



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**INTERVENÇÕES ESTÉTICAS
UM CONTRATO DE EMPREITADA?**

Raquel Vicente da Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

INTERVENÇÕES ESTÉTICAS
UM CONTRATO DE EMPREITADA?

Raquel Vicente da Cunha

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a
obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor

António Agostinho Cardoso Conceição Guedes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

*“Whatever you are,
be a good one.”*
ABRAHAM LINCOLM

*Aos meus Pais,
por me permitirem voar.
À minha Avó,
por não me deixar cair.
À Odete,
por me guiar.
À Carolina,
por voar comigo.*

RESUMO: Na presente dissertação, procurou-se analisar e refletir sobre a possível aplicabilidade do regime jurídico do contrato de empreitada, ao contrato celebrado entre Médico e Cliente, quando este último recorre ao profissional de saúde para uma intervenção, no seu corpo, de cariz puramente estético, nomeadamente na colocação de próteses dentárias, nas cirurgias plásticas, e, *in fine*, nas depilações a lazer.

Atendendo às particularidades da relação que nasce entre Médico e Paciente neste campo específico da área da Medicina, refletiu-se sobre a possibilidade de se estar na presença de uma verdadeira obrigação de resultado por parte do Profissional de Saúde, e não perante uma obrigação de meios, como é aceite pela maioria da jurisprudência e doutrina portuguesas, relativamente aos contratos de prestação de serviços médicos, colocando o Cliente numa posição contratual claramente mais frágil, *maxime*, nos casos de cumprimento defeituoso por parte do Médico – o intitulado dano estético.

A decisão pela abordagem desta questão surgiu, não só pelo interesse dogmático que a mesma suscita, mas também pelas repercussões práticas que da sua aplicação possam advir, tendo em consideração a exponencial e progressiva procura por procedimentos de cariz estético, e o número de litígios associados aos mesmos.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção Estética, Contrato de Prestação de Serviços, Ato Médico, Contrato de Empreitada, Responsabilidade Civil Médica, Cumprimento Defeituoso, Cirurgia Estética, Erro Médico

ABSTRACT: In this dissertation, we sought to analyse and reflect on the possible applicability of the legal regime of the construction contract to the contract signed between Doctor and Client, when the latter resorts to the health professional for an intervention, on his body, of a purely aesthetic nature, namely in the placement of dental prostheses, in plastic surgery, and, finally, in laser hair removal.

Taking into account the specificities of the relationship that is born between a Doctor and a Patient in this particular field of Medicine, the possibility of being in the presence of a true obligation of result on the part of the Health Professional was reflected. An obligation of means was not considered, as it is widely accepted in the majority of the portuguese jurisprudence and doctrine, regarding medical services provision contracts, placing the Client in a clearly weaker contractual position, mainly in the cases of defective performance by the Doctor, giving rise to the so-called aesthetic damage.

The decision to approach this issue arose, not only due to the dogmatic interest it raises, but also due to the practical repercussions that may arise from its application, taking into account the exponential and progressive search for procedures of an aesthetic nature, and the number of disputes associated to them.

KEY-WORDS: Aesthetic Intervention, Contract for Services, Medical Act, Contract of Work, Medical Liability, Defective Performance, Cosmetic Surgery, Medical Error

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	10
PROLEGÓMENOS	11
I. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS	13
1. Da “Arte Silenciosa” à Responsabilidade Médica	13
2. O Ato Médico <i>versus</i> Intervenção Estética.....	15
3. Do Efeito Adverso ao Erro Médico/Dano Estético	16
II. RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-CLIENTE	18
1. Natureza Jurídica da relação entre Médico e Cliente	18
2. Enquadramento Legal do Contrato Médico	20
2.1. O regime geral do Contrato de Prestação de Serviços	20
2.2. <i>Maxime</i> , o Contrato de Empreitada.....	21
2.3. A necessidade de Integração Contratual	24
3. Qualificação das Obrigações assumidas pelo Médico.....	26
3.1. Deveres Acessórios do Médico, <i>máxime</i> , o Dever Informação e de Consentimento Esclarecido	28
4. A Responsabilidade Civil Médica.....	31
4.1. A influência da natureza da obrigação do Médico nos pressupostos da Responsabilidade Civil Médica.....	33
III. INTERVENÇÃO ESTÉTICA – UMA OBRA?	35
1. Análise Jurisprudencial e Doutrinal das várias Modalidades	35
1.1. Próteses Dentárias.....	35
1.2. Cirurgia Plástica de Cariz Estético.....	39
1.3. Depilação a Lazer.....	42
SÍNTESE CONCLUSIVA	44
BIBLIOGRAFIA	46

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art. / Arts.	Artigo / Artigos
CC	Código Civil
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CEDHbio	Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina
cf.	Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	Edição
i.e.	Id Est (isto é)
n.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
op. cit.	Obra citada
p. / pp.	Página / Páginas
SNS	Serviço Nacional de Saúde
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
trad.	Tradução
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	Vide
Vs.	Versus
v.g.	Verbi Gratia (por exemplo)

PROLEGÓMENOS

Pretende-se, com a presente dissertação, refletir acerca da natureza jurídica da relação que surge entre Médico e Paciente (no âmbito das relações jurídico-privadas, i.e., em que uma das partes seja um médico ou uma instituição privada de saúde) no campo específico das intervenções de cariz puramente estético. Certo é que, nos dias de hoje, a tendência para se valorizar e alcançar os protótipos de beleza impostos pela sociedade é cada vez mais frequente, observando-se de forma progressiva e constante a procura e realização de procedimentos de ordem estética que possam alcançar este culto pela perfeição.

Acredita-se que o número de intervenções estéticas continue a prosperar, sendo necessária uma maior reflexão em torno da especificidade das mesmas, pela crescente importância que esta área particular da medicina vem – *e confio veemente que continuará* – assumindo.

É fulcral partir de uma abordagem, na doutrina e jurisprudência nacional, sobre esta temática, com especial enfoque na divergência já oportunamente suscitada sobre a natureza da obrigação do profissional de saúde, tendo em conta que o Ato Médico a que ele está adstrito se destina a alcançar um **resultado estético** desejado por parte do seu cliente – o paciente – e não a prevenir ou curar alguma patologia que este sofra. Tal circunstância vai definir barreiras no modo de atuação do Médico, e na própria participação do Paciente, em todo o procedimento clínico, especialmente na hipótese de existir um cumprimento defeituoso por parte do profissional de saúde, originando o intitulado **dano estético**, discutindo-se se o mesmo advém de um efeito adverso ou de um concreto erro médico.

Assim sendo, no final deste presente estudo e constituindo o seu ápice, visa-se aferir se estas Intervenções Estéticas merecem o mesmo tratamento que se dá na comumente designada Medicina Curativa, que se insere na esfera jurídica do contrato de prestação de serviços médico, ou se poderemos estar perante uma diferente realidade jurídica – **um verdadeiro contrato de empreitada**.

Para se proceder à análise desta questão, é imperativa a abordagem das várias características do regime jurídico do contrato de prestação de serviços (médicos), confrontando as mesmas com o regime previsto para cada uma das suas modalidades tipificadas – mormente, o contrato de empreitada –, enfatizando a matéria da

responsabilidade civil do Profissional de Saúde, bem como dos deveres laterais a que o Médico de encontra vinculado.

Em suma, almeja-se averiguar *se e em que medida* poderemos inserir as intervenções de cariz puramente estético no regime do contrato previsto no artigo 1207.º do nosso Código Civil¹.

¹ Doravante, os artigos mencionados sem menção ao respetivo diploma pertencem ao Código Civil português.

I. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Seria insensato dar início ao bosquejo do nosso objeto de estudo sem um pequeno enquadramento a conceitos concernentes ao *thema decidendum*, imprescindíveis – a nosso ver –, para uma leitura esclarecida, dado o mesmo se inserir numa área tão específica, embora ainda não autonomizada²: o Direito Médico.

1. Da “Arte Silenciosa” à Responsabilidade Médica

Embora hodiernamente sejamos confrontados – mormente pelos meios de comunicação social e de forma quase diária – com situações de eventuais erros médicos, potenciadores de casos de responsabilidade médica, a verdade é que, feita a análise da problemática num percurso histórico, esta é uma realidade bem distinta da que se vivia nas suas origens, em que sobre os Médicos pairava um véu de impunidade, i.e., eram imunes à esfera punitiva e responsabilizadora do direito.

Estes profissionais de saúde, dada a natureza sagrada e nobre do fim prosseguido, eram equiparados a sacerdotes, que faziam um juramento religioso para integrar um grupo fechado de homens sagrados, preconizando-se, relativamente aos mesmos, um mero juízo de teor religioso ou de censurabilidade moral, permanecendo a responsabilidade do médico aquém de uma efetiva responsabilidade jurídica³.

Não obstante este quadro, desde as etapas mais remotas da história até ao momento atual, são vários os vestígios de codificações que visavam nortear a atuação deste grupo profissional⁴, sendo que as primeiras referências “positivas” a esta temática encontram-se no Código de Hamurabi⁵, que, nos seus arts. 215.º a 227.º, contemplava as obrigações assumidas pelo médico, sendo estas assumidas como obrigações de resultado, não se

² Sobre a emergência da autonomia do Direito Médico, v. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, n.º 22, pp. 47 a 86.

³ Sobre este ponto, v. GUILHERME OLIVEIRA, *O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos*”, disponível in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-fim-da-arte-silenciosa.pdf>, consultado a 12-12-2019, pp. 70 e ss.

⁴ MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 11/12: “O Direito não esteve ausente dos vários momentos de evolução (...). Desde logo, o Direito foi chamado a disciplinar os contornos da relação médico-paciente, garantindo um conjunto de direitos básicos da pessoa em face da intervenção, potencialmente lesiva, do médico. A *juridificação* desta relação deu origem ao chamado *Direito médico*, (...)”.

⁵ Para consulta do conteúdo do Código de Hamurabi, v. J.A. ESPERANÇA PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª edição, Lidel, 2003, pp. 1 e ss.

observando, à época, a dimensão subjetiva atual, i.e., a noção de culpa⁶. Com o progressivo movimento codificador, foi criado um regime dedicado ao instituto da responsabilidade civil, o que, tendo em conta a aceitação geral da responsabilização dos médicos por atos claramente negligentes, levou a que esse mesmo regime fosse aplicável à atividade médica, com os devidos proporcionais contornos, dado estar-se perante Homens que se dedicavam à arte de curar.

No entanto, essa conjuntura viria a romper-se a meados do séc. XIX, quando a Academia de Medicina de Paris veio consagrar a exclusiva responsabilidade moral dos médicos, irrompendo assim a convicção da “intocabilidade” quantos aos profissionais de saúde⁷, determinando uma mudança de paradigma que acarretou um sistema privilegiado para a responsabilização do médico, através da criação do conceito específico de “culpa médica”⁸. Contudo, dado a sociedade contemporânea ter cada vez mais acesso à informação, nomeadamente, ao elenco dos seus direitos disponíveis e passíveis de serem tutelados, fruto, talvez, da maior facilidade no acesso ao ensino aliado a um notório desenvolvimento cultural, ao que acrescem as alterações assistidas no âmbito científico, tecnológico e social, com repercussões diretas no exercício da medicina e na relação de caráter *intuitu personae* que se estabelece entre o médico e o paciente⁹, verificou-se, a partir do séc. XX, um fenómeno – designado como um estado de “*febre da responsabilização profissional*”¹⁰ – de crescimento acentuado do número de litígios no domínio da responsabilidade médica.

Todos estes fatores fomentaram um movimento social reivindicador do ressarcimento por danos causados na esfera jurídica dos pacientes lesados, vítimas de um tratamento sem o sucesso previsto, não raras vezes pela prática de erros (por ação ou omissão) da classe médica.

⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 25: “(...), este “código” regula a responsabilidade do médico em termos semelhantes à responsabilidade do empregado, (...)”.

⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 15, p. 29.

⁸ Deste cenário restam claros vestígios no nosso ordenamento jurídico, v.g., a distinção entre a obrigação de meios e a obrigação de resultado. Sobre a distinção entre as duas modalidades de obrigações, ver ponto 3 do II título do presente estudo.

⁹ Sobre o mencionado fenómeno do aumento de litígios no âmbito da atividade médica, v.g., RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Ano V – 2008, Coimbra Editora, pp. 417-420.

¹⁰ CHRISTIAN VON BAR, *apud* SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, p. 21.

2. O Ato Médico versus Intervenção Estética

A Lei de Bases da Saúde¹¹ determinava, no n.º 2 da sua Base XXXII, que “*É definido na lei o conceito de acto médico*”, pese embora o facto de, apenas após trinta anos, se ter efetivamente procedido à definição legal deste preceito, previsto no recente Regulamento que define os atos profissionais próprios dos médicos, a sua responsabilidade, autonomia e limites¹², nomeadamente no seu art. 6.º, sob a epígrafe “Ato médico em geral”:

1 – O ato médico consiste na atividade diagnóstica, prognóstica, de vigilância, de investigação, de perícias médico-legais, de codificação clínica, de auditoria clínica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas farmacológicas e não farmacológicas, de técnicas médicas, cirúrgicas e de reabilitação, de promoção da saúde e prevenção da doença em todas as suas dimensões, designadamente física, mental e social das pessoas, grupos populacionais ou comunidades, no respeito pelos valores deontológicos da profissão médica.

2 – Constituem ainda atos médicos as atividades técnico-científicas de investigação e formação, de ensino, assessoria, governação e gestão clínicas, de educação e organização para a promoção da saúde e prevenção da doença, quando praticadas por médicos.

Esta definição de Ato Médico leva-nos a distinguir a Medicina Curativa da **Medicina Voluntária**¹³, não se cingindo a última a prevenir ou curar alguma patologia, mas sim a situações em que a parte que recorre à prestação dos serviços médicos se encontra sã, tendo como único desiderato proceder a uma transformação estética¹⁴, circunstância que, a nosso ver, não se espelha no âmbito do “ato médico” conforme este se encontra plasmado no Regulamento n.º 698/2019.

O preenchimento do conceito de “ato médico” é, sem dúvida, uma questão medular que não deve cair na discricionariedade do julgador. O perigo associado a uma definição

¹¹ Lei n.º 48/90, de 21 de Agosto, revogada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

¹² Regulamento n.º 698/2019, de 5 de Setembro, publicado na segunda série do Diário da República, n.º 170/2019, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/124448873/details/maximized>.

¹³ JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ e ANDREA MACÍA MORILLO citam um Acórdão do Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, onde se definiu a medicina voluntária como aquela em que “el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético (...)” (*La Responsabilidad Médica en el Ordenamiento Español, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11, p. 35, nota de rodapé n.º 50).

¹⁴ V. Ac. do TRL, de 09.05.2017, processo n.º 189/10.0YXLSB.L1-1: “Ponderando a natureza da intervenção em causa, **no domínio da medicina voluntária e não da medicina curativa**, o que se impõe acentuar é que a autora quis e aceitou submeter-se à intervenção em causa, suportando os inerentes custos financeiros, **por razões puramente estéticas, com vista a melhorar/valorizar o seu aspeto exterior**, mas esse resultado não foi alcançado.” (sic).

perfunctória deste ato pode acarretar decisões jurisprudenciais díspares. A título de exemplo, em 2011, o TRP¹⁵ recusou a aplicação do regime do consentimento informado, inerente ao ato médico (como iremos verificar adiante) a uma depilação a laser, não obstante este procedimento estético ter sido realizado por um médico e uma enfermeira.

Ora, sendo a presente análise isolada ao domínio das intervenções de cariz puramente estético, facilmente se depreende que nos inserimos na esfera da referida Medicina Voluntária¹⁶ – *insiste-se, situamo-nos fora do âmbito da intervenção médica curativa ou assistencial* –, e neste conspecto indaga-se se estas intervenções têm cabimento na definição vigente de “Ato Médico”. Embora na prática estas intervenções estejam consolidadas verbalmente como atos médicos, urge, a nosso ver, um preenchimento cabal do conteúdo intrínseco deste conceito, de modo a garantir a segurança jurídica e por óbvias razões de interesse público.

3. Do Efeito Adverso ao Erro Médico/Dano Estético

Prima facie, o fundamento de qualquer ação de responsabilidade médica traduz-se no designado Erro Médico¹⁷. Inevitavelmente intrínseco à intervenção médica/estética encontra-se o corpo humano, organismo que dada a sua complexidade, ao estar sujeito a uma transformação, pode suportar consequências manifestamente nefastas – ocorrências essas que, por vezes, de forma alguma estão associadas a um erro¹⁸ no ato propriamente dito ou à violação de deveres laterais do profissional de saúde, mas a circunstâncias alheias. Tendo em consideração que a Medicina não se trata de uma ciência exata, reconhece-se a álea inerente à sua atividade, i.e., os riscos associados ao exercício da profissão, que não raras vezes suscitam situações não desejáveis. Este carácter aleatório associado ao exercício médico foi o alicerce essencial para que, em regra, a obrigação do

¹⁵ Ac. do TRP, de 10.10.2011, processo n.º 84/08.3TVPR.T.P1: “Não se tratou de um acto médico, (...), necessariamente realizado por um profissional de saúde, como ficou suficientemente demonstrado na Sentença recorrida, ao referir os vários locais onde é possível fazer depilação laser, nomeadamente esteticistas. Fica, pois, prejudicada a necessidade de prévio consentimento”.

¹⁶ Sobre um caso de uma cirurgia estética onde se promove a distinção entre medicina voluntária e medicina curativa, v. Ac. do TRL, de 09.05.2017, processo n.º 189/10.0YXLSB.L1-1.

¹⁷ No séc. XVI, a *Constitutio Criminalis Carolina*, no seu art. 134.º regulava os erros médicos, embora sem grande rigor na distinção dos vários conceitos (dolo, negligência, falta de conhecimento, entre outros). ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 25.

¹⁸ JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS, *O erro em Medicina*, 2008, Edições Almedina, pp. 20/21: “o erro parece ser uma componente indissociável da própria natureza humana, uma característica intrínseca do homo sapiens (...). Na espécie humana, e ao invés das outras espécies, o erro erve a sua própria genialidade permite, pela autocorreção, uma permanente reorganização que subjaz a complexidade e faculta o processo da espécie inteligente”.

médico seja considerada uma mera obrigação de meios (ou de pura diligência), não estando o Médico vinculado à obtenção de um determinado resultado¹⁹ – v.g., a cura –, mas sim a desenvolver prudente e diligentemente a sua atividade para a obtenção de um determinado efeito.

Existem, assim, efeitos adversos²⁰, i.e., efeitos não desejados, que podem ser preveníveis (resultam de um claro erro médico); potencialmente preveníveis (ocorrem sem que nenhum erro se possa identificar); ou não preveníveis de todo (resultado de alguma complicação que não é de conhecimento cognoscível para o dito profissional de saúde “médio”). Nesta senda, só podemos efetivamente mencionar o erro médico²¹ quando o médico viola, **cumulativamente**, o dever de cuidado²² a que está vinculado e as *leges artis*²³, tendo sempre por referência o grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício”, e em circunstâncias semelhantes, não se podendo prescindir nunca da análise do caso *ad hoc*.

Todavia, há que atender a um ponto essencial sustentado por ÁLVARO DIAS²⁴: se o médico porventura tem, ou se arroga ter, uma especialização em determinada área, é-lhe exigido um maior grau de perícia e redobrados cuidados. E o mesmo equivale para intervenções médicas que apresentem um risco bastante reduzido.

¹⁹ Sobre a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados, ver ponto 3 do II título do presente estudo.

²⁰ JOSÉ FRAGATA, *Risco Clínico, Complexidade e Performance*, p. 41: “Por evento adverso entende-se qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da nossa vontade e como consequência do tratamento e não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano (...)”; Sobre as várias modalidades de efeitos adversos v. ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *O Erro Clínico, os Efeitos Adversos Terapêuticos e a Segurança dos Doentes: uma análise baseada na evidência científica*, Revista Portuguesa de Saúde Pública, 10, 2010, pp. 3 e ss.

²¹ Para análise de decisões jurisprudenciais sobre o “erro médico” v. JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1996, pp. 340-348.

²² ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 699: “Os erros de tratamento (...) podem resultar de um erro de diagnóstico, na execução de cuidados errados ou na omissão de tratamentos. Em qualquer um destes casos, há uma violação do dever de cuidado médico”.

²³ Seja por: Imperícia (impreparação: ter uma conduta *contra leges artis*); Imprudência (um ato que não consta das *leges artis*); ou por Negligência (cair numa omissão – *non facere* – quando as *leges artis* impunham que se tivesse uma conduta positiva – *facere*).

²⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS, *O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, Responsabilidade Civil dos Médicos, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11, pp. 393 e 397.

II. RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-CLIENTE

1. Natureza Jurídica da relação entre Médico e Cliente

A natureza jurídica da relação que nasce entre Médico e Paciente, no domínio do exercício da medicina²⁵, é uma questão que despertou ao longo do último século um foco de atenção por parte da doutrina e jurisprudência, dando aso a um assaz debate sobre a matéria, que tanta controvérsia já suscitou. De facto, a indeterminação da qualificação jurídica desta relação seria um verdadeiro flagelo, incorrendo num preocupante entrave ao nível dos nossos tribunais, dando origem a uma margem de discricionariedade por parte dos magistrados na sua classificação, cujo resultado se iria refletir em soluções díspares para situações factuais e materiais idênticas.

Se nos dias de hoje se afirma abertamente que a relação que liga o Médico ao Paciente, e vice-versa, encerra, **nas relações privadas**, uma natureza eminentemente contratual, advirta-se, contudo, que esta não foi a visão que predominou no passado. No surgimento de litígios, que se enquadrassem na esfera da responsabilidade médica – o que, por si só, já ocorria de forma exígua –, a questão era imediatamente remetida para sede aquiliana, como se este fosse o seu único e natural enquadramento.

A 20 de Maio de 1936, uma decisão da *Cour de Cassation* veio, subitamente, alterar esta conceção já enraizada, reconhecendo – pela primeira vez – que entre o Médico e o seu Cliente se forma um verdadeiro contrato²⁶, recorrendo às normas de responsabilidade civil contratual. Em Portugal, devemos esta nova orientação a **MOITINHO DE ALMEIDA**²⁷, que, num artigo de 1972, afirmou que a relação comum Médico-Doente revestia natureza contratual.

Assim, a nosso ver, o Médico que tenha um consultório aberto ao público²⁸ (ou uma instituição privada de saúde), está a emitir um mero convite a contratar, e o Cliente, por sua vez, pretendendo beneficiar dos seus serviços médicos, ao contactar com o

²⁵ A dificuldade em torno do regime jurídico aplicável à relação entre Médico e Paciente prende-se na distinção que existe no nosso ordenamento jurídico entre, por um lado, as unidades privadas de saúde (*maxime*, as clínicas privadas) e, por outro, os hospitais do SNS.

²⁶ Sobre a origem histórica do contrato de prestação de serviços médicos, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 79; ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “Direitos dos Pacientes (...)”, pp. 665 a 667 “(...) a mensagem do *arrêt Mercier* é que o médico é um contraente, um prestador de serviços”.

²⁷ MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, Scientia Iurídica, XXI, 1972, pp. 327 e ss.

²⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “Direitos dos Pacientes (...)”, p. 671/672.

profissional de saúde, estará a emitir uma proposta contratual²⁹, que o médico aceitará caso assim o decida. Não consideramos que a emissão da proposta contratual parta do Médico, pois nas palavras de FERREIRA DE ALMEIDA³⁰, para uma declaração poder ser considerada uma verdadeira proposta contratual, ela deve ser “completa e precisa, firme e formalmente adequada”, o que não se compagina com a situação descrita, pois a declaração do profissional não pode observar tais características sem antes ter contacto com o paciente e o seu concreto estado de saúde ou a sua pretensão³¹.

Destarte, Médico e Cliente estão ligados por um contrato³² (bilateral) consensual (cumprindo o princípio de liberdade de forma, previsto no art. 219.º do nosso Código Civil), marcadamente pessoal³³, de execução continuada³⁴, oneroso, comutativo, e, por via de regra, sinalagmático³⁵.

²⁹ Sobre o conteúdo caracterizador de uma proposta contratual, na doutrina nacional, v. GALVÃO TELLES, “*Manual dos Contratos em Geral*”, 4.ª edição, p. 247 e ainda MOTA PINTO, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 3.ª edição, p. 443: “(...) uma proposta contratual só existirá se for suficientemente precisa, dela resultar a vontade do seu autor se vincular e houver consciência de se estar a emitir uma verdadeira declaração de contratar”.

³⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Contratos. Conceitos, Fontes, Formação*”, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 117.

³¹ V. RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, pp. 61/62, nota 135: “(...) atendendo à componente fiduciária que o contrato de prestação de serviço médico pressupõe, parece-nos que calhará melhor ao comportamento inicial do médico, a qualificação como mero convite a contratar. Faltará, em regra, firmeza na manifestação de vontade do profissional (...)”.

³² ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 665 “O direito é hoje capaz de realizar a anatomia da relação clínica, compreender a sua fisiologia e procura, ainda, atuar em casos de patologia. O contrato apresenta-se como um instrumento técnico-jurídico que permite – em regra – um bom enquadramento desta relação da vida social juridicamente relevante”; para uma análise pormenorizada das características do contrato de prestação de serviços médicos v. RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, pp. 70 e ss.

³³ MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “*Direito da Saúde*”, p. 189: “Na base da relação médico-paciente está a confiança deste, depositada na arte ou conhecimento daquele. Mas, para além da dimensão técnica, convergem elementos de natureza pessoal que vão forjando a relação de confiança entre o médico e o seu paciente, razão pela qual o contrato é celebrado *intuitu personae*. Decorre da natureza *intuitu personae* do contrato o dever de realização pessoal da obrigação por parte do médico”.

³⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS, op. cit., “*Procriação Assistida e Responsabilidade...*”, pp. 222/223: “só muito raramente o comportamento debitório assumido pelo médico é de execução instantânea; ao contrário, na esmagadora maioria dos casos a elaboração do diagnóstico e a aplicação de uma certa terapêutica prolongam-se mais ou menos no tempo”.

³⁵ FERREIRA DE ALMEIDA afirma que se trata de um contrato de consumo, e por isso merecedor da aplicação das regras de proteção do consumidor (*Contrato de Empreitada*, Coimbra, 1994).

2. Enquadramento Legal do Contrato Médico

2.1. O regime geral do Contrato de Prestação de Serviços

Como temos vindo a afirmar, o contrato médico é hoje reconduzível à ampla categoria do contrato de prestação de serviços, pelo que iremos agora desfiar o seu quadro legal.

O regime do contrato de prestação de serviços está previsto nos arts. 1154.º a 1156.º, sendo definido como “(...) aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra **certo resultado** (...), com ou sem retribuição.”, sendo-lhe extensíveis as “disposições sobre o mandato (...), com as necessárias adaptações, (...) que a lei não regule especialmente”. Do vertido no art. 1155.º, são modalidades do contrato de prestação de serviços o mandato, o depósito e a empreitada, pese embora nem sempre seja fácil delimitar estes tipos contratuais, dada a sua enorme proximidade estrutural. Todavia, conseguimos estabelecer algumas barreiras.

O Depósito (arts. 1185.º a 1206.º) é, desde logo, um contrato real *quoad constitutionem* – é necessário, a título principal e além da declaração de vontade, a entrega da coisa a outrem (o depositário), para que este a guarde e restitua quando exigida, sendo óbvio que o Contrato Médico não se subsume a esta modalidade. No que concerne ao estipulado para o Mandato (arts. 1157.º a 1184.º), o que caracteriza este contrato é a obrigação, por parte do mandatário, de praticar atos jurídicos³⁶, o que não se coaduna com a atividade médica, sendo esta, incontestavelmente, uma atividade intelectual (independentemente dos atos jurídicos que o Médico possa eventualmente praticar). E, sublinhe-se, o mandatário deve praticar tais atos jurídicos segundo as instruções do mandante, entrando tal característica em confronto direto com o princípio da independência técnica e profissional do Médico³⁷. Sendo este um prestador de serviços de elevado grau de qualificação, não se pode aceitar que esteja vinculado às instruções do seu paciente – embora, em última análise, caiba a este prestar ou não o seu consentimento informado³⁸.

³⁶ Afirma, ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 302 “Nada obsta a que o mandatário pratique actos materiais (p. ex., entregar uma coisa) e o empreiteiro pratique actos jurídicos (p. ex., obter uma licença camarária); a distinção referida é de grau”.

³⁷ Sobre o princípio de independência profissional do Médico v. ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “Direitos dos Pacientes (...)”, pp. 389/390.

³⁸ Cujo escrutínio é realizado no ponto 3.1. do II título do presente estudo.

2.2. *Maxime*, o Contrato de Empreitada

É fulcral entender a distinção entre a figura mais vasta do contrato de prestação de serviços e o contrato de empreitada (arts. 1207.º a 1230.º), sendo que a base da mesma se prende pelo seu objeto – **o resultado obtido** –, um mediante a atividade a que o prestador de serviços se encontra adstrito; o outro uma obra, cuja realização incumbe ao empreiteiro³⁹. Ou seja, o prestador de serviço promete ao cliente a execução de uma certa atividade (que vai culminar no resultado do seu trabalho) ao passo que ao Empreiteiro cabe a execução de uma obra, logo, revela fundamentalmente o resultado do seu trabalho. É nesta fronteira que se coloca a destrição entre obrigação de meios – comumente associada à atividade médica – e obrigação de resultado – como é exemplo, a do empreiteiro⁴⁰, pelo que o médico apenas está obrigado a cumprir as *leges artis* na prossecução do fim visado no contrato médico.

Também relativamente à mora, incumprimento e cumprimento defeituoso do contrato se verifica um contraste: no contrato de prestação de serviços, perante a falta de regime específico, aplica-se o disposto nos arts. 790.º a 816.º, diferindo assim do regime previsto para o contrato de empreitada⁴¹.

Importando, sobretudo, no contrato de empreitada, o resultado final da atividade, a pessoa que executa a obra é, em regra, indiferente para o cumprimento da prestação acordada⁴², nos termos do disposto no n.º 1, *in fine*, do art. 1230.º, o que não se compagina com a componente fiduciária do contrato celebrado entre Médico e Cliente, especialmente, no caso das intervenções estéticas.

Ressalve-se, ainda, o aspeto da **retribuição**. No contrato de prestação de serviços, a fixação desta é determinada segundo o tempo despendido perante a atividade que o

³⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “Contrato de Empreitada”, p. 88.

⁴⁰ Também esta destrição, entre as modalidades de obrigações, mereceu especial destaque no ponto 3 do II título do nosso estudo.

⁴¹ V.g., na prestação de serviços o risco da não verificação do resultado pretendido corre por conta do beneficiário da atividade desenvolvida pelo prestador, *a contrario* do estipulado para o contrato de empreitada, onde esse risco do resultado corre por conta do empreiteiro, dado ele estar obrigado a fornecer uma obra. Diferente deste “risco de resultado” é o risco de perecimento ou deterioração da obra, o qual também corre por conta do empreiteiro, exceto nos casos em que o dono da obra forneceu os materiais em valor superior aos utilizados pelo empreiteiro – nesta situação, em caso de perecimento dos mesmos sem causa imputável a qualquer das partes, o risco correrá pelo proprietário dos mesmos (arts. 1212.º e 1228.º, n.º 1), ou seja, o dono da obra). V. JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 109 a 111; PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “Contrato de Empreitada”, pp. 163 e ss.

⁴² PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “Contrato de Empreitada”, pp. 176 a 178.

prestador visa prosseguir. *A contrario*, na empreitada, o preço não fica dependente do tempo despendido, mas sim da obra final, de acordo com o estabelecido pelas partes *ab initio*, nos termos do art. 1208.º. Nas intervenções estéticas, é frequente existir um “preçário” para certos procedimentos clínicos, o que não impossibilita que as partes estipulem diferentes valores, mediante o caso em concreto.

Tendo o dono da obra o direito à obtenção de um concreto resultado – a obra –, a lei reconhece-lhe o direito de ir **fiscalizando** a construção da mesma⁴³. Ora, num ato cirúrgico, o cliente não se encontra em posição de fiscalizar a atividade do médico, o que até iria contra o princípio da independência do profissional, e da sua reconhecida liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento. Nestes termos, a possível fiscalização por parte do Cliente, poderá ser feita na medida da observação dos deveres laterais de conduta do Profissional de Saúde com quem contratou.

Concretizando, embora sejam vários os pontos em controvérsia, verifica-se que a grande oposição do instituto da prestação de serviços face ao regime da empreitada reside no facto de que é contrato de empreitada todo aquele que visa a realização de uma obra, não devendo esta obra cingir-se apenas à construção ou criação de uma coisa corpórea⁴⁴, como à sua eventual reparação, modificação ou demolição. Posto isto, a doutrina e a jurisprudência, na sua maioria, qualificam este contrato como “contrato de prestação de serviços médicos”. Embora não esteja tipificado na lei⁴⁵, e, por conseguinte, não exista uma regulamentação legal própria, este é considerado um contrato socialmente típico e nominado, subsumível à categoria genérica da prestação de serviço, consubstanciando-se numa subespécie do mesmo.

Mas podemos afirmar que o resultado de uma intervenção estética se encontra compreendido na realização de uma obra e não numa prestação de serviços? I.e., em que é que se traduz “uma obra” para efeitos de empreitada? Na opinião de **CARLOS FERREIRA**

⁴³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “Contrato de Empreitada”, pp. 74 a 79.

⁴⁴ No entendimento de que a obra prevista no Contrato de Empreitada não admite coisas incorpóreas, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “Contrato de Empreitada”, pp. 96 e ss. “(...) perante a definição restrita do art.º 1207.º, o contrato de empreitada poderá ter por objecto a realização de coisas corpóreas, materiais (p. ex., construir uma casa) ou imateriais (p. ex., reparar um automóvel), mas não de coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis.

⁴⁵ Embora vários autores – a título de exemplo, FERREIRA DE ALMEIDA (op. cit., “*Os Contratos Cívicos...*”, p. 88; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, apud FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*, nota 20) – defendam a sua tipificação.

DE ALMEIDA⁴⁶, a obra tem de cumprir, cumulativamente, três requisitos⁴⁷: o resultado terá de se “(...) materializar numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação; (...)”, bem como de se traduzir num resultado “(...) específico e discreto (isto é, separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a actividade ou no interesse de outrem);” e, *in fine*, o resultado terá de “(...) ser concebido em conformidade (...) com um projecto (encomenda, caderno de encargos ou plano, cfr. artigo 1214.º) entregue ou aprovado pelo beneficiário. (...)”.

A verdade é que no domínio da medicina estética (cirurgia estética; colocação de próteses; entre outros) há autores que mencionam a possibilidade de se estar perante um **contrato de empreitada**, sendo o resultado dessa intervenção médica próximo do que caracteriza o resultado daquele⁴⁸ - a obra. Contudo, tal entendimento tende a ferir a sensibilidade humana, despoletando diversas questões éticas e deontológicas, pois não se concebe como se poderia reconduzir o objeto da atividade médica a uma obra, consistindo esta na produção ou transformação de uma coisa. *In casu*, a “obra” a que o médico se vinculava a realizar seria uma alteração no corpo humano, organismo este que não encontra cabimento no “mundo das coisas”, nem num ordenamento que defende a proteção de bens jurídicos tão fundamentais como a integridade físico-psíquica, a liberdade, a autodeterminação, e, em última instância, a vida. Não obstante, com este estudo almeja-se dar uma resposta a esta indagação, pois consoante a resposta alcançada,

⁴⁶ *Contratos II*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 152. Ainda, sobre este tema, JOÃO CARLOS GRALHEIRO, op. cit., “*O Ato Médico...*”, pp. 855 a 877.

⁴⁷ O que irá auxiliar na distinção entre o contrato de empreitada e o contrato de prestação de serviços (em relação aos dois primeiros requisitos) e entre o contrato de empreitada e o contrato de compra e venda (quanto ao último requisito).

⁴⁸ V.g., FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., “*Os Contratos Civis...*”, p. 88 “Em alguns casos porém (colocação de próteses, operações estéticas, análises), a prestação de serviço médico consiste em (ou inclui) resultados que são próximos dos que caracterizam o contrato de empreitada”; PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., “*Contrato de Empreitada*”, p. 27 “Também é discutível a qualificação de certos atos celebrados com médicos; por exemplo, o contrato mediante o qual o dentista se obriga a fazer e colocar uma dentadura postiça no paciente aproxima-se mais da empreitada do que da prestação de serviço”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, pp. 72, nota 160 “Nalguns casos particulares, constitui um contrato de empreitada (por exemplo, quando há o fornecimento de uma prótese dentária. Pode, ainda, compreender componentes do contrato de empreitada e de prestação de serviços, fundidas numa unidade – constituindo um contrato misto”.

pode divergir por completo o regime aplicável ao contrato celebrado entre as partes⁴⁹ – especialmente, em matéria de encargo probatório para o cliente.

2.3. A necessidade de Integração Contratual

Como mencionado, o contrato de prestação de serviços médicos rege-se pelo princípio da liberdade formal⁵⁰, sendo o complexo programa obrigacional das partes – Médico e Cliente – delineado em função do “fim do contrato”⁵¹.

Ora, na *praxis*, este contrato é, diariamente, celebrado verbalmente⁵², e por vezes tacitamente⁵³. Tal informalidade acarreta que – regularmente – não haja uma negociação propriamente dita, o que resulta na falta de verificação mútua da conformação do clausulado contratual, nos termos do art. 405.º. Esta desformalização, aliada ao facto de não existir uma regulação prevista para este contrato (daí ele ser apenas socialmente típico), obriga ao recurso do mecanismo de integração contratual, por força do disposto no art. 239.º. Esta norma vem estabelecer que, face a um ponto omissivo no conteúdo do contrato, deve-se recorrer às disposições especiais, mesmo antes de se tentar apurar qual teria sido a possível vontade das partes⁵⁴.

Assim, *prima facie*, deparamo-nos com um conjunto de normas imperativas que regulam a Profissão Médica; os atos médicos; os direitos e deveres do Médico e do Paciente; entre outros aspetos essenciais. Posto isto, têm desde logo aplicação as normas

⁴⁹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 699 “O contrato médico é um contrato de prestação de serviços, pelo que não há uma regulamentação específica de garantias contratuais (...), como acontece, (...) no contrato de empreitada. Embora em certos casos específicos, como a colocação de próteses, se defenda a aplicação das regras específicas do contrato de empreitada, com aspetos vantajosos (obrigação de resultado) e desvantajosos (ex.: prazos de caducidade.) Donde apenas se aplicam as regras gerais da responsabilidade por cumprimento defeituoso”.

⁵⁰ Segundo o qual uma declaração negocial não necessita, para a sua validade, de observância de forma especial (art. 219.º).

⁵¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, p. 73.

⁵² V.g., a marcação de uma consulta por chamada telefónica ou quando o cliente se dirige diretamente ao consultório/clínica.

⁵³ O caso em que o cliente não chega sequer a realizar a marcação de uma consulta, mas dirige-se ao consultório exprimindo o seu desconforto (art. 217.º).

⁵⁴ Para um maior aprofundamento do tema, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., “*Os Contratos Cíveis de Prestação...*”, pp. 99 e ss.

de Direito Internacional⁵⁵, normas de direito comunitário, e, inquestionavelmente, a nossa Lei Fundamental.

Quanto à lei ordinária, existem vastos diplomas avulsos de realce importância, nomeadamente, a Lei de Bases da Saúde. E, saliente-se, as normas de proteção dos direitos do consumidor. *In fine*, o nosso último recurso será às disposições do contrato de mandato, que “são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente”, nos termos do disposto no art. 1156.º.

Outra das características deste contrato de prestação de serviços médicos é o seu carácter duradouro. Na esmagadora maioria das vezes, o cumprimento da prestação do Médico não se esgota num único momento temporal. Também aqui se afigura a falta de exigência formal, por parte do legislador, relativamente a estes sucessivos momentos declarativos do *iter* de cumprimento obrigacional⁵⁶. Não obstante, é frequente na *praxis* médica que o profissional de saúde ou a clínica solicitem ao cliente a redução a escrito de algumas declarações de vontade (o consentimento para determinada intervenção ou o reconhecimento da prestação de informação e de esclarecimentos), que servirão como elemento probatório na eventualidade da eclosão de um conflito entre as partes, nomeadamente, sobre a qualidade da prestação oferecida.

Nesta senda, tendo por base o princípio da liberdade contratual, coloca-se a seguinte indagação: poderão as partes, por convenção, modificar a obrigação do Médico – que *a priori* seria de meios – numa obrigação de resultado? No âmbito contratual, tendo as partes liberdade para definir os contornos do clausulado contratual, nada impede – *teoricamente* – que o façam, consoante o interesse dos sujeitos envolvidos. Mas há que distinguir potenciais situações hipotéticas⁵⁷: se o médico transmite ao cliente uma certeza, inconsistente sob o ponto de vista médico-científico, estando o agente consciente disso, deparamo-nos face uma situação de dolo. *A contrario*, se a garantia assumida pelo profissional de saúde não ultrapassar, dentro dos limites razoáveis, uma mera certeza

⁵⁵ V.g., a Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, publicada na I série – A do Diário da República, n.º 2, disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/235068>).

⁵⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “A responsabilidade civil...”, pp. 71/72.

⁵⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, op. cit., “Procriação Assistida e Responsabilidade...”, pp. 253-255.

genérica (v.g., “tudo correrá pelo melhor”), não será de considerar que o médico se vincula a uma obrigação de resultado.

Atualmente, já existem situações em que se assegura a segurança de um procedimento médico, como se pode constatar no caso dos organismos de recolha de sangue, quando asseguram aos dadores voluntários que a colheita de sangue não comporta quaisquer riscos para a saúde, assumindo uma obrigação de evitar um dano no dador.

3. Qualificação das Obrigações assumidas pelo Médico

Naturalmente, este vínculo contratual acarreta direitos e obrigações para ambas as partes⁵⁸. Quanto ao paciente, as suas obrigações fundam-se, sobretudo, no pagamento de honorários e em fornecer ao profissional de saúde a sua cooperação, nomeadamente, toda a informação necessária. A respeito do Médico, como já observámos, tanto a doutrina como a jurisprudência, de um modo geral, entendem que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviços médicos não se reconduz a uma obrigação de resultado⁵⁹, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e das *leges artis*⁶⁰.

Contudo, no que diz respeito a concretas situações que se enquadrem em áreas da Medicina Voluntária, ou mesmos a casos em que se esteja na presença de um Médico Especialista⁶¹, assim como em áreas onde a álea inerente à intervenção médica seja muito reduzida, a doutrina⁶² e jurisprudência têm convergido bastante, apresentando soluções

⁵⁸ Uma das críticas à natureza contratual da relação médico-paciente tem como fundamento o desequilíbrio das prestações – múltiplos deveres por parte do médico comparativamente ao paciente. ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 669.

⁵⁹ Ou seja, diferentemente ao Contrato de Empreitada, onde o devedor se obriga a uma obrigação de resultado: a obra em si. Sobre a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, v. ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, pp. 708 e ss.

⁶⁰ Ac. do STJ, de 23.03.2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.

⁶¹ Sobre a questão da inversão do ónus da prova relativamente aos médicos especialistas, entendendo – pura e simplesmente – que as intervenções (nomeadamente cirúrgicas) por eles realizadas configuram, necessariamente, obrigações de resultado, v. VERA LÚCIO RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*, Coimbra, 2015, p. 140.

⁶² CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica: Um problema para além da Culpa*, Coimbra Editora, 2008, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 14, p. 29 “Em alguns domínios mais sensíveis, (...) pode não ser suficiente que o profissional de saúde faça tudo o que estiver ao seu alcance a fim de garantir o sucesso da prestação prometida. (...) pode vir a ser responsabilizado, se não conseguir assegurar a consumação do próprio resultado. Exemplo clássico de uma intervenção médica que pode dar origem à obrigação de resultado é a cirurgia estética (em oposição à

completamente díspares. É sobre o busílis da natureza especial destas prestações médicas que o nosso estudo se assenta.

Assim, embora a obrigação que recai sobre o profissional de saúde seja – em regra – uma **obrigação de meios ou de diligência**⁶³, MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA⁶⁴ afirmam que “há, pois, determinadas obrigações assumidas pelo médico que configuram **verdadeiras obrigações de resultado**. Assim será, por exemplo, nas seguintes situações:

- a) realização de exames médicos, sempre que a aplicação da técnica em causa assegure, com elevado grau de certeza, a obtenção da informação pretendida (...);
- b) **aplicações de próteses**, embora a possibilidade de rejeição da prótese pelo organismo possa introduzir um fator de risco que não está inteiramente na disponibilidade do médico;
- c) **cirurgia estética**⁶⁵, em relação ao resultado estético prometido;
- d) (...) a obrigação de realização de diagnóstico correto deve ser qualificada como obrigação de resultado.”

Várias decisões das nossas instâncias judiciais parecem sufragar este entendimento⁶⁶, existindo também decisões *a contrario*⁶⁷. O facto de se poder estar, excepcionalmente, perante uma **obrigação de resultado** por parte do Médico, é, de longe, o aspeto mais esmiuçado e aquele que desempenha o papel proeminente na configuração da responsabilidade contratual do Médico, pois a diferenciação entre as modalidades de obrigações reflete-se na disciplina aplicável a cada uma, fundamentando as dissimelhanças de regime tanto no plano dos encargos probatórios, como no campo do incumprimento (nomeadamente, no que concerne às causas de exoneração do devedor).

corretiva)”; MANUEL DE ANDRADE também admite que, na área da cirurgia estética, o dever de prestação de serviços médicos constituísse uma obrigação de resultado (“*Teoria Geral das Obrigações*”, p. 414, nota n.º 1).

⁶³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “A responsabilidade civil...”, p. 96: “no que concerne à Medicina, a área técnica presente (...), dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos atos praticados pelo médico (...) conduzirá a que as obrigações do médico sejam consideradas, em regra, meras obrigações de meios”.

⁶⁴ MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “*Direito da Saúde*”, pp. 204/205.

⁶⁵ Também CARLA GONÇALVES admite que em alguns domínios mais sensíveis, não seja suficiente que o médico faça tudo o que estiver ao seu alcance para salvar o doente, mas sim que seja necessário garantir a produção do próprio resultado. *A responsabilidade médica objetiva, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11, p. 363, nota 9: “Exemplo clássico de uma intervenção médica que pode dar origem a uma obrigação de resultados é a cirurgia estética (em oposição à corretiva). (...) fala-se, ainda, (...), nas próteses dentárias, (...)”.

⁶⁶ V.g., Ac. do TRE, de 25.09.2014, processo n.º 2618/09.7TBLLE.E1; Ac. do TRL, de 24.01.2019, processo 25029/13.5T2SNT.L1-2; Ac. do TRP, de 05.03.2013, processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1.

⁶⁷ Ac. do STJ, de 15.11.2012, processo n.º 117/2000.L1.S1 “No contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, ainda que na vertente da cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrigação de meios”.

Pode afirmar-se que a classificação das obrigações de meios e obrigações de resultado, atribuída a **DEMOGUE**⁶⁸, ganhou uma especial candência na área da Responsabilidade Civil Médica, como iremos observar ao longo da nossa análise.

3.1. Deveres Acessórios do Médico, *máxime*, o Dever Informação e de Consentimento Esclarecido

A relação de natureza contratual que nasce entre Médico e Paciente é comumente intitulada de **relação obrigacional em sentido amplo**, i.e., além da obrigação principal do médico (e independentemente de esta se tratar de uma obrigação de meios ou resultado), coexistem ainda **deveres laterais de conduta**⁶⁹, articulados entre si de uma forma orgânica, almejando o mesmo objetivo.

A título de exemplo, a (1) obrigação de o médico vigiar/acompanhar o doente, no pós-operatório, prestando-lhe todos os cuidados que o seu estado exija, bem como todas as informações sobre como decorreu o procedimento clínico; (2) a omissão de atos que, não integrando o conteúdo principal da prestação nuclear, possam violar o direito à integridade física e moral do cliente; (3) o segredo profissional; (4) a segurança e bom funcionamento dos equipamentos que utilize para a prestação de cuidados de saúde ao paciente; (5) a **obtenção de consentimento esclarecido**⁷⁰ por parte do seu cliente; entre outros.

Ora, isto significa que alguns destes deveres acessórios de conduta, por parte do profissional de saúde, persistem mesmo após a extinção da relação contratual. E, realce-se, estes mencionados deveres, mesmo que não incluídos expressamente no clausulado do contrato, encontram a sua *ratio* no princípio geral da boa fé⁷¹, princípio esse que, no âmbito da atividade médica, impõe ao Médico que, de uma forma transparente, simples

⁶⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS, op. cit., “*Procriação Assistida e Responsabilidade...*”, p. 224, nota 8.

⁶⁹ Todos estes deveres estão consagrados no Código Deontológico dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro, publicado na segunda série do Diário da República, n.º 8/2009, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/3412890/details/maximized>).

⁷⁰ Sobre a questão da capacidade para dar o consentimento informado: JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), Coimbra Editora, 2001, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 3, pp. 197 e ss; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, n.º 9, pp. 152-180, 205-240.

⁷¹ SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit., “*Responsabilidade Médica...*”, p. 43; FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., “*Os Contratos Civis...*”, p. 112.

(i.e., facilmente perceptível para o homem comum) e esclarecida, **informe o seu Cliente** do cenário clínico deste, assim como dos tratamentos e terapêuticas aconselhados ao mesmo, e, *maxime*, dos **riscos que os mesmos comportam**, pois só desta forma o paciente está habilitado a poder ceder o seu consentimento informado.

Para o que ora vimos expendendo, é inquestionável que o contrato de prestação de serviços médicos se apresente, abrigando-nos nas palavras de **MENEZES CORDEIRO**⁷², como o “campo mais produtivo” no que concerne a este dever acessório de informação.

O consentimento da parte que recorre aos serviços do Profissional de Saúde é, em suma, um dos **requisitos da licitude da atividade médica**, tendo de ser livre e esclarecido de modo a não ser inválido⁷³, sendo que se admite em algumas situações de caráter excepcional o Consentimento Presumido⁷⁴. Posto isto, se o Médico atuar sem o devido consentimento informado por parte do seu Cliente, ou se este consentimento não for válido, estaremos perante uma atuação ilícita por parte do profissional, ao incorrer na violação do direito à autodeterminação do paciente (consagrada no n.º 1 do art. 26.º da

⁷² (*Da Boa-fé no Direito civil*, Coimbra, Almedina, Coleção Teses, Fevereiro 2007, 3.ª reimpressão, p. 605); RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “A responsabilidade civil...”, pp. 77 e 78: “O dever de informação aparece (...) como um meio de combater – sem aniquilar –, a já assinalada característica de desequilíbrio que é apanágio das relações médico-paciente”; ainda JOÃO ÁLVARO DIAS, *Responsabilidade, Informação, Consentimento e Confidencialidade*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, III, 4, pp. 16/17: “o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe efetuar um tratamento ou intervenção deve dar ao doente suficiente informação sobre o tratamento proposto, as probabilidades de êxito, os riscos coenvolvidos, os efeitos colaterais ou mal-estar daí resultante, quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na opinião do médico, o melhor para o doente, porque é que outros tratamentos possíveis foram rejeitados e quais os riscos de não ser efetuado o tratamento. Tudo de molde a que um paciente de razoável inteligência e instrução média possa compreender e fique habilitado a tomar uma decisão razoavelmente inteligente, em moldes tão objetivos quanto possíveis para quem se encontra numa situação repleta de especificidades”.

⁷³ Por força do art. 5.º da CEDHbio. Ainda, veja-se o art. 45.º do CDOM: “Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais”; Ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 1, p. 69: “A informação suficiente é um requisito de validade do consentimento”.

⁷⁴ Sobre a questão da excecionalidade do Consentimento Presumido, veja-se MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “Direito da ...”, pp. 275/276. Na jurisprudência, v. Ac. do STJ de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPR.T1.S1.

Lei Fundamental, assim como no art. 70.º do CC), correndo por conta do Médico todos os danos que surjam da sua intervenção⁷⁵.

Ora, sendo o (dever acessório de) consentimento informado do paciente, por força do primado da dignidade da pessoa humana e da sua autodeterminação, um requisito essencial da licitude da intervenção cirúrgica, **tal dever reveste um peso ainda mais significativo no contexto das cirurgias de cariz puramente estético**⁷⁶. Há que atender aos argumentos e ao entendimento sustentado por **ANDRÉ DIAS PEREIRA**⁷⁷ quando afirma que “nos casos de intervenções voluntárias os deveres de esclarecimento atingem a sua graduação máxima e a responsabilidade por falta de um consentimento informado constitui a resposta correta do sistema jurídico para a proteção dos bens jurídicos integridade física e autodeterminação”. O Ac. do STJ, de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, parece sufragar este entendimento, ao proferir que “*as cirurgias estéticas, para além da especificidade de comportarem obrigações de quase resultado, exigem um dever de esclarecimento mais intenso e mais rigoroso aos médicos, pelo facto de serem intervenções que não são necessárias do ponto de vista da saúde, (...)*”.

Destarte, na esfera das intervenções estéticas, se o Cliente tiver conhecimento da séria probabilidade de riscos graves advindos do procedimento a que se propõe – sublinhe-se, por sua exclusiva e autónoma vontade –, acreditamos que a sua decisão será mais ponderada, pois como se afirmou no acórdão *supra* referido, este (Cliente) não procura uma cura para uma doença que sofra, mas sim um desejo de uma transformação estética que satisfaça a sua aparência física, não devendo esta decisão ser influenciada por

⁷⁵ V. Ac. do STJ, de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1: “Todavia, a obrigação de indemnizar existe mesmo que a operação não autorizada não cause danos à saúde. A lei não exige a ocorrência de danos para a atribuição de uma indemnização em sede de direito civil, pois que o objetivo do consentimento informado não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas salvaguardar a sua autodeterminação e o direito à disposição do seu corpo. A violação destes direitos traduz, em si mesma, um dano não patrimonial, independentemente da verificação de outros danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da intervenção médica não consentida pelo facto de não terem sido observadas as *leges artis*. O médico é obrigado a proceder à reparação dos danos causados pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, nos termos dos artigos 798.º e 562.º e ss do CC, quando, por facto que lhe seja imputável, não cumpre, ou cumpre de forma deficiente, alguma das obrigações que integram o complexo de deveres que o oneram, designadamente, o dever de informação ao doente, de modo a este poder prestar um consentimento esclarecido, o dever de obter o consentimento prévio para procedimentos médicos que envolvam riscos (...)”.

⁷⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11, p. 445: “(...) quanto menos necessário for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação, devendo ser extrema nas intervenções estéticas e, em geral, na denominada *cirurgia voluntária* (...), em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial, em que a informação pode ser menos rigorosa”. Sobre a importância do risco significativo, pp. 445 a 459.

⁷⁷ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 720.

manobras enganosas. Posto isto, somos de crer que, por força do modo como a dita intervenção foi apresentada, i.e., das informações que o médico forneceu ao doente, pode deduzir-se que o profissional se obrigou a um determinado resultado, que se irá refletir ao nível da natureza jurídica das suas obrigações.

4. A Responsabilidade Civil Médica

O cerne da questão incide agora em determinar, dentro da relação despoletada entre Médico e Cliente, em que esfera jurídica se deve localizar um efeito nefasto, decorrente da consumação de um dano: se na esfera de quem o sofreu (cliente), ou se na de quem o causou (médico)⁷⁸.

Conclui-se, após a análise até então realizada, que a relação entre as partes – Médico e Cliente – tem natureza contratual. Posto isto, urge agora dar resposta a outro quesito: a responsabilidade civil dos médicos deve subordinar-se aos regimes gerais de responsabilidade civil (contratual e/ou extracontratual) ou a um regime especial? Mais, deve a responsabilidade civil médica subordinar-se a apenas um regime jurídico ou a vários? Trata-se, respetivamente, dos problemas da Autonomia e da Unidade da Responsabilidade Civil Médica.

Assim, entende a maioria da doutrina que podem emergir duas espécies de responsabilidade civil no âmbito da atividade médica (sendo que pode existir um único dano, produzido por um único facto, o qual pode violar uma obrigação contratual e um direito absoluto, à vida ou à integridade física), e que as mesmas podem coexistir⁷⁹.

⁷⁸ MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “*Direito da Saúde*”, p. 15: “A responsabilidade civil por erro médico coloca desafios fundamentais aos quadros tradicionais da responsabilidade civil. O contrato de prestação de serviços médicos está longe de ser assimilável ao desempenho concetual tradicional do direito civil, assente na autonomia da vontade, na igualdade das partes e na liberdade de estipulação”.

⁷⁹ RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por Sousa Ribeiro, Sinde Monteiro, Almeno de Sá e Brandão Proença), p. 210: “em todos estes casos existe um único dano, produzido por um único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física”.

Seguindo de perto a jurisprudência majoritária nacional⁸⁰, “estamos perante uma responsabilidade civil contratual, quando ela provém da “falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei”, e extracontratual, também designada de delitual ou aquiliana, quando resulta da “violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem”⁸¹.

Há, na doutrina, quem entenda que numa situação desta natureza, se deve permitir ao lesado a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade⁸², e até de cumular, na mesma ação, regras de uma e de outra à sua escolha⁸³. Não obstante, há quem discorde desta posição⁸⁴, defendendo que o regime da responsabilidade contratual “consume” o da extracontratual (princípio da consunção). Perante esta faísca dubitativa, cremos que é hoje pacificamente aceite, na maioria da doutrina e jurisprudência, a adoção da concepção dualista (ou pluralista) e, *qua tale*, admite-se quanto à Responsabilidade

⁸⁰ V.g., o Ac. do STJ, de 07.10.2010, processo n.º 1364/05.5TBCL.G1: “A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual. Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra”, e ainda o Ac. do STJ de 27.11.2007, processo n.º 07A3426: “A responsabilidade civil médica pode apresentar - e será, porventura, a situação mais frequente - natureza contratual, assentando na existência de um contrato de prestação de serviço, tipificado no art. 1154.º do CC, celebrado entre o médico e o paciente, e advindo a mesma do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico. Mas também pode apresentar natureza extracontratual, *prima facie* quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas apontadas modalidades de responsabilidade civil”.

⁸¹ Cf. Acórdão do TRG, de 20.03.2018, sob o processo n.º 304/17.3T8BRG.G1.

⁸² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XXVIII, Coimbra, 1985, p. 400: “não se trata, é bom de ver, de o credor obter duas indemnizações, mas antes de obter uma indemnização única, gozando porém da liberdade de escolher, para esse efeito, o regime contratual ou o regime extracontratual”; também VAZ SERRA, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, Boletim do Ministério da Justiça, 85, pp. 230 e ss.; MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coleção Teses, Livraria Almedina, 1982, p. 411: “Representando a violação do dever contratual de protecção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou a extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável”.

⁸³ SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “*Responsabilidade Médica...*”, pp. 38 e ss.: “pensamos que na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como solução natural, a concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades”.

⁸⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª edição, pp. 228-236 e 356-361: “é inaceitável o sistema de ação híbrida. Afigura-se-nos substancialmente injusto que o lesado beneficie das normas que considere mais favoráveis da responsabilidade contratual e da extracontratual, afastando as que nos respetivos sistemas estabelecidos em paralelo e que com elas formam conjuntos orgânicos — repute desvantajosas”; ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XIV, 2000, Tomo 3, pp. 191 a 198. Ainda, o STJ, no Ac. de 22.09.11, processo n.º 674/2001.P.L.S1.

Civil Médica a confluência entre os dois regimes típicos de responsabilidade civil⁸⁵ - posição esta que nós seguimos.

Embora o Código Civil sistematize estas duas formas de responsabilidade em locais distintos⁸⁶, os elementos constitutivos da responsabilidade civil são os mesmos: facto; ilicitude; culpa; dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano⁸⁷. E é neste conspecto que a natureza da obrigação contratual do Médico – uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado – ganha relevância.

4.1. A influência da natureza da obrigação do Médico nos pressupostos da Responsabilidade Civil Médica

Como veremos, são várias as consequências da distinção entre as duas modalidades de obrigações⁸⁸, nomeadamente, os critérios de ilicitude e culpa na responsabilidade contratual⁸⁹: nas obrigações de resultado, a inobservância do cuidado ou diligência exigíveis constitui o critério da culpa; nas obrigações de meios, ela constitui já o critério da ilicitude. Não obstante, independentemente do tipo de obrigação que o Médico possa vir a assumir, a sua responsabilidade, em princípio, continuará centrada na apreciação da culpa, i.e., numa responsabilidade subjetiva. E neste campo – *o ónus da prova da culpa* – surge nova quezília, respeitante à aplicabilidade da presunção de culpa do n.º 1 do art. 799.^º, sendo que o problema está relacionado com o conteúdo das relações jurídicas: nas obrigações de meios a alegação e prova da inobservância dos deveres contratuais envolve a alegação e prova da inobservância do dever de cuidado, que se revela de

⁸⁵ NUNO M. PINTO DE OLIVEIRA, op. cit., “*Responsabilidade civil...*”, pp. 129 e ss. Porém, há um particular interesse no confronto destes dois institutos: a tutela contratual é a que, em regra, favorece mais o lesado na sua eventual pretensão indemnizatória – v.g., a questão respeitante ao prazo de prescrição: vinte anos na responsabilidade contratual, nos termos do art. 309.º, e três anos na aquiliana, por força do disposto no art. 498.º.

⁸⁶ A responsabilidade contratual nos arts. 798.º e ss., no capítulo atinente ao Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações, e a responsabilidade extracontratual nos arts. 483.º e ss. no capítulo das Fontes das Obrigações.

⁸⁷ Descritos detalhadamente por JOÃO CARLOS GRALHEIRO, *O Ato Médico é uma Empreitada?*, Dissertação de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito – Centro de Direito Biomédico, 2014/2015, pp. 848 a 854.

⁸⁸ Embora haja diversos autores que criticam a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado. V.g., NUNO M. PINTO DE OLIVEIRA, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11, pp. 713 e ss; ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, pp. 713 e ss.

⁸⁹ NUNO M. PINTO DE OLIVEIRA, op. cit., “*Responsabilidade civil...*”, pp. 187 e ss.

⁹⁰ Sobre o tema v. JOÃO ÁLVARO DIAS, op. cit., “*Procriação Assistida e Responsabilidade...*”, p. 709; NUNO M. PINTO DE OLIVEIRA, op. cit., “*Responsabilidade civil...*”, p. 198.

extrema dificuldade para o credor (no nosso caso, o paciente). No ordenamento jurídico português, quer a doutrina⁹¹, quer a jurisprudência⁹², que adotam esta distinção entre obrigações de resultado e de meios, consideram que a presunção de culpa do devedor não tem cabimento no âmbito da responsabilidade civil por ato médico, por se tratar de uma mera obrigação de meios. Como resultado, caberia assim ao paciente ter de provar em juízo a desconformidade entre a conduta do devedor e aquela que, em abstrato, proporcionaria o resultado pretendido. Entende-se que esta é uma posição que deixa os lesados numa situação particularmente frágil, havendo, inclusive, alguns autores que defendem que, embora caiba ao demandante o ónus da prova da violação da *leges artis*, **deve presumir-se a culpa**, nos termos do art. 799.º. A título exemplificativo, surge a decisão proferida no Ac. do TRL, de 09/03/2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7⁹³.

Outra questão que importa considerar é a do nexo de causalidade. Também aqui se suscita um problema de prova a cargo do Cliente, havendo até doutrina que considera ser esta a *vexata quaestio* da responsabilidade civil médica⁹⁴.

Assiste-se, por isso, a uma verdadeira dialética entre estas duas realidades, pelo que não deixa de ser importante referir que o tema se reveste de particular destaque no domínio do nosso tema, onde se denota progressivamente, na doutrina⁹⁵ e nas nossas instâncias judiciais, uma tendência em qualificar a obrigação do profissional de saúde

⁹¹ cf., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996, p. 137 e MOITINHO DE ALMEIDA, op. cit., “*Responsabilidade Civil do Médico...*”, p. 337; a este propósito, pode ainda consultar-se MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, Edições Almedina, 2007, pp. 48 e ss.

⁹² V.g., Ac. do STJ, de 05.02.2013, processo n.º 2035/05.8TVLSB.L1.S1 “No domínio das obrigações de meios, recai sobre o credor o ónus de demonstrar que meios foram não empregues pelo devedor ou que não foi observada a diligência objectivamente devida com vista ao resultado pretendido. A presunção de culpa tende a confinar-se à mera censurabilidade pessoal do devedor, à culpa em sentido estrito”.

⁹³ Veja-se: “Ainda que se entenda que a obrigação a que o médico está adstrito é uma obrigação de meios, tendo presente a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento, o desequilíbrio (estrutural) da relação estabelecida entre o médico e o doente, a particular dificuldade na efectivação da tutela de tais interesses, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais débil, **impende sobre o prestador de serviços médicos uma presunção de culpa, que lhe cumpre elidir**, se pretender furtar-se à obrigação de indemnizar, por falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso (nos termos gerais da responsabilidade contratual, como decorre do art. 799.º, nº 1, do CC)”. (sic)

⁹⁴ RIBEIRO DE FARIA, *Da prova na Responsabilidade Civil Médica – reflexões em torno do Direito Alemão*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, I, p. 124: “a prova do nexo causal é a maior dificuldade colocada ao doente, constituindo a “autêntica pedra de toque da responsabilidade médica”.

⁹⁵ V. ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 699 “O contrato médico é um contrato de prestação de serviços, pelo que não há uma regulamentação específica de garantias contratuais (...), como acontece, (...) no contrato de empreitada. (Embora em certos casos específicos, como a colocação de próteses, se defenda a aplicação das regras específicas do contrato de empreitada, com aspetos vantajosos [obrigação de resultado] e desvantajosos [prazos de caducidade]. Donde apenas se aplicam as regras gerais da responsabilidade por cumprimento defeituoso”).

como uma obrigação de resultado, ou ainda um *tertium genus* – uma **obrigação de quase resultado**⁹⁶.

III. INTERVENÇÃO ESTÉTICA – UMA OBRA?

Após este enquadramento, no qual se procurou aquilatar, de forma sucinta, alguns conceitos alusivos ao tema em escrutínio, e, a nosso ver, imprescindíveis para uma clara compreensão do estudo a que nos propusemos, partimos para a análise – jurisprudencial e doutrinal – do que se tem vindo a afirmar sobre o regime aplicável, no exercício da medicina, às intervenções de cariz estético.

1. Análise Jurisprudencial e Doutrinal das várias Modalidades

1.1. Próteses Dentárias

A nível temporal, as primeiras referências por parte da doutrina à possibilidade de qualificar como contrato de empreitada o contrato celebrado entre Médico e o Cliente, resumem-se às intervenções médico-dentárias com finalidades predominantemente estéticas, nomeadamente, a colocação de próteses, restauração de dentes e realização de implantes⁹⁷.

De forma surpreendente, surge o Ac. do TRL, de 24.01.2019, relativo ao processo n.º 25029/13.5T2SNT.L1-2, onde se verificou que o tribunal *a quo* tinha qualificado a relação contratual entre Médico e Paciente (que consistia na realização de duas cirurgias dentárias para colocação de implantes e enxerto ósseo e colocação de prótese aparafusada sem implantes com barras), como um **contrato de venda de bens de consumo, pelo regime de empreitada**, de acordo com o DL n.º 67/2003, de 8 de abril – qualificação essa que não foi aceite na nova decisão proferida agora na segunda instância, que assumiu que a relação contratual ali em causa se tratava efetivamente de um contrato de prestação de

⁹⁶ V. Ac. do STJ, de 17.12.2009, processo n.º 544/09.9YFLSB, aplicou o termo “obrigação de quase resultado” à realização de uma cirurgia estética. Sobre este conceito, v. ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 725.

⁹⁷ Sobre exemplos da classificação por parte da doutrina destas intervenções médico-dentárias como contratos de empreitada, v. ponto 2.2. do I título.

serviços, na modalidade de contrato de empreitada, pela realização da obra, que consistia em vários serviços que culminariam na aplicação de uma prótese dentária.

Na esteira deste aresto, salienta-se ainda o Ac. do TRP, de 21.02.2019, processo n.º 1598/17.0T8PVZ-A.P1, que qualificou como **um contrato de empreitada de bens de consumo**⁹⁸ (previsto também no DL *supra* mencionado), o contrato celebrado entre Médico e Cliente para colocação de uma prótese fixa com utilização mínima de quatro implantes, feitas no próprio osso.

Após uma análise de algumas das decisões na nossa jurisprudência⁹⁹, conclui-se que há uma construção pretoriana maioritária¹⁰⁰ no sentido de defender que nas intervenções médico-dentárias com fins predominantemente estéticos, a obrigação do Médico reconduz-se a uma obrigação de resultado (e não de meios), sendo que o resultado surge nestas intervenções como substrato imprescindível da obrigação do profissional de saúde.

Tal entendimento tem correntemente por base o raciocínio de que, embora no domínio da odontologia não se possa afirmar que – genericamente – os médicos assumam obrigações de resultado, a verdade é que se entende que há áreas da medicina dentária onde há uma menor influência de fatores não controlados pelo profissional, i.e., um menor carácter aleatório daquela concreta atividade, que, conjugado com o avançado grau de especialização técnica dos profissionais, acaba por transformar a natureza da sua

⁹⁸ Também um artigo publicado pela Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, qualifica a produção e a aplicação de uma prótese dentária no contrato de empreitada na modalidade da prestação de serviço

(https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiKxIfZzMXpAhWPnxQKHernB0sQFjACegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.deco.proteste.pt%2F-media%2Fedideco%2Fimages%2Fpaper%2520publications%2Fteste%2520saude%2F2013%2F104%2Fproteses%2520dentarias%2Freference%2Fproteses%2520dentarias%2Fproteses-dentarias.pdf%3Frev%3D53d39515-80fb-4170-af3d-13177098860b&usg=AOvVaw0J8OOl339jQ_eWr94rKf7G), consultado a 30-04-2020, p. 11.

⁹⁹ V.g., Ac. do STJ, de 15.11.2012, processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1; Acórdãos do TRP (de 05.03.2013, processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1; de 17/06/2014, processo n.º 11279/09.2TBVNG.P1; de 21.02.2019, processo n.º 1598/17.0T8PVZ-A.P1; de 28.03.2017, processo n.º 8838/12.0TBVNG.P2); Ac. do TRE, de 25.09.2014, processo n.º 2618/09.7TBLLE.E1; Ac. do TRL, de 24.01.2019, processo n.º 25029/13.5T2SNT.L1-2.

¹⁰⁰ Como exemplo de uma decisão minoritária que qualifica qualquer intervenção dentro do universo da odontologia como uma obrigação de meios, v. Ac. do TRL, de 24.01.2019, processo n.º 25029/13.5T2SNT.L1-2 “Tal processo, que só poderá ser levado a cabo por um medico dentista, é uma verdadeira prestação de serviços, mas ainda que se considere que se estabeleceu um contrato de empreitada, do mesmo resulta uma obrigação de meios para o médico e não uma obrigação de resultado”.

obrigação numa obrigação de resultado, dada a quase nula margem de incerteza do sucesso da intervenção¹⁰¹.

Cumpre-nos, ainda, fazer uma pequena referência a duas sentenças dos Julgados de Paz. A primeira diz respeito ao Processo dos Julgados de Paz de Sintra, n.º 745/2010-JP de 13.12.2010, onde se afirma que o contrato segundo o qual é estabelecida a criação de uma prótese dentária, mediante uma contrapartida monetária, será de qualificar como **contrato de empreitada**, desde que se venha a verificar um suporte material.

Na esteira desta decisão, veja-se o Processo dos Julgados de Paz de Setúbal, n.º 288/2010-JP de 10.01.2011, cite-se “*A este fornecimento de prótese dentária (contrato de prestação de serviços na modalidade de empreitada, regulados nos artigos 1154.º e seguintes e 1207.º e seguintes do Código Civil) é efectivamente susceptível de ser aplicada a Lei de Defesa do Consumidor. Com efeito há aqui a realização de uma obra (fabrico e colocação de uma prótese dentária) que deve ter as características normalmente expectáveis pelos consumidores em geral, que são as de substituição adequada dos dentes próprios, fornecida por quem exerce profissionalmente essa actividade*” (sic).

No âmbito da nossa pesquisa na esfera desta modalidade de intervenção estética, assistimos ainda a diferentes posições escalpelizadas na jurisprudência sobre a obrigação correspondente ao fornecimento e aplicação de próteses.

Na fundamentação de direito do Ac. do TRP, de 05.03.2013, processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1, entendeu-se que no caso específico de próteses dentárias “não só a sua feitura como também a sua aplicação, correspondendo a momentos diferentes da actividade odontológica, devem ser classificadas como obrigações de resultado”.

¹⁰¹ V. Ac. do TRP, de 05.03.2013, processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1 “De facto, estando tais procedimentos completamente banalizados na prática médico-dentária e mostrando-se bastante evoluída a respectiva técnica, o grau de incerteza quanto ao resultado pretendido é desprezível, sendo certo, por outro lado, que os problemas relacionados com a possível aceitação ou rejeição da prótese na boca do paciente não se colocam, por via de regra”.

RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁰² defende que nestas intervenções complexas, o profissional assume obrigações de diferente natureza, distinguindo o momento da elaboração da prótese, onde se está perante uma obrigação de resultado, do momento da aplicação da mesma no paciente, qualificando esta obrigação como de meios. O Ac. do TRP, de 21.02.2019, processo n.º 1598/17.0T8PVZ-A.P1, parece sufragar este entendimento, ao afirmar que “uma coisa é a prótese propriamente dita, a sua qualidade, eficácia, o facto de [ser] conforme às características materiais e técnicas garantidas; outra coisa é a sua aplicação a um paciente, sujeita às contingências específicas da sua compleição física, do osso, do processo prévio de osteointegração dos implantes”.

Esta é, assim, outra questão controversa, que suscitou opiniões contrárias na jurisprudência a situações materialmente idênticas.

Posto isto, qual é afinal a obra que o Médico Dentista realiza? A nosso ver, não há outra resposta que não a **transformação do corpo do paciente**, assente na incorporação de um novo objeto, pelo que estaríamos a reduzir o corpo humano à mera qualidade de coisa corpórea. Admitimos que, à primeira vista, a questão pode não ser de todo descabida – no fundo, a empreitada pode cingir-se à criação de algo, mediante um preço, originando-se um resultado material. Contudo, saliente-se que a colocação de uma prótese dentária depende da aprovação do médico em relação às demais características – seja do material utilizado, da técnica a utilizar aquando da sua inserção, da medicação necessária ao procedimento, etc. – retirando-se da relação médico-paciente a essência do contrato de empreitada. É que, saliente-se, o resultado final de uma empreitada depende dos critérios exigidos pelo dono da obra, acordados no projeto *ab initio*.

Concretizando, a única situação em que poderíamos falar efetivamente de um contrato de empreitada, seria a relação criada entre o protésico (profissional a quem incumbe a realização da prótese) e o médico dentista, que “apenas” irá aplicar a prótese no paciente, e que irá ditar as características dessa mesma prótese, com observação das *leges artis* a que está adstrito na sua profissão. Perante esta situação, é inquestionável que

¹⁰² RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, p. 100 “É necessário fazer uma distinção entre a actividade de elaboração da prótese e actividade de aplicação da mesma no organismo do paciente. No que concerne à primeira, o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adegue à anatomia do concreto doente, de acordo com as regras técnicas precisas, assumindo uma obrigação de resultado. No que respeita à segunda, na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de factores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como uma obrigação de meios.”; sobre a distinção entre o fabrico e a aplicação de próteses no geral, v. Ac. do STJ de 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1.

estamos na presença de um verdadeiro contrato de empreitada na sua essência, sendo o protésico o empreiteiro e o Médico Dentista o dono da obra. Quando à aplicação da dita prótese, não nos parece que possa ser qualificado como uma empreitada, pois além dos aspetos controversos que mencionámos relativamente à distinção entre os dois regimes¹⁰³, não se pode prever em absoluto como será a reação do corpo *daquele* cliente em concreto a este implante.

Porém, **ANDRÉ DIAS PEREIRA**¹⁰⁴ admite que o Médico (dentista, *in casu*) se obrigue a um resultado, e estriba este entendimento no caso em que o Profissional garanta um tratamento “completamente seguro, sem sequelas visíveis”, ou ainda quando este mostre “fotografias de casos bem sucedidos” sem relativizar os resultados possíveis, positivos e negativos. Por força do princípio da liberdade das partes em definir os moldes do conteúdo contratual, parece-nos, *a priori*, que nada obsta a que o médico se obrigue a um resultado, acarretando com as consequências de um resultado nocivo.

1.2. Cirurgia Plástica de Cariz Estético

Também neste campo surge uma posição claramente maioritária nos nossos tribunais de qualificar a obrigação do Médico Cirurgião, em intervenções cirúrgicas de cariz estético, como uma obrigação de resultado¹⁰⁵¹⁰⁶.

Importa, antes de mais, mencionar que, por vezes, o critério de destrição seguido pelos tribunais, baseia-se na dicotomia entre a cirurgia estética de embelezamento e a cirurgia estética reconstrutiva. Como afirma **VERA LÚCIO RAPOSO**¹⁰⁷, a obrigação de resultado por parte do médico apenas se sustenta na primeira modalidade, sendo que quanto à segunda deve permanecer o entendimento de que se trata de uma obrigação de

¹⁰³ Remeta-se para o ponto 2.2. do II título do presente estudo.

¹⁰⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 717.

¹⁰⁵ V.g., Acórdãos do STJ (Ac. de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1; Ac. de 15.11.2012, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1; Ac. de 17/12/2009, processo n.º 544/09.9YFLSB; Ac. de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1).

¹⁰⁶ Não obstante, surge uma decisão por parte do STJ, no Ac. de 15.11.2012, processo n.º 117/2000.L1.S1, em completa dissonância com a orientação jurisprudencial maioritária: “No contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, ainda que na vertente da cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrigação de meios (...)”.

¹⁰⁷ VERA LÚCIO RAPOSO, op. cit., “*Do ato médico ao ...*”, pp. 115/116. A autora menciona, ainda, que no caso de intervenções plásticas que assumam predominantemente um pendor terapêutico – caso das reconstruções mamárias após uma mastectomia – também a obrigação do Cirurgião é de meios, não se podendo colocar as mesmas exigências quanto ao resultado que se apontam nas intervenções puramente estéticas.

meios. Na pegada desta visão, surge o Ac. de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (“Nas cirurgias estéticas, que se destinam a corrigir um determinado defeito físico ou a melhorar a aparência ou a imagem de uma pessoa, a dimensão do resultado assume maior relevo nas obrigações contratuais dos médicos do que nas cirurgias curativas ou assistenciais, típicas obrigações de meios.”), e o Ac. de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1 (“Ora, na cirurgia curativa ou assistencial (...), ao contrário do que pode ocorrer em algumas cirurgias voluntárias, nunca o médico se compromete a um resultado limitando-se a assumir (contratualmente) a obrigação de utilização dos meios adequados à produção de um resultado (previsível) que debele ou pelo menos atenua a situação determinante da intervenção.”), ambos do STJ.

Porém, **ANDRÉ DIAS PEREIRA**¹⁰⁸ e **JOÃO ÁLVARO DIAS**¹⁰⁹ consideram não existir razões decisivas para que a obrigação do Cirurgião numa intervenção de cariz estético, seja considerada substancialmente diferente da obrigação que recai a um Cirurgião no domínio das mais diversas cirurgias, e estribam a sua argumentação do facto de que também naquele âmbito se verifica a álea inerente a todo e qualquer ato cirúrgico, sendo, por vezes, tais cirurgias tão ou mais complexas a nível técnico e com gigantescos riscos associados.

Como já tivemos oportunidade de demonstrar no presente estudo, a relação que se estabelece entre Médico e Cliente é uma relação obrigacional em sentido amplo, i.e., a par dos deveres de prestação com vista a atingir um determinado resultado, coabitam ainda deveres laterais (deveres de conduta articulados entre si de forma orgânica e igualmente orientados para o mesmo objetivo), mesmo que não previstos no clausulado do contrato ou em alguma norma legal específica, pois a sua razão de ser é intrínseca ao princípio geral da boa fé¹¹⁰.

Tratando-se de intervenções não necessariamente ligadas ao estado de saúde do paciente (embora este possa sofrer psicológica e emocionalmente por não se conformar com o aspeto estético que pretende ver transformado), é exigível um dever de esclarecimento mais rigoroso aos profissionais de saúde, pois é o paciente que voluntariamente procura com aquela intervenção um concreto resultado, não padecendo este de qualquer doença, o que vai determinar uma ponderação mais exigente entre os

¹⁰⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, pp. 721 e ss.

¹⁰⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, op. cit., “*Procriação Assistida e Responsabilidade...*”, pp. 253 e ss.

¹¹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “*A responsabilidade civil...*”, p. 73, nota 166.

eventuais riscos dessa cirurgia (que lhe devem ter inteiramente comunicados), as alternativas terapêuticas e a probabilidade de êxito associado a cada uma delas.

Nestes termos, seguimos a argumentação de **ANDRÉ DIAS PEREIRA**¹¹¹, quando este afirma que a obrigação do Cirurgião numa intervenção estética (*a priori*, de meios) se pode converter numa obrigação de resultado “*em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das informações que o médico forneceu ao doente*”.

Merece especial atenção, no cotejo em análise, que caso estes requisitos de esclarecimento por parte do Profissional não sejam integralmente cumpridos, está em causa a própria licitude da intervenção¹¹². Ainda, se o Médico garante um certo e determinado resultado, não advertindo o seu cliente para a existência de uma margem de insucesso, sufragamos a posição de **CARLA GONÇALVES**¹¹³, ao referir que este “deverá responder por aquilo a que se obrigou”.

Tal argumentação leva-nos a outro ponto acutilante, também ele escrutinado em sede de instâncias judiciais – a obrigação de *quase resultado*. Como mero exemplo, destacamos o Ac. do STJ de 17.12.2009, processo n.º 544/09.9YFLSB¹¹⁴, onde se afirma que “*Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena*”.

Tal decisão contou com uma declaração de voto, por parte do Juiz Conselheiro **CUSTÓDIO MONTES**, de veras pertinente – no nosso entender – em dois pontos fulcrais: primeiramente, a crítica à admissão de um *tertium genus* nas modalidades de obrigação, considerando a já mencionada posição controvertida da doutrina e jurisprudência quanto à admissão da dualidade de obrigações; e em segundo lugar, o facto de ter afirmado a obrigação do Médico em causa como obrigação de resultado, por este não ter advertido a sua cliente para os riscos do eventual insucesso da intervenção¹¹⁵ (*in casu*, quatro

¹¹¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “*Direitos dos Pacientes (...)*”, p. 725.

¹¹² Como observado no ponto 3.1. do I Título do presente estudo.

¹¹³ CARLA GONÇALVES, op. cit., “*A responsabilidade médica...*”, pp. 363/364, nota 10.

¹¹⁴ Na esteira do mesmo aresto, v. Ac. do STJ, de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S.

¹¹⁵ Tendo ainda ficado como provado que o réu não estava inscrito na Ordem dos Médicos como cirurgião plástico de cirurgia reconstrutiva e estética, acrescentando que a autora desconhecia esse facto.

intervenções cirúrgicas: lifting facial, introdução de próteses mamárias, lipoaspiração da anca e coxa e aumento do volume dos lábios).

A título de nota conclusiva, não podemos assim concordar com o proferido no Ac. do STJ, de 15.11.2012, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1: “*Importa, pois, ponderar a natureza e objectivo do acto médico para casuisticamente saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.*”, pois trata-se de uma definição insuficiente, lata e imprecisa, ignorando dois aspetos, a nosso entender fundamentais, que se consubstanciam no que for convencionado entre Médico e Cliente, bem como na observância do cumprimento dos deveres laterais que surgem desta relação obrigacional complexa.

Assim, mesmo se assumindo que o profissional de saúde se vincula a uma obrigação de resultado (ou “*quase resultado*”), não vemos como inserir esta intervenção no regime do contrato de empreitada, pelos mesmos argumentos aduzidos *supra* relativamente às próteses dentárias, sendo que, nestes casos, tem-se admitido que a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado, são evidência suficiente de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação do devedor – o Médico –, competindo a este provar que tal circunstância (resultado não cumprido ou cumprido de forma defeituosa) não procede de culpa sua, como prevê o art. 799.º, no seu n.º 1.

1.3. Depilação a Laser

Por último, uma referência sucinta às depilações a laser – uma questão que surgiu no âmbito do seminário “Contrato de Empreitada”, que, por minha escolha, fez parte do meu ciclo de estudos conducente ao grau de mestre em Direito Privado.

A par das duas modalidades analisadas, também o recurso à depilação a laser – prática cada vez mais recorrente nos dias de hoje – se caracteriza pelo seu cariz estético, e sobretudo, voluntário. Embora não me tenha deparado com qualquer referência a esta intervenção na doutrina portuguesa, merece especial destaque para a nossa análise o Ac. do TRP, de 10.10.2011, processo n.º 84/08.3TVPRT.P1.

O litígio resumiu-se ao facto da Autora – cliente – apresentar lesões derivadas do cumprimento defeituoso do procedimento de depilação definitiva nas pernas, por parte do profissional que o realizou – uma enfermeira –, embora tenha também sido observada por

um Médico Especialista em cirurgia plástica e reconstrutiva, que operava nas instalações da Ré. No douto acórdão, porém, afirmou-se que tal situação não se enquadra no conceito de Ato Médico, pois não se estaria perante um “*acto de diagnóstico, prognóstico, prescrição ou execução de medidas terapêuticas, necessariamente realizado por um profissional de saúde*”, advertindo que há vários locais onde é possível realizar este procedimento – nomeadamente Esteticistas.

Assim, o tribunal qualificou tal intervenção como um contrato de prestação de serviços, nos termos do art. 1154.º, assumindo que “*não houve um assumir de prestação de meios, mas a obrigação de um resultado*”. Não obstante, por não se tratar de um ato médico, a decisão dispensou a necessidade de um prévio consentimento. Ora, neste tipo de procedimentos, deve observar-se um prévio esclarecimento por parte do profissional que o executa, bem como o dever de questionar o Cliente sobre vários pontos imprescindíveis para a realização da depilação (v.g., se a cliente esteve em exposição solar recentemente; se tem conhecimento de alguma alergia ou alguma doença de pele; etc.). Cremos que, também neste domínio, será fulcral atender ao convencionado entre as partes, e se estes deveres laterais também se encontram cumpridos, com especial enfoque para as designadas “declarações de consentimento”, não raras vezes sem qualquer valor jurídico, revestindo um clausulado abusivo à luz dos princípios previstos em matéria de cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85 de 25 de Outubro), atendendo ao princípio da boa fé e à indisponibilidade relativa de direitos pessoais, nomeadamente, à integridade moral e física ou à saúde. Ademais, também neste tipo de intervenção se está a operar num corpo humano, cuja reação pode divergir de pessoa para pessoa.

Decerto, tende a nossa posição a não classificar também estas intervenções no regime do contrato de empreitada, alicerçando-nos, concomitantemente, nos argumentos expostos para as próteses dentárias.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Chegados ao fim da nossa análise ao tema que intitula a presente dissertação, podemos afirmar que o contrato de prestação de serviços médicos suscita, hoje e cada vez mais, quezílias no seio doutrinal e jurisprudencial, embora se reconheça uma crescente mobilização e interesse nesta matéria.

Estando conscientes que esta área reclamava um estudo mais aprofundado de certos domínios – nomeadamente, no direito médico –, julgamos ter deixado clara a complexidade da qualificação das Intervenções Estéticas, e – face à jurisprudência exposta e ancorados na doutrina qualificada, que se dedica ao estudo do Direito do Direito Médico –, as tergiversações e multiplicidade de entendimentos (uns em mais concordância que outros) esperemos ter concluído por algumas respostas.

Acreditamos, contudo, que a segurança jurídica, e mormente, a sua realização, careça da respetiva tipificação legal do contrato de prestação de serviços médicos (como já se observa noutros ordenamentos jurídicos), não se coadunando este com nenhum dos regimes em concreto das modalidades tipificadas dentro da ampla prestação de serviços – nomeadamente, o regime do contrato de empreitada, atento tudo o quanto fomos explanando.

Contudo, em via da exponencial importância que esta área da medicina vem assumindo, somos de crer que a solução, nos demais litígios, para apurar da responsabilidade dos profissionais de saúde, passará pelo escrutínio, desde logo, do conteúdo contratual moldado pelas partes – Médico e Cliente –, bem como pela observância do cumprimento dos deveres laterais de conduta a que o Profissional está vinculado – *maxime*, o Dever de Esclarecimento e de Obtenção de Consentimento Informado por parte do seu Cliente, que ganham um especial relevo na esfera da Medicina Voluntária.

Concretizando, somos de crer que o Médico pode obrigar-se a um resultado, mediante a forma como o procedimento estético foi apresentado ao Cliente, i.e., das informações que lhe foram, ou não, concedidas, vendo assim transformada a natureza jurídica da obrigação que comumente lhe é associada – uma obrigação de meios – numa obrigação de resultado. E, por último, nos casos em que as partes tenham livremente convencionado – ao abrigo do princípio da liberdade contratual, tal obrigação de resultado, estando assim o profissional sujeito às consequências nocivas do

incumprimento ou do cumprimento defeituoso da sua prestação. Em suma, não consideramos – nestas intervenções estéticas – estar perante a realização de uma obra, sendo, a nosso ver, incorreto aplicar a tais situações o regime previsto para o contrato de empreitada.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por Sousa Ribeiro, Sinde Monteiro, Almeno de Sá e Brandão Proença), Coimbra, 1983.

ALMEIDA, MOITINHO DE, *A Responsabilidade Civil dos Médicos e o seu Seguro*, Scientia Iurídica, XXI, 1972.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996.

_____, *Contratos I. Conceitos, Fontes, Formação*, 6.^a edição, Coimbra, Almedina, 2018.

_____, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012.

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, Editora Almedina.

CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, *O Erro Clínico, os Efeitos Adversos Terapêuticos e a Segurança dos Doentes: uma análise baseada na evidência científica*”, Revista Portuguesa de Saúde Pública, 10, 2010.

CORDEIRO, ANTÓNIO M. DA ROCHA E MENEZES, *Da Boa fé no Direito civil*, Coimbra, Almedina, Coleção Teses, Fevereiro 2007, 3.^a reimpressão.

CORREIA, SÉRVULO, *As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996.

_____, *Introdução ao Direito da Saúde*, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1991.

COSTA, MÁRIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 4.^a edição.

DIAS, FIGUEIREDO / MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332.

DIAS, JOÃO ÁLVARO, *O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11.

_____, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1996.

_____, *Responsabilidade, Informação, Consentimento e Confidencialidade*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, III, 4.

FRAGATA, JOSÉ / MARTINS, LUÍS, *O erro em Medicina*, 2008, Edições Almedina.

FRAGATA, JOSÉ, *Riscos Clínicos, Complexidade e Performance*.

GONÇALVES, CARLA, *A Responsabilidade Civil Médica: Um problema para além da Culpa*, Coimbra Editora, 2008, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 14.

_____, *A Responsabilidade Médica Objetiva, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11.

GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA MIQUEL / MORILLO, ANDREA MACÍA, *La Responsabilidad Médica en el Ordenamiento Español, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11.

GRALHEIRO, JOÃO CARLOS, *O Ato Médico é uma Empreitada?*, Dissertação de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito – Centro de Direito Biomédico, 2014/2015.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO / MACIEIRINHA, TIAGO, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

MARIANO, JOÃO CURA, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2015.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil por Ato ou Omissão do Médico*, Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida.

_____, *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

_____, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, 1994.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XXVIII, Coimbra, 1985.

NUNES, MANUEL ROSÁRIO, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, Edições Almedina, 2007.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos*, disponível in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-fim-da-arte-silenciosa.pdf>, consultado a 12-12-2019.

_____, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 1.

OLIVEIRA, NUNO M. PINTO DE, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 15.

_____, *Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Ano V – 2008, Coimbra Editora.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, n.º 22.

_____, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, n.º 9.

_____, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 11.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Cessão da Posição Contratual*, Coleção Teses, Livraria Almedina, 1982

_____, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1994.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XIV, 2000, Tomo 3.

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*, Coimbra, 2015.

RODRIGUES, JOÃO VAZ, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra Editora, 2001, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, n.º 3.

SERRA, VAZ, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, Boletim do Ministério da Justiça, 85.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996.

TELLES, GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ac. de 23.03.2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 (Tomé Gomes)
- Ac. de 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (Silva Salazar)
- Ac. de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1 (Mário Mendes)
- Ac. de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (Maria Clara Sottomayor)
- Ac. de 05.02.2013, processo n.º 2035/05.8TVLSB.L1.S1 (Alves Velho)
- Ac. de 15.11.2012, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1 (Gregório Silva Jesus)
- Ac. de 15.11.2012, processo n.º 117/2000.L1.S1 (Abrantes Geraldes)
- Ac. de 22.09.2011, processo n.º 674/2001.P L.S1 (Bettencourt de Faria)
- Ac. de 17.12.2009, processo n.º 544/09.9YFLSB (Pires da Rosa)
- Ac. de 27.11.2007, processo n.º 07A3426 (Rui Mauricio)
- Ac. de 21.11.2006, processo n.º 06A3716 (Sebastião Póvoas)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

- Ac. de 25.09.2014, processo n.º 2618/09.7TBLLE.E1 (Francisco Xavier)
- Ac. de 13.02.2014, processo n.º 1843/08.2TBLLE.E1 (José Lúcio)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Ac. de 20.03.2018, processo n.º 304/17.3T8BRG.G1 (Maria Amália Santos)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ac. de 24.01.2019, processo 25029/13.5T2SNT.L1-2 (Maria José Mouro)

Ac. de 09.05.2017, processo n.º 189/10.0YXLSB.L1-1 (Isabel Fonseca)

Ac. de 22.10.2015, processo n.º 26917/13.4T2SNT-A.L1-2 (Vaz Gomes)

Ac. de 09.03.2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7 (Maria do Rosário Morgado)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Ac. de 21.02.2019, processo n.º 1598/17.0T8PVZ-A.P1 (Joaquim Correia Gomes)

Ac. de 28.03.2017, processo n.º 8838/12.0TBVNG.P2 (Fernando Samões)

Ac. de 17/06/2014, processo n.º 11279/09.2TBVNG.P1 (M. Pinto dos Santos)

Ac. de 05.03.2013, processo n.º 3233/05.0TJPRT.P1 (Henrique Araújo)

Ac. de 10.10.2011, processo n.º 84/08.3TVPRT.P1 (Soares de Oliveira)

JULGADOS DE PAZ

Processo dos JP de Setúbal, n.º 288/2010-JP de 10.01.2011 (António Carreiro)

Processo dos JP de Sintra, n.º 745/2010-JP de 13.12.2010 (Sofia Campos Coelho)