



# **Revista da Sociedade Portuguesa de Anestesiologia**

Vol. 10 N.º 2 Junho 1999

Órgão da Sociedade Portuguesa de Anestesiologia

# A Responsabilidade Civil do Médico \*

SOFIA OLIVEIRA PAIS \*\*

## 1 - Objecto da comunicação. Reflexões preliminares

O tema que me foi distribuído, e que hoje venho aqui apresentar, é, como certamente se recordam, o da responsabilidade civil do médico.

Nos últimos anos tem-se verificado um interesse acrescido pelos problemas da responsabilidade do médico, traduzido quer num acréscimo de estudos doutrinários sobre o assunto, quer num maior número de acções de responsabilidade médica intentadas nos tribunais nacionais. Para esta situação contribuíram essencialmente dois factores: a mudança de mentalidades, por um lado, que se revela de forma significativa no abandono, ou pelo menos no colocar em causa, da visão tradicional paternalista do médico, e na consequente revalorização da liberdade do paciente; e a expansão, por outro lado, dos seguros sociais, e em especial dos seguros profissionais.

Quanto ao primeiro aspecto, o da evolução das mentalidades, importa recordar que, numa perspectiva clássica, a responsabilidade do médico não é encarada em termos jurídicos, mas sobretudo de um ponto de vista moral e religioso. A divinização do médico, visto como uma espécie de sacerdote, só começa a ser posta em causa com os progressos da medicina, com a proclamação do paciente como ser autónomo, bem como com a afirmação dos direitos

fundamentais<sup>1</sup>. Em todo o caso, ainda hoje encontramos requícios dessa visão paternalista da medicina, que se funda na indisponibilidade do corpo humano, considerado um bem em si mesmo, em vários artigos do Código Deontológico. Efectivamente, o princípio moral da beneficência, segundo o qual o médico é como o pai que só quer o bem do paciente tido como vulnerável, e mesmo incapaz<sup>ii</sup>, perpassa no texto do art. 40º, n.º 1, do Cód. Deontológico<sup>iii</sup>, que permite ao médico omitir informações relativas ao prognóstico e diagnóstico “por motivos que em sua consciência julgue ponderosos”, acrescentando o n.º 2 que “um prognóstico fatal só pode porém ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral”<sup>iv</sup>. Ou seja, o estado vulnerável em que se encontra o paciente prescreve uma atitude protectora por parte do médico.

Não obstante a manutenção de uma certa visão tutelar do doente, visto como a parte mais débil, senão mesmo “irresponsável” da relação, é preciso reconhecer que o “princípio da beneficência”<sup>v</sup> se encontra hoje significativamente mitigado pela progressiva importância conferida à livre autodeterminação do indivíduo, princípio este fundamental na medida em que acaba por modificar a conformação da relação médico/paciente. Hoje, cada vez

\* Este texto serviu de base à comunicação proferida na conferência sobre “A responsabilidade penal, civil e administrativa na Saúde”, que teve lugar no Hospital Militar, no Porto, em 27 de Fevereiro de 1999, integrada no 10.º Curso teórico-prático de Analgesia e Anestesia em Obstetrícia e 2.º Curso de Anestesia Regional do Hospital Militar R! e da Maternidade Júlio Dinis – co-organização com a Sociedade Portuguesa de Anestesiologia.

\*\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.

mais, o paciente transmuta-se de sujeito passivo em activo na relação que estabelece com o médico, sendo-lhe reconhecidos direitos verdadeiramente inovadores, desconhecidos no pensamento clássico, como o direito a informações médicas claras e completas ou o direito à recusa de tratamento. A progressiva consciencialização do paciente como ser autónomo e activo, a par da dessacralização da actividade médica, torna o indivíduo mais reivindicativo, mais consciente dos seus interesses, mais exigente da responsabilidade médica, agora não num plano moral mas sim jurídico.

É claro que o modelo "autonomista," que funciona, por exemplo, nos Estados Unidos, e onde é levado mesmo aos seus limites, tem não só custos gravosos, designadamente ao minar a confiança na relação médico/doente, fazendo surgir por parte daquele atitudes defensivas e mesmo indiferentes face ao doente, como dificilmente se harmoniza com as concepções morais e políticas europeias, e mais rigorosamente portuguesas. É preciso saber encontrar o "meio termo": afastar as teorias ditas do "imperialismo médico", que *in extremis* podem conduzir a situações desviantes de "exercício do poder pelo poder", e excluir igualmente o paradigma da autonomia absoluta do paciente, que negocia com o médico em condições de igualdade, porque contrário à tradição política, existente em vários ordenamentos europeus, que confia ao Estado o dever de proteger os mais fracos e funda a organização económica do sistema de saúde na dita "tradição republicana de solidariedade"<sup>vi</sup>.

A solução preferível seria, na nossa opinião, temperar o respeito pela liberdade de decisão do paciente, de acordo com o princípio da livre autodeterminação do indivíduo, com a necessidade de, num clima de confiança, que se pretende recíproco, reconhecer ao médico a possibilidade de orientar o paciente e mesmo proteger o doente de certas informações tidas como insuportáveis, como é o caso de

determinados prognósticos fatais, informando nestas hipóteses os familiares mais próximos do doente. É preciso reconhecer, sem pruridos, que não há uma verdadeira igualdade na relação médico/doente; este encontra-se claramente numa posição mais vulnerável, o que não significa obviamente que deva ser considerado um ser irresponsável, sem poder de decisão. A conciliação destes vários interesses, muitas vezes contraditórios, será sem sombra de dúvida uma tarefa árdua para o médico, que pode raiar, por vezes, dificuldades quase insuperáveis, radicando sempre as opções em situações de fronteira na consciência "moral" do médico.

Por outro lado, a efectivação da responsabilidade médica é de certa forma proporcional à expansão dos seguros profissionais. Efectivamente, podemos constatar que nos países em que o seguro se encontra generalizado, como sucede em França e nos Estados Unidos da América, a tendência é para os tribunais reconhecerem sem grande dificuldade tal responsabilidade<sup>vii</sup>.

Também entre nós se tem propugnado esta visão protectora do lesado em relação aos danos resultantes de acidentes de viação, área em que o seguro é obrigatório, com o inerente inconveniente de encarecer o próprio seguro, podendo mesmo em última análise acabar por desvirtuar a sua *ratio*. Com efeito, a existência de seguro torna os tribunais propensos a concederem indemnizações mais elevadas, garantindo uma maior protecção do lesado, sem "penalizar" o lesante. Esta solução, a médio prazo, acaba por gerar custos, traduzidos quer num aumento dos prémios, quer numa diminuição da solvabilidade das companhias de seguros, que acabam por se repercutir na sociedade em geral.

No que se refere ao seguro de responsabilidade médica, cabe tomar nota que este cobre, à partida, toda a conduta activa ou omissiva do médico

susceptível de conduzir à sua responsabilização civil, contratual ou extracontratualmente, ressalvados obviamente os limites da ordem pública. Significa isto que não poderão ser abrangidos pelo seguro actividades médicas ilícitas ou condutas dolosas, porque obviamente contrárias à ordem pública ou aos bons costumes<sup>viii</sup>. Serão ainda excluídas, geralmente, da cobertura do seguro, as situações de risco, imprevisíveis e anómalas, bem como os casos em que o médico, por imperativos morais, que não jurídicos, assume a responsabilidade pelos prejuízos causados, mesmo não tendo culpa, dado que nos termos da lei o médico, à partida, só responde existindo culpa, e não objectivamente. Por regra, só os casos de responsabilidade civil, previstos na lei, perdoe-se a tautologia, é que ficam cobertos pelo seguro. Destarte, o seguro terá especialmente interesse nas hipóteses de negligência médica, ou seja, situações em que a actividade médica causou danos ao paciente devido à omissão de um dever de diligência.

Cumpra ainda observar que a responsabilidade civil do médico pode assumir natureza contratual ou extracontratual, consoante se verificou uma situação de incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato de prestação de serviços médicos, ou uma violação de direitos absolutos, designadamente o direito à vida ou à integridade física. Existirá exclusivamente uma responsabilidade do tipo extracontratual (art. 483º do Cód. Civil) quando a actividade médica cause danos a terceiros que não são partes no contrato (nomeadamente aos familiares do paciente referidos nos art.ºs 495º e 496º do mesmo Código), ou quando o médico se viu obrigado a actuar numa situação de urgência, em que não se verificou o encontro das declarações de vontade do médico e do paciente com vista à celebração do contrato.

Todavia, as hipóteses mais frequentes, e que por isso serão objecto da nossa análise, são aqueles

casos em que existe um contrato de prestação de serviços médicos, que não foi cumprido nos termos devidos. É evidente que tal não obsta a que mesma conduta médica faça incorrer simultaneamente o seu autor em responsabilidade contratual, por violação do contrato, e extracontratual, por não respeitar direitos absolutos, como é o caso do direito à vida e à integridade física. Tal sucederá, por exemplo, no caso do cirurgião que deixa ficar um instrumento no corpo do paciente. Nesta hipótese o paciente lesado poderá optar pelas regras mais favoráveis de um ou de outro tipo de responsabilidade<sup>ix</sup>, ainda que em termos gerais se possa dizer que o regime da responsabilidade contratual é mais favorável ao lesado.

Posto isto, podemos concluir afirmando que cingiremos a nossa análise às condições cuja reunião é pressuposto da responsabilidade contratual do médico, tendo presente que os requisitos subjacentes à responsabilidade extracontratual são sensivelmente os mesmos. O médico, à partida, só será obrigado a indemnizar o lesado, quer essa responsabilidade assuma carácter contratual, quer extracontratual, verificando-se a existência de uma conduta ilícita culposa, que foi causa adequada dos danos sofridos pelo paciente.

De fora ficará a questão da responsabilidade médica no seio dos hospitais públicos. Ao contrário do que já foi afirmado<sup>x</sup>, não nos parece que em rigor se possa falar, por ora, na existência de um contrato entre o utente e o hospital público, sujeito à disciplina do Código Civil. Cremos sim que os actos médicos praticados num hospital público serão actos de gestão pública, eventualmente geradores de responsabilidade civil extracontratual nos termos do Decreto-Lei 48051 de 21/11/67, relativo ao regime de responsabilidade civil da Administração Pública, questão que, de forma evidente, ultrapassa o propósito do nosso trabalho<sup>xi</sup>.

Em síntese, a nossa análise centrar-se-á nos vários pressupostos da responsabilidade contratual

do médico, isto é, visaremos o regime jurídico aplicável ao médico no exercício da clínica privada, seja nos seus consultórios, em policlínicas ou em estabelecimentos particulares de assistência. E teremos em especial atenção, no decurso desta comunicação, questões como a da responsabilidade do médico que actuou no seio de uma equipa, o problema de saber se o médico é obrigado a facultar ao doente a ficha clínica, bem como o dilema da indemnização pelos danos não patrimoniais causados às Testemunhas de Jeová pelas transfusões sanguíneas não autorizadas.

## 2. Pressupostos da responsabilidade contratual

A responsabilidade contratual é a que resulta geralmente da violação de um contrato, da violação de um direito de crédito ou de uma obrigação em sentido técnico, e vem consagrada nos arts. 798º e segs. do Cód. Civil. Incorrerá, assim, neste tipo de responsabilidade, o médico que não cumpre as obrigações emergentes designadamente do contrato, ou seja, omite actos necessários, pratica actos inúteis ou efectua actos indispensáveis mas de forma deficiente.

À responsabilidade contratual do médico são aplicáveis as disposições do Código Civil, uma vez que o legislador não estabeleceu um regime especial em sede de actividade médica. De facto, deve considerar-se, na falta de um tipo legal específico, que estamos perante um contrato de prestação de serviço (art. 1154º do Cód. Civil)<sup>xii</sup>, não sujeito a uma forma especial, vigorando, portanto, o princípio da liberdade de forma<sup>xiii</sup>.

A aplicação das regras gerais sobre responsabilidade contratual, que vamos analisar ao longo da nossa exposição, não deve, todavia, esquecer que o contrato médico suscita problemas específicos.

Refira-se, desde já, que o médico sofre certas limitações quanto à liberdade de contratar. Efecti-

vamente, o princípio da liberdade contratual, fixado no art. 405º do Código Civil, que determina que ninguém pode ser obrigado a contratar contra a sua vontade, podendo as partes do contrato moldar livremente o conteúdo do mesmo, sofre desvios quando está em causa o exercício da actividade médica, uma vez que há circunstâncias em que o médico não pode deixar de observar e tratar o doente. Estabelece, assim, o art. 35º do Cód. Deontológico que "o médico pode recusar-se a prestar assistência a um doente excepto encontrando-se este em perigo iminente de vida ou não havendo outro médico de qualificação equivalente a quem o doente possa recorrer"<sup>xiv</sup>. Há nestas hipóteses um dever legal de prestar tratamento que poderá conduzir à celebração do contrato, mesmo não sendo essa a vontade do médico.

A este propósito, importa colocar a questão de saber qual o relevo a atribuir às normas de deontologia médica, tema que, como é sabido, não reúne o consenso da doutrina. Enquanto uns afirmam tratar-se de um costume codificado<sup>xv</sup>, outros referem-se a normas corporativas<sup>xvi</sup>, não faltando ainda quem lhes reconheça sobretudo eficácia interna, dirigidas à própria classe médica, afastando uma eventual paridade com as normas do Código Civil<sup>xvii</sup>. Independentemente da posição a adoptar, parece-nos que tais normas, subordinadas sempre às regras legais imperativas, revestirão inegável interesse para a interpretação e mesmo integração do contrato de prestação de serviços médicos.

Por outro lado, cabe igualmente notar que, de acordo com grande parte da doutrina portuguesa<sup>xviii</sup>, influenciada, sem dúvida, por soluções de origem francesa, o médico quando contrata com o paciente assume, geralmente, apenas uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. Nas obrigações de meios o devedor só se compromete a desenvolver diligentemente certa actividade para a

obtenção de um determinado resultado, mas sem assegurar que o mesmo se produza. É o que se passa, por regra, no domínio do exercício da medicina, visto que o médico compromete-se apenas utilizar a sua ciência na cura do doente, e só em situações excepcionais garante o resultado, como por exemplo no caso de certas operações de estética ou de análises laboratoriais. Em suma, o médico não fica, geralmente, vinculado à obtenção de um certo resultado: a cura do paciente; fica, sim, obrigado a prestar todos os cuidados possíveis com diligência e correcção, ou seja, a respeitar as *leges artis*.

Tendo em conta as características específicas da actividade que o médico se obrigou a prestar por via da celebração de um contrato, vamos passar então à análise da sua responsabilidade no plano contratual.

Nos termos do art. 798º do Cód. Civil, para que o médico seja considerado contratualmente responsável, é necessária a verificação dos seguintes pressupostos:

- 1.º - a existência de um comportamento ilícito do médico;
- 2.º - que o médico tenha actuado com culpa;
- 3.º - a existência de danos;
- 4.º - e um nexo de causalidade adequada entre o comportamento ilícito e culposo e os danos verificados.

Reunidos estes requisitos surge a obrigação de o médico indemnizar patrimonialmente os prejuízos causados ao doente.

### 3. A ilicitude da conduta médica

O primeiro pressuposto da responsabilidade contratual consiste, como acabámos de enunciar, na ilicitude da conduta, ou seja, na falta de cumprimento da obrigação por parte do devedor. A ilici-

tude do acto médico traduzir-se-ia, deste modo, no desencontro objectivo entre o acto que se devia praticar e o acto efectivamente praticado<sup>xix</sup>.

O ónus da prova do incumprimento por parte do médico, ou do cumprimento defeituoso da prestação, recairia sobre o paciente. É, desta forma, o doente que tem de provar que o médico não empregou todos os meios, ou não praticou todos os actos considerados normalmente necessários à prossecução daquela actividade; isto é, tem de demonstrar que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. Como é evidente, tal prova não será, na generalidade dos casos, facilmente produzida, bem pelo contrário. Daí que surjam vozes defensoras do recurso por parte do tribunal, ainda que com muita prudência, a “presunções judiciais simples ou de experiência”, baseadas em juízos de probabilidade e dados da experiência<sup>xx</sup>. O juiz poderia, por exemplo, presumir um “erro de tratamento”, se, de acordo com a experiência médica, os danos causados ao paciente resultassem geralmente de um acto terapêutico negligente. Cabendo depois ao médico provar que, no caso concreto, ocorreram circunstâncias anómalas que conduziram ao resultado indesejado.

Ocorre, igualmente, notar que o incumprimento por parte do médico diz não só respeito aos deveres principais e secundários resultantes do contrato, mas ainda aos deveres acessórios de conduta<sup>xxi</sup>, também designados por deveres laterais<sup>xxii</sup>. Com efeito, a doutrina moderna é praticamente unânime em reconhecer que as relações obrigacionais nascidas de um contrato são “complexas”<sup>xxiii</sup>. As partes num contrato assumem geralmente obrigações ou deveres de prestação, principais ou secundários, e ainda uma série de deveres laterais. Estes deveres, que podem resultar também da lei ou do princípio da boa fé, e cuja violação pode dar origem à obrigação de indemnizar, não visam directamente o cumprimento da prestação principal,

mas sim a integral satisfação dos “interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”<sup>xxiv</sup>, os quais muitas vezes permanecem mesmo depois de findo o contrato.

Neste contexto surge a questão de saber se do contrato resulta, por um lado, o dever de o médico facultar ao paciente o acesso aos registos médicos, e, por outro lado, qual o alcance e o conteúdo do dever de informação quanto aos métodos de diagnóstico ou de terapêutica.

No que à primeira questão diz respeito, o dever de o médico “registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo”, com observância do sigilo profissional, vem estipulado claramente no art. 77.º, n.º 1, do Cód. Deontológico. Numa fase pré-processual<sup>xxv</sup>, ressalvadas situações abusivas susceptíveis de causar prejuízos injustificados ao regular funcionamento da actividade médica, e existindo um interesse sério por parte do doente, tem-se afirmado a existência de uma verdadeira obrigação legal de fornecer a “ficha clínica”, fundada nos art.ºs 573º e 575º do Cód. Civil<sup>xxvi</sup>.

Em relação ao segundo aspecto, recebe igualmente consagração no Cód. Deontológico o dever do médico esclarecer o doente. Efectivamente o art. 38º, n.º 1 do dito Código obriga o médico a informar o doente, ou a família “acerca dos métodos de diagnóstico ou terapêutica que pretende aplicar”, acrescentando o art. 39º do mesmo Código que o médico deve ainda obter o consentimento do paciente, “de preferência por escrito”, quando tais métodos forem considerados arriscados. Se poucas dúvidas há actualmente, mesmo num plano de direito comparado, sobre a existência de um dever de informação - quer o consideremos oriundo do contrato<sup>xxvii</sup>, quer o fundamentemos na lei, designadamente no art. 762º n.º 2 do Cód. Civil, relativo ao princípio da boa fé<sup>xxviii</sup> -, mais difícil será definir a extensão de tal obrigação. Questiona-se hoje em

que situações e com que alcance deve o médico informar o doente dos riscos inerentes aos diagnósticos e tratamentos sugeridos. Por exemplo: a informação deve ser total e exaustiva mesmo no caso de um prognóstico fatal?

A verdade é que, no ordenamento português, a problemática da minúcia do dever de informação ainda não auferiu do tratamento rigoroso e extenso que lhe tem sido conferido, por exemplo, pela doutrina e jurisprudência francesas. Daí que tenha certo interesse aflorar, de forma muito sumária, alguns dos princípios afirmados nesse domínio.

Recorde-se, destarte, que a jurisprudência e a doutrina francesa sempre prescreveram um dever de esclarecimento amplo, abrangendo quer os riscos ligados à doença quer os inerentes ao tratamento sugerido, bem como uma informação “simples, aproximativa, inteligível e leal”, na linha do que era estabelecido pelo Código Deontológico Francês<sup>xxix</sup>. Equivale isto a dizer que o médico deve comunicar a verdade ao paciente, numa linguagem acessível e adequada ao seu estado e condição.

Por outro lado, a jurisprudência francesa evoluiu quanto à extensão da obrigação de informação. Inicialmente o dever de informação abrangia apenas os “riscos normalmente previsíveis e não os riscos excepcionais”. Todavia, uma série de acórdãos proferidos pela *Première Chambre Civile* em 1998 parecem tê-lo alargado de forma a abarcar “os riscos graves, mesmo excepcionais”<sup>xxx</sup>. Além disso, sublinha-se que o dever de esclarecimento não tem natureza estática, antes deve acompanhar a evolução do estado do doente e os tratamentos prescritos. Significa isto que o dever de informação é permanente, não abrangendo o consentimento, à partida, intervenções complementares ou acessórias<sup>xxxi</sup>; aliás só esta exigência de “renovação” do consentimento, para cada acto médico pertinente, evita a diluição das responsabilidades pela equipa médica<sup>xxxii</sup>.

No que respeita à prova da não prestação dos esclarecimentos devidos, ou da falta do consentimento para o tratamento médico proposto, esta recaía sobre o paciente, nos termos de uma jurisprudência constante da *Cour de Cassation*, com início em 1951<sup>xxxiii</sup>. As dificuldades de prova inerentes a um facto negativo aliadas aos óbices sentidos pelo doente internado, preocupado em reunir os necessários testemunhos, tornavam, como cedo se constatou, praticamente impossível o desempenho de tal tarefa. Daí que, em 25 de Fevereiro de 1997, rumo ao que alguns apelidaram de um certo “humanismo médico”<sup>xxxiv</sup>, a *Première Chambre Civile* tenha invertido o ónus da prova, fazendo recair sobre o médico a obrigação de provar que prestou ao paciente as informações devidas. O fundamento legal de tal solução seria o art. 1315º do Código Civil Francês, nos termos do qual aquele que pretende liberar-se de uma obrigação deve provar o pagamento ou o facto extintivo da sua obrigação<sup>xxxv</sup>.

Observe-se, por fim, que a alteração jurisprudencial efectuada não foi considerada satisfatória por grande parte da doutrina, quer porque induz os médicos a considerarem-se desresponsabilizados mediante a obtenção de um consentimento escrito num formulário pré-fixado, que muitas vezes mais não será do que um mero cheque em branco, quer porque onera frequentemente os pacientes com a leitura de textos redigidos numa linguagem médica hermética, quer ainda porque põe em causa a relação de confiança recíproca entre o médico e o paciente<sup>xxxvi</sup>.

Feita esta breve excursão pelo sistema francês, convém regressar ao nosso ordenamento, no qual verificamos que os princípios enunciados acabam por perpassar nos textos doutrinários existentes e no próprio Código Deontológico Português. De facto, não só o Código Deontológico Português estabelece, no art. 38º, a obrigação de o médico esclarecer

o doente acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende utilizar, como a doutrina portuguesa, retomando a fórmula francesa, defende dever a informação ser “simples, ao menos aproximativa, inteligível e leal”<sup>xxxvii</sup>. Acresce que o art. 40º do mesmo Código estipula que o conteúdo e a medida da informação variam consoante a natureza e a angústia do paciente, ao estipular que o médico pode omitir esclarecimentos “por motivos que em sua consciência julgue ponderosos”. Os casos de prognóstico fatal, por exemplo, devem ser geralmente comunicados ao familiar mais próximo, só podendo ser revelados ao doente “com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral” (art. 40º, n.º 2 do dito Código).

Em síntese, não há uma “fórmula mágica” aplicável a todos os casos e a todos os doentes, que nos diga qual o conteúdo e a dimensão exacta do dever de informação. Há somente certos princípios gerais que têm necessariamente de ser concretizados em função das circunstâncias do caso, atendendo ao estado do paciente. De qualquer modo, sempre se poderá afirmar que no domínio da clínica privada a obrigação de informação, por parte do médico, em princípio, deve ser afirmada na sua plenitude, uma vez que ao contrário do que se passa, por exemplo, em situações de urgência, num hospital público, não são invocáveis, à partida, os argumentos de falta de tempo ou de meios para circunscrever tal obrigação. Por regra, parece-nos que os médicos que exercem clínica privada, e mesmo os médicos que praticam a sua actividade no seio de um hospital público –ressalvando, como é evidente, as situações de urgência-, têm o dever de informar o doente, numa linguagem acessível, de todos os riscos graves, mesmo excepcionais, inerentes à doença e à terapêutica proposta, sob pena de poderem ser responsabilizados, nomeada-

mente no plano civil. Essencial é, em nosso entendimento, afastar o “muro do silêncio”<sup>xxxviii</sup> que mina a relação de confiança médico/doente, uma vez que pode conduzir à desumanização, ou pelos menos indiferença, daquele e à desconfiança deste, tentado frequentemente a presumir, ainda que erroneamente, a existência de culpa numa conduta médica meramente silenciosa.

Intimamente ligado ao dever de informação está o consentimento do paciente, podendo mesmo dizer-se que são as duas faces da mesma moeda. A importância do consentimento, no contexto de um acto de intervenção médica, assume aliás um protagonismo crescente com o progresso da medicina, e a mudança da relação médico/paciente, em que este deixa de ser um ente meramente passivo para pretender intervir no processo através de uma decisão esclarecida. Só uma informação prestada de forma clara, completa e leal permite um consentimento esclarecido, por parte do paciente, que poderá justificar a conduta médica ilícita. É exactamente a questão do consentimento, enquanto causa de exclusão da ilicitude, que será agora objecto da nossa atenção.

Note-se que na responsabilidade contratual, tal como na responsabilidade extracontratual, há circunstâncias que justificam o comportamento ilícito, excluindo a obrigação de indemnizar. Das várias causas de exclusão de ilicitude existentes na responsabilidade contratual interessa-nos sobretudo aprofundar a do consentimento do credor, *rectius* do paciente.

A questão do consentimento é explanada no Código Civil essencialmente em duas normas: o art. 81º e o art. 340º. O art. 81º, n.º 1, permite a limitação voluntária dos direitos de personalidade, consagrados nos arts. 70º e segs. do Cód. Civil<sup>xxxix</sup>, com um limite: será nula a restrição contrária aos princípios de ordem pública. De qualquer modo, a limitação voluntária de tais direitos, quando legal, é

sempre revogável, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte – art. 81º, n.º 2.

Por seu turno, o art. 340º, n.ºs 1 e 2, estabelece que “o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito” existindo consentimento do lesado, salvo se o consentimento for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. E o n.º 3 do mesmo artigo acrescenta que se tem por consentida a lesão “quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”.

Refira-se ainda que o ónus da prova do consentimento caberá ao médico<sup>xl</sup>, podendo tal prova realizar-se por qualquer meio. Há, porém, situações excepcionais em que a lei exige que o consentimento seja reduzido a escrito, como é, por exemplo, o caso do art. 2º, n.º 4, da Portaria n.º 189/98, relativa às medidas a adoptar nos estabelecimentos oficiais de saúde que possuam serviços de obstetrícia com vista à efectivação da interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 142º do Cód. Penal. Fora dos casos excepcionais previstos na lei, vigora a liberdade de forma quanto ao consentimento, ainda que a sua redução a escrito possa ser aconselhada por facilidades probatórias.

Enquadrado, em traços muitos gerais, o problema do consentimento vamos virar-nos agora para a questão específica do doente que é Testemunha de Jeová e recusa a transfusão sanguínea necessária, questão que preocupa, pelo seu relevo e frequência, a generalidade da classe médica. Por regra, o médico, de acordo com o princípio da autodeterminação do indivíduo, acolhido aliás em várias normas do Cód. Deontológico (especialmente nos art.ºs 38º e 39º), deve respeitar a vontade do doente em não receber o tratamento quando enunciada de forma expressa e esclarecida pelo indivíduo adulto com plena capacidade de exercício (art.ºs 122º, 123º e 132º do Cód. Civil)<sup>xli</sup>. É certo

que mesmo em relação aos menores de 18 anos o médico, sempre que possível, procurará respeitar as suas opções, tendo em conta obviamente a respectiva capacidade de discernimento (art. 38º, n.º 2, do Cód. Deontológico.). A obrigação do médico prestar os cuidados necessários cede, assim, perante o dever de respeito da autonomia do paciente.

É claro que esta regra sofrerá desvios, ou pelo menos será questionada, quando a recusa de tratamento conduzir inevitavelmente à morte do paciente, que de outro modo poderia ser salvo, suscitando o velho dilema da eutanásia passiva. Sem querermos abordar um tema tão complexo, que transcende obviamente o objectivo desta comunicação, apenas gostaríamos de tecer algumas considerações sobre a questão da recusa do paciente em receber uma transfusão sanguínea que se revela necessária. Podemos distinguir aqui quatro hipóteses, tendo as três primeiras sobretudo interesse no âmbito da medicina hospitalar.

Em primeiro lugar, temos a situação dos menores, cujos pais recusam a transfusão sanguínea considerada indispensável pelo médico. Como é sabido, não possuindo os menores capacidade para o exercício de direitos, têm de ser representados juridicamente, função assumida, sempre que possível, pelos progenitores. De facto, aos pais compete, “no interesse dos filhos”, designadamente, velar pela sua segurança e saúde, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, incluindo a sua educação religiosa, e representá-los (art. 1878º e 1886º do Cód. Civil). O poder paternal atribuído aos pais não se traduz, portanto, num direito subjectivo que eles podem exercer a seu belo prazer, mas num poder funcional que é exercido no “interesse dos filhos”, como a própria norma legal diz claramente. Logo, revelando-se a terapêutica necessária, somos de opinião que a falta de consentimento dos pais poderá ser suprida pelo tribunal dos menores, afastando-se, deste modo, a ilicitude do acto

médico. Tem sido esta, aliás, a prática seguida nos hospitais. Nem outra solução parece ser defensável, sob pena de, em flagrante contradição com a letra e a *ratio* da lei, permitirmos a utilização da figura do poder paternal para defesa de convicções religiosas dos pais, em detrimento de direitos fundamentais do menor, como são claramente a vida e a integridade física. Apoiar este entendimento, entre outros, o art. 1918º do Cód. Civil, ao estabelecer que o tribunal, a pedido do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, pode decretar as providências adequadas “quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo”. No mesmo sentido dispõe o art. 19º, n.º 2, al. b), do Decreto-Lei n.º 314/78 (Organização Tutelar de Menores) que os pais podem ser obrigados, designadamente, a “submeter-se às directrizes pedagógicas ou médicas de estabelecimento de educação ou de saúde”.

Em segundo lugar, surgem aqueles casos em que o paciente, a ser sujeito a uma transfusão sanguínea, se encontra inconsciente. Nestes casos, revelando-se a intervenção necessária e urgente, o médico poderá actuar com base no consentimento presumido – art. 340º, n.º 3 do Código Civil<sup>xliii</sup>. Note-se que, nestas situações, o médico não terá geralmente tempo para informar e obter o consentimento dos familiares do doente que se encontra inconsciente, pelo que a questão da recusa de tratamento dificilmente surgirá. E, de qualquer modo, como estabelece o Cód. Deontológico, no art. 38º, n.º 4: em caso de perigo de vida a recusa de tratamento “só pode ser feita pelo próprio, pessoal, expressa e livremente”.

Mais polémicas são as situações em que o doente, que necessita de ser operado com urgência, se encontra consciente e recusa categoricamente receber uma transfusão de sangue, considerada

indispensável para o sucesso da intervenção. Trata-se de situações que podem revelar-se de resolução extremamente difícil para o médico, dividido entre o respeito pelas opções religiosas do doente e a necessidade de salvar uma vida humana. Efectivamente, se o médico deve respeitar “escrupulosamente as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente”, nos termos do art. 41º do Cód. Deontológico, é preciso não esquecer que ele é igualmente obrigado “a promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida” (art. 26º do mesmo Código).

A prática seguida em alguns hospitais públicos, quanto ao problema da falta de consentimento do doente para a realização de uma operação considerada arriscada pelo médico de serviço, tem consistido na sua substituição por um colega que não coloque obstáculos à realização de tal intervenção.

Não se revelando possível tal substituição o médico de serviço sempre poderá comunicar as suas dúvidas, quanto à prática do acto ou da intervenção, ao superior hierárquico e pedir a confirmação da ordem por escrito. O médico que respeite a ordem do superior hierárquico, e desde que esta ordem não conduza à prática de um crime, está a cumprir um dever que exclui a ilicitude da sua conduta<sup>xliii</sup>.

Nos casos em que a actuação médica não foi precedida das “cautelas” enunciadas, a solução defendida por parte da doutrina portuguesa<sup>xliv</sup>, e que nos parece plenamente válida, é a de considerar que se justifica a actuação do médico, se a transfusão sanguínea, recusada pelo doente, for necessária para salvar a sua vida, visto que as razões religiosas “terão de ceder perante a razão transcendente do valor da vida humana”. A ilicitude da conduta do médico será nesse caso excluída pelo cumprimento de um dever, o de preservar a vida humana. Não sendo ilícita a conduta do médico, este não terá qualquer obrigação de indemnizar os

danos não patrimoniais que o doente venha eventualmente a solicitar pela violação dos seus sentimentos religiosos.

E, ainda que se considerasse a conduta médica ilícita, somos de opinião que o médico obrigado a realizar a intervenção, e que por necessidade absoluta procede à transfusão de sangue, essencial para preservar a vida do doente, não pode ser responsabilizado, mesmo não tendo respeitado a vontade do paciente. Em nosso entender, estas situações sempre serão “justificadas” por uma ideia de inexigibilidade, que excluirá a culpa, condição necessária à responsabilização do médico. Não se pode exigir que o médico naquelas condições actue de modo diferente<sup>xlv</sup>.

Finalmente, importa referir aqueles casos em que o médico, solicitado para realizar uma intervenção cirurgica, numa clínica privada, depara com a recusa do paciente em receber uma transfusão de sangue. Parece-nos que, neste caso, não restarão dúvidas sobre a possibilidade do médico recusar a celebração de tal contrato, exercendo plenamente a sua liberdade de não contratar prevista no art. 405º do Cód. Civil e reafirmada nos art.<sup>os</sup> 35º e 37º do Cód. Deontológico, com os limites já referidos. De facto mostrando-se inconciliável na perspectiva do médico o dever de prestar cuidados eficazes e o dever de respeitar a vontade do doente, terá aquele todo o direito de recusar-se a tratar o paciente.

#### **4. A exigência de culpa e os desvios a este princípio.**

Verificando-se um comportamento ilícito por parte do médico, é ainda necessária a existência de culpa para que ele responda patrimonialmente pelos prejuízos causados ao doente. Por conduta culposa entende-se o comportamento passível de um juízo de censura, isto é, face às circunstâncias do caso o médico podia e devia ter agido de outro modo<sup>xlvi</sup>.

A culpa na responsabilidade contratual, tal como na responsabilidade extracontratual, é apreciada em abstracto (arts. 799º, n.º 2 e 487º, n.º 2 do Cód. Civil), ou seja, afere-se pela diligência de um médico de formação equivalente, medianamente prudente e cuidadoso ("um bom pai de família")<sup>xlvii</sup>.

Vigoram igualmente na responsabilidade contratual os critérios de inimputabilidade fixados no art. 488º e a distinção entre dolo – caso em que o agente representa o resultado danoso e o acto é praticado com a intenção de produzi-lo ou pelo menos o agente aceita reflexamente o efeito - e negligência, que consiste na omissão de um dever de cuidado. O conceito de negligência abrange não só a falta de diligência devida, seja o desleixo ou a leviandade (designada por deficiência da vontade), como também a falta de qualidades, competências e perícia exigíveis para a prática daquele acto (referida por conduta deficiente)<sup>xlviii</sup>.

Perfilha este entendimento o Cód. Deontológico quando, a propósito dos deveres gerais do médico, refere que o médico deve cuidar "da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica" (art. 11º), acrescentando o art. 29º do mesmo Código que "o médico não deve ultrapassar as suas qualificações e competências pedindo quando necessário a colaboração de um colega ou recomendando um especialista".

Exemplo flagrante de negligência médica tem sido considerado o esquecimento de instrumentos ou de compressas no corpo do paciente operado, salvo, neste último caso, existindo uma situação de urgência extrema<sup>xlix</sup>. Mais delicadas são as hipóteses de erro de diagnóstico ou de tratamento. Não existindo certezas científicas na generalidade dos casos, tendo, portanto, o médico de trabalhar sobretudo no campo das probabilidades, parece-nos que só o erro grosseiro e a ignorância indesculpável, ou a violação de regras reconhecidas como elemen-

tares, podem conduzir à responsabilização do médico.

Aproveitando a experiência da jurisprudência francesa, podemos referir como exemplos o caso em que são ministradas substâncias tóxicas a doentes com valores muito superiores aos necessários, ou em que o doente foi sujeito a radiações numa situação que claramente não as exigia, ou ainda o caso da prática de anestesia em doentes que não se encontravam em jejum<sup>l</sup>.

Na jurisprudência portuguesa não podemos deixar de mencionar o recente acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Junho de 1997, como um dos poucos exemplos em que o tribunal apreciou e confirmou a existência de um erro de diagnóstico. Nesse caso, o Tribunal considerou que pratica um acto ilícito e culposo o médico que "faz um exame e um diagnóstico precipitado e encaminha o doente para o seu domicílio, depois de lhe mandar aplicar um corticóide de acção rápida em vez de ficar sob vigilância médica, dado que apresentava dificuldade em respirar, rouquidão, sensação de objecto estranho na garganta, falta de ar e excesso de saliva", infringindo regras de prudência médica<sup>li</sup>.

Importa, agora, deixar algumas notas sobre o ónus da prova. Como é sabido, na responsabilidade extracontratual é o paciente que tem de provar a culpa do médico (art. 487º, n.º 1), salvo existindo uma presunção legal de culpa, como sucede, por exemplo, no art. 493º do Cód. Civil, que faz incidir sobre o médico uma presunção de culpa relativamente à utilização de meios perigosos.

Na responsabilidade contratual, pelo contrário, é o médico que tem de provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. Dito de outro modo, na responsabilidade contratual presume-se a culpa do médico, nos termos do art. 799º n.º 1; logo é o

médico que tem de provar que não teve culpa, ou seja, que naquelas circunstâncias não lhe era exigível outro comportamento. É claro que a culpa só se presume depois de o doente ter provado o incumprimento do contrato, ou seja, que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. Mas feita esta prova, presume-se a culpa do médico; presunção que pode ser afastada pelo médico, demonstrando que naquelas circunstâncias não podia nem devia ter agido de forma diferente. Só esta solução, na opinião de algumas vozes, se coadunaria com a letra da lei e evitaria tornar o encargo probatório, que recai sobre o paciente, excessivo<sup>lii</sup>. Há, no entanto, quem defenda<sup>liii</sup> que, sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios, é sobre o paciente que recai o ónus da prova da culpa do médico.

Note-se, ainda, que, se o princípio é o de que o médico só responde subjectivamente, ou seja, se tiver actuado com culpa, há, porém, desvios a esse princípio. Efectivamente o art. 800º do Cód. Civil prevê uma responsabilidade objectiva do médico relativamente aos danos causados com culpa pelos seus auxiliares. A aplicação desta norma ganha particular acuidade no contexto da responsabilidade do grupo, em que se destacam essencialmente dois aspectos: o problema da responsabilidade do médico integrado em equipa, por um lado, e a questão da responsabilidade dos estabelecimentos particulares de assistência, por outro lado.

Quanto a esta última questão, o tema da responsabilidade dos estabelecimentos particulares de assistência é suscitado geralmente devido à existência de danos causados pelo serviço de hospedagem ou pela actividade do pessoal auxiliar existente nas clínicas privadas, nomeadamente com a administração de medicamentos ou do soro. Temos de distinguir aqui duas situações: ou o doente contrata autonomamente com a clínica e neste caso apenas a clínica é responsável pelos

serviços de hospedagem e pelos actos do pessoal auxiliar que utiliza no cumprimento da obrigação que assumiu (salvo se, neste último caso, os danos causados por tal pessoal resultarem, por exemplo de instruções erradas dadas pelo cirurgião)<sup>liv</sup>; ou o doente contrata com o médico que, como condição, impõe a utilização de determinado estabelecimento; neste caso parte da doutrina entende que, exceptuados os danos causados pelo serviço de hospedagem que serão da exclusiva responsabilidade da clínica, existirá uma responsabilidade solidária do médico e da clínica em relação aos danos causados pela actividade do pessoal auxiliar<sup>lv</sup>.

Relativamente à responsabilidade do médico integrado em equipa, o princípio geral traduz-se na responsabilização contratual e objectiva do médico pelos actos das pessoas que utilizar no cumprimento das suas obrigações. Neste sentido estabelece o art. 800º n.º 1: "o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor". Assim, se o doente contratou apenas com o cirurgião, este responde, nos termos do art. 800º, n.º 1, pelos actos de todos os membros da equipa incluindo o anestesista. Pelo contrário, se o doente contratou directamente com o anestesista, este responderá imediatamente perante aquele, nos termos do art. 798º, pelo incumprimento das obrigações assumidas<sup>lvi</sup>.

Observe-se, ainda, que a responsabilidade do médico-cirurgião nos termos do art. 800º, n.º 1, é uma responsabilidade objectiva, ou seja, não se exige culpa. Contudo, ele só será responsabilizado objectivamente se os seus auxiliares tiverem actuado com culpa e no cumprimento das suas obrigações. É claro que depois o médico, considerado responsável perante o paciente, poderá exercer um direito de regresso contra os auxiliares, que actuaram culposamente<sup>lvii</sup>.

Gostaríamos de abrir aqui um pequeno parêntesis apenas para elucidar que a questão da responsabilidade do grupo revela menos interesse no seio da medicina exercida nos hospitais públicos, visto que o utente geralmente intenta a acção apenas contra o próprio hospital. A individualização do médico responsável só terá interesse para o exercício de um direito de regresso do próprio hospital, cuja concretização depende de o médico ter agido com zelo e diligência manifestamente inferiores aos devidos (art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 48 051 de 21/11/1967). Já a responsabilização directa do próprio médico só surgirá nos casos em que exceder os limites das suas funções, ou agir com dolo, sendo nesta última hipótese o estabelecimento hospitalar obrigado a indemnizar de forma solidária (art. 3.º do mesmo Decreto-Lei). É, desta forma, mais favorável para o doente, em termos de solvabilidade, o regime do médico integrado num hospital público relativamente àquele que exerce a sua actividade numa clínica privada.

Cumpra ainda observar que a responsabilidade objectiva do devedor é atenuada, no domínio da responsabilidade contratual, pelo poder que ele tem de limitar ou excluir tal responsabilidade pelos actos dos seus representantes e auxiliares. Neste sentido dispõe o n.º 2 do art. 800º que “a responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada”, mediante acordo prévio do credor e devedor, desde que não haja violação de normas de ordem pública. Esta disposição necessita de ser lida em conjunto com o art. 809º do Cód. Civil que proíbe o credor de renunciar antecipadamente aos direitos resultantes do incumprimento por parte do devedor. Ou seja, afasta-se a exclusão da responsabilidade do próprio devedor; mas permite-se que o devedor exclua ou limite (quanto ao montante da indemnização ou às causas de responsabilidade) a sua responsabilidade em relação aos actos dos seus

auxiliares, desde que não haja violação dos deveres impostos por normas de ordem pública.

No contexto da actividade médica é, porém, relativamente pacífico o entendimento no sentido do afastamento dessas disposições. Efectivamente, a doutrina é praticamente unânime em salientar que a generalidade dos deveres médicos, cuja observância é necessária para a protecção da vida e da integridade física do doente, são impostos por normas de ordem pública, removendo assim a possibilidade do médico estipular validamente cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade<sup>lviii</sup>.

### 5. A existência de danos

O terceiro requisito, formulado pelo art. 798º, para a responsabilização contratual do médico, consiste na existência de prejuízos. Com efeito, o nascimento da obrigação de indemnizar depende da produção de danos, entendido este conceito em termos amplos de forma a abranger, quer os danos emergentes, quer os lucros cessantes (art. 564º do Cód. Civil).

Mais problemática é a questão de saber se no domínio da responsabilidade contratual devem ser indemnizados os danos não patrimoniais previstos no art. 496º do Cód. Civil, discutindo-se igualmente a possibilidade de, nesse plano, o tribunal limitar o montante de indemnização verificadas certas circunstâncias enunciadas no art. 494º do dito Código.

Em relação a este último ponto, o da extensão da indemnização, o princípio geral é o da reparação integral dos danos (art. 566º, n.º 2, do Cód. Civil). Ora, o art. 494º abre uma excepção a este princípio, porque permite a fixação da indemnização num montante inferior ao devido, quando o lesante não agiu com dolo e sim com mera negligência. Neste caso, o tribunal pode reduzir a indemnização atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à

situação económica do lesado e demais circunstâncias do caso. A questão que se coloca é a de saber se esta "vantagem" do lesante, prevista expressamente no plano da responsabilidade extracontratual, se estende igualmente ao devedor no domínio da responsabilidade contratual. Não há, como é sabido, consenso na doutrina sobre este tema. De facto, enquanto uns defendem que o art. 494º só se pode aplicar aos casos de responsabilidade extracontratual<sup>lix</sup>, outros entendem ser de utilizar tal disposição igualmente na responsabilidade contratual<sup>lx</sup>.

Mais pacífico parece ser o problema da indemnização dos danos não patrimoniais (v.g. dores físicas ou morais, vexames ou complexos de natureza estética) no plano da responsabilidade contratual, pelo menos quando resultem especificamente do incumprimento de um contrato de prestação de serviços médicos. Aliás, a própria jurisprudência aceita, sem grandes dificuldades, a indemnização desse tipo de danos no campo contratual. Podemos referir, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1980<sup>lxi</sup>, em que os factos são sumariamente os seguintes: uma cidadã inglesa, a passar férias em Portugal, e à qual foi diagnosticada apendicite aguda, foi operada no "Hospital de Trabalho" em Lisboa, tendo os médicos intervenientes esquecido uma gaze no corpo da paciente. O tribunal decidiu que o médicos actuaram sem dolo, mas com negligência, causando danos materiais e morais, condenando-os, assim, ao pagamento de uma certa quantia pecuniária. Declarou, deste modo, que "os dois médicos omitiram os especiais deveres de cirurgiões ao deixarem no interior do corpo da lesada uma gaze que foi centro de um quisto junto ao fígado, impondo nova operação, causando ainda tal omissão danos materiais e morais sofridos até à total recuperação da saúde".

## 6. O requisito do nexo de causalidade

Por fim, refira-se que o médico só é obrigado a indemnizar os prejuízos causados ao doente, nos termos do art. 798º do Código Civil conjugado com o art. 563º do mesmo Código, existindo um nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e culposo e o dano<sup>lxii</sup>. O acto médico tem de ser, portanto, causa adequada do dano, recaindo o ónus da prova do nexo de causalidade sobre o doente, o que geralmente se revelará uma tarefa árdua. De facto, mesmo que o médico tenha actuado com negligência, é possível que os prejuízos sofridos pelo doente se verificassem igualmente ainda que o médico tivesse actuado com todo o cuidado exigível, dado *in casu* terem concorrido circunstâncias anómalas para a produção do dano. Nessa hipótese faltaria o nexo de causalidade adequada, requisito essencial da responsabilidade civil.

Um caso ilustrativo da dificuldade em afirmar-se esse nexo de causalidade é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1995<sup>lxiii</sup>. Os factos são muito resumidamente os seguintes: em 1986 deu entrada no hospital de Guimarães, na sequência de uma queda, um doente, tendo o maqueiro informado o interno, que se encontrava de serviço, que tinha chegado um indivíduo embriagado. O interno, que não tinha doentes para assistir, continuou a conversar com os colegas, e não prestou qualquer assistência ao doente que, horas depois, entrou em estado de coma e acabou por vir a falecer, apesar dos tratamentos que a partir desse momento lhe foram prestados. Neste caso, o tribunal condenou o médico pelo crime de abandono. Não se provou, todavia, que a morte da vítima tivesse resultado directa e necessariamente da omissão de cuidados médicos.

## 7. Considerações finais

Analisados os vários requisitos do art. 798º, cuja reunião é pressuposto da responsabilidade contratual, é preciso não esquecer que o mesmo acto médico pode originar simultaneamente vários tipos de ilícitos, não só civil mas ainda penal e disciplinar. Ou seja, a mesma conduta médica é susceptível de gerar simultaneamente responsabilidade civil, penal e disciplinar.

Coexistindo vários tipos de responsabilidade, especialmente a penal e a civil, é preciso articulá-las no plano processual. Desta forma, o Cód. do Processo Penal consagra o sistema de adesão da acção civil ao processo penal, isto é, o pedido de indemnização por perdas e danos resultantes de um facto que constitua crime deve ser feito no processo penal, e nele ser apreciado e decidido<sup>lxiv</sup>. Aliás, o art. 71º do mesmo Código prescreve que o pedido

de indemnização civil só pode ser deduzido em separado perante o tribunal civil nos casos previstos na lei, ou seja, quando o procedimento depende de queixa ou acusação particular, não há danos ao tempo da acusação, estes não são conhecidos ou não são conhecidos em toda a sua extensão, o valor do pedido permite a intervenção civil do tribunal colectivo devendo o processo penal correr perante tribunal singular e ainda quando processo penal tiver sido arquivado ou seguir a forma sumária ou sumaríssima. Note-se, ainda, que lesado deve ser notificado para apresentar o pedido de indemnização, na acção penal (art. 75º do dito Código). Não sendo notificado, poderá depois apresentá-lo em separado. Observe-se, por fim, que hoje é claro que o pedido de indemnização embora seja analisado na acção penal é matéria civil, devendo, por isso, ser apreciado à luz do Código Civil (art. 74º do Código de Processo Penal).

## BIBLIOGRAFIA

<sup>i</sup> **Guilherme Freire Falcão de Oliveira**, *O fim da "arte silenciosa" (O dever de informação do médico)*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 128º Ano, 1995/1996, p. 71

<sup>ii</sup> De facto, como afirma **Alain Garay** – *Consentement aux actes médicaux et droits des patients*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, p. 28- o paciente está claramente numa posição de inferioridade em relação ao médico tanto ao nível "psicológico como cognitivo".

<sup>iii</sup> As disposições doravante mencionadas referem-se ao "Código Deontológico da Ordem dos Médicos" de 1985, publicado na Revista da Ordem dos Médicos n.º 3/85.

<sup>iv</sup> Em sentido semelhante encontramos a redacção do art. 35º do Cód. Deontológico Francês que permite ao médico "manter o paciente na ignorância em caso de diagnóstico ou de um prognóstico grave" – cfr. **Suzanne Rameix**, *Quelles sont les dimensions éthiques de l'expression et du respect du consentement aux actes médicaux?*, Gazette du Palais, 5/1/99, p. 41.

<sup>v</sup> **Guilherme Freire Falcão de Oliveira**, ob. cit., p. 103.

<sup>vi</sup> Assim **Suzanne Rameix**, ob. cit., pág. 41. Como afirma esclarecedoramente esta autora, ao contrário do modelo americano, na Europa, e em particular em França, vigora a ideia de supremacia do Estado face ao indivíduo que se reflecte na adopção de leis, como as relativas aos toxicómanos, que justificam medidas protectoras do Estado face a comportamentos do indivíduo e o privam "daquilo que o caracteriza como cidadão, em particular a sua autonomia". Outra diferença significativa entre o ordenamento americano e o francês, apontada pela mesma autora, reside na teoria política da propriedade do corpo vigente no sistema americano, que se opõe ao modelo francês de autonomia inspirado pelas teorias de Kant e de Rousseau, o qual não se traduz na expressão de interesses particulares, mas "no exercício colectivamente partilhado do poder legislativo" – ob. cit. p. 42

<sup>vii</sup> Há quem defenda – **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro**, Responsabilidade Médica em Portugal, BMJ, 322, 1984, pp. 57 e 58-

que é preciso”repensar estas diversas fontes de indemnização”, apontando como solução possível a “substituição da responsabilidade pelo seguro desde que subsista acção de responsabilidade nos casos de culpa grave”; acrescentando ainda que responsabilizar o médico apenas nos casos de culpa grave “pode até justificar-se pela ideia (...) da existência de um risco inerente à própria actividade médica e em larga medida indiferente àquele que a pratica”.

viii Assim v. **J. C. Moitinho de Almeida** - *A responsabilidade civil do médico*, Scientia Iuridica, Tomo XXI, 1972, pp. 348 a 350-que afirma ser igualmente excluída da cobertura do seguro, salvo estipulação em contrário, a responsabilidade dos substitutos ou auxiliares do médico, bem como a responsabilidade por prejuízos causados a familiares próximos do médico, sob pena de o seguro se converter num “seguro de danos próprios do segurado”.

ix Esta é a solução defendida por grande parte da doutrina portuguesa. Assim, entre muitos, cfr. **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro**, ob. cit., p. 40 e **J. C. Moitinho de Almeida**, ob. cit., p. 331. São por demais conhecidas as diferenças entre estes dois tipos de responsabilidades, por isso recordamos, apenas a título ilustrativo, o facto de na responsabilidade extracontratual o prazo para a prescrição da indemnização ser de 3 anos (art. 498º, nº 1 do Cód. Civil) e caber ao lesado o ónus da prova da culpa do lesante (art. 487º, nº 1 do Cód. Civil); já na responsabilidade contratual o prazo de prescrição é geralmente de 20 anos (art. 309º do Cód. Civil) e presume-se a culpa do devedor (art. 799º, nº 1 do Cód. Civil).

x No sentido da existência de um verdadeiro contrato firmado entre o particular e o hospital público cfr. **J. C. Moitinho de Almeida**, ob. cit., pág. 352.

xi Este tema será tratado pela Drª Filipa Calvão, pelo que, desde já, remetemos para a sua comunicação. Além disso, sobre o problema da responsabilidade civil de estabelecimentos públicos de saúde, nomeadamente por actos médicos, e em particular sobre o recurso pela doutrina portuguesa ao conceito de “faute du service” para resolver as dificuldades suscitadas pelos danos anónimos, designadamente nos hospitais públicos, pode consultar-se o artigo de **Marcelo Rebelo de Sousa** - *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp 147 e segs.

xii Devido à especificidade das questões suscitadas pelo contrato de prestação de serviços médicos considerado um contrato socialmente típico, tem-se entendido que poderá ser conveniente a sua tipificação legal. Assim **Carlos Ferreira de Almeida**, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996 pp 87-88.

xiii O princípio geral consagrado no Código Civil é o da liberdade de forma, previsto no art. 219º. Deste modo, na falta de uma disposição legal, que exija uma forma específica, as partes no contrato de prestação de serviços médicos são livres para o celebrar oralmente ou reduzi-lo a escrito.

xiv Poderá rescindir o contrato desde que “não haja prejuízo para o doente, nomeadamente por lhe ser possível assegurar assistência por médico de qualificação equivalente; tenha fornecido os esclarecimentos necessários para a regular continuidade do tratamento; tenha advertido o doente ou a família com a devida antecedência “ (37º Cód. Deontológico).

xv **Miguel Teixeira de Sousa**, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996, Lisboa, pág. 123, nota 1.

xvi Sobre esta questão cfr Oliveira Ascensão, O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira, 1993, *apud Carlos Ferreira de Almeida*, ob. cit. p. 100.

xvii **J. Figueiredo Dias /J. Sinde Monteiro**, ob. cit., pp 24-25.

xviii Neste sentido cfr. **Silva Carneiro**, *Responsabilidade da administração hospitalar*, “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XIX - 1972, p. 211; **J. C. Moitinho de Almeida**, ob. cit., p. 329; **Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro**, ob. cit., p. 322. Note-se, porém, que no seio da doutrina portuguesa têm surgido recentemente vozes discordantes que alegam ser a distinção entre obrigações de meios e de resultado, no contexto da actividade médica, geradora de “confusões”, preconizando, por conseguinte, o seu abandono -é esta a posição de **Carlos Ferreira de Almeida**, ob. cit., pág. 111-, e imprecisa, considerando preferível qualificar tal obrigação como “obrigação de risco ou de resultado aleatório” -neste sentido, cfr. **Miguel Teixeira de Sousa**, ob. cit., p. 126.

xix **Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria**, *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990 p. 398.

<sup>xx</sup> Assim, **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro** ob. cit pp. 46-47.

<sup>xxi</sup> **João de Matos Antunes Varela**, *Das obrigações em geral*, vol. I, 1991, 7ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 123-127.

<sup>xxii</sup> **Mário Júlio de Almeida Costa**, *Direito das Obrigações*, 1991, 5ª ed. Almedina, p. 54.

<sup>xxiii</sup> Cfr., por todos, **João de Matos Antunes Varela**, ob. cit., pp 64-68.

<sup>xxiv</sup> Ob. cit. loc. cit.

<sup>xxv</sup> No decurso de um processo, sempre poderá ser pedida a notificação do médico para apresentar os documentos necessários, e, caso o médico não forneça os elementos requeridos, tal recusa será apreciada livremente pelo tribunal. Cfr. arts 519º, 528º, 529º e 535º do Código de Processo Civil.

<sup>xxvi</sup> É esta a posição de **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro** – cfr. ob. cit pp 43-45.

<sup>xxvii</sup> Sobre esta questão cfr. **Carlos Ferreira de Almeida**, ob. cit., pp. 113-114.

<sup>xxviii</sup> **António Silva Henriques Gaspar**, *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, Tomo 1 – 1978, ob. cit p. 352.

<sup>xxix</sup> O art. 35º do Código Deontológico Francês – citado por **Alain Garay**, *Consentement aux actes médicaux et droits des patients*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, p. 31- estipula que o médico deve prestar à pessoa que examina, trata ou aconselha, “uma informação leal, clara e adequada” sobre o seu estado, as investigações e tratamentos que lhe propõe, tendo sempre em conta a personalidade do paciente nas suas explicações.

<sup>xxx</sup> Assim, **Jean Penneau**, *Le consentement face au droit de la responsabilité médicale*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, p.8. Todavia, como afirma Pansier, nas intervenções médicas realizadas com finalidades terapêuticas, ao contrário do que se passa por exemplo com as operações estéticas, a gravidade do estado do doente a complexidade e urgência na operação podem circunscrever tal dever de informação – cfr. **Frédéric-Jérôme Pansier**, *Le consentement a l'hospital*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, p. 13

<sup>xxxi</sup> Assim, entre muitos, **Frédéric-Jérôme Pansier**, ob. cit., p. 12. Um exemplo particularmente expressivo, dado por **Bernard Glorion**, presidente do Conselho Nacional Francês da Ordem dos Médicos - *Le consentement et ses aspects deontologiques*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999 p. 6 – é o caso

do paciente com cancro sujeito a várias intervenções, realizadas por médicos diferentes, em locais distintos, como a intervenção cirurgica, a radiologia e a quimioterapia, devendo cada médico, na altura da sua intervenção, proceder ao esclarecimento do paciente.

<sup>xxxii</sup> Lin Daubech p. 20.

<sup>xxxiii</sup> Citada por **Jean Penneau**, ob. cit. p. 8

<sup>xxxiv</sup> **Frédéric-Jérôme Pansier/Frédéric Skornicki**, *La faute et l'accident en matiere de responsabilité medicale*, Gazette du Palais, 24 Octobre 1998, p. 10.

<sup>xxxv</sup> Para **Françoise Alt-Maes** –cfr. *Rapport de Synthèse*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999 p. 47 – não se deve exagerar a importância desta decisão, uma vez que o acórdão de 25 de Fevereiro de 1997 apenas inverte o ónus da prova quanto à “existência” de informação, dado que a prova da “extensão” da informação continua a recair sobre o paciente.

<sup>xxxvi</sup> Neste sentido, cfr. **Sophie Gromb**, *L'expert et le consentement éclairé*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, pp 17-18 e **Lin Daubech**, *Les formes legales du consentement*, Gazette du Palais, 5 Janvier 1999, p. 19. Além disso, a aplicação *tout court* das regras do Código Civil Francês tem sido condenada por não ter em conta o carácter *sui generis* do contrato de prestação de serviços médicos – cfr. **Frédéric-Jérôme Pansier**, ob. cit., p. 13.

<sup>xxxvii</sup> **António Silva Henriques Gaspar**, ob. cit., p. 352.

<sup>xxxviii</sup> **Alain Garay**, *Le conciliateur a l'hospital*, Gazette du Palais, 24 Octobre 1998, p. 57.

<sup>xxxix</sup> Reveste particular interesse o n.º 1 do art. 70º, que fixa numa cláusula geral a protecção da personalidade física e moral do indivíduo, a qual integrará obviamente o direito à vida e à integridade física.

<sup>xl</sup> Assim **J. Figueiredo Dias/J. Sinde Monteiro**, cfr. ob. cit., p. 54.

<sup>xli</sup> Nos termos dos preceitos referidos têm capacidade para o exercício de direitos os maiores de 18 anos e os maiores de 16 anos emancipados pelos casamento.

<sup>xlii</sup> Note-se que esta norma justifica também os casos em que o médico no decurso da operação considera necessário estender a intervenção. Se

esta for necessária e urgente não faz obviamente sentido acordar o doente para obter o seu consentimento. Nesses casos deve o médico considerar existir um consentimento presumido.

<sup>xliii</sup> Cfr. art. 271 ° da Constituição da República Portuguesa. Do ponto de vista disciplinar, também não existirá responsabilidade atento o disposto no art. 10°, n° 1, do Decreto-Lei n° 24/84 de 16 de Janeiro.

<sup>xliiv</sup> **António Silva Henriques Gaspar**, ob. cit., p.352.

<sup>xliv</sup> Como ensina **Fernando Pessoa Jorge** – *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito de Lisboa, Edição da Associação Académica, 1975/76, pp 569-570 - “há circunstâncias que tornam desculpável a omissão voluntária do comportamento devido, por este *não ser humanamente exigível* (...) a tensão da inteligência e da vontade que se reclama para cumprir o dever tem limites; já vimos que, no campo dos deveres de diligência, esta se mede pelo esforço do homem médio”. Seguimos, portanto, a opinião de Pessoa Jorge, quando aceita a “desculpabilidade” como causa de escusa da culpa “desde que haja a devida prudência na sua aplicação”, tanto mais que, como reconhece o mesmo autor, há muito de subjectivo na apreciação do requisito da culpa pelo juiz. Sobre esta questão, cfr. *infra* o ponto 4.

<sup>xlvi</sup> Cfr. por todos **João de Matos Antunes Varela**, ob. cit., p. 559.

<sup>xlvii</sup> Como sublinha **António Silva Henriques Gaspar** – ob. cit., p. 346- o padrão não é único, ou seja, a diligência é aferida em relação a cada grupo a que pertença o médico: “especialista ou não, da cidade ou da aldeia, do grande centro ou do interior, com melhores ou piores possibilidades de actualização dos conhecimentos”.

<sup>xlviii</sup> **João de Matos Antunes Varela**, ob. cit., pp. 570 e segs.

<sup>xlix</sup> Deste modo, afirma **António Silva Henriques Gaspar** – ob. cit., p.347 - que nos casos de “ruptura de gravidez ectópica, ruptura de vasos, grandes hemorragias abdominais, v.g. a extracção de sangue exige tal celeridade, tão grande esforço e tal tensão nervosa, que [o esquecimento de compressas] pode ser desculpável”:

<sup>1</sup> Para uma análise mais cuidada da jurisprudência francesa existente vide **Jean Guigue e Claudine Esper**, *La responsabilité du fait anesthésique*, Gazette du Palais, 24 Octobre 1998, pp 3 e segs.

<sup>ii</sup> Acórdãos doutriniais do STA, ano XXXVII, Abril de 1998 n.º 436 p. 436.

<sup>lii</sup> No mesmo sentido cfr. **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro**, ob. cit p. 46. **António Silva Henriques Gaspar**, ob. cit p. 345 e **Carlos Ferreira de Almeida**, ob. cit., pp. 118-119.

<sup>liii</sup> **J. C. Moitinho de Almeida** ob. cit p. 337. Segundo este autor “nas obrigações de meios não é de admitir em geral que os maus resultado sejam imputáveis a culpa do devedor (...) em princípio o médico actua diligentemente de acordo com as regras técnicas adequadas, parecendo exceder as razões fundas que inspiraram as regras probatórias fazer sobre ele incidir o ónus de provar que procedeu observando todos os cuidados exigidos”. No mesmo sentido, afastando a presunção de culpa na área da responsabilidade médica e defendendo que “o regime do ónus da prova deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”, cfr. **Miguel Teixeira de Sousa**, ob. cit. p. 137.

<sup>liv</sup> Note-se ainda que, quando é a própria clínica que fornece os serviços médicos, será ela a responsável pelos prejuízos causados com os médicos que utiliza como auxiliares, para o cumprimento da obrigação.

<sup>lv</sup> **António Silva Henriques Gaspar**, ob. cit., p. 351. **J. C. Moitinho de Almeida**, por seu turno, afirma que nestes casos poderá surgir “um concurso de responsabilidades” – ob. cit. p. 343

<sup>lvi</sup> A dificuldade na repartição da responsabilidade entre o anestesista e o cirurgião tem levado frequentemente a jurisprudência francesa a considerá-los solidariamente responsáveis, mesmo pelos riscos da anestesia, principalmente quando o cirurgião escolheu um anestesista sem a competência necessária. Para um estudo cuidado deste problema no ordenamento jurídico francês vide **Jean Guigue e Claudine Esper**, *La responsabilité du fait anesthésique*, Gazette du Palais, 24 Octobre 1998, p. 3.

<sup>lvii</sup> Note-se que o art. 800°, aplicável no plano da responsabilidade contratual, tal como o art. 500° relativo à responsabilidade extracontratual, só torna o devedor responsável pelos actos dos auxiliares praticados no cumprimento da obrigação, excluindo os actos praticados por ocasião dela. Há, todavia, algumas diferenças de regime entre o art. 500° e o art° 800°. Importa realçar, em primeiro lugar, que o art. 800°, ao contrário do art. 500°, não exige uma relação de comissão, entendida esta de forma ampla no sentido de serviço ou actividade realizada por conta e sob direcção da outra pessoa. O art. 800°

não exige, portanto, essa relação de dependência entre o devedor e o auxiliar. Por outro lado, nos termos do art. 800º é necessário que os auxiliares tenham agido com culpa, ao passo que no art. 500º defende-se que o comitente é responsável pelos actos do comissário não só quando este actuou com culpa, como ainda nos casos em que ele actuou sem culpa, isto é, em que o comissário é responsável objectivamente ou incorre numa responsabilidade por factos lícitos – assim, entre muitos, **Mário Júlio de Almeida Costa** – cfr. ob. cit. pp. 497 e segs; em sentido diferente, defendendo que o comitente só é responsável se o comissário actuou com culpa – cfr. **João de Matos Antunes Varela** ob. cit., pp 638 e segs. Finalmente, note-se que no âmbito do art. 500º o lesante e o lesado não podem, obviamente, convencionar excluir ou limitar, de forma antecipada, a responsabilidade do lesante, ao contrário do que se passa, em princípio, na responsabilidade contratual.

lviii **J. C. Moitinho de Almeida**, ob. cit pp. 346-347 e **Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro** ob. cit p. 52.

lix Assim **João de Matos Antunes Varela**, ob. cit., p. 913 e **Mário Júlio de Almeida Costa**, ob. cit, p. 434

lx Assim Pessoa Jorge, *apud* **Mário Júlio de Almeida Costa**, ob. cit p. 434, nota 2.

lxi Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 301, Dezembro de 1980, p. 404.

lxii Sobre esta questão cfr. **João de Matos Antunes Varela**, ob. cit., pp. 891-892.

lxiii Publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano II, Tomo II -1995, p. 247.

lxiv Encontramos um exemplo do que acabámos de afirmar no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 1993, no qual o tribunal considerou o médico responsável pelos crimes de violação médica com violação das *leges artis* e recusa do facultativo, condenando-o ao pagamento de 6000 contos. De facto, o tribunal declarou, neste acórdão, que “quer o parto de apresentação pélvica <sup>quer</sup> a hipertonia, que é uma situação de alto risco, obrigam à assistência médica, combinação a exigir do médico um especial cuidado e atenção; a falta de observação da parturiente para decidir sobre a atitude a assumir, e a mera adopção de medidas pelo telefone, pelo médico da especialidade, escalado para o serviço em estabelecimento hospitalar, é manifesto que não preenche o conceito de assistência médica e responsabilidade; nestas circunstâncias, tendo o bebé apresentado ao nascer sinais de anoxia cerebral de que não recuperou, vindo posteriormente a falecer, comete o médico o crime de violação médica com violação das *legis artis* de que resultou um perigo para a vida e saúde da paciente e seu filho e o crime da recusa do facultativo – recusou o auxílio da sua profissão de médico em caso de perigo grave para a vida e de grave lesão para a saúde da assistente e do filho que não podia ser socorrido; finalmente é de fixar em 6000 contos a indemnização a pagar pelo arguido aos assistentes e autores pelos danos não patrimoniais que lhes causou” – cfr. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 423, Fevereiro de 1993, p. 186