

EXCLUSÕES DE RESPONSABILIDADE NA
ACTIVIDADE MÉDICA
LIABILITY EXCLUSIONS IN MEDICAL MALPRACTICE

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO*

Resumo: O texto trata essencialmente das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade na actividade médica e, bem assim, de temas conexos, como o do problema do concurso/cúmulo de responsabilidades.

Palavras-chave: Responsabilidade médica; cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade

Abstract: This text essentially analyses clauses excluding or limiting liability in medical malpractice, as well as some related topics, such as the interplay of contractual and noncontractual rules of liability.

Keywords: Medical liability; clauses excluding or limiting liability in medical malpractice

* Faculdade de Direito · Instituto Jurídico · Universidade de Coimbra
Orcid id: 0000-0001-6910-3997 · Ciência vitae id: 361F-DB7B-6CB4

1. Introdução

A fim de corresponder ao amável convite do Doutor André Dias Pereira e, acima de tudo, com o desejo de participar nesta louvável iniciativa dos “Diálogos” com o Doutor Jorge Sinde Monteiro, prezado Colega e Amigo, lembrei-me de “diálogos” antigos que travámos no âmbito, precisamente, da *responsabilidade civil médica*¹. Pareceu-me que seria, assim, oportuno e adequado fazer como que uma espécie de “revisões da matéria”, servindo-me do que a esse respeito escrevi há mais de 35 anos e apurar se e em que medida as minhas posições de então se mantêm actuais, tendo essencialmente em conta o rumo da jurisprudência mais recente.

Irei portanto visitar alguns desses temas, ainda que a passo rápido e a traço grosso, no âmbito da *ampla* teia de relações e de responsabilidades que emergem da actividade médica.

Começarei por situar o problema no plano do regime *geral* das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil para passar, de seguida, ao regime *especial* de tais cláusulas, onde se situa, precisamente, a actividade médica. Mas há ainda que *distinguir* aquelas cláusulas, de outras, próximas, e que conduzirão ao mesmo resultado, mas, em todo o caso, distintas — e mais graves! —, que são as *cláusulas limitativas do objecto/ conteúdo do contrato*.

Na análise do regime especial das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil médica iremos ter particularmente em conta os casos a que eu chamei de *responsabilidade de grupo*, mormente em intervenções cirúrgicas ou em outras situações que ocorrem em clínicas privadas ou em hospitais públicos.

¹ Refiro-me, mais concretamente, ao estudo de JORGE FIGUEIREDO DIAS/JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal*, Relatório preparado para o workshop sobre *Medical Responsibility in Western Europe*, Coimbra, 1983, publicado no BMJ, separata, Lisboa, 1984; pelo meu lado, tenho em vista a minha tese de Pós-Graduação sobre *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1985 (entretanto já na 3.^a reimpressão, 2020, mas mantendo o texto original e sem alterações de paginação), onde abordei o tema da responsabilidade civil médica e dialoguei, designadamente, com Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro.

Começamos por um brevíssimo apontamento sobre o regime jurídico comum ou geral das cláusulas exoneratórias.

2. Regime jurídico das cláusulas exoneratórias

I — Temos compreendido a cláusula de exclusão de responsabilidade como *cláusula destinada a excluir antecipadamente a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação*².

Desfazendo equívocos e confusões com que se depara frequentemente, convém insistir em que esta cláusula *não retira do contrato nenhuma obrigação*³, assim como não afasta a *ilicitude* de um eventual incumprimento do devedor⁴. A cláusula de exclusão de responsabilidade actua, tão-só e apenas, no plano da *responsabilidade*, razão por que, se for válida,

² Assim definida, o seu âmbito circunscreve-se à responsabilidade *contratual*. Mas pode surgir também no âmbito da responsabilidade extracontratual, caso em que a definimos como convenção destinada a excluir antecipadamente a responsabilidade pela prática de determinado acto ilícito. Sobre o ponto, pode ver-se o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 98 e ss. (n.os 11 e 12) e 387 e ss. (n.os 85 e ss., sobre as convenções de irresponsabilidade extracontratual).

³ Por isso se distinguindo a *cláusula de exclusão de responsabilidade da cláusula limitativa do objecto do contrato*, cláusula esta através da qual as partes, por acordo prévio e no exercício da sua liberdade contratual, *definem o objecto do contrato*, circunscrevendo o seu âmbito, *dele excluindo determinada obrigação*: pode ver-se, para maiores desenvolvimentos, já a nossa obra, cit., pp. 116 e ss., e, mais recentemente, o igualmente nosso artigo sobre *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, in “Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pp. 281 e ss., bem como na “Revista Brasileira de Direito Comparado”, n.º 19, Rio de Janeiro, 2001, pp. 246 e ss., assim como VAZ SERRA, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, no BMJ n.º 79, p. 108, n.º 5, e sobretudo PAUL DURAND, *Des conventions d’irresponsabilité*, Paris, 1931, pp. 105 e ss. Voltaremos a estas cláusulas mais à frente, neste trabalho: n.º 6.

⁴ Daí que se distinga a *cláusula de exclusão de responsabilidade* das situações em que, graças ao *consentimento do lesado*, se afasta a própria *ilicitude* do acto: por todos, cfr. VAZ SERRA, em *Anotação* ao Acórdão do STJ de 26 de Julho de 1968, in RLJ 102.º, p. 315 (em nota), bem como ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., pp. 130 e ss., com indicações bibliográficas.

só prejudica o direito à indemnização, deixando intactos os demais direitos do credor, entre os quais os de pedir o cumprimento da obrigação e a execução específica, o de resolver o contrato, etc.

Por outro lado, a cláusula de exclusão (tal como a cláusula limitativa) de responsabilidade pode reportar-se tanto a *actos próprios* como a *actos de terceiros*. Como se sabe, o devedor é responsável, em determinados termos, pelas pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação (n.º 1 do art. 800.º)⁵. Daí que as cláusulas limitativas e de exclusão possam dizer respeito tanto aos actos próprios do devedor como à responsabilidade deste pelos actos dos seus auxiliares (n.º 2 do art. 800.º).

Finalmente, importa ainda relevar que a cláusula tanto pode dizer respeito à exclusão total como à exclusão apenas parcial da responsabilidade. Neste último caso, fala-se, mais propriamente, de *cláusula limitativa da responsabilidade*.

A este respeito, temos definido a cláusula limitativa da responsabilidade como *aquela que é destinada a restringir ou a limitar antecipadamente, de modo vário, a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação*. Essa limitação pode dizer respeito, designadamente, aos *fundamentos* ou *pressupostos* da responsabilidade ou aos seus *efeitos* ou *consequências*. No primeiro caso, assume especial relevo a cláusula respeitante ao grau de culpa; no segundo caso, o destaque vai para a *cláusula limitativa do montante da indemnização*⁶.

Através desta última, que constitui a modalidade mais generalizada de cláusulas limitativas da responsabilidade, acordam antecipadamente as partes que o devedor só responderá até uma determinada quantia, que funciona assim como *limite máximo* da indemnização⁷. Esse *plafond* esta-

⁵ Pertencem ao Código Civil em vigor as disposições legais que citemos sem indicação da sua proveniência.

⁶ Além da nossa *Cláusulas limitativas e de exclusão*, que vimos citando, pp. 104 e ss., 106-107, 171 e ss. e 224 e ss., e bibliografia aí mencionada, pode ver-se, igualmente, a síntese que fazemos a tal respeito na nossa dissertação de doutoramento sobre *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990 (3.ª reimp. 2019), pp. 235 e ss.

⁷ Mas a limitação da *extensão* da responsabilidade pode dizer respeito ao tipo de danos a que se *restringe* a responsabilidade do devedor (por ex., este só responderá por danos emergentes, não por lucros cessantes — cfr., a propósito, o Acórdão do

belecido pela cláusula limitativa da indemnização significa que o devedor só responde até ao limite consagrado, ficando por reparar o dano na parte excedente. Se a indemnização, avaliada nos termos legais, for porém inferior ao *plafond* acordado, a cláusula limitativa será então indiferente, devendo o lesante a totalidade da indemnização.

Serão válidas estas cláusulas?

II — Temos reflectido muito, ao longo da nossa vida académica, sobre esta questão⁸, a qual continua a ser objecto do nosso estudo⁹.

A doutrina tradicional portuguesa, que era seguida pela jurisprudência, responderia facilmente a esta pergunta, dizendo que, na vigência do Código Civil actual, perante o art. 809.º, são *nulas as cláusulas de exclusão de responsabilidade*¹⁰.

STJ de 9 de Maio de 1996, in BMJ n.º 457, pp. 325 e ss., esp. pp. 332-334), ou à *percentagem* de danos a que se limita a responsabilidade do devedor.

⁸ Na nossa dissertação de Pós-graduação, sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., e na nossa dissertação de Doutoramento, sobre *Cláusula penal e indemnização*, cit., para lá dos artigos publicados em várias revistas, portuguesas e estrangeiras.

⁹ Cfr., mais recentemente, os nossos trabalhos: *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/03/2002, in RLJ, ano 138, 2009, pp. 284,ss, e 290, ss., bem como *O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão — Diálogos com a Jurisprudência*, in RLJ, ano 146., 2017, n.º 4004, pp. 308, ss. (texto que corresponde à conferência proferida no Supremo, a convite do Senhor Presidente do STJ, em 18/05/2017).

¹⁰ É a opinião, entre outros, de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 2ª ed., Coimbra Editora, 1981 (mais à frente citaremos a edição actual), anotação ao art. 809.º; de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982, e vol.II, 3.ª ed., 1980 (mais à frente citaremos as edições actuais), pp. 821 e 101, respectivamente; de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1982 (mais à frente citaremos a ed. actual), pp. 338-339; de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1984 (mais à frente citaremos a ed. actual), pp. 539, 732 e 735; e de FERNANDO PESSOA JORGE, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, in “Boletim do Ministério da Justiça” (BMJ) n.º 281, pp. 7-11, 13-14, 31-32 e *passim*.

E isto porque, ainda segundo esta perspectiva, *não são admitidas* as cláusulas de exclusão de responsabilidade, visto que estas cláusulas afastam o direito do credor à indemnização e este é um dos direitos de que o credor dispõe, em caso de não cumprimento ou mora do devedor, e ao qual *não pode renunciar antecipadamente*, nos termos expressos do art. 809.º.

Esta posição *é ainda hoje defendida por importante doutrina*. É o caso de Antunes Varela, insistindo que a lei consagra a “*Nulidade das cláusulas de exclusão da responsabilidade civil*”, independentemente do grau de culpa do devedor, seja o incumprimento ou a mora devidos a dolo ou a mera negligência do obrigado¹¹. É o caso, igualmente, de Luís Menezes Leitão, entendendo que “*o art. 809º proíbe qualquer cláusula de exclusão antecipada de responsabilidade (.)*”¹², assim como é essa, ainda, a opinião de Jorge Ribeiro de Faria¹³, também na linha do que continuou a sustentar o “*Código Civil Anotado*” de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁴. Mais recentemente, também Menezes Cordeiro veio apoiar esta posição, entendendo que o art. 809.º, que surgiu na 2.ª Revisão Ministerial, formulou “*uma regra geral de nulidade de cláusulas limitativas ou exoneratórias da responsabilidade obrigacional*”¹⁵.

Em 1985 defendemos, porém, outra opinião, a qual é hoje, cremos, a posição dominante, tanto na doutrina como na jurisprudência¹⁶.

A nosso ver, o que a lei proíbe, no art. 809º, é a *renúncia antecipada* do credor ao direito de indemnização, assim como a qualquer dos outros

¹¹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pp. 135-138 (n.º 325), assim como, do mesmo Autor, o vol. I da referida obra, 10.ª ed., 2000, pp. 914, ss. (n.º 269-II).

¹² *Direito das Obrigações*, vol. II, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291, ss, 293.

¹³ *Direito das Obrigações*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1987, p. 404 e nota 2.

¹⁴ *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1997, pp. 72-73 (anotação ao art. 809º).

¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações, cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 425, ss., 434.

¹⁶ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2002, in RLJ, ano 138.º, n.º 3956, cit., pp. 284, ss., e 290, ss.

direitos que lhe são facultados. Ora, só quando a cláusula de exclusão de responsabilidade constituir uma “renúncia antecipada” do credor à indemnização é que ela será nula. Não será esse o caso quando se *restringe* a responsabilidade do devedor a uma *culpa qualificada*. Daí que entendamos ser válida, em princípio, a cláusula de exclusão de responsabilidade por *culpa leve* — por não constituir, forçosamente, uma “renúncia” antecipada do credor ao direito de indemnização. Mas tem como limites de validade o *dolo* e a *culpa grave*, além dos limites gerais ao exercício da autonomia privada¹⁷.

III — Dizemos “em princípio” porque há um *regime especial*, mais gravoso, para situações em que tais cláusulas são proibidas *independentemente do grau de culpa do devedor*.

Trata-se de situações especiais a exigirem a *inadmissibilidade total* de cláusulas de exclusão de responsabilidade. É o que se passa, por exemplo, com a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada (n.º 4 do art. 504.º do Código Civil) e com a responsabilidade do produtor pelos defeitos dos produtos que põe em circulação (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro).

Mas para além dos casos em que é a lei a fixar — directa e expressamente — este regime especial, o mesmo acontece quando este regime especial resulta de *princípios e regras imperativas da ordem jurídica, como os da boa fé e da ordem pública*. Também já o afirmamos desde 1985: “Dissemos já que além do controlo específico exercido pelos limites do dolo e culpa grave (do devedor ou dos seus auxiliares dependentes), a cláusula de irresponsabilidade estará igualmente sujeita aos *limites gerais de qualquer actuação negocial*, designadamente aos que decorrem dos princípios da *boa fé e da ordem pública*, os quais poderão obstar, atentas as circunstâncias concretas, à produção dos efeitos visados pela referida cláusula.

Mas o princípio da ordem pública justificará, mesmo, soluções mais exigentes e seguras, impondo-se a nulidade de plano — ou seja, a *inad-*

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos cfr. a nossa dissertação, *op. cit.*, pp. 182, ss, especialmente a “*Nota de Actualização*”, pp. 332-a, ss., ou a referida *Anotação* na RLJ n.º 3956, pp. 304, ss., onde se apresenta um resumo dos argumentos em que assenta a nossa posição.

missibilidade pura e simples — de cláusulas de irresponsabilidade, em certas áreas, por consideração dos valores susceptíveis de ser atingidos”¹⁸.

Pode afirmar-se que esta é uma posição que vigora praticamente *urbi et orbi*, umas vezes por expressa determinação da *lei*, outras vezes por equiparação *jurisprudencial* da culpa grave ao dolo, em conformidade com o velho adágio de que *culpa lata dolo aequiparatur*.

É assim também em Portugal. Na verdade, quando a lei regula expressamente as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, *ou as proíbe em absoluto*, seja qual for o grau de culpa do devedor (assim, por ex., no art. 504.º, n.º 4, do Código Civil, tal como no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, e no art. 18.º, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), ou limita a sua validade a casos de culpa leve, *proibindo-as em casos de dolo, de culpa grave* (assim, por ex., no art. 18º, alíneas c) e d), do citado Decreto-Lei n.º 446/85) e de violação de normas de *ordem pública* (n.º 2 do art. 800.º do Código Civil).

É esta, em suma, estamos em crer, a posição hoje dominante em Portugal, na doutrina e na jurisprudência, admitindo a validade de princípio das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, mas entendendo que estas cláusulas são *nulas* tanto em caso de *dolo* ou de *culpa grave* — por força, designadamente, do disposto no art. 809.º do Código Civil e no art. 18º, alíneas c) e d), do Decreto-Lei n.º 446/85 —, como em caso de ofensa a *princípios e regras imperativas* da ordem jurídica, como a da proibição de acordos contrários à *boa fé*, à *ordem pública* ou aos *bons costumes* (arts. 280.º e 762.º do Código Civil)¹⁹.

¹⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, cit., p. 304-305.

¹⁹ Na doutrina, entre outros, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985, pp. 591-596 (n.º 194 e 195), correspondentes, na 4.ª ed., de 2005, às pp. 599-604 (n.ºs 200 e 201); M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 789, ss (n.º 65.5, c); JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 208, nota 3, e, mais recentemente, também em *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*, tomo I, *Parte Geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 182-183, chamando o Autor a atenção, tal como nós já o havíamos feito, para que “a proibição de cláusulas de exclusão ou limitação por incumprimento (*lato sensu*) ape-

Resta acrescentar que o regime é o *mesmo* quando se trata de cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade *extracontratual*²⁰.

4. Regime jurídico das cláusulas exoneratórias na responsabilidade médica

I — Dito isto, importa agora salientar que é a este *regime especial* que estão sujeitas as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil na actividade médica.

A este respeito, começamos por chamar a atenção para o facto de que, a nosso ver, o art. 504.º, n.º 4, constituirá um precipitado de um princípio mais amplo — destinado não apenas a proteger a pessoa transportada, mas a pessoa *tout court* —, de *ordem pública*, pelo que deverá afirmar-se a nulidade de convenções exoneratórias respeitantes a *danos pessoais*, independentemente da sua fonte (transporte, produtos defeituosos ou perigosos, intervenções cirúrgicas e actos médicos, em geral, etc.) e da sua natureza (contratual ou extracontratual).

nas em caso de dolo ou culpa grave (als. c) e d) do art. 18.º) [do DL 446/85] (...) é aplicável, por maioria de razão, nos contratos negociados”, sob pena de termos “uma incoerência grave dentro do sistema jurídico português” (recorde-se, justamente, já em 1986, o nosso *Contratos de adesão*, in ROA, ano 46, 1986, pp. 756-759); PEDRO R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 502-506 (n.º 5, b)); JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 1992, p. 23, nota 33; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 33; PAULO MOTA PINTO, *Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia de cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade*, in RLJ, ano 148.º, n.º 4012, 2018, Coimbra, p. 30 e ss. Quanto à jurisprudência, cfr. o Acórdão do STJ de 19 de Março de 1992 (RLJ ano 138.º, n.º 3956, pp. 284, ss.), o Acórdão n.º 153/90, de 3 de Maio, do Tribunal Constitucional (na mesma Revista, p. 297, ss.) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Novembro de 2007, além de outros, tanto do STJ (de 24/5/2007), como da mesma Relação (de 17/7/2008 e de 14/3/1996), na nossa Anotação, cit., RLJ n.º 3956.

²⁰ Pode ver-se a nossa tese sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, cit, pp. 391, ss., esp. 405, ss., onde desfazemos equívocos e confusões que frequentemente estas cláusulas suscitam.

Pela mesma razão se devem considerar interditas quaisquer cláusulas destinadas a limitar ou a excluir uma eventual responsabilidade emergente da *actividade médica* (“lato sensu”).

São deveres de *ordem pública* aqueles a que, em regra, o médico está adstrito — tanto relativamente aos cuidados que lhe são exigíveis, como à actualização dos seus conhecimentos e à aplicação dos meios técnicos auxiliares de acordo com a evolução registada pela ciência médica, *maxime* tratando-se de um especialista²¹ —, não podendo antecipadamente isentar-se da responsabilidade em que incorrerá, emergente, v.g., de deficientes juízos de diagnóstico, da prescrição de tratamento errado ou inadequado, ou de qualquer descuido ou atitude negligente em intervenções cirúrgicas. Dissemo-lo já em 1985²² e voltamos hoje a repeti-lo.

É certo não estar o médico obrigado a mais do que a desenvolver, com o cuidado, a perícia e os conhecimentos que lhe são concretamente exigíveis, e no respeito pelas *leges artis*, esforços no sentido da cura do doente, estando arredado qualquer compromisso quanto ao resultado final. A obri-

²¹ O que significa que será culpado — incorrendo em responsabilidade, pois — não só o médico que causar danos por qualquer atitude negligente (cfr. o Ac. do STJ, de 26 de Novembro de 1980, BMJ 301, pp. 404, ss.), como, do mesmo modo, o médico que tiver prescrito qualquer meio de tratamento que o grau de evolução da ciência médica já atingido tenha já revelado a sua inadequação, e ainda o que desconhecer novas formas de intervenção médica (sobretudo se for um especialista, no exercício da sua especialidade), culpado por omissão, sendo-lhe exigível um permanente esforço de actualização. Cfr. neste sentido, aliás, o n.º 8 do art. 4.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho), onde se fala expressamente num *dever de actualização e preparação científica*. Parece-nos, por outro lado, que a consideração de que a culpa na responsabilidade médica abrange a falta de actualização — sobretudo quando o médico for um especialista — mais não será, afinal, do que uma concretização da ideia da culpa como conduta deficiente e não apenas enquanto deficiência da vontade (por último, cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de Maio de 2020, in CJ n.º 303, ano XLV, tomo 3, 2020, pp. 199, ss.) Em termos idênticos, preceitua o art. 405.º, n.º 1, do Anteprojecto do Código do Consumidor 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*” (preceito reafirmado no art. 414.º do Projecto do mesmo Código)..

²² Acompanhamos a nossa dissertação, cit., pp. 309, ss.

gação do médico constitui, como é sabido, uma típica obrigação de meios, não de resultado.

O que o médico não pode é, por via de cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, *sem essas cláusulas*, incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituiriam na obrigação de indemnizar o doente, designadamente por qualquer *culpa* sua ou dos seus auxiliares²³.

Estão em causa valores — como a vida, saúde, integridade física —, cujo respeito e protecção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula exoneratória hipoteticamente aceite pelo doente²⁴.

O ponto é por demais evidente²⁵, sendo raros os casos em que tal cláusula constará de um contrato médico²⁶. No Anteprojecto do Cód-

²³ Para uma caracterização da culpa na responsabilidade médica, pode ver-se já JEAN PENNEAU, *La Responsabilité Médicale*, Paris, 1977, pp. 44, ss., podendo genericamente dever-se a falhas ou erros técnicos, a imprudências, ou até a qualquer omissão dos deveres *d'humanisme médical*.

²⁴ Nem a mesma terá qualquer efeito, obviamente, sobre a responsabilidade criminal em que, sendo caso disso — cfr. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, cit., n.º 3 —, o médico incorre.

²⁵ No sentido de que os deveres, cuja violação envolve responsabilidade médica, são de ordem pública, não havendo lugar, por isso, para cláusulas de exclusão de responsabilidade, pode ver-se, por ex., FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, n.º 2.6.1; VAZ SERRA, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade*, cit., p. 133, n. (55); MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tome 2, premier vol., *Obligations: Théorie Générale* (par T. Chabas), Paris, 1978, p. 743 (n.º 636); AL JONDI, *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, Paris, 1979, pp. 168, ss.

²⁶ AL JONDI (*op. e loc. cit.*) dá-nos conta, porém, de algumas decisões de tribunais franceses sobre cláusulas de irresponsabilidade estipuladas em contratos médicos. Foi o caso, por ex., julgado pelo Tribunal Civil de Marseille (12 de Junho de 1956), de um doente mental internado numa clínica psiquiátrica mediante um contrato celebrado entre sua mulher e a clínica, no qual aquela, após ter declarado nunca ter o seu marido manifestado intenção de se suicidar, isentava antecipadamente a clínica de qualquer responsabilidade por atitudes violentas do doente, contra si próprio ou contra os outros doentes. A clínica veio contrapor à pretensão de indemnização da mulher, após o suicídio do marido, a referida cláusula, a qual, no entanto, foi declarada nula pelo tribunal, na base de que “*la clause contractuelle d'irresponsabilité* em cas de suicide du malade, invoquée par la clinique, n'était pas

go do Consumidor figura mesmo um preceito (art. 396.º, aplicável por força da remissão do art. 407.º do mesmo Anteprojecto) a consagrar a *inderrogabilidade* de tais cláusulas, no tocante à responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde: “*Não pode ser excluída ou limitada a responsabilidade perante o lesado, tendo-se por não escritas as estipulações em contrário*” (proibição reafirmada no Projecto do mesmo Código: arts. 405.º e 406.º, respectivamente).

Note-se, por fim, que não poderá o médico (ou a instituição hospitalar) recorrer à prestação do *consentimento* pelo paciente para com isso se *furtar* à responsabilidade em que possa ter incorrido. O consentimento do lesado *afasta a ilicitude* do acto no que respeita, por exemplo, à agressão ao direito à *integridade física*, se respeitar os limites legais (arts. 81.º e 340.º) e for devidamente informado e esclarecido. O consentimento, prestado nestes termos, excluindo a ilicitude do acto, permite, por exemplo, que se faça a intervenção cirúrgica ou se proceda à realização de exames médicos, *mas não permite nem autoriza que o médico actue com negligência ou em desrespeito pelas leyes artis*. Se o fizesse, a prestação do consentimento seria *nula*, justamente na medida em que o médico estaria, através do consentimento

de nature à la dégager de *son obligation de surveillance* dont le caractere *essentiel* dans les contrats d’hospitalisation des malades mentaux en fait necessairement, au moins pour partie, l’object; — Q’au surplus cette clause, en ce qu’elle tend à dégager la responsabilité découlant d’omissions coupables génératrices de *dommages causés aux personnes par une atteinte à leur intégrité*, est nulle comme contraire à l’ordre publique”.

Também RENÉ SAVATIER (*Impérialisme Médical sur le Terrain du Droit*, D. 1952, *chron.*, pp. 157, ss.) nos dá conta de cláusulas de irresponsabilidade contidas em formulários que o doente deve necessariamente subscrever aquando da sua entrada no hospital: “Je soussigné..., par les présentes, *autorize* les médecins de l’Hôpital X... à faire les examens, les traitements et les opérations qui peuvent, dans leur opinion, être utiles ou nécessaires dans le présent cas; *et je les considère, eux et leurs assistants, aussi bien que l’hôpital et son personnel, dégagés de toute responsabilité* à mon égard, *et je renonce*, par les présentes, pour moi-même et mes ayants droit, *à toute réclamation ou demande en dommages*, à la suite de ces examens, traitements et opérations, ou relativement à mon hospitalisation” (p. 158). Este formulário é de um Hospital dos Estados Unidos da América e reporta-se a uma época (note-se que o estudo de SAVATIER é de 1952 e a decisão transcrita por AL JONDI é de 1956) que cremos ultrapassada, o que não impedirá a existência de outro tipo de cláusulas de irresponsabilidade, também nos dias de hoje, embora redigidas de forma mais sofisticada.

do lesado, *a ir além* do que esse consentimento pode abranger. O consentimento do paciente tem que ver com o seu *direito à autodeterminação*²⁷.

II — Os problemas da *responsabilidade de grupo*, particularmente na hipótese de intervenções cirúrgicas realizadas em clínicas ou hospitais privados, levantam, em todo o caso, especiais dificuldades.

Poderá a clínica excluir a sua responsabilidade pelos actos culposos do cirurgião? E poderá este excluir a sua responsabilidade pelos actos culposos do anestesista, dos enfermeiros, ou por qualquer deficiência de máquinas ou outros instrumentos utilizados na intervenção cirúrgica?

Não se tratará verdadeiramente, em regra, de cláusulas de exclusão de responsabilidade — ainda que possam figurar como tal —, pretendendo apenas determinar-se, através delas, *as obrigações que cada parte (clínica/cirurgião) assume*, isto é, fixar o *âmbito* do respectivo contrato e indicar as pessoas e meios técnicos adstritos ao respectivo serviço.

A clínica pode obrigar-se a fornecer apenas serviços de alojamento e alimentação, por um lado, e pessoal tecnicamente qualificado para os indispensáveis cuidados pré e pós-operatórios, por outro lado, bem como a fornecer as instalações, os instrumentos e os meios auxiliares adequados à intervenção (fala-se, a este propósito, em contrato *dividido*). Não será responsável, neste caso, por qualquer falha de um elemento da equipa médica, pela qual responderá o cirurgião, inclusivamente se se tratar de actos do anestesista, salvo se o mesmo tiver sido contratado directamente pelo paciente.

Diferentemente se passarão as coisas, em regra, se o paciente se dirigir directamente à clínica, sem qualquer contacto autónomo com o cirurgião, o qual funcionará assim como auxiliar da clínica, nos termos do art. 800.º, n.º 1 (estar-se-á, neste caso, perante um *contrato total*)²⁸.

Hipótese esta sobretudo vulgar, tratando-se de um hospital ou de outros estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde.

Parecendo dever afirmar-se (para além da responsabilidade extracontratual) também, em princípio, a responsabilidade *contratual* da própria

²⁷ Assim, por exemplo, o Acórdão do STJ de 2/06/2015 (Maria Clara Sottomayor).

²⁸ Cfr., a propósito, o Acórdão do STJ de 8/09/2020 (Maria João Vaz Tomé).

organização hospitalar — no quadro da aceitação de um contrato de adesão ou pelo recurso à figura das “relações contratuais de facto”²⁹ —, esta será responsável pelos actos de todo o seu *staff*: médicos, paramédicos, enfermeiros, etc., sem pôr de parte qualquer deficiência própria resultante de uma «culpa de organização»³⁰.

A questão resumir-se-á, fundamentalmente — tratando-se de clínicas ou hospitais privados³¹ —, em saber *quem é auxiliar de quem*.

²⁹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, n.º 2.5., e, actualmente, CLÁUDIA MONGE, *Responsabilidade contratual de um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde*, in “Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência”, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, FDUL, Lisboa (coord. Carla Amado Gomes e Tiago Serrão).

³⁰ Cfr. DIETER GIESEN, *Civil Liability of Physicians*, in *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1978, pp. 403, ss., esp. 421-422 e MANFRED LÖWISCH, no *Staudigers Kommentar*, II, pp. 75-76 (n.º 52).

³¹ Pois se se tratar de um médico que assiste o doente, por dever de ofício, num hospital público, não haverá responsabilidade contratual *do médico* — outra coisa é a responsabilidade contratual da *própria organização hospitalar* —, a não ser quando, e na medida em que exerça aí clínica privada. Cfr. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, n.º 2.5.2.; DIETER GIESEN, *op. cit.*, p. 422. Nem o paciente poderá intentar, em sede delitual, acção de responsabilidade contra o médico, devendo a mesma ser posta no tribunal administrativo — por força do disposto no art. 4.º, n.º 1, alíneas f), g) e h) do ETAF — Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais — e instaurada só contra a administração pública. O médico responderá apenas pela via de um direito de regresso da instituição hospitalar, preenchidos certos pressupostos, só existindo responsabilidade pessoal e directa do médico caso tenha actuado com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado em razão do cargo (cfr. o art. 8.º, n.º 1, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro). Cfr. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, n.º 2.5.1. No Anteprojecto do Código do Consumidor prevê-se um artigo sobre os cuidados prestados em unidades privadas de saúde nos seguintes termos:

“1. As unidades de saúde submetidas a um estatuto normativo de direito privado, ainda que actuem no âmbito de contratos de prestação de cuidados aos utentes do Serviço Nacional de Saúde, são solidariamente responsáveis com os médicos que nelas desenvolvam a sua actividade quando desta resultem prejuízos para os utentes

2. Existe ainda responsabilidade solidária, nos termos do número anterior, quando se trate de prejuízos causados por actos médicos em que colaborem como auxiliares pessoas pertencentes às referidas unidades de saúde.” (art. 406.º, reafirmado no art. 415.º do

Não se exigindo qualquer relação de comissão entre o devedor e os auxiliares, nos termos do art. 800.º, a clínica (e/ou o cirurgião) responderá pelos actos das pessoas que utilize para o cumprimento das obrigações *compreendidas no âmbito do contrato* que celebrou com o doente, não podendo excluir-se essa responsabilidade — ainda que se trate de auxiliares (médicos) autónomos e independentes —, por razões de *ordem pública*, como dissemos³².

Cumpre referir, por último, que a responsabilidade em que incorre o médico (ou a clínica ou qualquer estabelecimento hospitalar) revestirá, em regra, *natureza simultaneamente contratual e delitual*, por o mesmo facto poder constituir uma violação do contrato médico (cumprimento defeituoso, sobretudo) e uma violação de um direito absoluto (de personalidade: a vida, a saúde, a integridade física, nos termos do art. 70.º). Questão que nos remete, assim, para o problema do *concurso* ou do *cúmulo* de responsabilidades onde nos deparamos com uma recente tendência da jurisprudência que hesitamos em aplaudir. Vejamos.

5. O problema do concurso/cúmulo de responsabilidades

I — Acabamos de tocar num ponto com implicações mais vastas e que se prende com uma questão fundamental, a saber: estipulada validamente, entre as partes, uma cláusula de irresponsabilidade, poderá o credor obter, contudo, uma indemnização, em sede extracontratual, se o facto do devedor representar simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual?

Noutros termos, pergunta-se, a cláusula de exclusão de responsabilidade afastará apenas a obrigação de indemnização fundada na violação do contrato, mas não a obrigação de indemnização a que o lesado/credor

Projecto do mesmo Código). Poder-se-á pôr ainda o problema de saber, contudo, se não haverá também uma responsabilidade própria, pessoal, do médico, perante o paciente, no quadro do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*: contrato entre o médico e a instituição hospitalar, estendendo o seu raio de acção/protecção aos pacientes (neste sentido, cfr. o Acórdão do STJ de 8/09/2020: Maria João Vaz Tomé).

³² Cfr. também HENRIQUE GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, in CJ, ano 3, 1978, p. 353 (n.º 5); MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, na SI, t. XXI (1972), pp. 329, ss., n.º 7, R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 160.

sempre poderia recorrer, na ausência do contrato, em virtude de o mesmo facto danoso, praticado pelo devedor, constituir também um ilícito extracontratual?

O problema, em termos gerais, põe-se, como acabamos de ver, sempre que, em face do comportamento do lesante, se abra ao credor a tutela contratual e, simultaneamente, a tutela delitual, posto que o facto ilícito represente simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual. Problema que pode pôr-se também na responsabilidade médica, embora aqui com menos probabilidades, se for de entender que em tal sector são sempre proibidas as cláusulas exoneratórias.

A resposta a este problema exige que se aborde em primeiro lugar a questão, mais ampla, de saber se será possível, em regra, ao credor, *optar* pelo regime delitual, tratando-se de um facto ilícito gerador de um *concurso de responsabilidades*.

Imaginemos, por exemplo, que, num contrato de transporte, a pessoa transportada é vítima de lesão, na sua pessoa e/ou nos seus bens, por negligência do transportador; que o cirurgião, no decurso de uma intervenção cirúrgica, por omissão dos seus deveres de cuidado e/ou de perícia, lesa a saúde ou a integridade física do doente; que o depositário danifica culposamente a coisa que estava à sua guarda, ou se apropria indevidamente dela; que o adquirente de um bem alimentar deteriorado é vítima de intoxicação; que o empregado sofre um acidente por falta das medidas de segurança que deveria ter tomado a entidade patronal; etc .

Qualquer destas situações configura uma relação contratual, pelo que os danos a que nos referimos, surgidos na execução do contrato — de transporte, médico, de depósito, de compra e venda, de trabalho —, assumem natureza contratual, apesar de esses mesmos danos serem susceptíveis de ser reparados, na ausência do contrato, em sede extracontratual, por resultarem da violação culposa de direitos absolutos (direitos de personalidade, direitos de propriedade).

Só que, além do dever de prestação, existem igualmente, numa relação contratual, certos *deveres acessórios de conduta* ou *deveres laterais* (independentes do dever primário de prestação), impostos pela boa fé, dado o fim do contrato, que as partes devem observar, e cuja violação fará surgir a responsabilidade contratual. Trata-se de deveres essenciais para uma cabal realização do fim contratual, destacando-se, de entre eles, os que se destinam a *proteger* a pessoa ou os bens da contraparte, cujo incumprimento gerará situações de *violação contratual positiva* ou (numa designação com mais raízes entre nós) um *cumprimento defeituoso*.

Assim, violado um dever de cuidado para com a pessoa ou o património da contraparte³³, o lesado poderá socorrer-se da tutela contratual, não por força de um inadimplemento ou de uma execução defeituosa do dever de prestação, antes por causa da violação de um dever lateral — de cuidado, de protecção —, compreendido no âmbito do contrato, desencadeando a violação desse dever um cumprimento defeituoso e, como tal, uma obrigação de indemnizar em sede contratual³⁴.

Mas esse facto constituiria já, de per si, na ausência de uma relação contratual, o devedor /lesante na obrigação de ressarcir o credor/lesado, só que em sede delitual, apenas. Deste modo, considerar que o comportamento do agente constitui um facto ilícito contratual, por violação dos deveres laterais de protecção e de cuidado para com a pessoa ou o património da contraparte — desde que os mesmos sejam de considerar abrangidos no círculo de protecção do contrato —, significa colocar o lesado no terreno contratual, a fim de obter a indemnização desses danos nos quadros do cumprimento defeituoso. Alarga-se assim a esfera da responsabilidade contratual, pois, como refere MOTA PINTO, “o genérico dever de *neminem laedere* é absorvido, sempre que estão em causa comportamentos ligados ao fim contratual, nos quadros da responsabilidade *ex contractu*»³⁵.

A relevância prática desta questão é manifesta, visto que a tutela contratual *favorecerá*, em regra, o lesado, na sua pretensão ressarcitória, *maxime* tendo em conta as regras, vigentes em matéria do ónus da prova da

³³ Da pessoa transportada, do doente, do depositante, do comprador, do trabalhador, nos exemplos de há pouco.

³⁴ Cabem assim dentro do cumprimento defeituoso não só a execução *defeituosa* do dever de prestação, mas igualmente a *violação de um dever lateral*.

³⁵ *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, p. 341, em nota. O reconhecimento destes deveres de protecção — com o efeito de se conferir ao lesado a tutela contratual — é hoje um dado adquirido, não só da doutrina e jurisprudência alemãs (*Schutzpflichten*), mas igualmente da doutrina e jurisprudência francesa (*obligation de sécurité*, sobretudo a partir da sentença da *Cour de Cassation* de 21/11/1911), e italiana (*doveri di protezione*), alargando-se assim o círculo obrigatório do contrato, por exigências fundamentais do princípio da boa fé e da necessidade de uma plena realização do fim contratual. Trata-se, também entre nós, de um dado adquirido, na doutrina e na jurisprudência portuguesas.

culpa (que se presume na responsabilidade contratual — art. 799.º, n.º 1), bem como o prazo (mais alargado) da prescrição (de vinte anos na responsabilidade contratual — art. 309.º) e o regime da responsabilidade do devedor por facto dos seus auxiliares (independentemente de qualquer relação de comissão — art. 800.º, n.º 1).

Assim, se se considerar que o dever de protecção violado se inclui no âmbito do contrato, a parte lesada poderá obter a correspondente reparação em sede *contratual*. Mas isso não retira ao dano a sua natureza simultaneamente *delitual*, visto que resulta da violação de direitos absolutos (de personalidade, de propriedade) da contraparte. Só que, ocorrendo esse dano na execução do contrato, resultando da violação de deveres de cuidado que devem ter-se por abrangidos no seu círculo de protecção, esse dano reveste também, como dissemos, natureza *contratual*.

Assim, representando a violação de qualquer dever *contratual* de protecção, ao mesmo tempo, um facto ilícito *extracontratual*, pergunta-se: poderá o credor /lesado *optar* pelo regime da responsabilidade extracontratual³⁶, por este o favorecer melhor, no caso concreto, apesar de estarem preenchidos os requisitos da responsabilidade contratual do devedor /lesante?

Não se trata, é bom de ver, de o credor obter duas indemnizações, mas antes de obter uma única, gozando, porém, da liberdade de escolher, para esse efeito, o regime contratual ou o regime extracontratual³⁷. Nem se trata, de igual modo, de várias pretensões, mas de uma única pretensão, só que várias vezes fundada (*einen einzigen nur mehrfach begründeten Anspruch*) e, por isso, de um concurso de normas que fundamentam a mesma pretensão (*Anspruchsnormenkonkurrenz*), não de um concurso de pretensões (*Anspruchskonkurrenz*)³⁸.

A questão é delicada e controversa³⁹, não tendo *sido* objecto, entre nós (tal como, de resto, na generalidade dos sistemas), de regulamenta-

³⁶ Ou até, indo mais longe, *cumular* na mesma acção regras de cada regime?

³⁷ Ou até, como se disse, da liberdade de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra modalidade de responsabilidade, hipótese esta que se refere já não apenas à possibilidade de o credor *optar* por um ou outro regime, em bloco, mas até de *cumular* as regras de um e outro regime, de acordo com os seus interesses.

³⁸ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *Besonderer Teil*, 12.^a Auflage, München, 1981, p. 690.

³⁹ Em geral, segundo CZACHORSKI (*Le problème du cumul de la responsabilité*

ção específica⁴⁰. Tratar-se-á, porém, de uma lacuna *voluntária*, como entendia RUI DE ALARCÃO⁴¹, explicando-se esta omissão, porventura, pelo facto de o legislador não querer tomar partido numa questão que na época não estaria ainda suficientemente amadurecida, remetendo para a doutrina e jurisprudência o encargo de resolverem este problema. Lacuna que deverá ser integrada, pois, no quadro valorativo do sistema jurídico.

A esta luz, dissemo-lo há muito, 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 (e, mesmo, de *cumular*, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha)⁴².

contractuelle et délictuelle, in *Rapports Généraux au VI Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, 1964, pp. 351, ss.), pronunciam-se contra, a jurisprudência e a maioria da doutrina francesa, chilena, húngara e romena; a favor, a jurisprudência e a doutrina dominante na Alemanha, Suíça, Grécia, Turquia, Polónia, Espanha, Venezuela, Japão, as correntes tradicionais da Bélgica e Canadá (Quebeque) e, em certa medida, também a jurisprudência do Reino Unido e dos Estados Unidos (pp. 357-358). No tocante especificamente aos direitos dos países da União Europeia, a tese da admissibilidade, em geral, do concurso de responsabilidades (e até do cúmulo) é praticamente aceite em todos eles, à excepção de França. Cfr. os vários *rapports nationaux* constantes do estudo, sob a direcção de RENÉ RODIÈRE, *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle*, Paris, s/d, *passim*.

⁴⁰ Apesar de o problema ter sido equacionado por VAZ SERRA, nos trabalhos preparatórios, e resolvido no sentido de ser permitido ao credor *optar* por um ou outro regime, e até de *cumular* regras de uma e outra forma de responsabilidade. Cfr. *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ n.º 85, pp. 208, ss., 230, ss. e 238-239 (articulado).

⁴¹ Neste sentido se pronunciou, com efeito, RUI ALARCÃO, na *Lição* (oral) subordinada ao tema, *Les grandes options de la responsabilité contractuelle (droit portugais)*, proferida no âmbito do *Cours de III Cycle de la Faculté Internationale de Droit Comparé, session de Coimbra, le 6 août 1980*.

⁴² No sentido da aceitação, entre nós, da tese da opção, em caso de concurso de responsabilidades, já na vigência do Código Civil actual, RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, ed. policop., Coimbra, 1983, pp. 209, ss. (bem como, já antes, na referida *Lição* oral); MOTA PINTO, *Cessão*, cit., p. 411 e n. (2); MOTA PINTO e CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, in “Direito Civil”, Coimbra, 1980, ed. policop., pp. 148-149; VAZ SERRA, na *anot.* ao Ac. do STJ, de 26 de Julho de 1968, na RLJ ano 102, pp.313-314. Também ANTUNES VARELA parece tomar a mesma posição: *Das obrigações em geral*, I, cit., pp. 636-637. Contra tal possibili-

Neste sentido deplorá o facto, por um lado, de não poder afirmar-se uma distinção essencial ou de natureza última entre as duas formas de responsabilidade, parecendo subjacente à lei a ideia de uma unidade substancial entre ambas, que não será prejudicada pelos aspectos específicos que a responsabilidade contratual apresenta. Por outro lado, facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam, no caso concreto, *é a solução que melhor se ajusta ao princípio do favorecimento da vítima*, princípio esse que enforma o quadro legal. Recorde-se, por último, que várias normas da responsabilidade extracontratual são aplicáveis, *expressis verbis*, à responsabilidade contratual, o que parece denotar que esta solução não repugnaria ao legislador⁴³.

Parece, assim, que deverá ter-se por consagrada, *de iure condito*, a tese da admissibilidade do concurso de responsabilidades, gozando o lesado, *em princípio*, da faculdade de optar por uma delas.

É que, como vimos, a colocação do lesado sob a tutela contratual visa favorecê-lo, por ser esta, em regra, a espécie de responsabilidade que melhor serve os seus interesses. Mas, se, no caso concreto, por qualquer razão, este pressuposto não se verifica, mostrando-se as regras da responsabilidade delitual mais favoráveis, frustrar-se-ia afinal o objetivo de reforçar a protecção do lesado se este ficasse impedido de fazer valer o seu direito à indemnização em sede extracontratual, tratando-se de um facto ilícito gerador de danos desta natureza. Danos que, independentemente da celebração do contrato, repete-se, seriam já reparados, por lesão de direitos absolutos. Ora, a inclusão dos deveres de protecção no quadro contratual não pode acarretar, para o lesado, a perda da protecção que lhe seria conferida pela responsabilidade extracontratual.

Assim, na falta de disposição legal em contrário, cremos dever considerar-se, em princípio, como solução *natural*, a que permite ao lesado a

dade, em geral, pronunciava-se anteriormente JAIME GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, 1933, pp. 227, ss., e agora ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 546, ss., entendendo que o regime da responsabilidade contratual “*consume*” o da extracontratual.

⁴³ Pontos sublinhados, exactamente nestes termos, por RUI DE ALARCÃO, para justificar a admissibilidade, entre nós, da tese favorável à opção, pelo lesado, de um ou outro regime, como a solução mais conforme ao espírito da ordem jurídica portuguesa, na referida *Lição sobre Les grandes options*.

opção entre as duas espécies de responsabilidades, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar, simultaneamente, uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual.

Solução que, na verdade, além de ser *a mais ajustada às finalidades de protecção do lesado*, é a que se nos afigura *mais razoável*, pois se o facto é ilícito, mesmo que não tenha sido celebrado qualquer contrato, não vai deixar de o ser por este motivo. Nem o contrato implicará, em regra, renunciarem as partes, com a criação de uma disciplina específica, à tutela geral que a lei lhes facultava já; ao invés, o contrato não suprime, antes *reforça* a tutela que a lei dispensa, em termos gerais, a qualquer pessoa, criando laços especiais entre os contraentes que justificam uma protecção *acrescida*, como sucederá se a tutela contratual se juntar, nos termos indicados, à tutela delitual. O contraente lesado dispõe assim de um instrumento *ulterior* para defesa dos seus interesses, sem perder a que já possuía e que é independente da sua qualidade de contraente.

II — Entre nós, todavia, em questões de *responsabilidade médica*, há na jurisprudência recente uma tendência favorável à tese da *consumção*, segundo a qual o regime da responsabilidade contratual “*consume*” o da responsabilidade extracontratual. Com efeito, a partir, sobretudo, do Acórdão do STJ de 22 de Setembro de 2011 (Bettencourt de Faria), depois seguido, entre outros, pelos Acórdãos do mesmo Tribunal de 2 de Junho de 2015 (Maria Clara Sottomayor), de 7 de Março de 2017 (Gabriel Catarino) e de 8 de Setembro de 2020 (Maria João Vaz Tomé), aceitando-se que o mesmo facto possa ser, *simultaneamente*, um facto ilícito contratual e extracontratual, logo se acrescenta ser aplicável o regime da responsabilidade contratual, que “*consume*” o regime da responsabilidade extracontratual, por ser aquele o mais favorável ao lesado.

Continuamos a favor, todavia, pelas razões que já apontámos, da tese do *concurso* de responsabilidades, nos termos referidos⁴⁴, até porque não vemos por que razão terá de estar o lesado, em concreto, *im-*

⁴⁴ Recentemente, contrariando esta tendência da jurisprudência e continuando a manifestar-se favorável à tese do *cúmulo*, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente*, in “Julgar”, n.º 42, ed. da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 129, ss., p. 130.

pedido de recorrer ao regime extracontratual só pelo facto de o regime contratual ser, em tese, o mais favorável ao lesado!

Curioso é que, num recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, após se ter reafirmado que o mesmo facto pode constituir, simultaneamente, um facto ilícito contratual e extracontratual e de se ter aderido ao “princípio da consunção”, logo se acrescenta, com o apoio de outros Acórdãos: “Pode pois afirmar-se que a jurisprudência tem vindo a seguir a tese do *concurso de responsabilidades*, quer admitindo a *opção* entre ambas, quer o próprio concurso de pretensões por *cumulação de responsabilidades*” (Acórdão do TRP de 14 de Maio de 2020)⁴⁵. É claro que com isto estamos nós de acordo, mas não estamos seguros de que seja esse o entendimento perfilhado nos Acórdãos que subscrevem o “princípio da consunção”!

III — A tese do concurso de responsabilidades não pode aceitar-se, porém, sem *restrições*, baseadas fundamentalmente na *lei* e na *autonomia privada*. Dissemo-lo já em 1985 e repetimo-lo agora, sucintamente⁴⁶.

Não faria sentido, com efeito, que o objectivo da *lei*, ao exigir, em certos casos, uma culpa qualificada (*vide*, por exemplo, arts. 957.º, n.º 1, 1134.º e 1151.º), como pressuposto de responsabilidade contratual — e, assim, da indemnização do credor /lesado —, pudesse ser *esvaziado* de efeitos práticos, contudo, mediante a opção do lesado pela via extracontratual, obtendo, nesta sede, a indemnização a que, de outra forma, não teria direito, por o comportamento do devedor não preencher o grau de culpa exigido por lei.

Ora, da mesma forma que, nestes casos, a lei terá querido limitar a responsabilidade, *condicionando a obrigação de indemnização a determinado grau de culpa*, também não deve permitir-se ao credor o recurso a uma indemnização pela via da responsabilidade extracontratual, não só quando a faculdade de opção tenha sido afastada por acordo das partes, mas igualmente, em princípio, quando *exista*, e seja *válida*, uma *cláusula de exclusão da responsabilidade do devedor*, ou seja, quando o credor tenha

⁴⁵ In CJ n.º 303, ano XLV, tomo 3, 2020, pp. 199, ss., pp. 200-201, itálico nosso (Relator: Carlos Portela).

⁴⁶ Para maior desenvolvimento, v. a nossa *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 433, ss.

aceitado a limitação da responsabilidade do devedor (e seus auxiliares) aos casos de dolo e culpa grave⁴⁷.

No caso da responsabilidade médica, contudo, como atrás referimos, sendo *nula* qualquer cláusula exoneratória, por razões de ordem pública, nem se chegará sequer a pôr o problema de o credor poder (ou não) recorrer à responsabilidade extracontratual para obter, por esta via, em caso de concurso de responsabilidades, a indemnização de que teria prescindido através de uma cláusula de exclusão da responsabilidade contratual. Assim, sendo nula tal cláusula, e perante uma situação de concurso de responsabilidades, continuamos a pensar que o lesado(credor) pode *optar* ou até *cumular*, na mesma acção, regras de uma e outra forma de responsabilidade.

6. Cláusulas limitativas do objecto/conteúdo contratual

I — Dissemos já que as cláusulas de exclusão de responsabilidade se distinguem de outras figuras, as quais podem ser até mais perigosas do que aquelas. E isso pode suceder também nos contratos de prestação de cuidados de saúde.

Com efeito, em termos gerais e em princípio, as partes podem, ao abrigo do disposto no art. 405.º, limitar ou circunscrever o objecto e/ou o conteúdo do contrato: é o que nós temos chamado de *cláusulas limitativas do objecto ou do conteúdo do contrato*⁴⁸.

Trata-se de cláusulas através das quais, por acordo prévio, se precisa ou fixa o objecto e/ou o conteúdo do contrato, designadamente afastando dele determinadas obrigações que, de outro modo, dele poderiam fazer parte.

⁴⁷ Neste sentido, RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, p. 213 (e igualmente na citada *Lição*); VAZ SERRA, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, cit., p. 231; *idem*, na RLJ ano 102, p. 314.

⁴⁸ Já o fazemos desde 1985, na nossa tese de Pós-Graduação sobre *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 116, ss., e mais recentemente, tanto no artigo publicado nos “Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, intitulado *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pp. 281, ss., como na “Revista Brasileira de Direito Comparado”, n.º 19, Rio de Janeiro, 2001, pp. 246, ss.

É o que se passa, por exemplo, com os “avisos”, em parques de estacionamento, de que “a empresa não assume a obrigação de vigilância do automóvel” (ou “dos objectos deixados no interior do veículo”); de que “não há contrato de depósito” (para afastar o dever de guarda); ou que “a empresa limita-se a proporcionar um espaço para estacionamento da viatura”; ou, em hospitais ou clínicas, que “não se responde pelo desaparecimento de objectos de valor”, etc.

Em rigor, não se está, com tais cláusulas limitativas do objecto/conteúdo do contrato, perante cláusulas de exclusão de responsabilidade, pois com aquelas não se trata de excluir (pelo menos directamente) a *responsabilidade*, mas de suprimir *obrigações* — e ninguém poderá, em princípio, ser censurado pelo não cumprimento de uma obrigação que não faz parte do contrato.

Na prática, porém, já o dissemos há muito, “acontece frequentemente ser esta uma forma de *iludir* proibições legais às cláusulas exoneratórias, convencionando-se o afastamento de certa obrigação em vez de se excluir a responsabilidade! A situação, neste caso, é ainda *mais grave* do que quando se estipula uma cláusula exoneratória, pois enquanto esta última *só exclui* o direito de *indemnização*, a primeira, pelo contrário, prejudica *todos os direitos* do credor, uma vez que *afasta* do contrato a própria *obrigação*”⁴⁹. “Essa a razão [concluímos] por que, a nosso ver, se deve ser *especialmente rigoroso* na apreciação da validade de tais cláusulas”⁵⁰.

Daí que as cláusulas limitativas do objecto/conteúdo contratual só possam valer *dentro de apertados limites* (“dentro dos limites da lei”, como preceitua o art. 405.º, n.º 1).

Assim, em primeiro lugar, temos defendido que o primeiro limite é, desde logo, o de as partes não poderem afastar os deveres impostos por *normas imperativas*. O que nos parece óbvio!

⁴⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, nos “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, cit., p. 284, na linha do que já afirmáramos antes, na nossa tese sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 120-121.

⁵⁰ Cfr. o nosso *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, cit., p. 285.

Em segundo lugar, *idêntico* limite decorre do imperativo da *ordem pública*, impedindo que, em certos casos, possam ser afastados, designadamente, deveres de vigilância e de cuidado. Seria o caso, por exemplo, de uma instituição hospitalar de doentes mentais afastar do contrato os deveres de vigilância do paciente.

Em terceiro lugar, não podem as partes afastar obrigações essenciais ao *tipo contratual*, ou seja, obrigações que *identificam* o próprio contrato, como sucederia, por exemplo, se o acordo visasse afastar a obrigação de guarda num contrato de depósito.

Assim como temos ainda entendido que não deve ser permitido o afastamento, por acordo prévio das partes, de obrigações essenciais ao *fim contratual*, isto é, de obrigações que sejam essenciais para que seja alcançada a *intenção prática prosseguida pelas partes*, ou, na formulação da regra proposta no Código Europeu dos Contratos, de obrigações que “devem reputar-se *necessárias* para que o contrato *possa produzir os efeitos queridos pelas partes*” (al. d) do n.º 1 do art. 32.º do Anteprojecto do Código Europeu dos Contratos, elaborado pela Academia de Jusprivatistas Europeus).

Finalmente, tratando-se de *contratos de adesão*, importa convocar os arts. 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (com as alterações que lhe foram posteriormente introduzidas), sobre o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

Estatui-se, no primeiro desses artigos, que “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à *boa fé*”. E esclarece-se, no segundo, alínea b), que na aplicação da norma anterior (o art. 15.º) devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente, “o *objectivo que as partes visam atingir negocialmente*, procurando-se a sua efectivação à luz do *tipo* de contrato utilizado”.

Não será arriscado acrescentar, como é óbvio, que temos assim um *preceito legal* a fundamentar claramente a posição que expusemos atrás a respeito das obrigações essenciais, quer à luz do *tipo contratual*, quer à luz do *objectivo que as partes visam alcançar*. O afastamento de tais obrigações será *contrário à boa fé*, considerando, para o efeito, o disposto nos arts. 15.º e 16.º, al. b) — e até, pode acrescentar-se, o disposto, igualmente, na al. c) do art. 16.º, onde se mencionam “a *confiança* suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa” —, pelo que tais cláusulas são *proibidas* e, conseqüentemente, *nulas* (art. 12.º).

Em conclusão, para que sejam válidas, as cláusulas limitativas do conteúdo contratual devem respeitar as obrigações *essenciais* ao *tipo* e ao *fim* contratual, cujo afastamento será *contrário à boa fé*.

Resta acrescentar, a este respeito, mormente a respeito do *fundamento* encontrado, que a *densificação* do princípio da boa fé, feita pelo art. 16.º, *não é exclusiva dos contratos de adesão*, antes acolhendo esta norma os contributos e os avanços da melhor doutrina, pelo que, adicionalmente, esta densificação pode servir de critério auxiliar de integração do princípio da boa fé que, *com alcance geral*, elegemos atrás como *matriz das obrigações essenciais ao fim contratual*.

Voltando aos contratos de adesão e ao diploma legal em vigor, haverá que mencionar, ainda, o recurso que sempre poderá fazer-se ao art. 18.º, als. a) a d), onde se proíbem, em determinados termos, cláusulas que excluam ou limitem, “*de modo directo ou indirecto*”, a responsabilidade. Ora, sempre poderá dizer-se, para concluir, que as cláusulas limitativas do conteúdo contratual acabam por traduzir-se num modo *indirecto* de excluir a responsabilidade, sendo, por isso, abrangidas por estas proibições.