tecidos, torna-se aleatória tal determinação.

É que há danos actuais susceptíveis de evolução futura, e, por outro lado, poderão surgir complicações imprevisíveis ou até previsíveis como consequência de uma intervenção negligente.

Apelando a esta dificuldade os defensores da teoria do cúmulo das responsabilidades, invocam a dificuldade criada pelo prazo prescricional próprio da responsabilidade extracontratual que, como se sabe é de apenas 3 anos.

Quanto a nós, esta será mais uma razão, essencialmente de ordem pragmática, no sentido de consideração da natureza contratual da responsabilidade nas acções de responsabilidade médica, embora, como bem nota J. ÁLVARO DIAS mesmo mediante recurso exclusivo às normas da responsabilidade extracontratual, sempre haveria que atender a que o prazo de 3 anos a que se refere o n.º 1 do art. 498.º do C. C., começa a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete.

Segundo P. LIMA e A. VARELA *«são 2 os prazos de prescrição estabelecidos no n.º 1. Logo que o lesado tenha conhecimento do direito à indemnização, começa a contar-se o prazo de 3 anos. Desde o dano começa, porém, também a correr o prazo ordinário, ou seja o de 20 anos»*¹⁰¹.

¹⁰⁰ VIGNEY, G. *Traité de Droit Civil, Les Obligations, La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, *apud* G. MORÁN, *op. cit.*

¹⁰¹ P. LIMA e A. VARELA, *Código Civil anotado*, I, 4.ª ed., pág. 503.

6.4. O nexo de causalidade entre o facto e o dano

Questão que, pela sua importância, tanto como pressuposto da responsabilidade civil, como pela sua característica de medida de obrigação de indemnizar, merecerá algum detalhe, é a do nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo do médico e o dano sofrido pelo paciente.

Sabemos que o Direito socorre-se do conceito filosófico de causa utilizado pelas ciências e considerado como uma das bases essenciais do raciocínio lógico.

Tal conceito, todavia, como nota MORÁN ¹⁰² é, por si, insuficiente para a determinação dos responsáveis pelo dano.

Dáí que os juristas tenham afanosamente tratado de recordar um conceito de «*causa jurídica*» ou nexo de casualidade, formulando as mais diversas teorias.

Não vamos, aqui e agora, enumerar e discorrer sobre as diversas teorias e vertentes, dado que tanto não o consentem nem o âmbito, nem a extensão do presente trabalho.

Apenas diremos *brevitatis causa* que se perfilam, neste domínio, 3 grandes doutrinas:

— A doutrina da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, segundo a qual, no domínio da responsabilidade civil, consideram-se prejuízos todos os danos que não se teriam produzido se o facto causal, embora concorrendo com outras causas, não tivesse sido praticado¹⁰³.

Atribui-se tal doutrina a VON BURI, mas segundo parece, o seu autor teria sido GLASER, penalista austríaco, na sua obra «*Abhandlungen aus dem os terreichen Strafrecht*» cabendo o seu desenvolvimento a V. BURI a partir de 1860.

Para esta teoria, portanto, sendo o dano, como qualquer outro acontecimento, produto de uma multiplicidade de factores que decorrem tanto da acção humana ou da omissão, como das causas exteriores ao homem, cada um desses factores desde que necessário e indispensável a tal produção, deve considerar-se causa.

¹⁰² L. GONZALEZ MORÁN, *La Responsabilidad Civil del Medico*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 127.

¹⁰³ Prof. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., 652.

— As doutrinas selectivas, entre as quais, a doutrina da última condição ou de causa próxima *Injure non remota, sed proxima causa spectatur* segundo a qual causa seria o evento causal cronologicamente mais próximo do dano, doutrina que se atribui a BACON.

— A doutrina ou teoria da «causalidade adequada» segundo a qual a causa de um dano é a condição que, em abstracto, se mostre adequada a produzi-lo.

Os defensores desta teoria partem da doutrina da *conditio sine qua non*, na medida em que tal condição é necessária (causal), mas também se lhe exige que em abstracto, e segundo as regras da experiência da vida (o *id quod plerumque accidit*), seja apta a produzir tal evento ou resultado.

Assim há que atender, mediante um juízo de prognose póstuma, não só às circunstâncias cognoscíveis, a data da produção do facto, por um homem normal e médio, como às realidades conhecidas do agente¹⁰⁴.

Esta teoria, que se atribui a VON KRIES embora desenvolvida por RUMELIN, reconhece a existência de várias condições produtoras do evento. Porém, nem todas desempenham o mesmo papel, pelo que é seleccionada aquela que segundo a ideia de previsibilidade ou probabilidade é apta (adequada) a produzir o dano, funcionando, portanto, como sua causa.

A nossa lei acolheu nitidamente a teoria da causalidade adequada no art. 563.º do C. Civil.

Destarte, na situação em apreço, só será causa jurídica de um dano no paciente, a conduta (culposa) do médico que, segundo um juízo *a posteriori* formulado, revela-se idónea para a produção de tal resultado.

Não há, todavia, que confundir esta aptidão causal ou idoneidade para a produção do evento, com a sua previsibilidade.

Esta releva no plano da culpa pelo que, se o médico que actuou com violação das *leges artis* não previu o resultado danoso da sua conduta, por descuido ou negligência, esta é-lhe imputada a título de culpa: o médico é culpado de tal conduta.

Porém, se equacionadas assim as coisas no puro plano dogmático, poucas dificuldades parecem emergir para a determinação da causa adequada do dano médico, a situação não é assim no plano prático.

¹⁰⁴ Prof. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 655.

Grandes são, na verdade, as dificuldades que, com frequência se levantam aos tribunais para a apreciação dos factos apurados com vista à determinação da relação causal quanto, especialmente, à morte ou ao agravamento da saúde do doente, decorrente da imperícia ou imprudência médica.

O doente que é levado para uma sala de operações onde se submeterá a delicada intervenção cirúrgica ou o que recebe tratamentos radioterápicos é portador de doença que, por si mesma, vai reduzindo as suas defesas e resistências orgânicas.

Determinar concretamente se a morte é decorrência de imperícia médica ou do próprio estado psicofisiológico do paciente não é tarefa fácil e, com frequência, os laudos periciais neste capítulo são inconclusivos.

Se a tudo isto acrescentarmos que a doutrina e considerável jurisprudência consideram que a obrigação contratual médica é uma obrigação de meios e que colocam o ónus da prova a cargo do paciente, facilmente nos apercebemos das dificuldades práticas da procedência de uma acção indemnizatória em sede de responsabilidade civil médica.

Esta dificuldade de prova do nexos casual entre o facto e o dano é ainda mais complicada, pelas mesmas razões, em terreno de culpa médica e daí que só nos casos de negligência grosseira, a chamada «*culpa grave*», é que se logra obter, por via de regra, a procedência das acções condenatórias.

ROMEO CASABONA na sua obra *El medico ante del derecho*¹⁰⁵ dá-nos notícia que a Primera Sala do Tribunal Supremo de Espanha tem seguido, em várias ocasiões, as diversas teorias de causalidade a que atrás fizemos referência, e que, também com alguma frequência, tem confundido o problema do nexos casual entre a acção e o dano, com o problema da culpa.

M. K. NETO, na sua obra a que já nos referimos, com razão observa que: «*Na apreciação concreta da acção médica, devem os magistrados observar, detidamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção:*

¹⁰⁵ «La Jurisprudencia ha seguido en diversas ocasiones cada una de estas técnicas, en que generalmente se ha inclinado mas bien por planteamientos realistas: 'hay que partir de la singularidad de cada caso y del juego combinado de cuantos factores pueden ligar la ilicitud de la conducta con el resultado producido'», in R. CASABONA, *El medico ante el Derecho*, Ministério de Sanidad y Consumo, Madrid, 116.

condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares — de molde a se estabelecer, com razoável grau de certeza, a conduta recomendável, naquelas circunstâncias, e o eventual desvio, por imperícia, imprudência ou negligência, atribuível ao médico.»¹⁰⁶

Conscientes destas dificuldades, Jurisprudência e Doutrina estrangeiras, têm buscado outras formas de atenuar as dificuldades de prova, quer no campo do nexo causal entre o acto ilícito e o dano quer no terreno da culpa.

6.4.1. «Perte de chnce de Guérison ou de survie»

Os tribunais franceses, desde 1965, construíram a teoria da *«perte de chance de guérison»* ou *«perte de chance de survie»* aplicável no caso dos danos corporais resultantes da imperícia ou negligência médica, quando não se recorte, com toda a nitidez, o nexo causal entre a acção médica e o dano.

Assim, a teoria da perda de possibilidade (*«chance»*) de cura ou de sobrevivência surge como uma teoria objectivista, verdadeira fórmula de compromisso para o acesso à indemnização, ainda que parcial, do dano sofrido pelo paciente, mesmo que não se prove o falado nexo de casualidade.

O primeiro caso foi decidido pelo *«Cour d'appel»* de Grenoble em 24 de Outubro de 1962;

Determinada pessoa feriu-se no pulso e, tendo efectuado exames radiográficos à mão, o médico não descobriu nenhuma fractura, tendo o paciente, após medicação, retomado a sua vida habitual.

Em 1959, ao manejar um objecto pesado, sentiu uma dor violenta e o outro médico consultado, ao examinar as radiografias efectuadas quando do acidente referido, verificou que existia uma fractura não consolidada.

No entanto, apesar disso, procurou desculpar o colega dizendo que o estado actual do paciente *«não deve ser considerado como evolução normal e inevitável do ferimento de 1952 e muito menos, como erro de diagnóstico e de eventual falta de cuidados, mas antes de um novo acidente ocorrido no pulso já debilitado pelo primeiro acidente»*.

¹⁰⁶ M. KFOURI NETO, *op. cit.*, 202.

O lesado, todavia, sustentava posição contrária, dizendo tratar-se de erro de diagnóstico do primeiro clínico, o que o teria privado dos cuidados aplicáveis em tais casos e que se tais cuidados tivessem sido adoptados, não sofreria agora de incapacidade funcional da mão.

O Tribunal de Grenoble decidiu que se o diagnóstico tivesse sido correcto, se tivesse sido feita uma imobilização susceptível de lograr a consolidação da fractura, ter-se-ia evitado a formação de uma pseudoartrose com a persistência da fragilidade do pulso.

E conclui neste sentido «*a não aplicação de tratamento adequado, devido a erro de diagnóstico, privou, de forma segura, o autor 'd'une chance de guérison' com que o lesado, seguramente, teria o direito de contar e que o prejuízo, certo e directo, causado ao autor, decorrente de erro de diagnóstico [...] foi constituído exclusivamente 'par cette perte d'une chance de guérison'*»¹⁰⁷.

O Tribunal de Cassação confirmou este aresto e três anos mais tarde consagrou o conceito de «*perte d'une chance de guérison*» por acórdão de 14 de Dezembro de 1965 confirmatório da decisão do Cour d'Appel de Paris que condenou um médico no pagamento de uma indemnização ao pai de um criança que fora vítima de um erro de diagnóstico e de terapêutica, com o que ficara privado da possibilidade de cura.

No caso de omissões médicas, a «*chance perdue*» resultará da não interrupção do curso normal de enfermidade pelo que, ainda que não resulte provado que a acção médica evitaria o agravamento ou a morte do paciente, admite-se que tenha sido perdida uma possibilidade de cura, se tal acção tivesse ocorrido.

A doutrina da «*perte de chance de guérison ou de survie*» tem os seus adeptos e vai começando a ganhar peso em diversos países.

SINDE MONTEIRO refere que por força do desenvolvimento da doutrina penalista do «*comportamento alternativo ilícito*» devida a CLAUS ROXIN, verifica-se também e ressarcibilidade de «*perte de chance de guérison ou de survie*»¹⁰⁸.

Este autor afirma que: «*também entre nós nada parece opor-se à ressarcibilidade do dano da 'perte d'une chance', respeitados que se-*

¹⁰⁷ BOYER CHAMMARD-MONZEIN, *La responsabilité médicale*, Paris, 1974, apud G. MORÁN, *op. cit.*, 130.

¹⁰⁸ Prof. SINDE MONTEIRO, «Aspectos Particulares da responsabilidade Médica», in *Direito de Saúde e Bioética*, Lex, 1991, 150.

*jam os garde fous colocados por aquela doutrina e jurisprudência»*¹⁰⁹.

De resto, segundo a sua referência, tal seria a hipótese de um advogado que omite a interposição de um recurso.

Não haverá a certeza de o cliente ganhar o recurso, dada a natureza aleatória do mesmo, mas, ao omitir tal interposição, o cliente do advogado perdeu a possibilidade de vir a obter ganho de causa.

ATAZ LOPEZ comenta: «*Não foi o médico quem, com os seus actos, causou o dano.*

*Todavia, podendo e devendo, interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve de actuar, ou por haver adoptado medidas ineficazes e inócuas que podem revelar imperícia. O médico terá incumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de actuar, e por força de tal incumprimento, o dano resultante de um processo natural é-lhe imputável.»*¹¹⁰

Esta teoria teve o aplauso de ANDRÉ TUNC, BOYER CHAMMARD e PAUL MONZAIN e DURRY na França.

GENEVIEVE VINEY entende que a «*perte d'une chance*» não é o processo técnico próprio para este efeito, pelo que a indemnização devia radicar na «*criação culposa de um estado de perigo*», até porque a «*criação de um risco injustificado*», como sustenta alguma jurisprudência criminal, permite a reparação integral do prejuízo, ao passo que a «*perte d'une chance*» apenas possibilita a indemnização parcial da vítima¹¹¹.

Alerta, todavia, SINDE MONTEIRO, com razão, para o perigo de, por esta via, que alguma jurisprudência francesa parece começar a seguir, citando GEORGES DURRY, se poder cair no extremo oposto «*pois o que se pretende é que, seja excluída a indemnização, e o que pode acontecer é que, em vez da mera indemnização pela 'chance perdue' os tribunais, apesar da incerteza, considerarem mais facilmente provado o nexo causal, o que conduzirá a uma indemnização integral*»¹¹².

¹⁰⁹ Prof. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, Col. Teses, Almedina, 297.

¹¹⁰ J. ATAZ LOPEZ, *Los Medicos y la Responsabilidad Civil*, Madrid, 1985, pág. 342.

¹¹¹ VINEY, citado por S. MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, pág. 299.

¹¹² SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, 299.

6.4.2. A Teoria da «*res ipsa loquitur*»

Nos Estados Unidos, dadas as consideráveis dificuldades de prova, tem-se vindo a seguir, com frequência, a teoria da «*res ipsa loquitur*» («*a coisa fala por só própria*»), segundo a qual perante a morte do doente ou do agravamento das lesões, surge uma presunção de negligência médica, desonerando o paciente da prova.

Fala-se no «*direito de evidência circunstancial*»¹¹³ cujos requisitos são os seguintes:

- a) Inexistência de prova sobre como e porquê ocorreu o dano;
- b) Presunção de que não teria ocorrido se não tivesse havido acção ou omissão culposa do médico;
- c) Tal presunção recai sobre o médico que pessoalmente trata o paciente;
- d) O dano deverá ter ocorrido em circunstâncias que não façam presumir a culpa do paciente (isto é, que este o tenha provocado culposa ou dolosamente).

Como se vê, dado o progressivo aumento de acções de responsabilidade médica, caminha-se nos países em que tais acções são em número elevado, por veredas de autêntica responsabilidade objectiva do médico.

7. Cláusula de exclusão da responsabilidade. Sua inadmissibilidade

O médico não pode excluir a responsabilidade por actos próprios. Na verdade, se o fizesse, tal convenção seria nula, *ex vi* do disposto no art. 809.º do C. Civil, já que implicaria uma renúncia antecipada do titular de eventual direito de indemnização.

A lei só permite a exclusão ou limitação da responsabilidade por actos dos representantes legais ou auxiliares «desde que a exclusão ou limitação não compreendam actos que representem a violação dos deveres impostos por normas de ordem pública», art. 800.º, n.º 2, do C. Civil.

Ora é praticamente unânime a posição da doutrina e da jurisprudência no sentido de que «as regras profissionais cuja observância é necessária para a protecção da vida ou da integridade física de terceiros, devem ser consideradas normas de ordem pública para o efeito de,

¹¹³ KING IN, JOSEPH H. *The law of Medicine Malpractice*, apud por K. NETO.

caso sejam violadas, se tornar inoperante a exclusão da responsabilidade»¹¹⁴.

De resto tratando-se de direitos tutelados pelos ordenamentos supranacionais e pela Constituição da República Portuguesa, sendo mesmo tais direitos de personalidade indisponíveis, mal se compreenderia a possibilidade de disposição ou convenção sobre a responsabilidade decorrente da lesão de tais direitos, o que, no fundo, envolveria uma renúncia antecipada de direitos.

Na França, onde se distingue entre culpa leve (*«faute légère»*) e culpa grave (*«faute lourde»*), os tribunais vão mostrando uma certa receptividade às cláusulas de exclusão da responsabilidade no domínio da culpa leve, o que, entre nós não seria possível, em face do sobredito preceito legal.

A questão das cláusulas exoneratórias da responsabilidade tem sido debatida amplamente na França, na Alemanha e na Itália, desde o fim do século passado, como decorrência do princípio de autonomia da vontade.

Entre nós, e no domínio do velho Código de Seabra, a discussão centrava-se em torno do art. 1055.º deste diploma, que estatua:

«Os contraentes podem aumentar ou diminuir, convencionalmente, os efeitos da evicção, mas não renunciar à responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má-fé.»

A doutrina civilista mais proeminente entendia que no caso de incumprimento contratual por dolo, a cláusula de irresponsabilidade devia ser proscrita (CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, IV, 317; PINTO COELHO, «A responsabilidade do transportador nos transportes aéreos e a validade de cláusula de irresponsabilidade por acidentes ocorridos às pessoas», *BFDC*, X e XI).

No caso de incumprimento meramente culposo, posto que a doutrina graduasse a culpa em grave, leve e levíssima era aceite, no seguimento da orientação dos autores franceses, que a culpa grave seria equiparável ao dolo *culpa lata dolo equiparatur*.

Apesar de o Código Civil de 1867 não fornecer elementos no sentido da validade das cláusulas de irresponsabilidade, a doutrina e alguma jurisprudência vinham aceitando como válida a estipulação de tais cláusulas

¹¹⁴ Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, 347, em 1974. Cfr. também *infra* nota 106.

sulas, desde que o acto ilícito não importasse a violação da ordem pública ou do interesse público.

O Dr. AZEREDO PERDIGÃO, numa comunicação proferida no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, assim sintetizava o seu pensamento sobre esta questão:

«Em face dos textos legais do direito português comum, não é fácil fundamentar, devida e completamente, a validade das cláusulas de exoneração da responsabilidade, por incumprimento ou por cumprimento imperfeito das obrigações contratuais.

Reconhece-se que, em certos casos, as mesmas cláusulas satisfazem determinados exigências da vida social e não afectam os princípios, ou normas jurídicas em que ela assenta.

— *Deste modo, mesmo na falta de lei que expressamente as valide, os Tribunais poderão reconhecer os seus efeitos, nas hipóteses previstas nas alíneas seguintes:*

a) Quando o contraente faltoso tiver agido por mera negligência ou inadvertência e, portanto, com exclusão de toda a falta intencional, sendo, nesta matéria, perfeitamente equiparáveis, quer no que se refere aos efeitos, quer no que se refere ao ónus de prova, o dolo e a culpa grave.

b) Quando o acto ilícito não importe violação de qualquer lei, preceptiva ou proibitiva, de ordem pública ou de interesse público, devendo ser consideradas leis desta natureza todas as que, em cada época e em cada povo, se destinam a assegurar as condições fundamentais de existência de solidariedade, de segurança e de progresso da Nação, do Estado, dos indivíduos e das instituições.»¹¹⁵

Presentemente, a temática das cláusulas exoneratórias ou de responsabilidade mitigada ou limitada tem a sua sede legal no n.º 2 do art. 800.º (quanto a actos dos auxiliares ou representantes legais), sendo certo que a lei veda expressamente exclusão ou limitação da responsabilidade emergente da violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

No caso dos médicos e das instituições de saúde, de há muito se vem considerando que deve ser considerada nula qualquer cláusula destinada

¹¹⁵ Dr. JOSÉ AZEREDO PERDIGÃO, «O Princípio da Autonomia da Vontade e as Cláusulas Limitativas da Responsabilidade Civil (Noções Gerais)», in *R.O.A.*, ano 6, Lisboa, 1946, 26 e segs.

a limitar ou excluir eventual responsabilidade decorrente de actividade médica *lato sensu*.

Com efeito, PINTO MONTEIRO escreve¹¹⁶: «São deveres de ordem pública aqueles a que, em regra, o médico está adstrito — tanto relativamente aos cuidados que lhe são exigíveis, como à actualização dos seus conhecimentos e à aplicação dos meios técnicos auxiliares de acordo com a evolução registada pela ciência médica, maxime tratando-se de um especialista — não podendo antecipadamente isentar-se da responsabilidade em que incorrerá, emergente v. g., de deficientes juízos de diagnóstico, de prescrição de tratamento errado ou inadequado, ou de qualquer descuido ou atitude negligente em intervenções cirúrgicas.»

O mesmo autor depois de salientar que a obrigação do médico é uma típica obrigação de meios, não estando obrigado a mais do que desenvolver a perícia e os conhecimentos que lhe são exigíveis, com respeito pelas *leges artis* no sentido de cura do doente, embora sem compromisso quanto a tal resultado, aponta:

«O que o médico não pode é, por via das cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, sem essas cláusulas, incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituíram na obrigação de indemnizar o doente, designadamente por qualquer culpa sua ou dos auxiliares.

Estão em causa valores — como a vida, saúde, integridade humana — cujo respeito e protecção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula hipoteticamente aceite pelo doente.»¹¹⁷

Pode dizer-se que é unânime a posição dos autores que sustentam que os deveres cuja violação implica responsabilidade médica são de ordem pública, sendo, por isso, inadmissíveis cláusulas exoneratórias ou limitativas de responsabilidade daí decorrente¹¹⁸.

A nível jurisprudencial os tribunais franceses têm declarado nulas tais cláusulas, sendo conhecida a decisão do Tribunal Civil de Marselha de 12.06.56, referida por AL JONDI na sua tese de doutoramento *Le juge*

¹¹⁶ Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de responsabilidade Civil*, cit., pág. 809.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. F. DIAS e SINDE MONTEIRO «Responsabilidade Médica em Portugal», cit. 2.6.1, A. H. GASPAR, *op. cit.*, 351, MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil dos Médicos e o seu Seguro*, 22-23.

et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle, apresentada em Paris em 1979¹¹⁹ em que o tribunal teve de apreciar a validade de uma cláusula pela qual a esposa de um doente mental, que se suicidou, isentava antecipadamente a clínica de qualquer responsabilidade por atitudes violentas do doente, contra si próprio ou contra outros doentes, depois de ter declarado que o marido nunca antes tentara suicidar-se.

O tribunal em causa sentenciou: *«La clause contractuelle d'irresponsabilité en cas de suicide du malade, invoquée par la clinique, n'était pas de nature à la dégager de son obligation de surveillance dont le caractère essentiel dans les contrats d'hospitalisation des malades mentaux en fait nécessairement, au moins pour partie, l'object: Q'au surplus cette clause, en ce qu'elle tend à dégager la responsabilité découlant d'omissions coupables génératrices de dommages causés aux personnes par une atteinte à leur intégrité, est nulle comme contraire à l'ordre public.»*

MIGUEL K. NETO dá-nos notícia de um caso semelhante ocorrido no Brasil e julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 1989 em que o referido tribunal considerou inoperante uma «cláusula de não-indenizar», estipulada quando do internamento, a título gratuito, do paciente em sanatório psiquiátrico. O doente empreendeu a fuga, durante a qual veio a morrer.

«O órgão julgador assentou que o dever de vigilância é inerente ao serviço principal oferecido, configurando-se culpa in re ipsa, sendo ineficaz a cláusula de irresponsabilidade. Haveria, no caso, presunção de culpa do estabelecimento ocorrendo dano ao incapaz, posto que o sanatório assume, 'de modo axiomático, claro dever jurídico de vigilância dos pacientes que, acometidos de distúrbio psíquico ou psicossomático, careçam de vigilância alheia'.»

E finaliza o aresto: *«Todo o dano à pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, necessita de vigilância ou assistência, supõe inadimplentemente do dever. De modo que, morrendo paciente — que, pelas condições psicopatológicas, devia estar sob vigilância ininterrupta — enquanto tentava fugir, a culpa é suposta in re ipsa e da consequente presunção só se livra o estabelecimento no caso em que se livraria o tutor*

¹¹⁹ Apud PINTO MONTEIRO, op. cit., 311 nota de rodapé.

*ou curador, ou seja, se provar que não houve, da sua parte, culpa ou negligência.»*¹²⁰

8. O seguro da responsabilidade civil profissional do médico

8.1. Em Portugal não existe seguro obrigatório da responsabilidade profissional do médico.

O Doutor SINDE MONTEIRO no seu trabalho em colaboração com o Prof. FIGUEIREDO DIAS, «*Responsabilidade Médica em Portugal*», a que temos feito referência nesta exposição, dizia que mesmo o seguro facultativo é pouco usual.

Cremos que esta situação está algo ultrapassada face ao aumento do número de casos de médicos demandados civilmente, de que a Comunicação Social tem feito eco e, sobretudo, graças à acção divulgatória da própria Ordem dos Médicos relativamente a este seguro facultativo e suas vantagens.

Não é muito diferente a situação no Brasil.

MIGUEL KFOURI NETO escreve, a este propósito:

«No Brasil, o médico é civilmente responsável pelos seus erros e pode ser demandado para que cumpra a sua obrigação de reparar os danos culposos que tenha causado ao cliente. O que a experiência tem demonstrado, no entanto, é que o brasileiro até hoje não adquiriu o hábito de processar ninguém para obter reparação do dano.

*E a classe médica, assim, também tem ficado alheia ao problema jurídico e financeiro da responsabilidade da reparação das injúrias físicas cometidas aos clientes no exercício profissional.»*¹²¹

Em princípio, o seguro da responsabilidade civil médica cobre toda a responsabilidade civil resultante dos actos da função ou qualquer outro próprio da profissão médica, mas respeitante aos danos causados a terceiros no exercício de tal acção.

Normalmente o contrato de seguro não cobre a responsabilidade:

— resultante de actos dolosos do segurado e ou dos seus auxiliares, assim como aquela em que o segurado possa incorrer por recusa da prestação de serviços médicos.

¹²⁰ M. KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, 2.^a ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pág. 85.

¹²¹ M. K. NETO, *op. cit.*, 20.

— por acto próprio da profissão médica para o qual o segurado, nos termos legais e regulamentares, não se encontra devidamente habilitado.

— por danos causados aos parentes do segurado ou aos seus auxiliares.

— por danos resultantes de actos ou omissões do segurado que se manifestem para além de um prazo de cinco anos¹²².

Assim, normalmente, estão cobertos os danos decorrentes, nomeadamente, de tratamentos, consultas, visitas, diagnósticos, prescrição ou aplicações terapêuticas, intervenções cirúrgicas e outros actos médicos.

Habitualmente, estão cobertos os danos causados a terceiros nas instalações onde o segurado exerce a sua profissão, desde que este desconheça os vícios que as afectarem, entendendo-se como instalação profissional o local designado na apólice e o respectivo recheio.

Já em 1974 o Dr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA dava notícia de que, quanto à responsabilidade decorrente do uso de material médico «*algumas apólices estrangeiras, condicionam a cobertura ao desconhecimento pelo médico do vício próprio que afecte tal material*». E acrescentava: «*Trata-se de uma medida útil para combater o desleixo, que gostávamos de ver adaptada nas condições particulares das nossas apólices.*»¹²³

O seguro cobre, como não podia deixar de ser, quer a responsabilidade contratual quer a extracontratual.

Salvo estipulação em contrário, o seguro não cobre a responsabilidade dos substitutos ou auxiliares.

E, como refere M. ALMEIDA «*quando existe estipulação a garantia da responsabilidade dos substitutos ou auxiliares, na apólice da responsabilidade civil do médico, abrange tão-somente os factos que determinaram a responsabilidade destes (na responsabilidade extracontratual, os actos dos prepostos no exercício das respectivas funções; na responsabilidade contratual os dos que foram utilizados no cumprimento da obrigação) e tem a natureza de um contrato a favor de terceiros (arts. 443.º e segs. do C. Civil)*»¹²⁴.

¹²² Cfr. o trabalho apresentado pela Dr.ª ALICE BETTENCOURT REIS no IX Colóquio Jurídico Internacional — Magistrados e Seguradoras promovido pelo Comité Europeen des Assurances — Montreux, Outubro de 1987, publicado no *Bol. Informativo da Secção Portuguesa da Associação Internacional do Direito dos Seguros*, Ano I, n.º 2, págs. 5 e segs.

¹²³ J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, 15.

¹²⁴ *Ibidem*.

8.2. Vários são os riscos normalmente excluídos. Assim *inter alia* estão excluídos os danos causados pelo segurado, seus colaboradores ou empregados sob a influência de estupefacientes, em estado de embriaguez ou demência, assim como os actos dolosos do médico ou dos seus auxiliares ou substitutos.

De igual sorte se excluem os danos resultantes da prática de actos para os quais o segurado ou seus colaboradores não tenham a devida habilitação legal ou regulamentar ou estejam expressamente proibidos por lei.

Também é normalmente excluída a responsabilidade emergente da aplicação de recomendação de produtos farmacêuticos não aprovados pelas entidades oficiais, assim como aqueles em que o segurado ou seus auxiliares tenham colaborado na respectiva elaboração.

Nem sempre é fácil a interpretação do clausulado, sobretudo por quem não dispõe dos necessários conhecimentos jurídicos e isto é tanto mais verdade quanto é, cada vez mais, complexa e variada a actividade médica.

Há quem considere que em caso de dúvida «*consideram-se excluídas as situações de risco embora resultantes de factores casuais atribuíveis ao segurado, mas de todo em todo imprevisíveis e excepcionais e, assim, atípicos, relativamente ao id quod plerumque accidit de tal modo que seja de excluir que no momento da formação do contrato possam ter sido considerados pelo segurado para fins de garantia...*»¹²⁵.

Neste caso, como é evidente, resta ao segundo o recurso aos tribunais para a conveniente interpretação do clausulado contratual e a oportuna condenação da entidade responsável. Ponto é, no entanto, que a Justiça seja, além de eficaz, suficientemente célere para salvaguardar o efeito útil da acção intentada.

9. Os novos caminhos da responsabilidade

Para arrumação de ideias, convém precisar o alcance da expressão «*novos caminhos da responsabilidade*». Não se trata de novos esquemas teóricos sobre a responsabilidade civil.

¹²⁵ ALDO DURANTE, *La responsabilità del professionista e la sua assicurazione*, Milão, 1970, apud por M. ALMEIDA, *op. cit.*

Trata-se de novos problemas ou desafios que a evolução cultural e civilizacional vai colocando, fruto do desenvolvimento científico e tecnológico e da mutação dos valores a que, no início desta exposição, se fez referência.

A própria cirurgia é hoje questionada e considerada como reveladora de incapacidade de compreender a doença através dos seus mecanismos íntimos.

O Prof. DINIS DA GAMA, Presidente da Sociedade Europeia de Cardiologia Vascular, recentemente afirmou:

«Eu sinto que a cirurgia está a aproximar-se do fim. E isto porque ela traduz, no fundo, uma solução mecânica para um problema que é muitas vezes uma disfunção metabólica, que vem a resultar na doença, causada noutras circunstâncias, por desregulamentos dos mecanismos íntimos bioquímicos, moleculares e celulares.

*Portanto, ao oferecermos soluções como as actuais, de natureza cirúrgica sobre as consequências, isso significa que não temos capacidade de entender esses mecanismos e prevenir a ocorrência da doença.»*¹²⁶

Sabemos que todo o progresso médico é consequência, além do mais, de uma série de reveses e infortúnios, a par de êxitos e sucessos, de tal modo que também os erros e acidentes são causa de afinações e aperfeiçoamentos.

Como afirmava Celsius: *«a Medicina nasceu da experiência da recuperação de alguns, da morte de outros e da distinção entre as coisas que fazem bem das que fazem mal».*

Porém, em nome dos benefícios do progresso, não se pode aceitar acrítica e passivamente toda a experimentação no ser humano, ignorar os erros e desculpar as lesões.

Estão ainda gravados na nossa memória colectiva os gritos dos campos de concentração e de depoimentos como este:

«Nada neste mundo poderá preparar alguém para um local como AUSCHWITZ-BIRKENAU. O pior pesadelo é suave em comparação com aquilo que tive de suportar nos laboratórios de Mengele. Eu era apenas uma criança de nove anos, que cresceu depressa, porque as crianças sujeitas a situações de vida e de morte, já não são crianças. Mui-

¹²⁶ Prof. DINIS DA GAMA em entrevista ao *Tempo Medicina*, Outubro de 1996, n.º 659, ano XIV.

tas vezes digo que nós, os gémeos de Mengele, somos crianças sem infância porque, quando remontamos aos melhores anos da vida, vêm-nos à memória as enormes chaminés, o odor dos corpos queimados, as injeções, a recolha de sangue, os intermináveis testes nos laboratórios de Mengele, os ratos, os piolhos e os cadáveres em todo o lado.»¹²⁷

É que o homem não é apenas um puro ente biológico. Como afirma Moretti¹²⁸, «*ele é também espírito. Entre todos os animais, ele é o único que diz 'Eu', isto é, a ser uma pessoa, a situar-se em frente de um 'Tu' e a entrar em diálogo com ele; possui também uma dimensão irreduzível à matéria que, à falta de melhor, chamamos espírito. Ele é o único no seu género, insubstituível. Na medida em que domina alguns dos seus instintos, é capaz de agir conforme a razão, determinar-se a si próprio, fazer juízos de valor.*

Para o cristão, o homem é mais ainda: criado à imagem de Deus, ele é chamado a tornar-se seu filho; é isso que faz a sua grandeza e a sua dignidade.»

Da confluência de todos estes vectores, linearmente se compreende a dificuldade de afirmações categóricas no campo da responsabilidade médica e, também, a necessidade que os juristas têm de acompanhar a evolução das chamadas «*ciências da vida*», cujo desenvolvimento vai levantando novas questões relativas à distinção entre o que é lícito e o que o não é, entre um comportamento culposo e uma conduta inocente.

São fenómenos novos ou relativamente recentes sobre os quais, pelo menos entre nós, é ainda parca a jurisprudência e não abundante a doutrina, e, todavia, eles exigem respostas prementes, ainda que necessariamente provisórias, dos nossos Tribunais.

São esses os «*novos caminhos da responsabilidade*» que gostaríamos de tratar com algum detalhe.

Infelizmente, os limites decorrentes de um trabalho desta natureza não consentem grandes voos, embora alimentemos a esperança de, um dia, podermos abordar com maior profundidade estas e outras questões conexas, num domínio tão fascinante como é a óptica jurídica das técnicas que se prendem directamente com a dignidade do Homem.

¹²⁷ Depoimento de EVA MOZES KOR, in *Quando a Medicina Enlouqueceu, A bioética e o holocausto* de ARTHUR CAPLAN, Instituto Piaget, 1997, pág. 15.

¹²⁸ J. M. MORETTI, O. DINECHIN, *O Desafio da Genética*, Ed. Notícias, Lx., pág. 7.

9.1. Procriação assistida

9.1.1. Noções Elementares

A expressão procriação assistida, que, na verdade, é procriação medicamente assistida, engloba um conjunto de técnicas de reprodução humana sob a supervisão médica.

Basicamente são métodos da procriação ou reprodução humana assistida¹²⁹:

a) a inseminação artificial

b) a fecundação *in vitro* com transferência de embrião (FIVETE)

A inseminação artificial faz-se através da introdução do esperma nos órgãos sexuais da mulher.

Trata-se, portanto, de um método de tratamento da esterilidade masculina.

Relativamente à esterilidade feminina, decorrente, via de regra, da obstrução das trompas de Falópio, procede-se à fecundação do óvulo fora do corpo («*extra corpore*») e obtido o ovo ou zigoto, após as primeiras fases da segmentação, o embrião é transferido para o útero. Este método designa-se pela sigla FIVETE (Fecundação *in vitro* e Transferência de Embriões).

A inseminação artificial diz-se homóloga quando o esperma é proveniente do marido da mulher. Daqui decorre, que só há inseminação artificial homóloga dentro do casamento.

Quando o esperma é proveniente de homem que não é o marido da mulher (dador) a inseminação artificial diz-se heteróloga.

Finalmente a designação de inseminação artificial mista é aplicável à situação em que a mulher é inseminada com uma mistura do esperma do marido com o de um dador.

A I. A. homóloga é utilizada, como vimos, entre os cônjuges, quando o esperma do marido é fecundo, isto é, contém espermatozóides em número e qualidade de forma a possibilitar a fecundação do óvulo, mas, os mesmos, por qualquer razão, não têm mobilidade suficiente ou têm dificuldade de alcançar o óvulo feminino.

¹²⁹ Prof. LESSEPS, L. REYS, «Aspectos Éticos e legais relativos à reprodução humana», in *Introdução ao Estudo da Medicina legal*, AAFDL, 1990, págs. 83 e segs.

A I. A. heteróloga processa-se quando o esperma do marido ou companheiro não é fecundo ou por motivo de risco de transmissão de deficiências genéticas, não é aconselhável a utilização de tal esperma.

A I. A. mista usa-se nos casos em que não sendo o esperma do marido totalmente estéril, haja vantagens psicológicas para o casal decorrentes da mistura dos líquidos seminais que, produzindo a incógnita sobre a paternidade da criança assim concebida, permite admitir que a mesma tenha sido concebida com os gâmetas do marido.

A FIVETE é a fecundação do óvulo *extra corpore* nisso se diferenciando basicamente da I. A., pois também admite o recurso a métodos homólogos ou heterólogos consoante os gâmetas são provenientes de ambos os cônjuges, da mulher e de um dador ou, ainda, de dadores diferentes.

Como refere o Prof. Doutor LESSEPS REYS *«enquanto, na mulher adulta, habitualmente um só óvulo atinge a maturação em cada ciclo, na técnica de FIVETE procede-se, por meios artificiais, à hiperestimulação de vários óvulos que podem ser colhidos.*

*Estes óvulos são posteriormente fertilizados in vitro com os gâmetas masculinos, resultando, habitualmente, a formação de vários embriões, dos quais só alguns são implantados na matriz uterina — permanecendo os restantes como excedentários.»*¹³⁰

9.1.2. Aspectos Jurídicos

Expostos assim os conceitos técnicos elementares neste domínio, vejamos agora, algumas perspectivas jurídicas decorrentes de procriação assistida.

Não restam dúvidas que as técnicas de procriação assistida levantam diversos problemas de índole ético-jurídica e até psicossociológica.

Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo refere J. ÁLVARO DIAS¹³¹, algumas jurisdições que primeiro foram chamadas a pronunciar-se sobre os problemas decorrentes da filiação, proveniente de inseminação artificial, consideravam o processo de inseminação adúlterino, caso não tivesse havido consentimento do marido, até mesmo no caso de tal consentimento existir. Também algumas decisões fo-

¹³⁰ Prof. LESSEPS REYS, *op. cit.*, 96.

¹³¹ J. ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, 44.

ram proferidas considerando filhos ilegítimos os concebidos por via de tal método.

Presentemente, o conceito de adultério pressupõe uma intimidade sexual pelo que a inseminação artificial não é considerada acto adultérino.

Entre nós, como acontece, aliás, em diversos países, ainda não há legislação sobre esta matéria, embora em 1986 tivesse sido criada a «Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias», com a função de preparar um anteprojecto de diploma sobre a procriação assistida.

Assim, apenas alguns preceitos constitucionais como os arts. 36.º, n.º 1, e 67.º da C.R.P., dois ou três do C. Civil (1839.º, n.º 3, 1801.º e 1987.º do CC) e ainda o Dec. Lei 319/86, de 25 de Setembro, constituíram o acervo legislativo sobre tal matéria, ainda que indirectamente.

No domínio específico da responsabilidade civil médica, a doutrina e jurisprudência dos países europeus, onde a procriação assistida é praticada e regulamentada, podem servir de referência para o presente estudo.

Na vizinha Espanha, por exemplo, é a Ley 35 /1988, de 22 de Novembro, o diploma basilar sobre as técnicas de reprodução assistida ou artificial.

Logo no seu art. 1.º este diploma dispõe que *«las técnicas de Reproduccion Assistida tienen como finalidad la actuacion medica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapêuticas se hayan descartado por inadecuados ou ineficaces»*.

Como previne GONZALEZ MORÁN, admitindo que o tratamento da esterilidade insere-se no conceito de acto médico, não faz sentido delinear perfis específicos de responsabilidade civil, exclusivamente aplicáveis ao exercício da actuação clínica neste âmbito, pelo que à actividade do médico que estuda, projecta e aplica tais novas técnicas, são aplicáveis os princípios gerais da responsabilidade civil profissional dos médicos, que assentam na observância das *leges artis*, tal como não existem princípios específicos para os cardiologistas, ortopedistas ou qualquer outra especialidade médica¹³².

Assim, segundo este autor, a dificuldade e complexidade de tais técnicas exigem um suporte técnico-científico sólido, pois as consequên-

¹³² G. MORÁN, *op. cit.*, 240.

cias desastrosas decorrentes de carências neste campo, quer para os dadores das gâmetas quer para as receptoras ou para os filhos nascidos por estes métodos, são susceptíveis de fazer incorrer o pessoal sanitário em responsabilidade civil.

Isto pressupõe, à partida, a exigência de instalações adequadas para a realização destas intervenções, tais como os chamados «*bancos de esperma*» e outras instalações para, mediante os processos de criopreservação (conservação a temperaturas muito baixas, na ordem dos 370º negativos) e outros, se guardar o material genético recolhido.

Naturalmente que o problema da qualidade de tal material é deveras importante já que, um sémen com defeitos, *v. g.*, determinantes da capacidade de fecundação ou contendo genes portadores de doença (pense-se na SIDA por exemplo ou outros), é, evidentemente, susceptível de implicar a responsabilidade do pessoal médico e paramédico.

Neste campo, como referem os autores, tem-se recorrido à analogia com os princípios que regem as transfusões sanguíneas em que os defeitos do material hematológico (sangue, soro, plasma, etc.) implicam tal responsabilidade¹³³.

A «*American Fertility Society*» propôs no seu relatório «*Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies*», de 1986, a obrigação de serem efectuados testes genéticos às pessoas que, pela sua idade, grupo étnico ou ocupação, possam estar particularmente propensos a serem portadores de deficiências genéticas.

Só que tais testes podem implicar um rastreio compulsivo e, por outro lado, não se confinam a exames laboratoriais, já que há que indagar dos hábitos, dos antecedentes hereditários, com vista à detecção de eventuais riscos e até de possibilidades de consanguinidade, por meio de entrevistas e questionários.

Estas entrevistas e questionários podem colidir com os direitos, liberdades e garantias constitucionais dos visados e assim postergar determinados direitos fundamentais (por exemplo, o direito à privacidade).

Note-se que a lei espanhola impõe, *v. g.*, no caso do dador do sémen que o mesmo seja maior, que esteja de boa saúde (isto é, que não seja portador de doença transmissível pelo sémen), segundo os termos de um

¹³³ Cfr., por todos, J. ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, 257, e a abundante citação doutrinal e jurisprudencial aí referida.

protocolo generalizado e obrigatório realizado pelos Centros apropriados «*que tendrá un caracter general e incluirá las características fenotípicas del donante, com prevision de que no padezca enfermedades genéticas, hereditárias o infecciosas transmissibles*» — art. 5.º, 7, da Lei 35/88, de 22/11.

Também a questão da manipulação errada do material, a falta de controlo e vigilância do mesmo, os equívocos na etiquetagem dos frascos, a proximidade de embalagens que possam induzir em erro, etc., podem constituir factores de negligência susceptíveis de produzir dano e, conseqüentemente, de gerar o dever de indemnizar.

É conhecido o caso ocorrido na Inglaterra em 1983 em que, por via de engano laboratorial, um casal de pais brancos teve uma criança de cor negra na sequência de um processo de inseminação artificial heteróloga¹³⁴.

Nos Estados Unidos outro caso análogo se passou. Uma mulher branca, após a morte do marido que sofria de doença oncológica, foi fecundada por esperma que supunha ser do seu falecido esposo, que previamente o depositara num laboratório especializado, tendo concebido e dado à luz uma criança negra¹³⁵.

É evidente que tais situações são geradoras de responsabilidade, embora se torne difícil a quantificação do dano.

Relativamente ao dever de informação, os ordenamentos jurídicos dos países, onde esta problemática mereceu legislação, impõem ao médico a obrigação de informar:

a) Os dadores do sémen, óvulos e preembriões.

Estes dadores devem ser cabalmente informados das conseqüências e dos eventuais danos que poderão decorrer da colheita dos gâmetas. É o caso, especialmente, da dadora de óvulos que deve ser informada de eventuais riscos que tal colheita possa implicar. Devem também os dadores de sémen ser informados da finalidade da colheita.

b) Os receptores também devem ser esclarecidos sobre os vários aspectos e implicações de tais técnicas, assim como dos resultados de riscos previsíveis¹³⁶.

Os Centros de Saúde dos países onde existe legislação sobre procriação assistida dispõem, geralmente, de equipas multidisciplinares que

¹³⁴ Le MONDE, 22.04.87. Cfr., também J. ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, 262.

¹³⁵ M. K. NETO, *op. cit.*, 53.

¹³⁶ G. MORÁN, *op. cit.*, 245.

informam os casais interessados não só das vantagens e riscos no plano biológico ou sanitário, mas também das implicações jurídicas da paternidade e/ou maternidade assim obtida.

Claro que o médico ou o estabelecimento de saúde onde tais técnicas se praticam, terá se munir do consentimento escrito e livremente prestado de todos os intervenientes, tais como dador ou dadora, receptora e, sendo casada, do respectivo cônjuge.

Este consentimento como atrás tivemos ocasião de observar deve ser esclarecido, pois a falta de suficiente informação é susceptível de fazer incorrer em responsabilidade civil e penal.

De resto, o art. 168.º do C. Penal (revisão de 95) estabelece: «*quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos*».

Este comando legal veio substituir o art. 214.º do C. Penal (versão originária de 82) que dispunha:

1.º Quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 1 a 5 anos.

2.º O procedimento criminal depende de queixa.

Agora é elemento do tipo a «*procriação artificial*» conceito mais abrangente pois inclui a inseminação artificial e a implantação de embriões fecundados *in vitro*.

A prática deste crime fará, evidentemente, incorrer o infractor não só em responsabilidade penal, como também em responsabilidade civil, já que o dano *in casu* será a ofensa à integridade física e moral da mulher e a ilicitude a própria violação da lei penal.

Não foi penalizada a falta de consentimento do marido por razões várias que não vale a pena aqui assinalar, embora tal estivesse previsto no Projecto Eduardo Correia.

Todavia, parece-nos claro que a inseminação ou fecundação artificial de mulher casada, não consentida pelo marido, é susceptível de ofender a integridade moral deste e, em consequência, confere-lhe o direito à pertinente reparação.

Outra questão que se levanta a respeito da procriação artificial é a do destino dos embriões excedentários.

Esta questão tem levantado acesas discussões, dada controvérsia ético-religiosa sobre a natureza do embrião.

Para quem considere o embrião como uma coisa, uma *res*, é admissível a sua destruição.

Já não assim para quem, como nós, aceita uma forma embrionária de

vida humana e, por isso, merecedora de tutela jurídica que assenta sobre a dignidade da pessoa humana referida no art. 1.º da Constituição da República como base da própria República Portuguesa.

Basicamente há dois grupos de problemas como refere o Prof. LESSEPS REYS:

- a) Os relacionados com a utilização para novas implantações
- b) A utilização na investigação.

O Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA ensina que «o número de embriões será excessivo quando, de acordo com os conhecimentos médicos, se possa dizer que a implantação de todos eles fará a mulher correr um sério risco, porventura o risco de morte»¹³⁷.

Desta forma e face a tal risco, nem todos os embriões criados *in vitro* são implantados no útero, ficando alguns *extra corpore* assim se levantando a questão do destino a dar-lhes.

Não penalizando o direito penal a destruição de tais embriões, refere aquele Professor que não haverá crime se tal acontecer.

Porém, face aos princípios que regem a responsabilidade civil, entende aquele Mestre que a destruição dos embriões, sem o consentimento dos progenitores, constituirá violação ilícita do direito de procriar de «tal modo que o acto teria causado danos morais dignos de tutela jurídica»¹³⁸, desde que se provem tais pressupostos.

Assim, o modo de evitar a responsabilização dos médicos seria a da imposição legislativa da prática da crioconservação, por certo prazo.

Excedido tal prazo, ficariam os técnicos legitimados para a destruição dos mesmos se, entretanto, não lhes fosse dado outro destino.

Uma nova implantação seria também uma possibilidade, mas isso dependeria não só da sobrevivência e das condições da progenitora, mas até da simples vontade desta.

A possibilidade de atribuição de tais embriões a terceiros seria uma via a considerar, embora não haja identidade de circunstâncias, nem um paralelismo perfeito entre tal situação e a adopção de uma criança já nascida.

A última hipótese será a afectação de tais embriões à experimentação científica.

¹³⁷ Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA, «Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida», *R.O.A.*, ano 49, Dez. 89, 767-791.

¹³⁸ *Ibidem*.

Trata-se, segundo se pensa, de um problema temporário até que as técnicas de criopreservação estejam suficientemente desenvolvidas, e conhecidos sejam os efeitos de tão prolongada exposição a temperaturas baixíssimas.

9.2. O aborto ou interrupção voluntária da gravidez

9.2.1. Notas Preliminares

Desde 1975 o aborto está liberalizado na França sob a eufemística designação de «*interruption volontaire de la grossesse*» e em vários outros países, embora não de forma absoluta.

Com efeito, a partir dos anos 60, movimentos feministas e alguns partidos políticos desencadearam uma verdadeira guerra pela liberalização do aborto com argumentos verdadeiramente alarmistas sobre o número de abortos clandestinos, invocando diversíssimas razões ligadas à emancipação da mulher e à sua saúde.

Num trabalho da nossa autoria intitulado «*O Aborto e Eutanásia*» *Aspectos Jurídicos, Médicos, Religiosos e Sociais*» que apresentámos como magistrado do Ministério Público, discorremos sobre a evolução histórica da possibilidade do aborto, o confronto no direito comparado sobre a permissibilidade ou proibição de tal prática, o aborto à luz da ciência médica e das religiões e outros aspectos onde, sob várias vertentes, analisamos este problema¹³⁹, tomando posição aberta contra a liberalização.

Em Portugal, como se sabe, o aborto constituiu crime, em qualquer das suas modalidades, até ao advento da Lei 6/84, de 11 de Maio.

Esta proibição, todavia, não era absoluta, como se chegou a afirmar, pois ocorrendo causas de exclusão de ilicitude, como por exemplo, no caso de perigo da vida da mãe, o aborto terapêutico não era punível.

No domínio da legislação anterior, as disposições da Parte Especial do Código Penal subordinavam-se à parte geral como, aliás, ainda hoje acontece em geral, de forma que os tribunais, após o apuramento con-

¹³⁹ ÁLVARO RODRIGUES, «O Aborto e Eutanásia, Aspectos Jurídicos, Médicos, Religiosos e Sociais», trabalho dactilografado e policopiado, 1978, cuja cópia vai no volume anexo ao presente trabalho.

creto das circunstâncias de facto e cotejando os preceitos aplicáveis, no caso de tais situações extremas proferiam geralmente sentenças absolutórias.

Como refere o Dr. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA centrava-se «na órbita do velho Código Penal de 1886, a discussão sobre se determinadas hipóteses de aborto (maxime, por motivos terapêuticos) deviam ser tratados nos quadros do 'estado de necessidade' ou do 'conflito de deveres'»¹⁴⁰.

A Lei 6/84, de 11.05, veio descriminalizar o aborto terapêutico, o aborto eugénico e o aborto sentimental, alterando a redacção dos arts. 139.º a 141.º do C. Penal, mas mantendo o princípio geral da proibição do aborto.

A revisão de 1985 do C. Penal, operada pelo Dec. Lei 48/95, de 15 de Março, reproduziu, com alterações formais, os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 139.º da anterior versão do Código na redacção que fora introduzida pela Lei 6/84, de 11 de Maio.

9.2.2. Conceito de aborto

Tem sido algo controverso o próprio conceito de aborto, havendo quem o confunda com o parto prematuro e não faltando quem exija o requisito de expulsão provocada do feto para a verificação do aborto.

A definição mais aceitável parece ser a de «*interrupção provocada da gravidez, com a morte do feto*»¹⁴¹.

Na verdade a tónica há-de pôr-se na matança do feto, estando, naturalmente excluídos do conceito jurídico, os casos de morte espontânea (aborto espontâneo) que não relevam como ilicitude autónoma.

Nem sempre ocorre a expulsão fetal, sobretudo no caso de gravidez ectópica ou tubária, situação em que o feto morto permanece no ventre materno (segundo alguns autores esta permanência ou retenção nas vísceras, pode ir de alguns meses a mais de 25 anos), chegando a formar uma massa calcificada ou mesmo uma espécie de cadáver mumificado,

¹⁴⁰ A. MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Aborto e Direito Penal. Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico de interrupção voluntária da gravidez», *R.O.A.*, ano 44, Dezembro/84, 545 e segs. Caso não se verificasse uma causa de exclusão de ilicitude, seria de ponderar também a exclusão de culpa, pela não exigibilidade, art. 44.º, n.º 2, do C. Penal de 86.

¹⁴¹ Prof. LESSEPS REYS, *op. cit.*, 106.

foetus maceratus, ou ainda sendo reabsorvido pelo próprio organismo materno.

Alguma da nossa jurisprudência, no domínio do C. Penal de 1886 exigia o requisito de expulsão fetal como, v. g., o Ac. S T J de 9.6.939 que sentenciou: «*Não é essencial a verificação da vitalidade do feto dentro do ventre da mãe, mas é-o a expulsão, antes do termo da gravidez.*»

O nosso mais Alto tribunal sentenciou em 1955:

«*Aborto é a expulsão, ilicitamente provocada, do produto de concepção*» (Ac. S T J de 2/3/55, in *BMJ*, 48, 342).

Se a expulsão fosse elemento constitutivo ou integrante do crime de aborto, ficaria impune o feticida no caso em que, por uma razão qualquer, não ocorresse a expulsão.

Por outro lado, como escrevemos no nosso trabalho a que atrás fizemos referência, «*só por meios físicos ou mecânicos poderá seguramente haver expulsão, já que os meios químicos, embora desencadeiem as contracções uterinas poderão não dar lugar à expulsão, devido a qualquer anormalidade no alojamento do feto*»¹⁴².

São vários, e cada vez mais numerosos, os processos abortivos.

Não cumpre indicar aqui tal variedade, por transcender o âmbito desta monografia sobre a responsabilidade civil médica, mas diremos apenas que, em geral, estas técnicas agrupam-se em três categorias:

Meios físicos (mecânicos, acústicos, etc.);

Meios químicos (medicamentosos ou não);

Meios psíquicos (choques, torturas morais, terror).

9.2.3. A vida intra-uterina e sua tutela

Questão fundamental nesta matéria é a determinação do início da vida intra-uterina.

Certas correntes religiosas ou filosóficas entendem que o início da vida humana tem origem no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide.

Para outros, só a *nidação* ou alojamento do ovo na matriz uterina constitui tal momento inicial.

Esta questão tem interesse para a determinação do carácter abortivo das manobras ou técnicas utilizadas.

¹⁴² Cfr. nosso trabalho referido em anotação, pág. 10.

Tecnicamente, isto é, de um ponto de vista médico e biológico, o desenvolvimento do ovo nidado leva ao embrião e, a evolução deste, ao feto¹⁴³.

Todavia, no plano jurídico o conceito de feto abrange o ovo fecundado e o embrião, iniciando-se, assim, com a própria fecundação.

A questão de um verdadeiro direito à vida intra-uterina também não tem sido pacífica, pois vários autores defendem que só a persona é susceptível de ser titular de direitos e deveres e que, em matéria de direitos fundamentais, como é o direito à vida, não há direitos acéfalos.

Trata-se, portanto, de um raciocínio de feição marcadamente positivista e delineado sobre o estatuto jurídico-civil de personalidade.

Porém, o art. 24.º, n.º 1, da Constituição da República, como referem os ilustres constitucionalistas G. CANOTILHO e V. MOREIRA não garante apenas o direito à vida. «*Protege igualmente a própria vida humana independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo.*»¹⁴⁴

Sendo assim, parece que no conceito de «*vida humana*» e independentemente da titularidade do respectivo direito, se há-de integrar a própria vida intra-uterina, a vida do embrião humano.

Julgamos que, dificilmente, se poderá rebater a evidência deste argumento.

De resto, como doutamente aponta A. M. ALMEIDA COSTA em caso de dúvida, funciona sempre o princípio hermenêutico *in dubio pro libertate* segundo o qual, na matéria de direitos fundamentais se deve optar pela interpretação que atribua ao direito em causa a maior latitude.

Este é também o ensinamento de G. CANOTILHO e de VIEIRA DE ANDRADE, como salienta o referido autor¹⁴⁵.

O que jamais aceitamos é a tese de que o conceito de vida humana estaria ligado a uma «*certa abertura ao mundo e aos valores*», não só porque tal elemento não é detectável no feto¹⁴⁶, mas porque a considerar que esta «*abertura*» é essencial para a definição do próprio conceito, então estava legitimada a eutanásia e outras formas de eliminação nas

¹⁴³ Prof. L. REYS, *op. cit.*, 108.

¹⁴⁴ G. CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I vol., 2.ª ed., 191.

¹⁴⁵ A. M. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 617.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

pessoas que estivessem, por velhice ou por doença, privadas de tal abertura, como, *v. g.*, os doentes com a síndrome de Alzheimer.

9.2.4. Aspectos da responsabilidade médica

Depois de termos passado em revista os aspectos gerais do aborto, em linhas muito breves, estamos em condições de nos referirmos à responsabilidade civil médica nesta vertente.

Ninguém duvida que as práticas abortivas, ainda que praticadas nas melhores e mais bem apetrechadas unidades hospitalares e estabelecimentos de saúde, são susceptíveis de produzir danos patrimoniais e não patrimoniais.

Em primeiro lugar, porque agridem a própria integridade física e psicológica da mulher e, depois, porque são susceptíveis de ofender interesses morais do próprio pai da criança que não teve o direito de nascer.

No que à mulher concerne, são de registar o risco de graves infecções, tóxicas ou circunscritas a um ou mais órgãos próximos, como, *v. g.*, as salpingites, as endometrites, o *shock* hemorrágico, o choque vasovagal, a peritonite, a embolia gasosa, o risco de perfuração ou laceração uterina, patologias nefrológicas, etc., além de dores, vômitos, etc., e ainda eventuais acidentes vasculares.

Também as infecções sistémicas ou generalizadas como a septicémia, a infecção por vírus hospitalares, etc., não podem ser liminarmente afastadas.

Quanto aos outros danos serão praticamente todos os prejuízos, quer para a mulher que se submeteu à intervenção quer para as pessoas que com ela possam estar juridicamente relacionadas, e que provenham do aborto.

O art. 2.º da Lei 6/84, de 11 de Maio, comina a pena de prisão até 1 ano em relação ao médico que, por negligência, não se premunir, nem obtiver, para a prática abortiva, os documentos comprovativos de verificação das circunstâncias que excluem a ilicitude do aborto.

Por outro lado, o consentimento livre e esclarecido da mulher que se vai submeter à interrupção da gravidez é essencial para a exclusão da ilicitude.

O art. 142.º, n.º 1, do C. Penal refere apenas o «*consentimento da mulher grávida*», mas tal preceito há-de cotejar-se com o art. 38.º, n.º 2, do mesmo diploma e ainda o art. 157.º sob pena de se considerar uma intervenção médica arbitrária, se tal consentimento não for esclarecido.

Como se sabe, havendo ilícito penal haverá responsabilidade civil extraobrigacional por acto ilícito em caso de ocorrência de dano, sendo certo que, mesmo que não haja dolo (essencial, por via de regra, à responsabilidade penal) pode haver culpa.

Acolhe, portanto, aqui a nossa lei o princípio *volenti non fit injuria* ao exigir o consentimento (esclarecido) da mulher, pelo que, nos termos do art. 340.º, n.º 1, do C. Civil tal acto, observado o circunstancialismo legal, é lícito.

9.2.5. Objecção de consciência

O art. 287.º do C. P. dispõe que o médico que recusa o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outros, que não possa ser removido de outro modo, é punível com prisão até 5 anos.

Trata-se de uma norma proibitiva de recusa do médico em caso de emergência (crime de perigo).

Porém, no caso do aborto, ainda que terapêutico, o médico poderá opor, nos termos do art. 4.º, n.ºs 1 e 2, da Lei 6/84, de 11 de Maio, a objecção de consciência.

Aqui funcionará o princípio *quis jure suo utitur neminem facit injuriam*.

Assim sendo, parece não haver dúvidas de que os danos decorrentes de tal recusa não serão indemnizáveis pelo médico objector de consciência, tanto mais que, neste campo, funciona a regra de «*ou tudo ou nada*», não sendo possível a aplicação do disposto no art. 335.º do C. Civil (colisão de direitos) na medida em que não faz sentido qualquer cedência do objector.

Note-se, no entanto, que é necessário, para que o médico fique isento de responsabilidade, que a objecção de consciência se processe nos termos do disposto no n.º 2 do referido art. 4.º e, por outro lado, o médico não está dispensado de envidar todos os seus esforços no sentido de tentar salvar a vida da gestante com o recurso a outras técnicas ou procurando colegas que não se oponham à realização de tal pratica que poderá impor-se *in extremis*.

9.3. Responsabilidade médica em caso de recusa de transfusões de sangue e outras intervenções hematológicas, por convicções religiosas

Recentemente a *Revista da Ordem dos Médicos* dava público conhecimento de um caso, ocorrido num hospital do país, em que uma grávida com feto morto foi intervencionada cirurgicamente para se retirar o dito feto.

Antes da intervenção a doente teria sido informada da provável necessidade de uma transfusão sanguínea.

A referida senhora, Testemunha de Jeová, recusou, verbalmente e por escrito, qualquer transfusão.

Em plena operação ocorreu intensa hemorragia por provável situação de coagulopatia, com indicação absoluta de uso de sangue e plasma.

Informado o marido de tal urgência e explicada devidamente a situação, o mesmo recusou transfusão de sangue para a mulher, vindo a doente a falecer¹⁴⁷.

Esta situação não é, infelizmente, inédita, nem entre nós, nem noutros países.

M. KFOURI NETO dá notícia de uma situação quase idêntica ocorrida em Inglaterra onde uma paciente de 28 anos, ao dar à luz o seu segundo filho, sofreu hemorragia, acabando por falecer, pois os médicos foram proibidos, por ela e por seu marido, de realizar a providencial transfusão.

Diz o mesmo autor que tal situação verifica-se também no Brasil¹⁴⁸, na Inglaterra e em muitos outros países.

É sabido que, apoiando-se numa interpretação do *Génesis* (9, 3 a 5), *Levítico* (17,10) e *Actos* (15, 20) os seguidores de tal credo religioso consideram que é um princípio cristão não consumir sangue, não havendo qualquer diferença em consumi-lo por via oral ou intravenosa.

Qual o dever do médico em tal situação, já que tremendo conflito intra-subjectivo se instala na sua consciência, entre o dever de salvar uma vida consentâneo com a sua própria função e a recusa do doente, por motivos de convicção religiosa, tutelada pela Constituição (art. 41.º, n.º 2, e pela própria lei penal — arts. 150.º a 156.º, n.º 1, do C. Penal?

¹⁴⁷ *Revista da Ordem dos Médicos*, Junho de 1997, pág. 44.

¹⁴⁸ M. K. NETO, *op. cit.*, 159.

Creemos que haverá que distinguir se se trata de um doente menor ou que já tenha atingido a maioridade, pois parece haver diversidade de regimes.

Tratando-se de menor, a recusa dos pais, por convicção religiosa ou outra, pode e deve ser suprida, pelos competentes meios legais, estando em risco a saúde ou a vida do menor.

Com efeito o art. 1918.º do Código Civil é de meridiana clareza ao estabelecer que «quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontra em perigo [...] pode o tribunal a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do art. 1915.º, decretar a providência adequada».

Entre as pessoas indicadas no art. 1915.º do C. Civil, figura a pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito.

Tratando-se de um hospital, embora se discuta a verdadeira natureza jurídico-administrativa dos hospitais do Estado, parece que o director do hospital, como representante da pessoa jurídica e que pertence a tal unidade, ou mesmo como pessoa singular à guarda de quem o menor está de facto, poderá e deverá requerer as citadas providências ao tribunal competente.

O mesmo se dirá do director de uma clínica privada ou do médico assistente se o doente estiver internado.

Em caso de perigo iminente de vida, não havendo tempo para tal providência, pensamos que a eventual ilicitude de actuação médica deverá ser excluída por recurso ao disposto no art. 34.º (direito de necessidade) ou art. 36.º (conflito de deveres) do C. Penal.

É que, em primeiro lugar, é pacificamente aceite que as crianças não são propriedade dos pais (veja-se *inter alia* a Recomendação n.º 874 (79) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 4 de Outubro de 1979).

O menor é sujeito de direitos e não mero objecto destes.

Depois, é também hoje generalizado consenso que o chamado «*poder paternal*» não é mais a *patria potestas* romana, que daria ao pai, nos tempos primitivos, o *jus vitae necisque* sobre os filhos, mas antes um poder funcional, vinculado e controlado, que deve ser exercido no interesse do desenvolvimento harmonioso do menor, a ponto de hoje se preferir a expressão «*função parental*».

Sendo assim, é manifesto que não é lícito aos pais, seja em nome de que valores forem, privar os filhos do direito à saúde e à vida.

Por isso mesmo, parece-nos não subsistirem dúvidas sobre a superioridade de tais direitos em relação ao da liberdade de religião.

De resto, neste sentido, se pronunciou o Parecer da PGR n.º 8/91 publicado no *DR II Série*, de 18.9.92, embora aí a questão seja algo duvidosa, pois tratava-se de um internamento de menor, efectuado, contra a vontade dos pais. (Veja-se o voto de vencido do Ilustre Conselheiro Dr. LUCAS COELHO.)

Já no que tange aos indivíduos de idade igual ou superior a 18 anos, por terem atingido a maioridade, a questão tem de ser vista em moldes diferentes.

É que, como escreveu o Prof. COSTA ANDRADE «*As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da actividade médica, não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidas como tratamentos arbitrários. Isto é o princípio da dignidade penal das intervenções médicas levadas a cabo, sem ou contra a vontade do paciente. Uma dignidade penal que terá, porém, de actualizar-se suposta a observância dos pertinentes deveres de cuidado — não como crime contra a integridade física, mas antes atentado à liberdade pessoal.*

Este modelo doutrinal geral, directamente recebido da experiência jurídico-penal alemã, é hoje património de pensamento dogmático penal europeu.»¹⁴⁹

Sendo assim, como parece que é, não pode o médico contra vontade livremente expressa do doente maior, devidamente esclarecido, praticar qualquer intervenção médico-cirúrgica, incluindo transfusão, situação que poderá fazê-lo incorrer em responsabilidade criminal e civil (danos não patrimoniais como os resultantes de ofensa à integridade moral) se não for observada a proibição.

10. Conclusão

É tempo de terminar! Foram versados alguns aspectos mais importantes da responsabilidade civil médica, mas gostaríamos, se a amplitude deste trabalho o permitisse, tratar outros assuntos como a experimentação humana, a manipulação genética, a questão dos transplantes, etc.

Um relatório da parte lectiva dos cursos de Mestrado não consente, porém, um desenvolvimento tão amplo.

¹⁴⁹ M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito penal*, 418.

Daí que tenhamos de aguardar uma próxima possibilidade de tratar essas questões, sempre com a certeza de que *homo proponit, sed Deus disponit!*

Gostaríamos, porém, de, uma vez mais, acentuar a delicadeza das questões da responsabilidade civil em relação a uma classe profissional que, salvo raras exceções, prima pela sua abnegação, pelo seu humanismo e até, quantas vezes, pelos seus desmedidos sacrifícios para salvar vidas ou devolver a saúde.

As acções de responsabilidade civil exigem especial cuidado no apuramento da conexão causal e, designadamente, da culpa médica, sabida como é a plúrima e multifacetada a complexidade dos actos médicos, sob pena de se poder criar uma verdadeira cultura de temor entre os médicos, certamente bloqueadora do desenvolvimento científico e gravemente perniciosa para os próprios utentes dos serviços de saúde.

Recordemos as palavras de MIGUEL TORGA que, só quando as forças definitivamente claudicaram, deixou de se abeirar da enxerga dos enfermos que lhe pediam socorro: *«A roda do tempo, com o progresso acelerado que tudo altera, desandou, e, no turbilhão, desagregaram-se os valores. E, é forçoso reconhecer e lamentar que, pelo que nos diz respeito, o que ganhamos em saber profissional, perdemos em humanidade.*

Mas, se mudaram os relacionamentos, não acabaram as calamidades e o sofrimento. E, mesmo empobrecidos daquele prestígio carismático, continuamos a ser, nós médicos, a última porta sempre aberta a que bate, confiado, o desespero. O povo atormentado necessita cada vez mais dos nossos cuidados e da nossa devoção. Com todos os defeitos, que a civilização consumista infelizmente agrava, somos ainda os Cirineus compassivos do calvário humano. Nenhum outros elementos da sociedade nos avantajam no préstimo.»

Bibliografia

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE — «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *Direito da Saúde e Bioética*, 1996, AAFDL.

ALMEIDA, J. C. MOITINHO DE «A responsabilidade civil do Médico e o seu seguro», *Scientia Iuridica*, T. XXI. Também publicado em Separata do Boletim dos Hospitais da St.^a Casa da Misericórdia do Porto, Janeiro 1974.

ALMEIDA, L. P. MOITINHO DE — *A responsabilidade civil dos Advogados*, Coimbra Editora, 1985.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO — «Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde», *Direito de Saúde e Bioética*, Lex, 1991.

AMARAL, JORGE PESSOA — *A Responsabilidade Profissional dos Médicos e Enfermeiros*, ed. do Autor, Coimbra, 1983.

BARNI, MAURO-AMADEO SANTOSUOSSO — *Medicina e Diritto (Prospettive e responsabilità della professione medica oggi)*, Giuffré Editora, 1995.

BELLELI, ALESSANDRA — *Aspetti Civilistici della Sperimentazione Umana*, Padova, 1983.

CAPLAN, ARTHUR L. — *Quando a Medicina Enlouqueceu — A Bioética e o Holocausto*, I. Piaget, 1992.

CARNEIRO, JOAQUIM DA SILVA — «Responsabilidade da Administração Hospitalar», *Rev. Dir. Estudos Sociais*, 1972 n.ºs 1-4.

CASABONA, CARLOS MARIA ROMEO — *El medico ante el derecho*, Min. Sanidade Y Consumo, Madrid.

CÂMARA CORPORATIVA — *Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres* parecer de que foi relator o Prof. M. Gomes da Silva.

CARVALHO, NETO DE — *Direito, Biologia e Sociedade em Rápida Transformação*, Almedina, 1992.

CONSEIL DE L'EUROPE — *V Colloque de Droit européen la responsabilité civile des médecins*, Lyon, 3-6 de Junho de 1975. Paris, 1976.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL/MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO — *Responsabilidad del Personal Sanitario*, Madrid, 1995.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES — *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, 1997.

CORREIA, SÉRVULO — «As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde», in *Direito da Saúde e Bioética*, FDL, 1996.

COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA — «Aborto e Direito Penal, Algumas Considerações a propósito do novo regime de interrupção voluntária da gravidez», *R. O. A.*, ano 44, págs. 545 e segs., 1984.

COSTA, J. PINTO DA — *Responsabilidade Médica*, ed. Felício Cabral, 1996.

DIAS, JOÃO ÁLVARO — «Procriação Assistida e Responsabilidade Médica», *Studia Iuridica, BFDC*, Coimbra Editora.

— «Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 11, n.º 3, 1993.

— «Responsabilidade, Informação, Consentimento e Confidencialidade», *Rev. Portuguesa de Danos Corporal*, ano II, n.º 4, págs. 9-32, 1994.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO DE e SINDE MONTEIRO — «Responsabilidade Médica em Portugal», *BMJ*, 332.

— «Responsabilidade Médica na Europa Ocidental. Considerações 'de lege ferenda'» — *SJ*, 1984, 1003.

FAIVRE-LAMBERT, YVONNE — *Les Responsabilités Civiles Professionnelles*, Assurance des Entreprises et des professions, Précis Dalloz, Paris, 1979.

FRANÇA, GENIVAL VELOSO DE — *Direito Médico*, São Paulo, Brasil, 1975.

GALHARDAS, MARIA DE FÁTIMA — «Negligência Médica no Código Penal Revisto», *Sub Judice*, n.º 11, 1992.

GASPAR, ANTÓNIO SILVA HENRIQUES — «A Responsabilidade Civil do Médico», *COL JUR III*, 1978, T. 1.

GOMES, JÚLIO — «Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva», *Rev. Dir. e Economia*, ano XIII.

GOMEZ, CALCERRADA Y LUIZ MARTINEZ — *La Responsabilidad Civil medico-sanitaria*, Ed. Tecnos, 1992, Madrid.

GOMEZ, JUAN J. CARRASCO — *Responsabilidade Médica Y Psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1990.

GOUVEIA, JAIME DE — *Da Responsabilidade Contratual*, ed. Autor, Lisboa, 1933.

GROPPALI, ALESSANDRO — *Aviamento allo Studio del Diritto*, Giuffré, Milão (há tradução portuguesa de M. Alarcão, Coimbra Editora 1968).

HIERRO, FERNANDEZ — *Responsabilidade Civil Médica Sanitária*, Pamplona, 1984.

JORGE, FERNANDO S. L. PESSOA — *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1932.

LIMA, MADALENA — *Transplantes — Relevância Jurídico-Penal legislação actual*, Almedina.

LOPEZ, J. ATAZ — *Los medicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES — *Transplantações: Um olhar constitucional*, Coimbra Editora, COL. Argumentum, 1995.

MAGALHÃES, JOSÉ CALVET DE — *Responsabilidade penal do Médico (no caso de morte do doente)*, Arménio Amado — Coimbra, 1945.

MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO — *A Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres — responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, Coimbra Editora, 1986

— *Bioética e Diagnóstico Pré-Natal (aspectos jurídicos)*, Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, JORGE — «Ética Médica e Constituição», *Revista Jurídica* n.º 16-17, AFDL, 1992.

MONTEIRO, A. PINTO — «Sobre a Reparação dos Danos Morais», *Rev. Portuguesa do Dano Corporal*, Set. 1992, n.º 1, págs. 17-25.

— *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985.

— *Cláusula Penal e Indemnização*, dissertação de doutoramento. Col. Teses, Almedina, 1990.

MONTEIRO, J. FERREIRA SINDE — «Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica», *Direito e Bioética*, Lx.^a, 1991.

— *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, dissertação de doutoramento, Col. Teses, Almedina, 1989.

MORAN, LUIS GONZÁLEZ — *La Responsabilidad Civil del Medico*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1990.

MORETTI, JEAN-MARIE-OLIVIER DE DINECHIN — *O Desafio da Genética*, Ed. Notícias, Lisboa.

MURILLO, BIURRUN — *El seguro de la responsabilidad civil*, conferências realizadas na Universidade de Deusto, Bilbao, 1979.

NETO, MIGUEL KFOURI — *Responsabilidade Civil do Médico*, 2.^a ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil.

OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE — *Mãe há só Uma/Duas*, Coimbra Editora, 1992.

— «O Fim da 'Arte Silenciosa' (o dever de informação dos médicos)», *R. L. J.*, ano 128 págs. 70-72, 101-104.

— «Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida», in *R. O. A.*, ano 49, Dezembro, 1989.

— «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *R. L. J.*, 3815, ano 125, 33.

PENNEAU, JEAN — *«La Responsabilité du Médecin»*, Dalloz, 1992.

PERDIGÃO, JOSÉ DE AZEREDO — «O Princípio de Autonomia da Vontade e as Cláusulas Limitativas de Responsabilidade Civil», *R. O. A.*, ano 6, 1946.

PINA, J. A. ESPERANÇA — *A Responsabilidade dos Médicos*, LIDEL, Edições Técnicas, 1994.

REYS, LESSEPS LOURENÇO e RUI PEREIRA — *Introdução ao Estudo da Medicina Legal*, vol. I, AAFDL, 1990.

ROCHA, MANUEL ANTÓNIO LOPES — «Responsabilidade Civil do Médico — Recolha de Órgãos e Transplantações», *Tribuna de Justiça*, série nova, Abril/Maio 1990.

SALA, PAOLO DELLA — «La Responsabilità Professionale», *Medicina e Diritto*, Giuffrè 369.

— «Responsabilidade Patrimonial», *BMJ*, 75, 5 e segs.

— «Reparação do Dano não Patrimonial», *BMJ*, 83, 69 e segs.

SERRA, ADRIANO VAZ — *BMJ*, 83, 69 e segs. «Responsabilidade contratual e extracontratual», *BMJ*, 85, 115 e segs.

— «Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações», *BMJ*, 85, 361 e segs.

— «Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades», *BMJ*, 85, 364 e segs.

— «Requisitos da Responsabilidade Civil», *BMJ*, 92, 37 e segs.

— «Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos», *BMJ*, 72, 259 e segs.

SILVA, MANUEL GOMES DA — *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. 1, Braga, 1944.

SOUSA, MARCELO REBELO DE — «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?», *Direito de Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE — «Sobre o Ónus de Prova em Acções de Responsabilidade Civil Médica», *Direito de Saúde e Bioética*, 1996, AAFDL.

— *O Concurso de Títulos de Aquisição de Prestação—Estudo sobre a Dogmática da Prestação e do Concurso de Prestações*, dissertação de doutoramento, Col. Teses, Almedina, 1988.

SURÓS, J — *Semiologia Medica Y Tecnica Exploratoria*, Salvat Editores S. B., 4.ª edicion, Madrid.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES — «A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Brasileiro», *RLJ*, anos 127 e 128.

VINEY — «Responsabilité Civile», *La Semaine Juridique*, Ed. Générale n.º 51/52, 20 Decembre, 1995.

TOLSADA, YZQUIERDO — «Comentario a la sentencia de 22 de febrero de 1991», *Cuaderno Civites de Jurisprudencia civil*, Abril-Agosto, 1991, 387-401.

Obras de carácter geral

Autores Nacionais

ALARCÃO, RUI — *Direito das Obrigações*, folhas policopiadas, Coimbra, 1983.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA — *Noções de Direito Civil*, 2.^a ed. Remodelada, Almedina, Coimbra, 1985.

— «*Direito das Obrigações*» 6.^a ed. Almedina 1994.

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA — *Tratado de Direito Civil*, Coimbra Editora 1929, vol. I, III e IV.

MOREIRA, GUILHERME ALVES — *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, Coimbra, 1911.

TAVARES, JOSÉ — *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 1.^a parte, Coimbra, 1929.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO — *Direito das Obrigações*, 3.^a ed. Coimbra Editora.

VARELA, JOÃO DE MATOS — *Das Obrigações em Geral*, 2 vols., Almedina.

Autores Estrangeiros

BEVILAQUA, CLÓVIS — *Direito das Obrigações* (edição histórica), Editora Rio, Rio de Janeiro, 1989, Brasil.

YAGÜEZ, RICARDO DE ANGEL — *Tratado de Responsabilidade Civil*, Civitas, Madrid, 1993.

WALD, ARNOLD — *Obrigações e Contratos*, 8.^a ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, São Paulo, Brasil.

Dicionários consultados

Dicionário Jurídico Espasa, Espasa calpe — Madrid, 1992.

Black's Law Dictionary, 6 Edition, St. Paul West Publishings 1990.

Peter Wingate, *Dicionário de Medicina*, Publicações D. Quixote, 3.^a ed., 1978.

Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, vols. I e V.

Siglas

AAFDL — Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

BFDUC ou *BFDC* — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ — Boletim do Ministério da Justiça

CC — Código Civil

CD — Código Deontológico

CP — Código Penal

CJ ou *Col. Jur.* — Colectânea de Jurisprudência

P.G.R. — Procuradoria-Geral da República

R.O.A. — Revista da Ordem dos Advogados

R.O.M. — Revista da Ordem dos Médicos

R.D.E.S. — Revista de Direito e Estudos Sociais

S.J. — *Scientia Iuridica*

S.T.J. — Supremo Tribunal de Justiça

S.T.A. — Supremo Tribunal Administrativo

Portimão, 27 de Outubro de 1997