Escola de Direito do Porto da
Universidade Católica Portuguesa

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – A ÓPTICA DO PACIENTE, ENQUANTO CONSUMIDOR

Mestrado em Direito Privado

Dissertação de Mestrado

Joana Sofia Pinto de Paiva Vieira da Silva

Orientada pela Prof.ª Dr.ª Paula Ribeiro de Faria

Porto| 2011

Lista de Abreviaturas

AAFDUL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ac. – Acórdão

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil Português

CCons – Código do Consumidor (Anteprojecto)

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CDCB – Código de Defesa do Consumidor Brasileiro

CJ – Colectânea de Jurisprudência

coord. – coordenação

CPC – Código do Processo Civil Português

CPCB - Código do Processo Civil Brasileiro

DL – Decreto-lei

Edição – Ed.

P.º - Processo

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RLJ - Revista de Legislação e Jurisprudência

RL – Relação de Lisboa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Em 1990, foi apresentada pela Comunidade Europeia uma proposta de directiva horizontal sobre a matéria da responsabilidade civil no que concerne ao prestador de serviços, na qual se previa a presunção de culpa profissional. A *ratio* desta norma prendia-se com a necessidade de responsabilizar quem presta o serviço e proteger quem se vê forçado a recorrer ao mesmo. Contudo, face a um forte *lobby* dos prestadores de serviços, tal proposta acabou por nunca avançar.

Já em 1993, três anos depois, teve lugar na Universidade de Laguna, um congresso europeu sobre a responsabilidade civil e criminal dos prestadores de serviços de saúde. Durante os vários dias de trabalhos, acabou por se concluir que, em muitos dos países participantes, a dificuldade de prova seria um dos maiores entraves ao sucesso das acções intentadas contra profissionais médicos. E esta dificuldade apresentava um idêntico fundamento em todos os casos – o ónus recair na esmagadora maioria dos casos sobre o paciente, por ser a parte mais fraca e menos informada.

A União Europeia está consciente da diminuta responsabilização dos profissionais de saúde médicos e das dificuldades que enfrenta o paciente lesado quando decide intentar a acção competente, contra o profissional de saúde responsável pelo dano. Não obstante, face à diversidade de ordenamentos e de abordagens da problemática em cada Estado-Membro, a União Europeia acaba por nada fazer. Acontece que a sua omissão, por vezes expressa[1], acaba por contribuir para a perpetuação de uma protecção exacerbada dos prestadores de serviços médicos.

A relação estabelecida entre o médico e o seu paciente é, por natureza, desnivelada. O paciente é, indubitavelmente, a parte fraca que se vê sujeita à aplicação de uma ciência que, geralmente, desconhece por completo e submetida à actuação de um profissional especializado, cuja intervenção é regulada,

---

[1] Veja-se, a título meramente exemplificativo, o considerando 31 da Directiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa aos direitos dos consumidores, onde podemos ler *que "Os cuidados de saúde requerem uma regulamentação especial devido à sua complexidade técnica, à sua importância enquanto serviço de interesse geral e ao seu amplo financiamento público" pelo que "As disposições da presente directiva não são adequadas aos cuidados de saúde, que, por conseguinte, se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação".*

essencialmente, pela sua classe. Ora, o Direito do Consumo tem surgido como resposta a este tipo de relações, naturalmente, desequilibradas. E não é com surpresa que muitos países enquadram a prestação de serviços médicos como uma relação de consumo. Muitos juristas olham com grande desconforto para tal decisão, perplexos com tamanha barbárie. Para outros, nada mais é que uma resposta lógica a uma relação desproporcional, onde os serviços médicos representam uma espécie de *monopólio de classe* e o doente se vê obrigado a aceitar o melhor e o pior que tenham para lhe proporcionar.

No presente trabalho, pretende-se compreender quais as maiores dificuldades na aplicação da responsabilidade civil médica e de que forma pode o Direito do Consumo contribuir na busca por um remédio jurídico mais justo e equilibrado. Não se pretende, por não ser essa a problemática em crise, dissecar a responsabilidade civil, *per si*, mas tão-só, os aspectos mais particulares do seu enquadramento na actuação médica. No que concerne ao Direito do Consumo, resulta idêntica abordagem, por apenas serem objecto de análise os aspectos em que este pode coadjuvar a disciplina da responsabilidade civil médica.

Não se pretende que o presente trabalho seja uma análise extensiva da aplicação do Direito do Consumo, no âmbito do Direito Médico, mas apenas uma abordagem despretensiosa no emaranhado que é hoje a responsabilidade civil médica, com todas as suas virtudes e imperfeições. E ainda que não seja possível garantir que, a final, se consiga avaliar de forma objectiva, o que representa mais benefícios para o Direito Médico, não deixaremos de elencar todos aspectos que nos pareçam mais relevantes para que se conclua por uma ou outra solução. Isto porque não podemos ignorar que se pretende a investigação de duas disciplinas subjectivas e multidisciplinares, cuja complexidade culmina nas dificuldades de aplicação prática. Por outro lado, em bom rigor, é dessa mesma multidisciplinariedade que advém o interesse da digressão que inciaremos.

Resenha Histórica

"A vida é breve e a arte é longa; o momento certo é apenas um instante; a terapêutica é precária; a crise é penosa, ao médico é necessário não só tratar o próprio doente mas também apoiar os que o rodeiam e todas as suas circunstâncias."

Corpus Hippocraticum[2]

A arte de curar sempre se pautou pela nobreza dos seus fins e misticismo da sua constante evolução. O Direito tem-se visto forçado a acompanhar esta ciência, ainda tão mutável, mas indubitavelmente perigosa quando não é devidamente regulada.

A necessidade de responsabilizar juridicamente o médico que pratica a sua *leges artis* sem o devido rigor e diligência terá surgido, num primeiro momento, com o Código de Hamurábi, no século XVIII A.C. Ainda que a temática se mantenha, inquestionavelmente actual, terá sido este Código, originário do Reino da Babilónia, o primeiro a estabelecer que a negligência médica deveria ser sancionada. Previa-se que aqueles que não assegurassem aos seus pacientes um tratamento adequado deveriam ser sancionados *in natura*, de acordo com a *lex talionis*[3] [4].

Já no Direito Romano, a responsabilidade civil do médico pelos erros por si provocados consolidou-se no princípio *"neminem laedere",* regra básica da vivência em comunidade*, que* pressupõe que aquele que cria prejuízo a outrem deve repará-lo. Porquanto previa-se que o médico seria sempre responsabilizado se o resultado nefasto tivesse na sua origem a falta de experiência ou habilidade daquele.

Esta evolução no sentido da responsabilização do médico encontra um momento de ruptura em 1829, quando a Academia de Medicina de Paris faz renascer todo o misticismo que gira em torno desta disciplina, ao proclamar que

---

[2] João RIBEIRO DA SILVA, «A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates*», in Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 382.

[3] Esta lei encontrava-se alicerçada em fundamentos de justiça social e estruturada de acordo com as categorias sociais.

[4]Leia-se a título exemplificativo a sanção perversa aplicada pelo Rei da Boémia, que deu ordens para que o seu médico fosse lançado ao rio, dentro de um saco, por não ter conseguido curar a sua cegueira.

a existir qualquer responsabilidade do médico, esta seria tão-só moral. No fundamento de tal movimento estão as incertezas que, à data, revestiam as intervenções médicas. Em bom rigor, a responsabilização do médico leva a que este se sinta impelido a repetir indefinidamente tratamentos inúteis, mas clinicamente aceitáveis[5], o que representa um evidente entrave ao progresso científico[6]. Ainda assim, permitir que a medicina sobreviva à margem do direito equivale a aceitar todo e qualquer comportamento imprudente do médico, sem que tal possa ser condenável. É por esta razão que, apesar dos esforços da comunidade médica no sentido de obstar à evolução da responsabilidade civil dos seus profissionais, se tem acompanhado um incrível avanço nesta área.

De facto, podemos hoje dizer, com segurança, que a antiga arte de curar é actualmente a "ciência de curar"[7]. Uma ciência, incontestavelmente particular já que o seu desenvolvimento está intrinsecamente ligado ao tão rudimentar método da tentativa-falha. Contudo, actualmente, espera-se cada vez mais rigor e cuidado na intervenção médica. Ademais, o paciente moderno já não aceita, na grande maioria dos casos, a primeira solução que lhe é apresentada para o seu problema. Ele intervém activamente no processo de pesquisa do tratamento mais adequado[8], levando a que, muitas vezes, chegue mesmo a dar a conhecer ao médico novos tratamentos que este desconhecia. Todavia, este interesse do paciente na resolução do seu problema, se por vezes pode resultar numa vantagem, outras torna-se num obstáculo à relação de confiança médico-paciente, onde o segundo crê saber mais sobre a sua condição médica que o primeiro[9].

No sentido de encontrar um compromisso equilibrado, tem-se vindo a acompanhar a evolução da *"febre da responsabilidade profissional"*[10] que Sinde

---

[5] Representa a prática de uma medicina, essencialmente, defensiva.

[6] *Vide* Paula RIBEIRO DE FARIA, «O erro em medicina e o direito penal», in *Lex Medicinae*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 14.

[7] Álvaro Henrique TEIXEIRA DE ALMEIDA, «Responsabilidade civil dos hospitais e clínicas» *in Direito e Medicina – Um estudo interdisciplinar*, coord. de André Luís Nigre, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, p. 41.

[8] Stefaan CALLENS, «L'accès au dossier médical: un nouveau droit», in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommage liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, direction Geneviève Schamps, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 157.

[9] Guy NICOLAS falava mesmo nos entraves que o paciente moderno representa como parte integrante de uma "população abundantemente informada, por vezes sobreinformada".

[10] SINDE MONTEIRO e FIGUEIREDO DIAS, «Responsabilidade Médica em Portugal», in *BMJ* 332, p. 68-69.

Monteiro e Figueiredo Dias idealizavam em 1983[11]. Já o sucesso das acções judiciais intentadas, por sua vez, é meramente pontual, face à dificuldade de prova que cabe, na generalidade dos casos, ao paciente. Prova esta de difícil obtenção, seja pela dificuldade de aceder aos registos médicos[12] [13], seja pela dúbia precisão dos mesmos. Ainda que o n.º 1 do artigo 77.º do CDOM pressuponha que o médico tem a obrigação de *"(...) registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo (...)",* seria ingénuo esperar que o médico, perante um erro gravoso da sua parte, o descrevesse detalhadamente no registo do paciente. Alessandro Ciatti[14] falava mesmo numa pista de obstáculos que o paciente, lesado, tem de percorrer no sentido de demandar judicialmente o médico imprudente. Demanda esta que, nas mais das vezes, não pretende encontrar qualquer compensação financeira, mas tão-só um reconhecimento do incidente pelo médico, com a promessa de não voltar a repeti-lo. Um estudo realizado nos Estados Unidos concluiu que 60% das pessoas inquiridas, envolvidas em acções judiciais de responsabilidade civil médica, apenas ambicionavam um pedido de desculpas, o reconhecimento do erro ou uma explicação. Apenas 11% dos inquiridos acreditavam que a compensação económica seria o único resultado satisfatório[15].

Não obstante, e ainda que seja inquestionável o forte desincentivo de um sistema que favorece, de forma franca, uma das partes (o médico), o número das

---

[11] Em 1988, Mariano IZQUIERDO TOLSADA, dizia mesmo que "desde há alguns anos que é difícil encontrar um jornal diário de qualquer país ocidental que não contenha alguma notícia sobre a condenação por danos e prejuízos causados por profissionais de engenharia, jornalismo, arquitectura, farmácia e, sobretudo, cirurgia".

[12] Não há qualquer dúvida que estando já em decurso a acção judicial, o paciente se poderá socorrer do artigo 528.º do CPC, no sentido de requerer a notificação do profissional de saúde para que junte o seu registo médico aos autos. A grande dúvida prender-se-á com a existência de uma obrigação do médico, prévia a qualquer pleito judicial, em dar acesso aos registos a um paciente, que o solicite. Considera-se, genericamente, que apenas haverá um dever ético em fazê--lo, com base na boa-fé e no dever de informação do médico.

[13] Veja-se, por exemplo, o direito belga que introduziu, a 22 de Agosto de 2002, um diploma relativo aos direitos dos pacientes, onde é, expressamente, previsto o direito do paciente aceder, gratuitamente, ao seu dossier médico. Tal direito é compreendido como um prolongamento do dever de informação do profissional de saúde. Também em França o direito do paciente aceder às informações que concernem a sua saúde foi introduzido através de uma lei, de 4 de Março de 2002. O Reino Unido, por sua vez, já em 1998, através do *Data Protection Act* postulou a obrigação do médico em permitir o acesso do paciente ao seu dossier médico, no prazo máximo de 40 dias, desde a solicitação escrita do mesmo.

[14] Cfr. Rute TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 87.

[15] Emily JACKSON, *Medical Law: Text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 103.

acções intentadas no nosso país, onde se discutem alegados erros médicos, têm aumentado[16].

Por tudo o que foi exposto, será este o momento, por necessidades de segurança jurídica, que jurisprudência e doutrina devem escolher estabelecer uma posição concertada e acima de tudo, justa para ambos os intervenientes nesta relação jurídica, tão sensível e peculiar.

[16] J. A. Esperança Pina, *A responsabilidade dos médicos*, Lidel, 2003, Lisboa, p. 109.

Pressupostos da Responsabilidade Civil Médica

> "Responsabilidade é uma noção curiosa... Foge-se dela como a procuramos. Descartamo-nos dela como também a ostentamos... Usamos o mesmo vocábulo para designar um poder, atribuir um erro ou louvar uma assunção..."
>
> Alain Etchegoyen, in *A Era dos Responsáveis*

A responsabilidade civil, *per* si, advém da inevitabilidade de qualquer indivíduo provocar um dano a outrem, como fruto da simples vivência em sociedade. De forma a que não seja o lesado a arcar com o prejuízo, prevê o direito a responsabilização daquele cujo comportamento (acção ou omissão) provoca a lesão. À partida, este terá de reconstituir *in natura* a situação em que o lesado estaria, não tivesse sido provocado qualquer dano. Só nos casos em que tal não é possível, não é suficiente, ou é demasiado oneroso, é que tal reconstituição natural pode ser substituída pela indemnização em dinheiro.

Antes de mais, para que nos encontremos no âmbito da responsabilidade civil, é premissa indubitável que estejam preenchidos os pressupostos legais, elencados no artigo 483.º do CC. São cinco estes requisitos: o facto voluntário do agente (positivo, ou negativo), a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o resultado.

Em primeira linha, no que concerne ao facto praticado, este tem de ser controlável pela vontade do seu agente (daí que se diga que tem de ser voluntário). Tal voluntariedade, no entanto, não invalida a responsabilidade do agente pelas suas omissões. O médico que, consciente do dever de acompanhar o paciente no pós-operatório de uma cirurgia complexa, abandona as imediações sem deixar qualquer instrução aos restantes auxiliares médicos, pratica um facto que, por omissão, poderá vir a ser valorado no âmbito da responsabilidade civil[17][18]. E diz-se, sem certeza, que tal valoração é meramente eventual já que, cumulativamente, têm de se observar os restantes pressupostos elencados *supra.*

Veja-se agora o segundo pressuposto indicado: a culpa. Este requisito é um elemento essencial para que se consubstancie a responsabilidade civil

---

[17] Este mesmo raciocínio, encontra previsão legal no artigo 486.º do CC.
[18] Cfr. Ac. do Tribunal da RL de 09/03/2010.

médica[19]. O nosso ordenamento jurídico não acolheu a teoria do risco profissional, pelo que a inexistência de culpa dá lugar, necessariamente, à inexistência da responsabilidade do médico. Porquanto a culpa, seja dolo ou negligência, exprime o juízo de reprovabilidade da conduta do profissional que, não só podia actuar de forma diversa, como devia claramente tê-lo feito.

Na responsabilidade civil médica não se pretende valorar o erro *per si,* nem mesmo a seriedade do dano provocado. O que está em causa é a existência, ou não, de culpa do agente, aquando do diagnóstico, ou tratamento. Pretende-se, assim, aferir se o médico tinha à sua disposição outros meios, considerados indicados, para chegar a um diagnóstico diverso, ou terapêuticas mais seguras ou adequadas, em alternativa àquelas que utilizou. Até porque é fundamental compreender o médico como um agente humano, e por isso falível, que trabalha, numa base diária, com uma ciência que não é exacta[20]. Pelo que apenas será aceitável responsabilizá-lo nos casos em que se verifique uma falta grave e inadmissível. Assim, só existirá responsabilidade da sua parte quando é cometida uma *"falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento*[21]*".*

Já a ilicitude consubstancia, de forma genérica, uma contrariedade ao direito. É um juízo de desvalor que se concretiza na violação do direito de um terceiro ou de normativo legal que proteja interesses que lhe sejam alheios.

O dano, por sua vez, consiste no prejuízo que se provoca na esfera de um terceiro. Sendo este dano patrimonial, será sempre ressarcível, encontrando-se aqui enquadrados os danos emergentes e os lucros cessantes. Já os danos não patrimoniais, como são os morais, tantas vezes reclamados em pleito de responsabilidade civil médica, serão apenas compensados, por não poderem ser avaliados.

---

[19] Nas palavras de ANTUNES VARELA, *"(...)o juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia como podia ter agido de outro modo", em Das obrigações em geral*, volume II, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 97

[20] João ÁLVARO DIAS explica que o médico *"deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo"* - cfr. «Culpa médica: algumas ideias – força», *in Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano IV, no 5, págs. 21 e 23.

[21] Ac. do STJ, de 4/3/2008, (P.º 08A183).

Por fim, o nexo de causalidade implica que o facto ilícito e culposo praticado seja condição necessária para o resultado obtido – o dano.

Encontrando-se reunidos os pressupostos enunciados, todo o fundamento haverá para estarmos perante uma situação de responsabilidade civil médica.

Natureza Contratual vs. Natureza Extracontratual

Durante muitos anos a responsabilidade civil médica foi tratada em sede extracontratual, como se este fosse o único enquadramento possível[22]. Em bom rigor, o próprio conceito *per si* – "Responsabilidade Civil Médica" – pela sua abrangência e indefinição, carrega o peso da relutância do direito português em assumir a existência de uma obrigação de natureza contratual[23]. Para o direito acolher tal possibilidade foi necessário ultrapassar dois grandes entraves: aceitar que a vida e a saúde podem ser sujeitos a negociação e que os honorários do médico são nada mais que a contrapartida por um serviço prestado.

Actualmente, salvo opinião diversa, não restam muitas dúvidas que a responsabilidade civil médica tanto pode ter natureza contratual, como extracontratual[24].

Existirá responsabilidade extracontratual, nos termos previstos no artigo 483.º do CC, sempre que houver violação de um direito absoluto, ou de um dispositivo legal[25]. São situações em que, mesmo não existindo compromisso por uma das partes no sentido de adoptar um determinado comportamento, existe a obrigação de respeitar a esfera jurídica de outrem que se vê ameaçada por um comportamento danoso. É o que acontece, por exemplo, quando o médico actua numa situação de urgência[26]. A jurisprudência tem entendido que,

---

[22] Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDUL, Lisboa, 1996, p. 79.
[23] Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 79.
[24] Explica João ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica,* Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 221-222, que "é hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual. Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso. Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual. Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta".
[25] No entanto, no ordenamento jurídico nacional, afasta-se, de forma peremptória, a teoria do risco profissional. Desta forma, a responsabilidade pelo risco, dado carácter excepcional desta modalidade, não poderá ser utilizada no âmbito da responsabilidade civil médica. De facto, nunca caberá ao médico responsabilizar-se pela reacção adversa do paciente a um serviço prestado com diligência e rigor. Será função do Estado, através dos mecanismos da Segurança Social, quem tem a obrigação de assegurar a protecção do paciente.
[26] Neste sentido, António HENRIQUES GASPAR, in «A Responsabilidade Civil do Médico», in *CJ,* Ano III, 1978, p. 341.

se nos encontrarmos no âmbito da responsabilidade extracontratual, poderemos falar numa obrigação geral de prudência e diligência[27].

Já a responsabilidade contratual prevê o cumprimento de uma obrigação, convencionada entre o médico e o seu paciente, no âmbito de um contrato de prestação de serviços, nos termos do artigo 1154.º do CC: *"Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição"*[28]. Sendo que, por força do artigo 406.º do mesmo diploma, *"[o] contrato deve ser pontualmente cumprido e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento do contraente ou nos casos admitidos na lei".*

A jurisprudência, no entanto, tem-se debatido nos últimos anos com uma questão pertinente relativa à concorrência da responsabilidade contratual e extracontratual, no Direito Médico. É objecto de discussão as situações em que ambas coexistem, num mesmo contexto jurídico. Pinto Monteiro, em jeito de desabafo, chega mesmo a comentar que a problemática *"é delicada e controversa, não tendo sido objecto, entre nós (tal como de resto, na generalidade dos sistemas) de regulamentação específica".* Destarte, e não sendo possível deitar mão de um qualquer normativo jurídico, acabamos por nos ver forçados a entrar no debate, ainda tão actual, sobre a matéria.

Ensina Rui Alarcão que *"parece que a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que Vaz Serra propunha, devendo permitir-se ao lesado, em princípio, a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha".* Rui Alarcão, apoiado nos trabalhos desenvolvidos por Vaz Serra, defende tal tese, tendo por base vários fundamentos. Por um lado, porque considera que não pode afirmar-se uma distinção essencial, ou de natureza, entre as duas formas de responsabilidade. Partindo de tal premissa e da unidade substancial entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, não aceita o autor que se decida pela responsabilidade contratual, tão-só, pelas especificidades que apresenta. Desta forma, não consente que ao evidenciar os

[27] Ac. STJ de 24/05 de 2011 (P.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1).
[28] Neste mesmo sentido, regulamenta o ordenamento jurídico espanhol, nos artigos 1101.º e ss. do CC.

deveres de protecção contratuais, se coloque automaticamente de lado a protecção que pode ser conferida pela responsabilidade civil extracontratual.

Já em sentido inverso se posiciona Almeida da Costa ao defender que apenas existe um concurso legal, ou de normas aparente. Isto porque o regime da responsabilidade contratual acabará por consumir sempre o da responsabilidade extracontratual.

A jurisprudência, com raras excepções, tem entendido que o sistema de cúmulo das modalidades contratual e extracontratual será substancialmente injusto, perfilhando a tese de Almeida da Costa, da consumpção da responsabilidade extracontratual pela contratual.

A este respeito, não podemos deixar de concordar com a tese Almeida Costa. Parece-nos francamente desproporcional colocar nas mãos do lesado tamanho poder. Acresce que, no ordenamento jurídico nacional, o regime da responsabilidade contratual apresenta-se como mais favorável, face à presunção de culpa que deriva do artigo 799.º do CC.

Tenha-se, no entanto, em consideração, que ainda que não se possa concordar com tal doutrina, várias são as vozes que se têm levantado no sentido de afastar a aplicação da presunção de culpa prevista no 799.º, nos casos de responsabilidade civil médica, por força da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados. Mais à frente, debruçar-nos-emos com mais atenção sobre esta problemática.

Obrigação de Meios vs. Obrigação de Resultados

A qualificação jurídica da responsabilidade civil do médico pelo erro que provocou, dolosa ou negligentemente, sempre representou dificuldades no ordenamento jurídico português. Por regra, o médico presta os seus serviços sem qualquer garantia de resultado. Este emprega os meios técnicos adequados à obtenção de um desfecho que não pode, no entanto, prever. Contudo, existem algumas excepções, nas quais a lógica do sistema e a própria natureza do acto, pressupõem a existência da obrigação de alcançar um determinado resultado. São situações pontuais, onde a diligência e perícia médica são, à partida, os únicos utensílios necessários à obtenção de um certo efeito. Desta forma, presume-se que qualquer resultado diverso será fruto de um incumprimento doloso ou negligente do profissional médico.

Reportemo-nos, antes de mais, ao artigo 397.º do CC, onde se encontra postulado que *"obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação".* Sendo que a realização desta mesma prestação é o meio natural para extinguir a obrigação existente. Dúvidas, no entanto, persistem, no sentido de compreender as formas que pode ter essa mesma prestação.

É hoje consensual que a responsabilidade civil médica tanto pode ser qualificada como uma obrigação de meios, como uma obrigação de resultados. Esta dicotomia, criada na doutrina francesa, foi a solução encontrada por René Demogue, para a contradição que existia no *Code Civil* entre os artigos 1137.º e 1147.º[29], e que acabou por ser exportada de uma forma uniformizada para os países latinos.

Havendo obrigação de meios[30], o devedor compromete-se tão-só a empregar todos os meios técnicos que estão ao seu alcance para obter um

[29] À data, doutrina e jurisprudência francesas procuravam resolver de forma e debatia-se a quem cabia o ónus da prova da culpa na responsabilidade civil contratual.

[30] Escreve ANTUNES VARELA que "Nas obrigações chamadas de meios não bastará, neste aspecto, a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação, para se considerar provado o não cumprimento. Não basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa. É necessário provar que o médico ou o advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente.", em *op. cit.,* p. 101.

determinado resultado, mas sem assegurar que o mesmo se produza[31]. Analisando a questão de uma forma objectiva, releva a diligência no emprego dos meios adequados de que o devedor dispõe e não o resultado final conseguido. Assim, desde que o devedor prove ter feito tudo ao alcance para obter o efeito pretendido, agindo com os mais basilares deveres de cuidado, não poderá ser responsabilizado pelo seu insucesso. Manuel de Andrade diz mesmo estar em causa um interesse meramente instrumental, de segundo grau, que se visa actividade em si e não a satisfação do interesse final. Desta forma, é premissa da obrigação de meios que apenas podem ser exigidos ao médico deveres de cuidado e de promoção do bem-estar do seu paciente.

Em contraposição, a obrigação de resultados assegura o sucesso da intervenção médica – uma verdadeira garantia. A eventualidade de não se produzir o efeito útil esperado e assegurado, implica a presunção de uma conduta ilícita por parte do devedor, que terá de produzir prova bastante que ilida a sua responsabilidade[32]. Só a impossibilidade objectiva e não culposa pode liberar o devedor.

Durante a última década, a obrigação de meios tem sido a classificação escolhida de forma quase transversal, pela doutrina[33] e pela jurisprudência portuguesa[34]. Assim o é porque a medicina, mesmo empregando critérios científicos, não é dotada de objectividade bastante para assegurar, como regra, uma garantia de resultados. Tanto no diagnóstico médico, como na terapêutica propriamente dita, o profissional de saúde actua munido apenas da sua diligência lógica, aperfeiçoada ao longo dos anos com o estudo e, essencialmente, com a prática[35]. Apenas é espectável que o médico faça o enquadramento clínico do paciente, face aos indícios, sintomas e resultados dos exames, por si

---

[31] A doutrina e jurisprudência têm usado, com frequência, os conceitos do "medical standard of care" e do "reasonable doctor", do direito anglo-saxónico. Ambos os conceitos acabam por se confundir com a figura do "bom pai de família" utilizado no direito nacional.

[32] Lembra-nos Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA que "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", em «Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde», *A responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005, p. 239.

[33] Álvaro da Cunha GOMES RODRIGUES, «Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral», in *Lex Medicinae*, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 85-96.

[34] Tal tese é perfilhada por vários ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o ordenamento jurídico espanhol.

[35] J. A. ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, p. 116.

requeridos, e a final interpretados. Desta forma, a terapêutica por si escolhida terá sempre na sua base a avaliação subjectiva que efectuou, *a priori.* Ademais, são inúmeros os factores externos que podem levar a complicações após, ou mesmo durante, a intervenção médica. Compreender-se-á com facilidade que, apenas em situações pontuais, possa existir uma obrigação do médico em produzir um determinado resultado. Leia-se a título exemplificativo, a cirurgia plástica puramente estética[36] e determinadas especialidades médicas[37].

Convirá salientar que, ainda que se aceite a premissa de que, na maioria dos casos estará em causa efectivamente uma mera obrigação de meios[38], tal entendimento, ao ser generalizado, consistirá num proteccionismo exacerbado da conduta médica[39]. A área de intervenção médica é de inquestionável sensibilidade, e é vital encontrar um ponto de equilíbrio para a responsabilização e protecção das partes. No entanto, não será esta a única área de intervenção jurídica onde existe incerteza e onde factores externos podem, eventualmente, influenciar o resultado desejado. Até porque não é o risco que se pretende valorar, mas tão-só o rigor e cuidado da actuação do profissional de saúde.

Em acórdãos vários podemos encontrar votos de vencido de quem já há muito compreende que, a dita "prova diabólica"[40] tanto está do lado do médico, como do paciente. A progressão que se encontra na actualidade jurisprudencial parece ser no sentido de aceitar a existência de uma obrigação de resultados, num leque cada vez mais variado, de situações. Deixa-se referência a um dos vários marcos na jurisprudência nacional, onde se decide pela obrigação de resultados do médico envolvido. Lê-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.10.2010 que "[*e]m regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em*

---

[36] Não se deverá enquadrar aqui a cirurgia plástica terapêutica.

[37] Enquadram-se, igualmente, no âmbito da responsabilidade de resultados, os exames analíticos e imagiológicos simples.

[38] Veja-se o exemplo do paciente que entra nas urgências do hospital sem qualquer perspectiva de sobrevivência, ou o paciente terminal que aguarda pacientemente pelo momento da sua morte.

[39] É de relevar que tem havido um forte incentivo da comunidade médica no sentido de assegurar que toda e qualquer intervenção cirúrgica seja entendida como uma mera obrigação de meios, protegendo assim o médico em eventuais litígios.

[40] Expressão largamente usada na doutrina e jurisprudência para qualificar a dificuldade do médico em provar que não só não concorreu de forma culposa para o desencadear do resultado, como nada mais podia ter feito.

juízo de que a conduta (acto ou omissão) do prestador obrigado não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado. Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta."

Não se encontram com frequência decisões semelhantes na jurisprudência nacional, o que nos leva a questionar se a utilização da dicotomia obrigação de meios *vs.* obrigação de resultados não acabará por "atropelar" e perturbar a legislação nacional. Analisando a questão numa vertente estritamente teórica, multiplicam-se as dúvidas quanto aos motivos pelos quais se continua a utilizar tal dicotomia

Carlos Ferreira de Almeida[41] já havia referido, em 1996, as dificuldades que representava a assumpção de uma obrigação de meios, especialmente, nos casos em que existe contrato de prestação de serviços.

Na opinião do autor, a dicotomia obrigação meios/obrigação de resultados, importada do ordenamento jurídico francês, acaba por introduzir mais confusão ao ordenamento pátrio, do que vantagens[42]. Isto porque considera que, em Portugal, não havia dúvidas a esclarecer, nem contradições a rectificar quanto ao ónus da prova, como ocorria, originariamente, no direito francês. Diz o autor que a introdução de tal dicotomia acabou por criar "perturbação" no sistema. Isto porque, actualmente, face ao entendimento esmagadoramente maioritário, acabamos por nos ver tentados a ceder às pressões doutrinais, esquecendo a presunção de culpa genericamente estabelecida no artigo 799.º do CC[43]. De facto, o artigo 1154.º do CC parece ser claro e peremptório quando descreve um contrato de prestação de serviços como *"aquele em que uma parte*

---

[41] Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*

[42] Em sentido diverso, MANUEL DE ANDRADE, ALMEIDA COSTA, RIBEIRO DE FARIA, ANTUNES VARELA e SINDE MONTEIRO.

[43] MENEZES LEITÃO critica, igualmente, a derrogação do critério de distribuição do ónus da prova, postulado no artigo 799.º, n.º 1 do CC, em Direito das obrigações, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 125.

se obriga a proporcionar à outra certo resultado (...)". Ora, a ser assim, como é, encontramos um entrave cognitivo que, de acordo com o autor, apenas pode ser ultrapassado se aceitarmos a responsabilidade de tratamento como um fim em si mesmo, sem necessidade de recorrer à dicotomia referida supra, sob pena de se desresponsabilizar o médico sempre que a sua obrigação for de meios. Ademais, o autor considera que partir-se-á de uma falsa premissa, ao assumir-se que o resultado referenciado no artigo 1154.º do CC será sempre a cura do paciente.

O autor acrescenta ainda que, nos casos em que não exista um contrato e estejamos no âmbito da responsabilidade extracontratual, não poderemos sequer falar em obrigação. Estará em causa, pelo contrário, um dever de agir de uma determinada forma, que ao não ser respeitado pode resultar num dever de indemnizar.

Menezes Cordeiro[44] e Menezes Leitão[45] também demonstram grande hesitação na aplicação da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados.

Parece-nos essencial começar por desdramatizar a aplicação desta dicotomia. Até porque não podemos ignorar os argumentos favoráveis a tal distinção. Em primeira linha, muito mais é o direito que uma mera estampa teórica, sem qualquer aplicabilidade na vivência em comunidade. Pelo que é importante compreender que, actualmente, assumem as partes vínculos jurídicos diversos perante situação jurídicas idênticas. Desta forma, é obrigação do direito prever exigências diferentes para realidades diferentes. E, de facto, a dicotomia obrigação de meios vs. obrigação de resultados, consegue afirmar-se perante tal necessidade. Igualmente relevante será, talvez, o papel que esta distinção desempenha no que concerne a delimitação da obrigação e do ónus de prova.

Assim, e ainda que Vaz Serra tenha optado por não prever esta dicotomia no anteprojecto do CC, pela sua indefinição e subjectividade – e bem, a nosso ver – não deixará a mesma de ter interesse enquanto elemento doutrinário.

Assim, e aceitando-se, por se entender útil e valiosa, a distinção entre a obrigação de meios e de resultados, resta compreender em que situações estará em causa

---

[44] António MENEZES CORDEIRO, Direito das obrigações, vol. I, AAFDUL, Lisboa, 2001, pp. 358 e ss.
[45] Luís MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 124 e ss.

cada uma delas. A nosso ver, mal andarão a doutrina e a jurisprudência nacionais, que se arrogarem de competência bastante para estabelecer, *a prioristicamente*, e de forma transversal o catálogo das situações em que se exige que o médico apresente resultados, ou que apresente meras provas de diligência.

Parece-nos incontornável a análise do caso concreto e das circunstâncias que o rodeiam. O contrato celebrado entre as partes terá de ser estudado, e só aí se poderá aferir se será razoável exigir que o mesmo acarrete a obrigação de produção de um determinado resultado. Para tal, ter-se-á de apreciar o risco que o procedimento médico em causa envolve, o carácter aleatório do resultado e a margem de incerteza que implica. Destarte, só casuisticamente, e sempre na esteira do princípio da equidade, se poderá concluir por uma obrigação de meios, ou de resultados.

A Responsabilidade Civil do Médico enquadrada no Sistema Nacional de Saúde e nas Instituições Privadas de Saúde

O Médico no Sistema Nacional de Saúde

A intervenção médica pode ter lugar em ambientes diversos, porquanto implicará diferentes formas de exercício da profissão. Juridicamente, a relação paciente-médico, estabelecida no consultório particular do segundo, será sempre valorada de forma distinta do acompanhamento médico, que tem lugar num estabelecimento de saúde público. Antes de mais, é importante salientar que só no primeiro caso é que o paciente tem, efectivamente, a oportunidade de exercer o seu direito de escolha do profissional de saúde que o vai acompanhar. Estabelece-se um verdadeiro contrato, no qual o médico se compromete a prestar um determinado serviço médico, e o paciente, qual consumidor, torna-se credor dessa mesma prestação. O contrato será, à partida, bilateral, devendo o paciente pagar os honorários devidos em troca do serviço convencionado. A simplicidade da relação leva a que não surjam dúvidas, relativamente ao responsável, quando o serviço não seja prestado na forma contratualmente estabelecida.

Já o dano que tem lugar num estabelecimento hospitalar público acaba por apresentar contornos diversos. Antes de mais porque representa um desvio à tese mais tradicional, de que o responsável é, necessariamente, o profissional médico – *the man with the smoking gun*[46]. Assim o é, já que, na imensa estrutura que representa o SNS, o médico não passa de um mero interveniente, num intrincado jogo com mais personagens que as que podemos contar[47]. Perante tamanha panóplia de participantes, não será razoável esperar que o médico se patenteie como responsável máximo e único[48].

---

[46] André Gonçalo DIAS PEREIRA, «Responsabilidade Civil Médica na Europa: a objectivação da responsabilidade e o consentimento informado», *A responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005, p. 103.

[47] Senão veja-se o papel vital dos médicos, enfermeiros, funcionários de limpeza, funcionários administrativos, entre tantos outros, para a qualidade dos serviços prestados pelo SNS.

[48] No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, vigora a regra geral da solidariedade entre o médico e o hospital público.

Alicerçado nos princípios mais basilares do Estado Social, o artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa prevê a responsabilidade do Estado em assegurar a prestação de cuidados de saúde à população, com carácter tendencialmente gratuito. Pretende-se, desta forma, assegurar ao utente um serviço nacional de saúde universal, sem que tal implique despesas incomportáveis. Contudo, será inquestionavelmente diferente o tratamento oferecido ao paciente pelo médico, no seu consultório particular, ou no âmbito do SNS, onde se vê forçado a fazer o atendimento de dezenas de pacientes em poucas horas e é pressionado para apenas solicitar os exames estritamente necessários ao rigoroso cumprimento dos protocolos hospitalares. Em bom rigor, no SNS as regras são impostas ao médico que agirá enquanto profissional de saúde, adstrito a deveres que não pode ignorar. E por essa mesma razão, o estabelecimento hospitalar, enquanto responsável pelo cumprimento dos protocolos de cuidados médicos e entidade empregadora de todos os intervenientes no tratamento do paciente, deverá ser igualmente responsabilizado. Assim, nestes casos, teremos de nos socorrer do regime previsto no Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, que regulamenta a responsabilidade do Estado pelos danos provocados pelos órgãos, agentes e representantes no exercício da actividade de gestão pública.

Será essencial começar por compreender em que medida se enquadram os actos praticados pelo médico que trabalha no SNS dentro da gestão pública, ou da gestão privada. É essencial proceder a tal distinção, em primeira mão, face ao artigo 501.º do CC, que prevê que os actos dos funcionários e agentes do Estado, quando causam danos, podem ser julgados dentro de um âmbito, ou de outro, consoante o acto que provocou o dano se enquadre na gestão pública, ou na gestão privada. Foi o direito francês que originou tal distinção[49] e, consequentemente, a utilizou como critério de repartição da competência entre os tribunais civis e os tribunais administrativos[50].

---

[49] Lembre-se, contudo que Georges VEDEL não deixava de notar que, na realidade, tal distinção seria *" (...) uma directiva geral ou uma inspiração, mais do que um verdadeiro critério jurídico."*

[50] Margarida CORTEZ, «Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde», *A responsabilidade civil dos médicos,* Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005, p. 263.

Citando Antunes Varela, são actos de gestão privada *"(...) aqueles em que o Estado ou a pessoa colectiva pública intervém como simples particular, despido do seu poder público (...)".* Ou seja, são actos praticados pelo agente da Administração, mas em total paridade com o particular. O poder público é uma condição que lhe assiste, mas absolutamente irrelevante no acto concreto praticado, por dele não tirar qualquer proveito.

Já quanto ao acto de gestão pública, Vaz Serra contrapõe que *"se (..) o acto é praticado no exercício de um poder público, isto é, a realização de funções públicas, mas não nas formas e para a realização de interesses de direito civil, o caso é de acto praticado no domínio dos actos de gestão pública"*[51]. Desta forma, se o acto tem, de alguma forma, no seu fundamento a prossecução dos interesses da colectividade, ou se o agente se encontra coberto pelo manto do seu *ius imperium* ou do seu *ius auctoritatis,* estará a praticar um acto de gestão pública.

Segundo os ensinamentos de Freitas do Amaral, a distinção entre gestão pública e gestão privada, encontrar-se-á sempre alicerçada na natureza das normas que regulam a actividade[52]. Assim, estando em causa um acto jurídico propriamente dito, estaremos no âmbito da gestão privada. Já estando em causa uma operação não jurídica, como são os actos técnicos praticados no exercício de uma profissão, estaremos no âmbito da gestão pública. A nosso ver, será neste último elenco que se encontra a intervenção médica[53].

Não obstante, só por ingenuidade poderíamos antever o final do problema mesmo antes de ter começado. Se, em termos teóricos, a questão parece ser de simples solução, já a prática tem apontado noutro sentido. Porquanto, a jurisprudência tem "alimentado", de forma voraz a já difícil delimitação do que enquadra, de facto, na gestão privada e gestão pública.

Num passado bastante próximo, os hospitais públicos eram, por regra, estabelecimentos públicos, com autonomia administrativa e financeira, que

---

[51] VAZ SERRA, in *RLJ*, ano 103, pp. 350 e 351.

[52] FREITAS DO AMARAL, «Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde», *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDUL, Lisboa, 1996, p. 124. e ss.

[53] Lembremo-nos que o médico se encontra sujeito ao Estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da administração central, regional e local.

integravam a administração estadual indirecta[54]. Contudo, actualmente, assistimos a uma descentralização do SNS, que se vê cada vez mais empresarializado[55]. A reestruturação desta infraestrutura, que tem passado, sobretudo, por inúmeras privatizações, implica uma dificuldade acrescida aquando da avaliação da conduta médica e da responsabilidade do próprio estabelecimento hospitalar[56]. Por força da entrada em vigor da Lei de Gestão Hospitalar – Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, hoje em dia, podem integrar o SNS estabelecimentos públicos de saúde sob gestão privada, estabelecimentos públicos de saúde transformados em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos e estabelecimentos privados que, por força de contratos celebrados com o Estado, prestam serviços aos utentes do SNS. Perante tamanha variedade de entidades, são incontornáveis e compreensíveis as dúvidas do paciente descontente, quando decide demandar judicialmente os responsáveis pelo dano que lhe foi provocado.

Os tribunais têm participado activamente no enquadramento jurídico destas várias estruturas que integram, actualmente, o SNS. Em primeira linha, tem-se entendido que a competência em razão da matéria afere-se, necessariamente, em função dos termos em que a acção for proposta[57]. Por outro lado, resulta da leitura conjunta do artigo 12.º da Lei n.º 56/79 de 15 de Setembro e do artigo 8.º, n.º 3 do Estatuto do Médico – Decreto-Lei n.º 373/79 de 8 de Setembro – que *"...os utentes, em casos de responsabilidade civil, sempre que sejam lesados nos seus direitos pelos órgãos ou pessoal do SNS, têm direito a ser indemnizados pelos danos causados, nos termos da lei reguladora da responsabilidade civil extracontratual do Estado no domínio dos actos de gestão*

---

[54] Cfr. Raquel VALE E REIS, «Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos – Origens históricas», *in A responsabilidade civil dos médicos,* Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, 2005, pág. 296.

[55] Veja-se a nota preambular do DL 294/2002 de 11 de Dezembro, que transforma o Hospital de São João de Deus em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, e que, aliás, é repetida quase na íntegra, nos DL que procedem à transformação dos restantes estabelecimentos hospitalares, que tendo-se em vista a modernização e renovação do Serviço Nacional de Saúde, importava adoptar de forma inequívoca um genuíno modelo de gestão hospitalar de natureza empresarial.

[56] Margarida CORTEZ, *op. cit.,* pág. 258.

[57] Elenca-se a título, meramente, exemplificativo os acórdãos do Tribunal Conflitos de 91.01.31 (AD 361) e de 2007.05.17 (proc. n.º 5/07), e, os acórdãos do STA de 93.05.13 (proc. n.º 31478), de 96.05.28 (proc. n.º 39911), de 99.03.03 (proc. n.º 40222), de 99.03.23 (proc. n.º 43973), de 99.10.13 (proc. n.º 44068) e de 2000.09.26 (proc. n.º 46024).

pública"[58].

Ainda que maiores dúvidas surjam nos casos mais paradigmáticos, as situações, aparentemente mais simples, não deixam de criar hesitação, quando chega o momento de intentar a competente acção judicial[59]. Veja-se o exemplo da demanda judicial de um estabelecimento hospitalar que, juridicamente, é uma sociedade anónima detida por capitais exclusivamente públicos. Isto porque, ainda que ser uma sociedade anónima não seja fundamento bastante para esperar que todos os actos por si praticados estejam no âmbito do direito privado, também não é por o capital ser integralmente público, que podemos concluir o oposto.

É nossa opinião, e aliás, da jurisprudência e doutrina esmagadoras, que a actividade médica levada a cabo nos serviços hospitalares de natureza pública, seja qual for a sua estrutura jurídica, deve ser considerada como actividade de gestão pública[60]. E assim é, já que os funcionários que desempenham funções em tal estabelecimento hospitalar, fazem-no desenvolvendo uma actividade pública, através da prossecução de interesses do Estado, igualmente públicos. Neste sentido, o hospital que pertença ao SNS estará, necessariamente, a assegurar aos utentes um direito constitucionalmente garantido. O estabelecimento hospitalar estará, tão-só, a cumprir com uma obrigação geral, um direito absoluto que decorre da lei. Veja-se que qualquer utente do SNS pode recorrer a tais infraestruturas, nas condições previstas nos estatutos destes serviços públicos, de forma completamente impessoal. E, se por um lado, o estabelecimento tem a obrigação de não recusar o atendimento do utente, por outro lado, tem o paciente a obrigação de aceitar as condições do serviços hospitalares, sem oportunidade para negociar as cláusulas particulares[61]. Desta forma, a sua responsabilidade terá necessariamente âmbito extracontratual[62], e estará regulada no Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, onde se prevê a

---

[58] Ac. Tribunal de Conflitos de 9 de Junho de 2010 (8/10-70)

[60] Neste sentido os Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 9 de Junho de 2010 (8/10-70), 4 de Novembro de 2009 (20/09) e 2 de Outubro de 2008 (012/08). Em sentido diverso, Ac. Tribunal da RL de 20 de Abril de 2006.

[61] VAZ SERRA, *Responsabilidade civil do estado e dos seus órgãos ou agentes*, in BMJ, n.º 85, p. 476-497; Joaquim SILVA CARNEIRO, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, in RDES, Ano XIX, p. 123 e ss.; Ac. do STJ, de 7/5/74, BMJ n.º 237, p. 196.

[62] José Manuel SÉRVULO CORREIA, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 22.

responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública[63] [64]. Acresce que, também o médico poderá ser demandado com ou sem o estabelecimento hospitalar. Aliás, prevê o artigo 271.º, n.º 1 da CRP que *"Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções (...)".* Responsabilidade esta que será igualmente por tudo o que já foi exposto sobre a problemática, de natureza extracontratual.

É ainda de salientar que, na eventualidade de qualquer pleito decorrer contra estabelecimento hospitalar por acto ou omissão da responsabilidade do médico, a lei reserva ao Estado a maior quota de responsabilidade. Ainda que possa tirar partido do direito de regresso que tem sobre o agente que praticou o acto danoso, só terá sucesso se conseguir provar que este agiu com *"diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados"*[65].

O Médico nas Instituições Privadas de Saúde

Nos contratos celebrados em instituições privadas, a questão coloca-se de forma diversa. Antes de mais porque teremos, à partida, uma relação contratual, pelo menos, entre o paciente e a instituição. No caso da clínica privada, o paciente escolhe dirigir-se àquele estabelecimento, tal como escolhe o médico que pretende que o acompanhe (ou pelo menos pode fazê-lo). A consulta ou o tratamento são prestados e no final são pagos os respectivos honorários. Desta forma, dúvidas não restarão que, as mais das vezes, se estabelecerá um contrato

[63] No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos uma solução diametralmente oposta, face a um Sistema Nacional de Saúde que, em muito pouco, se assemelhará ao nosso. Entende-se no sistema brasileiro que, tal como a relação médico-paciente, a relação entre o hospital e o paciente é igualmente de natureza contratual. Isto porque o estabelecimento hospitalar se obriga a prestar serviços médicos e outros serviços complementares (como de enfermagem, fornecimento de medicamentos, fornecimento de instalações adequadas, entre outros), face a uma contrapartida (isto porque mesmo que gratuita, os hospitais públicos sobrevivem por força dos impostos pagos pelos cidadãos, que depois usufruem desses serviços, pelo que a gratuitidade, em bom rigor, não existe.

[64] No ordenamento jurídico espanhol, por sua vez, somos direccionados para os artigos 139.º e 146.º do Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estas normas estabelecem a responsabilidade objectiva pelos danos produzidos nos serviços público, desde que se prove que o dano é uma consequência do serviço público prestado.

[65] Cfr. número 2 do artigo 2.º do DL n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

de prestação de serviços. Contudo, diferentes podem ser os tipos de relações que se estabelecem entre o paciente, o médico e a clínica. Ensina Ferreira de Almeida[66] que os contratos celebrados poderão revestir três formas distintas: ou o contrato é total, responsabilizando-se a clínica por todo e qualquer desvio ao contratualmente estabelecido; ou o contrato é dividido, responsabilizando-se o médico pela prestação de serviços médicos, e a clínica apenas pelo internamento; ou o contrato é sem internamento, assumindo a clínica a responsabilidade, tão-só, pelos serviços médicos prestados. Diz-nos, ainda, o autor que apenas quando o contrato é dividido, estaremos no âmbito da responsabilidade contratual, tanto no que diz respeito à clínica, como no que diz respeito ao médico. Desta forma, nos outros dois casos, só a clínica poderá responder contratualmente, já que o médico não contratou de nenhuma forma com o paciente. Assim, só poderá ser responsabilizado extracontratualmente.

Sendo o contrato total, este será necessariamente misto, com elementos do contrato de prestação de serviços médicos, do contrato de locação (no caso de haver internamento) e eventualmente de compra e venda. A clínica é responsável, na íntegra. Já o médico, que não é parte no contrato, não se obriga perante o paciente.

Já no contrato dividido, a clínica responsabiliza-se pelo pessoal responsável pelo internamento do paciente. O médico, por sua vez, responde integralmente pelos serviços que prestar.

Por fim, no contrato sem internamento, o contrato será, em tudo, idêntico àquele que se celebraria directamente com um profissional liberal. A diferença reside apenas no facto de ser a clínica a parte contratual, cabendo a execução aos médicos de serviço. Tal como no contrato total, também neste caso, o médico não contrata directamente com o paciente, pelo que a ser responsabilizado, só poderá acontecer extracontratualmente.

[66] Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.,* pp. 89 e ss.

O Papel do Paciente

No direito hodierno, o paciente ocupa um papel cada vez mais interventivo, nas várias tomadas decisões relativas ao seu tratamento médico. Longe vão os tempos em que o paciente aceitava como sendo no seu melhor interesse qualquer sugestão apresentada pelo seu médico, colocando-se nas mãos deste, como se de um sacerdote se tratasse[67].

Se nos remetermos, por breves momentos, para o Direito Criminal, encontramos no Código Penal de 1982 a introdução do crime de intervenções e tratamentos médico-jurídicos arbitrários. Este crime encontra-se enquadrado no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, por estar em causa a autodeterminação do paciente. É interessante verificar que o ilícito, previsto no artigo 156.º do Código Penal, não tem em vista tutelar a vida, ou mesmo a saúde do paciente[68]. Tal previsão prende-se, exclusivamente, com a valoração do papel participativo do paciente nas intervenções ou tratamentos a que seja submetido. Assim, reserva-se ao paciente a "última palavra", assegurando que o médico obtém, na generalidade das situações[69], o consentimento informado do paciente[70]. Actualmente, a própria União Europeia demonstra vontade de tomar uma posição mais activa na óptica da protecção do paciente médico. É neste sentido que, em 2002, surge a Carta Europeia dos Direitos do Paciente, pelas mãos da *Active Citizenship Network*, onde se encontram plasmados os 14 direitos fundamentais do paciente. Pretende-se, desta forma, assegurar um nível elevado

---

[67] Neste sentido, cfr. n.º 3 do artigo 3.º da Lei das associações de defesa dos utentes de saúde, DL 44/2005, 29/8, onde se pode ler que *"As associações de defesa dos utentes de saúde têm a responsabilidade de promover, junto dos seus associados, a habilitação e capacitação destes para serem os primeiros responsáveis pela defesa e promoção da própria saúde."*

[68] Ainda que no ordenamento jurídico alemão não seja possível encontrar nenhuma previsão legal semelhante, é linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH), que os casos em que o médico actue, sem o consentimento do paciente, enquadram-se na esfera do crime de ofensas corporais. Tal entendimento tem levantado variadíssimas reservas por parte da doutrina, que acredita que o tribunal estará a extravasar largamente as suas competências. O penalista Karl BINDING chegou mesmo a afirmar que no ordenamento alemão se equiparava a "incisão cirúrgica do médico à facada do brigão".

[69] Não se enquadrarão aqui as situações em que o paciente está em perigo de vida, ou perigo grave para o seu corpo, ou naquelas em que se decida por um tratamento diferente face a circunstâncias que o médico desconhecia aquando da obtenção do consentimento informado do paciente, desde que nada o leve a concluir, com certeza, que o paciente recusaria de forma determinante tal tratamento.

[70] No ordenamento jurídico português, deve-se a sua origem ao dever de informação consagrado constitucionalmente no art.º 37.º n.º 1 da C.R.P.

na protecção do paciente, através de serviços de qualidade, distribuídos pelos vários países europeus.

O Ónus da Prova

Regra geral, cabe ao Autor alegar e provar os factos que demonstram a prática do ilícito e o dano, por aquele provocado, de acordo com o artigo 342.º do CC. Contudo, quando nos encontramos no âmbito da responsabilidade civil médica, tal ónus acaba por se provar, particularmente, melindroso. E assim acontece, na medida em que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é, notoriamente, desnivelada[71]. E este desnivelamento, que começa desde a primeira interacção entre ambos, perpetua-se mesmo após a prestação dos serviços médicos, tornando a prova verdadeiramente difícil. E por assim ser, não será chocante concluir que, em vários casos, face à dificuldade de acesso ao dossier médico já analisada, acções sejam intentadas na expectativa de no seu decurso, se avaliar as verdadeiras hipóteses de sucesso do paciente. Isto porque, regra geral, tem o paciente de fazer prova de elementos que não estão na sua posse e que são de difícil acesso.

Assim, se estivermos perante uma situação em que exista apenas responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, caberá ao lesado apresentar prova da culpa do devedor, exceptuando-se, tão-só, as situações em que existe presunção legal de culpa, nos termos dos artigos 342.º, n.º 1 e 487.º, ambos do CC. Se a responsabilidade civil for contratual, tiraremos partido da presunção de culpa contida no artigo 799.º, n.º 1 do CC, que apenas é ilidível, ao ser demonstrado, pelo médico, que cumpriu com o devido rigor e diligência, as obrigações a que estava adstrito. Neste caso, bastará ao lesado apresentar prova do vínculo contratual e dos factos que demonstram o incumprimento, ou cumprimento defeituoso do médico. Ou seja, cabe ao paciente a prova da ilicitude dos factos praticados, recaindo já sobre o médico o ónus de prova da diligência com que efectuou o procedimento[72].

---

[71] Cfr. Isabel RENAUD, «A confiança», *in Revista Portuguesa da Bioética*, n.º 12, Novembro de 2010, página 339.

[72] Ensina Manuel ROSÁRIO NUNES em O *Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos,* p. 41-42, que na doutrina e jurisprudência italinas, o ónus da prova é repartido em

E mesmo que assim não se entenda, lembra, oportunamente, Carneiro da Frada que, *"Consoante os casos, são de admitir – naturalmente em graus e medidas diversos – facilitações de prova (prova prima facie)*[73] *e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa(...)"*[74].

No entanto, e ainda que não acompanhemos tal tese, não se pode deixar de relevar que parte da doutrina e jurisprudência nacionais têm invocado a não aplicação da presunção de culpa do artigo 799.º do CC, no âmbito da responsabilidade civil médica, por força do emprego da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados[75]. Teixeira de Sousa e Moitinho de Almeida são dois dos autores que se pronunciam pela não aplicação da presunção de culpa do artigo 799.º do CC, por considerarem que a repartição do ónus da prova equivale ao regime aplicável em sede extracontratual. De acordo com os autores, não seria razoável sobrecarregar a posição do médico, que nunca garantiu qualquer resultado.

A nosso ver[76], não será razoável criar limitações à aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 799.º do CC, seja qual for a obrigação em causa. Até porque a obrigação de meios não inviabiliza que se tenha em vista um determinado resultado que, não sendo alcançado pode levar à presunção de culpa[77]. Ademais, é vital não esquecer que a dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados não se encontra plasmada no nosso CC por vontade do legislador, como, aliás, já se referiu. Pelo que não será de colocar entraves à ordinária aplicação do artigo 799.º do CC.

---

função da natureza mais ou menos complexa da intervenção. Destarte, se o acto médico for de díficil execução, cabe ao paciente a prova da violação das *leges artis* e do nexo de causalidade com o resultado; se a intevenção for "rotineira", caberá ao médico suportar o ónus de provar a sua diligência e ausência de responsabilidade no resultado que acabou por ter lugar.

[73] Contribuiria para um acesso mais simples à justiça, que os tribunais, com maior frequência, fizessem uso da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação).

[74] CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil* – O método do caso, Almedina, Coimbra, 2007, p. 116.

[75] Perfilhando esta tese, confirme-se os Ac. do Tribunal da RL de 26/06/2008 e de 02/03/2006. Em sentido diverso a esta tese vejam-se o Ac. do Tribunal da RL de 09/03/2010, do STJ de 30/06/2011, 27/11/2007 e 18/09/2007.

[76] E de acordo com o entendimento de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO.

[77] Neste sentido, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1994, p. 321.

Os Danos Indemnizáveis

Conforme disposto no artigo n.º 798.º do CC, quando o devedor falta culposamente com a sua obrigação, torna-se responsável perante credor. Desta forma, nos termos do artigo 562.º do CC, terá o devedor a obrigação de reconstituir a situação que existiria, não tivesse ocorrido o facto que provocou o dano. Nos casos em que não lhe for possível reparar a situação, ver-se-á obrigado a indemnizar o credor, nos termos do artigo 563.º do CC.

Dentro da esfera dos danos patrimoniais, integram-se os danos emergentes e lucros cessantes. Desta forma, integram-se tanto os danos que tiveram na sua origem a prática de um determinado facto por terceiro, como também os montantes que o lesado deixa de auferir por causa do facto ilícito praticado. Avaliam-se no âmbito dos lucros cessantes, os casos em que o lesado se vê incapacitado para o trabalho, deixando de auferir o seu salário, ou pelo menos parte dele[78].

Já no que diz respeito aos danos não patrimoniais, e ainda que o ordenamento jurídico nacional não possa acompanhar os valores indemnizatórios exorbitantes atribuídos aos pacientes médicos em países como os Estados Unidos da América[79], tem-se assistido a um aumento das compensações deste tipo[80], nos Tribunais Superiores. Ainda assim, tal factualidade encontra-se intrinsecamente dependente da intensidade dos graus de culpa e dos danos provocados, caso a caso, pelo que não devemos olhar este acréscimo dos valores indemnizatórios como um padrão[81].

Explica-nos Antunes Varela que os danos não patrimoniais são os prejuízos insusceptíveis de avaliação pecuniária, por afectarem bens que, ainda que mereçam tutela do direito, não incluem o património do lesado. Porquanto,

---

[78] Nestes casos, tendencialmente, a jurisprudência fala na imagem da frustração do ganho.
[79] André Gonçalo DIAS PEREIRA explica que tal fenómeno deve-se, essencialmente, a três razões: ao elevado nível de prestações à Segurança Social na Europa, que, por aplicação da teoria da diferença, prevista no 562.º do CC, não permite que a responsabilidade civil do cidadão seja tutelada da mesma forma; à proibição da quota litis que é muito frequente nos Estados Unidos da América; e à existência de *punitive damages*, que têm por objectivo sancionar o responsável pelo prejuízo – em *op. cit.,* p. 101.
[80] Cfr. Ac. do STJ de 04/03/2008 (P.º 08A183).
[81] Ac. do STJ de 4/03/2008.

estes danos podem apenas ser compensados, através de uma indemnização[82].

Dispõe o artigo 496.º do CC que "*Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.*"

Desta forma, para encontrarmos o valor apropriado, teremos de nos socorrer ao juízo de equidade para definir a compensação pecuniária a atribuir. Para tal deverá atender-se ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação económica e às do lesado e do titular[83]. Aquando de tal juízo deverá atender-se, ainda, à *"boa prudência, ao bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida"*[84]. Ensina Galvão Telles que *"a indemnização por danos não patrimoniais é uma "pena privada, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado"*[85].

Por outro lado, só serão indemnizáveis os danos que, pela sua gravidade, o justifiquem. Ou seja, só os danos que sejam dignos de tutela do direito é que serão compensados. Resta agora determinar como se deverá aferir o nível de gravidade dos danos não patrimoniais, digno de tutela jurídica. De acordo com os ensinamentos de Antunes Varela, temos de partir, necessariamente, de um padrão objectivo. Isto porque se assim não fosse, acabaria o julgador por se deixar influenciar pelo dramatismo das descrições e alegações. Desta forma, encontrando-se estabelecido o critério objectivo, ficará dependente do livre arbítrio do julgador o método utilizado para avaliar a gravidade do dano.

Face ao que foi já discorrido sobre a essencialidade da existência de uma acção ou omissão para haver responsabilidade civil, será inevitável ficar com a

---

[82] ANTUNES VARELA, Das *Obrigações em Geral*, 6.ª Ed., Volume I, p. 571.
[83] PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 501, apresentam ainda outros factores atendíveis, como às flutuações do valor da moeda.
[84] PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 501 e 502.
[85] Inocêncio GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 387.

impressão que os chamados danos anónimos não teriam cobertura, por da situação concreta não resultar qualquer culpa do agente[86]. Tal problema, no entanto, foi ultrapassado através da introdução na jurisprudência nacional do conceito francês de *faute du service*, traduzido, no ordenamento pátrio, para "culpa do serviço". Tal figura funciona nas situações em que não há nenhum agente individualizável que se possa responsabilizar, mas quando por falha do serviço, enquanto instituição, se produziu o dano. Quer tenha na sua raiz um mero erro administrativo ou organizacional, quer seja baseado no mau funcionamento do equipamento hospitalar, será sempre o estabelecimento a responder em primeira linha[87] [88].

[86] Marcelo REBELO DE SOUSA, «Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização? », em Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, pág 152.
[87] Exceptua-se, no entanto, na linha de raciocínio de RUI MEDEIROS, a situação em que a escassez de recursos humanos ou de material técnico se reconduz ao orçamento minguado disponibilizado ao estabelecimento hospitalar. Veja-se, também, neste mesmo sentido, o Ac. do STJ de 24/05/2011, (P.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1).
[88] Já no ordenamento jurídico espanhol encontra-se estabelecida uma responsabilidade objectiva pelos danos produzidos no "funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos" .

Enquadramento do Paciente enquanto Consumidor e Implicações Práticas

O Direito do Consumidor, evocado por muitos como um "novo direito", tem as suas raízes na Revolução Industrial. Na altura, face às alterações nos sistemas de produção e consequente abandono dos métodos artesanais, o consumidor, peça fundamental do processo produtivo, transformou-se num mero destinatário final. Desta forma, face à massificação dos meios de produção, cria-se um desnivelamento entre consumidor e produtor que, se tem intensificado ao longo dos tempos[89].

De uma forma praticamente transversal, os países têm trabalhado no sentido de sedimentar este "novo" direito na sua legislação nacional, de forma a regular as relações de consumo e proteger o consumidor, parte inequivocamente mais frágil nas relações contratuais que se estabelecem[90].

A questão sobre a qual nos pretendemos debruçar prende-se com a possibilidade de caracterizar a relação médico-paciente, como uma verdadeira relação de consumo, sujeitando-a, destarte, à legislação aplicável a este ramo do direito.

No direito nacional, lê-se no n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96 de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, que *"Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios."* Desta forma, para que um indivíduo seja considerado consumidor é necessário que lhe sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, com carácter profissional e tendo em vista a obtenção de um benefício económico, sendo que os destinatários não podem retirar daqueles qualquer utilidade profissional. Relembrando, de forma genérica, as conclusões recolhidas ao longo desta incursão pela responsabilidade civil médica, conclui-se que todos estes requisitos se encontram preenchidos no

---

[89] Cfr. Eduardo DANTAS, *Direito Médico*, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 26.

[90] No direito nacional, tanto a Constituição da República Portuguesa como a Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96 de 31 de Julho, asseguram aos consumidores um conjunto de direitos.

contrato de prestação de serviços médicos. Ademais, o artigo 3.º alínea b) refere expressamente que o consumidor tem direito *"à protecção da saúde e da segurança física".* Contudo, uma leitura atenta do diploma leva-nos a concluir, com facilidade, que o mesmo não foi pensado para as relações médico-paciente[91]. De facto, tal diploma invalida *ab initio* a sua aplicação no campo da responsabilidade civil médica. No entanto, tal conclusão não implicará a nossa concordância com a decisão do legislador. Isto porque são vários os ordenamentos jurídicos a aplicar, com sucesso, os seus diplomas relativos às relações de consumo, às prestações de serviços médico. Através de uma análise atenta da legislação aplicável nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, compreendem-se que são várias as mais-valias da inclusão do contrato de prestação de serviços médicos, no âmbito do direito do consumidor.

O Paciente no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, já há muito se compreende que a prática do acto médico consubstancia uma nítida relação de consumo, aplicando-se, destarte, o CDCB[92]. Este diploma surgiu como uma ponte entre produtores e consumidores ao *"reequilibrar uma relação jurídica originariamente desigual".*[93] Isto porque se entende que a temática que consta no Título III do diploma referenciado deve ser estendido a todos os direitos ou interesses colectivos (difusos) ou individuais. Isto, na medida em que se considera que o CDCB é uma lei multidisciplinar de ordem pública e de interesse social. Pelo que será aplicável à relação médico-paciente, como a qualquer outra relação de consumo, desde a sua entrada em vigor. Destarte, em alternativa a elencar a listagem de situações em que se aplicaria o diploma em análise, optou o legislador brasileiro por impor a sua aplicação sempre que exista uma relação de consumo. É por

[91] O artigo 5.º, relativo à protecção da saúde e da segurança física, prevê no seu n.º 1 que "*É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas."*

[92] Persistem, no entanto, alguns autores que continuam a resistir à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre médico e paciente.

[93] Cfr. Rossidelio LOPES DA FONTE, «O Médico e o Código de Protecção do Consumidor», Direito e Medicina – um estudo interdisciplinar, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, p. 285.

estes motivos que os pacientes médicos acabam por "beneficiar" deste regime[94]. Desta forma, quando o paciente brasileiro celebra um contrato de prestação de serviços com o seu médico ou centro hospitalar, encontra-se automaticamente protegido enquanto consumidor. São três os princípios básicos que regulam o CDCB: princípio da transparência, que se resume essencialmente ao direito de informação; princípio da vulnerabilidade do consumidor; e princípio da boa-fé objectiva, que exige um comportamento honesto e leal das partes envolvidas. Em bom rigor, após a entrada em vigor do CDCB, a responsabilidade civil passou a dividir-se em duas grandes categorias: a responsabilidade civil tradicional e a responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo.

É essencial atentarmos com algum rigor às implicações jurídicas da aplicação deste diploma na responsabilidade civil médica. Lembremo-nos antes e mais que o CDCB prevê um prazo prescricional de cinco anos, contados a partir da data em que se toma conhecimento do dano[95], para reclamar a reparação do mesmo, nos termos do artigo 27.º do diploma referido *supra.* Doutrina e jurisprudência têm reflectido de forma exaustiva, quanto à possibilidade do paciente reclamar a reparação do dano depois do prazo de cinco anos ter sido ultrapassado, desde que fora do âmbito do CDCB. Ou seja, questiona-se se ao fim de cinco anos não será possível ao paciente, lesado, intentar a competente acção judicial, de acordo com as regras gerais da responsabilidade civil. Tem-se entendido, no entanto, que na medida em que o CDCB é legislação específica, irá prevalecer, também a este nível, sobre o Código Civil, aplicando-se o prazo prescricional de cinco anos. É evidente que, a este nível, a aplicação do CDCB surge em claro benefício do médico, na medida em que os prazos deste diploma são manifestamente mais curtos que os prazos prescricionais do direito civil brasileiro.

No parágrafo I do artigo 6.º do diploma referenciado podemos ler que ao consumidor é assegurada *"a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos*

---

[94] Nem por isso deixam de se ouvir vozes dissonantes, como é o caso de António Ferreira COUTO FILHO e Alex PEREIRA SOUZA in *A improcedência no suposto erro médico*, 2.ª Ed., Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 40 a 43. Os autores concluem que "A relação médico/paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. É preciso que se faça uma reflexão de transcendental importância que o serviço de saúde é sui generis, posto que possui uma função social ímpar, incomparável com qualquer outra."

[95] Neste sentido, Eduardo DANTAS, *op cit.*, p. 57.

provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos", enquadrando-se, de imediato a responsabilidade civil médica no diploma. Acresce que, nos parágrafos VII e VIII do mesmo normativo, prevê-se, respectivamente, como direitos básicos do consumidor *"o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;"* e *"a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".*

Não podemos deixar de dar o devido relevo à previsão expressa de inversão do ónus da prova, em pleno cumprimento do princípio do favorecimento da vítima. Isto porque o artigo 333.º do CPCB, à semelhança do português, prevê que o ónus da prova incumbe ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito. Ademais, é entendimento generalizado na doutrina brasileira que deve ser utilizada a dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados, aquando da aferição da pessoa sobre quem pende o ónus de prova: na primeira, ao credor e, na segunda, ao devedor.

Acontece que, a aplicação do CDCB abre uma outra porta, ao permitir que o juiz, munido da sua discricionariedade, possa decidir pela inversão do ónus da prova com base na incapacidade financeira ou técnica do autor, ou na verosimilhança das suas alegações. Quanto à verosimilhança não se pode deixar de referir o carácter extremamente subjectivo deste pressuposto, como aliás faz notar Cecília Matos[96]. Isto, na medida em que será o juiz a determinar, face à sua sensibilidade, se os factos alegados lhe parecem ou não verosímeis. Em suma, o juiz terá de avaliar a probabilidade dos factos alegados serem ou não verdadeiros. Em bom rigor, está-se a pedir ao juiz que determine, *a prioristicamente*, e sem qualquer critério objectivo, qual lhe parece que será a sua decisão, a final. Ora, não nos parece aceitável, nem tampouco razoável, tal

[96] Cfr. Priscila David SANSONE, «A inversão do ónus da prova na responsabilidade civil», *in Revista do Direito do Consumidor*, n.º 40, Out/Dez de 2001, ano 10, São Paulo.

avaliação. Neste sentido, Luiz Carlos Nemetz e Tatiana Schmitt da Silva[97] tentam ultrapassar este obstáculo através da busca de um significado de natureza jurídica, concluindo-se pela relevância da prova apresentada e no convencimento do juiz pela verosimilhança dos factos elencados.

Veja-se ainda a valoração da reparação do dano moral[98]. No CDCB, é prevista expressamente a reparação por esta tipologa de danos. Isto porque se valoram as repercussões que o facto danoso possa ter tido na esfera pessoal do indivíduo. Lembre-se até que, em vários casos, serão estes os danos que maior prejuízo representam para o lesado.

O Paciente no Ordenamento Jurídico Espanhol

Já no direito espanhol remetemo-nos para a *Ley General para la Defesa de los Consumidores y Usuarios*[99]. No ordenamento jurídico espanhol vigora, igualmente, o sistema de responsabilidade objectiva para compensação dos danos sofridos pelo consumidor. Sendo a mesma extensível ao Direito Médico face ao n.º 2 do seu artigo 28.º onde se pode ler que *"[e]m todo o caso, consideram-se submetidos a este regime de responsabilidade os produtos alimentares, os de higiéne e limpeza, cosméticos, especialidades e produtos farmacêuticos, serviços de saúde (...)"*. Não restando, assim, dúvidas, quanto à aplicabilidade do diploma aos pacientes, esteja em causa o regime contratual ou extracontratual[100].

Lembra-nos Eduardo Dantas que, ainda que a Lei remonte a 1984, apenas começamos encontrar jurisprudência a este respeito a 1 de Julho de 1997. José Maria Miguel González e Andrea Macía Morillo explicam que, no fundamento

---

[97] *Vide* «A inversão do ônus da prova nas acções de responsabilidade civil contra profissionais liberais da saúde» in *Estudos e Pareceres de Direito Médico e da Saúde*, coord. de Luiz Carlos Nemetz, Conceito Editorial, 2008, Rio de Janeiro, p. 74.

[98] Conceito que poderá criar algumas reservas no direito nacional, porquanto se entende que os danos morais nunca podem ser reparados, mas tão-só, compensados. Mas não se ache que tal facto não provoca igual estranheza no direito brasileiro. Mário da Silva PEREIRA, in Responsabilidade Civil – De acordo com a Constituição de 1988, 5.ª Ed., revista e ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1944, p. 54 e ss*. explica que "Para aceitar a reparabilidade do dano moral é preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmos, pelo só facto de serem ofendidos pelo comportamento jurídico do agente."*

[99] Lei n.º 26/84 de 19 de Julho de 1984.

[100] Eduardo DANTAS, *op. cit.*, p. 36.

desta demora da implementação de tal regime, esteve o choque inicial, por se usar tradicionalmente a responsabilidade médica por culpa. Não obstante, temos acompanhado uma aceitação crescente da aplicação do artigo 28.º do diploma referido supra[101].

Discute-se, ainda, se o normativo indicado deverá ser aplicado apenas aos serviços de saúde, ou se também aos profissionais liberais. Jurisprudência e doutrina têm entendido, na sua esmagadora maioria, que a aplicação do artigo 28.º do diploma em análise se deverá restringir aos serviços de saúde.

Ainda na mesma linha de seguimento, também o direito espanhol reconhece a existência da dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados, entendendo que, à partida, estará em causa uma obrigação de meios por parte do médico, pelo que este não estará adstrito à obtenção de um qualquer resultado. Tem-se no entanto entendido que a obrigação apenas será de meios nos actos médicos englobados no conceito da medicina curativa[102]. Já no caso da medicina voluntária, a obrigação será de resultados.

Natureza da Relação de Consumo e Seus Benefícios no Ordenamento Jurídico Nacional

Centrando-se a nossa análise na perspectiva do paciente, como aliás temos feito ao longo de toda a exposição, não podemos deixar de salientar que, actualmente, as decisões voláteis da jurisprudência e as interpretações diversas da letra da lei, no ordenamento jurídico nacional, fazem com que não seja assegurada qualquer certeza jurídica ao paciente médico. Rossidelio Lopes da Fonte [103] referencia o CDCB como um instrumento de cidadania muito importante, acrescentando que este diploma terá mesmo uma quota-parte de responsabilidade no aumento de demandas judiciais no Brasil, fundadas em

---

[101] José Maria Miguel GONZÁLEZ e Andrea Macía MORILLO, «La responsabilidad médica en el Ordenamiento español», *A responsabilidade civil dos médicos,* Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005, p. 33.

[102] Tal tendência tem início com o Acórdão do Tribunal Supremo, de 25 de Abril de 1994, na qual se define a medicina voluntária como "*aquela na qual o interessado recorre ao médico, não para curar uma doença, mas sim para melhorar o seu aspecto físico ou estético ou (...) para a transformação de uma actividade biológica (a actividade sexual), de forma a que lhe permita praticar o acto sem necessidade de recorrer a outros meios anticonceptivos".*

[103] Cfr. Rossidelio LOPES DA FONTE, *op. cit*, p. 300

pedidos de indemnização, no âmbito da responsabilidade civil médica.

Contudo, se o Brasil comemorou este ano os 21 anos do CDCB, em Portugal aguarda-se pacientemente pela eventual aprovação do seu código, cujo anteprojecto data já de 15 de Março de 2006. Lembremo-nos que a 22 de Maio de 1996 foi nomeado o professor doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro, enquanto presidente da comissão para a reforma do Direito do Consumo e do CCons. Uma década depois, o resultado final foi apresentado para discussão e, consequente, aprovação. Acontece que, sem que se consiga compreender o porquê – até porque nunca foi oferecida qualquer explicação – desde então que se aguarda pela aprovação deste código que parece ter caído no esquecimento de todos.

Não obstante, e ainda que com uma utilidade prática diminuta, não deixa de ter interesse analisar as conclusões a que a comissão chegou, na altura. No preâmbulo do anteprojecto do extenso[104] CCons, assume-se de imediato que este código será, de certa forma, um diploma pós-moderno, rompendo com alguns aspectos mais tradicionais. Ainda no preâmbulo encontramos o destaque à consagração da responsabilidade do prestador de serviços, que nos adianta o interesse que este documento pode ter para a matéria em análise.

No n.º 1 do artigo 10.º do diploma é apresentada a noção de consumidor: *"Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional."*. Acrescentando o n.º 2 do documento que *"[n]ão obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública (...)"*

Já o artigo 404.º estabelece que *"considera-se prestador de serviços a pessoa singular ou colectiva, de direito privado ou de direito público, que, no âmbito das suas actividades profissionais ou de serviço público, fornece um serviço, directamente ou utilizando um representante ou um mandatário dela juridicamente dependente."*

Perante tais definições somos levados a concluir que o que se pretendia, se é que ainda se pretende, seria abranger um vasto leque de situações onde há

[104] É constituído por 708 artigos.

um desnivelamento entre as partes. Assim, tudo indica que estariam integradas as relações estabelecidas entre os profissionais médicos, enquanto prestadores de serviços e os pacientes, enquanto consumidores. E se dúvidas restarem quanto a tal dedução, bastará atentar, no capítulo I, relativo à informação, o artigo 23.º, com a epígrafe: Riscos especiais. Decidiu a comissão começar logo por referir no n.º 2 do normativo que *"[a] prestação de cuidados de saúde através de meios de diagnóstico ou de terapêutica que implique riscos para a saúde dos pacientes deve ser antecedida de informação adequada em ordem a assegurar um consentimento esclarecido."* Acrescenta ainda o n.º 3 que *"[n]os casos mais graves, designadamente quando houver risco de vida ou de incapacidade permanente, esse consentimento deve ser prestado por escrito."*[105]

Veja-se ainda o artigo 405.º que prevê que "*[a] prestação de cuidados de saúde implica a utilização de meios de diagnóstico e terapêutica adequados e tecnicamente correctos perante a situação concreta a que se dirigem".* Ainda neste mesmo normativo postula-se que incumbe ao autor a prova dos danos sofridos, do nexo de causalidade com os cuidados prestados ou omitidos, e dos meios utilizados. Ainda que tal normativo pareça atribuir, de forma peremptória, o ónus da prova ao autor, prevê o artigo 402.º que caberá ao prestador do serviço o ónus de provar a falta de culpa. Restará saber como a jurisprudência acabará por interpretar tais normas, se um dia este código for, efectivamente, aprovado.

Não se pode deixar de referir o artigo 406.º, onde se estabelece as unidades de saúde submetidas a um estatuto normativo de direito privado, são solidariamente responsáveis, com os médicos que nelas desenvolvam a sua actividade quando desta resultem prejuízos para os utentes[106].

Sumariamente, podemos concluir com franca certeza, que a aprovação deste código iria introduzir alterações substanciais no ordenamento jurídico nacional, nomeadamente na responsabilidade civil médica. Ainda a aplicação de algumas cláusulas suscite dúvidas, nem por isso podemos olhar derrotistas para o anteprojecto, que se analisou em traços gerais. E será um facto que a sua eventual aprovação – talvez em termos ligeiramente diferentes – do CCons daria

---

[105] E ainda no artigo 29.º se prevê que o ónus da prova do cumprimento da obrigação de informar recai sobre o profissional.

[106] Um pouco à semelhança do que é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, entre o médico e o hospital público.

lugar ao nascimento de novos debates e problemáticas[107]. Custa a crer que um trabalho minucioso, levado a cabo por dez anos possa ser deixado de parte sem ter sequer oportunidade de ser debatido devidamente.

Ainda assim, ao fim de 5 anos de espera, é inevitável que a ideia de um direito do consumidor regulado devidamente, através de um CCons, pareça, cada vez mais uma imagem esbatida num futuro, já demasiado longínquo.

[107] Veja-se, por exemplo, o prazo prescricional de 3 anos, para a reclamação de indemnizações, no artigo 398.º.

Conclusões

I. O rumo que a evolução da responsabilidade civil médica tem seguido revela uma crescente consciência da relação desnivelada que se estabelece entre o médico e o paciente. De facto, o Direito tem-se esforçado no sentido de encontrar soluções jurídicas que assegurem uma maior protecção do paciente – parte mais fraca na relação jurídica – sempre que este entenda demandar judicialmente o médico que lhe provocou uma qualquer lesão.

II. E tal protecção advém de quatro dificuldades distintas: a) a necessidade de se encontrarem preenchidos os cinco pressupostos legais, previstos no artigo 483.º do CC; b) a hesitação que continua a existir quanto à possível existência de uma relação contratual entre o paciente e o médico; c) a predileção pela aplicação da obrigação de meios, à grande maioria dos serviços de saúde, em detrimento da obrigação de resultado; d) o afastamento, a nosso ver, despropositado, da presunção do artigo 799.º do CC.

III. No que concerne ao preenchimento dos pressupostos legais da responsabilidade civil, o maior obstáculo continua a ser o nexo de causalidade, por ser de prova praticamente impossível, na medida em que estamos no âmbito de uma intervenção que envolve sempre risco e factores externos. Destarte, é verdadeiramente difícil de aferir se entre o prejuízo e o acto danoso existe uma relação de verdadeira dependência.

IV. As incertezas quanto ao enquadramento da responsabilidade civil médica no âmbito contratual, actualmente, são diminutas. Maiores dúvidas surgem, no entanto, nas situações em que responsabilidade contratual e extracontratual, coexistem. Neste aspecto, defende-se a tese da consumpção da responsabilidade extracontratual, pela contratual, por se entender que o cúmulo das modalidades é um sistema desproporcional.

V. Já quanto à dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultados, concluímos ser forçosa uma avaliação casuística da situação concreta, tendo na base o princípio da equidade. Assim, rejeita-se qualquer apreciação *aprioristica,* por se considerar inútil.

VI. Relativamente ao afastamento da presunção de culpa do artigo 799.º, rejeitamos peremptoriamente tal solução, por não se conceber qualquer fundamento legal para o fazer.

VII. Hodiernamente, pode a relação paciente/médico estabelecer-se em ambientes diversos, pelo que teremos de ter em consideração de que forma foi prestado o serviço, para aferir o tipo de relação estabelecida entre as partes. As dúvidas acentuam-se quando nos vemos forçados a enquadrar juridicamente o actual SNS, absolutamente empresarializado. Salvo opinião diversa, acreditamos estarem em causa actos de gestão pública, pelo que tanto o estabelecimento hospitalar, como o médico, deverão responder a este título. Já estando em causa uma instituição privada de saúde, perfilhamos a análise tripartida de Ferreira de Almeida que distingue os seguintes tipos de contratos: contrato total, contrato dividido e contrato sem internamento.

VIII. Mais do que a lei, tem-se esforçado a jurisprudência, no sentido de equilibrar a relação médico/paciente. Seja alargando o leque de casos em que está em causa uma obrigação de resultados, seja por insistir na aplicação da presunção de culpa do artigo 799.º do CC (ainda que tal não aconteça de forma transversal).

IX. O Direito do Consumo, face à sua natureza, poderia ser utilizado como um mecanismo altamente eficaz para desonerar o paciente, de várias formas. Contudo, e ao contrário do que acontece em países como o Brasil e Espanha, não é sequer equacionável a aplicação do Direito do Consumo à responsabilidade civil médica, no ordenamento nacional, pelo menos, neste momento.

X. O Direito do Consumo, em Portugal, enfrenta uma fase de profunda estagnação. Enquanto os restantes países ocidentalizados avaliam e testam a aplicação deste "novo" direito a variadíssimas áreas, em Portugal, nada idêntico acontece. E talvez assim seja por já não restar muita esperança que o CCons pátrio, cujo anteprojecto data de 15 de Março de 2006, venha alguma vez a integrar a legislação nacional.

XI. Em síntese, e por não se acreditar que o CCons venha a ser aprovado num futuro próximo (até porque, mesmo havendo um interesse renascido, por

força de posteriores directivas e regulamentos Europeus, aquele teria de sofrer alterações), restará ao paciente, insofismável, o seu direito de reivindicar cuidados de saúde qualidade e a diligência dos profissionais que prestam esses mesmos serviços.

XII. Contudo, não podemos deixar de salientar que a inserção no nosso sistema jurídico de algumas das normas previstas no anteprojecto do CCons, cogitadas expressamente para a prestação de serviços médicos, permitiria uma abordagem, drasticamente, diferente pelos tribunais. De facto, estando a porta aberta para a compreensão da relação estabelecida entre o médico e o paciente no âmbito do Direito do Consumo, seria muito mais simples reequilibrar a relação entre ambos, um pouco à imagem do que tem acontecido no Direito Brasileiro e Espanhol.

Bibliografia Geral

ASCENSÃO, Oliveira, O direito – Introdução e Teoria geral, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 1995.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de, *Responsabilidade civil dos hospitais e clínicas,* in Direito e Medicina – Um estudo interdisciplinar, coordenação de André Luís Nigre, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, pp. 219-239.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75-120.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde,* Direito da Saúde e da Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 124. e ss.

—, *Curso de Direito Administrativo,* Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003,* in Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, 2007, Centro de Direito Biomédico p. 119-150.

—, *Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente "aplicável" – Anotação do acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa,* in Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º 10, 2008, Centro de Direito Biomédico pp. 161-198.

BILANCETTI, Mauro*, La responsabilità penale e civil del medico*, 5ª Edizione, CEDAM, Padova, 2003.

CALLENS, Stefaan, *L'accès au dossier médical: un nouveau droit,* in Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommage liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement, direction Geneviève Schamps, Bruylant, Bruxelles, 2008.

CARNEIRO, Joaquim Silva, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, in RDES, Ano XIX, p. 123 e ss.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, AAFDUL, Lisboa, 2001.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996.

CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde,* A responsabilidade civil dos médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005.

DANTAS, Eduardo, *Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico X paciente,* in Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 8, 2007, Centro de Direito Biomédico.

—, *Direito Médico,* GZ Editora, Rio de Janeiro, 2009.

— e Coltri, Marcos, *Comentários ao Código de Ética da Medicina* – Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de Setembro de 2008, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2010.

DIAS, João Álvaro, *Culpa médica: algumas ideias – força*, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, no 5.

—, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2001.

FARIA, Maria Paula Leite Ribeiro de, *O Erro em medicina e o Direito Penal*, Lex Medicinae, ano 7 – n.º 14, 2010, pp. 5-31.

FILHO, António Ferreira Couto e Souza, Alex Pereira in *A improcedência no suposto erro médico*, 2.ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

FONTE, Rossidelio Lopes da, *O Médico e o Código de Protecção do Consumidor*, Direito e Medicina – um estudo interdisciplinar, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, pp. 285-300.

FRADA, Carneiro da, Direito Civil – *Responsabilidade Civil – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2007.

GASPAR, António Henriques, in *A Responsabilidade Civil do Médico*, in CJ, Ano III, 1978.

GONÇALVES, Carla, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

GONZÁLEZ, José Maria Miguel e MORILLO, Andrea Macía, *La responsabilidad médica en el Ordenamiento español,* A responsabilidade civil dos médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005, pp. 13 e ss.

HERRING, Jonathan, *Medical Law,* Pearson Longman, Edimburgo, 2008.

JACKSON, Emily, *Medical Law: Text, cases, and materials,* Oxford University Press, Oxford, 2006.

KENNEDY e GRUBB, *Medical Law,* Third Edition, Butterworths, London, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, *Direito das Obrigações,* vol. I, Almedina, Coimbra, 2006.

MENDIZÁBAL, Íñigo A. Navarro, *Consequencias práticas d los factores de atribución de la responsabilidad civil: obligaciones de actividad y de resultado y criterios objetivos de imputación,* Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Directores: Salomé Adroher Biosca e Frederico de Montalvo Jääskelänan, Thomson Aranzadi, Barcelona, 2008.

MONTEIRO, Sinde e DIAS, Figueiredo, *Responsabilidade Médica em Portugal,* in BMJ 332.

NEMETZ , Luiz Carlos e SILVA, Tatiana Schmitt da*, A inversão do ônus da prova nas acções de responsabilidade civil contra profissionais liberais da saúde* in Estudos e Pareceres de Direito Médico e da Saúde, Coordenação de Luiz Carlos Nemetz, Conceito Editorial, Rio de Janeiro, 2008.

NICOLAS, Guy, *A reponsabilidade médica*, Instituto Piaget, Lisboa, 1999.

NIGRE, André, *O atuar médico: direitos e obrigações*, 3.ª edição, Editora Rubio, Rio de Janeiro, 2008.

NUNES, Manuel Rosário, em *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos,* Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, Centro de Direito Biomédico, p. 93 e ss.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde, A* responsabilidade civil dos médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005.

OSWALD, Walter, *Toda a verdade ao doente,* in Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 317-322.

PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Civil Médica na Europa: a objectivação da responsabilidade e o consentimento informado*, A responsabilidade civil dos médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005.

PEREIRA, Mário da Silva, *Responsabilidade Civil – De acordo com a Constituição de 1988*, 5.ª edição, revista e ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1944.

PINA, J. A. Esperança, *A Responsabilidade dos médicos*, 3.ª Edição, Lidel Editora, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª edição actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

REIS, Raquel Vale e, *Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos – Origens históricas,* in A responsabilidade civil dos médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro de Direito Biomédico, 2005.

RENAUD, Isabel Carmelo Rosa, *A confiança*, in Revista Portuguesa de Bioética, n.º 12, Novembro de 2010.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral*, in Lex Medicinae, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 85-96.

SALDAÑA, Marian Gili, *El producto sanitario defectuoso en derecho español*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

SANSONE, Priscila David, *A inversão do ónus da prova na responsabilidade civil*, in Revista do Direito do Consumidor, n.º 40, Out/Dez de 2001, ano 10, São Paulo.

SERRA, Vaz, RLJ, ano 103

—, *Responsabilidade civil do estado e dos seus órgãos ou agentes*, in BMJ, n.º 85, pp. 476-497.

SILVA, João Ribeiro da, *A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 381-390.

SILVA, Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?,* em Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, volume I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003

—, *Das obrigações em geral*, volume II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003

Índice

Lista de Abreviaturas 2
Introdução 3
Resenha Histórica 5
Pressupostos da Responsabilidade Civil Médica 9
Natureza Contratual vs. Natureza Extracontratual 12
Obrigação de Meios vs. Obrigação de Resultados 15
A Responsabilidade do Médico Enquadrada no Sistema Nacional de Saúde e nas Instituições Privadas de Saúde 21
O Médico no Sistema Nacional de Saúde 21
O Médico nas Instituições Privadas de Saúde 26
O Papel do Paciente 28
O ónus da Prova 29
Os Danos Indemnizáveis 31
Enquadramento do Paciente enquanto consumidor e implicações práticas 34
O Paciente no Ordenamento Jurídico Brasileiro 35
O Paciente no Ordenamento Jurídico Espanhol 38
Natureza da relação de consumo e seus benefícios no Ordenamento Jurídico Nacional 39
Conclusões 43
Bibliografia Geral 46