

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA DA CULPA

FILIFE ALBUQUERQUE MATOS*

Resumo: Neste estudo foi nosso propósito reflectir em torno da evolução registada acerca do modo como a responsabilidade civil médica tem sido perspectivada, procedendo, em particular, à análise da forma como as exigências da sociedade de consumo se têm reflectido na concreta configuração da relação médico-doente. A problematização em torno da natureza contratual /extracontratual da responsabilidade civil médica, a admissibilidade de um modelo de responsabilidade objectiva, as propostas de substituição da responsabilidade civil médica por um sistema securitário, a aplicação da presunção de culpa do artº 799º, nº 1 e as dificuldades suscitadas pelo tipo de obrigação assumida pelo médico (Obrigação de Meios) no pressuposto do reconhecimento da natureza contratual da relação médico-doente e a progressiva aproximação dos regimes da responsabilidade civil Contratual e Extracontratual constituíram os principais núcleos problemáticos sobre que versou este breve trabalho.

Palavras-Chave: Presunção de Culpa; Obrigação de Meios; Obrigação de Resultado; natureza jurídica da Responsabilidade Civil Médica.

* Faculdade de Direito. Instituto Jurídico. Universidade de Coimbra

Abstract: This study aims to reflect on the evolution concerning how medical liability has been considered, by analyzing how the demands of the consumer society project onto the relationship between the doctor and the patient. The questioning about the contractual or non-contractual nature of the liability, the admissibility of an objective liability regime, the suggestions to replace medical liability for an insurance system, the application of the presumption of blame of Article 799 (1), the difficulties originated by the kind of obligation due by the doctor (obligation of means) within a contractual legal relation between the doctor and the patient, and the gradual rapprochement between both legal regimes of contractual and non-contractual liability are the main topics of this paper.

Keywords: Presumption of blame; obligation of means; obligation of outcomes; legal nature of medical liability

O tema da Responsabilidade Civil Médica tem sido alvo de uma atenção acrescida da dogmática e da jurisprudência nacional nas três últimas décadas, seguindo, de resto, o percurso iniciado na década de sessenta nos Estados Unidos da América e que se foi estendendo a todos os países da Europa Continental.

Esta atenção acrescida dispensada ao universo da responsabilidade civil médica não pode deixar de ser vista como o resultado de uma multiplicidade de factores bastante diversos entre os quais avulta, pela sua importância, a intensificação da tutela dos pacientes, que hoje são basicamente perspectivados como contrapartes do médico no quadro da relação de prestação de serviços que com o mesmo entabularam, tidos no âmbito de uma tal relação contratual como partes carecidas de um particular apoio, atenta as suas debilidades de leigos, profanos, ou de consumidores¹.

¹ Esta compreensão da relação médico-paciente a partir dos cânones do contrato de prestação de serviço surge, na verdade, profundamente influenciada pelo movimento consumerista cujas origens se situa nos Estados Unidos da América, e remonta à primeira década do século XX, com o propósito de proteger os consumidores contra os abusos provocados por uma economia baseada no capitalismo monopolista e nos oligopólios, constituindo, porém, marcos significativos na consolidação deste movimento a criação do *Consumer Research* em 1929 e do *Consumers Union of The United States* em 1936. Neste percurso de progressiva afirmação do movimento consumerista revelou-se verdadeiramente decisivo o discurso de Kennedy ao Congresso em 1962, que constituiu a base da Carta dos Direitos Fundamentais do Consumidor. Sobre esta evolução histórica em torno do direito do consumo, cfr,

Conceber a relação médico-doente como um contrato de prestação de serviços, em que aquele profissional se encontra, à semelhança de qualquer outro prestador, vinculado à realização de uma prestação, deixando de ser concebido como um ente transcendente, ou pelo menos enquanto alguém a quem se encontra confiada uma missão especial, corresponde a uma mudança de paradigma que, sem grandes exageros pode ser qualificada como revolução copernicana face ao modo como durante séculos foi visualizado este tipo de relação.

Deixar de conceber o médico como alguém superior, a quem compete velar pela saúde dos seus doentes, devendo estes últimos ser vistos como pessoas próximas a quem têm de ser dispensados particulares cuidados e atenções², significa abandonar o modelo do paralelismo clínico que durante muito tempo se revelou absolutamente nuclear para inteligir o sentido das relações entre os médicos e os pacientes.

Em contrapartida a actividade médica passou a ser escrutinada pelos doentes, que começaram a estar cientes da titularidade nas respectivas esferas jurídicas de direitos oponíveis àqueles profissionais, exigido dos mesmos esclarecimentos e informações capazes de lhes permitir formar opiniões esclarecidas e livres quanto aos procedimentos clínicos que aqueles lhes venham a propor.

Um tal paradigma em torno da relação médico-doente, comumente denominado de consentimento informado³, trouxe consigo associada

LIZ, JORGE PEGADO, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Editorial Notícias, 1ª ed., Lisboa, 1999, pg. 29 e ss.

² Este modelo do Paternalismo Clínico foi profundamente influenciado pela medicina hipocrática, sendo que “A medicina hipocrática não apenas desenvolveu a arte médica a um nível até aí nunca alcançado, como transformou esta actividade de uma relação de carácter mágico e mítico entre o curandeiro e o doente para uma “*philia*”, isto é, uma amizade (*Freundschaft*)”, Cfr, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, pg. 23. Para uma melhor caracterização do paradigma do Paternalismo Clínico, muito influenciado pela circunstância do médico ter sido visto ao longo dos anos como “uma espécie de sacerdote, que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados.”, Cfr, OLIVEIRA, GUILHERME DE, *O Fim da “arte silenciosa” (o dever de informação dos médicos)*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 128º, nº 3852, pg 70.

³ Este modelo do consentimento informado encontra-se edificado no direito à

a possibilidade de surgimento de responsabilidade civil dos médicos, responsabilidade essa completamente desconhecida à luz dos ensinamentos do Paralelismo Clínico. Na verdade, em face desse entendimento, a questão da responsabilidade civil dos Médicos pura e simplesmente não se colocava, podendo quando muito suscitar-se questões de ordem moral nas hipóteses em que do exercício da actividade médica resultassem danos para os pacientes.

Bem vistas as coisas, esta mudança significativa operada a propósito do enquadramento das relações médico-doente veio dar resposta às exigências e solicitações dos pacientes que, em face dos enormes progressos da medicina registados a partir da segunda metade do século passado, se tornaram cada vez mais rigorosos nos juízos e apreciações acerca do exercício da medicina, uma vez que foram aumentando ao longo do tempo as expectativas sobre o êxito das actividades dos médicos⁴.

Ora é precisamente neste cenário ou panorama marcado por preocupações de ordem consumerista que melhor se pode compreender um outro momento importante neste iter evolutivo da responsabilidade civil médica: o momento do progressivo reconhecimento da natureza contractual⁵ da responsabilidade civil médica.

autodeterminação do paciente, e mais especificamente no seu direito à autodeterminação informativa, Com base numa tal orientação, a doutrina e a jurisprudência nacional e estrangeira têm vindo a admitir o surgimento de responsabilidade civil médica, mesmo nas hipóteses em que não tenha resultado para o paciente nenhum dano subsequente à execução do tratamento médico. Cfr, sobre esta matéria, BUGETI, MARIA NOVELLA, *La Disciplina Del Consenso Informato Nella Legge 219/2017*, in *Rivista Di Diritto Civile*, 2019(1),pg 109 e ss.

⁴ Como a este propósito sublinha André Dias Pereira, o “... paciente tem, em primeiro lugar, elevadas expectativas face à medicina e, se algo não decorre em conformidade com os seus desejos, entra em processo de crítica e de acusação. O médico foi “desmistificado”; a profissão médica foi “desmistificada”. Cfr, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pgs. 27-28.

⁵ Como a este propósito justamente sublinha Pedro Romano Martinez: “Muito frequentemente, em caso de dano causado por acto médico é indiscutível a existência de uma relação contratual entre o lesado e o autor da lesão...”, Cfr, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico. Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, pg 462.

Rigorosamente, o abandono a que progressivamente fomos assistindo dos cânones delituais no âmbito da responsabilidade civil médica, e a crescente convocação neste domínio específico das regras respeitantes ao ilícito contratual orienta-se no mesmo sentido que havia sido seguido na trajectória atrás mencionada, no âmbito da qual se operou o trânsito do modelo do paralelismo clínico, para aqueloutro do consentimento informado. Verdadeiramente aquilo que se registou nos dois trajectos acabados de mencionar foi uma progressiva afirmação da responsabilidade civil dos médicos em virtude da crescente sensibilidade relativamente à posição dos doentes.

Torna-se, com efeito, impossível ignorar que no confronto entre os regimes jurídico-positivos dedicados à responsabilidade civil contratual e à responsabilidade civil extracontratual⁶, se manifesta evidente o tratamento mais favorável do credor no tocante à questão do ónus da prova da culpa. Um mero confronto entre a disciplina estatuída no art.º 487º nº 1 e o regime fixado no art.º 799º nº1, permite-nos concluir, sem margem para hesitações, que a presunção de culpa prevista neste último preceito facilita, de modo significativo, a tarefa probatória do credor, que caso uma tal presunção não existisse, teria forçosamente de fazer prova da culpa do devedor para efectivar o seu direito à indemnização^{7 8}.

⁶ Cfr, a propósito do confronto entre o regime das responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil contratual, o nosso estudo, *Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. O Caso particular da Responsabilidade Civil Médica/Parte II*, in *Lex Medicinæ*, Ano 12 (nºs 23 e 24), 2015, pg 25 e ss.

⁷ Acerca deste traço distintivo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade civil extracontratual em matéria de ónus da prova da culpa, Cfr, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil...*, ob. cit, pg. 460 e ss, o nosso estudo, *Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica*, in *Lex Medicinæ*, ano 11º, nº 21-22, 2014, pg 21 e ss.

⁸ Revela-se, na verdade, mais razoável fazer recair o ónus da prova da culpa sobre o médico, uma vez que para este profissional, atentos os seus conhecimentos especializados, se revela mais fácil afastar a presunção do que ao paciente demonstrar a culpa do profissional de saúde.”, Cfr, FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano I, 2004, pg. 119, (nota 8).

Assim sendo, o enquadramento da responsabilidade civil médica nos cânones do ilícito contratual⁹ acaba por facilitar significativamente a tarefa probatória do doente, uma vez que enquanto credor do direito à indemnização acaba por ficar dispensado, por força da presunção legal de culpa, de demonstrar a culpa do médico, sendo que uma tal tarefa se revelaria, na maior parte das vezes, um encargo hercúleo. Não podemos, na verdade, ignorar que na generalidade das situações o paciente é um leigo ou profano, e enquanto tal, não domina os conhecimentos da ciência médica, tornando-se para o mesmo impenetrável a heterodoxia da terminologia ou linguagem desse ramo do saber. Para além destes naturais e inevitáveis obstáculos, importa evidenciar ainda que a superação dos mesmos através do recurso ao apoio de peritos médicos não se revela muito viável, atentos os custos, por regra, coenvolvidos em tais paradigmas

Sopesados todos os argumentos acabados de expor, não se suscitam quaisquer dúvidas em concluir que a solução contratual em matéria de ónus da prova da culpa se manifesta particularmente favorável para os pacientes, razão pela qual se torna compreensível as resistências levadas pela classe médica ao longo deste processo evolutivo ao reconhecimento da natureza contratual da responsabilidade civil em que pudessem vir a incorrer os respectivos membros.

Neste contexto marcado pelas divergências acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil dos médicos, cumpre salientar que uma tal discussão, em face dos dados do nosso ordenamento jurídico-positivo, apenas se pode suscitar no âmbito do exercício privado da medicina, uma vez que relativamente à actividade médica desenvolvida nos estabelecimentos públicos de saúde a lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro acolheu o modelo extracontratual.

⁹ Para o reconhecimento da natureza contratual à responsabilidade civil médica revelou-se decisiva a decisão da *Cour de Cassation* de 20 de Maio de 1936 (*arrêt Mercier*), que pela primeira vez acolheu em França a tese da responsabilidade contratual dos Médicos, Cfr, JOURDAIN, PATRICE, *Distinction des Responsabilité Delictuelle et Contractuelle*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2011, nº 1, pg. 129. No âmbito da dogmática nacional cumpre sublinhar o importante contributo de Moitinho de Almeida para consolidar a afirmação da natureza da contratual da responsabilidade médica, Cfr, ALMEIDA, MOITINHO DE, *Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, in *Scientia Iuridica*, XXI, 1972, pg 327 ss.

Desta feita, mesmo para quem entenda que não existem razões justificativas para chegar a conclusões diferenciadas acerca da natureza da responsabilidade civil dos médicos em função do tipo de sector (privado/público) onde os mesmos exerçam a respectiva actividade, uma vez que o exercício da medicina enquanto prática técnico-profissional patenteia substancialmente as mesmas características em qualquer dos contextos em confronto, certo é que tais críticas apenas se podem aceitar no plano do direito a constituir¹⁰.

Voltando agora a nossa atenção para o universo contratual, onde a discussão sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil dos médicos não se encontra condicionada por qualquer espartilho legal, sempre se dirá que a esmagadora maioria da doutrina se inclina a favor da solução contratual, não obstante as dificuldades de integração da relação médico-doente em determinado tipo contratual, mormente os obstáculos em considerar a actividade médica subsumível no figurino legal do mandato¹¹, que se traduz no arquétipo convocado para proceder ao enquadramento da generalidade dos contratos de prestação de serviços¹²,

¹⁰ Neste sentido, sufragando a natureza contratual da instituição hospitalar, Cfr, DIAS, FIGUEIREDO /MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1984, pg 35.

¹¹ No rol das dificuldades de enquadrar a relação médico-paciente nos cânones do Mandato destaca-se, desde logo, a enorme dificuldade suscitada pelo artº 1161º que estabelece como obrigação do mandatário aquela de seguir as instruções do mandante. Ora, um tal dever de seguir as instruções do mandante não se revela compatível com a autonomia e independência técnico-científica, que constitui nota caracterizadora do exercício da actividade médica. Porém, somos de opinião que se devem aplicar as regras do mandato, enquanto arquétipo legal dos contratos de prestação de serviço, para efeitos de integração contratual no âmbito dos contratos celebrados entre os médicos e os pacientes. Não podemos a este propósito ignorar que o artº 1156º remete para as disposições do mandato, as quais devem ser aplicadas, com as necessárias adaptações.

¹² A propósito da qualificação da relação contratual entre Médico e Paciente como contrato de prestação de serviço, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro chegaram a defender a consagração de um tipo legal de prestação de serviços médicos, Cfr, DIAS, J. FIGUEIREDO/ MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de "lege ferenda"*, *Scientia Iurídica*, XXIII, Jan- Abr, 1984, pg. 107.

entre os quais se integram os eventos contratuais concluídos entre os médicos e os pacientes.

Todo este trajecto percorrido pela doutrina e pela jurisprudência em ordem a clarificar a natureza jurídica da responsabilidade civil médica, iluminado sobretudo pelo propósito de reforçar a tutela dispensada aos pacientes não ficou concluído com a questão de saber se o moderno modelo do consentimento informado será melhor efectivado com recurso ao regime da responsabilidade contratual.

Igualmente debatida tem sido ainda a problemática acerca do abandono do dogma da culpa no contexto da responsabilidade civil médica, e do acolhimento, em alternativa a um modelo que prescindia da culpa, tal como se verifica nos sistemas de responsabilidade “*no-fault*”¹³.

Na linha de preocupação de reforçar a posição dos doentes, se colocam, com efeito, as propostas de substituição de um regime de responsabilidade individual, por mecanismos de responsabilização colectiva.

Relativamente à discussão entretecida em volta do acolhimento do modelo da responsabilidade objectiva, no contexto das relações médico-doente, torna-se mister descortinar se existem razões justificativas para abandonar o dogma da culpa que tem sido acolhido na generalidade das legislações Europeias.

Debruçando-nos então sobre os motivos pelos quais o princípio da culpa tem imperado no instituto da responsabilidade civil, temos de levar em linha de conta que ao limitar-se a actividade individual apenas pela culpa criam-se condições para uma maior efectivação da livre iniciativa económica. Como a este propósito sustenta Calvão da Silva, “... o princípio da culpa, no seu preconceito ideológico individual-liberal — a justificar que entre o lesante e o lesado, que agem sem culpa, seja este o sacrificado, suportando o dano —, constitua um subsídio à expansão da indústria nascente, ao não entravar o *laissez faire* — *laissez passer* com

¹³ Sobre os sistemas No-Fault, Cfr, CASCÃO, RUI, “*A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária*”, in *Lex Medicinæ*, ano 1, nº 1, pg. 97 e ss, DUTE, JOS, “*A Comparison of No-Fault Systems*”, in *Dute/Jos/ Faure, No – Fault Compensation in The Health Care Sector*, Vol 8, Wien/ New York, 2004, pg. 445.

encargos (leia-se, indemnizações independentes de culpa) gravosos e excessivos sobre as empresas”¹⁴.

Todas as considerações acabadas de mencionar são normalmente expendidas, em termos genéricos, a propósito do instituto da responsabilidade civil e situando-nos num tal nível de reflexão, cumpre salientar que a orientação liberalista e individual que foi determinante para a configuração da fonte de obrigações objecto da nossa análise tem vindo a ser contemporizada com exigências e contributos tributários de uma lógica social, bem característica do moderno Estado de Direito.

Bem vistas as coisas, a cedência do dogma da culpa a imposições regulativas dominadas pelo *Ethos* do Estado de Direito Social representa, na verdade, um marco importante na evolução do instituto da responsabilidade civil, marco esse que exprime, por seu turno, uma alteração significativa no modo e na direcção por que se orienta a tutela jurídica neste universo, deixando as atenções de se centrarem no agente para passarem a estar voltadas para o lesado.

No fundo, as exigências de socialização que temos vindo a mencionar, levam a que se passe a eleger a protecção das vítimas como o objecto nuclear do instituto da responsabilidade civil, relegando-se para segundo as necessidades de indagar acerca da censurabilidade da conduta do lesante para fazer recair sobre o mesmo a obrigação de indemnizar.

Não admira assim que os modernos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental tenham passado a prever várias hipóteses ou situações de responsabilidade objectiva, destinadas precisamente a tutelar de modo mais intenso a posição jurídica dos lesados, que vêm as suas esferas jurídicas atingidas por ocorrências danosas, no âmbito das quais não se revela fácil, ou até mesmo possível, identificar o agente causador das mesmas.

Particularmente sensíveis à situação das vítimas em múltiplos sectores da actividade social as quais fatalmente acabariam por ser relegadas para

¹⁴ Cfr, SILVA, J. CALVÃO, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, pgs. 364-365. Ainda a propósito da inspiração individual-liberal do princípio da responsabilidade por culpa provada, o autor explicita que uma tal regra se revela conforme ao “... ideário da Revolução Francesa: à liberdade, pois só a acção nociva é proibida; à igualdade, pois age com culpa quem não se conforma com a lei comum; à fraternidade, pois é moral elementar não prejudicar outrem (*alterum non laedere*) por sua culpa. Daí o seu valor quase universal.”, Cfr, *ob.loc.ant.cit.*

uma situação de miséria, atentas as inúmeras dificuldades em fazer afirmar os seus direitos em face das exigências dos cânones da culpa, os legisladores modernos foram admitindo o surgimento de responsabilidade independentemente de culpa, tipificando um núcleo de hipóteses onde tal se revela possível, hipóteses essas coexistentes com o paradigma da culpa.

Este movimento de socialização do risco foi-se sustentando e consolidando com o surgimento das colectividades de risco – as seguradoras —, para quem os sujeitos sobre quem recai a responsabilidade objectiva transferem contratualmente a sua responsabilidade. Encontramo-nos, na verdade, perante mecanismos colectivos de assunção de responsabilidade pelas seguradoras, cuja responsabilidade só existe se e na medida da responsabilidade dos tomadores do seguro¹⁵.

Apesar do direito dos seguros de responsabilidade¹⁶ se encontrar numa relação de profunda dependência em face do direito substantivo respeitante ao universo da responsabilidade a segurar, certo é que o mesmo não deixa de obedecer a uma lógica própria, cuja apreensão se revela necessária para compreender o sentido e o alcance de múltiplas soluções onde claramente se encontra vertida a autonomia normativa de um tal universo regulativo¹⁷.

Este traço característico da autonomia dos mecanismos colectivos de responsabilidade face às regras do direito substantivo que constitui corolário lógico de todo este movimento de socialização do risco¹⁸ manifesta-se de modo bem mais evidente a propósito da intervenção dos

¹⁵ Cfr, neste sentido, *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 1999 (proc. 99B356)*: “a medida da responsabilidade da seguradora é a responsabilidade do seu segurado; o segurador só é obrigado na medida em que seria o segurado se respondesse pessoalmente.”

¹⁶ Cfr, SILVA, J. CALVÃO, *anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 2003*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134º, pg. 198.

¹⁷ No tocante à autonomia de certos aspectos do regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel face ao direito substantivo da responsabilidade civil, Cfr, o nosso estudo, *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, 2001, pg 384 e ss.

¹⁸ Cfr, a propósito da caracterização do processo de socialização do risco no âmbito do seguro da responsabilidade civil automóvel, Cfr, o nosso estudo, *O Contrato de Seguro...*, ob cit, pg. 407 e ss.

comumente designados Fundos de Garantia que são criados com o propósito de acautelar a situação das vítimas, mesmo em situações que não seja possível registar-se o regular funcionamento do direito substantivo da responsabilidade¹⁹.

Em rigor, a defesa no âmbito do direito da responsabilidade civil médica de sistemas *no fault* encontra-se sustentada na ordem de considerações e razões que se encontram subjacente ao atrás descrito fenómeno de socialização do risco.

Inerentes aos modelos de responsabilização colectiva ou social no âmbito da Medicina encontra-se, com efeito, a ideia básica segundo a qual o médico no desempenho das suas atribuições para além do objectivo nuclear de acautelar os interesses dos pacientes, deve preocupar-se também com a prossecução de interesses sociais.

Sufragar que os médicos pela circunstância de o serem desempenham uma função social relevante significa pura e simplesmente reconhecer os múltiplos desafios colocados pelos extraordinários desenvolvimentos da medicina no contexto das sociedades plurais e conflituadas organizadas politicamente sob o modelo do Estado de Direito Social²⁰.

¹⁹ A propósito da importante função social desempenhada pelo Fundo de garantia Automóvel, assumindo neste particular contexto um particular relevo o princípio jurídico da subsidiariedade da intervenção deste organismo face às regras do direito dos seguros e do direito da responsabilidade civil, Cfr, o nosso estudo, *O Fundo de Garantia Automóvel. Um Organismo com uma Vocação Eminentemente Social*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Lisboa, 2011, pg. 560 e ss (onde a maior autonomia da intervenção do Fundo de Garantia Automóvel face ao direito substantivo da responsabilidade se manifesta é no âmbito das hipóteses previstas no artº 49º, nº 1, al.) a) e c), ou seja, nas situações em que o acidente é causado por um autor desconhecido).

²⁰ Na vigência do Decreto Lei nº 48051, num momento em que o Estado Social se encontrava a despontar na realidade político-social portuguesa já na doutrina se punha em evidência a vertente pública do exercício da actividade médica, considerando-se que a mesma se integra no âmbito das atribuições do Estado providência. Uma tal afirmação da relevância publicística da medicina manteve-se claramente no âmbito da Lei 67/2007. Apesar de coincidirem no tocante à relevância desempenhada pela medicina pública no âmbito do Estado Social, os diplomas mencionados divergem, no entanto, quanto à categoria nuclear que faz desencadear a respectiva aplicação. Na verdade, enquanto o Decreto Lei nº 48051 se estrutura, na base do conceito de acto de gestão pública, já na Lei nº 67/2007, a aplicação do respectivo regime jurídico encontra-se dependente da existência de uma relação de serviço público.

A estruturação da prestação de cuidados médicos através de uma gestão a cargo do Estado, tal como entre nós sucede com o Serviço Nacional de Saúde (S.N.S.), bem como a existência noutros ordenamentos jurídicos de Sistemas de Seguro de Saúde Social²¹, constituem exemplos claramente demonstrativos da vertente pública ou social que constitui característica omnipresente da medicina dos tempos modernos.

Esta progressiva afirmação da vertente pública ou social do papel desempenhado pelo médico não implica, porém, a adopção automática pelos ordenamentos jurídicos hodiernos do modelo da responsabilidade objectiva, sendo que, pelo menos, em tudo quanto se reporta ao exercício da medicina nos estabelecimentos públicos vem-se acentuando manifestamente uma tal tendência²².

Porém, no tocante à medicina privada, onde se tem registado um movimento no sentido da sua caracterização como responsabilidade contratual, nos termos já atrás indicados, a opção dominante ainda se mantém fiel ao paradigma da culpa, revelando-se, no entanto, admissível a aplicação do regime do art.º 800º²³, quando o médico exercer a sua actividade num estabelecimento privado de saúde, ou seja, numa clínica.

²¹ Estamos concretamente a reportar-nos ao sistema que vigora na Alemanha, no âmbito do qual as despesas dos pacientes são suportadas por seguradoras, com uma eventual comparticipação dos custos pelos próprios utentes.

²² Nesta linha de orientação se situa, de acordo com o nosso entendimento, a Lei nº 67/2007, Cfr, a este propósito, o nosso estudo, Responsabilidade Civil Médica nos Estabelecimentos Públicos de Saúde, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 118 (Julho-Agosto 2016), pg 26 e ss, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pg. 807-808: “A Lei nº 67/2007, que regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos, tem algumas novidades com relevo no âmbito da responsabilidade médica, com protecção acrescida dos lesados, embora não chegue ao ponto de criar uma responsabilidade objectiva do Estado”, MONIZ, ANA RAQUEL, Responsabilidade da Administração por Prestação de Cuidados de Saúde e Violação do Dever de Vigilância, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 29-5.2014, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 110 (Março-Abril 2015), pg 46 e ss.

²³ No âmbito dos contratos celebrados entre as clínicas e os pacientes, podemos distinguir os comumente designados contratos totais, contratos divididos e contratos cujo objecto único se consubstancia na prestação de serviços médicos. Desta feita, quer no universo dos contratos totais, quer naqueloutro cujo objecto negocial se traduza na exclusiva prestação de serviços médicos, revela-se possível

Excogitando as razões justificativas para as diferenças de tratamento registadas a propósito dos universos público e privado do exercício da medicina, avançar-se-á, em termos muito sintéticos, que no sector privado se mantém com mais frequência o contacto pessoal e directo entre o médico e o paciente, revelando-se um tal tipo de relacionamento mais compatível com a afirmação da responsabilidade individual, no âmbito da qual a exigibilidade do pressuposto da culpa constitui a regra.

Ao invés, no contexto da prestação de serviços médico em estabelecimentos públicos, a relação destes com os pacientes é fundamentalmente enquadrada por estruturas orgânicas onde a responsabilidade individual dos profissionais de saúde acaba particularmente por se diluir.

Desde logo, na fase preliminar dos contactos entabulados entre os utentes e os estabelecimentos públicos de saúde, a doutrina tem colocado em destaque as inúmeras dificuldades em admitir a possibilidade de existência de relações contratuais, em virtude da mencionada ausência de ligação directa e imediata entre intervenientes no âmbito dos serviços médicos ali prestados. Na verdade, uma certa orientação doutrinal considera que entre a instituição pública de saúde e o médico não se firma um autêntico acordo de vontades, existindo antes uma relação de serviço público, no âmbito da qual o doente assume o estatuto de utente, ao qual estão associados, por via legal ou regulamentar, um acervo de direitos e deveres.²⁴

admitir a existência de responsabilidade da clínica por actos médicos, o mesmo não sucedendo com os contratos divididos. Apenas cumpre nesta sede evidenciar que a imputação de responsabilidade civil às clínicas por actos praticados pelos médicos se revela mais fácil com a aceitação da natureza contratual da relação médico-paciente (remetendo-nos para o artº 800º), pois a adopção do paradigma delitual levantaria particulares dificuldades decorrentes da exigibilidade de uma relação de comissão, nos termos do artº 500º. Com efeito, no âmbito do” artº 800º ficcionase que a conduta dos auxiliares ou dos representantes é uma conduta do devedor: este fica colocado em situação idêntica àquela em que estaria se fosse ele próprio, pessoalmente, a cumprir a obrigação”, Cfr, TRIGÓ, MARIA DA GRAÇA/MOREIRA, RODRIGO, *anotação ao artº 800º*, in Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações –Das Obrigações em Geral, Lisboa, 2018, pg 1114.

²⁴ Cfr, a este propósito, ANDRADE, J. VIEIRA DE, “A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entes públicos”, in revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3591, ano 137º, pg. 361.

Para além disso, a circunstância do serviço médico ser necessariamente prestado pelo Estado, torna-se muito difícil reconhecer a existência de culpa por parte das pessoas colectivas²⁵.

Apesar de na responsabilidade médica no contexto dos estabelecimentos públicos de saúde se registar uma clara tendência para a objectivação, a verdade é que se revela particularmente importante o apuramento da existência de culpa dos profissionais de saúde na prestação dos seus serviços. Uma análise atenta da nossa Lei 67/2007, no âmbito da qual se encontra consagrada a responsabilidade objectiva de Estado pelos actos dos seus agentes e representantes, permite-nos facilmente concluir que se torna mister apurar da existência de culpa por parte dos agentes, bem como do respectivo grau, para determinar se o estabelecimento público de saúde pode exercer o seu direito de regresso face aos médicos²⁶, à semelhança de quanto se regista no modelo da responsabilidade indirecta consagrado no plano delitual no art.º 500.º²⁷

Atentas as dificuldades em identificar a culpa dos médicos e de outros profissionais de saúde, em virtude da complexidade das estruturas orgânicas no âmbito das quais os serviços são prestados, entre outras razões pela circunstância da actividade médica ser hodiernamente, por regra, exercida em equipa, o legislador Português consagrou no art.º 7º

²⁵ Encontra-se aqui verdadeiramente em causa a *vexata quaestio* da possibilidade de imputar um juízo de censura ético jurídica a um ente colectivo, sobretudo para quem sufrague uma concepção de culpa assente na vontade do agente.

²⁶ Cfr, a este propósito, o modo como é tratada a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas quando os seus agentes actuam com culpa leve (responsabilidade exclusiva do Estado- art.º 7º nº 1 da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro) e a forma como esta mesma surge disciplinada quando exista dolo ou culpa grave dos agentes ou representantes do Estado ou demais pessoas colectivas públicas (admissibilidade de direito de regresso pelo Estado ou demais pessoas colectivas públicas – art.ºs 8º, nº 1, 2 e 3 da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro).

²⁷ Não obstante a responsabilidade do Estado por actos dos seus agentes e representantes ser uma responsabilidade civil delitual, certo é que no âmbito da responsabilidade civil médica não se pode afirmar a existência de uma relação de comissão entre a instituição pública de saúde e o médico, razão pela qual se regista uma maior proximidade neste particular aspecto de regime entre a disciplina da Lei nº 67/2007 e o art.º 800º, onde uma tal relação de dependência ou de subordinação não se revela exigível para a aplicação do respectivo preceito.

a categoria da *Faute de Service*. Bem vistas as coisas, a consagração na Lei nº 67/2007 desta figura vem claramente reforçar a conclusão já atrás exposta acerca da marcada tendência para a objectivação da responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde.²⁸

Com efeito, em face de omissões ilícitas, no contexto das quais fosse razoavelmente expectável ao serviço evitar práticas susceptíveis de provocar danos, o lesado tem a faculdade de responsabilizar o serviço.

Apesar de nos encontrarmos perante uma responsabilidade decorrente de defeitos na organização dos serviços de saúde, podendo neste sentido formular-se genericamente um juízo de censura ou de reprovação por uma tal circunstância, certo é que tecnicamente não se pode afirmar a existência de situações de culpa. Desde logo, como já atrás deixámos mencionado, torna-se particularmente difícil na maioria das hipóteses em que se regista a *Faute de Service* identificar o profissional de saúde que praticou o facto ilícito.

Em face de tais considerações, pensamos ser mais correcto afirmar a existência de responsabilidade objectiva nas hipóteses de *Faute de Service*, apesar da designação de uma tal categoria nos remeter para os cânones da culpa em abstracto, e sem particular rigor jurídico, podermos colocar em destaque a intervenção do serviço...

Conquanto se revele possível na generalidade das hipóteses identificar os deveres cuja violação se encontrem na origem das irregularidades ou deficiências na actuação dos serviços, certo é que a concreta imputa-

²⁸ Sobre a consagração da *Faute de Service* no artº 7º nº 3 e nº 4 da Lei nº 67/2007, e o seu enquadramento nos cânones da responsabilidade objectiva, Cfr, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil Médica nos Estabelecimentos Públicos de Saúde*, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 118 (Julho-Agosto 2016), pgs 32-33. Esta figura da *Faute de Service* integra-se, por seu turno, na categoria mais ampla da culpa da organização, sendo que no âmbito desta última, devemos ter em conta, quer a realidade da culpa anónima, quer a realidade da culpa colectiva. Enquanto a culpa anónima abrange as situações de extrema dificuldade, senão mesmo de absoluta impossibilidade de identificar o agente responsável pelo resultado danoso, encontrando-se prevista no art.º 7º, nº 3 da Lei nº 67/2007, a culpa colectiva reporta-se, por sua vez, ao funcionamento do próprio serviço, abrangendo designadamente os danos decorrentes da falta de pessoal especializado para o exercício de determinadas tarefas, estando esta modalidade de *Faute de Service* plasmada no nº 4 do art.º 7º da Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

ção dos deveres a um determinado profissional de saúde enquanto agente do estado pode revelar-se uma tarefa hercúlea, praticamente impossível de levar a cabo com êxito.

Igualmente tributária da manifesta tendência para a objectivação da responsabilidade do Estado por actos dos seus agentes e representantes se revela a solução consagrada no art.º 11º nº 1 da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro onde claramente se admite a responsabilização a este título nas hipóteses de “danos causados por coisas, serviços, actividades especialmente perigosas”.

Com uma tal solução estendeu-se o critério consagrado no art.º 8º do Decreto Lei 48051 aos danos provocados por “coisas, serviços, actividades especialmente perigosas”, não se exigindo já que estejam em causa “coisas, serviços, actividades excepcionalmente perigosas”, consagrando-se nesta hipótese normativa uma verdadeira responsabilidade objectiva.

Na verdade, com a alteração do âmbito normativo dos diplomas normativos em confronto²⁹ alarga-se significativamente o elenco das situações susceptíveis de desencadear a aplicação do regime de responsabilidade objectiva previsto em ambos e estabelecendo um confronto com o regime paralelo estatuído no art.º 493º nº2, somos levados a concluir que o regime constante da Lei nº67/2007, se revela bem mais favorável para os pacientes lesados³⁰.

Não obstante, o actual regime da responsabilidade extracontratual do Estado por actos dos seus agentes e representantes ter consagrado, de acordo com o nosso entendimento, o critério da responsabilidade ob-

²⁹ Neste sentido, já no âmbito da vigência do Decreto Lei 48051 Margarida Cortez defendia, de *iure condendo*, a necessidade de proceder a uma alteração no âmbito normativo do art.º 8º deste diploma legal, Cfr, a este propósito, CORTEZ, MARGARIDA, Contributo para uma Reforma da Lei da Responsabilidade Civil da Administração, in A.A.VV, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Trabalhos Preparatórios da Reforma*, Coimbra, 2002, pg. 262. A autora sufragava então a necessidade da modificação dos termos em que se encontrava formulado o art.º 8º do Decreto Lei 48051, sustentando que em lugar do carácter excepcional das coisas, serviços e actividades, o legislador se viesse antes a referir ao carácter especial das mesmas.

³⁰ Neste sentido, André Dias Pereira considera que : “Este critério é diferente do Direito Civil, revelando-se mais generoso.”, Cfr, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pg. 809.

jectiva do Estado, a verdade é que para o estabelecimento público ser responsabilizado independentemente de culpa, torna-se necessário que o médico tenha actuado culposamente.

Destarte, a tendência registada para uma crescente afirmação da responsabilidade objectiva dos estabelecimentos públicos de saúde não foi ao ponto de abandonar o dogma da culpa neste sentido específico, encontrando-se assim o regime legal Português ainda bem distante dos sistemas da responsabilidade *No Fault*.

Sufragar como regra para a protecção dos pacientes lesados a consagração de sistemas de pura responsabilidade objectiva não se nos afigura opção adequada, uma vez que se revelaria demasiadamente exigente para os médicos, os quais se acabariam por ver envolvidos em problemas de responsabilidade sempre que da sua actuação resultassem danos para os pacientes.

Conquanto a consagração de um regime de responsabilidade independente de culpa sempre teria de admitir a existência de válvulas de escape, permitindo-se aos médicos a invocação de causas de exclusão da sua responsabilidade, certo é que perante a ocorrência de uma situação danosa estes profissionais de saúde ver-se-iam necessariamente forçados a provar que os danos sofridos pelos pacientes não tinham qualquer conexão com o exercício da actividade médica.

Com efeito, a relação entre o médico e o paciente tem de ser invariavelmente caracterizada como uma relação de natureza fiduciária, atenta a sua natureza eminentemente pessoal, natureza essa que impõe a manutenção de níveis de confiança significativos enquanto uma tal relação se mantiver, podendo assim afirmar-se neste contexto a existência de uma relação de confiança de “permanente continuidade”³¹. Destarte, quer nos encontremos situados perante um contacto estabelecido entre o médico e o paciente no âmbito da clínica privada, quer o mesmo seja entabulado num estabelecimento público de saúde, pensamos não ser possível prescindir do cariz eminentemente pessoal deste tipo de relações, e assim sendo, qualquer irregularidade ocorrida na execução deste tipo de relação deve ser abordado de acordo com os cânones da culpa, onde se torna sempre imprescindível voltar as atenções para a posição ou a conduta assumida pelo

³¹ Cfr, a este propósito, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, pg. 673.

agente e para a questão do cumprimento/incumprimento dos deveres que sobre si recaiem.

A Consagração de um modelo de responsabilidade objectiva dos médicos, além de particularmente rigoroso para os mesmos, encontra-se ainda nos antípodas do modo como tem sido entendida a obrigação do médico, que deixaria de ser concebida como uma obrigação de meios para passar a ser perspectivada como uma obrigação de resultado.

Cumprir deixar bem claro não constituir o peso da tradição dogmática e jurisprudencial entretecida ao longo dos tempos acerca da natureza da obrigação assumida pelos médicos o motivo principal porque repudiamos a adopção de um sistema *no fault*, mas antes a circunstância de um tal modelo levar implícita uma concepção de infalibilidade da actividade dos médicos, que claramente repudiamos.

Ora, impor aos médicos que garantam aos pacientes a prestação de cuidados isentos de todo e qualquer dano, significa aderir efectivamente a um modelo infirmado pela realidade a que o mesmo se reporta.

As limitações das *leges artis* da medicina por muitos avanços que esta ciência nos seus mais variados domínios tenha alcançado constitui um dado inelutável, assim como as falhas humanas não merecedoras de reprovação em que os médicos possam vir a incorrer. Como justamente se tem reconhecido ao longo dos tempos, por tal corresponder a uma dimensão ineliminável da realidade médica, os riscos da medicina entendidos como margem de falibilidade decorrentes das contingências e limitações próprias da ciência médica têm sido cientificamente entendidos como causa de justificação, que exclui a responsabilidade destes profissionais de saúde.

Num terreno marcado por naturais incertezas e contingências encontrar modelos de responsabilidade centrados unicamente nos pacientes lesados corresponde a uma opção desequilibrada por não levar em linha de conta a posição dos médicos, que em face de tantas exigências e rigor, tenderiam a adoptar uma postura defensiva.

Com efeito, a adopção de modelos cujos resultados da sua aplicação redundam numa mais intensa e efectiva responsabilidade dos médicos conduz necessariamente a reacções desta classe profissional, destinadas a evitar a ocorrência de litígios judiciais em que possam vir a estar envolvidos. Fugir ao acompanhamento médico de situações mais complexas ou de diagnóstico duvidoso, proceder à requisição de exames complementares, análises e outros testes para tentar afastar todas as dúvidas ou margem de hesitações, aconselhar o utente a pedir uma segunda opinião médica, o recurso a terapias medicamentosas por vezes desnecessárias,

mas tidas como mais eficazes para evitar sequelas possíveis ligadas a determinadas patologias, representam exemplos bem característicos da comumente designada Medicina defensiva.

Este tipo de prática médica, além de envolver um aumento de custos para os respectivos sistemas de saúde, não pode considerar-se como particularmente favorável aos interesses e anseios dos pacientes³².

Com o propósito de evitar inconvenientes da medicina defensiva ligados à adopção de sistemas *no fault*, uma das propostas possíveis será a de enquadrar a responsabilidade civil médica num universo dos mecanismos colectivos de responsabilização. No fundo, pretende-se por esta via associar a responsabilidade civil médica aos seguros ou aos fundos de garantia, surgindo assim estes mecanismos colectivos de responsabilização em paralelo ou até autonomizados dos tradicionais sistemas de responsabilidade civil.

Atenta a circunstância das consequências patrimoniais desfavoráveis decorrentes da responsabilidade civil médica serem suportadas por comunidades de risco atenuaria significativamente o maior rigor ou exigência inerente aos regimes de responsabilidade objectiva.

Constituindo os seguros um instrumento capaz de permitir a consolidação de modelos de responsabilidade independente de culpa no universo da medicina, aos mesmos seria também associado um importante papel na atenuação da eficácia sancionatória ou preventiva que surge ligada à responsabilidade subjectiva³³.

³² Como a este propósito observa André Dias Pereira "...as respostas são tomadas em primeira linha com o objectivo de evitar a responsabilidade e não tanto o de beneficiar o paciente.", Cfr; PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pg. 93.

³³ Apesar do regime jurídico positivo português não permitir concluir pela existência de uma função preventiva autónoma da responsabilidade civil, atenta a disciplina fixada no art.º 494º, ao invés de quanto sucederia se fosse admitida a ressarcibilidade dos danos punitivos, certo é também que ao admitir-se como regra do sistema de responsabilidade civil a responsabilidade subjectiva, então está a afirmar-se que apenas pode ser imposta uma obrigação de indemnizar a quem tenha adoptado uma conduta ético-juridicamente censurável ou reprovável. Destarte, a imposição da obrigação de indemnizar não deixa de levar coenvolvida uma dimensão ou vertente de censura ético-jurídica, e assim sendo, anda nesse sentido, associada à responsabilidade por factos ilícitos uma função preventiva.

Que apreciação crítica deve ser então dirigida a esta tentativa de complementar ou substituir a responsabilidade civil médica por um modelo securitário destinado a conceber aquele instituto como responsabilidade objectiva?

Não encaramos com particular simpatia as propostas dogmáticas cujo objectivo se reconduz em remeter para o universo do direito dos seguros problemas próprios e específicos do direito da responsabilidade, direito este que tem como objectivo nuclear proceder à distribuição ou repartição dos danos³⁴ sofridos pelos particulares no todo da realidade social.

Não é a primeira vez que nos pronunciamos no sentido acabado de mencionar, porquanto contar com a contribuição das seguradoras para desempenharem funções de assistência ou segurança social, que pertencem em primeira linha ao Estado não se nos afigura uma opção satisfatória.

Com efeito, as seguradoras sentindo as suas posições reflexamente agravadas com a mais fácil emergência de situações de responsabilidade civil médica tenderão muito naturalmente a usar mecanismos ou técnicas negociais de defesa, expedientes esses que acabam por não acautelar a posição dos médicos ou dos pacientes lesados nos termos abstractamente expectáveis.

Seja através da fixação de limites máximos indemnizatórios³⁵, seja por via de definição convencional de mecanismos de comparticipação dos lesados nos prejuízos³⁶, bem como da frequente utilização de cláusulas de

³⁴ Cfr, neste sentido, MONTEIRO, J. SINDE, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in Revista da Faculdade da Universidade do Porto, Ano II- 2005, pg 349.

³⁵ Em determinadas modalidades de seguros, tal como sucede com o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (Dec. Lei nº 291/2007), tais limites encontram-se definidos na lei, sendo que em muitos outros tipos de seguro esses limites onde não existe um tecto legal previamente estabelecido, as partes no momento da celebração do contrato de seguro podem optar pela prévia fixação do valor da indemnização. O recurso a este expediente convencional constitui, por regra, uma derrogação ao princípio do indemnizatório, sendo que em determinadas situações, atento o valor dos danos em concreto sofridos pelo tomador, poderá o mesmo obter uma indemnização integral dos danos, e quando assim suceder não ficarão comprometidas as exigências regulativas do princípio do indemnizatório. A propósito das derrogações ao princípio do indemnizatório decorrentes da prévia fixação do valor da indemnização, Cfr, REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra, 2010, pg 255.

³⁶ Sobre os comumente designados mecanismos de comparticipação nos custos dos sinistros, ou nos co-pagamentos, de utilização frequente no âmbito dos

exclusão de responsabilidade, as seguradoras acabam por poder inviabilizar as exigências substantivas do direito da responsabilidade consubstanciadas no princípio do ressarcimento integral dos prejuízos (art.º 566, nº 1).

Ainda em sede de limitações impostas por via dos seguros aos direitos dos terceiros lesados, incumbe destacar a relevância assumida pelas cláusulas *claims made* no universo dos seguros de responsabilidade profissional³⁷. Com o recurso a este tipo de cláusulas, as partes procedem à delimitação temporal da garantia do seguro, centrando-a no momento da reclamação do prejuízo e não na data da ocorrência do sinistro.

No novo regime do contrato de seguro encontra-se expressamente prevista no artº 139º, nº 3³⁸ a possibilidade das partes procederem à delimitação temporal da cobertura tendo em conta a data da reclamação do dano pelos lesados , prevendo-se aí para as hipóteses em que o risco

seguros de saúde, cfr, MORGADO, JOSÉ PEREIRA, *anotação ao art.º 49º do novo regime do contrato de seguro*, in *Lei do Contrato...*, ob cit., pg 253.

³⁷ Cfr, a este propósito o artº 104º, nº 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 145/2015, com a última actualização que lhe foi dada pela Lei nº 23/2020)

³⁸ Já no artº 139º, nº 2 deste novo regime do contrato de seguro se prevê a validade das cláusulas que delimitam o período de cobertura a partir da reclamação do dano, ao lado das cláusulas onde uma tal delimitação ocorre a partir da prática do facto (*action committed basis*) e aquelas outras no âmbito das quais a mesma se regista no momento da manifestação do dano (*loss occurrence basis*). Acerca destas diferentes modalidades de delimitação temporal do âmbito de vigência do Contrato de Seguro, cfr, VASQUES, JOSÉ, *anotação ao artº 139º do novo regime do contrato de seguro*, in *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Pedro Romano Martinez e outros, 3ª ed, Coimbra, 2016, pgs 448-449, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Novembro de 2017 in, www.dgsi.pt : ponto IV do sumário : “ Nas apólices de reclamação, também denominadas *claims made*, a delimitação temporal da garantia do seguro reporta-se não à data da verificação do facto causador do prejuízo, mas antes à data da sua reclamação, diferentemente do que acontece nas apólices de seguro denominadas de ocorrência, que apenas admitem a indemnização quando o facto causador do dano se verifica na vigência do contrato de seguro”. Para maiores desenvolvimentos acerca das cláusulas *claims made*, vide, REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de Seguro...*, ob cit, pg 126 (notas 257 e 259), pg 849 (nota 2358), Garofalo, Andrea Maria, *L'Assicurazione Claims Made E IL Dialogo Tra Formanti*, in *Rivista Di Diritto Civile*, 2019(4), pg1039 e ss, Candian, Albina, *La Giurisprudenza E Le Sorti Delle Clausole Claims Made*, in *Rivista Di Diritto Civile*, 2018(3), pg 685 e ss.

não esteja coberto por um contrato de seguro posterior a garantia pelo seguro de responsabilidade civil vigente ao tempo da ocorrência dos sinistros quando os danos sejam reclamados no ano seguinte ao termo deste contrato³⁹.

Tendo em conta todos os constrangimentos legais e convencionais atrás descritos, os médicos acabam em muitas situações por não poderem beneficiar da incolumidade patrimonial na medida da responsabilidade em que venham a incorrer, e os lesados podem não vir a ver integralmente ressarcidos os prejuízos.

Ponderadas todas estas considerações críticas, insistimos na opinião já atrás manifestada que remeter para o direito dos seguros o ressarcimento de prejuízos que, de acordo com as regras gerais do direito da responsabilidade, deveriam ser suportados pelos lesados, constitui uma opção que não se revela, desde logo, conforme com o tipo de actividade das seguradoras, que não é certamente um tipo de actividade assistencial.

Na verdade, não se nos afigura correcto imputar às seguradoras funções e atribuições típicas da segurança social, não obstante as empresas, apesar de vocacionadas para a prossecução do lucro, se encontrarem cada vez mais empenhadas em assumir a comumente designada *responsabilidade social*⁴⁰.

³⁹ Impõe-se como requisito subjectivo exigindo para a aplicação do critério previsto neste preceito o desconhecimento pelas partes de eventos danosos ocorridos durante a vigência do contrato.

⁴⁰ A propósito da responsabilidade social das empresas, cfr, MONTEIRO, MANUEL ALVES, *A Responsabilidade social das Empresas (RSE) artigo originariamente publicado nos cadernos da CMVM* (http://www.cmvm.pt/publicacoes/cadernos/caderno_21.asp, (o autor coloca em destaque a importância da obra de Howard Bowen intitulada “Social Responsibilities of the Businessman” em 1953 para a emergência deste paradigma em que as empresas não são entidades unicamente movidas pelo propósito de obtenção do lucro.

A Actividade Médica e o binómio Obrigação de Meios/ /Obrigação de Resultado

Tradicionalmente, a obrigação de um médico, à semelhança da vinculação obrigacional assumida pelo advogado perante o seu cliente tem sido caracterizada, de modo invariável, como uma obrigação de meios.

No tocante à posição negocial assumida pelo advogado no âmbito de uma relação de mandato, a convocação da categoria da Obrigação de meios para o respectivo enquadramento jurídico radica basicamente na circunstância de o resultado final do processo patrocinado por este profissional depender da intervenção de terceiros: juiz, administração, notários, conservadores.

Relativamente à obrigação que recai sobre o médico nos contactos estabelecidos com os seus pacientes, a qualificação como obrigação de meios radica em circunstâncias um pouco diversas, circunstâncias essas atinentes, quer às limitações do próprio conhecimento médico, aos riscos da ciência médica, à colaboração exigível ao paciente no seu tratamento ou recuperação pós-operatória, ou ainda às predisposições constitucionais dos doentes⁴¹.

No fundo⁴², a aleatoriedade na obtenção de um resultado favorável (o tratamento ou a cura) que constitui a razão justificativa para conceber os

⁴¹ Louvando-se nos ensinamentos de Philippe le Torneceu e Loïc Cadiete, Rute Teixeira Pedro coloca precisamente em destaque que além de uma incerteza relativa à eficiência das próprias terapias médicas "... acresce a aleatoriedade inerente à individualidade do organismo do concreto doente, que pode ser mais receptivo ou reactivo a essas terapias", Cfr, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, 2008, pg. 96 (nota 231).

⁴² A propósito da álea enquanto critério distintivo das obrigações de meios e das obrigações de resultado, cfr, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pgs. 708-709, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, ob. cit., pg. 93 ss. Na jurisprudência *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008*, in www.dgsi.pt, *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Abril de 2006* (in, Colectânea de Jurisprudência, ANO XXXI, 2006, Tomo II, pg. 110 — neste aresto coloca-se precisamente em destaque a relevância assumida pela intensidade da aleatoriedade existente nas actividades ou operações médicas para se proceder à distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado).

deveres dos médicos como obrigações de meios prende-se essencialmente com as contingências do saber médico e com a cooperação do paciente, podendo quanto a este último factor afirmar-se que quanto maior for a exigência de cooperação do paciente para a obtenção de um resultado positivo, maior será a probabilidade de qualificar a obrigação do médico como uma obrigação de meios.

Em rigor, quer no tocante aos deveres assumidos pelos médicos, quer em relação às obrigações dos advogados, a qualificação que a tais adstrições obrigacionais associa a categoria de obrigações de meios representa a clara manifestação da existência de uma ineliminável margem de aleatoriedade inerente ao exercício das respectivas actividades.

Tendo precisamente em conta este critério distintivo acabado de mencionar, importa mencionar que a enorme evolução técnico-científica registada em várias áreas do saber médico tem reduzido significativamente a margem de afirmação dos riscos médicos inerentes à mencionada álea que se encontra subjacente ao exercício da medicina. Ora, no tocante a certos domínios específicos onde já se revela muito diminuta a incerteza da obtenção dos resultados desejados pelos pacientes, tem-se cada vez mais sustentado, quer no plano doutrinal, quer a nível jurisprudencial, a afirmação da existência de autênticas obrigações de resultados.

Quer a área da radiologia, quer o universo das análises clínicas, bem como o domínio da cirurgia estética têm sido apontados como exemplos paradigmáticos de contextos em que a actividade dos médicos deve considerar-se enquadrada na categoria das obrigações de resultado. Existem mesmo certos domínios onde vem sendo convocado o contrato de empreitada para explicitar o conteúdo do contacto negocial estabelecido entre o médico e o paciente, tal como sucede com os actos médicos de colocação de próteses dentárias ou com a simples extracção de dentes ⁴³.

Sendo certo que, atentos os avanços técnicos significativos registados no âmbito de contratos médicos de extracção e reconstrução de dentes,

⁴³ A propósito de actividades no universo da odontologia que a doutrina e a jurisprudência vão cada vez mais classificando como obrigações de resultado, cfr, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes*, ..., ob. cit., pg. 722., e no plano jurisprudencial, vide, *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008*, (in www.dgsi.pt).

este tipo de actos não são susceptíveis de envolver particulares riscos de execução defeituosa, parece-nos, no entanto, que se está a ir longe de mais ao equiparar-se um trabalho de índole técnico-científica a uma obra puramente material⁴⁴.

Dúvidas quanto à assunção de uma obrigação de resultado não se suscitam igualmente a propósito das análises clínicas ou dos exames radiológicos⁴⁵, domínios no âmbito dos quais a fiabilidade e a precisão das técnicas utilizadas permitem alcançar conclusões muitíssimo seguras⁴⁶.

Maiores dúvidas se têm suscitado, no entanto, em relação ao sector da cirurgia estética, onde se vem também registando uma tendência dogmática e jurisprudencial crescente para afirmar a existência de obrigações de resultado dos cirurgões plásticos.

Com efeito, nem todo o universo abrangido pela cirurgia estética tem sido objecto do mesmo tipo de tratamento⁴⁷. Torna-se usual depa-

⁴⁴ Neste sentido, considerando que a actividade do médico não pode ser qualificada como uma obra, apesar de certas prestações poderem aproximar-se de uma tal categoria (ex: colocação de próteses), Cfr, ALMEIDA, C. FERREIRA, “*Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português*”, in Revista de Direito do Consumidor, nº 16 (1995), pg. 9. Cumpre, porém, sublinhar que no âmbito do Código de Hamurabi a responsabilidade do médico era regulada em termos muito semelhantes à responsabilidade do empreiteiro, que do ponto de vista sistemático, se encontrava prevista em artigos anteriores em que aquela surgia disciplinada, vide, a este propósito, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit., pg. 22.

⁴⁵ Neste sentido, Cfr, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil...*, ob. cit., pg. 98 (nota 235). Na Jurisprudência nacional, no mesmo sentido se pronuncia o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008 (in www.dgsi.pt), reportando-se este aresto à realização de exames médicos em diversas áreas, entre as quais realça a da radiologia.

⁴⁶ Idênticas considerações podem ser expendidas a propósito das hipóteses em que a prestação médica pressupõe “...o emprego de aparelhos e utensílios mecânicos (maquinismos)”, Cfr, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil...*, ob. cit., pgs. 99-100 (a autora considera que a obrigação do médico é de resultado quanto ao bom funcionamento dos maquinismos).

⁴⁷ Reportando-se genericamente ao reconhecimento da existência de obrigações de resultado no âmbito do universo da cirurgia estética, a partir da consideração de que “...o médico se compromete a produzir um resultado estético no doente”, Cfr, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil...*, ob. cit., pg. 98 (nota 235). Idênticas considerações podem colher-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

rarmo-nos com a distinção operada entre a cirurgia estética reconstrutiva e a cirurgia estética de embelezamento.

Em relação à cirurgia estética de embelezamento, a sua integração na categoria das obrigações de resultado filia-se no entendimento segundo o qual o paciente espera um resultado positivo ou satisfatório na sequência da operação clínica, uma vez que o médico neste tipo de actos está a intervir em corpo são. Esta circunstância cria uma expectativa firme no paciente que as consequências do acto médico hão-de reconduzir-se a benefícios ou melhorias estéticas relevantes, razão pela qual qualquer anomalia ou vício que venha a registar-se determinará que se identifique uma situação de incumprimento.

No tocante à cirurgia estética meramente reconstrutiva, já não se verifica uma realidade paralela à atrás descrita, sendo que, num tal contexto apenas é exigida do médico a adopção de um comportamento diligente e respeitador das *leges artis* prevalecentes no respectivo sector, devendo então qualificar-se a obrigação destes profissionais de saúde como a generalidade das adstrições pelos mesmos assumidas; ou seja, deve-lhes ser atribuído o epíteto de obrigação de meios.

Em face de quanto ficou anteriormente exposto, não temos dúvidas em reconhecer que em algumas áreas específicas da medicina a actuação dos médicos pode ser perspectivada de acordo com a categoria dogmática da obrigação de resultado, sendo que nestas áreas, os pacientes criaram legitimamente expectativas na fiabilidade dos diagnósticos e conclusões clínicas.

Razão pela qual, quando os resultados da actuação dos médicos não se revelam bons, os mesmos são reputados como inaceitáveis porquanto

de 17 de Dezembro de 2009, que qualifica a cirurgia estética como obrigação de quase resultado uma vez que está em causa "...uma obrigação em que só o resultado vale a pena", Cfr, www.dgsi.pt. Porém, uma tal orientação não é unanimemente acolhida na jurisprudência nacional, como se pode constatar pela leitura da passagem do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de outubro de 2007 (in www.dgsi.pt), que passamos a citar: "na cirurgia com finalidade puramente estética, na qual o cirurgião segue um modelo, pretendendo que o paciente fique com o nariz ou seios como solicitou, alguma margem de não coincidência total com a imagem idealizada pode verificar-se sem que tal possa, por si, constituir responsabilidade para o cirurgião.". No mesmo sentido se orientam ainda os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008 e de 15 de Novembro de 2012 (ambos in www.dgsi.pt).

nas modernas sociedades continentais a doença é cada vez menos bem compreendida e aceite⁴⁸.

Porém, não se nos afigura correcto estender um tal enquadramento jurídico à generalidade dos actos médicos, tal como de algum modo decorreria do acolhimento de um modelo de responsabilidade civil médica em que se prescindisse do requisito da culpa.

Com efeito, no contexto de um sistema que adoptasse como regra a responsabilidade objectiva dos médicos, uma vez verificada a ocorrência de danos nos pacientes, estes profissionais de saúde seriam obrigados a indemnizar mesmo que pudessem não ter violado determinados deveres de cuidado, ou pelo menos quando a violação de tais deveres não fosse merecedora de um juízo ético-jurídica de censura.

Bem vistas as coisas, um tal paradigma a ser aceite no universo da responsabilidade civil médica seria bem mais conforme com a qualificação da obrigação dos médicos como uma obrigação de resultado, na medida em que os pacientes, no âmbito deste modelo, têm expectativas elevadas face à ciência médica⁴⁹, e esperam, com particular grau de intensidade, que estes profissionais lhes permitam alcançar os seus objectivos de tratamento e de cura.

Admitir pura e simplesmente a existência de responsabilidade civil médica, em virtude dos danos sofridos pelos pacientes terem decorrido do exercício da medicina, mesmo que na base de uma tal situação danosa não se encontre a violação de deveres de cuidado representaria um mode-

⁴⁸ Cfr, a este propósito, COSTA, JOSÉ FARIA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992 (reimpressão-200), pgs. 400-401 (especialmente nota 89).

⁴⁹ As elevadas expectativas dos pacientes face à ciência médica resultam fundamentalmente dos enormes progressos técnico-científicos que a mesma foi conhecendo nas sociedades contemporâneas. Ora, é precisamente esta enorme evolução à qual se encontram associadas as características da fiabilidade e rigor dos actos médicos que legitima as dúvidas quanto à qualificação da obrigação destes profissionais como obrigação de resultado, e da sua responsabilidade como responsabilidade objectiva. Importa, no entanto, explicitar que as elevadas expectativas dos pacientes em face da ciência médica também se afirmam na hipótese de qualificarmos a obrigação do médico como obrigação de meios, uma vez que as mesmas se encontram sobretudo ligadas à forte evolução da medicina. Porém, caso qualificássemos esta dita obrigação como uma obrigação de resultado e a responsabilidade do médico enquanto responsabilidade objectiva, as mencionadas expectativas dos pacientes intensificar-se-iam.

lo particularmente severo para tais profissionais de saúde, ainda que um tal rigor pudesse vir a ser contemporizado com a estatuição de limites máximos indemnizatórios⁵⁰.

Destarte, mesmo que nos encontremos perante situações onde seja de reconhecer a existência de autênticas obrigações de resultado, somos de opinião que a responsabilidade civil dos médicos apenas será admissível se os mesmos no exercício da sua actividade violarem deveres de cuidado ou de diligência e tais situações de violação forem merecedoras de censura ético-jurídico.

Em suma, no âmbito da responsabilidade civil médica não se deve abandonar a regra da culpa, pois uma tal opção seria de molde a provocar uma paralisação significativa da actividade dos médicos, atentos os já atrás mencionados problemas envolvidos na prática de uma medicina defensiva.

Para além disso, o tipo de relacionamento gerado na sequência do contrato negocial entre o médico e o paciente, relacionamento esse caracterizado essencialmente pelas notas da pessoalidade e da confiança, revela-se bem mais compatível com o acolhimento da opção pela responsabilidade civil subjectiva.

⁵⁰ A propósito da relevância dos limites indemnizatórios enquanto instrumento adequado a amenizar o rigor inerente à consagração de hipóteses de responsabilidade objectiva, Cfr, SILVA, J. CALVÃO, *Anotação ao Acórdão de 1 de Março de 2001 (Acidentes de Viação: Concorrência do risco com a culpa do lesado (art 505º); limites máximos da responsabilidade objectiva (artº 508º) e montantes mínimos obrigatórios do seguro; indemnização e juros de mora (artº 566º, nº 2 e 805º, nº 3))*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134º (nºs 3924 e 3925), pg 118: “Significa isto que, na lógica do legislador, a excepcionalidade da responsabilidade objectiva (cfr. Art. 483º, nº 2 do Código Civil) por acidentes de viação (artº 503º do Código Civil) encontra justificável e razoável contrapeso na exigência de quantitativos máximos de indemnização, segundo a orientação tradicional da responsabilidade limitada quando fundada no risco”. Para além da estatuição de limites indemnizatórios, também o elenco de causas de exclusão de responsabilidade pode desempenhar um papel idêntico de atenuação do peso da responsabilidade para o agente. Na verdade, a admissibilidade da existência de causas de exclusão da responsabilidade demonstra precisamente que a responsabilidade objectiva não é sinónimo de responsabilidade ilimitada.

Responsabilidade Civil Médica e a aplicabilidade da presunção de culpa do art.º 799º nº 1

Como tivémos ocasião de referir na trajectória que atrás deixámos exposta a propósito da evolução registada no instituto da responsabilidade civil médica, constitui hoje *opinio communis* que no âmbito do exercício da medicina privada o contacto entabulado entre o médico e o paciente deve ser concebido como uma relação contratual.

Em face de uma tal conclusão, seríamos levados a sufragar a aplicabilidade da presunção estabelecida no art.º 799º nº 1 à relação estabelecida entre o médico e o doente, uma vez que tal regra se encontra prevista em termos genéricos para o campo da ilicitude contratual.

Verdadeiramente a defesa deste entendimento corresponde à solução mais coerente, do ponto de vista lógico, com a afirmação da natureza contratual da responsabilidade civil médica: tendo em conta a premissa maior de acordo com a qual à responsabilidade contratual se aplica a presunção de culpa prevista no art.º 799º, nº 1, e considerando que a premissa menor é no caso a seguinte: a responsabilidade civil médica tem natureza contratual, deveríamos, à luz deste esquema metodológico subsuntivo, concluir então que o art.º 799º nº 1 deverá ser aplicado à responsabilidade civil médica.

Porém, na doutrina e na jurisprudência têm-se suscitado particulares dúvidas⁵¹ quanto à admissibilidade da aplicação do art.º 799º nº 1 às situações de responsabilidade civil médica.

⁵¹ Onde não se suscitam dúvidas quanto à inversão do ónus da prova da culpa é no universo daquelas situações em que o médico inutilizou determinado meio de prova, impedindo que o autor faça a demonstração dos elementos constitutivos do seu direito, porquanto a prova da existência de tais elementos encontra-se precisamente dependente de um tal meio que foi inutilizado pelo médico. Estamos nesta hipótese a partir da hipótese da responsabilidade médica se situar no universo extracontratual, competindo assim ao paciente fazer a prova dos elementos constitutivos do seu direito. Nestas hipóteses aplica-se, a regra geral do artº 342º, nº 1, sendo que se ocorrer uma situação do tipo daquela que foi atrás mencionada, então haverá lugar à concreta convocação do critério constante do nº 2 do artº 344º, onde se prevê a inversão do ónus da prova: “Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao

Levando em consideração a natureza jurídica da obrigação assumida pelo médico, comumente caracterizada como uma obrigação de meios, têm sido levantadas dificuldades quanto à admissibilidade de aplicação do art.º 799º nº 1 ao universo da responsabilidade civil médica. Na verdade, de acordo com um certo sector da doutrina e da jurisprudência, a presunção de culpa consagrada neste preceito legal apenas poderá ser mobilizada no âmbito das obrigações de resultado.

Exigindo-se sempre do médico uma actuação zelosa e diligente, certo é que quando estivermos perante uma obrigação de resultado⁵², este tipo de actuação revela-se apenas como instrumental, uma vez que, em face

onerado. Bem vistas as coisas, um tal tipo de situações pode vir a ocorrer no âmbito da prestação de cuidados médicos em estabelecimentos públicos de saúde, porquanto em tal contexto a responsabilidade civil do médico assume natureza extracontratual (art.º 1, nº 1 da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). A propósito das situações de inversão do ónus da prova determinadas por impossibilidade de prova pelo onerado, em virtude da mesma ter sido causada pela contraparte, Antunes Varela (citando Vaz Serra) avança sugestivamente com este exemplo ocorrido num tribunal alemão: “a prova da culpabilidade de um médico dependia do facto de ser de gaze ou de algodão uma compressa e do seu tamanho. O médico inutilizou a compressa e o tribunal considerou-o onerado com a prova de que não tivera culpa.” Cfr, VARELA, J. ANTUNES E LIMA, PIRES DE, *Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª ed.*, Coimbra, 1987, pg 309 sobre esta matéria, vide ainda, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes ...*, ob. cit, pgs. 525-526 e na Jurisprudência nacional, *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2020*, in www.dgsi.pt, *Acórdão do S.T.J de 10 de Setembro de 2019*, in www.dgsi.pt, *Acórdão do STJ de 12 de Abril de 2018*, in www.dgsi.pt. Rigorosamente esta solução legislativa contida no nº 2 do artº 344º representa uma sanção contra o comportamento daquela parte que criou uma situação de impossibilidade probatória ao autor. Importa, no entanto, referir a propósito do exemplo atrás indicado que se o dano causado ao paciente tivesse ocorrido no âmbito do exercício privado da medicina, então já não se revelaria necessário convocar o critério do artº 344º, nº 2, uma vez que pura e simplesmente a solução alcançada por este artigo seria naturalmente atingida com a aplicação do disposto no artº 799º, nº 1, o qual seria convocado, de acordo com a orientação por nós defendida, para resolver um tal tipo de situações. Porém, as conclusões acabadas de expender só farão realmente sentido se aceitarmos, tal como vem sendo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, que a relação estabelecida entre o médico e o paciente no âmbito da medicina privada tem natureza contratual.

⁵² Como já amplamente tivemos ocasião de esclarecer ao longo do texto, o leque de actividades médicas susceptíveis de serem qualificadas como obrigações de resultado corresponde a um leque muito reduzido.

da ausência de *álea* neste contexto, o cumprimento das *leges artis* da medicina constitui garantia eficaz para alcançar o resultado visado com o comportamento debitório.

Destarte, neste tipo de obrigações quando não seja alcançado o objectivo pretendido pelo credor, tal situação constituirá razão bastante e suficiente para presumir que o devedor é culpado.

Ao invés, quando estiverem em causa obrigações cujo resultado visado seja incerto de alcançar, então emerge como decisivo enquanto objecto do vínculo obrigacional a diligência e o zelo que o devedor tem de colocar na realização da prestação a que está adstrito.

In obligatio não se encontra nestas situações um resultado determinado, mas apenas a diligência exigível ao devedor, o que como se sabe corresponde à generalidade das prestações a que o médico se vincula.

Ora, assim sendo a falta de obtenção do resultado não poderá, segundo um tal entendimento, desencadear a aplicação da presunção de culpa do art.º 799º nº 1, cabendo antes ao paciente (credor) provar a culpa do médico.⁵³

De acordo com esta concepção, a natureza específica da obrigação dos médicos impede a aplicação do regime consagrado para a responsabilidade contratual a propósito do ónus da prova da culpa (art.º 799º nº 1) no âmbito da responsabilidade civil médica, e, desta feita, neste contexto específico esbate-se um traço importante de diferenciação entre os ilícitos contratual e extracontratual.

No fundo, desentranhando-se do âmbito da responsabilidade civil médica entendida como um ilícito contratual um elemento fundamental do respectivo regime jurídico, acabam por se esbater as diferenças entre os ilícitos contratual e extracontratual. Cumpre esclarecer a propósito do esbatimento das diferenças entre os regimes jurídicos relativos a estas modalidades de ilícito, que a aproximação entre ambas se tem intensificado ao longo dos tempos⁵⁴, razão pela qual na doutrina se vem questionando

⁵³ Neste sentido do afastamento da aplicação da presunção de culpa do art.º 799º, nº 1 à relação contratual entabulada entre o médico e o paciente, em virtude da obrigação do médico se configurar como uma obrigação de meios, Cfr, *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Março de 2006*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXXI, 2006, Tomo II, pg. 153.

⁵⁴ Basta tomar em consideração o modo como era tratada a questão da compensação dos danos não patrimoniais pela doutrina clássica, que apenas admitia o

se a destriça entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não será uma distinção em crise⁵⁵.

Apesar de ser manifesta a tendência para a aproximação das disciplinas positivas das modalidades de ilícito acabadas de mencionar, certo é que na generalidade dos contratos tem-se mantido invariavelmente a diferença fundamental em matéria de ónus da prova da culpa, aplicando-se o disposto no art.º 487º n.º 1 e no art.º 342º n.º 1 à responsabilidade extracontratual e o regime do art.º 799º n.º 1 à responsabilidade contratual.

Torna-se, porém mister, no âmbito desta controvérsia específica em torno do modo como deve ser resolvida a questão do ónus da prova na responsabilidade civil médica, questionar verdadeiramente se existem razões justificativas para afastar o art.º 799º n.º 1 deste universo regulativo.

Uma resposta adequada a uma tal questão não pode deixar de levar em linha de conta uma perspectiva que se tem afirmado de modo crescente, de acordo com a qual a separação entre as categorias de obrigações de meios e as obrigações de resultado não tem necessariamente de ser entendida em termos absolutos ou radicais, podendo a este propósito sufragar-se que ambas as categorias, atenta a influência regulativa do princípio da Boa-Fé, levam implicadas um determinado resultado: o devedor tem de realizar a prestação de modo diligente, zeloso e correcto.

Na verdade, podemos configurar o interesse do credor a partir do qual se define a função da obrigação⁵⁶, como uma “realidade poliédrica”⁵⁷.

Para além do interesse final, a cuja realização se dirige o acto do cumprimento, podemos ainda destacar a presença de um outro interesse; a

respectivo ressarcimento no universo da responsabilidade extracontratual e proceder ao confronto com a abordagem que actualmente é dada a esta matéria pela doutrina e pela jurisprudência, as quais admitem pacificamente a compensação dos danos não patrimoniais em qualquer das modalidades.

⁵⁵ Sobre esta matéria, Cfr, o nosso estudo, *Traços Distintivos e Sinais de Contacto...*, ano 11, ...ob. cit, pg 21 e ss.

⁵⁶ Cfr, a propósito da relevância do interesse do credor na definição do regime jurídico das obrigações e que basicamente permite caracterizar a comumente designada função da obrigação, Cfr, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações...*, I, ob. cit, pg. 157 e ss.

⁵⁷ Cfr, neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil...*, ob. cit., pg. 115.

saber, o interesse imediato consubstanciado na adopção pelo devedor de um comportamento diligente, correcto e zeloso, o qual se encontra numa relação de instrumentalidade com aquele outro interesse final. Ora, uma tal distinção acaba por assumir um particular relevo a propósito das obrigações de meios.

Como já atrás foi amplamente sublinhado, neste particular contexto faz-se sentir, com uma particular intensidade, o peso da aleatoriedade inerente ao exercício da actividade médica, o que determina como regra a não inclusão do resultado final no objecto da obrigação, sendo que o mesmo deve assim identificar-se com a adopção pelo devedor de um comportamento diligente e zeloso, o que em sede da actividade médica coincide com uma conduta do médico conforme com as *leges artis* e respeitadora do cuidado e diligência por estas imposto.

Em face de quanto ficou exposto sempre se poderá dizer que afinal em todas as obrigações, inclusivamente no âmbito das obrigações de meios, existe sempre um resultado que o devedor se propõe alcançar⁵⁸.

Como a este propósito sugestivamente considera Ribeiro de Faria, o médico encontra-se vinculado a propiciar ao paciente "... não só o tratamento adequado como /simultaneamente ou do mesmo passo) a não lesão do doente em certas circunstâncias (caso de erro grosseiro) e, dessa forma (...) a obrigação de meios "transmuta-se" nesta precisa medida, numa obrigação de resultado "..."⁵⁹.

Desta feita, o resultado típico não é a cura, mas sim um tratamento adequado e conforme às *leges artis* aquele a que o médico se encontra vinculado. Razão pela qual, se na sequência do tratamento que lhe é dis-

⁵⁸ Tendo em conta a profunda relevância assumida pelo princípio da Boa-Fé no cumprimento das obrigações (art.º 762º, nº 2), poder-se-á legitimamente afirmar que o devedor mesmo no âmbito de uma obrigação de meios tem sempre um resultado a atingir. Como de modo sugestivo sustenta Pedro Romano Martinez: "Por isso, o médico, tendo em conta a boa-fé no cumprimento, assume uma obrigação de resultado: fazer bem o diagnóstico, realizar a cirurgia com perícia", Cfr, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil por Acto...*, ob. cit, pg 477.

⁵⁹ Cfr, FARIA, J. RIBEIRO DE, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica-Reflexões em torno do Direito Alemão*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, 2004, pg. 174.

pensado pelo médico o paciente sofre algum dano, não podemos deixar de considerar como preenchido o requisito da ilicitude.

Relacionado com este pressuposto da ilicitude, torna-se ainda mister, para além da demonstração da existência dos prejuízos, a prova pelo doente que os danos sofridos na sua integridade física se ficaram a dever à intervenção clínica⁶⁰ para ficar então demonstrado que o tratamento padeceu de algum vício ou anomalia.

Ficando assim provado o incumprimento defeituoso, incumbe ao médico, de acordo com a regra probatória estatuída no n.º 1 do art.º 799º, demonstrar que não violou qualquer dever de cuidado ou de diligência, ou na hipótese de uma tal violação ter ocorrido, que a mesma não se ficou a dever a culpa sua. Não faz, na verdade, sentido para justificar o afastamento da presunção de culpa do art.º 799º n.º 1 do âmbito da responsabilidade civil médica enquadrar a actividade dos médicos no universo das obrigações de meios⁶¹, impondo, em conformidade, a exigência sobre o paciente de demonstrar que o médico não conformou

⁶⁰ Esta concreta prova que se faz recair sobre o paciente é a prova do nexo de causalidade. Tendo, porém, em conta as inúmeras dificuldades sentidas pelo doente em demonstrar que os danos se ficaram a dever à intervenção médica, ou à falta de informação que aos médicos é devida aos seus pacientes, tem-se registado uma tendência jurisprudencial para admitir uma inversão do ónus da prova da causalidade, Cfr, a este propósito, *Acórdão do STJ de 8 de Setembro de 2020*, in www.dgsi.pt, *Acórdão do STJ de 24 de Outubro de 2019*, in www.dgsi.pt, *Acórdão do STJ de 21 de Fevereiro de 2019*, in www.dgsi.pt. Apesar de compreendermos a bondade destas decisões judiciais, orientadas precisamente no sentido de facilitar a prova aos pacientes, certo é que nos parece terem ido tais decisões longe demais ao admitir uma tal inversão, pois desta forma estão a considerar que a presunção do art.º 799º, n.º 1 se configura também como uma presunção de nexo de causalidade, o que se nos afigura tecnicamente inaceitável.

⁶¹ Neste sentido, sufragando a aplicação da presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1 à relação entabulada entre o médico e o doente Cfr, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil por Acto...*, ob. cit, pg. 479, ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “*Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa AAFDL, 1996, pg. 110, em sentido contrário, defendendo o afastamento da presunção de culpa pela circunstância da obrigação do médico ser uma obrigação de meios, vide JORGE, F. PESSOA, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1995, pg. 133-134, DIAS, J. ÁLVARO, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996, pg. 225.

a sua conduta com as *leges artis*, e não cumpriu também os deveres de cuidado a que se encontra adstrito.

Uma tal solução não se revelaria minimamente aceitável, desde logo, pela circunstância de esta prova se traduzir numa tarefa hercúlea para o paciente. Impor a um leigo que demonstre em juízo não ter o médico numa determinada situação actuado de acordo com as regras técnicas, nomeadamente através de prova de violação dos concretos deveres de cuidado, revelar-se-ia uma exigência probatória particularmente pesada.

Para além disso, este entendimento parte de um pressuposto para nós não defensável, de acordo com o qual no incumprimento das obrigações de meios se regista uma identificação entre a ilicitude e a culpa.

Importa, com efeito, explicitar que no âmbito das obrigações de meios não deixa de se registar uma cisão entre o requisito da ilicitude, que nesta sede se consubstancia na existência de um dano na integridade física decorrente de um tratamento não realizado de modo regular, por violação das *leges artis* (o incumprimento defeituoso)⁶², e a culpa, reportada, por

⁶² Esta tendência doutrinal para considerar que na determinação da existência da ilicitude se revela fundamental a apreciação do grau de cuidado e de diligência da conduta do agente já desde há muito é defendida, Cfr, JORGE, F. PESSOA, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil...*, pg. 70, DEUTCH, ERWIN, *Fabrlaessigkeit und erforderliche sorgfalt, Koeln/Berlin/Born/Munchen*, 1963, pg. 229 e ss (este autor destaca a relevância desta categoria da ilicitude da conduta no âmbito dos comumente designados ataques mediatos aos direitos de outrem, e já não no contexto dos ataques imediatos a este tipo de direitos). Na Jurisprudência nacional, apesar das decisões se orientarem maioritariamente no sentido da ilicitude do resultado, certo é que já nos vamos deparando com arestos, onde vai sendo dado acolhimento à categoria da ilicitude da conduta, alguns dos quais em sede de responsabilidade civil médica, Cfr, neste sentido, *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012*, onde se pode ler: “A ilicitude envolve sempre “um juízo de reprovação”: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que deveria ser feito “ Importa, porém sublinhar que a categoria da ilicitude da conduta manifesta uma inaptidão funcional para compreender um conjunto de regras fundamentais do nosso ordenamento jurídico-positivo, entre as quais se destaca o art.º 70º, nº 2, no âmbito do qual se revela manifesta a cisão entre os pressupostos da ilicitude e da culpa, Cfr, neste sentido, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por Recomendações, Conselhos e Informações*, Coimbra, 1990, pg. 303-304, OLIVEIRA, NUNO PINTO DE, “*Sobre o Conceito de Ilcitude do artº 483º do Código Civil*”, in Estudos em Homenagem a Francisco José Vellozo, Braga, 2002, pgs. 536-537.

seu turno, ao juízo de censura ou de reprovação dirigida ao médico pela violação de deveres de cuidado.

Apesar de se registar uma certa tendência na doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais para esbater as diferenças entre estes dois pressupostos da responsabilidade civil, destacando-se nesta sede a orientação que concebe a ilicitude como uma ilicitude da conduta e não como uma ilicitude do resultado⁶³, continuamos a sufragar que a ilicitude e a culpa devem ser concebidas como requisitos autónomos e distintos, e que uma tal autonomia se afirma do mesmo modo no âmbito da responsabilidade civil médica.

Para além de todas estas considerações de ordem técnico-jurídica, importantes razões de ordem substancial se nos afiguram igualmente impositivas da defesa do afastamento da aplicação da presunção de culpa do artº 799º, nº 1, no âmbito das relações estabelecidas entre o médico. Importa neste contexto destacar a enorme relevância assumida pela prestação de informações pelos médicos antes da realização de qualquer acto clínico, atenta a circunstância do paciente ter de ser hoje concebido como um centro autónomo de decisão, tal como decorre das exigências do novo paradigma do consentimento informado.

⁶³ Cfr, a propósito da ilicitude do resultado, procedendo a uma clara cisão entre os requisitos da ilicitude e da culpa, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações em Geral, I*, Coimbra, 2000, 10ª ed., pg. 585 e ss., o nosso estudo, *Modalidades Especiais da Ilicitude Extracontratual*, in *Católica Talks, Responsabilidade*, Lisboa, 2020, pg. 144 e ss. Porém, no âmbito da Lei da Responsabilidade civil Extracontratual do Estado, encontra-se acolhida a categoria da ilicitude da conduta, tal como claramente se pode comprovar do regime contido no seu artº 9º, nº 1. Neste sentido se pronuncia Ana Raquel Moniz, fazendo o confronto entre o modo como em termos maioritários é concebido o requisito da ilicitude no direito civil e a forma como este pressuposto surge tratado na lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro : “ Diversamente do entendimento perflhado, em geral, pela doutrina jurídico-civilística, os regimes da responsabilidade civil extracontratual do Estado aproximam muito as noções de ilicitude e culpa, dificultando a distinção entre ambas, nomeadamente por contemplarem a violação de deveres objectivos de cuidado (ou de regras de prudência) no conceito de ilicitude. Com efeito, o nº 1 do actual art.º 9º do RRCEE associa a ilicitude do resultado (ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos) à ilicitude da conduta (violação de princípios ou normas jurídicas, infracção de regras de ordem técnica ou mesmo deveres objectivos de cuidado ou, nos termos da legislação anterior, dos deveres de prudência comum.”, Cfr, MONIZ, ANA RAQUEL, *Responsabilidade da Administração por Prestação de Cuidados...*, ob. cit, pgs 43-44.

Desta feita, faz parte integrante do objecto da obrigação do médico, concebida esta como uma obrigação de meios, a prestação das devidas informações ou esclarecimentos aos pacientes, revelando-se assim manifesto que o modelo do consentimento informado visa reforçar a posição do paciente no âmbito da relação contratual entabulada com o médico. Razão pela qual, se o paciente provar em juízo que não foi informado acerca de certas questões fundamentais ligadas ao acto médico, ou que não foi correctamente informado, então atenta a natureza contratual da relação entre o médico e o paciente, desencadear-se-à naturalmente a aplicação da presunção de culpa do artº 799º, nº 1, pois caso se defenda a aplicação do regime geral em matéria de ónus da prova da culpa neste contexto estar-se-á a frustrar, de modo evidente, a ratio subjacente ao paradigma do consentimento informado.

Não se torna assim necessário no contexto do exercício privado da medicina⁶⁴ convocar a aplicação do disposto no artº 344º, nº 2 já atrás mencionado para nos afastarmos do regime geral consagrado em termos probatórios no artº 342º, nº 1 do Código Civil. Com efeito neste universo específico, o regime consagrado no artº 799º, nº 1, permite atingir as conclusões alcançadas pelo critério estabelecido no artº 344º, nº 2, com a vantagem de evitar as discussões em torno da delimitação do conceito de impossibilidade de obtenção da prova inerente à aplicação do mesmo, mormente quanto à definição da questão de saber se é preciso que nos encontremos perante uma impossibilidade culposa de obtenção de prova, ou se bastará apenas a verificação da existência de uma situação objectiva de impossibilidade.

Constituiria, com efeito, um contra-senso aceitar pacificamente a natureza contratual da responsabilidade civil médica, e depois afastar do respectivo âmbito a aplicação de um elemento fundamental do respectivo regime — a presunção de culpa —, que se revela fundamental para o paciente, uma vez que um tal expediente jurídico se manifesta particularmente idóneo para suprir as dificuldades probatórias inerentes à condição de leigos ou pacientes, que a generalidade dos pacientes patenteiam.

⁶⁴ Não ficará, no entanto, afastada a relevância da aplicação do art.º 344º, nº 2, no âmbito da prestação de cuidados médicos em estabelecimentos públicos de saúde.

Não faria, com efeito, qualquer sentido retirar aos pacientes num terreno onde a sua posição se revela particularmente vulnerável, como é o terreno da produção da prova, um mecanismo jurídico que constitui um auxiliar precioso para aqueles poderem demonstrar em juízo a sua posição e assim fazerem efectivar o respectivo pedido indemnizatório. Negar a aplicabilidade do art.º 799º n.º 1, no âmbito dos contratos celebrados entre os médicos e os pacientes representa uma solução que se encontra claramente em contraciclo com as razões tidas como determinantes para a caracterização do contacto entre o médico e o paciente como uma relação contratual.

Relembrando o que no início do nosso trabalho foi exposto, a configuração da relação entabulada entre o médico e o paciente como um contrato, e de modo especial como um contrato de prestação de serviços, tem como pano de fundo o movimento consumerista iniciado nos Estados Unidos da América na década de 60 do século passado, o qual se foi estendendo posteriormente aos países Europeus e se revelou determinante para a dessacralização da posição do médico.

Destarte, apenas uma reivindicação corporativista da classe médica poderá justificar o acolhimento de uma orientação tão hostil aos pacientes, sendo que tais razões do foro sócio-profissional conquanto possam condicionar os critérios jurídicos⁶⁵, não devem, no entanto, considerar-se determinantes para o surgimento dos mesmos, sob pena da normatividade que lhes corresponde se revelar tributária de uma visão parcial da realidade empírico-sociológica, sendo que na senda de

⁶⁵ Cfr, a propósito da forte pressão exercida pelo corporativismo de certas classes profissionais, mormente da forte influência exercida pela classe médica no tocante à configuração e delimitação dos regimes jurídicos aplicáveis às relações pelos mesmos entabuladas com os pacientes, Cfr, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos : brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVII, 2011, pg. 573 (a autora refere-se precisamente às resistências levantadas pela classe médica à adopção de modelos securitários de compensação dos danos). Apesar de não concordarmos com a consagração de um tal paradigma no âmbito da responsabilidade civil médica, pela razões já amplamente explanadas ao longo do texto, certo é que se revela fácil compreender a resistência da classe médica à adopção de um tal tipo de modelos, uma vez que aos mesmos naturalmente se encontraria associado aquele outro da responsabilidade objectiva dos médicos.

Castanheira Neves, as perspectivas reductivas de compreensão do direito não reflectem a intencionalidade normativa última que permite caracterizar o Direito como Direito⁶⁶.

Destarte, a convocação do critério normativo adequado para proceder à distribuição do ónus da prova da culpa no universo de responsabilidade civil médica implica uma ponderação da posição relativa do médico e do paciente quanto à situação clínica, levando assim em devida linha de conta, os interesses a salvaguardar em termos probatórios, sejam os mesmos atinentes aos médicos, sejam os mesmos atinentes aos pacientes.

Não se suscitando então dúvidas que as regras da distribuição do ónus da prova têm subjacente questões particulares de ligação das partes ao quid objecto da actividade probatória, não temos hesitação em afirmar que a indiscutível superioridade técnica e científica do médico na relação com o doente determinará como consequência natural que se faça recair sobre este profissional a presunção de culpa do art.º 799, nº 1 ; desde logo, porque tal solução constitui o meio mais adequado para tentar, de algum modo, alcançar algum equilíbrio na relação desnivelada existente entre o médico e paciente, revelando-se este objectivo de reposição do equilíbrio um propósito nuclear no âmbito de uma compreensão consumerista deste tipo de relação ou contacto negocial.

⁶⁶ Como sugestivamente considera o autor “É o momento axiológico que define a índole essencial da normatividade jurídica e verdadeiramente a constitui como direito, i.é, como fundamento socialmente incondicional de validade...”, Cfr, NEVES, A. CASTANHEIRA, *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in *Digesta Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2º, pgs. 135-136.

