

RESPONSABILIDADE MÉDICA EM HOSPITAIS PÚBLICOS E EM HOSPITAIS PRIVADOS

CLÁUDIA MONGE*

Resumo: Na realização de uma prestação de cuidados de saúde, os bens jurídicos a proteger são comuns independentemente da natureza pública ou privada da relação jurídica. Os direitos que integram a relação obrigacional complexa de prestação de cuidados de saúde têm amplo reconhecimento como direitos humanos e como direitos fundamentais. De tais direitos resultam para o Estado importantes deveres, de proteção. A vertente processual de tutela sancionatória efetiva destes direitos é devida. Se os direitos fundamentais em presença são os mesmos, independentemente da ambiência pública ou privada da prestação, deve entender-se que possa o lesado invocar o mesmo regime substantivo.

Palavras-Chave: direito à proteção da saúde; responsabilidade civil; deveres estatais.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa · Advogada.
<https://orcid.org/0000-0003-3944-1105> · claudiamonge@fd.ulisboa.pt

Abstract: In the provision of health care, the legal assets to be protected are common regardless of the public or private nature of the legal relationship. The rights that make up the complex mandatory relation of health care are widely recognized as human rights and as fundamental rights. Such rights result in important state duties, to protect. The procedural aspect of effective sanctioning of these rights is due. If the fundamental rights present are the same, regardless of the public or private ambience of the provision, it must be understood that the injured party can invoke the same substantive regime.

Keywords: the right to health protection; civil liability; state duties.

Nota prévia: É sentida a homenagem ao Senhor Professor Doutor JORGE SINDE MONTEIRO, pelo saber, pela obra feita, pela excelência dos ensinamentos, pela clareza da docência ao serviço da Ciência. Fica o meu humilde agradecimento pela importância que os seus escritos revestiram no meu estudo de responsabilidade civil em saúde, pelo modo como o caráter iluminado da sua pena contribuiu para o interesse que o tema me despertou. O acender de tais centelhas é próprio dos grandes Mestres. Muito obrigada.

Sumário: 1. Introdução; 2. A prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa; feixe comum de direitos e dualidade de regimes? 3. Deveres estatais de proteção de direitos fundamentais e responsabilidade civil; 4. Notas finais

1. Introdução

Na base das considerações que se apresentam está a compreensão de que a prestação de cuidados de saúde constitui uma relação obrigacional complexa, que integra como prestação principal a obrigação de cuidados de saúde, de acordo com *leges artis*, com prontidão e no tempo clinicamente adequado, e outros direitos e correlativos deveres, e que esses direitos, obrigações e deveres são comuns independentemente da natureza pública ou privada do prestador.

Na realização de uma prestação de cuidados de saúde, os bens jurídicos a proteger são os mesmos independentemente da natureza pública ou privada da relação jurídica, a manutenção ou restabelecimento da saúde, a prevenção da doença, e, assim, a proteção da saúde, da integridade física e da própria vida¹. Essa prestação incide e apela à proteção de outros bens

¹ A este propósito, *vide* CLÁUDIA MONGE, “Contributo para o estudo do Direito

jurídicos pessoais e fundamentais, como o direito à integridade moral, o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à proteção de dados pessoais. Da «celebração da relação jurídica tendente à satisfação da necessidade da prestação resultam direitos e deveres específicos, que caracterizam o conteúdo da relação»². Esse conteúdo é, no seu âmago, na prestação principal e deveres específicos, comum, independentemente da presença de uma relação administrativa ou de uma relação entre sujeitos de direito privado. No que conduz à execução da prestação «há, salvo porventura os casos residuais de dever de auxílio, sempre uma ambiência contratual, uma atuação voluntária de mais do que uma parte, tendente à produção de determinados efeitos que são queridos ou cujo efeito, por aplicação da lei, se lhes reconhece»³. Assim, «[p]erante um conteúdo contratual que será comum, independentemente da natureza da prestação, estranha é a solução de aplicação de um regime substantivo distinto»⁴.

Os direitos que integram a relação obrigacional complexa de prestação de cuidados de saúde têm amplo reconhecimento no Direito Internacional, no Direito da União Europeia e nas fontes de Direito nacional, como direitos humanos e como direitos fundamentais. De tais direitos resultam para o Estado importantes deveres, de proteção. A vertente processual de tutela sancionatória efetiva destes direitos, com um ressarcimento expedito dos danos, é também devida como realização destes direitos humanos e direitos fundamentais. A proteção de direitos fundamentais é conseguida também através de um regime de responsabilidade civil eficaz. Se os direitos fundamentais em presença são os mesmos, independentemente da ambiência pública ou privada da prestação, o princípio da igualdade como norma reguladora na pro-

da Saúde: a prestação de cuidados de saúde”, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2002, em especial pp. 160-232, e *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, em especial pp. 60-89.

² Cf. CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 60.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, pp. 60-61.

reção de direitos fundamentais promove que o regime substantivo seja comum, ou, pelo menos, que traços essenciais do regime como o prazo de prescrição e o ónus da prova não tenham previsões distintas em razão da natureza dessa prestação.

Parece-nos alcançável, no quadro do Direito constituído, um resultado interpretativo que permita ao lesado, querendo e perante um concurso de títulos de imputação, promover a aplicação de um regime substantivo comum, com aplicação dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil, independentemente da natureza jurídica pública ou privada da prestação.

Por outro lado ainda, a análise da prestação de cuidados de saúde de acordo com a perspetiva de uma relação obrigacional complexa, num reconhecimento claro de todas as situações jurídicas ativas e correlativas situações jurídicas passivas, permite melhor alcançar a extensão devida para a responsabilidade civil por facto ilícito.

Não obstante estas duas premissas — i) concurso de títulos de imputação, de responsabilidade obrigacional e de responsabilidade delitual, quer a prestação seja privada ou pública, com possível escolha pelo lesado do título de imputação judicialmente a prosseguir; ii) extensão do campo de ilicitude —, a adequada prossecução dos deveres estatais na realização do direito à proteção da saúde, também na sua vertente processual, pode ditar (e a nosso ver, dita) a necessidade de legislar. E de legislar no sentido da previsão mais clara e favorável ao lesado do regime do ónus da prova, no sentido da mais ampla proteção das situações de dano anónimo, na tutela do denominado “dano injusto”, com previsão de um regime de responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa, mais amplo, bem como na promoção de meios mais expeditos de resolução de litígios em contexto de saúde. O dever de legislar é um dever do Estado na proteção dos direitos fundamentais.

São essas algumas das reflexões, que, de forma breve, na perspetiva do Direito constituído e do Direito a constituir, procuramos fazer no presente estudo, com a convicção de que um regime de responsabilidade civil por danos em contexto de saúde também deve permitir responder à questão de saber que sociedade queremos.

2. A prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa; feixe comum de direitos e dualidade de regimes?

A «prestação de cuidados de saúde traduz uma relação obrigacional complexa⁵ e nela incidem deveres que são deveres legais e que são igualmente deveres contratuais»⁶.

O objeto para efeitos da prestação de cuidados de saúde, enquanto bem sobre que incide a prestação de cuidados de saúde, deve ser visto como: o ato ou o conjunto de atos realizados por profissional de saúde com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental⁷. O conteúdo do contrato de prestação de cuidados de saúde, mais lato que o objeto, corresponde à regulação por este objeto desencadeada, integra a obrigação principal e todas as demais situações jurídicas ativas e passivas que incidem sobre as partes.

O objeto, o quid, do contrato de prestação de cuidados de saúde médicos, e com ele a obrigação principal, incidem sobre bens jusfundamentais e de personalidade, a vida, a saúde, a integridade física, a integridade

⁵ Quanto à expressão “relação obrigacional complexa”, *vide* *vg.*, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 74, quando descreve que: «numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* — tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* —, os *deveres laterais* («Nebenpflichten»), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ónus jurídicos*, *expectativas jurídicas* (...)», sendo certo que «todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*». Sobre o enquadramento e efeitos dos deveres de proteção, *vide* MANUEL ANTONIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Almedina, 1994.

⁶ Cf. CLÁUDIA MONGE, “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, *in* CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (coord.), *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 96 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1>).

⁷ Na expressão, muito adequada, do artigo 150.º do Código Penal.

moral, e geram para o paciente o direito de realização de um (ou de um conjunto) de ato(s) com o escopo de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental. O conteúdo agrega a proteção de outros direitos fundamentais e de personalidade e assim outros direitos subjetivos que incidem sobre bens de personalidade distintos, que resultam de outras normas jurídicas e cuja tutela gera outros direitos do paciente e os correlativos vínculos jurídicos específicos do profissional de saúde, obrigações ou deveres de *facere*, como o dever de informação ou o dever de obter consentimento prévio, ou de *non facere* como o dever de sigilo⁸.

É a saúde como objeto e como bem juridicamente protegido que delimita a prestação de cuidados de saúde, independentemente da sua ambiência pública ou privada.

O interesse na prevenção da doença, na manutenção do estado de saúde ou no restabelecimento deste é realizado através de meios, prestações aptas a essa prevenção, manutenção ou restabelecimento, com vista à proteção de bens pessoais jusfundamentais e com o fim de proteção da saúde e motivam a obtenção de prestação de cuidados através de profissional qualificado, função e causa eficiente da prestação de cuidados de saúde, objetivo socialmente relevante de proteção da saúde, seja a ambiência pública ou privada⁹.

A causa em sentido objetivo pode definir «a função social típica, ou seja, a função própria de cada tipo ou categoria de negócio jurídico»¹⁰. Como aspeto que integra o elemento subjetivo do negócio, a causa corresponderá no contraente da prestação de cuidados de saúde à «orientação da vontade para um escopo prático, que é uma tomada de posição vinculativa a respeito de certos interesses e se identifica, normalmente,

⁸ CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 95.

⁹ Veja-se CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 97.

¹⁰ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 290-291.

com a realização da função típica (causa) do negócio no caso concreto»¹¹, *in casu*, a saúde.

A prestação de cuidados de saúde através de profissional qualificado é um meio para a realização da saúde e para o titular dos bens pessoais ver prosseguido o interesse de os salvaguardar¹².

Os profissionais de saúde e as instituições de saúde, públicas, privadas ou de economia social, têm deveres específicos perante aquele que assistem. O profissional de saúde é investido de uma “missão pública”, tal como o advogado que tem deveres perante o seu cliente ao mesmo tempo que é tido como um servidor da justiça, interesse público a prosseguir¹³. Os «profissionais de saúde desempenham uma relevante função social ao serviço das pessoas e da comunidade»¹⁴. Entendemos como «profissionais de saúde» «aqueles que realizam atividades técnicas relacionadas com as prestações de saúde e estão sujeitos a direitos e a deveres especiais e a regras deontológicas próprias, designadamente os médicos, os enfermeiros, os farmacêuticos, os médicos dentistas, os psicólogos e os nutricionistas»¹⁵.

¹¹ Cf. EMILIO BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, tradução portuguesa de FERNANDO MIRANDA, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, p. 323.

¹² Seguimos CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 101.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Cf. n.º 1 da Base XXXIX do Projeto de Proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão de Revisão de Lei de Bases da Saúde, apresentado no dia 03.09.2018, e disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/> e em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>

¹⁵ Cf. n.º 2 da Base XXXIX do Projeto de Proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão de Revisão de Lei de Bases da Saúde, apresentado no dia 03.09.2018, e disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/> e em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>. Entendemos a definição constante do n.º 1 da Base 28 da Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, que determina que «São profissionais de saúde os trabalhadores envolvidos em ações cujo

A verdade é que, conforme referido, a função e causa eficiente da prestação de cuidados de saúde e da celebração do contrato será a prossecução do interesse na prevenção da doença, na manutenção do estado de saúde ou no restabelecimento através de prestações aptas ao fim de proteção da saúde, a prestação de cuidados realizada por um profissional qualificado¹⁶. Tal função dá lugar a um tipo social, reconhecido, a um contrato de prestação de cuidados de saúde.

A função imprime carácter ao contrato de prestação de cuidados de saúde, «como contrato de certa espécie», «dá-lhe fisionomia; modela a sua estrutura»¹⁷, define direitos e deveres específicos, como a informação, o consentimento e o sigilo¹⁸.

A técnica jurídica de identificar e destrinçar outros deveres provenientes da relação obrigacional complexa de prestação de cuidados de saúde e retirar dos mesmos efeitos jurídicos dita o alargamento do campo da ilicitude, favorece o tratamento dogmático desta matéria, em benefício da tutela efetiva dos direitos em presença, sendo esse tratamento igualmente adequado no caso de a relação obrigacional complexa ser uma relação administrativa no âmbito do serviço público de saúde¹⁹.

FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO discutem, afirmando a questão como de iure condendo, da responsabilidade contratual dos hospitais

objetivo principal é a melhoria do estado de saúde de indivíduos ou das populações, incluindo os prestadores diretos de cuidados e os prestadores de atividades de suporte», excessivamente ampla.

¹⁶ Parece, assim, a causa dar resposta ao *porquê* e ao *para quê* do negócio jurídico. Cf. DIOGO PEREIRA DUARTE, “Causa: motivo, fim, função e fundamento no negócio jurídico”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I*, estudos organizados pelos Professores Doutores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PAULA COSTA E SILVA, Coimbra, Almedina, 2008, p. 461, quando descreve que: «A causa do negócio, como ideia geral, tem procurado perceber o negócio jurídico em torno de duas visões distintas mas complementares: o *porquê* e o *para quê* do negócio jurídico».

¹⁷ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 291.

¹⁸ Cf. CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 102.

¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

públicos e sustentam que «o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde»²⁰. Referem os Ilustres Professores que «o tratamento em hospitais públicos transformou-se num fenómeno de massas» e que a «nota do contrato, relação especial entre duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, a relação social estabelecida tem um carácter pessoal», isto é, «a aceitação de uma relação do tipo contratual ajuda a personalizar uma espécie de relações sociais que, no plano sociológico, se apresenta como um fenómeno de massas»²¹. Não estamos perante um fenómeno de responsabilidade civil que vise «regular relações entre estranhos, que só o dano, no antagonismo, aproxima»²², como sucede na responsabilidade civil extracontratual, mas antes, perante situações da vida social em que, de forma típica, está implicada a violação de um dever específico, individualizado, e não «tão-só o genérico dever de não violar os direitos de outrem»²³.

Com relevo para a matéria em análise, como destaca NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, a Corte di Cassazione, no acórdão de 22 de janeiro de 1999, veio apontar para que «o contacto social entre lesante e lesado — ou melhor: o contacto social suficientemente denso entre lesante e lesado — configurar-se-ia como facto constitutivo de relações contratuais»²⁴. Esse contacto social suficientemente denso existe em todas as prestações de cuidados de saúde, incluindo as relações jurídicas administrativas realizadas no âmbito do Serviço Nacional da Saúde. Assim, da nossa parte diremos que, ainda que aplicável às prestações havidas no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, sempre haverá um concurso de títulos de imputação, concorrendo a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, nos

²⁰ Cf. Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 48.

²¹ *Ibid.*, pp. 48-49.

²² *Ibid.*, p. 49.

²³ *Ibid.*.

²⁴ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 152.

termos aprovados pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, com o regime de responsabilidade civil obrigacional, constante dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil. Com a compreensão que a relação constituída é de natureza contratual impõe-se a defesa do regime da responsabilidade civil contratual.

Estamos perante um quadro da conhecida natureza complexa da obrigação, na qual «quer a prestação principal, quer as prestações secundárias integram a ideia de dever de prestar, em sentido próprio»^{25 26}.

²⁵ Citamos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações, Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 320.

²⁶ Cf. ainda NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Deveres de Protecção em Relações Obrigacionais”, in *Scientia Iuridica, Separata, Setembro-Dezembro 2003, Tomo LII, n.º 297*, em especial pp. 495-496 — explica o Ilustre Professor que: «devem distinguir-se duas concepções do conteúdo da relação obrigacional complexa: para a primeira — a que chamámos *concepção ampla* —, a relação obrigacional complexa compreende uma relação de prestação e uma relação de protecção; para a segunda — a que chamámos *concepção restrita* —, a relação obrigacional complexa circunscreve-se à relação de prestação. Os deveres integrados na relação de prestação têm por finalidade *alterar* a actual situação jurídica dos bens — atribuindo ao credor as *vantagens* e impondo ao devedor as desvantagens decorrentes do acto de cumprimento —; os deveres integrados na *relação de protecção* têm por finalidade *conservar* a actual situação jurídica dos bens de cada um dos sujeitos da relação obrigacional — do credor e do devedor —, tutelando-os contra actos de disposição desfavoráveis e contra ingerências externas lesivas na sua pessoa e no seu património. Os primeiros protegem o interesse (positivo) do credor da prestação; os segundos, o interesse (negativo) de cada um dos sujeitos da relação obrigacional na integridade da sua esfera pessoal e patrimonial. O interesse da opção entre duas concepções expostas não é despiciendo: incluindo-se os deveres de protecção no conteúdo da relação obrigacional complexa, ficando aberto o caminho para a aplicação de regras incluídas na disciplina da responsabilidade contratual ou obrigacional aos casos de lesão da integridade pessoal ou patrimonial da contraparte — designadamente, das regras do n.º 1 do art. 799.º e do n.º 1 do art. 800.º —; excluindo-se os deveres da protecção do conteúdo da relação obrigacional complexa, fica fechado esse caminho, pelo que a lesão da integridade da contraparte terá de submeter-se às regras da responsabilidade extracontratual». Da nossa parte seguimos a concepção ampla — cf. CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à protecção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 117.

O dever específico de informação, o dever específico de obtenção do consentimento prévio e esclarecido, o dever de sigilo, o dever de proteção de dados pessoais, o dever de vigilância, o dever de arquivo e documentação clínica, só surgem na esfera jurídica do profissional de saúde em razão da prestação de um cuidado de saúde. É o surgimento e a caracterização da obrigação principal que fazem surgir na esfera jurídica do profissional de saúde aquelas outras situações jurídicas. Há dever de informar e dever de obter consentimento em razão de se visar a realização de um ato pelo profissional de saúde em execução da obrigação principal. Há dever de vigilância do doente e de salvaguarda da sua segurança pois o doente está à guarda do profissional e/ou da instituição. Há dever de sigilo em virtude do acesso a dados pessoais (e dados pessoais sensíveis, como os de saúde) tendo o acesso sido gerado pela necessidade da prestação de saúde. O dever de documentação do processo clínico é instrumental da prestação²⁷.

Estas outras situações jurídicas passivas, no seio de uma relação obrigacional complexa, não deixam de constituir situações jurídicas correlativas de situações jurídicas ativas que respeitam a bens jurídicos protegidos distintos dos bens jurídicos cuja proteção se visa com a prestação principal. Os bens jurídicos protegidos com a obrigação principal ou prestação característica são a vida, a integridade física ou a saúde, bens jurídicos pessoais e fundamentais, protegidos pela tutela geral de personalidade e protegidos pela Constituição da República Portuguesa como direitos fundamentais, respetivamente nos artigos 24.º, 25.º e 64.º da Lei Fundamental. O bem jurídico protegido com o dever de obtenção de consentimento prévio e esclarecido é a integridade moral, nos termos do artigo 25.º da Constituição, segundo entendemos, ou o livre desenvolvimento da personalidade, nos termos do artigo 26.º da Constituição, para quem assim o entende, ou a permissão genérica de liberdade do artigo 27.º da Constituição, para quem assim o considera, e do artigo 70.º do Código Civil, bem jurídico autónomo do bem protegido na obrigação principal. O mesmo se verifica com igual nitidez quanto ao dever de sigilo — o

²⁷ A este propósito, seguimos de perto CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 119.

bem jurídico protegido é autónomo, é a reserva da intimidade da vida privada, direito fundamental consagrado no artigo 26.º da Constituição e direito de personalidade autónomo, previsto nos artigos 70.º e 80.º do Código Civil, ou o direito à proteção de dados pessoais, com a autonomia que granjeou, do direito à reserva da intimidade da vida privada, com tutela nos artigos 26.º e 35.º da Constituição. A obtenção do consentimento, ainda que vise a lícita execução da obrigação principal, tem autonomia face à prestação característica, corresponde a uma prestação de facto positivo e pode haver cumprimento da obrigação principal e violação deste dever específico de obtenção de consentimento — pode a obrigação de tratamento de acordo com as *leges artis* ter sido observada e a intervenção ter sido realizada sem consentimento e ser, por isso, arbitrária e ilícita, consubstanciando violação do direito à integridade moral, tutelado no artigo 25.º da CRP e no artigo 70.º do Código Civil, do mesmo modo que é clara a autonomia dos tipos penais dos artigos 150.º e 156.º do Código Penal.

É em razão da natureza obrigacional, complexa, e dos deveres específicos que a integram que sustentamos que deve ser reconhecida a responsabilidade obrigacional como título de imputação. Assim entendemos, considerando que as duas responsabilidades, aquiliana e obrigacional, mantêm-se «distintas, sendo que a obrigacional, por força da presunção de culpa (e de ilicitude) do artigo 799.º/1, tem um funcionamento muito mais duro e eficaz: especialmente adaptado nas relações específicas»²⁸. Nas relações específicas, «[a] consignação, nas obrigações, de deveres de segurança entre as partes é, assim, mais justa»²⁹, uma vez que, seguindo o entendimento, «não se pode tratar o devedor como um estranho»³⁰.

Seguindo FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, importa não perder de vista que «[q]ualquer destas qualificações — contrato de adesão ou relação contratual fáctica — da relação que se estabelece entre o doente e o hospital público (ou outro estabelecimento ou serviço integrado na

²⁸ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações, Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 518.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

organização hospitalar) se afigura tecnicamente correcta, sendo portanto perfeitamente defensável à face do direito positivo a solução (existência da responsabilidade contratual) que, em tese geral, parece mais conforme à defesa, dos interesses em jogo»³¹. Interesses que «representam, não o esqueçamos, valores de primeiro plano na escala da ordem jurídica. Está em causa a reparação dos danos por lesão do direito à saúde, à integridade física e à vida»³².

A reforçar a constatação de que há um feixe comum de direitos e obrigações que incidem sobre a dita relação jurídica de prestação de cuidados de saúde, quer a mesma seja entendida como de direito público ou de direito privado, surge a apreciação dos deveres deontológicos³³. Deveres que impendem sobre os profissionais de saúde, sujeitos à regulação de ordens enquanto associações públicas profissionais e a cujos estatutos e códigos deontológicos estão vinculados, quer a prestação de cuidados de saúde seja realizada em execução de uma relação administrativa ou um contrato público, quer seja realizada em execução de um contrato celebrado com o profissional em exercício liberal da sua profissão ou de um contrato celebrado com um estabelecimento de direito privado.

O artigo 4.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), do Conselho da Europa³⁴ (ou CDHB), estabelece, sob a epígrafe Deveres

³¹ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 50.

³² *Ibid.*

³³ Seguimos CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à protecção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 78.

³⁴ A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, aberta a assinatura em 4 de abril de 1997, entrou em vigor em 1 de dezembro de 1999, nos termos do n.º 3 do seu artigo 33.º. A Convenção, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro de 2001, e ratificada por Decreto do Presidente da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro de 2001, sendo, deste modo, a sua entrada em vigor determinada nos termos do n.º 4 do referido artigo 33.º. A Convenção está assim em vigor no ordenamento jurídico português e contém importantes normas jurídicas, em matéria de Direito da Saúde, aplicáveis no ordenamento jurídico português.

profissionais e regras de conduta, que qualquer intervenção no domínio da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada com respeito pelas normas e deveres profissionais, bem como pelas regras de conduta aplicáveis ao caso. Esta disposição da Convenção, vigente no ordenamento jurídico nacional, vem, assim, constituir como um dever legal o respeito pelas normas e deveres profissionais e pelas regras de conduta e, assim, determinar que o cumprimento dos deveres deontológicos constitui também um imperativo legal que impende sobre todos os profissionais de saúde³⁵. São, deste modo, identificadas situações jurídicas que integram o conteúdo da prestação de cuidados de saúde, como obrigações e deveres dos profissionais de saúde, que se reconhecem no conteúdo de qualquer prestação independentemente da sua natureza jurídica.

Como referem QUAAS e ZUCK, a propósito do exercício da medicina, o que a ética da classe exige do médico o Direito assume como dever jurídico³⁶.

Quanto à prestação de cuidados de saúde, como em qualquer outra realidade regulada ou que carece de regulação jurídica como vetor da ordem social, devemos olhar e procurar no «quadro do ordenamento jurídico uma solução que permita dirimir de uma forma, justa, segura e equilibrada os casos concretos, salvaguardando a paz social, desiderato do Direito»³⁷. Ora, quando olhamos para a substância dessa realidade e constatamos que «o que carece de regulação jurídica não é distinto em razão de a relação ser entre sujeitos de Direito privado entre si ou entre sujeitos de Direito público e sujeitos de Direito privado, a solução como modo justo, seguro e equilibrado de regular o objeto e de dirimir os

³⁵ CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 84-85.

³⁶ Cf. MICHAEL QUAAS / RÜDIGER ZUCK, *Medizinrecht*, 2. ed., München, C.H. Beck, 2008, p. 258.

³⁷ Cf. CLÁUDIA MONGE, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, in CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e CLÁUDIA MONGE (coord.), *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde, Jornadas de Reflexão, e-book* Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 46 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1>).

litígios que do mesmo ocorram não deve ser distinta»³⁸. Quer nos estabelecimentos de saúde privados, como nos estabelecimentos públicos, os profissionais de saúde «não são apenas estranhos a quem compita apenas o dever genérico de respeito por direitos de personalidade do paciente; o dever não é apenas um dever geral de abstenção ou um dever geral de respeito ou de não ingerência»³⁹. Há deveres específicos seja no exercício de uma atividade administrativa, seja no exercício da atividade privada, e é sempre uma atividade, atenta a essencialidade do bem saúde, regulada e pautada por deveres legais.

Passa a dualidade de regimes, designadamente com um regime de prova na responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas menos favorável ao lesado, o crivo do princípio da igualdade? À questão colocada respondemos negativamente.

Colocar os utentes de estabelecimentos de saúde públicos perante regimes de prova mais desfavoráveis e prazos de prescrição mais curtos apenas em razão da natureza pública dos estabelecimentos deve merecer um juízo crítico à luz do princípio da igualdade. Se temos um feixe de direitos comuns, como o direito a receber cuidados adequados, de acordo com as *leges artis*, o direito à informação, o direito ao consentimento prévio e esclarecido, o direito à reserva de intimidade da vida privada, o direito à proteção de dados pessoais, o direito à segurança, o direito a um processo clínico bem documentado, ... não há fundamento para um “tratamento diferenciado” entre aqueles que são assistidos num estabelecido de saúde integrado no Serviço Nacional de Saúde ou os que são assistidos num estabelecimento privado ou de economia social.

Se a diferenciação não está justificada, um prazo de prescrição mais curto em razão da relação jurídica ser pública, quando as instituições e os seus profissionais estão igualmente investidos em “deveres específicos” e numa ambiência obrigacional, em face de deveres impostos legalmente em razão da prestação de saúde, não passa o “crivo” do princípio da igualdade, não passa o “teste” da proibição do arbítrio como expressão do princípio da igualdade⁴⁰ e o princípio da igualdade na sua articulação

³⁸ *Ibid.*.

³⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁰ A propósito da igualdade identificada como proibição de arbítrio e da necessida-

com o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, princípios estruturantes de direitos fundamentais.

Há fundamento para que aquele que contrata um estabelecimento de saúde privado ao invés de ser assistido num estabelecimento de saúde público ou concessionado beneficie de um prazo de prescrição maior caso venha a sofrer algum dano ou beneficie da inversão do ónus da prova nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil?

Ou conseguimos alcançar com base no direito positivo vigente uma interpretação conforme com o princípio constitucional da igualdade e reconhecemos a possibilidade de, também numa ambiência pública, na execução de uma relação obrigacional complexa como a prestação de cuidados de saúde e perante violação de deveres específico, o lesado invocar o regime ordinário de prescrição de vinte anos, nos termos do artigo 309.º do Código Civil, e a inversão do ónus da prova do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil, ou teremos que persistir de lege ferenda na defesa de um regime substantivo unitário igualitário que finalmente consagre com a lapidar certeza que exige a tutela de direitos fundamentais que para a violação dos mesmos direitos o Direito confere os meios de tutela nos mesmos termos.

3. Deveres estatais de proteção de direitos fundamentais e responsabilidade civil

Um regime de ressarcimento do dano adequado é nevrálgico para a defesa e a efetiva realização dos direitos fundamentais. Sem defesa adequada, sem tutela efetiva, há menor realização. Assim tem entendido também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ao identificar a incidência de matéria de responsabilidade na prestação de cuidados de saúde como violação do direito à vida, reconhecido no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na sua vertente substantiva e na sua vertente processual⁴¹.

de de justificação adequada da diferenciação de tratamento, *vide* JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 79-83.

⁴¹ Veja-se a esse respeito, em especial, Opinião do Juiz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e a sua fundamentação no Caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC]*, n.º 56080/13, 19 de dezembro de 2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Não desconsideramos, e aplaudimos na esteira dos ditames da Constituição da República Portuguesa, que a atuação administrativa dos estabelecimentos que integram o Serviço Nacional de Saúde prossegue uma relevantíssima missão de interesse público, e reconhecemos e sustentamos que é «o Serviço Nacional de Saúde em Portugal expressão das conquistas democráticas, símbolo de Abril, na melhoria do estado de saúde da população e fantástico progresso dos indicadores de saúde em Portugal»⁴². No entanto, a feição dessa enorme valia na prossecução desinteressada de valores na estrita defesa de um interesse público, não afasta a crítica, na perspetiva da tutela do direito do lesado, de que perante a violação dos mesmos deveres específicos, o ónus da prova se comporte de forma diferente daquela que ocorre quando o estabelecimento de saúde integra o sector privado ou o sector de economia social.

Também não desconsideramos que a Constituição impõe jurisdições diferentes e assim as regula nos seus artigos 209.º a 212.º.

A questão que suscitamos é sobretudo uma questão de lei substantiva a aplicar, não tanto de regime adjetivo a considerar e não sobretudo de jurisdição competente.

Não se pretende com a posição adotada, quando o dano ocorre no âmbito de uma relação jurídico-administrativa, afastar a jurisdição administrativa e a competência dos tribunais administrativos.

Não temos dúvidas em afirmar que para a apreciação dos danos emergentes da prestação de cuidados de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde são competentes os tribunais administrativos e são competentes os tribunais administrativos quer os estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde sejam em gestão pública ou em gestão privada ou sejam ainda contratados para a realização de prestações que cabiam ao Serviço Nacional de Saúde por si realizar, em execução de deveres de prestações públicas de saúde, que, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, lhe são acometidos como garantia do direito à proteção da saúde. E não temos dúvidas ainda que o direito

⁴² Cf. CLÁUDIA MONGE, “As preocupações sociais e de assistência na doença nas Constituições Portuguesas (1822 a 1976)”, in JOSÉ MARTINS NUNES (coord.), *Resgate da Dignidade, A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os 40 anos do SNS*, Minerva, Coimbra, 2019, pp. 167-168.

substantivo a aplicar seja Direito Administrativo ou outro e a reforma do Contencioso Administrativo de 2015 só o vem reforçar.

Mesmos nos casos de realização de atos no âmbito do programa de redução das listas de espera em cirurgia, o Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia — SIGIC⁴³, quanto aos atos realizados por entidades privadas e por entidades do setor de economia social contratadas pelo Serviço Nacional de Saúde, deve ser reconhecida a competência dos tribunais administrativos⁴⁴, desde logo porquanto devem ser tidos como «integrados na função administrativa os actos médicos praticados num hospital que colabora com o Serviço Nacional de Saúde e a prosseguir as tarefas que legalmente a este estão confiadas»⁴⁵, pois aquelas entidades que atuam ao abrigo de convenções ou contratos celebrados com o Serviço Nacional de Saúde estão «a desempenhar uma tarefa incluída no âmbito da função administrativa»⁴⁶.

Militam no mesmo sentido a alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, na sua atual redação, quando determina que «[c]ompete aos tribunais da jurisdição administrativa e

⁴³ Veja-se presentemente a Portaria n.º 207/2017, de 11 de julho, na sua atual redação, que procedeu à regulamentação do Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia (SIGIC), que passa a integrar o Sistema Integrado de Gestão do Acesso (SIGA SNS), e definiu os preços e as condições em que se pode efetuar a remuneração da produção adicional realizada pelas equipas.

⁴⁴ Assim sucedeu, recentemente, designadamente, no Acórdão da Relação de Coimbra de 17.09.2019 — Proc: 10066/15.3T8CBR.C1 (MOREIRA DO CARMO), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/3c86b-1742de890918025849a004a603e?OpenDocument>, e no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22.11.2018 — Proc: 1243/17.3T8STB.E1 (MANUEL BARGADO), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf-005f080b/1518e5c45f3a4c2d8025835b00367085?OpenDocument>

⁴⁵ Na expressão do Acórdão da Relação de Coimbra de 17.09.2019 — Proc: 10066/15.3T8CBR.C1 (MOREIRA DO CARMO), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/3c86b-1742de890918025849a004a603e?OpenDocument>

⁴⁶ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa”, in JOÃO LOUREIRO, ANDRÉ DIAS PEREIRA e CARLA BARBOSA (coordenadores), *Direito da Saúde, Estudos em Homagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 111.

fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: (...) Responsabilidade civil extracontratual dos demais sujeitos aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público», e também o n.º 2 do mesmo artigo 4.º quando estabelece ainda que «[p]ertence à jurisdição administrativa e fiscal a competência para dirimir os litígios nos quais devam ser conjuntamente demandadas entidades públicas e particulares entre si ligados por vínculos jurídicos de solidariedade, designadamente por terem concorrido em conjunto para a produção dos mesmos danos ou por terem celebrado entre si contrato de seguro de responsabilidade».

Na verdade, na determinação dos tribunais competentes e na criação e aplicação do regime constante do artigo 4.º⁴⁷ do ETAF na sua atual redação não podemos perder de vista que «o princípio constitucional da responsabilidade das entidades públicas deve ser entendido como princípio geral de responsabilidade, independentemente da forma de actuar (gestão privada ou gestão pública) dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes da administração»⁴⁸.

A propósito da reforma de 2015 e do artigo 4.º, é clara, aliás, não obstante as ressalvas feitas, a afirmação de que «a revisão do ETAF, nesta parte, visa conferir cada vez maior sentido ao artigo 212.º, n.º 3, da Constituição e confirmar a consagração da jurisdição administrativa como jurisdição comum em matéria administrativa»⁴⁹.

⁴⁷ E não podemos perder de vista que, na verdade, «na procura dos litígios a dirimir pelos tribunais administrativos e fiscais, todos os caminhos vão, agora, dar ao artigo 4.º do Estatuto», nas palavras de JORGE PAÇÃO, “Novidades em sede de jurisdição dos tribunais administrativo — em especial, as três novas alíneas do artigo 4.º, n.º 1 do ETAF”, in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 188.

⁴⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º, I*, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 428.

⁴⁹ Cf. MARIANA MELO EGÍDIO, “As bases constitucionais do Contencioso Administrativo: a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a legislação processual administrativa”, in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 92.

No entanto, nada disso afasta que se deva afirmar a existência de um concurso de títulos de imputação quanto à incidência de um dano decorrente de um facto ilícito praticado no exercício da função administrativa de prestação de cuidados de saúde — concurso entre o regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, e o regime da responsabilidade obrigacional dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil⁵⁰ —, permitindo ao lesado invocar o regime que lhe seja mais favorável, designadamente em matéria de ónus da prova e de prazo de prescrição. Só o reconhecimento desse concurso de títulos de imputação e da possibilidade de invocação do regime mais favorável pelo lesado é capaz de, no quadro normativo instituído, afastar a perplexidade perante o paradoxo de que a violação do direito de um paciente por um estabelecimento de saúde privado na prestação de cuidados de saúde no âmbito do SIGIC a utente do Serviço Nacional de Saúde e a violação desse mesmo direito na realização de uma prestação em tudo idêntica pelo mesmo estabelecimento no exercício de atividade privada possam gerar regimes diferentes — não pode o utente do Serviço Nacional de Saúde ser sujeito a um regime substantivo na defesa processual menos favorável dos seus direitos fundamentais perante um estabelecimento de saúde privado apenas e tão-só pela circunstância de a atividade ser realizada no exercício da função administrativa.

Uma interpretação conforme com a Constituição assim o demanda.

⁵⁰ Nesse sentido, veja-se CLÁUDIA MONGE, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, in CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e CLÁUDIA MONGE (coord.), *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde, Jornadas de Reflexão, e-book* Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 6-59 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1>); “Responsabilidade contratual de um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde, Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 30 de Novembro de 2012 (proc.01425/04.8BEBRG)”, in CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Responsabilidade civil extracontratual das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência, e-book* Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, pp. 33-55 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1>) e “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (coord.), *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, e-book* Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 95-117 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1>)

4. Notas finais

Tal como o Direito da Saúde é um ramo do Direito transversal, que apela à confluência de muitos saberes jurídicos e a uma pluralidade de fontes, também em matéria de responsabilidade civil em razão de danos causados na prestação de cuidados de saúde deve ser reconhecido um verdadeiro “diálogo de fontes”⁵¹ — e se há uma fonte geral que regula a responsabilidade obrigacional pela violação de deveres específicos nada deve obviar à possibilidade da sua invocação. Assim se considera à luz do entendimento de que há uma verdadeira «força normativa da Constituição na defesa dos direitos fundamentais dos administrados»⁵², força normativa essa que é abraçada ou acompanhada por outras normas jurídicas que vinculam o legislador nacional, como o já referido artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na tutela processual do direito à vida.

Apesar de considerarmos que a defesa do concurso de títulos de imputação e a suscetibilidade de aplicação do regime de responsabilidade civil obrigacional constante dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil ainda que a relação jurídica seja administrativa é suportada em âncoras fortes e seguras e que aliás é mais conforme com a proteção do direito à saúde centrada na pessoa afirmada pelo Direito Internacional e pela Constituição da República Portuguesa, não deixamos de reconhecer que a linguagem de Direito positivo é adversa à posição sustentada. É adversa

⁵¹ A propósito do “diálogo das fontes”, expressão cunhada por ERIK JAYME, na *Teoria do Diálogo das Fontes*, e da sua fluorescência da doutrina brasileira, vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, in *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n.º 07, 2004, pp. 15-54, e, na doutrina argentina, vide MARTÍN TESTA, “Pero... ¿qué es la salud? ¿Estamos ante un derecho de incidencia colectiva?”, in *Revista: Pensar en Derecho EUDEBA*, 2017 No. 9, Año 5, Buenos Aires, p. 204-227.

⁵² Cf. MARIANA MELO EGÍDIO, “As bases constitucionais do Contencioso Administrativo: a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a legislação processual administrativa”, in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 58.

desde logo pois o artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), mesmo ampliado pelas alterações introduzidas em 2015, refere-se sempre a “responsabilidade extracontratual” (cf. alíneas f), g) e h) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF) e quando alude a execução de «contratos administrativos» fá-lo por referência aos «contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública», quando a prestação de cuidados de saúde na relação estabelecimento-utentes não é matéria incluída nos Códigos dos Contratos Públicos.

É também em razão da constatação de tais adversidades que temos procurado sempre conjugar uma perspetiva de Direito constituído, que entendemos que conduz à admissibilidade da aplicação do regime dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil, com a promoção de alterações, numa perspetiva de Direito a constituir.

A «realização do direito à proteção da saúde é feita, também, através do dever de legislar, para conferir aos titulares deste direito uma tutela mais efetiva»⁵³.

É também à luz do reconhecimento dos deveres estatais e da necessidade de reforço de proteção dos «direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde» que deve ser entendido o dever de legislar no sentido de regular o direito à indemnização pelo dano injusto causado na prestação de cuidados de saúde, bem como a adoção de meios mais expeditos de resolução de litígios em contexto de saúde e o mais amplo ressarcimento do dano anónimo^{54 55}.

⁵³ Cf. CLÁUDIA MONGE, “O direito fundamental à proteção da saúde”, in *Revista E-PUBLICA, Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. N.º 5, n.º 2 Abril 2019, disponível em <http://e-publica.pt/volumes/v6n1a06.html>, p. 77.

⁵⁴ Vide alíneas n) e o) do n.º 1 da Base VII e alínea a) do n.º 1 da Base LVI do projeto de proposta de Lei da Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/> e

<https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>. Cf. a esse propósito CLÁUDIA MONGE, “Testemunho”, in *Cadernos da Lex Medicinæ n.º 3 | Lei de Bases da Saúde Materiais e razões de um projeto*, p. 87, disponível em

<https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>

⁵⁵ Vide em especial a propósito do «dano anormal e desproporcionado», ANDRÉ

O dever de legislar constitui manifestação dos deveres de proteção dos direitos fundamentais a cargo do Estado. A perspetiva destes deveres ape-la à aplicação do princípio da proibição do défice, «nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição constitucional»⁵⁶.

É ainda o mesmo escopo de reforço de proteção do direito à saúde que faz sustentar o alargamento das previsões normativas de responsabilidade objetiva, nos casos de especial perigosidade ou de especial danosidade.

A propósito da teoria do risco e do surgimento de «brechas na mura-lha da culpa»⁵⁷ e desenvolvimento da responsabilidade objetiva, destaca SINDE MONTEIRO, em 1983, que «[a]s novas técnicas exigem o trabalho em grupo e muitas vezes não se saberá a quem atribuir a responsabilidade pelo facto que, porventura anos mais tarde, esteve na origem do dano; as participações individuais como que se dissolvem no interior das engrena-gens que o trabalho da equipa, os seus escalões sucessivos, implica»⁵⁸, o que muitas vezes se verifica em saúde, na prestação de cuidados por equi-pas compostas por diferentes elementos, com diferentes competências, e mesmos por equipas diferentes no “percurso” das prestações dentro da mesma instituição de saúde ou mesmo em instituições diferentes para as mesmas necessidades em saúde ou para a continuidade de tratamen-to, o que motiva reflexões específicas. «A isto acresce», como prossegue SINDE MONTEIRO, «que o homem nem sempre domina totalmente os instrumentos que utiliza e a experiência mostra que o emprego de meca-nismos cada vez mais complexos e delicados, a utilização de novas fontes de energia e, de um modo geral, o domínio sobre as forças da natureza, acarretam necessariamente (com a necessidade da estatística...) a produ-

GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 787-791 — como afirma o Ilustre Professor «uma correta e justa distribuição do ónus probatório é uma demanda urgente de um Estado de Direito em que a reparação dos danos injustos causados aos pacientes seja atendida», *ibid.*, p. 790.

⁵⁶ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constitui-ção Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 140.

⁵⁷ Cf. JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 17.

⁵⁸ *Ibid.*

ção de eventos danosos, os quais ligados como estão a dados técnicos e industriais, têm também em si a marca do anonimato»⁵⁹.

Não é sempre isso que sucede no domínio da saúde, aliás não é isso que por regra sucede em matéria de prestação de cuidados de saúde, mas quando o é, nas situações em que tal se verifica, devem ter lugar a consagração legal e a aplicação da responsabilidade como objetiva, independentemente de culpa.

Reconhecemos que “o alargamento da «província» da responsabilidade civil”⁶⁰ deve ser dedicado às situações de especial perigosidade e também, assim propomos, às situações de especial danosidade.

A questão que se coloca é a de saber por que danos estamos dispostos a socialmente responder em matéria de prestações de cuidados de saúde. Que socialização do risco⁶¹ queremos assumir num Estado social e garantístico?

Uma tutela mais efetiva do direito à proteção da saúde demanda que a resposta seja ampla.

⁵⁹ *Ibid*, pp. 17 e 18.

⁶⁰ Na expressão empregue pelo Ilustre Professor — cf. JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil, ob. cit.*, p. 19.

⁶¹ Sobre a «socialização da responsabilidade e da reparação dos danos», *vide* JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil, ob. cit.*, pp. 29-37.