

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 14 - n.º 27-28 - 2017
Publicação Semestral

Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)
(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e
Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e
Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista

Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdb@fd.uc.pt
www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde | Volume temático,
organizado por André Dias Pereira
Ano 14 - n.º 27/28 - Janeiro/Dezembro 2017
Publicação Semestral

Execução gráfica

João Rijo Madeira

ISSN 1646-0359

Depósito Legal: 214 044/04

Reg. ICS 124 765

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Sumário

Apresentação da Obra

André Dias Pereira
Atas do Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 16 e 17 de Janeiro de 2015..... 7

Doutrina

Javier Barceló Doménech
Cinco Casos de Responsabilidad Médica en España en 2014 9

José Ramón de Verda y Beamonte
Obligación de Medios y Obligación de Resultados en la Cirugía Estética desde la Perspectiva del Derecho Español..... 19

Mafalda Miranda Barbosa
Responsabilidade Civil Médica nos Tribunais Administrativos, em Portugal 33

Luís Filipe Pires de Sousa
Casos de Responsabilidade Civil, nos Tribunais Comuns, em Portugal 49

Geraldo Rocha Ribeiro
A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos 59

Pedro Jacob Morais
Algumas Notas sobre o Internamento Compulsivo de Portadores de Doença Infecto-Contagiosa 99

Gonçalo Castanheira
Responsabilidade Médica. A Propósito de Alguns Casos do Concelho de Coimbra..... 105

Conclusões Finais e Sintéticas do Projeto 115

Apresentação da Obra

ATAS DO CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDADE MÉDICA. CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 16 E 17 DE JANEIRO DE 2015

André Gonçalo Dias Pereira

Presidente do Congresso Internacional – Responsabilidade Médica em Portugal

Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Reunimos, nos dias 16 e 17 de janeiro de 2015, no Anfiteatro da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, alguns dos profissionais que melhor vêm refletindo sobre o problema da responsabilidade médica, em Portugal, Espanha e Brasil.

Este Congresso teve duas razões que levaram ao seu impulso:

Por um lado, o Centro de Direito Biomédico pretendeu, mais de 10 anos depois do 1.º *Congresso Internacional sobre Responsabilidade Civil dos Médicos*, que resultou no importante livro *Responsabilidade Civil dos Médicos*, o n.º 11 da série monográfica do Centro de Direito Biomédico, levado à estampa com a chancela da *Coimbra Editora*, rever e atualizar o “estado da arte” da questão da responsabilidade médica.

Em segundo lugar, este Colóquio Internacional marcou o culminar de um processo de investigação plurianual, que envolveu uma equipa multidisciplinar, e que logrou obter financiamento – e com ele a chancela de qualidade – da *Fundação para a Ciência e Tecnologia*, facto raro no mundo da investigação jurídica nacional: o PROJECTO N.º FCOMP-01-0124-FEDER-014435 “PARA UM QUADRO LEGAL DE RESPONSABILIDADE MÉDICA MENOS AGRESSIVO, MAIS EFICAZ E MAIS

FAVORÁVEL À REDUÇÃO DO ERRO MÉDICO” (REF. FCT PTDC/CPJ-JUR/111133/2009).

Tudo isto foi obra do Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira, um universitário que criou Escola, sempre aberto aos desafios do sistema científico e impulsor de estudos e publicações relevantes em áreas inovadoras e desafiantes do saber jurídico.

Aqui lhe prestamos esta justa e singela homenagem!

Quis o nosso Professor abraçar a sua merecida reforma do Direito Biomédico, propondo o meu nome para a Presidência da Direção do Centro de Direito Biomédico, o que foi ratificado pelos órgãos próprios, em meados do ano de 2014. Donde, o programa final do Congresso e esta obra que aqui apresentamos contam com a responsabilidade (e consequente debilidade) do aqui subscritor. Daí, também, o encargo de escrever uma apresentação a esta obra.

Conseguimos reunir alguns textos apresentados no Congresso.

Começamos, a justo título, pela publicação das intervenções dos Professores Catedráticos de Espa-

nha: *Javier Barceló Doménech*, da Universidade de Alicante, com o texto “Cinco casos de responsabilidad médica en España en 2014” e *José Ramón de Verda y Beamonte*, da Universidade de Valência, “Obligación de medios y obligación de resultados en la cirugía estética desde la perspectiva del derecho español”.

Por seu turno, a Professora coimbrã, *Mafalda Miranda Barbosa*, apresenta o estudo: “Responsabilidade civil médica nos Tribunais Administrativos, em Portugal”.

De grande interesse ainda é o texto do Juiz de Direito, agora Desembargador, *Luís Filipe Pires de Sousa*, “Casos de responsabilidade civil, nos tribunais comuns, em Portugal.”

Realçamos ainda o importante e atual texto do Mestre *Geraldo Rocha Ribeiro* sobre “A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos”.

Segue-se um texto na área do Direito da Saúde conexa com a responsabilidade médica, e apresentado na secção Comunicações Livres (ainda pouco habitual nos congressos de Direito), *Pedro Jacob Moraes*, Doutorando em Direito pela Universidade do Porto, explana “Algumas Notas sobre o Internamento Compulsivo de Portadores de Doença Infecto-Contagiosa”.

Finalmente, o Médico Legista *Gonçalo Castanheira* apresenta: “Responsabilidade médica: a propósito de alguns casos do concelho de Coimbra”.

Em anexo, apresentamos as “Conclusões Finais e Sintéticas” do referido Projeto financiado pela FCT e coordenado pelo Prof. Doutor Guilherme de Oliveira: “Para um quadro legal de responsabilidade médica menos agressivo, mais eficaz e mais favorável à redução do erro médico”.

Do título dos textos aqui seleccionados pode o leitor concluir que se trata de um livro escrito por Professores, Juizes, Investigadores e Médicos Le-

gistas, oriundos de instituições de elevada reputação, e simultaneamente de estudos muito práticos, muito voltados para a jurisprudência atual nos tribunais portugueses e espanhóis!

Boa leitura!

CINCO CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ESPAÑA EN 2014

Javier Barceló Doménech

Profesor Titular de Derecho Civil – Universidad de Alicante

Resumen: *En este trabajo se han seleccionado cinco sentencias del Tribunal Supremo español dictadas en 2014, que corresponden a cinco casos de responsabilidad médica. A través del estudio del caso, nos introduciremos en el análisis de los principales problemas que hoy tiene planteados la responsabilidad por asistencia sanitaria, ya sea en el ámbito público o privado. Todos los casos tratan cuestiones centrales de esta tipología de responsabilidad.*

Palabras claves: *Derecho de daños, responsabilidad médica, responsabilidad objetiva, indemnización, daño, baremo, prescripción extintiva.*

Abstract: *In this work there have been selected five judgments of the Spanish Supreme Court decided in 2014, which they correspond to five cases of medical liability. Across the study of the case, we will get in the analysis of the main problems that today has the liability caused by sanitary assistance, both in public and private area. All cases deal with central questions of this liability.*

Keywords: *Tort Law, medical liability, strict liability, compensation, damage, tariffication, extinctive prescription.*

I. Introducción

El trabajo corresponde a la versión escrita de la conferencia impartida el 17 de enero de 2015 en el *Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica: a Doutrina e a Jurisprudência*, que tuvo lugar en la *Universidade de Coimbra* (Portugal). La organización del Congreso, a cargo del *Centro de Direito Biomédico* (CDB) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, tuvo a bien dedicar una sesión

a la responsabilidad médica en España, y opté por seleccionar cinco sentencias del Tribunal Supremo de 2014, a través de las cuales se pudiese facilitar a los asistentes una primera aproximación a los problemas y cuestiones centrales de la responsabilidad médica en España: carácter cada vez menos objetivo de la responsabilidad de la Administración sanitaria, obligación de medios en cirugía estética, doctrina del daño desproporcionado, función meramente orientativa del baremo de tráfico en la valoración de los daños causados por asistencia sanitaria y fijación del comienzo del cómputo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad de la Administración sanitaria. Entre nosotros, como es bien sabido, analizar la responsabilidad civil a través de casos jurisprudenciales tiene ya una consolidada tradición en la doctrina⁽¹⁾.

Lógicamente, las sentencias a tratar en el trabajo proceden tanto de la Sala 1ª como de la Sala 3ª del Supremo, según los asuntos tengan origen, respectivamente, en el ámbito sanitario privado o público⁽²⁾. Son dos casos de la Sala 1ª y tres de la Sala 3ª, y aunque la selección se ha hecho en función de la relevancia del *thema decidendi*, quiero

¹ La *Revista Práctica de Derecho de Daños* o *Indret* son dos de los casos más sobresalientes, al incluir periódicamente guías de casos.

² Dejamos fuera de esta selección las actuaciones penalmente relevantes, en cuyo caso la responsabilidad de la Administración o de la Clínica privada en la que está integrado el agente del daño es subsidiaria (arts. 120 y 121 del Código Penal).

aprovechar esta circunstancia numérica para poner de manifiesto que, en los últimos años y como consecuencia de las reformas legislativas efectuadas en una misma y clara dirección, ha cambiado la situación en la que las demandas por responsabilidad médica se planteaban mayoritariamente en el orden jurisdiccional civil, que resolvía conforme al Código civil, ya fuese la asistencia sanitaria prestada pública o privada. Hoy por hoy, la situación es bien distinta y los hospitales públicos atraen irremediablemente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa³.

II. La desaparición de los ámbitos de la responsabilidad objetiva: la STS (Sala 3ª) de 11 de abril de 2014.

La primera sentencia⁴ de esta selección es significativa por el hecho de que el Tribunal Supremo confirma, una vez más, que la responsabilidad civil de la Administración en materia sanitaria no funciona, en la realidad de la praxis jurisprudencial, como una responsabilidad de tipo objetivo.

Como es bien sabido, el régimen de responsabilidad de la Administración se encuentra previsto en los arts. 139 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

El art. 139.1 LRJ-PAC señala que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos».

Enuncia así el precepto acabado de citar el principio básico de la responsabilidad administrativa, aplicable también al ámbito del servicio público sanitario y que responde a un modelo que, en la literalidad de la ley, es de responsabilidad objetiva (es decir, al margen de la culpa)⁵ y sumamente riguroso (funcionamiento «normal o anormal» de los servicios públicos, salvo fuerza mayor).

Otra cosa muy distinta es, sin embargo, la aplicación de este régimen en la realidad diaria de los casos que llegan a los Tribunales de lo contencioso-administrativo, tal y como vemos en esta sentencia de 11 de abril de 2014 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

La sentencia, siguiendo la línea de la del TSJ-Extremadura, razona en clave de culpa para absolver a la Junta de Extremadura y a la compañía aseguradora: los síntomas de la asistencia inicial no podían hacer pensar en factor de riesgo alguno (concretamente un desprendimiento de la placenta), no era necesario realizar la prueba dímero-D (test que no se suele realizar), se comprobó el bienestar fetal, se descartó un parto pretérmino y se trató la infección urinaria; en la segunda visita, se diagnosticó DPPNI y se indica cesárea, extrayéndose el feto a los pocos minutos, siendo correctas las técnicas utilizadas y debiéndose considerar como una sorpresa la extracción de un feto deprimido que necesitó reanimación profunda.

Es decir, no se constata una actuación negligente del personal sanitario y, por tanto, no se entiende infringida la *lex artis*.

³ La evolución normativa puede consultarse en C.I. ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. II, L.F. REGLERO CAMPOS / J.M. BUSTO LAGO, coord. Pamplona, 2104, 332-340.

⁴ Id Cendoj 28079130042014100106 (MP: María del Pilar Teso Gamella).

⁵ Dice M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, 2013, 929, que «la LRJPAC reitera que la lesión resarcible puede ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 139.1), es decir, de cualquier actividad administrativa, sin necesidad de que la Administración incurra en un hecho ilícito o sus funcionarios y agentes en culpa o negligencia».

El Supremo vuelve a insistir, en otro pasaje de la sentencia, en el análisis de la conducta del personal sanitario: se realizó una asistencia adecuada, tanto en la visita previa («ausencia de sintomatología y la normalidad de las pruebas complementarias», habiéndose realizado ese día, además de la historia correspondiente, una exploración ginecológica, una ecografía, un análisis de orina y un registro cardiotocográfico reactivo, haciendo pensar el resultado de las pruebas en una infección urinaria) como en la realizada el día siguiente, en que la paciente llega a urgencias a las 21.15 y a las 22.10 comienza la cesárea, siendo el tiempo transcurrido «el requerido para garantizar la adecuada realización del procedimiento quirúrgico», pues fue preciso realizar la monitorización de la frecuencia cardíaca fetal y la aplicación de la anestesia adecuada al caso.

La sentencia contiene, en su parte final (Fundamento de Derecho Séptimo), la referencia puntual a la doctrina jurisprudencial que aleja esta responsabilidad del carácter objetivo que inicialmente cabría predicar a tenor del art. 139.1 LRJ-PAC. Concretamente, se dice: «Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido la indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde

esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria (...). Dicho de otro modo, “como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria” (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)».

La claridad del razonamiento del Tribunal Supremo no deja lugar a dudas. También el alejamiento respecto al dato legal de la LRJ-PAC. Interesante resulta señalar que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, ya no recurre, para absolver a la Junta de Extremadura, a la antijuridicidad o a la relación de causalidad⁽⁶⁾, tradicionales argumentos para evitar la declaración de responsabilidad, sino que directamente absuelve tras comprobar la actuación diligente del personal sanitario en el día de la visita previa y en el día del parto⁽⁷⁾.

En conclusión, este razonamiento no se corresponde con una responsabilidad de carácter objetivo, que actúa de manera independiente de cualquier valoración en términos de diligencia de la conducta del agente del daño.

⁶ Sobre estas dos vías tradicionales de la jurisdicción contencioso-administrativa que evitan la expansión incontrolada de la responsabilidad, *vid.* C.I. ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica», 392 y ss.

⁷ Ya no se dice en esta sentencia (véase el Fundamento de Derecho Séptimo) que si no hay infracción de la *lex artis* el daño no es antijurídico, o que, si se actúa diligentemente, no hay relación de causalidad, situando la causa en la patología del enfermo.

III. La obligación del médico en la cirugía estética, ¿es de medios o de resultado?: la STS (Sala 1ª) de 7 de mayo de 2014.

La sentencia⁽⁸⁾ insiste en una línea interpretativa ya consolidada en la Sala 1ª, conforme a la cual los actos de la medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, salvo que el estudio del caso concreto revele que el médico sí dio garantía de dicho resultado.

La demanda fue interpuesta contra los herederos y viuda del médico que práctico la intervención, y contra la clínica y compañía aseguradora. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia parcialmente estimatoria, absolviendo a la clínica y condenando al resto de codemandados. Interpuesto el recurso de apelación, revoca parcialmente la Audiencia la sentencia de primera instancia, elevando el importe de la indemnización. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso.

La demandante se había sometido a una intervención de micro liposucción sobre el tercio superior de la cara externa de ambos muslos y zona alta de ambas caderas, y siete días más tarde a una nueva intervención consistente en una micro liposucción sobre la cara interna de ambas rodillas y parte baja de vientre.

La condena se produce por cuanto se declara probado que los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas en el mes de abril de 1991 no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la paciente, que no fue informada expresamente de esta eventualidad.

Es decir, el médico garantizó el resultado y, además, no se informó debidamente a la actora. Veamos cada uno de estos aspectos por separado.

La sentencia se inscribe claramente en la última fase de una evolución jurisprudencial, que supera la tradicional adscripción de los actos de la medicina voluntaria a la obligación de resultado⁽⁹⁾ y por ello mismo discrepa de la sentencia de Audiencia⁽¹⁰⁾. Para el Tribunal Supremo: «Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010 y 19 de julio de 2013, que “La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre las personas, con o

⁹ Sobre esta evolución, *vid.*, recientemente, C. GIL MEMBRADO, *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Granada, 2014, 6 y ss.

¹⁰ «Es cierto – dice el Supremo – que la sentencia se opone a la doctrina de esta sala, cuando señala que es “constante la doctrina jurisprudencial de nuestro TS al establecer la distinción jurídica, dentro del campo de la cirugía, entre una cirugía asistencial, que identificaría la prestación del profesional con la locatio operarum y una cirugía satisfactiva (destacadamente, operaciones de cirugía estética), que identifica aquella con la locatio operis, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (SSTS 11 diciembre 1997, 19 febrero 1998, 28 junio 1999, 5 febrero 2001 y 4 febrero 2002)” y que “En la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte – el paciente – se obliga a pagar unos honorarios a la otra – médico – por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se producido éste o ha sido defectuoso (STS 11 diciembre 2001)”».

⁸ Id Cendoj 28079110012014100197 (MP: José Antonio Seijas Quintana).

sin alteraciones de salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis, cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)”. Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente, cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013)».

En consecuencia, si la obligación del profesional sanitario es también de medios en la medicina voluntaria o satisfactiva (salvo que el propio profesional se haya obligado a un resultado), la gran diferencia hoy en día entre la medicina necesaria y la voluntaria radicarà precisamente en el consen-

timiento informado. Así, cobran sentido las afirmaciones de la sentencia: «Como con reiteración ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información, por lo demás, es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta de la innecesariedad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011)».

Podemos, pues, concluir que en materia de cirugía satisfactiva la obligación de información se hace más estricta, ya que el paciente tiene un margen mucho mayor de decisión que en la cirugía necesaria.

IV. La doctrina del daño desproporcionado: la STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2014.

La sentencia⁽¹¹⁾ es significativa por la gravedad de los hechos y de los daños, aplicando, una vez más, la conocida doctrina del daño desproporcionado.

Sabido es que incumbe a la víctima del daño acreditar la actuación negligente del médico, pero

¹¹ Id Cendoj 28079110012014100257 (MP: José Antonio Seijas Quintana).

esta regla se altera cuando estamos en presencia de un daño desproporcionado, trasladándose en este caso al médico la obligación de explicar por qué se produjo la importante disonancia entre el riesgo inicial y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de tal explicación puede determinar la imputación, haciendo surgir una deducción de negligencia.

En el caso de autos, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo, «el daño se produce en el curso de una relación que se inicia a partir del parto y concluye con los infartos cerebrales, todo ello en una aproximación temporal indudable entre un hecho y otro, por lo que el resultado sólo se explica atendiendo a este proceso. La paciente dio a luz sin problemas el día 23 de marzo del año 2006, y tuvo unas complicaciones posteriores de las que tiene conocimiento el médico que le atendió, entre otras una hemorragia irregular. Hay pues una evidente aproximación temporal causal entre este hecho inicial y las complicaciones que surgieron a continuación y que determinaron que se le practicara el día 7 de abril un legrado para la evacuación incompleta de productos de la concepción, de la naturaleza que fueran, y, dado que la situación clínica se complicó, una histerectomía con anexectomía izquierda por sangrado de ovario, con el resultado de tres infartos cerebrales que le han dejado secuelas motoras y una minusvalía del 79%».

Seguidamente, profundiza el Supremo en las circunstancias aquí concurrentes: «El criterio básico de imputación estriba en la determinación de si se comportó con arreglo a las pautas o parámetros descritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, lo que esta Sala ha denominado *lex artis ad hoc*. Y es evidente que no se ha producido por parte del demandado una explicación o una justificación que excluya la apreciación

de negligencia por falta de atención tras el parto a los problemas que presentaba la paciente, salvo una genérica invocación a sucesos que ocurren todos los días a causa de la hipertensión y por el que fallecen miles de personas. No hay una explicación que excluya la imputación de los daños que se han generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la paciente, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente: ni la ofrece el demandado ni tampoco la da la sentencia, de cuya lectura no es posible conocer la causa, ni siquiera aproximada, por la que tras un parto sin complicaciones surgieron problemas tan graves para la salud de una persona que no presentaba ninguna patología previa. Por eso acude, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del “daño desproporcionado”, pues “entre tratar una hipertensión y controlar un sangrado y quedar con una hemiplegia en el lado izquierdo del cuerpo hay demasiada distancia”».

La base teórica en la que se asienta el fallo se describe en los siguientes términos: «La doctrina del daño desproporcionado, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume (SSTS 16 de abril, rec. n° 1667/2000, y 23 de mayo de 2007, rec. n° 1940/2000). El daño desproporcionado – STS de 19 de julio de 2013, rec. n° 939/2011 – es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico

a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/205; 27 de diciembre 2011, rec. n.º 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médicos”, “sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur) (STS 23 de octubre de 2008, rec. n.º 870/2003)».

La sentencia acumula, pues, en el párrafo acabado de transcribir tanto la idea del desplazamiento de la prueba hacia la parte que se halla en mejor posición probatoria, como la presunción judicial de culpa.

Para la fijación de la indemnización, la sentencia acude al baremo de tráfico, en lo que respecta a incapacidad temporal, lesiones permanentes y daño moral, aspecto este que enlaza con el comentario de la siguiente sentencia, de la Sala 3ª, que opta por la solución contraria, esto es, no aplicar analógicamente el baremo de tráfico a los daños causados por actos médicos.

V. El carácter orientativo del baremo de tráfico: la STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2014.

El tema que plantea el análisis de la sentencia⁽¹²⁾ es el relativo a la valoración del daño, y más concretamente la utilización del baremo de tráfico⁽¹³⁾ para determinar la indemnización de los daños causados por asistencia sanitaria.

Se solicitaba en el recurso contencioso-administrativo una indemnización por importe de 858.188,97 €, y la sentencia del TSJ-Comunidad Valenciana fija una indemnización de 300.000 € para el menor y 30.000 € por daños morales a los padres.

Los actores, en su propio nombre y en el de su hijo menor, argumentaban la indemnización solicitada con base en el baremo de tráfico, argumento que no acepta ni el TSJ ni, posteriormente, la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Respecto a los daños morales, el Supremo excluye su revisión en casación, trayendo a colación la consolidada doctrina jurisprudencial que considera que esta es una cuestión de hecho y no puede ser objeto de discusión en este trámite: la fijación de la cuantía por daños morales, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal *a quo*.

Respecto a la indemnización por las graves secuelas que padece el hijo, se mantiene también que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la valoración del daño es una cuestión de hecho, no

¹² Id Cendoj 28079130042014100217 (MP: María del Pilar Teso Gamella).

¹³ El último (anualmente se actualiza) es el contenido en la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 15 de marzo de 2014.

susceptible de impugnación en casación, salvo que se denuncie y acredite la infracción de las normas que disciplinan la valoración de pruebas tasadas o se constate que las inferencias obtenidas por el órgano *a quo* resultan ilógicas o irrazonables y que, por consiguiente, constituyen manifestación de un uso arbitrario de la potestad jurisdiccional. Aplicado al caso concreto de autos, sostiene el Tribunal que «la fijación de la indemnización en el fundamento de derecho tercero, “in fine”, de la sentencia recurrida, no puede ser tildada de arbitraria, absurda, caprichosa o irracional, pues se explican los criterios para la determinación del “quantum” indemnizatorio en la fijación de una cantidad global de 300.000 euros, tras la toma en consideración y ponderación de las circunstancias propias del caso. La recurrente, en definitiva, expresa una legítima discrepancia con el contenido de la sentencia cuando determina la indemnización, que, sin embargo, no revela que la sentencia haya incurrido en arbitrariedad».

Es decir, el Supremo da por buena la valoración global de la sentencia del TSJ-Comunidad Valenciana y frente a la invocación del baremo de tráfico realizado por la parte recurrente manifiesta que «su aplicación en estos casos tiene un carácter meramente orientador. Carece, por tanto, del carácter vinculante que parece atribuir al baremo la parte recurrente, pues el juez administrativo cuando fija la indemnización por responsabilidad patrimonial, puede acudir a sus determinaciones como mero orientación. Lo que se traduce en que no puede tener favorable acogida el alegato que se esgrime relativo a que la indemnización fijada se acomode a dicho baremo, pues esa no es razón suficiente para casar una sentencia».

VI. La determinación del momento en que comienza el plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad: la STS (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2014.

La sentencia⁽¹⁴⁾ gira en torno a la interpretación del art. 142.5 LRJ-PAC, conforme al cual «el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

El precepto recoge, en principio, la regla general de la *actio nata*: el plazo comienza a contar desde que la acción pudo ejercitarse, por conocerse el alcance y trascendencia de los daños⁽¹⁵⁾. Ahora bien, la fórmula legal, aparentemente tan sencilla, da lugar a problemas en casos en los que no está claro el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo, y la propia ley lo pretende aclarar en el supuesto al que se refiere la segunda parte del art. 142.5 LRJ-PAC, que es precisamente el que se debate en esta sentencia.

En el caso de autos, relativo a lesiones derivadas del sufrimiento fetal de la hija de los actores, el parto tuvo lugar en 1998 y la reclamación contencioso-administrativa se presenta en 2006. Entiende el Tribunal Supremo, al igual que el TSJ-Madrid, que las secuelas severas de la enfermedad se conocían desde el momento del alta (se le dice que padece encefalopatía hipóxico inquémica) y desde los cinco meses posteriores (se le diagnostica síndrome de west).

¹⁴ Id Cendoj 28079130042014100253 (MP: María del Pilar Teso Gamella).

¹⁵ Así lo ve M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 947.

La interpretación, que realiza el Supremo del art. 142.5 LRJ-PAC y su aplicación al concreto supuesto enjuiciado, es la siguiente: «El plazo de prescripción comienza, a tenor del citado precepto, desde la “curación” o desde la “determinación del alcance de las secuelas”. Ni que decir tiene que cuando no hay curación, por el carácter permanente o irreversible de la enfermedad, hemos de estar a la “determinación del alcance de las secuelas”, que en este supuesto se conocían desde el momento del alta (en el que se señala que padece encefalopatía hipóxico inquémica) y desde los cinco meses posteriores (al diagnosticarse un “síndrome de west”). Desde ese momento se conoce las severas secuelas necesarias que conlleva dicha enfermedad, aunque en los aspectos no esenciales de la enfermedad, la evolución puede ser más o menos gravosa (...). Dicho de otro modo, en algunas de las enfermedades, de carácter grave, definitivo o irreversible, derivadas del sufrimiento fetal en el parto, normalmente el diagnóstico se conoce, como es este caso, en los momentos posteriores al parto, lo que sucede es que en la evolución de la enfermedad hay un margen, nada desdeñable, que hace variar el rigor de sus manifestaciones posteriores, según los casos. Lo cierto es que, en este caso, la enfermedad y sus manifestaciones esenciales, así como las secuelas que irremediabilmente acarrea, están presentes desde el momento en que se hace el diagnóstico definitivo (en el informe de alta y al diagnosticar el “síndrome de west”), pues son consustanciales a la naturaleza de la enfermedad diagnosticada».

Más allá de la cuestión central del fallo (la declaración de prescripción de la acción entablada, una vez conocido el momento de determinación de las lesiones), lo cierto es que la sentencia sirve para reflexionar sobre el adecuado tratamiento de los daños que se prolongan en el tiempo y sobre el

corto plazo que la LRJ-PAC concede para entablar la acción de responsabilidad¹⁶.

¹⁶ En general, sobre la consideración del plazo de un año como excesivamente breve para los daños extracontractuales, puede verse M. J. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», in *La prescripción extintiva*, Valencia, 2014, 29 y 35.

OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y OBLIGACIÓN DE RESULTADOS EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil – Universidad de Valencia

Resumen: *El presente trabajo analiza la evolución de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del cirujano, cuestionando los argumentos que llevan a calificar la obligación de aquél como una obligación de medios, sin distinguir según que se trate de una cirugía necesaria o voluntaria.*

Palabras clave: *cirugía estética, cumplimiento, responsabilidad, obligación de medios, obligación de resultado.*

Abstract: *This paper analyzes the evolution of the recent Supreme Court jurisprudence on the responsibility of the surgeon, questioning the arguments that lead to describe his obligation as an obligation of means, without distinguishing according to the case if the surgery is necessary or elective.*

Keywords: *surgery, compliance, liability, obligation of means, obligation to produce a result.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde hace décadas la responsabilidad civil derivada de la cirugía estética ha sido objeto de especial atención por parte de la jurisprudencia española, lo que, sin duda, se explica por el creciente auge que esta forma de cirugía está alcanzando en la sociedad moderna, en la que existe una creciente preocupación de las personas por su “imagen”.

En los Tribunales se observa una evolución interesante, que va desde la consideración, en un primer momento, de la obligación del cirujano plás-

tico como una *obligación de resultado* (o aproximada a ella) a su calificación actual como una *obligación de medios*⁽¹⁾. Indudablemente, esta calificación tiene consecuencias prácticas en el *juicio de cumplimiento* y, en cierta medida, en el *juicio de responsabilidad*, tal y como pondré de manifiesto en estas breves páginas, que tienen como finalidad realizar una exposición crítica de la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

El estudio parte de una serie de premisas, que tienen que ver con el concepto mismo de las obligaciones de medio y de resultado⁽²⁾ y con la incidencia

¹ De esta evolución trata recientemente P. MONTALVO REBUELTA, “Análisis de la postura de nuestros Tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, 8 (2013) 196-2008.

² Es sabido que la distinción entre ambos tipos de obligaciones es obra de la doctrina científica francesa, y, más concretamente, es debida a R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I. Sources des obligations (Suite et fin)*, tomo V, París: Librairie Arthur Rousseau, 1925, núm. 1237, 536-545, en orden a explicar, lo que en su momento se consideró una contradicción entre los arts. 1137 y 1147 del Código civil francés.

El primero de los preceptos afirma que la obligación “soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille”; el segundo que el deudor debe reparar los daños y perjuicios en caso de falta de ejecución de la obligación o de cumplimiento tardío de la misma, siempre que no pruebe que la misma “provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée”. Por lo tanto, mientras que, al determinar el objeto de la obligación, el art. 1137 del Código civil francés impone al deudor un deber de diligencia, esto es, de adecuar su conducta al comportamiento de un buen padre de familia, el art. 1147 de dicho Código le imputa responsabilidad, por el mero hecho del cumplimiento defectuoso

de la clasificación en los juicios de cumplimiento y de responsabilidad⁽³⁾.

o tardío, salvo que pruebe que el mismo tuvo lugar por una causa que no le era imputable.

El gran jurista galo (según se deduce claramente de las pp. 536 a 537 de su obra) quería dejar claro que el tenor del art. 1147 del Code no podía llevar a afirmar la existencia en el Derecho francés de una regla general (diferente de la seguida en la responsabilidad extracontractual, en la que el deudor debe probar la culpa del acreedor para reclamar el daño), según la cual en la responsabilidad contractual, una vez acreditado el incumplimiento de la obligación, se presumiría la culpa del deudor, por lo que habría de ser éste siempre quien probara el caso fortuito o fuerza mayor para quedar eximido de responsabilidad. Para resolver la aparente falta de concordancia de las normas (en las pp. 538 y 539) dio la siguiente explicación: mientras el art. 1137 del Code se aplica a las obligations de moyens, en las que el deudor debe desplegar la diligencia normalmente suficiente para satisfacer al acreedor, por el contrario, el art. 1147 (y la presunción de culpa derivada del incumplimiento) del Code se aplica, exclusivamente, a las obligations de résultat, que exigen al deudor la obtención de un resultado preciso y determinado. Distingue, pues, dos clases de obligaciones, según su naturaleza; y concretamente, a propósito de las de resultado, observa lo siguiente: “Les deux points constatés: obligation et inexécution, le créancier a gain de cause, à moins que le débiteur ne prouve avoir été dans la impossibilité d'exécuter par cas fortuito ou force majeure”. La misma idea reiteraría posteriormente el autor, si bien refiriéndose a ella de manera breve, al estudiar la fuerza mayor, en *Traité des obligations en général, II. Effets des obligations*, tomo VI, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, núm. 599, 644, donde afirma: “Si le débiteur promet un résultat: rendre un objet prêté ou déposé, il est responsable si le résultat n'est pas atteint, sauf à prouver la force majeure”.

La tesis de Demogue, aunque fue objeto de críticas (véase la nota 5.^a), fue paulatinamente recibida por la doctrina francesa, siendo decisivos a estos efectos los trabajos de H. MAZEAUD, “Essai de classification des obligations”, *Revue trimestrielle de droit civil*, (1936) 1 y ss.; y A. TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, in “Juris-classeur périodique (Semaine juridique)”, 1945, I, núm. 449 (menos entusiasta que aquél en la recepción de la clasificación), a través de los cuales la distinción entre obligaciones de medios y de resultado (“obligation générale de prudence et de diligence” versus “obligations déterminées”, en terminología del primero; y “obligations de pure diligence” versus “obligations de résultat”, en terminología del segundo), en particular, tras su consagración por Henri y León MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris: Montchrestien, 1965 (en particular en los núm. 103-110 de la ya tardía 6.^a edición que manejo), se convierte (utilizando palabras de aquéllos), en la summa divisio del Derecho común francés de las obligaciones, tal y como evidencia St. PACHE, *La distinction des obligations de moyens et de résultat. Quelles différences en droit français et allemand?*, Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2011, 7 (en las p. 13-14 de la obra existen numerosas referencias a la doctrina francesa contemporánea).

³ En esta materia son claves en la doctrina científica española los estudios de F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 44 (1991) 5-96; y J.M. LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 45 (1992) 51-734.

1. Obligación de medios y obligación de resultados

Por más que la distinción entre obligación de medios y de resultado haya sido objeto de críticas⁽⁴⁾, que cuestionan, incluso, la posibilidad de diferenciar entre ambos tipos de obligaciones⁽⁵⁾, lo cierto es que la misma sigue hondamente arraigada en la doctrina científica y en la jurisprudencia españolas (al menos como criterio de determinación de la prestación debida)⁽⁶⁾, si bien se discuten

Así mismo la monografía de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona: Bosch, 1993, la cual contiene un cuidado análisis histórico y doctrinal sobre la materia, con extensas referencias a autores españoles y foráneos y análisis de tipos contractuales a efectos de determinar la naturaleza de las obligaciones que de ellos nacen. Más recientemente, ha aparecido un importante estudio, con ciertos matices críticos o correctores de la tesis más clásica, escrito por M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 65 (2012) 551-584. Interesantes también los trabajos de M.^a C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicio en el DCFR”, in *Indret*, Barcelona, abril de 2013, 45 páginas; y de F. ELIZALDE, “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados en la Propuesta de Código Mercantil”, *Working Paper IÉ Law School*, AJ8, 02-06-2014, 18 páginas.

⁴ Para una extensa revisión “crítica” de las tesis “críticas” de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, véase F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, 12-20.

⁵ Véase en este sentido, en particular, las severas críticas de G. MARTON, “Obligation de résultat et obligation de moyens”, *Revue trimestrielle de droit civil*, (1935) 499; así como posteriormente las de A. PLANQUEL, “Obligation de moyens, obligation de résultats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, (1972) 334 y ss.

Más ponderadas son las críticas P. ESMAN, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la délictuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil*, (1933) 633 y 658, el cual no niega la distinción a los efectos de la determinación del objeto de la obligación, pero sí las consecuencias que de ella extrae la doctrina científica mayoritaria en orden a la distribución de la carga de la prueba: presunción de culpa derivada del incumplimiento, por aplicación del art. 1147 del Código civil galo, en las obligaciones de resultado, frente a la necesidad en las obligaciones de medios de que el acreedor demuestre la culpa del deudor que incumple para exigirle responsabilidad.

⁶ Incluso la clasificación ha sido recientemente acogida por el art. 415-2 de la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presentada al Ministerio de Justicia el 17 de junio de 2013. El número 1 del precepto, que lleva por rúbrica Supuestos de obligaciones contractuales, afir-

algunos aspectos, relativos a sus consecuencias⁽⁷⁾ o al encuadre en una u otra categoría de nuevas formas de contratación que exceden de los estrictos moldes de las figuras de los arrendamientos de obras y de servicios⁽⁸⁾.

Considero, en definitiva, pertinente mantener dentro de las obligaciones de hacer⁽⁹⁾ la tradicional distinción⁽¹⁰⁾, que, de manera resumida, se puede

ma que “La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo”.

⁷ Dada la inexistencia en nuestro Código civil de un precepto semejante al art. 1147 del Código civil francés, puede legítimamente plantearse la pertinencia de la presunción de culpa derivada del incumplimiento, lo que, evidentemente, supone una “empeoramiento” desde el punto de vista procesal de la distribución de la carga de la prueba, que opera en perjuicio del deudor de una obligación de resultado.

Quizás sea, en parte, de aquí de donde nace el recelo de la actual jurisprudencia italiana hacia la clásica distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, expresado en la Sentencia de las “Secciones Unidas” de la Casación Civil, de 11 de enero de 2008, núm. 577, en *Giurisprudenza italiana*, 2008, julio, pp. 1653 y ss., y en la Sentencia de la Sección II de la Casación Civil, de 28 de febrero de 2014, núm. 486, en *I Contratti*, XXII (10), 891 y ss. (con nota de F. Piraino).

⁸ F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, 7-9, observa que fuera de los casos “arquetípicos” resulta difícil adscribir una obligación de hacer a una de las dos categorías. Concretamente, considera como arquetipo de la obligación de medios las del médico, abogado, mandatario y la del gestor de negocios ajenos; y como supuesto típico de obligación de resultados las del transportista y contratista de obra.

⁹ Téngase en cuenta que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados sólo se plantea respecto de las obligaciones de hacer, pues las de dar y de no hacer son siempre de resultado. Cfr., por todos, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 47. Véanse a este respecto en la doctrina francesa clásica las observaciones de A. TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, 3.

¹⁰ No podemos olvidar que el art. 5.1.4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010, distingue entre “obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos” en los siguientes términos: (1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición”.

Este precepto debe ponerse en relación con el art. 7.1.7 (1) relativo a la fuerza mayor, según el cual “El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el

exponer de la siguiente manera: la *obligación de medios* es la que tiene por objeto una actividad diligente por parte del deudor, mientras que la *obligación de resultado* es aquélla en la que el deudor se compromete a alcanzarlo, integrándose dicho deber en el objeto mismo de la prestación contratada⁽¹¹⁾.

contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”.

También el Draft Common Frame of Reference acoge esta distinción en los arts. IV.C.-2: 105 y IV.C.-2: 106 (si bien, como observa de F. ELIZALDE, “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados”, 13, con terminología diversa). El primero de los preceptos regula la obligation of skill and care, estableciendo que en este tipo de obligaciones el deudor ha de comportarse con la diligencia propia de un razonable prestador de servicios, de acuerdo con las previsiones contractuales u obligaciones legales aplicables, debiendo, en su caso, respetar los estándares de diligencia propios de su profesión. Por el contrario, el segundo se refiere a la obligation to achieve result, determinando que el deudor debe alcanzar el resultado específico declarado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato, siempre que dicha previsión fuera razonable y no hubiera motivos para creer que había un riesgo sustancial de no obtener el resultado mediante la prestación del servicio.

El paralelismo de las expresiones obligation of skill and care y obligation to achieve result con las de obligación de medios y obligación de resultados es evidente. No obstante, hay que observar que ambos preceptos se encuentran en la regulación general del contrato de servicios, uno de cuyos tipos concretos es (lo que desde nuestra perspectiva puede parecer paradójico) el contrato de construcción (art. IV.C.-3: 101-108). Por lo tanto, en el Draft Common Frame of Reference, como constata M.^a C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado”, 16, no aparece la tradicional vinculación de la obligación de medios con el arrendamiento de servicios y de la obligación de resultado con el arrendamiento de obra: por el contrario, el contrato de servicios es un tipo general, dentro del cual se encuadran también tipos contractuales dirigidos a la producción de un resultado, como son los contratos de construcción o de diseño.

¹¹ Un sector de la doctrina francesa negó la posibilidad de distinguir entre obligaciones de medios y de resultados. Así, G. MARTON, “Obligation de résultat et obligation de moyens”, 515-518, afirma que no existen obligaciones de medios, sino que, desde un punto de vista económico (el cual debe ser asumido por el Derecho), todas las obligaciones son de resultado; lo único que sucede es que éste puede estar más o menos determinado.

Sin embargo, como observa J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris: L.G.D.J., 54, toda obligación se orienta hacia una finalidad, lo que no quiere decir que el deudor está obligado a alcanzarla, sino que lo que espera de él es que actúe con este propósito: éste es el mínimo que imponen las obligaciones de medios.

En definitiva, no hay que confundir los motivos subjetivos o móviles internos de las partes con los propósitos exteriorizados incorporados por aquéllas a la causa del contrato: es evidente que siempre se contrata para algo, esto es, para obtener un resultado, pero no siempre

Ejemplos típicos de la obligación de medios en el arrendamiento de servicios son la del abogado, de asesorar y defender a su cliente en juicio⁽¹²⁾, o la del médico⁽¹³⁾, de sanar a su paciente⁽¹⁴⁾; mientras que, por el contrario, el paradigma de la obligación de resultado es la del contratista en el arrendamiento

de las partes asumen su consecución como un elemento definitorio del objeto del contrato.

L. MENGONI, “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico). I. L’oggetto dell’obbligazione nelle due categorie di rapporti”, *Rivista del diritto commerciale*, 1 (1954) 188-189, expresa una idea que ha tenido gran fortuna entre los autores posteriores, distinguiendo entre un interés “primario” y un interés “de segundo grado” del acreedor a obtener la finalidad para la que contrata, según que la consecución de la misma se integre, o no, en el contenido de la relación obligatoria.

¹² La más reciente jurisprudencia sobre la materia aparece recogida y comentada en los trabajos de P. CHAPARRO MATAMOROS, “Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado”, *CEF Legal*, (2015) (en prensa); “La responsabilidad civil del Abogado por no interposición de la acción de retracto dentro de plazo. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio”, *Revista Boliviana de Derecho*, 18 (julio 2014) 442-453; y “Responsabilidad civil del Abogado por prescripción del plazo para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1 (agosto 2014) 149-156.

¹³ En este materia es fundamental la excelente tesis de André G. Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, en la que el autor realiza una exposición cuidadísima de los principales problemas que en la actualidad tiene planteada la responsabilidad médica con abrumadoras referencias de Derecho Comparado (en particular, por cuanto concierne al tratamiento del tema que nos ocupa en la doctrina y jurisprudencia portuguesas, véanse p. 609 y ss.).

¹⁴ Es ya tradicional citar la célebre sentencia de la Corte de Casación francesa (Civil), de 20 de mayo de 1936 (caso Mercier), Dalloz, 1936, I, 321 y ss., según la cual entre el médico y su paciente se forma un verdadero contrato, que comporta para el facultativo la obligación de “donner au malades des soins” concienzudos y atentos, “conformés aux données acquises de la science”.

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, 539-540, se refería a la prestación médica como un caso de obligación de moyen. Afirmaba que “Le médecin ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins”; y añadía: “A-t-on pensé à déclarer responsable tout médecin dont le client meurt, sauf au médecin à prouver la force majeure?”. Se trataba obviamente de una pregunta retórica, porque la posibilidad de que el médico asumiera una obligación de resultado le parecía inconcebible.

La prestación sanitaria es el típico ejemplo, puesto por H. MAZEAUD, “Essai de classification des obligations”, 42, para ilustrar las obligaciones que él llama de prudencia y diligencia, que es lo que actualmente conocemos con el nombre de obligación de medios. Dice, así, que el contrato celebrado entre el médico y el enfermo no obliga a aquél a obtener su curación, sino a actuar con prudencia y diligencia para intentar conseguir esta finalidad.

de obra⁽¹⁵⁾.

Ahora bien no existen obligaciones de medios u obligaciones de resultado, *por naturaleza*, sino que el objeto de la prestación es determinado por las partes⁽¹⁶⁾, bien por los pactos expresos contenidos en el contrato, bien por las presuposiciones de ambas partes incorporadas tácitamente a la causa del mismo: me refiero a propósitos comunes a ambos contratantes o a uno de ellos (el acreedor), conocidos o debidos conocer por el otro (el deudor) en el momento de la celebración del contrato⁽¹⁷⁾. Obviamente, parto aquí de una concepción moderna de la causa, entendida, no ya en sentido abstracto, como función económico-social del tipo contractual, sino como la finalidad práctica perseguida por ambas partes con la celebración del negocio, diferenciada de los puros motivos subjetivos o internos de una de ellas no exteriorizados o manifestados de manera reconocible por la otra⁽¹⁸⁾.

¹⁵ Véase a este respecto A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 49 y ss.

¹⁶ Observa J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 41, que la voluntad es la *maîtresse* del contrato: puede determinar todas sus modalidades y prever que el deudor asuma, bien una obligación de medios, bien una obligación de resultado.

¹⁷ Véanse a este respecto las consideraciones de F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, 9-10; como también de J.M. LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, 653; M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 558-559; y M.^a C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado”, 9-11; y, más recientemente, de F. ELIZALDE, “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados”, 8-9.

¹⁸ El 415-2 de la Propuesta de Código Mercantil presupone esta idea, en su número 2, según el cual “Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente [entre otros criterios]: a) Los términos en que esté redactado el contrato...”. Es decir, la calificación de la obligación como de medios o de resultados dependerá de la voluntad de los contratantes determinada expresamente o, en su defecto, implícitamente, en cuyo habrá que proceder a la interpretación del contrato para averiguar cuál fue la común intención de las partes (art. 1281 CC).

En sentido semejante se orienta el art. 5.1.5 de los principios UNIDROIT, que lleva por rúbrica Determinación del tipo de obliga-

Por lo tanto, es perfectamente posible que las partes pacten que una obligación habitualmente de medios, como es la del abogado, sea de resultado, de modo que la prestación sólo se entienda correctamente ejecutada cuando aquél se alcance⁽¹⁹⁾. Del mismo modo, es perfectamente posible que se integre en el objeto una prestación médica la consecución de un resultado⁽²⁰⁾, como puede acontecer en la cirugía estética (por ejemplo, la reducción de la grasa de las piernas, cadera o vientre a través de una liposucción).

Así pues, ante una determinada obligación, su calificación como de medios o de resultado dependerá de la voluntad expresa o tácita de ambas partes, es decir, de la finalidad concreta que ambas desean alcanzar con la celebración del contrato, voluntad que determinará lo debido por el deudor y lo que el acreedor puede exigir como contenido de su derecho de crédito⁽²¹⁾.

En defecto de pacto o de incorporación tácita de un propósito práctico a la causa del contrato, habrá que acudir a lo que es común en el tráfico jurídico en el mismo tipo de contratos⁽²²⁾, lo que normalmente estará en función del grado de control que el deudor pueda tener sobre la posibilidad

de ejecutar la prestación⁽²³⁾: es evidente que el abogado o el médico no tienen el mismo grado de control sobre el éxito de su actividad, que el que tiene un contratista sobre la posibilidad de ejecutar correctamente la obra que se le encarga; dicho de otro modo, en el primer caso, existe un evidente componente aleatorio, que no existe en el segundo⁽²⁴⁾.

2. El juicio de cumplimiento

Es claro que la distinción tiene una clara incidencia en el *juicio de cumplimiento*, que se resume en lo siguiente:

a) En las *obligaciones de medios* habrá incumplimiento cuando el deudor ejecute su prestación de manera negligente, esto es, sin ajustarse al parámetro de la diligencia regular o media o a las reglas propias de su arte u oficio. Por el contrario, si obró con la diligencia debida habrá cumplido la prestación objeto del contrato; y ello, aunque no se haya alcanzado el propósito práctico para el que el acre-

23

²³ M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 574.

²⁴ Este elemento de la existencia o inexistencia de un aleas es el tomado en consideración por la doctrina francesa para calificar una obligación como de resultado o de medios, en defecto de determinación expresa o tácita del objeto del contrato por la voluntad de las partes que lo celebran. Véase en este sentido H. MAZEAUD, “Essai de classification des obligations”, 45; y, entre los autores más recientes, St. PACHE, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, 16. Véase también en la doctrina suiza F. WERRO, “La distinction entre l’obligation de résultat et l’obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle”, *Revue de droit suisse*, (1989) 255 y 259; y, en la doctrina española, entre los autores que más recientemente se han ocupado del problema, M.^a C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado”, 11; o de F. ELIZALDE, “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados”, 11.

El 415-2 de la Propuesta de Código Mercantil parece prestar atención a este criterio, en la letra c) de su número 2, cuando se refiere a “La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar”, como criterio para calificar la obligación, en defecto de determinación expresa de la partes. Más concretamente, la letra c) el art. 5.1.5 de los principios UNIDROIT fija, entre otros criterios, para determinar el tipo de obligación “el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado”.

ción. Dice, así que “Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores: (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato; (b) el precio y otros términos del contrato...”.

¹⁹ Lo constata M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 573-574; y, más específicamente, M.^a C. CRESPO MORA, “Las obligaciones de medios y de resultado”, 10, observa que un abogado puede obligarse a ganar un pleito, a cambio de un incremento de sus honorarios profesionales.

²⁰ Véase en este sentido A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 43.

²¹ Como dice F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, 6-7.

²² Como observa M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 556, habrá que acudir “a lo más propio de cada contrato”.

edor celebró el contrato (ganar el pleito o curar una enfermedad), ya que dicho propósito no fue incorporado expresa o tácitamente por las partes a la causa del contrato, y el acreedor, por lo tanto, no se obligó a lograrlo.

b) Por el contrato, en la *otra clase de obligaciones*, habrá incumplimiento, siempre que no se alcance el resultado previsto o presupuesto por ambas partes al concluir el negocio, que, al integrarlo en la causa del contrato, lo convirtieron en el objeto de la prestación debida. En consecuencia, si no se alcanza el resultado esperado, por más que el deudor haya procedido con diligencia al ejecutar el contrato, no habrá cumplido el mismo: este dato objetivo del incumplimiento no podrá ser desvirtuado por la prueba de ausencia de culpa del deudor, por lo que procederá la restitución de la contraprestación pagada por el acreedor (a no ser que éste haya incurrido en mora o le sea imputable la no obtención del resultado)⁽²⁵⁾ o la posibilidad de este último de oponer a aquél una excepción por contrato defectuosamente cumplido ante una reclamación del precio por parte de aquél⁽²⁶⁾.

3. El juicio de responsabilidad

En las *obligaciones de medios*, que han sido definidas como obligaciones de diligencia⁽²⁷⁾, es claro que el incumplimiento lleva aparejada la responsa-

bilidad del deudor, porque, por definición, dicho incumplimiento presupone su culpa⁽²⁸⁾.

En cambio, esto no sucede en las *obligaciones de resultado*, respecto de las cuales la doctrina clásica ha distinguido siempre los dos planos del *juicio del cumplimiento* y del *juicio de responsabilidad*⁽²⁹⁾. La razón es clara: dada que en las obligaciones de resultado el incumplimiento es independiente del grado de diligencia desplegado por el deudor al ejecutar la prestación, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones de medios, el incumplimiento no presupone su culpa, que es el criterio general de imputación de responsabilidad en el ordenamiento jurídico español⁽³⁰⁾.

²⁸ Lo constata H. MAZEAUD, "Essai de classification des obligations", 49.

²⁹ Recuérdesse que en la construcción de Demogue está implícita la idea de que todo tipo de responsabilidad (contractual y extracontractual) presupone la culpa del deudor: por lo tanto, la calificación de una obligación como de resultado no implica someter al deudor a una responsabilidad objetiva en el caso de incumplimiento, sino a la presunción de culpa del art. 1147 del Código civil francés (véase, en particular, las pp. 536-538 de su *Traité*, cit., Tomo V).

La misma idea se ha mantenido en la doctrina francesa posterior. H. MAZEAUD, "Essai de classification des obligations", 49-51, dice, así, que la falta es presupuesto de responsabilidad, tanto en las obligaciones de medios, como en la de resultado, si bien en éstas últimas, una vez verificado el incumplimiento, será el deudor quien debe probar que el mismo tuvo lugar por una causa que no le era imputable a efectos de quedar exonerado de responder de los daños y perjuicios. En el mismo sentido se pronuncia A. TUNC, "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence", para quien la justificación de la distinción se halla en la distinta distribución de la carga de la prueba respecto a la culpa del deudor en uno y otro tipo de obligaciones.

Es aislada la tesis sustentada por J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 47, 57, 830, quien afirma que la responsabilidad del deudor de una obligación de resultado no exige su culpa, presuponiendo esta idea a lo largo de toda su obra, sin fundamentar detalladamente lo que, sin duda, es una desviación respecto de la doctrina francesa dominante. Véase, así, en este sentido, entre la más reciente, St. PACHE, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, 5, 21-24, y las referencias bibliográficas allí recogidas.

³⁰ En la doctrina científica española es aislada la tesis de que en las obligaciones de resultado rige un sistema de responsabilidad de carácter objetivo, derivado del mero hecho del incumplimiento. La sostuvo, con carácter general, B. MORENO QUESADA, "Problemática de las obligaciones de hacer", *Revista de Derecho Privado*, (1976) 476 (en la nota 19 cita a Frossard); y J.A. RAMÍREZ, "La cirugía estética y el Derecho", *Revista*

²⁵ Esta es la solución que se deduce de los arts. 1589 y 1590 CC, los cuales, según observa L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, *Civitas*, 5.ª ed., Madrid, 2008, 282, parecen constituir la regla general en materia de obligaciones de resultado.

²⁶ Véase, así, para un supuesto de operación de cirugía estética defectuosa, la SAP de Asturias (Sección 4.ª) 24 enero 2008 (JUR 2008, 124689).

²⁷ Henri Mazeaud, como vimos habla de "obligation générale de prudence et de diligence" versus "obligations déterminées", y André Tunc se refiere a "obligations de pure diligence" versus "obligations de résultat".

Por lo tanto, en las obligaciones de resultado, el incumplimiento, en sí mismo, no genera responsabilidad, sino que para que ésta tenga lugar, deberá concurrir la culpa del deudor, si bien, según una tradición inveterada, en este tipo de obligaciones, la culpa se presume⁽³¹⁾, aunque hay que advertir que nuestro Derecho dicha presunción carece de fundamento legal expreso, pues en nuestro Código civil no existe un precepto equivalente al art. 1147 del Código civil francés⁽³²⁾.

Jurídica de Cataluña, (1960) 224-227, 236-237, precisamente, en relación con la cirugía estética, que, para el autor, a diferencia de lo que acontece en la cirugía clínica, no da lugar a una obligación de medios, sino de resultado.

³¹ En favor de la tesis tradicional, según la cual en las obligaciones de resultado el incumplimiento hace presumir la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones de medios, en la que dicha culpa ha de probarse, se manifiestan, entre otros, F. BLASCO GASCÓ, “El objeto de la obligación”, in M.ª R. VALPUESTA FERNÁNDEZ / R. VERDERA SERVER, coord., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 154 (si bien detalla supuestos de obligaciones de medios en los que la culpa se presume); R. Ángel YAGÜEZ / M. M.ª ZORRILLA RUIZ, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1985, p. 210; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 282 en relación con p. 745 (si bien de una manera no muy contundente); J. L. LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, *Parte general. Teoría del contrato*, 5.ª ed. rev. por F. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, 2011, 53; M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 565; J.M. LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, 722-723; A. SERRA RODRÍGUEZ, “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual”, in J.R. de VERDA Y BEAMONTE, coord., *Derecho civil*, II, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 120-121.

En contra de esta tradicional distinción en el ámbito de la distribución de la carga de la prueba, sin embargo, A. CARRASCO PERERA, “Comentarios al art. 1104 CC”, in M. ALBALADEJO, coord., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1.º, Madrid: Ederesa, 1989, 592, quien mantiene la misma tesis en su *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, 942-944. Igualmente F. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, 81; y parece que también de F. ELIZALDE, “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados”, 7, nota 21, los cuales, como aquel limitan el alcance de la distinción al estricto juicio del cumplimiento, esto es, a la determinación del objeto debido.

³² Se discute del art. 1183 CC puede extraerse una presunción de culpa del deudor de la obligación de resultado (la de entregar cosa determinada lo es) en el caso de incumplimiento. Lo niega A. CABANILLAS

Sin embargo, como tendré ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, lo cierto es que la claridad de este planteamiento se ha obscurecido por las recientes sentencias del Tribunal Supremo recaídas en el ámbito de la cirugía estética, obscurecimiento, que, en parte—creo yo, podría explicarse por la posición de la jurisprudencia, al tratar de la responsabilidad del contratista en el arrendamiento de obra, en el que su culpa, no sólo se presume⁽³³⁾, sino que, en la práctica, se le exige una diligencia tan estricta, que difícilmente puede probar la ausencia de aquélla⁽³⁴⁾.

Ahora bien, desde mi punto de vista, esto está en estrecha relación con la concreta realidad de este arrendamiento de obra y con alto grado de control que el contratista puede ejercer sobre el proceso de edificación, el cual no puede predicarse respecto de otras obligaciones de resultado, como puede ser, la que nace de un contrato médico encaminado a realizar una cirugía estética (si se le atribuye esta naturaleza), en la que, obviamente, el grado de control del cirujano sobre el resultado de la actividad que desarrolla es mucho menor.

Respecto del contrato de construcción no existe en el Código Civil español precepto alguno, que pueda justificar un sistema de responsabilidad objetiva.

SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 151, que explica que el precepto no es una norma de responsabilidad, sino que la presunción de culpa tiene como finalidad mantener la perpetuación de una obligación, que se extinguiría de mediar caso fortuito o fuerza mayor.

En cualquier caso, parece que la presunción de culpa no se ajusta mal a la obligación de resultado, puesto que si el deudor, voluntariamente, ha integrado su consecución en el objeto del contrato, hay que presuponer que está en grado de alcanzarlo, por lo que, si no se obtiene, puede considerarse lógico que sea él quien deba probar que no fue causado por su negligencia..

³³ Cfr., por todos, J. ESTRUCH ESTRUCH, *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 3.ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 248 y ss.

³⁴ Lo constata M. JIMÉNEZ HORWITZ, “La distinción entre los contratos de obras y servicios”, 565.

A tenor del art. 1590 de dicho cuerpo legal, “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño”.

Así pues, de este precepto sólo se deduce una consecuencia, por lo demás, lógica: si, por cualquier causa ajena a la persona del comitente, no se ejecuta la obra, el contratista no puede reclamar su estipendio, porque no alcanzó el resultado al que se había obligado (la prestación debida no fue cumplida).

Ahora bien, ello no significa que, en ausencia de culpa del contratista, el comitente pueda ejercitar frente a él una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, basada en el mero dato objetivo del incumplimiento (aunque, como he dicho, probado éste, aquélla se presume).

Es más, existe un precepto del que se deduce justamente la tesis contraria. Me refiero al art. 17.8 de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de diciembre.

Dice el precepto que “Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño”.

Por lo tanto, el precepto, en un contrato tan emblemático, como es el de construcción, paradigma de la obligación de resultado, el legislador sigue el sistema tradicional de responsabilidad subjetiva, basada en la culpa del deudor, si bien, presume ésta, acogiendo la regla de la inversión de la carga de la prueba.

Desde luego, la idea que, consciente o incon-

scientemente (con la finalidad de proteger al acreedor de la manera más eficaz posible), tiende a confundir los juicios de cumplimiento y de responsabilidad, llevando, en la práctica, casi a un sistema de responsabilidad objetiva en las obligaciones de resultado, es especialmente inadecuada en el ámbito de las prestaciones médicas; y, a mi parecer, bien pudiera encontrarse en la raíz de la actual doctrina jurisprudencial española, que, en principio, califica la obligación del cirujano estético como una obligación de medios, en vez de como una obligación de resultado.

III. LA OBLIGACIÓN DEL CIRUJANO PLÁSTICO COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO O APROXIMADA AL ARRENDAMIENTO DE OBRA

Durante un largo período de tiempo la jurisprudencia consideró que la obligación del cirujano plástico era de resultado o se aproximaba a ella, participando de los caracteres del arrendamiento de obra; y en este ámbito se incluían, no sólo la cirugía estética en sentido estricto, sino otras intervenciones médicas de carácter voluntario, no necesarias o estrictamente curativas, como las operaciones de vasectomía y los tratamientos odontológicos⁽³⁵⁾.

No obstante, existieron dos orientaciones jurisprudenciales distintas.

a) Algunas sentencias, calificaron la obligación del cirujano plástico (así como la del odontólogo o del que realizaba un tratamiento de vasectomía) como una obligación de resultado en sentido estricto, enmarcándola en el arrendamiento de obra⁽³⁶⁾.

³⁵ El origen de esta orientación jurisprudencial se halla en la STS 21 marzo 1950 (RJ 1950, 394).

³⁶ STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894) y STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711).

b) Otras sentencias no llegaron a encuadrar totalmente la cirugía voluntaria en el arrendamiento de obra, pero entendieron que la obligación del cirujano desbordaba el estricto marco de la obligación de medios y se aproximaba a la de resultados, intensificando además, en este caso, los deberes de información al paciente⁽³⁷⁾.

Ahora bien, contra lo que, en ocasiones, se piensa, lo cierto es que la jurisprudencia, en general, mantuvo separados los *juicios de cumplimiento* y *de responsabilidad*, no imputando responsabilidad al cirujano plástico por el mero hecho de no haber alcanzado el resultado pretendido, sino deduciéndola de la existencia de un comportamiento negligente en la observancia de la normas de la profesión, bien en su vertiente estrictamente material (mala praxis), bien en una faceta más formal (inobservancia del deber de información al paciente)⁽³⁸⁾, llegando en ocasiones, eso sí, a presumir la culpa, una vez probado el incumplimiento⁽³⁹⁾.

IV. LA OBLIGACIÓN DEL CIRUJANO PLÁSTICO COMO UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS

La doctrina jurisprudencial actual es contraria a la expuesta, considerando que en todo tipo de cirugía (también la estética) la obligación del cirujano es siempre una obligación de medios, a no ser

que se garantice la obtención de un resultado⁽⁴⁰⁾. En consecuencia, la responsabilidad del deudor sólo surge en el caso de que el acreedor pruebe la culpa de aquél, la cual no se presume, salvo en el caso del daño desproporcionado⁽⁴¹⁾, pudiendo deducirse la misma del correcto incumplimiento de los deberes de información (en esto coincide con la doctrina anterior).

La nueva orientación jurisprudencial⁽⁴²⁾ se basa en los siguientes argumentos⁽⁴³⁾.

⁴⁰ Esta es la tesis que mantuvo A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, 74.

⁴¹ Las SSTs 30 junio 2009 (RJ 2009, 6460) y 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138) explican que “El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obligación profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia”.

⁴² Claramente expresada por STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138), cuyos razonamientos son repetidos de manera literal por la sentencias posteriores que se refieren a la misma cuestión, de las que es siempre ponente el mismo magistrado.

⁴³ V. en este sentido STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138), que exime de responsabilidad a la clínica en la que se había llevado a cabo un tratamiento de fertilidad, porque no pudo acreditarse que el infarto isquémico sufrido por la paciente fuera causado por un S.H.O.; STS 27 septiembre 2010 (RJ 2010, 5155), que eximió de responsabilidad a los demandados, ante el daño denunciado por la parte demandante, consistente en una importante deformidad originada tras infección postoperatoria de origen desconocido; entendió que no había quedado probado que dicha infección se adquiriera en el centro médico, que se instaurara un tratamiento antibiótico inadecuado o con retraso, o que se hubiera prescrito el uso de pañal, en lugar de vendaje, que propiciase el desarrollo de la infección; consideró, además, que hubo consentimiento informado suficiente por escrito y ampliado de forma verbal; STS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), que absolvió a los cirujanos que habían realizado dos operaciones (de mamas y abdomen) a una paciente con obesidad mórbida, a la que se le advirtió de las cicatrices que podrían quedar, del posible cambio de sensación en los pezones y de que el abdomen quedaría redondeado; STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), que condenó a la clínica demandada, por los daños derivados de una operación mamaria mal realizada; STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), que consideró procedente la condena por los daños resultantes de una liposucción fallida por falta de consentimiento informado, y STS 3 febrero 2015 (ROJ 206/2015), que igualmente condenó por falta de consentimiento informado, al no haberse conseguido el resultado buscado al

³⁷ STS 25 de abril 1994 (RJ 1994, 3073), STS 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151), STS 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391) y 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547).

³⁸ Cfr. así STS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), STS 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151) y STS 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391).

³⁹ Véase, en este sentido, claramente, STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), como también STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), si es rectamente interpretada.

a) En primer lugar, se niega que la cirugía voluntaria dé lugar a una obligación de resultado, salvo que el cirujano garantice el resultado al paciente.

Se dice que “La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto”.

b) En segundo lugar, se explica el contenido de la obligación de todo profesional de la medicina, acorde a su calificación como obligación de medios.

Se expone así:

“Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención”.

c) En tercer lugar, se justifica la calificación como obligación de medios de toda las que sumen los profesionales de la medicina en las indeseables consecuencias, que, de otro modo, resultarían (según ella) en el ámbito de la responsabilidad.

someterse la paciente a una operación de aumento de pecho y drenaje linfático manual.

Se afirma que

“Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina”.

V. REVISIÓN CRÍTICA

Examinaremos, a continuación, desde un punto de vista crítico, los argumentos en que se basa la actual doctrina jurisprudencial.

1. La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice.

En principio, no hay nada que objetar al argumento de que las obligaciones de los profesionales sanitarios son de medios, salvo que otra cosa se pacte. Pero este argumento, se expresa en términos un tanto contradictorios: de un lado, se dice que

“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice”; pero, por otro, que “La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto”. La contradicción resulta de afirmar que en la obligación del médico es de medios, “salvo que el resultado se garantice”; y, al mismo tiempo, que “no puede garantizar un resultado concreto”.

En realidad, no hay ningún problema en que un cirujano asuma contractualmente una obtención de un resultado, como tampoco lo hay en que un abogado se obligue a ganar un pleito, cobrando sólo si lo gana⁽⁴⁴⁾. En ninguno de los dos casos se estará ante una obligación originariamente imposible en el sentido del art. 1272 CC, que determine la nulidad del contrato por imposibilidad del objeto, por aplicación del art. 1261 CC, como, si, por ejemplo, alguien se obligara a entregar alguna cosa cierta, que ha dejado de existir (art. 1460.I CC)⁽⁴⁵⁾. Eso sí, el deudor estará asumiendo una obligación, cuyo cumplimiento estará sujeto a un alto componente de aleatoriedad, ya que su grado de control sobre la

obtención del resultado será relativo, pues dependerá de factores externos que, en parte, escapan de su control. Quiere ello decir, que, incluso, aunque obrara ajustando su conducta a las reglas de su arte u oficio, sería posible que no pudiese cumplir su obligación, lo que determinaría que no pudiera exigir sus honorarios, pero no (salvo que otra cosa se hubiera acordado), que debiese responder ante el acreedor de los daños y perjuicios que derivasen del incumplimiento, dado que no habría culpa.

Al inicio de este trabajo he dicho que no existen obligaciones de medios o de resultado *por naturaleza*. En el caso que ahora nos ocupa, la cuestión es determinar cuándo un cirujano o una clínica “garantizan” la obtención de un resultado. Pueden hacerlo de manera expresa, bien en el contrato, bien en la propaganda publicitaria, con expresiones del tipo “resultado garantizado”⁽⁴⁶⁾. Pero es también posible que la asunción de esa garantía se deduzca de los propósitos prácticos incorporados por las partes, aunque sea tácitamente, a la causa del contrato, esto es, de la concreta finalidad que el paciente busque al someterse a una determinada operación (mejorar su imagen), siempre que la misma sea reconocible e implícitamente aceptada por el cirujano o clínica que lo emplea; y, desde luego, es razonable entender que el resultado no se alcanza, cuando el paciente, tras la intervención, no sólo no mejora su imagen, sino que, objetivamente, la empeora, teniendo en cuenta parámetros comunes en el ámbito carácter estético.

Desde este punto de vista no es descabellado pensar que, en general, las finalidades prácticas incorporadas a la causa del contrato son distintas en las operaciones estrictamente necesarias, que en las

⁴⁴ J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 42, observa que el contrato celebrado por el médico le impone una obligación de medios, pero que nada le impide asumir una obligación más intensa y garantizar ciertos resultados.

⁴⁵ No comparto la tesis de F. CHABAS, “La responsabilità del medico per i danni causati nell’esercizio della professione nel diritto francese”, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1988, I, 4-5, que habla de un principio absoluto, según el cual la obligación del médico (incluida la del cirujano que practica una intervención quirúrgica) es siempre de medios, apoyando esta tesis en el argumento de que en el ámbito sanitario el resultado es necesariamente aleatorio, de tal modo que, si el médico asumiera la consecución del mismo, su compromiso sería ilusorio, lo que comportaría una culpa, generadora de responsabilidad.

A mi parecer, es perfectamente posible que cirujano y paciente, en ejercicio de su libertad contractual, pacten la consecución un resultado, lo que no creo que dé lugar a un caso de imposibilidad originaria de la prestación, pues, aunque, sin certeza absoluta, dicho resultado puede ser alcanzado. Por otro lado, si el argumento del autor francés fuera cierto, la consecuencia del pacto no sería la responsabilidad culposa del deudor, sino la nulidad del contrato por imposibilidad de su objeto.

⁴⁶ Véase a este respecto los casos resueltos por la SAP de Valencia (Sección 7.ª) 3 noviembre 2004 (JUR 2005, 32471); y la SAP de Álava (Sección 1.ª) 29 julio 2005 (JUR 2005, 243719).

puramente voluntarias. Dicho de otro modo, es razonable pensar que, en principio, quien se somete a una operación de cirugía estética (sin tener necesidad objetiva de acudir a ella para sanar de una enfermedad), lo hace, porque espera obtener un resultado satisfactorio (y que el cirujano lo sabe); es más, la garantía implícita del éxito de la intervención suele ser un eficaz instrumento para captar clientes que (legítimamente) utilizan las clínicas especializadas en este tipo de intervenciones, porque de otro modo aquéllos no acudirían a éstas. Ahora bien, esto es una presuposición general, siendo perfectamente posible que el cirujano no asuma la consecución de un resultado exitoso (como objeto de la prestación debida) y así se lo haga saber a la paciente antes de la operación, por lo que en este punto tiene gran importancia cómo se haya llevado a cabo la práctica del consentimiento informado, es decir, de cómo se haya cumplido el deber de informar de los riesgos inherentes a la intervención, de modo que se haya advertido al paciente, de manera efectiva, de todos los riesgos que de la misma puedan derivar, permitiéndole hacerse cargo de ellos.

2. La dificultad de distinguir entre medicina voluntaria o necesaria

El segundo de los argumentos, el que llama la atención sobre la dificultad de distinguir entre medicina voluntaria o necesaria, también encierra parte de verdad. Una operación de cirugía plástica puede tener una finalidad no meramente estética, sino curativa (en el sentido estricto de la palabra). El caso más evidente sería el de una operación de senos en el caso de cáncer de mama.

Ahora bien, esta dificultad no creo que permita ignorar la diferencia que objetivamente existe entre ambos tipos de medicina. La doctrina juri-

sprudencial actual dice (y repite) que dicha diferencia “no parece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico”. Sin embargo, creo que no puede negarse la existencia de operaciones de carácter estrictamente estético o voluntario, que, por ello mismo, no están cubiertas por la Seguridad Social, de modo que deben realizarse en clínicas privadas a costa de los pacientes.

Así, el art 5 del RD 1030/2006, por el que establece la cartera de servicios comunes del Sistema de Salud, dispone que “Se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo”.

Por otro lado, la jurisprudencia actual no ha podido sustraerse a la importancia de la distinción, proyectándolo el ámbito del consentimiento informado, extremándolo y exacerbándolo (esto ya lo hacía la jurisprudencia anterior) en el caso de la cirugía voluntaria⁽⁴⁷⁾.

No hay nada que objetar a la tesis de que en la cirugía voluntaria el deber de información tiene que ser más riguroso que en la necesaria, pero esto no puede llevarnos a devaluar su importancia en este último tipo de cirugía. No debe olvidarse que, su finalidad es “permitir que el paciente pueda ejercitar con canal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona”⁽⁴⁸⁾; y añadiría yo, en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, que implica la autonomía

⁴⁷ Cfr. en este sentido STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651) y STS 20 enero 2011 (RJ 2011, 299).

⁴⁸ STS 30 junio de 2009 (RJ 2009, 4323).

de la persona para elegir libremente entre las diversas opciones vitales la que sea más acorde con sus propias preferencias e intereses.

Por lo tanto, también en la cirugía necesaria, el consentimiento informado es un presupuesto para que el paciente pueda ejercitar su facultad de autodeterminación, esto es, esté en condiciones de elegir, libre y responsablemente, aceptar o rechazar el tratamiento que se le ofrece, máxime, cuando dicho tratamiento puede éste ser más agresivo que en la cirugía voluntaria y, en ocasiones, de éxito más dudoso⁽⁴⁹⁾.

Junto a ello, cabe hacer una reflexión más general: es cierto que la falta de consentimiento informado será una infracción de las reglas propias de la profesión, que, normalmente, constituirá un supuesto de negligencia, la cual justificará la im-

putación de responsabilidad al médico culpable. Ahora bien hay que preguntarse cuál es el concreto daño que tiene su origen en el incorrecto cumplimiento del deber de informar, porque, de manera evidente, el único daño directo que de él se deriva es la privación al paciente de la facultad de opción entre someterse, o no, a la operación⁽⁵⁰⁾. Sólo apreciando de una manera muy laxa el nexo de causalidad puede hacerse responsable al cirujano de todos los daños resultantes de la operación, incluidos los que tengan su origen en un caso fortuito, por la mera circunstancia de no haber informado convenientemente del riesgo de que se produjeran: es claro que su comportamiento es culpable, pero cuestión distinta es que los daños, cuya reparación se solicita, tengan su causa, en sentido estricto, en la falta de información⁽⁵¹⁾.

⁴⁹ Desde luego, el art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que considera el consentimiento informado, como uno de los principios básicos de “Toda actuación en el ámbito de la sanidad”, no distingue, a estos efectos, entre cirugía voluntaria o necesaria, afirmando con carácter general, en su número 3, que “El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”. Por lo tanto, tanto en la cirugía voluntaria, como en la necesaria, habrá de suministrarse, como dice el art. 2.3 de la Ley, “la información adecuada” a fin de que el paciente pueda comprender los riesgos que asume sometiéndose a la operación.

Los arts. 8 a 13 de la Ley, que regulan el consentimiento informado, no distinguen entre cirugía voluntaria y necesaria, exigiendo respecto de ambas que el consentimiento se preste por escrito (art. 8.2.II). Eso sí, el art. 9.2, en ciertos supuestos, permite excepcionalmente a los facultativos “llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento”; en particular, cuando “Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (letra b). Es claro que este supuesto no puede darse en la cirugía voluntaria (respecto de la cual no existe la circunstancia de premura que la excepción presupone), pero tampoco puede decirse que sea propio de toda cirugía necesaria. Su justificación no se halla en la naturaleza de la intervención (o, al menos, no sólo en ella), sino en su carácter urgente, teniendo como finalidad evitar un grave daño al paciente. Por eso, cuando no exista esa situación de urgencia, deberá suministrarse al paciente toda “la información adecuada”.

⁵⁰ Encuentro especialmente interesantes las reflexiones realizadas por Chabas, F., “La responsabilidad”, cit., pp. 5-6, respecto a la cuestión de la pérdida de oportunidad de supervivencia, en el caso de diagnóstico erróneo de un médico, que priva al enfermo (muerto después) de la posibilidad de acudir a otro facultativo, y de cómo la existencia de esa mala praxis es, a veces, utilizada por los tribunales para fundamentar condenas, cuando no tienen certeza de la existencia del nexo de causalidad entre el acto culposo y el daño, cuyo resarcimiento se reclama.

⁵¹ Véanse a este respecto las consideraciones hechas en el Fundamento de Derecho 3.º de la STS 10 noviembre 1997 (RJ 1997, 7868).

Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia se orienta en sentido diverso; y ello, en un doble sentido.

a) En primer lugar, si la operación tiene lugar con éxito, en general, no se condena al culpable de haber privado al paciente de la facultad de elegir libremente entre las opciones clínicas viables; y ello, a pesar de no haber existido consentimiento informado (sin concurrir ninguna de las excepciones previstas en el art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Véase, en este sentido, STS 27 septiembre 2001 (RJ 2001, 7130) y STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4323).

b) En segundo lugar, si hay un daño y no existió consentimiento informado, se imputa al cirujano responsabilidad, al menos, por una parte de aquél, incluso, aunque la operación quirúrgica, en sí misma, hubiera sido realizada correctamente y, por lo tanto, no cupiese reprocharle ninguna negligencia al practicarla. Véase, así, STS 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399), como también STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4323), la cual había considerado responsable al cirujano por la lesión del nervio ciático, por elongación, durante la implantación de una prótesis de cadera, a pesar de reconocer que la operación se había realizado diligentemente y de que la lesión un riesgo típico de la misma en un porcentaje del 375%. El motivo de la condena fue el de la inexistencia de consentimiento

3. La objetivación de la responsabilidad resultante de la consideración de la obligación del cirujano plástico como una obligación de resultado

El tercero de los argumentos esgrimidos es que la consideración de la obligación del cirujano plástico como una obligación de resultado implicaría sujetar al mismo a una responsabilidad objetiva por incumplimiento.

En palabras de las sentencias que consagran la actual orientación jurisprudencial,

“supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad”.

Evidentemente se están confundiendo los *juicios de cumplimiento y de responsabilidad*, confusión en la que, como ha dicho, no incurrió, por regla general, la doctrina jurisprudencial anterior, que, a lo sumo, presumió, la culpa del cirujano en el caso de no alcanzarse el resultado previsto, pero que no le privó de la facultad de probar que el daño había acaecido por caso fortuito (a efectos de exonerarse de responsabilidad); y, desde luego, siempre exigió que existiera un nexo de causalidad entre el acto u

omisión negligente y el daño, cuya reparación se solicitaba (y ello, sin perjuicio del problema planteado en este punto por la falta de consentimiento informado, al que ya me he referido, y que, por lo demás, es predicable de ambas orientaciones jurisprudenciales).

En realidad, si se aplican correctamente las categorías conceptuales y se distinguen correctamente ambos tipos de juicios, las soluciones concretas a las que se llegan calificando una obligación de medios o de resultado no son tan distintas, al menos en el ámbito de la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética. Téngase en cuenta que, si bien la calificación de la obligación del cirujano como una obligación de resultado, permite presumir su culpa en el caso de incumplimiento, en general, los Tribunales de instancia se preocuparon por constatar la negligencia del deudor o la incorrección de los deberes de información. Ello explica, que el Tribunal Supremo no case las todavía numerosas sentencias de instancia, que, manteniendo que tesis de que la obligación del cirujano plástico es de resultado, fundamentan (como no podía ser menos) la condena del facultativo en su comportamiento culpable⁽⁵²⁾.

informado, por lo que aplicó el art. 1103 CC, moderando el importe de la indemnización, “por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico”.

Desde mi punto de vista, el problema no es aquí el del “grado de intensidad” de la culpa del médico, sino hasta qué punto puede considerarse que existe un estricto nexo de causalidad entre la omisión del deber de información y las secuelas causadas por una intervención quirúrgica a la que no reprochable ningún tipo de negligencia.

⁵² Cfr. así, STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477) y STS 3 febrero 2015 (ROJ 206/2015).

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS, EM PORTUGAL ¹

Mafalda Miranda Barbosa ²

Palavras-chave: *responsabilidade médica; responsabilidade do estado; presunção de culpa; nexo de causalidade*

Keywords: *medical liability; state liability; presumption of fault; causation*

Resumo: *Quem quiser mergulhar no problema da responsabilidade civil do profissional de saúde que opera no Serviço Nacional de Saúde (SNS), analisando-o do ponto de vista jurisprudencial, terá de se confrontar necessariamente com a atividade judicativa dos tribunais administrativos portugueses. A asserção explica-se pelo facto de, ainda hoje, ser maioritária a posição que considera que tais situações são enquadráveis pelo âmbito de relevância hipotético do regime da responsabilidade do Estado. Nas páginas que se seguem, acompanharemos essa atividade judicativa, analisando algumas das decisões jurisprudenciais na matéria. Neste ensejo, diversos são os problemas que merecem reflexão, designadamente, a questão da aplicação da presunção de culpa do artigo 493.º/2 CC à atuação do médico, a questão da faute du service e a questão do nexo de causalidade ou nexo de imputação.*

Abstract: *If we want to understand the liability of the physician operating in the National Health Service, one has to confront it with the judicial activity of the Portuguese administrative courts. The assertion is explained by the fact that, even today, the majority of the authors consider that such situations are within the scope of hypothetical relevance of the*

State Liability regime. In this paper, we will follow this judicial activity, analysing some of the jurisprudential decisions in the matter. In this context, there are several problems that deserve our consideration, namely the question of the application of the presumption of fault envisaged in article 493/2 CC and the issues faute du service and causation.

I. Quem quiser mergulhar no problema da responsabilidade civil do profissional de saúde que opera no Serviço Nacional de Saúde (SNS), analisando-o do ponto de vista jurisprudencial, terá de se confrontar necessariamente com a atividade judicativa dos tribunais administrativos portugueses. A asserção explica-se pelo facto de, ainda hoje, ser maioritária a posição que considera estarmos nestas situações diante de atos de gestão pública e, como tal, enquadráveis pelo âmbito de relevância hipotético da responsabilidade do Estado.

Em boa verdade, contudo, importa tecer, logo a este propósito, alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, com a vigência da Lei n.º 67/2007 deixa de se fazer referência aos atos de gestão pública e privada, pese embora a dicotomia continue presente ao nível do artigo 501.º CC. Nem por isso os dados do problema – determinação do regime legal aplicável aos casos de danos causados por um médico ou outro profissional de saúde a atuar num hospital público – devem ser sopesados de modo absolutamente diverso. Vejamos: o artigo 1.º / 1 da citada lei n.º 67/2007 determina que o

33

¹ O texto que se apresenta corresponde, sem grandes alterações, à comunicação proferida no âmbito do Congresso de Responsabilidade Médica em Portugal, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, nos dias 16 e 17 de Janeiro de 2015

² Doutorada em Direito, na vertente de Ciências Jurídico-Civílicas, pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra; Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

diploma se aplica a casos de “responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa” e o n.º 2 da mesma norma estabelece que “correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições e princípios de direito administrativo”.

Entendem os autores que, no caso da atuação do médico, estamos diante do exercício da função administrativa, regulada por disposições e princípios de direito administrativo. De algum modo, continua a dar-se voz àqueles que defendiam ser este um ato de gestão pública, por aderirem, como critério distintivo entre as duas categorias, à tese do *enquadramento institucional*⁽³⁾. Postas de lado ficariam as teses da *natureza material da atividade*⁽⁴⁾ e dos *poderes de autoridade*⁽⁵⁾.

A este propósito, diz-nos Maria da Glória Garcia⁽⁶⁾ que “a qualificação de uma atividade como de gestão pública ou de gestão privada depende, assim, do seu enquadramento normativo, que o mesmo é dizer, das respetivas normas disciplinadoras”. Mas adianta que

“a caracterização que se acaba de fazer não fica, porém, completa, se não se acrescentar algo mais. Com efeito, muitas vezes, tudo está em saber qual a norma que a que deve sujeitar-se determinada atividade, sabido, além do mais, haver atividades desenvolvidas pela Administração Pública que materialmente não se distinguem das desenvolvidas por um privado. Um professor dá aulas numa Universidade estadual e numa Universidade privada: será que as duas atividades integram a qualificação de gestão privada ou, pelo contrário, a primeira se deve qualificar como de gestão pública e a segunda de gestão privada? Situação idêntica se pode ver na atividade desenvolvida por um cirurgião num hospital público e numa clínica privada. A pergunta é, pois, a seguinte: que critérios permitem qualificar estas atividades como de gestão pública ou de gestão privada?”.

Em resposta a esta questão, a autora acrescenta que

“entende-se, em primeiro lugar, que atividades de gestão pública são todas aquelas em que transparece o poder de autoridade característico da intervenção de uma pessoa coletiva pública (...) e [que] as de gestão privada (...) coincidirão com as atividades em que o Estado despe a sua veste de *ius imperii* e estabelece relações com terceiros num plano de igualdade (...). Mas nem sempre a distinção é clara. Quando um professor dá aulas ou examina um aluno, quando um médico faz uma operação ou dá uma consulta clínica não pratica atos de autoridade e, no entanto, se o médico e o professor integram a organização administrativa estadual, a sua atividade é de enquadrar na gestão pública”,

³ Freitas do AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, in Oliveira ASCENSÃO *et al.*, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex, 1991, pp. 125 e ss. O relevante é saber se o ato foi praticado por um órgão ou agente da Administração, no seio de uma função jurídico-pública, sob domínio de normas de direito público.

Sobre a distinção entre os atos de gestão pública e os atos de gestão privada – com a qual se denota, ainda, uma linha de continuidade –, cf., também, Vaz SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85 (1959); IDEM, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19-10-1975”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 110.º, 308 e ss.; Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 21; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., 2000, Coimbra: Almedina, 648 e ss.; Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, anotação ao artigo 501.º.

⁴ Pondera-se se atividade, quando exercida pelo autor do facto danoso, é ou não materialmente distinta daquela que é levada a cabo pelos privados nas suas relações, donde rapidamente incluiríamos no quadro privatístico a atuação do médico.

⁵ Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10.ª ed., 1222.

⁶ Cf. Maria da Glória GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas públicas – Parecer à Comissão Permanente de Concertação Social sobre a figura da responsabilidade civil, contratual e extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas*, Lisboa, 1997, 19 e ss.

para o que “é necessário fazer intervir um outro critério, ao lado do anterior baseado na ideia de autoridade e no nexo de subordinação (...) [que se funda agora] no fim específico a prosseguir, fazendo uso dos meios próprios dos órgãos ou agentes administrativos no contexto de uma organização que funciona com uma disciplina típica”⁽⁷⁾. Donde,

“embora (...) exercer medicina seja [uma] atividade materialmente idêntica se [for] empreendida (...) num hospital público ou (...) num hospital privado, a verdade é que a qualidade de que as exerce e as regras a que têm de sujeitar-se enquanto profissionais determinam a caracterização da atividade exercida como de gestão pública ou privada, em virtude dos fins a prosseguir, os meios usados para a prossecução e os deveres e poderes disciplinares de que os profissionais são detentores”⁽⁸⁾

Quer no caso da qualificação dos atos de gestão pública, quer no caso da delimitação da função administrativa, o critério continua a parecer equivalente: o núcleo central da resolução do problema passa por saber se a atuação do agente era ou não regulada por normas de direito público/administrativo e se estava ou não integrada no exercício de funções públicas.

A bondade da solução concita-nos dúvidas, que já anteriormente tivemos oportunidade de expor⁽⁹⁾. Na verdade, o que releva no surgimento da relação obrigacional de base delitual não é o posicionamento do agente relativamente à orgânica em que está inserido – exceto em tudo o que isso possa determinar uma atenuação ou exclusão da culpa ou bem assim um diverso ajuizamento em matéria de imputação objetiva –, mas as exigências de sentido que o encontro com o outro lhe

comunicam. E aí teremos de concluir que os deveres do médico são sempre os mesmos, ou, nas palavras de Sinde Monteiro e de Figueiredo Dias, “o ato médico é fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado e nem a especial conexão do ato com o serviço ou a atividade (de carácter público) ” se mostra capaz de acrescentar “razões que justificam a competência especializada dos tribunais administrativos, a não ser (...) quando a responsabilidade não resulte de um ato médico em sentido estrito (isto é, quando estiver diretamente em causa a organização dos serviços e não propriamente a problemática do erro técnico ou erro profissional)”⁽¹⁰⁾. Donde se questiona qual a razão de ser do tratamento desigual de duas situações que são, inequivocamente, análogas na sua pressuposição ética e axiológica e cuja estrutura problemática não é díspar.

Por outro lado, se atentarmos na *ratio* da responsabilidade civil do Estado, podemos retirar outras conclusões importantes. Parece ser a ideia de justiça distributiva que trilha o caminho de sustentação da responsabilidade civil do Estado, podendo afirmar-se que a cobertura do dano pelo erário público não é outra coisa senão uma forma de repartição dos custos com a prestação de determinados serviços de interesse geral. A lógica da imputação, a este nível, passa a ser a da conexão administrativa. Se a comunidade em geral beneficia com a execução de uma miríade de funções públicas, predispostas em nome do interesse coletivo, então deve suportar, na proporção da sua capacidade contributiva, os encargos que elas envolvem. Ora, se se permitisse que uma pessoa coletiva pública ou órgão do Estado pudesse pôr em causa direitos ou interesses dos cidadãos sem ser obrigado a reparar

⁷ Cf. Maria da Glória GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado*, 20.

⁸ Maria da Glória GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado*, 20.

⁹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Responsabilidade civil do médico que atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal”, *Lex Medicinæ*, 2008.

¹⁰ Cf. Figueiredo DIAS / Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, 47 e ss.

os danos causados, tal implicaria que, a despeito da lógica de financiamento dos serviços, aquele cidadão estivesse a contribuir pessoalmente de forma mais intensa para o bem geral da comunidade do que os restantes¹¹. A correção de tal distorção busca-se, assim, no instituto da responsabilidade do Estado, razão bastante para que, sempre que o agente, funcionário ou titular do órgão seja passível de um juízo de censura ético-jurídica mais intensa, por via da desvelação de uma conduta dolosa ou grosseiramente negligente, se lhe impute, em última instância, a obrigação de pagamento da indemnização¹².

A Lei n.º 67/2007, à semelhança do que acon-

¹¹ Cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 453, sintetizando duas das ideias chave apontadas pela doutrina: “(...) sempre que, prosseguindo uma finalidade pública, se cause dano especial e grave de interesses particulares lícitos, pelos menos se houver verdadeiros direitos, afigura-se-lhe justo que se redistribua o sacrifício e tal é o que deriva do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e da necessidade de impedir um como injusto locupletamento da coletividade à custa do prejudicado”. A limitação dessa responsabilidade, por via da exigência da ilicitude/illegalidade e culpa, prende-se, também de acordo com o testemunho do autor, com o facto de “as soluções mais justas não [puderem] por vezes ser praticamente efetivadas, obstando, por exemplo, o encargo financeiro excessivo que importariam”.

¹² Cremos, pois, que a razão de ser do agravamento da situação do funcionário nas situações em que atue com dolo ou culpa grave se prende com o paulatino abandono, pelas características do seu comportamento, da esfera de conexão administrativa, a qual permite estabelecer este jogo contributivo comunitário.

Como veremos, historicamente, parecem encontrar-se razões que depõem, não num sentido de agravamento da posição subjetiva do agente individual, mas no sentido da flexibilização da sua responsabilidade nos casos inversos (de culpa leve). Contudo, não só não cremos que tal corresponda ao melhor entendimento da norma, no cotejo com os princípios que a informam e enformam, como, sabemos também, que uma interpretação historicista está arredada do nosso horizonte de referência. Veja-se, também, no quadro do direito anterior, a posição expandida por Marcello CAETANO, a permitir um juízo valorativo próximo do que inscrevamos em texto – *Manual de Direito Administrativo*, 4.ª ed., n.º 178 (fala o autor de culpa funcional, quando “a prática do ato ilegal haja decorrido em circunstâncias tais que possa considerar-se consequência natural do exercício de funções, por oposição a culpa pessoal, quando “o agente [se afastou] das regras essenciais disciplinadoras da sua atuação como tal, por forma que a função haja sido postergada”) e Vaz SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, p.

tecia no seio da vigência do Decreto-lei n.º 48051, mostra-se, no cotejo comparativo com o regime da responsabilidade aquiliana, a um tempo, mais restritiva e mais ampla. De um lado, amplifica o leque de situações passíveis de gerar uma pretensão indemnizatória procedente, pelo alargamento do âmbito de ilicitude; de outro lado, e perspetivada à luz da responsabilização dos agentes, funcionários e titulares dos órgãos, restringe-a, pela qualificação do grau de culpa. Mas nem por isso, e segundo cremos, pode ser interpretado o articulado normativo no sentido da consagração de um regime de privilégio ou de uma cláusula de irresponsabilidade de certos profissionais. É que, contra o que poderia ser pressuposto, a restrição por via daquela qualificação deve ser acompanhada do enquadramento funcional¹³. No plano axiológico, da fundamentação, há-de ligar-se à intencionalidade do

455 (note-se, porém, que Vaz SERRA fala expressamente de uma ideia de irresponsabilidade dos funcionários, para proteção dos mesmos).

¹³ Sobre a ideia da irresponsabilidade do funcionário, cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 484: “o direito francês e alemão procuram limitar o direito de terceiros contra o funcionário. Atendendo a que as obrigações funcionais do funcionário podem ser muitas e complexas, a que a sua responsabilidade para com terceiros o pode expor ao risco de indemnizações superiores e até muito superiores aos proventos que a função lhe dá, a que o receio de responsabilidade o pode tolher nos seus juízos e nas suas iniciativas, a que ele é forçado a agir e seria fácil que incorresse em responsabilidade, parece, de facto, razoável que o funcionário não seja considerado responsável, pelas suas faltas de serviço, como o seria um particular”. Acrescenta, por isso, Vaz SERRA (cf. p. 485) que “considerá-lo sempre responsável, mesmo que a sua culpa seja leve, parece excessivo, vista, além do mais, a facilidade com que tais faltas são possíveis e a frequência e volume das responsabilidades em que poderia incorrer. Só quando haja dolo (ou talvez culpa lata) da sua parte, se afigura aceitável, em princípio, a sua responsabilidade” e que “a não responsabilidade do funcionário, quando se admitisse, existiria, não só em face do terceiro lesado, mas também do Estado, o que quer dizer que este não teria regresso contra ele”.

Para uma ponderação dos argumentos que depõem no sentido contrário, cf. p. 485, nota 57-a: “em contrário, poderia dizer-se que o funcionário deve responder, para com terceiro, mesmo que tenha procedido com culpa leve, pois, se assim não fosse, atenuar-se-ia o sentido da responsabilidade do funcionário, diminuir-se-ia a sua diligência, favorecer-se-iam as suas negligências no exercício das suas funções”.

instituto, ou seja, há-de ser presidida pela missão de, por essa via, se cumprir a redistribuição dos encargos/rendimentos que se procura. No plano dogmático, há-de revelar-se na conexão funcional, tornando explícito o surgimento do Estado como único ou principal devedor.

Mas se assim é, então, a irresponsabilidade dos funcionários – leia-se dos médicos – só corresponde ao sentido da justiça vertida nos critérios legais quando, e se, o ato lesivo se confinar ao exercício estrito de uma função administrativa⁽¹⁴⁾. Sempre que ele se revele, a par disso, violador de normas legais de proteção de interesses alheios, acolhidas, segundo a proposta doutrinária de Canaris, abraçada entre nós por Sinde Monteiro, por intermédio, *inter alia*, do artigo 150.º CP, ou violador de direitos absolutos, *v.g.* a vida, a integridade física ou a saúde do paciente, passam a concorrer dois fundamentos distintos de responsabilização que, porque alicerçados em pilares ético-normativos díspares, não estabelecem entre si uma relação de consunção.

¹⁴ Cremos que, de outro modo, este regime de irresponsabilidade (exceto nos casos de dolo e culpa grave) poderia contender com o princípio da responsabilidade – princípio normativo suprapositivo. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Responsabilidade civil do médico que atua no SNS”.

De notar que, no quadro de vigência do DL n.º 48051, colocou-se mesmo a questão da inconstitucionalidade do preceito que afastava a possibilidade de responsabilização solidária do profissional de saúde. Sobre a questão, de um ponto de vista jurisprudencial, cf. Ac. STA 25 de Maio de 2005; Ac. STA de 29 de Outubro de 1992; Ac. STA de 3 de Junho de 2004; Ac. Tribunal Constitucional de 13 de Abril de 2004; Ac. Tribunal Constitucional de 5 de Janeiro de 2005; Ac. Tribunal Central Administrativo do Norte de 17 de Janeiro de 2008 (considerando que não há inconstitucionalidade); e, num sentido diverso, Ac. STA de 3 de Maio de 2001 (considerando que há inconstitucionalidade).

Dando conta do panorama jurisprudencial na matéria, cf. Ac. STA de 25 de Maio de 2005.

Não cremos, de facto, que por uma questão de interpretação do artigo 271.º CRP se possa falar de inconstitucionalidade neste caso. Mas não nos devemos esquecer que a juridicidade é mais ampla que a constitucionalidade e que pode determinar que a lei seja injusta, sem que seja inconstitucional.

Quer isto dizer que, do ponto de vista do médico ou outro profissional de saúde, é possível encontrar argumentos no sentido de fazer impender sobre ele uma responsabilidade, mesmo nos casos de culpa leve. Basta para o efeito que em relação a ele se cumpra, também, a intencionalidade predicativa da responsabilidade civil extracontratual sujeita ao regime privatístico.

O artigo 8.º, n.º 3 do Estatuto do Médico (Decreto-lei n.º 373/79, de 8 de Setembro), quando entrou em vigor, pareceu contradizer este entendimento. No preceito podia ler-se que, “em caso de responsabilidade civil, tem aplicação a lei reguladora da responsabilidade civil do Estado no domínio dos atos de gestão pública”. O argumento literal que daí pudesse ser retirado não deve, porém, ser absolutizado. E para o afirmar nem sequer temos de mergulhar na acesa polémica acerca do correto modo como, metodologicamente, deve ser compreendida a interpretação. É que, mesmo para quem se queira mostrar fiel aos paladinos da perspectiva hermenêutica, sempre se haveria de reconhecer a necessidade de apelar a um elemento sistemático que, conduzindo à análise da norma na sua inserção contextual, levaria a conexionalá-la com o preceituado no n.º 1 do mesmo artigo. No horizonte discursivo assomam duas possibilidades interpretativas, a corresponder a também dois resultados interpretativos. Ou nos mantemos fiéis – possibilidade que, por razões que se prendem com a adequada compreensão da norma como um problema, e não como um texto, rejeitamos – a uma imposição tradicional e, relevando o texto, não podemos ignorar que a responsabilidade civil que se submete ao regime publicista é a que, de acordo com o n.º 1, resulta da violação dos deveres contidos no artigo 7.º do mesmo diploma, os quais, na sua intencionalidade, se mostram mais próximos

de uma visão funcional da atuação do médico, integrado na estrutura do serviço nacional de saúde, do que de uma visão delitual que sublinhe o cuidado devido no encontro com o outro. Ou, em alternativa, somos consequentes com o correto modo como vai pensada a concreta realização do direito e, consideramos que, a par do argumento sistémico – que vale o que vale –, está, afinal, uma compreensão da norma à luz dos princípios informadores do sistema e da *ratio* da previsão dos institutos, a viabilizar uma interpretação corretiva que restrinja, desse modo, a mobilização do regime da responsabilidade civil do Estado para as hipóteses danosas que resultem da quebra dos deveres que ligam a máquina administrativa aos cidadãos, pon-do, assim, em causa o interesse público, já que, só nestas, entra em cena o fundamento do instituto. É que só nesses casos se afigura injusto que só um suporte os custo especiais de uma atividade com que todos beneficiam¹⁵.

Se do ponto de vista do profissional de saúde cremos poder extrair estas conclusões, importa não esquecer o plano coletivo, a fazer-nos olhar para a situação do Hospital Público. Centrando-se na pessoa coletiva, e tendo como principal objetivo aliviar a posição do doente lesado, a braços com um encargo probatório que por vezes se revela diabólico, alguns autores vêm defender a submissão da responsabilidade civil às regras privatísticas do mundo contratual. Faz-se, então, apelo a de uma figura que, com contornos variáveis, garantisse a

afirmação de um nexo negocial entre o último e o hospital a que se dirigiu: “à figura das relações contratuais de facto – *faktische Schuldverhältnisse* – e mais especificamente às relações de massas – *Massenverkehr* – resultantes de um comportamento social típico – *Sozialtypisches Verhalten*”¹⁶.

O mesmo entendimento parece ter tido o Tribunal Central Administrativo no processo que foi depois objeto de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo e do qual se proferiu acórdão em 16 de Janeiro de 2014 (processo 0445/13). O Tribunal Central Administrativo do Norte, num litígio que opunha os pais de um menor, em representação do filho, ao Hospital de São Marcos, afastou o regime da responsabilidade civil extra-contratual por entender que não estamos perante uma responsabilidade emergente de atos de gestão pública, uma vez que na assistência hospitalar não existem prerrogativas de autoridade ou uma regulamentação de natureza pública. Invocam, então, a existência de uma situação contratual de facto que irá desencadear a aplicação do regime da responsabilidade contratual e, consequentemente, da presunção de culpa contida no artigo 799.º CC. De todo o modo, considera igualmente que, se não se pudesse sufragar este posicionamento, sempre se teria de concluir estar-se diante de um ato de gestão privada, que legitimaria a aplicação do artigo 493.º / 2 CC. Para o Tribunal Central Administrativo do Norte não é possível distinguir o ato do

¹⁵ O mesmo se poderia aduzir, à data da sua entrada em vigor, relativamente ao artigo 12.º da Lei n.º 56/79 (Lei do Serviço Nacional de Saúde).

Em sentido contrário, considerando que os dois preceitos consagram a opção legislativa pela sujeição da atuação médica ao crivo do regime publicista da responsabilidade do Estado, cf. Figueiredo DIAS / Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, 48.

Sublinhe-se que, de então para cá, o regime jurídico do Serviço Nacional de Saúde foi objeto de inúmeras alterações.

¹⁶ Cf. João Álvaro DIAS, “Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica”, *Revista Portuguesa do Direito*, 2/3 (1993) 39 e ss. (em especial p.41). Veja-se, ainda, Figueiredo DIAS / Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, 50-51, sustentando que, face ao direito positivo, a solução mais consentânea com a justa ponderação dos interesses em jogo é a da responsabilidade contratual; Sinde Monteiro, «A responsabilidade civil do médico e o seu seguro», separata da *Scientia Juridica*, 1972.

Cf., igualmente, ao nível jurisprudencial, optando pela solução contratual, os acórdãos do STA de 17 de Junho de 1997 e de 9 de Março de 2000.

médico que atua num hospital público e o ato do médico que atua num hospital privado. Contra este entendimento manifestou-se, posteriormente, o Supremo Tribunal Administrativo, considerando que

“quem recorre a um estabelecimento de saúde pública fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente, modelada por lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações”.

O Supremo Tribunal Administrativo volta, por isso, a sufragar aquela que corresponde à corrente jurisprudencial maioritária¹⁷.

Outro dos problemas abordados no aresto merece especial destaque. Na verdade, para além da determinação do regime concretamente aplicável à responsabilidade civil que emerge no caso, discutiu-se a possibilidade de se lançar mão da presunção de culpa prevista no artigo 493.º / 2 CC.

II. A questão da aplicação do artigo 493.º / 2 cc aos casos de responsabilidade médica é formulada quer no domínio privatístico, quer no domínio publicista. Contudo, os termos do problema não podem ser sopesados de igual modo nos dois ramos do direito. Importa, por isso, distinguir os dois nichos dogmáticos. Entende-se que assim seja. De facto, a norma não pode ser considerada no seu isolamento, nem pode ser interpretada numa perspetiva hermenêutica que nos leve a extrair dela um determinado sentido textual. Assim, haverá que

confrontar a norma com as exigências que o caso coloca e, por outro lado, com a sua intencionalidade predicativa, donde a teremos de remeter para os princípios em que se louva e para o sistema em que se integra.

a) A discussão no plano do direito civil

No quadro do direito privado, o artigo 493.º / 2 cc parece encerrar uma dupla possibilidade interpretativa. A norma estabelece uma presunção de culpa e envolve também uma presunção de ilicitude. Porque? Porque, na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, a sua aplicação fica dependente da verificação de um especial perigo – um perigo que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido, a convidar-nos a dirigir determinados deveres de cuidado em relação ao outro –, o que permite desvelar o abuso do direito (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493.º / 2 cc consagra a *faute* e implica que a causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis). Como presumir a culpa daquele que causa danos no exercício de uma atividade perigosa se não pressupusermos que sobre ele recai a obrigação de não os causar? E como desconsiderar que a preterição – ainda que não intencional – desse dever atenta contra o ordenamento jurídico, devendo, por tal, ser considerada ilícita? E, *in fine*, chegados aqui, como dualizar a

39

¹⁷ Cf. Ac. STA de 20 de Abril de 2004 (www.dgsi.pt); Ac. STA 9 de Junho de 2011 (www.dgsi.pt); Ac. STA de 3 de Outubro de 2010 (www.dgsi.pt); Ac. STA 24 de Maio de 2014 (www.dgsi.pt); Ac. STA 16 de Março de 1995 (www.dgsi.pt); Ac. STA de 18 de Dezembro de 2002 (www.dgsi.pt); Ac. STA de 16 de Janeiro de 2003 (www.dgsi.pt); Ac. STA de 8 de Julho de 2004 (www.dgsi.pt); Ac. STA de 22 de Janeiro de 2004 (www.dgsi.pt); Ac. STA 10 de Fevereiro de 2008 (http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/STA_2.10.2008.pdf); Ac. STA de 22 de Abril de 2009 (http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/STA_22.04.99.pdf), relativo a danos ocorridos num hospital militar.

ilicitude e a culpa?

Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata, porém, verdadeiramente de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória. Se tal é permitido no quadro do concurso de modalidades de responsabilidade civil, deve também ser autorizado quando concorram modalidades de ilicitude delitual. Assim, e neste caso, a restrição da hipótese ressarcitória à verificação de uma lesão do direito absoluto autorizaria a que o preenchimento da responsabilidade fosse para além dos danos previsíveis⁽¹⁸⁾.

Independentemente da dualidade a que assim somos conduzidos, importa não esquecer que, ao nível da estrutura valorativa da norma, estará presente um especial desvalor de conduta pelo qual se censura o agente. Ora, tal dado comunica dificuldades no tocante à aplicação do preceito à atuação do médico.

Dois aspetos devem ser ponderados para que a mobilização do preceito possa ter lugar. Em primeiro lugar, há que determinar se a atividade médica é ou não, pela sua natureza e pelos meios que utiliza, perigosa. Quanto a tal ponto, parecem não restar dúvidas. A simples prescrição medicamentosa é acompanhada por uma infinidade de contraindicações. No entanto, isto não é bastante. Em segundo lugar, é necessário que a intencionalidade

de normativa desta norma possa assimilar a intencionalidade problemática dos casos que envolvem danos causados por médicos no exercício da sua profissão. Esta particular ilicitude assim desvelada não só coenvolve dados tradicionalmente estranhos à sua essência, *v.g.* a previsibilidade e a exigibilidade, como implicará uma estrutura relacional em que o agente crie a esfera de risco ou aumente exponencialmente uma já existente a partir de uma atividade particularmente perigosa. Ora, em muitas situações, o médico não aumenta extraordinariamente o nível de perigo já existente. Não é o médico com o seu agir que aumenta a propensão para a ocorrência do dano, resultando aquele de uma situação preexistente, clinicamente identificável com o estado patológico do doente. No fundo, ainda que se possa constatar a perigosidade do tratamento ou intervenção médica, ficaria também por detetar a ligação entre os danos e a esfera de risco edificada, uma vez que concorre com esse risco um outro, de origem absolutamente natural. Compreende-se que assim seja também por outro motivo: de outro modo, far-se-ia impender sobre o médico em cada atuação concreta o encargo de justificar a sua conduta de molde a desviar um juízo de censura que sobre si recairia caso o paciente não ficasse curado ou o seu estado se agravasse.

Isto não quer dizer que, por referência a determinados recortes problemáticos, não possa lançar-se mão da previsão do artigo 493.º / 2 cc. Assim, por exemplo, e de acordo com aquele que tem sido o entendimento jurisprudencial em sede privatística, atuações médicas como as que envolvem a utilização de métodos ou instrumentos particularmente perigosos poderiam justificar a

¹⁸ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006; IDEM, *Do nexo de imputação ao nexo de causalidade: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Principia, 2013, 1288.

aplicação da presunção⁽¹⁹⁾ - ⁽²⁰⁾.

b) A discussão no plano do direito público

No quadro do direito público, ou seja, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, a questão da aplicação do artigo 493.º / 2 cc implica outro leque de considerações. Desde logo, importa saber se neste domínio congénere são ou não aplicáveis as presunções de culpa previstas no direito civil. O Acórdão de 16 de Janeiro de 2014 vem responder positivamente a esta questão, mas alerta para o facto de não ser aplicável a presunção do artigo 493.º / 2 cc. Pode aí ler-se que, no tocante às atividades prestadas pelo Estado, não se justifica o agravamento do ónus da prova em virtude da especial perigosidade da atuação, porque o benefício do exercício de tal atividade redundaria a favor de quem procura os serviços. O Estado responde objetivamente pelos danos gerados no quadro de uma atividade perigosa, mas só quando tal atividade seja excecionalmente perigosa, isto é, quando o perigo seja especial e quando os danos sejam anormais⁽²¹⁾.

¹⁹ Cf. Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2007.

²⁰ Cf., também, Miguel Teixeira de SOUSA, considerando as situações em que o médico utiliza aparelhos ou máquinas que requerem um manuseamento atento e cuidadoso – cf. “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996, 121-144; Figueiredo DIAS / Sínde MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, 53; Carneiro da FRADA, *Responsabilidade Civil. O método do caso*, 2006, 116, salientando que, sem embargo de se poder aplicar o preceito a quem detém determinados aparelhos perigosos, em regra, a atividade médica não pode ser qualificada como perigosa para efeitos do artigo 493.º cc; Manuel Lopes da ROCHA, “Responsabilidade civil do médico/Recolha de órgãos e transplantações”, *Tribuna da Justiça*, 3 (1987) 48 e ss., apresentando uma posição menos restritiva e considerando que «é razoável admitir que, ainda hoje, mesmo tendo em conta os espetaculares progressos das ciências médicas, certas operações de enxerto ou transplantação, sobretudo de órgãos, comportam um elevado grau de riscos para a saúde e para a vida do beneficiário, que permitem qualificá-los como perigosos, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados»).

²¹ O acórdão refere-se, ainda, à disciplina contida no DL n.º 48051.

Também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Junho de 2004 nega a possibilidade de aplicação do artigo 493.º / 2 cc. Posição diversa parece ser sufragada pelo Acórdão datado de 9 de Junho de 2011. Aí, reduzindo a relevância do preceito a uma presunção de culpa (e já não de causalidade), abre-se a porta ao entendimento de que, no que respeita à culpa, o autor da lide poderia invocar o preceito aliviando, consequentemente, o seu encargo probatório.

O busilis da questão passa, portanto, pelo facto de existir uma previsão de responsabilidade pelo risco de uma atividade considerada especialmente perigosa. Donde se concita a dúvida: fará sentido mobilizar-se a presunção de culpa que assenta no mesmo fundamento? Se pensarmos que toda a responsabilidade do Estado é perpassada por um ideário de justiça distributiva, facilmente concluiremos que a previsão excecional de uma hipótese (para mais ampla) de responsabilidade pelo risco no seio de uma responsabilidade que, em si mesma, já é objetiva (uma vez que, embora não prescindida da culpa do titular do órgão, agente ou funcionário público, não implica a culpa do ente público), só pode ser justificada por uma necessidade acrescida de proteção do lesado e, simultaneamente, de reforço da distribuição dos custos do serviço⁽²²⁾. Tanto mais assim é que se prescinde, a partir da

²² No fundo, o que se questionava era se, para lá da ponderação da lei (que atendia à necessidade de repartição dos custos do serviço entre todos), era ou não possível lançar mão de uma presunção que, atendendo à perigosidade (e não tendo em conta o prejuízo sofrido), viria alterar as regras probatórias. Os termos do problema teriam de ser sopesados de um modo diferente daquele com que hoje somos confrontados. Na verdade, a diferente formulação legal (artigo 11.º da Lei n.º 67/2007) não deixa a questão imutável.

Na vigência do DL n.º 48051, poder-se-ia ponderar se, na ausência de prejuízos especiais e anormais, mas na presença de uma atividade perigosa se poderia ou não lançar mão da presunção do artigo 493.º / 2 cc. É, aí, a nossa resposta não se teria de orientar pela ponderação distributiva, mas pelo ajuizamento do comportamento do titular do órgão, agente ou funcionário do Estado.

entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, da ideia de prejuízos especiais e anormais a que éramos conduzidos pelo artigo 8.º do DL n.º 48051. Se no quadro da vigência deste diploma ainda poderia fazer sentido questionar se, para lá da expressa previsão legal, se poderia atenuar a posição do lesado com recurso a uma presunção importada do direito privado, a coincidência das hipóteses normativas com que agora somos confrontados parece tirar significado à questão. Donde se concluirá que, a estarmos diante de uma atividade perigosa, a regra é a da responsabilidade independente de culpa.

Importa, contudo, notar que, no quadro da lei n.º 67/2007, se lança mão de uma presunção de culpa leve em duas situações: nos casos de atuação ilícita e nos casos de incumprimento dos deveres de vigilância. O apelo à perigosidade da atuação ou das coisas utilizadas na atividade levada a cabo mostra-se, portanto, desnecessário com a nova disciplina legal no que respeita à presunção de culpa. Contudo, como veremos *infra*, o alcance prático da presunção não deve ser sobrestimado⁽²³⁾.

III. No âmbito da responsabilidade médica, confrontamo-nos com algumas situações que, pela perigosidade que envolvem, podem fazer desencadear a responsabilidade independentemente de culpa. No acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Dezembro de 2005, por referência ao DL n.º 48051, que, como referido, previa uma hipótese associada ao exercício de atividades excecionalmente perigosas e ao facto de dela resultarem danos especiais e anormais, considerou-se que uma transfusão de sangue realizada numa data em que o vírus do HIV era desconhecido não deve ser considerada perigosa, uma vez que a especial

perigosidade se denota quando seja razoável esperar que dela possam resultar graves danos⁽²⁴⁾. Por seu turno, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 1 de Março de 2005 vem considerar que uma transfusão de sangue realizada em 1994 deve ser vista como uma atividade perigosa para efeitos da aplicação do artigo 8.º DL n.º 48051, ao que acrescentaríamos para efeitos do artigo 11.º da Lei n.º 67/2007. Em causa estaria o conhecimento do vírus e a inexistência, à época, de testes de despistagem que garantissem que, apesar de terem dado HIV negativo, o dador não estava infetado. Segundo se lê no aresto, “o período de janela serológica era normalmente superior ao tempo de validade do mesmo concentrado, o que implicava que antes que se pudesse ter detetado a infeção no dador já o concentrado contaminado poderia ter sido utilizado”⁽²⁵⁾.

Em 1998, no acórdão de 25 de Novembro, o Supremo Tribunal Administrativo pronunciou-se, também, acerca da aplicação do artigo 8.º DL n.º 48501. Considerou, porém, em face da factualidade concreta, que esta não era assimilada pelo âmbito de relevância daquele. Em causa estava uma eventual responsabilidade de um hospital psiquiátrico por violação do dever de vigilância de uma paciente internada, que efetuou uma tentativa de suicídio. Ora, entendeu o coletivo de

²⁴ Para os juízes que proferiram o acórdão, a qualificação de uma atividade como perigosa tem de ser contemporânea da sua realização e, se no momento desta não era previsível que dela pudesse resultar a referida infeção por HIV, o ato médico não pode ser qualificado como especialmente perigoso. No fundo, apela-se aqui a uma ideia de risco do desenvolvimento, que serve de salvaguarda para um mínimo de subjetivação ao nível da hipótese em causa.

²⁵ Cf., também, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 20 de Janeiro de 2009, que veio considerar que em 1983 não era possível reputar a transfusão de sangue como uma atividade excecionalmente perigosa, para efeitos de aplicação da responsabilidade pelo risco, uma vez que esta exige que haja consciência do risco pelo agente causador do dano.

²³ *Infra*, teceremos outras considerações sobre esta alteração.

juízes, e bem, que não pode ser qualificada como excecionalmente perigosa a atividade de assistência hospitalar desenvolvida exclusivamente no interesse do particular.

À parte da questão da responsabilidade independente de culpa, importa notar que outros são os acórdãos nos quais o Supremo Tribunal Administrativo teve de tomar posição acerca de um suicídio ou de uma tentativa de suicídio. Na decisão de 29 de Maio de 2014, o coletivo de juízes veio considerar que “não é ilícita a conduta do hospital réu, que permitiu que um doente do foro psiquiátrico, ali internado, deambulasse livremente no seu perímetro circundante tendo vindo a suicidar-se. Só seria ilícito se ocorressem factos que tornassem previsível tal conduta”. Na verdade, a ilicitude no quadro do DL n.º 48051 traduzia-se, no caso de atos jurídicos, na violação de normas legais e regulamentares ou de princípios gerais aplicáveis e, no caso de atos materiais, na violação destas normas e princípios e ainda de regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração (artigo 6.º). Já no quadro de aplicação da lei n.º 67/2007, são considerados atos ilícitos os que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e dos quais resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 9.º). Quer isto dizer que, na aferição da ilicitude, ao nível da responsabilidade do Estado, não nos podemos ater à ilicitude do resultado, sendo necessário olhar para a ilicitude da conduta²⁶. O Supremo Tribunal Administra-

tivo, aliás, di-lo expressamente no Acórdão datado de 20 de Abril de 2004²⁷. De notar, porém, que a ligação a um primeiro dano ou dano evento apenas é determinada com a alteração legislativa de 2007.

da, desde que se verifique a lesão de um direito ou interesse legalmente protegido, quando haja violação de deveres objetivos de cuidado? Não podem os deveres de vigilância reconduzir-se aos deveres objetivos de cuidado? Não envolve a aferição da ilicitude como uma ilicitude da conduta a aferição da culpa, aproximando-nos do modelo da *faute* napoleónica? Qual o alcance prático do preceito? Na verdade, conseguimos perceber que a violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais ou regulamentares ou regras de ordem técnica possam não vir acompanhadas de culpa. Basta para tanto que, em concreto, não haja exigibilidade no cumprimento da obrigação ou proibição estabelecida por lei ou regulamento. Contudo, os deveres objetivos de cuidado avultam em face do caso concreto e, portanto, eles só emergem quando haja exigibilidade do cumprimento dos mesmos. A sua violação implica, necessariamente, a culpa, não se percebendo, por isso, o alcance do preceito legal, tanto mais que cinde a violação de deveres de vigilância (também atuantes em concreto) dos deveres objetivos de cuidado.

Para outras críticas aos preceitos da Lei n.º 67/2007, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II *Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra: Almedina, 2010, 649. Diz-nos o autor, a este propósito, que “a originalidade do RRCEE conduziria a que pudesse, *a contrario*, haver violações lícitas de direitos subjetivos ou de normas de proteção, independentemente de causas de justificação, o que seria absurdo: tal ocorrência traduziria, só por si, a violação da lei”. Do mesmo modo, o autor mostra-se crítico das presunções estabelecidas no artigo 10.º /2 e 3 do diploma e diz de forma contundente que “os artigos 9.º e 10.º são úteis porque, ao incitarem à sua crítica, permitem melhor explicar os pressupostos da responsabilidade civil. Mas o ideal teria sido evitá-los”

²⁷ Cf., igualmente, o Acórdão de 6 de Junho de 2007, referindo-se à importância da violação das *leges artis* quando esteja em causa um ato médico que se procura chancelar de ilícito, já que “não é pelo facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador” do dano. De referir que o erro médico não se confunde com a negligência médica. De sublinhar também que a sentença faz apelo à estrutura da ação e mais concretamente à confluência das patologias próprias do paciente para reforçar a ideia da importância da violação das *leges artis*. Contudo, isto não significa que, no quadro da responsabilidade civil em geral, não seja necessário estabelecer a ligação entre o resultado lesivo e o comportamento do sujeito.

Cf., também, o Ac. STA de 22 de Janeiro de 2004; Ac. STA de 16 de Janeiro de 2014 (onde se afirma claramente que tem de se verificar a violação das *leges artis* para haver ilicitude); Ac. STA de 24 de Maio de 2014 (onde se esclarece que o facto de o resultado pretendido com o ato não ter sido obtido não significa que isso se tenha ficado a dever a falta censurável ou ilícita, porque é difícil saber se foi cometido um erro e se esse erro foi ou não resultado da violação das *leges artis*); Ac. STA de 29 de Junho de 2005, considerando que a ilicitude implica a violação das *leges artis* e que, em concreto, esta se verificou por, pela falta de exames médicos recomendados, se ter extraído o rim direito quando se deveria ter extraído o rim esquerdo.

²⁶ Estranha-se, por isso, a solução do artigo 10.º /2 e 3 da Lei n.º 67/2007. Na verdade, diz-nos o preceito que presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos, bem como sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância. Várias são, então, as dúvidas que se levantam. Em primeiro lugar, não envolve o incumprimento dos deveres de vigilância a ilicitude? Não pode ela ser desvela-

Por isso, se anteriormente nos tínhamos de centrar, apenas, na recondução dos prejuízos sofridos à conduta culposa do agente, agora somos forçados a lidar com um primeiro segmento imputacional, que nos impõe a ligação entre a violação do direito e o comportamento do sujeito. A questão diz respeito àquilo que outrora ficou conhecido por causalidade e que é normalmente uma nervura problemática em sede de responsabilidade civil e também da responsabilidade civil por ato médico submetida à apreciação dos tribunais administrativos. Antes de nos debruçarmos sobre ela, contudo, importa continuar a olhar para a problemática da culpa.

IV. Se muitas são as ações que decaem por falta de prova da culpa, não são poucos os expedientes que os autores têm vindo a forjar no sentido de aliviar o diabólico ónus que recai sobre o lesado. Ao nível do direito público, ou seja, no quadro da responsabilidade civil do Estado, temos ainda a possibilidade de lançar mão do conceito de culpa de organização (*faute du service*), que, de certo modo, pode depor no sentido da objetivação da responsabilidade⁽²⁸⁾. Em 1997, o Supremo Tribunal Administrativo mobilizou o expediente imputacional. Pode ler-se no aresto datado de 17 de Junho que

“a culpa de um hospital (órgão coletivo) não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que atuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causa dano pode resultar de um conjunto de fatores próprios da desorganização, falta de controlo, falta de colocação

de elementos em determinadas funções, ou seja, de falhas que se reportem ao serviço como um todo”.

Nesta medida, foi possível responsabilizar o Hospital, com base nesta culpa funcional, pela inexistência de um perito em reanimação. Também o Acórdão de 3 de Outubro de 2005 se refere à culpa funcional, censurando o defeituoso funcionamento dos serviços, num caso em que uma paciente recebeu percentagens de fármacos e de oxigénio, num procedimento anestésico, inferiores ao recomendado e por períodos inferiores aos devidos. Do mesmo modo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Outubro de 2000 fala de negligência dos serviços de um hospital que mantém numa das salas de parto equipamento e material avariado e não funcional, o que dificultou as manobras de entubação endotraqueal de um recém-nascido; e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de Novembro de 2005 considera que age com culpa o hospital que não toma todas as medidas de precaução adequadas ao caso no sentido de erradicar a bactéria *serratia* no local altamente propício à sua existência e face ao estado debilitado de um paciente que, contaminado com a dita bactéria, vem a ficar cego.

Esta *faute du service* haveria de ser objeto de consagração na lei com a alteração de 2007, podendo-se, portanto, sublinhar que o pendor constitutivo da jurisprudência permitiu antecipar uma solução que só posteriormente seria vertida numa norma. A imputação do dano à falha do serviço como um todo era, porém, viabilizada no passado, para além do recurso à intencionalidade da responsabilidade do Estado, pelo disposto no artigo 8.º. Embora se consagrasse aí uma hipótese de responsabilidade independente de culpa, exigindo-se para tanto que se verificassem prejuízos anormais e especiais e que se denotasse uma especial perigosidade do

²⁸ Cf. artigo 7.º /3 Lei n.º 67/2007: *O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço*. Nos termos do artigo 7.º /4, *existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos*.

Esta culpa funcional deve ser entendida, também, no sentido da desvelação da ilicitude do ato – cf. artigo 9.º /2.

serviço administrativo ou de coisas e atividades da mesma natureza, a verdade é que, na previsão legal, se concede o direito à indemnização quando tais danos resultem do funcionamento do serviço especialmente perigoso. Há aqui, portanto, uma ideia de imputação coletiva, ou melhor, de imputação a um grupo determinado.

V. Se muitas são as ações que decaem por falta de prova da culpa, à mesma conclusão se pode chegar por referência ao nexo de causalidade⁽²⁹⁾. Trata-se, de facto, de uma prova diabólica a que o paciente lesado está sujeito para aceder à indemnização. No Acórdão de 10 de Setembro de 2014, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que, tendo havido violação das *leges artis* e sendo exigível que o profissional de saúde tivesse cumprido o dever objetivo de cuidado, se verificou uma conduta ilícita e culposa. Entendeu, ainda, que se pode estabelecer um nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e os danos sofridos pelo bebé, decorrentes das lesões sofridas durante o parto, que não foi realizado, como se impunha, em face do sofrimento fetal, por cesariana. Contudo, não se provou que a morte do lesado – passados dez anos de vida com paralisia cerebral – tenha sido causada pelas lesões sofridas durante o parto. Neste caso lidamos com lesões diferidas no tempo, ou seja, verifica-se um hiato temporal entre o momento da conduta e o momento da verificação do dano-lesão ou dano-evento. Na doutrina alemã, fala-se dos chamados *Langzeit- und Spätschäden*. Trata-se não de uma “categoria dogmaticamente independente”, mas de uma referência doutrinal aos danos tardios e aos danos que se repercutem no tempo: danos de

duração prolongada cuja ocorrência inicial é tardia; danos que só muito posteriormente se concretizam. Ainda que possam ser imputados, passados muitos anos, ao evento inicial, alertam os autores para o facto de, com a dilação temporal, aumentar a responsabilidade própria dos lesados pela conformação da sua vida, pelo que mais facilmente se integraria o dano na *allgemeinen Lebensrisiko*⁽³⁰⁾. No fundo, o que assim se mostra é que a adequada resolução do problema coenvolve necessariamente um confronto entre esferas de responsabilidade e faz apelo a uma ideia conexão de risco que está ausente de uma ponderação probabilística para que somos conduzidos por via da causalidade adequada.

Não obstante, a jurisdição administrativa, em Portugal, mantém a sua fidelidade ao critério da adequação. São inúmeros os arestos onde tal se constata. Assim, e a título de exemplo, pense-se nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Dezembro de 2006 (aderindo à formulação negativa da causalidade adequada, num caso em que se discute a eventual violação de um dever de diligência de um funcionário do hospital que se apercebe do desaparecimento de um doente que estava a ser atendido na urgência, perfeitamente consciente, colaborante e medicada, e nada faz, não deixando a paciente qualquer rasto); de 29 de Novembro de 2005, no qual, a propósito de um doente medicado para uma infeção dentária quando já se podia perceber que o quadro era de *sepsis*, se afirma que a conduta do profissional de saúde não foi indiferente para causar a morte, porque muitos casos de septicémia são curáveis; de 30 de Setembro de 2003, aderindo também expressamente à doutrina da causalidade adequada na sua formulação negativa; de 3 de Julho de 2007, orientando-se por idêntica

²⁹ Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Maio de 2014, no qual a ação decaí exatamente por falta de prova do nexo de causalidade.

³⁰ Nesse sentido, Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 145.

46 tico critério; de 24 de Abril de 2008, repetindo a solução, agora a propósito de um parto que deveria ter sido feito por cesariana – a mostrar, do ponto de vista sociológico, a grande incidência de casos de responsabilidade médica no momento do nascimento de crianças; de 13 de Março de 2012, lançando igualmente mão da adequação, na formulação negativa, e mostrando que não é necessário que o facto, por si só, sem colaboração de outros, tenha produzido o dano, nada obstando a que seja apenas uma das condições desse dano; de 12 de Abril de 2012, no qual, tendo em conta a demora de assistência de uma criança com meningite, se pode ler que, “tendo em conta que a meningite é curável em 90 a 95% dos casos, é muito provável que se a criança tivesse sido tratada não teria ocorrido a sua morte”, estabelecendo-se, por isso, o nexo causal, numa clara demonstração do carácter probabilístico-estatístico a que podemos ser conduzidos por alguns dos entendimentos da adequação; de 22 de Fevereiro de 2006, onde, também diante de um quadro de meningite e de falta de assistência de um menor, para testar o critério da causalidade adequada, se questiona, citando o Acórdão de 20 de Fevereiro de 2002, “se essa assistência tivesse sido prestada, a menor ter-se-ia salvo, ou, pelo contrário, teria na mesma sucumbido à doença?”. Recorre-se depois a dados estatísticos oferecidos pela ciência médica, assentes na gravidade da doença e na percentagem de cura que se atinge habitualmente. E indaga-se:

“teria uma observação e tratamento adequados conseguido evitar o desenlace fatal, nas circunstâncias do caso e dentro de um juízo de probabilidade assente na experiência médica, ou, pelo contrário, mesmo que essa observação e vigilância não tivessem sido omitidas, o resultado mais provável teria sido esse?”.

Em apelo à sentença recorrida, pode ler-se que nesta se questiona se “será que entre aquela omis-

são culposa e este resultado danoso existe nexo de causalidade segundo a teoria da causalidade adequada, ou, dito de outra forma, será que aquela omissão negligente constituiu causa direta e necessária da produção do resultado danoso”, para concluir que, “no caso dos autos, não parece ter ficado demonstrado que o resultado danoso se configure como consequência necessária da omissão ilícita e negligente, supra referida, segundo a teoria da causalidade adequada (nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano)”. Apreciando esta decisão, o Supremo Tribunal Administrativo reafirma a aplicação da doutrina da causalidade adequada e considera que “a omissão não se mostrou “de todo indiferente (...) para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto”, não se verificando quaisquer circunstâncias anormais, extraordinárias ou anómalas que tenham intercedido no caso”. Desta feita, estabelece-se o exigível nexo causal.

Vários são os comentários que estas decisões nos concitam. Em primeiro lugar, ao aderirem à doutrina da causalidade adequada, fazem-no em moldes que muitas vezes se afiguram intuitivos, não resolvendo verdadeiramente o problema que têm em mãos. Em segundo lugar, como se constata pelas formulações contidas no último acórdão citado – quer firmadas pelo próprio coletivo, quer citadas por referência a anteriores arestos do STA ou à decisão recorrida –, apesar de se aderir à doutrina da adequação, na sua formulação negativa, abrem as portas, na sua concretização, a outros critérios evadidos de uma índole e intencionalidade diversas, que nos encaminham ou para uma ideia de condicionalidade ou para uma ideia de causa necessária, que difere da causa adequada. Em qualquer dos casos, a resposta é obtida por via de uma pondera-

ção probabilística-estatística que quadra mal com o sentido da intencionalidade jurídica e nos deixa sem saber por que razão o facto de um determinado resultado ser provável em 80% nos garante que ele não faz parte dos 20% de situações em que poderia ter surgido por outra via⁽³¹⁾. Além disso, fica por responder por que razão a decisão judicativa se há-de basear em dados naturalísticos, sem qualquer apego à sua própria intencionalidade. E, em qualquer caso, são as dúvidas acerca de uma causalidade ainda pensada em termos determinísticos que não se arredam do horizonte do decidente. Melhor andaria, pois, a nossa jurisprudência se assumisse um critério verdadeiramente imputacional, que fizesse apelo ao sentido da ação humana (o sentido axiológico do cuidado com o outro) e, a partir de uma esfera de dever (de risco/responsabilidade) que seria cotejada com outras esferas de risco, resolvesse o problema.

É, por isso, com agrado que olhamos para a decisão contida no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Maio de 2010, na qual, a propósito de uma paraplegia causada por uma ato anestésico, se afirma que “o lesado deve provar os factos de onde resulte que aquele resultado foi causado pelo ato anestésico, que houve violação das *leges artis* e que o resultado se localiza no âmbito dos perigos que o escrupuloso cumprimento do dever pretende evitar”. Na fundamentação da decisão, o coletivo dos juízes distingue o nexo de causalidade do nexo de ilicitude e admite que, havendo violação das *leges artis*, se pode operar uma inversão do ónus da prova. Ou seja, “se através da

violação das *leges artis* é aumentado o risco de dano, vindo a ocorrer uma lesão localizada no “círculo de perigos” que a *lex artis* violada pretende evitar, deve impor-se ao infrator a prova de que o dano se verificou independentemente da lesão”. Também o Acórdão de 16 de Janeiro de 2014, pese embora não se tenha afastado da consideração tradicional da causalidade, abre as portas ao recurso a presunções judiciais ou prova de primeira aparência para se provar o requisito em questão. No fundo, apesar de não se assumir verdadeiramente o sentido da imputação de que se cura, constata-se uma certa evolução no sentido de se alcançarem soluções que se querem, a um tempo, materialmente justas e normativamente adequadas.

VI. Muito mais haveria a dizer sobre a responsabilidade médica. Mesmo restringindo a nossa análise aos casos em que os danos foram provocados pelo exercício do ato médico no quadro do SNS, muitos outros problemas poderiam ser abordados e um outro aprofundamento seria requerido se quiséssemos ser completos. No entanto, não foi esse o nosso propósito. Pretendemos, apenas, dar conta do tratamento de alguns problemas ao nível dos tribunais administrativos. E, por isso, tripartimos a nossa análise, olhando para a questão do regime jurídico aplicável, para a questão da culpa, e mais concretamente da possibilidade de aplicação da presunção contida no artigo 493.º / 2 cc, e para a questão da causalidade. Trata-se, no fundo, de uma tentativa de sensibilização para a necessidade de alterar algumas soluções cristalizadas ao nível jurisprudencial, sobretudo quando a doutrina nacional e estrangeira nos oferece outros caminhos de ponderação judicativa para esses problemas.

47

³¹ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 975 s. Sobre o modelo imputacional que vem superar a causalidade adequada e se dá aqui por pressuposto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Principia, 2017.

CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL, NOS TRIBUNAIS COMUNS, EM PORTUGAL

Luís Filipe Pires de Sousa

Juiz de Direito

Palavras-chave: valoração prova pericial; ónus prova; responsabilidade médica; presunção de culpa

Keywords: expert evidence; burden of proof; medical liability; presumption of fault

Resumo: Na primeira parte deste artigo, são analisados os parâmetros objetivos de valoração da prova pericial e a atuação do juiz tendo em vista apurar se a prova pericial produzida observa as necessárias condições de cientificidade. Na segunda parte, analisa-se o ónus da prova na responsabilidade civil médica, fazendo-se um breve levantamento do estado da arte na doutrina e na jurisprudência, com especial enfoque no requisito da ilicitude e âmbito operativo da presunção de culpa.

Abstract: In the first part of this article, the Author analyses the objective parameters of assessment of the expert evidence and the judge's action. In the second part, the burden of proof in medical civil liability is analysed, considering the literature and case law, with special focus the issues of presumption of fault.

“La médecine ce n’est pas une activité
comme une autre:
c’est l’art de l’incertain par excellence.”

Catherine PALEY-VINCENT, *Responsabilité du Médecin*
– *Mode d’Emploi*, Masson Ed., 2002, 141.

“A arte do processo é, na realidade,
a arte da prova”

Jeremy BENTHAM, *Antologia*,
Barcelona, 1991, 35.

1. Prova pericial

No âmbito da atividade instrutória de processos emergentes de responsabilidade civil médica assume acrescida relevância a produção da prova pericial. A prova da responsabilidade médica exige conhecimentos técnicos que poderão ser proporcionados, preferencialmente, pela prova pericial. Refere-se a este propósito que o desempenho do médico perito corresponde aos “óculos do juiz”.⁽¹⁾

A par do perito, é comum que neste tipo de processos seja inquirida a denominada testemunha-perito⁽²⁾, v.g. médico que acompanhou o doente numa determinada fase do historial clínico, vindo depor para precisar o conhecimento que adquiriu do caso, sob o prisma da sua formação científica e profissional. Os parâmetros para avaliação deste tipo de testemunhas coincidem, no essencial, com os de avaliação da prova pericial.

No nosso entender, os tribunais portugueses nem sempre adotam os parâmetros mais adequados e exaustivos na valoração da prova pericial, razão pela qual começaremos por uma excursão sobre esta ma-

¹ João Álvaro DIAS, “Breves considerações em torno da responsabilidade civil médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2/3 (Novembro 1993) 54.

² Sobre esta figura nas ações de responsabilidade civil médica, cf. Nuno Gundar da CRUZ, “A Figura da Testemunha-Perito no Contexto das Ações de Responsabilidade Civil Médica: Realidade ou Ficção”, *Lex Medicinæ*, 9/18 (2012) 183-196.

téria. Na sequência da citação de Bentham, diremos que a prova – com mais acuidade ainda neste tipo de processos – é o coração que bombeia o sangue para todo o processo, assentando o (in)êxito da pretensão nessa matéria-prima, difícil e fugidia, que é a prova.

Ao perito incumbe a tarefa de informar o mais completamente sobre os factos, de explicar bem a patologia implicada e a estratégia médica normalmente aplicada nesses casos, bem como pôr em evidência os pontos que permaneçam obscuros ou que são objeto de controvérsia científica.

Atento o circunstancialismo que normalmente rodeia estes processos, estando em causa a valoração da atuação profissional de colegas de profissão (a “*conspiração do silêncio*” dos profissionais médicos), a realização deste tipo de laudo pericial constitui um dos atos mais exigentes a praticar pelo perito, onde terão de ressaltar as suas qualidades pessoais e profissionais. Espera-se do laudo objetividade e profundidade técnica, tanto mais que o mesmo será dissecado pelas partes e Tribunal, sabido que é que os casos de responsabilidade médica são, em geral, resolvidos com base em prova pericial.

A apreciação da prova pericial abrange: (i) a profissionalidade do perito; (ii) a análise dos requisitos internos do laudo pericial e (iii) a observância, na elaboração do mesmo, de parâmetros científicos de qualidade bem como o uso de resultados estatísticos.

No que tange à profissionalidade do perito, é curial começar por impor ao perito que apresente o seu *curriculum* na parte em que este possa evidenciar especial qualificação para a realização da perícia. Os conhecimentos, habilidades e experiência profissional do perito constituem fatores diferenciadores do mesmo. Releva, sobretudo, saber se já efetuou anteriormente perícias do mesmo teor. Relevará mais a trajetória científica do perito do

que propriamente o cargo que ocupe.

Cabe ao juiz, em segunda linha, verificar se o laudo é inteligível e não apresenta contradições, ou seja, verificar se o mesmo é coerente. O perito deve ter presente que elabora o laudo para não especialistas pelo que deve fazer um esforço suplementar de expor as suas conclusões de forma clara, precisa e congruente, sem deixar pontas soltas.

Quanto à observância de parâmetros científicos, acompanhando de perto Nieva Fenoll³, o juiz deve analisar se o laudo cumpre os seguintes requisitos:

1. *As técnicas e teorias científicas utilizadas para obter dados e conclusões foram já utilizadas previamente, são relevantes e estão geralmente aceites pela comunidade científica internacional.* A indagação sobre a observância deste requisito pode alcançar-se mediante:

³ *La Valoración de la Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, 294-298.

A proposta de Nieva Fenoll é tributária e entronca, em grande parte, na jurisprudência gerada nos Estados Unidos a partir do caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, de 1993. Nesse processo discutia-se se um fármaco denominado Bendectin poderia ter provocado lesões num recém-nascido. O juiz Blackmun ditou um tratado sintético de epistemologia com o propósito de elencar os critérios a que o juiz deve ater-se para admitir ou excluir os meios de prova científicos apresentados pelas partes. São quatro os critérios propostos:

- a) a controlabilidade ou falsificabilidade da teoria científica ou da técnica em que se fundamenta a prova;
- b) a percentagem de erro conhecido ou potencial, assim como o cumprimento dos *standards* correspondentes à técnica empregue;
- c) a publicação da teoria ou técnica em questão em revistas submetidas ao controlo de outros peritos;
- d) a existência de um consenso geral da comunidade científica interessada.

A preocupação subjacente a estes critérios é a de deixar fora do âmbito probatório conhecimentos que se apresentam como científicos mas que não correspondem efetivamente a paradigmas partilhados de validade científica – cfr. Michele TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, 2008, 283-284.

Na expressão de CHAMPOD / VUILLE, *Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equilaty of Arms*, European Committee on Crime Problems, 2010, 26, *apud* GASCÓN ABELLÁN, “Prueba Científica. Un Mapa de Retos”, in CARMEN VÁSQUEZ, ed., *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 193, a sentença Daubert “insiste de maneira implícita sobre o ceticismo que o juiz deve manter em relação ao perito, o qual deixa de ser considerado como o membro de uma elite com autoridade e passa a ser um agente social comparável

A menção das publicações científicas ou manuais onde estão expostas essas técnicas e teorias que foram utilizadas; Subsidiariamente, deverá ser explicitada a técnica utilizada e se a mesma é de uso comum na prática científica ou profissional;

A descrição pelo perito do procedimento de análise que realizou bem como os instrumentos de que se socorreu na sua tarefa. Ou seja, é necessário explicar o *iter* técnico que o conduziu às suas conclusões. Só assim se pode confrontar a metodologia do perito com a dos demais. Acresce que a não explicitação da metodologia faz com

a qualquer outro, eventualmente submetido a pressões de ordem política e económica que podem alterar o seu relatório.”

As *Federal Rules of Evidence* na Rule 702, sob a epígrafe “Testimony by Expert Witnesses”, acolhendo em grande parte a doutrina Daubert, dispõem que:

“A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) The expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(b) The testimony is based on sufficient facts or data;

(c) The testimony is the product of reliable principles and methods; and

(d) The expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.”

Michele TARUFFO, “La Aplicación de Estándares Científicos a las Ciencias Sociales Forenses”, in Carmen VÁSQUEZ, ed., *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 208-209, enfatiza que os critérios adotados no caso Daubert foram confeccionados para as ciências duras ou da explicação (v.g., física, química, engenharia), não se estando a pensar propriamente nas ciências sociais ou da compreensão (v.g., psicologia, sociologia). Nas palavras de TARUFFO, “(...) há uma clara diferença entre os paradigmas de ambos os grupos de ciências: as ciências humanas, em particular, não usam o paradigma nomológico hegeliano, que é próprio das ciências naturais. Dado que os *standards* Daubert, como qualquer outro *standard* aplicável às ciências duras, não podem ser aplicados a ciências com paradigmas fundamentalmente diferentes, estamos perante o problema de estabelecer que *standards* de validade científica, se é que há algum, podem ser aplicados às ciências sociais. / Um importante problema adicional é que essas ciências não formam um conjunto homogêneo: cada uma delas tem o seu próprio paradigma (ou paradigmas). Dentro de semelhante variedade, alguns critérios de validade científica devem definir-se simplesmente tomando em consideração as características específicas de cada ciência.”

Entre a escassa jurisprudência nacional que refere a doutrina Daubert, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21.10.2010, *Gomes de Sousa*, 281/04.

que os resultados fiquem a pairar no vazio, sucumbido arrimo ao juiz para apreciar criticamente o laudo.

2. *As técnicas utilizadas foram aplicadas segundo os padrões e normas de qualidade vigentes.* Apela-se aqui às normas internas de cada profissão em que se incluem normas deontológicas e manuais de boas práticas.

3. *O laudo contém informação sobre o nível de erro e sobre a gradação de variabilidade e incerteza dos dados obtidos através da técnica ou teoria científica utilizadas.* O que se visa aqui é que o laudo contenha informação estatística contrastável sobre o acerto dos seus resultados. Esse contraste pode ser alcançado pelo recurso a publicações científicas sobre a matéria. Em matérias de índole mais científica como é o caso da medicina, pode mesmo chegar-se à conclusão que inexistente investigação alargada sobre o assunto, eventualidade em que a prova pericial não terá a mesma força.

4. *O laudo deve sustentar-se em suficientes factos e dados*, não devendo o perito bastar-se com meras amostras ou elementos colhidos de forma incompleta ou precipitada.

Este conjunto de critérios objetivos permite ao juiz, na ausência de conhecimentos científicos equiparáveis ao do perito, formular um juízo sobre o mérito intrínseco e grau de convencimento a atribuir ao laudo pericial.

No caso da coexistência de relatórios periciais contraditórios, o juiz deve recorrer aos critérios ora enunciados para graduar o valor dos laudos e escolher o que será mais convincente. Com efeito, o juiz não poderá formular essa gradação com base em conhecimentos científicos. Deverá proceder à análise de cada um dos laudos de acordo com os critérios objetivos enunciados de modo a que o laudo prevalecente será o que obtiver melhor resultado nessa análise individual, feita critério a critério. Se essa análise não conduzir a resultados claros no sentido da prevalência de um laudo sobre os demais, resta ao juiz aplicar as regras de decisão decorrentes do ónus da prova (no processo civil) ou da presunção da inocência (no processo penal).

Sintetizando o que fica dito com recurso a ideias-chave mais sucintas diremos que, no que tangue aos critérios de valoração da prova perícia quer no caso de perícia uniforme quer no caso de perícias contraditórias, os fatores que deverão ser tidos em conta para apreciar a força de convicção dos laudos e a escolha por um em detrimento de outros serão nomeadamente os seguintes:

- a qualificação do perito e a maior especialização e prática na matéria objeto da perícia;
 - o método de proceder utilizado mediante a descrição das operações levadas a cabo pelo perito pois na perícia tão importante como a conclusão é o que caminho que se seguiu para chegar a esta;
 - o contacto direto e a imediação temporal no exame que constitui a fonte de prova;
 - a disponibilidade de meios técnicos e equipamentos de análise, assim como o procedimento utilizado pelo perito; ou a justificação de o perito ter optado por um dos procedimentos possíveis em detrimento de outros;
 - a coerência, motivação e racionalidade das conclusões.
- A prova pericial mais apropriada é aquela que se apresenta melhor fundamentada e veicula maiores razões de ciência e objetividade⁽⁴⁾.

É comum, na nossa jurisprudência, o apelo ao critério da imparcialidade do perito do tribunal de molde que, em caso de divergência, o Tribunal deve dar preferência àquele pela sua presumida isenção por contraposição à intervenção mais parcial do perito da parte. Todavia, face ao que já ficou exposto, cremos que este critério deverá ser relativizado, não podendo partir-se do pressuposto que o perito da parte é menos profissional ou mais parcial. O laudo do perito da parte pode ser imparcial na medida em que assista razão à parte. Os critérios decisivos

são os enunciados e não qualquer apriorismo sobre as relações dos peritos com as partes. Mais do que a imparcialidade do perito releva a qualidade da perícia porquanto um perito, mesmo imparcial, pode cometer erros, ter convicções erradas, usar técnicas inadequadas, etc.⁽⁵⁾

O juiz não é um recetor passivo da opinião do perito, assistindo-lhe o poder/dever de valorar autonomamente tal prova. Neste âmbito, é conhecido o brocardo *iudex peritus peritorum* cujo sentido específico merece densificação. A análise crítica que o juiz faz do laudo servirá para adquirir um convencimento sobre o seu resultado, assumindo ou não as conclusões do laudo, das quais extrairá as máximas da experiência necessárias para a apreciação dos factos relevantes. O juiz valora as *máximas de experiência especializadas* trazidas pelo perito aplicando *máximas de experiência comuns* para o que não são necessários conhecimentos especializados, mas apenas capacidade crítica de entendimento e apreciação.

O juiz aprecia o rigor do método, a veracidade das suas premissas e a consistência das suas conclusões. O que se exige é que o juiz seja capaz de valorar se está perante uma forma de conhecimento dotada de dignidade e validade científica, e se os métodos de investigação e controlo típicos dessa ciência foram corretamente aplicados no caso concreto. Em suma, trata-se de confirmar se existem condições de cientificidade da prova.⁽⁶⁾

Na fixação do nexo de causalidade, quer o perito quer o juiz, poderão incorrer num viés cognitivo designado por viés retrospectivo. O viés retrospectivo (“hindsight bias”, também designado por “I-knew-it-all-along effect”) ocorre quando, ao

⁴ Maria MARTÍNEZ URREA, “La valoración de dictámenes periciales contraditórios”, in *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2008, 109.

⁵ Cfr. Carmen VÁZQUEZ, “A Modo de Presentación”, in IDEM, ed., *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, 17.

⁶ Michele TARUFFO, *La Prueba*, 293-295.

valorar determinados factos passados, o sujeito não se abstrai das consequências dos mesmos de forma que incorre numa tendência para considerar – a partir das consequências da ação – que tais consequências eram previsíveis desde o início. Ou seja, a partir do momento em que o julgador/perito tem conhecimento do resultado, ocorre uma mudança da perspetiva do sujeito de forma que o resultado lhe surge como inevitável. “O sujeito projeta automaticamente o seu novo conhecimento sobre o passado, não estando consciente, nem sendo capaz, de reconhecer a influência que este processo teve no seu juízo sobre o acontecido.”⁽⁷⁾

Tendo em vista a minimização do viés retrospectivo, o sujeito deve ser obrigado a questionar a inevitabilidade do resultado conhecido, ou seja, deve tentar-se convencer o julgador que o resultado poderia ser distinto. Outra medida de minimização do viés retrospectivo reside na, atenta e correta, utilização dos critérios de imputação. Com efeito, como se observa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.1.2002⁽⁸⁾

“(…) para que um facto deva considerar-se causa adequada daqueles danos sofridos por outrem, é preciso que tais danos constituam uma consequência normal, típica, provável dele, exigindo-se assim que o julgador se coloque na situação concreta do agente para emissão da sua decisão, *levando em conta as circunstâncias que o agente conhecia e aquelas circunstâncias que uma pessoa normal, colocada nessa situação, conheceria*” (itálico nosso).

Ou seja, a valoração deve ser feita *ex ante* e não *ex post facto* tendo em consideração o resultado efetivamente ocorrido.⁽⁹⁾

⁷ MUÑOZ ARANGUREN, “La Influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano. Una Aproximación”, in <www.indret.com>, Abril de 2011, 6.

⁸ Sendo relator *Silva Paixão*, CJ 2002-I, 36-38.

⁹ Maria Paula Ribeiro de FARIA, “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, *Lex Medicinæ*, 7/14 (2010) 20, refere que: “Uma das maiores dificuldades que se prende com a violação do dever de cuidado reside

2. O ónus da prova na responsabilidade civil médica

A nossa jurisprudência vem acolhendo, no que tange à atividade do médico, a cisão entre as obrigações de meios e resultado⁽¹⁰⁾, vincando que não vigora entre nós a *teoria do risco profissional* pelo que, não se demonstrando a culpa, inexistente responsabilidade civil médica.⁽¹¹⁾

Dentro desta corrente, a posição que se nos afigura mais equilibrada é a de que a “execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objetivo do ato médico para não o catalogar aprioristicamente naquela dicotómica perspetiva.”⁽¹²⁾ Deste modo, há que atentar, caso a caso, na natureza e objetivo do ato médico (prestação solicitada) para saber se estamos perante uma obrigação de meios ou de resultado.⁽¹³⁾ De forma ainda mais concretizada, já foi decidido que - no âmbito das especialidades clínicas - pode ocorrer que o médico ou clínica médica se obrigue em termos de garantir um resultado concreto, mesmo que a assunção de tal obrigação contrarie a sua deontologia profissional atenta a provável impossibilidade

no facto dessa avaliação obrigar a ajuizar de um processo hipotético num momento em que já se sabe como esse processo se desenlaceou. É lógico e consabido que o julgador se deve colocar num momento *ex ante* indagando a partir daí da previsibilidade e evitabilidade objetivas do resultado (...).⁽¹⁴⁾

¹⁰ Cf., a título meramente exemplificativo, os Acórdãos do STJ de 13.9.2011, *João Camilo*, 10527/07, de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06, de 21.3.2013, *Ana Paula Boularot*, 2488/03, de 11.6.2013, *Salreta Pereira*, 544/10.

¹¹ Cf. Acórdão do STJ de 24.5.2011, *Hélder Roque*, 1347/04.

¹² Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, *Fonseca Ramos*, 183/08, de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06.

¹³ Cf. Acórdão do STJ de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06.

médica de cumprir aquela obrigação.⁽¹⁴⁾

O STJ adota a cisão entre obrigação de meios e de resultado para efeitos da análise do ónus da prova que incumbe ao autor e da ilisão da presunção de culpa por parte do médico. Na jurisprudência do STJ, a enunciação destas questões é tratada de forma confluyente no que tange à responsabilidade do médico e do advogado.⁽¹⁵⁾ Sempre que se tra-

¹⁴ Acórdão do STJ de 13.9.2011, *João Camilo*, 10527/07.8TBMAL. P1.S1.

¹⁵ Cf. Acórdãos do STJ de 28.9.2010, *Moreira Alves*, 171/2002.S1, de 5.2.2013, *Hélder Roque*, 488/09, de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06.

No que tange à articulação entre os requisitos próprios da obrigação de meios e a presunção de culpa do devedor, é particularmente elucidativo o seguinte excerto do Acórdão do STJ de 28.9.2010, *Moreira Alves*, 171/2002.S1, proferido num caso de responsabilidade contratual de advogado, mas cujas considerações são extensíveis à responsabilidade médica:

«O ónus da prova da culpa, pertence, pois, no domínio da responsabilidade contratual, ao devedor.

Porém, como ensina A. Varela (Direito das Obrig. em Geral – II – 4.^a ed.-97). “Nas obrigações chamadas de meios não bastará... a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação, para considerar provado o não cumprimento. Não basta alegar a morte do doente ou a perda da ação para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa.

É necessário provar que o médico ou advogado não realizaram os atos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente, de acordo com as normas deontológicas aplicáveis ao exercício da profissão”.

Também a este respeito escreve Carneiro da Frada (Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso – 81) “nas obrigações de meios..., dada a ausência de um resultado devido, não é suficiente que o credor demonstre a falta de verificação desse resultado. Ele tem sempre de individualizar uma concreta falta de cumprimento (ilícita). Dada a índole da obrigação, carece de demonstrar que os meios não foram empregues pelo devedor ou que a diligência prometida com vista a um resultado não foi observada”.

Ora, tal doutrina aceite pela generalidade dos autores, não significa que a presunção de culpa do Art.º 799 n.º1 do C.C. não tenha qualquer aplicação no âmbito das obrigações de meios (...).

Significa apenas, como diz Carneiro da Frada (in obra citada), que em tal tipo de obrigações terá o credor de identificar e fazer provar a exigibilidade dos meios ou da diligência (objetivamente) devida. “A presunção de culpa tende, portanto, a confinar-se à mera censurabilidade pessoal do devedor” isto é, a presunção reduzir-se-á à culpa em sentido estrito.

Portanto, provado pelo credor que o meio exigível *ex contractu* ou *ex negotii* não foi empregue pelo devedor ou que a diligência exigível de acordo com as regras da arte, foi omitida, competirá ao devedor provar

te de uma obrigação de meios, incumbe ao doente o ónus da prova da falta de diligência do médico. Na explicitação clara do Acórdão do STJ de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06,

«(...) tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os atos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.

“A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (art.º 799.º, n.º 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e as leges artis, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano”.

Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu corretamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter atuado de modo diferente».

Por sua vez, André Dias Pereira sustenta que a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar objetivamente que não lhe foram prestados

que não foi por sua culpa que não utilizou o meio devido, ou omitiu a diligência exigível.

Neste sentido, mais restrito, é aplicável às obrigações de meios a presunção de culpa do Art.º 799 n.º1 do C.C.»

Em sentido equivalente, cf. o Acórdão do STJ de 5.2.2013, *Alves Velho*, 2035/05.

os melhores cuidados possíveis.⁽¹⁶⁾ O ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente (Artigo 799.º, n.º 1 do CC).

Certo é que, nas obrigações de meios, o devedor (médico) está em melhores condições para provar que não atuou culposamente do que o credor (paciente) para provar o contrário. Nesta medida, deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova⁽¹⁷⁾.

Conforme refere Álvaro Gomes Rodrigues,

“O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.

Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.

Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.”⁽¹⁸⁾

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2002⁽¹⁹⁾ enfatizou-se que não se vê qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no Artigo 799.º, n.º 1, o que se reputou de equitativo porquanto a faci-

lidade da prova está do lado do médico.

Esta linha jurisprudencial foi reiterada em diversos arestos⁽²⁰⁾ invocando-se, no essencial, que não se justifica afastar a regra do Artigo 799.º, n.º 1 face:

- à especial dignidade dos interesses afetados pelo (in)cumprimento;
- ao desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico e o doente;
- à particular dificuldade da tutela dos interesses do doente, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados enquanto parte contratual mais fraca.

Caberá ao autor alegar e provar a desconformidade objetiva entre os atos praticados/omitidos e as *leges artis* (o incumprimento ou cumprimento defeituoso), bem como o nexo de causalidade entre tais atos e o dano.⁽²¹⁾ O ponto de partida essencial para qualquer ação de responsabilidade médica é a desconformidade da concreta atuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias

²⁰ Acórdãos do STJ de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, 03P912, de 15.10.2009, *Rodrigues dos Santos*, 1800/08, no Acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, *Gonçalo Silvano*, 0633598, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007, *Rosa Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81 (diagnóstico errado em análise por médico anatomopatologista), no Acórdão da Relação de Évora de 15.12.2009, *Jaime Pestana*, CJ 2009- V, pp. 234-236, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9.3.2010, *Rosário Morgado*, acessível em <www.colectaneadejurisprudencia.pt> .

²¹ Na expressão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, 912/03, o doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro ato médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte. Por sua vez, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1.7.2010, *Serra Baptista*, 398/1999, clarifica-se que a prova do nexo causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar e medida da mesma, cabe ao credor da obrigação, independentemente da sua fonte.

¹⁶ *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, 425-426.

¹⁷ Ricardo Lucas RIBEIRO, *Op. cit.*, 103.

¹⁸ “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Revista Direito e Justiça*, (14 (2000) 209.

¹⁹ Sendo relator *Afonso de Melo*, 02A4057.

semelhantes na altura ⁽²²⁾.

As *leges artis* correspondem a “métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a *standards* contextualizados de atuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica como os mais adequados e eficazes”. ⁽²³⁾

No que tange à definição do conteúdo material das *leges artis*, realce-se o contributo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (vigente em Portugal desde 1.12.2001 ⁽²⁴⁾) que veio dispor, no seu Artigo 4.º, que “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”. Daqui decorre o reforço do valor jurídico dos “Protocolos”, “Guidelines” e das “Reuniões de consenso”, os quais consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem diretamente para a definição das *regras de conduta* a que se deverá subordinar a sua atividade. Deste modo, tais documentos colhem uma aplicação indireta. A respetiva violação faz presumir uma violação das *leges artis* ⁽²⁵⁾.

Feita a prova da violação das *leges artis*, opera a presunção de culpa. O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso e não o cumprimento

defeituoso em si mesmo. ⁽²⁶⁾

A culpa ⁽²⁷⁾ deve ser entendida não só como deficiência da vontade, como falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também como deficiência da conduta, abrangendo-se aqui a falta de senso, de perícia, de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade). ⁽²⁸⁾ Cura-se de saber se “seria exigível ao médico ter atuado de outra forma naquele circunstancialismo, tendo em consideração os dados existentes e as informações conhecidas à data em que o agente atuou”. ⁽²⁹⁾

Na área do exercício da medicina, o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis

²² Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.9.2007, *Alves Velho*, 2334/07, de 16.6.2009, *João Camilo*, 287/09, de 13.9.2011, *João Camilo*, 10527/07, de 11.6.2013, *Sabreta Pereira*, 544/10.

²⁷ Segundo Manuel Rosário NUNES, *Da responsabilidade civil por atos médicos – Alguns Aspectos*, Universidade Lusíada, 2001, 35, “Autores como Planiol, De Martini, Convicini, Pennequ, González Morán ou Ataz López confluem na definição da culpa médica como a infração por parte do médico ou do cirurgião, de algum dever próprio da sua profissão e, mais concretamente, do dever de atuar com a diligência objetivamente exigida pela natureza do ato do médico que se executa, segundo as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar.”

²⁸ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.7.2001, *Ferreira de Almeida*, 1987/01, atua com *negligência* o médico que não exerce todo o seu zelo nem ponha em prática toda a sua capacidade técnica e científica na execução das suas tarefas para proporcionar cura ao doente, sendo que traduz *imperícia* do médico a utilização da técnica incorreta dentro dos padrões científicos atuais (no mesmo sentido quanto à noção de imperícia, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, *Ferreira de Almeida*, 1364/05). No Acórdão de 18.5.2006 do mesmo Tribunal, sendo relator *Ferreira de Sousa*, 1279/06, foi enfatizado que “A deficiência da atuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta atuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um operador medianamente competente e prudente.”

²⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2013, 80.

²² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.9.2007, *Alves Velho*, CJ 2007 – III, pp.54-57.

²³ Acórdão do STA de 13.3.2012, *Políbio Henriques*, 0477/11.

²⁴ Acessível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>.

²⁵ André Gonçalves Dias PEREIRA, “Responsabilidade civil dos médicos : danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, *Lex Medicinæ*, 4/7 (Jan. - Jun. 2007) 59.

e competentes do seu tempo.⁽³⁰⁾ O que pressupõe que o médico se mantenha razoavelmente atualizado sobre a evolução dos conhecimentos médicos⁽³¹⁾ bem como que esteja obrigado a pedir opinião a outro profissional quando não se sinta suficientemente preparado.⁽³²⁾ Ou seja, exige-se ao médico que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional da mesma especialidade, agindo em circunstâncias semelhantes. Desta forma e no âmbito da responsabilidade profissional, o critério do bom pai de família é substituído pelo *critério do bom profissional da categoria e especialidade do devedor à data da prática do facto*. Conforme refere Paula Leite de Faria, o modelo que define o dever de cuidado corresponde “à atuação que teria adotado o bom profissional médico da especialidade do agente face ao caso concreto (incluindo assim a consideração da sua categoria e das concretas circunstâncias em que atua) o que implica a necessidade de construir de todas as vezes, em todos os julgamentos a fazer acerca da violação do dever de cuidado, um novo parâmetro, um novo modelo de conduta”, correspondente a uma valoração jurídica e social que só pode pertencer ao juiz.⁽³³⁾

Ou seja, «(...) não se pode ter como padrão de aferição um só tipo profissional ideal, mas vários consoante a classe ou grupo do médico concreta-

mente visado. Natural que a um especialista se exija mais no domínio da sua especialidade do que a um médico generalista, mas isso não implica (...) que a sua obrigação seja de resultado. Tal depende da especificidade e finalidade da sua intervenção.»⁽³⁴⁾

O nível de diligência exigível não será o mesmo para um especialista⁽³⁵⁾ ou para um médico de clínica geral, para a realização de diagnóstico por um médico a exercer numa zona rural ou por um médico a exercer num hospital em que se disponha de meios e técnicas necessárias para emitir um diagnóstico mais preciso.

O médico não deverá ser responsabilizado por riscos atípicos nem tampouco quando na sua atuação optou por utilizar um dos procedimentos ou das técnicas validamente alternativas em termos científicos.

A operacionalidade da presunção de culpa impõe ao Réu – caso queira eximir-se da sua responsabilidade – que prove que a desconformidade (com os meios que deveriam ter sido utilizados) não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.⁽³⁶⁾ Ou seja, cabe ao médico provar a conformidade entre a sua conduta efetivamente observada e a atuação que

³⁴ Acórdão do STJ de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06.

³⁰ Segundo Maria Paula Ribeiro de Faria, “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, *Lex Medicinæ*, 7/14 (2010) 18, “O padrão que define a violação jurídica do dever de cuidado corresponde a um critério de razoabilidade objetiva, ao que socialmente se espera de uma pessoa medianamente razoável face a uma situação em que é objetivamente previsível que um dado correr dos acontecimentos conduza a um certo resultado.”

³¹ Segundo o Artigo 9.º do atual Código Deontológico, “O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

³² Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, 94.

³³ “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, 19.

³⁵ O Acórdão do STJ de 7.10.2010, *Ferreira de Almeida*, 1364/05, adotou uma posição particularmente exigente quanto aos deveres que recaem sobre o médico especialista: «Já se tratar de médico especialista (v.g. um médico obstetra), sobre o qual recai um específico dever de emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta». Cremos que a atuação do médico especialista não pode ser colimada desta forma imediata a uma obrigação de resultado.

³⁶ Na expressão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, 912/03, no âmbito da responsabilidade contratual, cabe ao médico provar que não houve erro técnico profissional, com recurso às leis da arte e meios da ciência médica, prevalentes em certa época e local e de que razoavelmente dispunha.

lhe era exigível. Na expressão precisa de Vera Lúcia Raposo, o médico tem que “demonstrar que atuou de forma diligente, exatamente como atuaria um qualquer outro médico naquela mesma situação, porque é sobre a diligência da sua conduta (ou a falta dela) que recai a presunção”, não bastando ao médico sugerir várias hipóteses por força das quais o dano possa ter ocorrido, nem sendo-lhe exigível que demonstre qual a real causa do dano.⁽³⁷⁾

Poderá também o médico provar que o dano se deve a caso fortuito ou de força maior, assentando o primeiro na ideia de imprevisibilidade (podendo prevenir-se o dano se tivesse sido previsto) e o segundo na ideia de inevitabilidade (acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências)⁽³⁸⁾.

Atentas as complicações que podem produzir-se no corpo humano, a possibilidade de ocorrência de situações reconduzíveis a caso fortuito é maior em medicina do que em outras atividades humanas. Em Espanha, o Supremo Tribunal já decidiu, por exemplo, que o risco de complicações urinárias causadas por uma ligadura no uréter era previsível e evitável, segundo os conhecimentos comuns de urologia⁽³⁹⁾. O nosso STJ também já salientou que a atividade médica envolve, por natureza e por pequena que seja, uma álea. Na expressão do mesmo, “A medicina progrediu imenso, mas a variedade das doenças, a sua evolução, a particularidade, genética ou não, de cada doente e outros fatores, determinam que se lide

sempre em termos de probabilidade de ser alcançado o fim pretendido; nuns casos com mais probabilidade, noutros com menos, mas sempre probabilidade.” Dito de outra forma, é necessário assegurar a margem de risco tolerado ao ato médico.⁽⁴⁰⁾ Há que admitir o erro escusável, aquele que recai no âmbito da denominada falibilidade médica, ou seja, que decorre da imperfeição dos conhecimentos científicos para a mediana cultura médica.⁽⁴¹⁾

Contudo, não constitui causa de exculpação a demonstração singela de que, na sequência de um determinado tipo de cirurgia, ocorre uma franja de casos (por ex., 5%) em que se produzem determinadas sequelas no paciente (percentagem racional de risco típico). A estatística em causa nada esclarece sobre a proporção que, dentro dessa percentagem de risco, deve ser imputável a uma deficiente aplicação da técnica cirúrgica⁽⁴²⁾. Caberá sempre apurar a causa efetiva de tais sequelas.

³⁷ *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2013, 98. Na mesma obra e mais à frente, afirma a mesma autora que “Basta que o réu ofereça uma explicação excludente do dano simultaneamente congruente com a sua conduta diligente” (p. 142).

³⁸ Cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5.^a ed., 1991, 914.

³⁹ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5.^a ed., Comares, 2007, 154-155.

⁴⁰ Cf. Acórdão do STJ de 15.12.2011, *Gregório Silva Jesus*, 209/06.

⁴¹ Cf. Acórdão do STJ de 24.5.2011, *Hélder Roque*, 1347/04.

⁴² Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 158-159.

A DECISÃO MÉDICA NO ÂMBITO DOS CUIDADOS DE SAÚDE DE INCAPAZES ADULTOS

Geraldo Rocha Ribeiro ¹

Palavras-chave: *consentimento, consentimento informado, representante legal, procuração, gestão de negócios*

Keywords: *consent, informed consent, legal guardian, proxy, negotiorum gestio*

Resumo: *O problema da incapacidade para prestar consentimento coloca sérias dificuldades à justificação da intervenção médica. A ausência de um paciente competente para se autodeterminar representa, para o médico, o risco adicional de uma actuação ilícita susceptível de gerar a sua responsabilidade civil e criminal. Por isso, tenta-se, a partir de um caso prático, enquadrar e clarificar alguns dos instrumentos jurídicos que, na ordem jurídica portuguesa, são conducentes à justificação da prestação de cuidados de saúde em relação a um paciente incapaz de consentir.*

Abstract: *The problem of the incapacity to consent in an informed way raises serious difficulties in how to lawfully authorize a medical intervention. The absence of a competent patient to self-determine his interests represent, to the healthcare provider, an additional risk regarding his civil and criminal responsibility. Through a case study, the present article tries to set the framework and clarify some of the existing legal instruments in Portugal that might justify health care provision regarding patients unable to consent.*

I. Apresentação do problema

O presente trabalho tem como objecto o problema do consentimento de um paciente incapaz de

o prestar para a realização de cuidados de saúde⁽²⁾. Para isso vamos dar como assente que os elementos fundamentais do processo para obtenção do consentimento informado são: informação adequada e relevante (i), liberdade de decisão (ii), capacidade de facto para consentir (iii). No entanto, não nos iremos debruçar sobre o problema da incapacidade em sentido amplo, antes nos vamos centrar no risco de hetero-determinação do interesse do paciente quando o suprimento do consentimento ocorre por intervenção de um terceiro⁽³⁾.

Não iremos, portanto, abordar a manifestação directa de uma vontade decorrente da outorga de uma directiva antecipada, hoje regulada pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho. Até porque, na prática, as directivas antecipadas de vontade em sentido estrito, os denominados testamentos vitais, apresentam limitações, quer a nível temporal, quer quanto ao seu objecto.

No que diz respeito ao seu limite temporal, temos o prazo de caducidade legal de 5 anos das directivas e o risco das mesmas perderem a sua actualidade por via do desenvolvimento da ciência

¹ Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Associado do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² O presente artigo corresponde a uma versão alargada da intervenção do autor, no dia 16 de Janeiro de 2015, no Congresso «Responsabilidade Médica em Portugal». Manteve-se, de qualquer modo, o estilo oral da apresentação, não se encontrando o presente texto dotado amiúde de complementares notas de rodapé ou de circunstanciadas referências bibliográficas. presente trabalho:

³ Robert S. OLICK, *Taking advance directives seriously (prospective autonomy and decisions near the end of life)*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 2001.

médica, pela inércia do outorgante ou pela dificuldade em determinar o momento da incapacidade de facto para efeitos de interrupção do prazo de caducidade. O n.º 3 do artigo 7.º, da Lei n.º 25/2012, ainda que consagre como facto interruptivo do prazo de caducidade da directiva antecipada a incapacidade do outorgante, não deixa de levantar dificuldades quanto à determinação do momento da incapacidade e consequente verificação do facto interruptivo. Estando a incapacidade dependente de um juízo caso-a-caso e sendo esta de conhecimento oficioso (aplica-se, a nosso ver, o artigo 333.º, n.º 1 CC), o valor da certeza dilui-se por força da apreciação casuística da situação e com ela vem o risco de perda de eficácia da directiva ⁽⁴⁾. Em particular quando em determinadas patologias, como é o caso das demências, existem fases de crescente inércia e apatia que, enquanto sintomas da doença, não afectam a capacidade do paciente para consentir, mas prejudicam a iniciativa para renovar a eficácia da directiva antecipada de vontade. A directiva antecipada corre, nestas situações, o sério risco de frustrar a sua finalidade principal: servir de instrumento do direito à autodeterminação do paciente quando este se encontra incapaz de decidir.

Quanto às limitações decorrentes do objecto das directivas antecipadas de vontade, estas prendem-se com o risco de tais directivas terem um carácter abstracto ou ininteligível, tornando-se

difícil apurar a real vontade do outorgante ou validar a adequação do seu conteúdo em função de um concreto cuidado de saúde. Risco tanto maior quando não se encontra prevista a obrigação do outorgante obter previamente à outorga da directiva qualquer aconselhamento médico. Tal significa que pode não existir uma verdadeira informação que valide o consentimento prospectivo inscrito na directiva quando esta seja invocada, ou que torne o conteúdo da directiva antecipada indecifrável, abstracto ou inadequado, quando contraposto a um determinado cuidado de saúde. Isto significa que se restrinja a relevância e efeitos práticos das directivas unicamente a questões relacionadas com a descontinuação terapêutica ou a ela associadas, como alimentação artificial ou meios de suporte artificial de vida, ficando por determinar, por exemplo, os cuidados paliativos e os limites da intervenção médica no âmbito das doenças crónicas. Sendo que as directivas antecipadas devem, antes de mais, representar um manifestação de vontade prospectiva global sobre a autodeterminação de interesses jurídicos pessoais do seu outorgante, logo com um âmbito mais amplo do que questões de decisões em fim de vida.

Encontramos, portanto, um enorme espaço em branco sobre a determinação dos interesses do maior incapaz e da legitimação da actuação do profissional de saúde, in casu, o médico assistente. Demonstrativo disto mesmo, e da circunscrição material que um testamento vital pode ter, é o formulário modelo disponibilizado pela Direcção Geral de Saúde. Este limita-se a formalizar situações tipo apresentando-se as respostas como afirmações quase absolutas, sem contexto, nem motivações expressas ⁽⁵⁾. Tal significa que, mesmo

⁴ Transcrevendo o n.º 3 do artigo 7.º da lei: “O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.” Entendemos basta a incapacidade de facto do outorgante para manifestar uma vontade livre e esclarecida no sentido de confirmar, modificar ou revogar a directiva. Assim, entendemos que o facto interruptivo não está dependente do decretamento da interdição ou da inabilitação por anomalia psíquica. No entanto caso seja decretada a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica há a possibilidade de determinar a data do começo da incapacidade (n.º 1 do artigo 901.º Código de Processo Civil, cpc).

⁵ O formulário encontra-se disponível no sítio do Serviço Nacional de Saúde: <<https://servicos.min-saude.pt>>.

existindo uma directiva antecipada, pode continuar a ser necessário suprir a incapacidade do paciente — por exemplo, porque o cuidado de saúde em causa não se subsume ao conteúdo da directiva — ou é necessário recorrer a meios ou elementos auxiliares com vista à interpretação do documento. É por isso indiscutível que os meios de suprimento não se bastam com a mera consagração da directiva antecipada de vontade, assim como muito dos pacientes não terão outorgado tal directiva, pelo que a casuística se encontrará amiúde à margem da Lei n.º 25/2012 ⁽⁶⁾.

Daí que se deva destacar a figura, agora expressamente admitida no nosso ordenamento jurídico, do procurador de cuidados de saúde (consagrado no artigo 11.º e seguintes da Lei n.º 25/2012). Para o efeito, o entendimento dos institutos da capacidade jurídica e do consentimento, aplicadas em especial, ao domínio dos maiores incapazes, é fundamental. Temos que ter presente que, em matéria de maiores incapazes, os princípios jurídicos são fundamentais para enquadrar os direitos e tutela dos interesses destas pessoas, nomeadamente procedendo à harmonia material entre o sistema de protecção jurídica conferida pelos diferentes ramos do direito, nomeadamente os direitos constitucional, civil e penal. Entre os princípios relevantes temos a dignidade da pessoa humana, a autodeterminação, a proporcionalidade e o Estado Social. A estes acresce o princípio da igualdade enquanto instrumento agregador e garantístico de um sistema inclusivo da pessoa e respeitador da sua dignidade.

O princípio da igualdade ao pressupor o reconhecimento de igual dignidade a todas as pessoas,

determina, em especial para a pessoa maior, o reconhecimento e garantia do exercício da sua autodeterminação em igualdade de circunstâncias, bem como o reconhecimento jurídico de instrumentos que permitam a autodeterminação dos seus interesses e a sua participação nos processos de decisão que lhe digam respeito. A igualdade no âmbito da protecção jurídica dos maiores incapazes visa, assim, assegurar a igualdade jurídica (possível) entre aqueles que possuem plena capacidade e os que se encontram numa situação de falta ou limitação da sua capacidade de facto, ao impor ao ordenamento jurídico a regulamentação de instrumentos de cuidado que coloquem a pessoa apta a participar, na medida do possível, na vida em sociedade e, o que é fundamental, na autodeterminação da sua esfera de interesses, quer pessoais, quer patrimoniais.

A pessoa a proteger, e cuja incapacidade se pretende suprir, não pode ser transformada no objecto de decisão a tomar por um terceiro por recurso a critérios puramente objectivos e desfocados dos interesses subjectivos e/ou presumidos daquela. Deve ser reconhecida e garantida à pessoa a liberdade de escolha e definição dos seus interesses e do seu projecto de vida. Trata-se de um faculdade inscrita no direito que pessoa tem, na sua irreduzível dignidade humana, de autodeterminar os seus interesses, responsabilizando-se pelos seus actos, cujos objectivos e limites ela própria define (sem prejuízo da reserva de ordem pública, artigo 280.º, n.º 2 CC). Tal significa que a falta ou limitação da capacidade não justificam a sua exclusão no processo de prestação de consentimento, muito menos a sua substituição por um terceiro bem intencionado. Por vezes torna-se somente necessário a intervenção auxiliar de um terceiro na compreensão e processamento da informação obtida com vista à prestação do consentimento.

⁶ Segundo notícia do jornal Diário de Notícias de 25 de Maio de 2017 estarão registados no rentev mais de 12 mil testamentos vitais (www.dn.pt accedido em 6 de Julho de 2017).

II. Um caso: ponto de partida prático

João⁽⁷⁾, um porteiro de 37 anos, foi admitido no serviço de neurocirurgia dos chuc por ter sido encontrado no passeio, inconsciente e mergulhado numa poça de sangue. Segundo testemunhas ele tinha estado horas antes a exhibir um maço de notas de 100,00€ numa festa. Quando o João saiu da festa, foi perseguido por vários homens que o apanharam, espancaram e levaram todo o dinheiro que tinha consigo. Segundo informações de alguns amigos, o João tinha vendido recentemente o seu carro por 1.000,00€.

Da primeira avaliação da situação do João, foram identificadas diversas equimoses e uma contusão do couro cabeludo com hematoma dos tecidos moles epicranianos. Efectuado exame complementar de diagnóstico, por imagem através de tomografia computadorizada crânio-encefálica, verificou-se a existência de um hematoma epidural frontal no lado esquerdo (um coágulo de sangue a pressionar o lobo frontal esquerdo do cérebro) acompanhado de um pequeno desvio para a direita das estruturas da linha média cerebral.

Quando o João recuperou a consciência, não foram detectados sinais de défice neurológico focal (que localize anatomicamente a lesão), contudo, quando ele se tentou locomover, demonstrou sinais de ataxia motora (má coordenação motora e caminhada de uma forma instável).

A equipa de neurocirurgias do serviço concluíram que o estado do João era, de momento, estável, contudo se o hematoma não fosse removido, existia o sério risco de a condição do João se deteriorar rapidamente e com sérios riscos de lhe causar a sua morte. Perante este quadro, os médi-

cos conversaram com o João sobre a necessidade da cirurgia e riscos da mesma. Inicialmente o João consentiu a intervenção, tendo logo a seguir recusado a mesma. Foi então, por decisão dos neurocirurgiões, chamado um médico psiquiatra para avaliar a capacidade do João para consentir a cirurgia medicamente indicada.

Na nova entrevista com o médico psiquiatra, estando presente o neurocirurgião que o assistiu, o João demonstrou um comportamento estranhamente feliz e descontraído. Recordava-se de ter visto o neurocirurgião antes, contudo acreditava que este o tinha abordado para pedir dinheiro emprestado. Sabia que estava num hospital, mas ignorava como lá tinha chegado e qual era o seu problema médico. O neurocirurgião voltou a explicar ao João, de uma forma informal e simples, a sua condição clínica e a necessidade da cirurgia conjuntamente com o esclarecimento dos riscos desta. Para os médicos era notório que o paciente tinha dificuldades em discutir o problema por períodos superiores a 10 segundos. Quando questionado sobre toda a informação que lhe tinha sido dada, o João afirmou que tinha “os nervos a sair da sua cabeça” e que os médicos o queriam operar. Os médicos formaram a conclusão que o João não revelava aptidão para compreender que tinha um coágulo de sangue na sua cabeça, quais os riscos que a sua não remoção representava para a sua vida, nem o tipo de cirurgia que era necessário realizar.

Continuando a entrevista, os médicos verificaram que o João tinha consciência que algo lamentável lhe poderia acontecer se não fosse realizada a cirurgia, contudo não tinha consciência de quais seriam as reais consequências. Perante a informação prestada e a necessidade de decisão quanto ao cuidado de saúde a realizar, o João pediu mais tempo para reflectir, verbalizando que se tratava de uma “decisão difícil”. No entanto os médicos ficaram com a per-

⁷ O presente caso é ficcionado. Aproveito para agradecer a revisão científica do caso feita pelo Sr. Dr. Armando Lopes, neurocirurgião do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra.

cepção de que o pedido de mais tempo não era de uma pessoa consciente dos riscos e com dificuldade em decidir, antes de uma pessoa que se queria ver livre dos médicos que o incomodavam com assuntos que, para ele, não tinham grande importância. O psiquiatra concluiu que o João não se encontrava competente para consentir sobre o concreto procedimento médico-cirúrgico indicado.

Não se encontrando o João com capacidade para consentir o problema que se coloca é: como se pode suprir a falta de consentimento informado por incapacidade do paciente? A quem ou como podiam os médicos assistentes suprir a falta de consentimento do João? E quais as consequências dessa decisão, se por exemplo, a intervenção viesse a correr mal?

Em termos clínicos e de acordo com a ciência médica, no hematoma epidural, a apresentação clínica típica, mas nem sempre presente, é a do paciente que perde a consciência no momento do traumatismo, recuperando-a depois transitoriamente (Intervalo Livre), decaindo depois neurologicamente, entrando em coma e morrendo caso não seja intervencionado. O quadro clínico do João era grave, uma vez que apresentava, caso não fosse objecto de cirurgia, sérios riscos para a sua vida.

Além do risco sério de graves consequências para a saúde e vida do João, acresce a própria concretização do que é capacidade e se ele tinha competências para a decisão em causa. Para a ciência médica, e nos termos aqui utilizados (uma vez que não há um entendimento unânime a este respeito), estar consciente pressupõe que o doente esteja orientado auto e alo psicologicamente no tempo e no espaço (apesar de esta definição não ser universalmente usada). Utilizando a Escala de Coma de Glasgow (EG) (escala que varia entre 3 e 15, considerando a resposta motora, a linguagem e a aber-

tura ocular do doente), um paciente consciente encontra-se em EG 15. No caso do João, perante o seu quadro clínico e evolução, ele estaria em EG 15, deteriorando para EG 14 (desorientação) ou mesmo EG 13 (discurso inapropriado).

Perante esta situação de facto, quais são as formas de suprimimento da incapacidade do João?

III. Capacidade para consentir: necessidade de suprimimento da incapacidade

Antes de falarmos dos meios de suprimimento da incapacidade, temos de deslindar em que momento é que se torna necessário recorrer a esses meios. Cabe, portanto, aferir quando é que a pessoa não se encontra apta para se autodeterminar em sede de responsabilidade própria. Por outras palavras, como determina que alguém se encontra incapaz de decidir autonomamente. Só será incapaz de consentir aquele que, no momento do processo de prestação do consentimento informado para determinado cuidado de saúde, seja incapaz de facto, ou seja, quando a pessoa não possua adequada capacidade para receber, processar e decidir em conformidade com a sua vontade.

A capacidade para prestar consentimento é determinada em função da aptidão para a tomada de decisão, mais do que a aferição da situação clínica ou capacidade funcional da pessoa. Ou seja, a competência da pessoa para decidir autonomamente depende da resposta às seguintes questões: (i) possui uma compreensão geral sobre a decisão a tomar e porque a tem que tomar? (ii) alcança representar as consequências da tomada da sua decisão? (iii) consegue processar, reter, sopesar e usar a informação necessária para a tomada de decisão? (iv) está em condições de comunicar a sua vontade ou é necessário apoio para tal (p. ex.º, terapeuta da fala, intérprete, pessoa próxima....)?

A avaliação da capacidade centra-se na determinação da aptidão para participar no processo de decisão e não da avaliação da decisão tomada. Deve ser deixado claro, em especial perante a liberdade de consciência que goza o paciente (artigo 40.º da Constituição e artigo 70.º, n.º 1 cc), que não se pode considerar como incapaz aquele que possa tomar, tome ou tenha tomado uma decisão absurda, disparatada ou não ortodoxa à luz de critérios objectivos. Apenas se pode determinar a incapacidade do paciente que, pela falta ou limitação das faculdades intelectuais e volitivas, não consiga decidir responsável e licitamente. Ou seja, que o paciente, em virtude da falta ou da limitação endógena das suas faculdades cognitivas, não se encontre apto a obter, compreender e processar a informação relevante e adequada com vista à tomada de uma decisão livre e em sede de responsabilidade própria ⁽⁸⁾.

Em regra, a incapacidade de facto só atinge o estatuto jurídico de um maior quando seja reconhecida judicialmente, por decretamento de uma interdição ou inabilitação e, em regra, circunscrita aos efeitos destas incapacidades jurídicas ⁽⁹⁾. Significa que a incapacidade de facto, no que tange à prestação de consentimento para cuidados de saúde, tem de ser aferida individualmente e circunscrita aos efeitos de acto concreto e respectivo processo de decisão. O paciente maior goza da presunção iuris tantum de plena capacidade de agir, em especial, quando não se encontre sujeito a medida de interdição ou de inabilitação. Assim resulta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da

igualdade e por argumento a contrario dos artigos 122.º e 123.º cc.

No entanto, a previsão legal dos meios de suprimento da incapacidade, como por exemplo as directivas antecipadas de vontade (quer seja por recurso ao testamento vital, quer à figura do procurador de cuidados de saúde) e o representante legal, traz consigo o problema de determinar a partir de que momento é que se torna necessário recorrer a estes instrumentos, ou seja, quando é que a pessoa se encontra numa situação de incapacidade para decidir autonomamente.

Atendendo à especificidade dos cuidados de saúde e à consagração do direito à autodeterminação do paciente, decorrente do seu direito à integridade física e moral, o consentimento informado torna-se requisito determinante para uma lícita e legítima actuação médica. Porém, para o exercício de tal autodeterminação, é necessário que a pessoa se encontre apta a prestar um consentimento livre, expresso e esclarecido, o que significa que terá de ser capaz de “fazer um juízo sobre o seu estado e consentir na execução de uma terapêutica” (Guilherme de Oliveira) ⁽¹⁰⁾. Tendo presente que, corresponsável à faculdade de consentir, se reconhece, igualmente, a faculdade de dissentir, mesmo quando a recusa da intervenção médica indicada ameaça a vida, integridade pessoal ou saúde do incapaz. Não pode, por isso, existir uma limitação no exercício da autodeterminação pessoal em função do sentido da decisão tomada pelo paciente.

Ora, encontrando-se o paciente numa situação de incapacidade, as directivas antecipadas de vontade, enquanto meios de suprimento, representam a manifestação de uma vontade prospectiva e por

⁸ Cf. Erwin DEUTSCH / Andreas SPICKHOFF, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Aufl., Heidelberg: Springer, 2008.

⁹ Em nosso entender esses efeitos, salvo expressa previsão legal, não precludem a capacidade para decidir sobre a esfera de interesses pessoais do incapaz. Ver o nosso *A Protecção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹⁰ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, e “O fim da arte silenciosa,” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

isso um meio subsidiário de realização da autonomia directa e actual do paciente. Por isso, somente perante a ausência de aptidão do paciente para se autodeterminar de facto é que se torna necessária, e por isso eficaz, o testamento vital ou o recurso ao procurador de cuidados de saúde. É em virtude da ausência desta aptidão que também se justifica e legitima a actuação do representante legal. Os pressupostos de eficácia de tais instrumentos são, então, os seguintes: o paciente (i) encontra-se em situação de incapacidade, que não seja transitória face ao cuidado de saúde em questão; (ii) há necessidade de realização, suspensão ou cessação de um determinado cuidado de saúde; (iii) que é relevante para os seus interesses; (iv) e sem que aquele tenha prestado prévio consentimento. Só mediante a verificação cumulativa destes requisitos é que aqueles instrumentos se tornam eficazes, por só então ficar demonstrada a sua necessidade.

Deste modo, a mera existência de uma incapacidade de facto não torna necessário perscrutar a vontade presumida ou recorrer às directivas antecipadas ou mesmo à actuação do representante legal se não for necessário o consentimento para um determinado cuidado de saúde, se para este o paciente tiver capacidade bastante para manifestar a sua vontade ou, ainda, porque a incapacidade é transitória.

No entanto nem todos os cuidados de saúde, aqui compreendidos num sentido amplo, exigem ou estão dependentes do consentimento do paciente. Existem, por exemplo, determinadas intervenções que não alteraram o processo de decisão de um determinado cuidado de saúde, antes são complementares ou incidentais àquele ou simplesmente visam assegurar ou melhorar o bem-estar do paciente. Falamos aqui da adequação social da intervenção de terceiros, verdadeira causa de justificação, decorrente de uma actuação neutra na esfera

de autodeterminação do paciente. Serão exemplos a administração de analgésicos e anti-inflamatórios, a climatização do local onde o paciente se encontra internado, organização interna da unidade hospitalar ou questões atinentes à alimentação. Tratam-se de actos que se encerram no quadro da ordenação social da comunidade fixado pelo conceito de bons costumes, ou seja, dentro das exigências de vida em comum e que são socialmente aceites e validados na consciência jurídica colectiva da comunidade.

Excluem-se ainda as situações que não dependem da vontade do paciente, antes das decisões de organização de serviços, equipamentos ou gestão de serviços e recursos das entidades que prestam os serviços de saúde e da decisão clínica dos procedimentos a adoptar. Falaremos *infra* sobre a indicação de tratamentos a realizar, mas podemos antecipar que indicações atinentes à realização do maior número de tratamentos possíveis, p. ex.^o, não vinculam o médico uma vez que se trata de questões que não são da mera soberania de decisão do paciente. Neste último caso falamos de situações que não se encontram na soberania de decisão do paciente, mesmo que ele fosse plenamente capaz. Ainda que este seja o centro do cuidado de saúde, a necessidade deste e os procedimentos a adoptar são da competência técnica exclusiva do profissional de saúde. O princípio da igualdade pressupõe que o paciente incapaz de decidir autonomamente seja equiparado, proporcionalmente, ao paciente capaz, pelo que os limites da autonomia prospectiva são necessariamente os mesmos que os limites do consentimento actual. Não se atribuem — nem se podia — mais faculdades do que aquelas que o paciente, ora incapaz, teria tido enquanto plenamente capaz para consentir.

Quanto à necessidade de uma decisão, tal significa que a contemporaneidade do consentimen-

to diz respeito à justificação de um determinado cuidado de saúde (seja para a sua realização, suspensão ou cessação) para o qual o paciente não se pronunciou. Se a incapacidade é posterior ao início do cuidado de saúde, e se este foi devidamente consentido em momento prévio, não é necessário a obtenção de novo consentimento, uma vez que a intervenção se encontra ab initio legitimada. Não há necessidade de uma decisão, porque o acto está plenamente justificado, logo, mesmo que o paciente se venha a encontrar numa situação de incapacidade, não é necessário efectivar os instrumentos de suprimento de incapacidade. Caso a situação clínica do paciente exija uma nova intervenção fora do âmbito do consentimento inicialmente prestado, e verificados os pressupostos supra identificados, então há necessidade de recorrer aos meios de suprimento da incapacidade, porque a necessidade do cuidado de saúde carece, para ser justificado, do consentimento informado do paciente.

A soberania reconhecida ao paciente capaz de facto pressupõe que este possa livremente revogar as directivas antecipadas de vontade. Isto significa que, a respeito da eficácia das directivas antecipadas de vontade, a prestação do consentimento informado para um determinado cuidado de saúde pode implicar a revogação ou modificação do testamento vital ou da procuração de cuidados de saúde. Por exemplo, o paciente que tome uma decisão favorável ao recurso de meios de suporte artificial de vida perante um determinado cuidado de saúde não deixará de ser interpretada como uma declaração de vontade revogatória (podendo esta ser expressa ou tácita) da directiva antecipada de vontade que no seu conteúdo o paciente houvera expressamente recusado tais meios. A liberdade de declaração (artigo 217.º CC) conjugado com os artigos 8.º, n.º 1 e 4 e artigo 14.º da Lei n.º 25/2012,

confere ao outorgante a faculdade de revogar ou modificar as directivas antecipadas, desde que tal vontade seja transmitida ao médico, quer directamente, quer por meio de nuncio ou de procurador (vale o regime do artigo 224.º CC).

IV. Avaliação da capacidade

A respeito da avaliação da capacidade, e consequente verificação da condição de eficácia dos meios de suprimento da incapacidade, em particular das directivas antecipadas de vontade, são levantadas duas questões: quem é o responsável pela avaliação da capacidade e quando é que se pode concluir que o paciente não é apto a decidir autonomamente por falta ou limitação da sua capacidade.

Tendo em conta a relação jurídica especial que se estabelece entre o paciente e o médico assistente, cabe a este o dever de obter o consentimento como pressuposto justificador da prestação dos cuidados de saúde indicado. Logo, dentro da estrutura complexa que apresenta o processo de obtenção de consentimento informado, é ao médico assistente que compete determinar se o paciente é ou não capaz para consentir determinado cuidado de saúde. É ele o destinatário do consentimento, porque deste depende a justificação da sua intervenção na esfera jurídica do paciente. Este dever impõe ao médico assistente o ónus de aferir a plena capacidade do paciente para decidir esclarecidamente, enquanto elemento essencial para a perfeição do consentimento. Não o terá, claro está, que fazer sozinho, podendo socorrer-se de outros colegas da mesma ou diferentes especialidades (p. ex.º psiquiatria ou neurologia) ou até de profissionais de outra especialidade ou com outra formação académica e técnica (p. ex.º psicologia). E não obstante a aparente discricionariedade da actuação, deve

ter-se em conta que o tipo da intervenção, gravidade e riscos da mesma, conjuntamente com o estado clínico em que se apresenta o paciente, pode justificar que a decisão de avaliação de capacidade seja tomada colegialmente, quer por um colégio de médicos ad hoc, quer por um colégio previamente regulamentado pelos serviços clínicos e com a intervenção de médicos externos ao serviço e de outras especialidades com vista a garantir o máximo de independência e imparcialidade da decisão.

É, no entanto, para nós claro que a competência regra para aferir da capacidade cabe ao médico assistente. Será este o responsável perante o paciente, e é a este que cabe obter o necessário consentimento, pois dele depende a licitude da sua intervenção. Até porque, sistematicamente, a decisão sobre a eficácia das directivas cabe ao profissional de saúde, vulgo, médico assistente (artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 25/2012). Neste ponto é curioso ver a diferença terminológica anglo-saxónica entre *assessment* e *determination of competence*. A primeira cabe ao médico (ou, em sentido amplo, ao profissional de saúde), a segunda aos tribunais. Diferença que também é pertinente para a nossa ordem jurídica já que o médico não fixa qualquer incapacidade, antes avalia as condições psíquico-volitivas do paciente para decidir autonomamente, não tendo tal juízo valorativo qualquer outra eficácia que não a obtenção de um consentimento no âmbito de um concreto processo de decisão.

Quanto à determinação da capacidade in concreto para consentir, aquela não se basta o recurso a uma avaliação estritamente clínica, nem tão pouco funcional. À semelhança do entendimento que a doutrina pugna sobre o conceito de anomalia psíquica, também a capacidade para consentir decorrerá de uma compreensão ampla de capacidade, ou falta ou limitação desta. Capacidade para consentir

não é correspondente ou equivalente ao diagnóstico de uma patologia incapacitante. Aqui se podem incluir todas as deficiências do intelecto, entendimento ou discernimento, afectividade, sensibilidade ou vontade que afectem a pessoa, no todo ou em parte, para gerir os seus interesses pessoais e patrimoniais. Sendo que tal capacidade ou incapacidade será de aferir no concreto acto e atenta as faculdades cognitivas do paciente.

No entanto há questões teórico-práticas que se colocam a respeito da legitimidade para a tomada de tal decisão. A constatação de facto da incapacidade do paciente decorre das limitações naturais de alguém que não se encontra em condições de estar por si apto a se autodeterminar. A dimensão qualitativa e abstracta da dignidade da pessoa humana implica, pelo menos num primeiro patamar, um tratamento igualitário independentemente da ausência de aptidão para o sujeito se autodeterminar e agir. Assim, o direito à autodeterminação impede qualquer decisão médica para lá da mera declaração de incapacidade de facto circunscrita a um cuidado de saúde. Isto é, a decisão do médico assistente não é constitutiva de qualquer estatuto, uma vez que não está o médico investido de qualquer poder de autoridade, nem pode, por isso restringir a capacidade do paciente. Enquanto decisão puramente declarativa, não existem óbices para afirmar a competência do médico, pois é este a quem cabe, social e juridicamente, determinar a capacidade do paciente enquanto destinatário do consentimento. O que significa que, salvo em situações de urgência, qualquer dúvida que se coloque sobre a capacidade para consentir ou dissentir determinado cuidado de saúde deve ser judicialmente sindicada, quer através de medidas cautelares (nomeação de tutor provisório, artigo 142.º cc, no âmbito de uma acção de interdição ou inabilitação), processo especial de tutela de personalidade (artigo 878.º cpc) ou pedido de suprimimento

do consentimento junto do Ministério Público (artigos 1.º, 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro).

Os efeitos das directivas antecipada de vontade, sendo estes um acto jurídico de natureza pessoal e livremente revogável, estão sujeitos à condição de eficácia que é a ausência de capacidade para decidir contemporaneamente ao cuidado de saúde medicamente indicado. Caso o paciente demonstre aptidão bastante para decidir, como já vimos, então não é necessário recorrer à directiva antecipada, porque não existe qualquer incapacidade a suprir. E isso vale, mesmo para as situações em que o paciente se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. A natureza pessoal dos interesses pressupõe o reconhecimento potencial da capacidade para a autodeterminação, logo não se pode prescindir do procedimento de aferição de capacidade e obtenção do necessário consentimento. A dignidade da pessoa humana compele a ordem jurídica a promover e a proteger a autodeterminação para a definição do projecto de vida da pessoa, pelo que se reconhece um direito geral de livre desenvolvimento da personalidade e simultaneamente a sua tutela. Por isso, a personalidade jurídica apresenta-se como um dado adquirido que “não está à disposição do legislador do Direito Privado” (Ewald Hörster)⁽¹¹⁾.

No entanto a subordinação gerada pela situação de facto emergente da incapacidade de facto aviva a relação directa entre os direitos fundamentais da pessoa e a carência de protecção e promoção. Esta vinculatividade impõe limites à construção jurídica das regras de competência, não estando na disponibilidade absoluta do legislador. Seriam inconstitucionais as normas que revogassem ou restringissem

a capacidade de uma pessoa para autodeterminar a sua esfera pessoal sem que o fundamento resida na inaptidão natural da pessoa e na necessidade exclusiva de tutelar os seus interesses. Ainda que estes ganhem uma dimensão igualmente pública e, por isso, integradora da cláusula de ordem pública, o seu carácter supra-individual é construído a partir do interesse individual da pessoa e na obrigação pública de protecção destes. Torna-se por isso necessário a justificação proporcional da natureza constitutiva da capacidade de uma pessoa para autodeterminar a sua esfera jurídica. A capacidade de agir de uma pessoa incorpora-se, pelo requisitos normativos, numa garantia institucional e simultaneamente numa garantia de liberdade (Robert Alexy)⁽¹²⁾.

A capacidade para consentir é, deste modo, apreciada por referência a um específico momento, contexto, cuidado de saúde e condição em que se encontra o paciente. O juízo de aferição desta capacidade dependerá, em grande parte, de um juízo sobre a natureza, gravidade e riscos resultantes desse cuidado de saúde face aos conhecimentos e facultades cognitivas do paciente. Na aferição da existência de um consentimento informado, torna-se ainda determinante que seja prestada a devida e adequada informação ao titular do bem jurídico, com vista a o empossar da aptidão para formar livremente a sua vontade de forma eficaz e verdadeiro. O consentimento prestado, enquanto acto final do processo de decisão, tem de representar uma expressão autêntica de uma vontade formada e querida pela pessoa.

Fica, no entanto, por deslindar quais deverão ser os critérios e meios com que o profissional de saúde se deve socorrer para aferir da capacidade para consentir do paciente. A decisão resulta não do acto final respeitante ao consentimento ou dis-

¹¹ Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

¹² Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

sentimento do paciente, antes de um processo tendente a avaliar as faculdades cognitivas de obtenção, processamento, tratamento e compreensão de informação com vista à decisão e o contexto em que o paciente decide. Neste sentido qualquer processo decisório está, ab initio condicionado pela informação e limitações da actividade cerebral. Herbert Simon concluiu que o processo de decisão deve ser integrado pelo conceito “bounded rationality”, na medida em que as pessoas sofrem limitações não só exógenas, mas também endógenas quanto à capacidade cerebral para formular e resolver problemas complexos e processar informação. Diz este autor:

“the task is to replace the rationality of economic man with a kind of rational behaviour that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed”¹³.

Tal significa que da capacidade e da eficácia da decisão tomada pelo paciente dependem factores internos referentes às suas faculdades cognitivas e factores externos decorrentes da informação prestada pelo médico assistente, bem como o processamento e tratamento da informação. O processo, ainda que desemboque numa decisão individual e pessoal, não deixará de partir de uma relação dialógica estabelecida entre o paciente e o médico assistente, pelo que os factores e condicionantes que influenciam o processo de decisão não poderão autonomizar-se aos seus interlocutores.

Isto significa que a capacidade de decisão não se pode confundir com a maior ou menor razoabilidade da decisão em si. O juízo de oportunidade formulado pelo paciente concernente à decisão a tomar, quanto a um concreto acto, não é susceptível de sindicância. Não se pode confundir o carácter temerário ou irreflectido que uma decisão pos-

sa transparecer, com a falta de aptidão para decidir em sede de responsabilidade própria. Caberá ao médico assistente assegurar que foi prestada toda a informação necessária para a tomada de decisão e que o paciente foi capaz de a apreender, compreender e processar num prazo razoável para a tomada de decisão. Não está em causa a decisão de autorização ou recusa da indicação médica, antes a obtenção de uma decisão tomada autonomamente que assuma responsabilmente os efeitos dela resultantes. A justificação da decisão é algo que perpassa a avaliação da capacidade, sendo reflexo da autodeterminação da pessoa e desta feita da assunção dos riscos dela decorrentes. Claro está que não ignoramos, como no caso acima descrito, que a decisão possa, na forma que é expressa, demonstrar a falta de aptidão do paciente, contudo não é ela que está em causa, antes as faculdades que aquele tem para a sua tomada.

Desta feita, o processo de avaliação deverá ser conduzido em função dos seguintes testes:

a) estando perante um paciente maior de idade, presume-se que é plenamente capaz para consentir, ou seja, deve-se partir da presunção da plena capacidade para o acto, efeito *prima facie*.

b) existindo dúvidas sobre a capacidade da pessoa, caberá ao médico assistente responder às seguintes questões, para isso realizando uma entrevista: (i) o paciente encontra-se limitado ou diminuído nas suas faculdades mentais ou sofre de alguma perturbação que afecte o processo de formação de uma vontade livre e esclarecida (existe algum episódio traumático ou patologia que possa afectar tais faculdades)? (ii) a limitação ou diminuição da faculdade mental afecta a aptidão para a adopção de um processo de decisão em concreto?

A avaliação da capacidade tem como objecto a aferição da competência de decisão do paciente,

¹³ Cfr. Herbert SIMON, “A behavioural model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics*, 69 (1955) 99-118.

sendo para tal necessário responder às seguintes questões: (i) o paciente possui uma compreensão geral de qual é a decisão a tomar e porque a tem que tomar? ii) o paciente consegue representar as consequências da decisão ou da não decisão? iii) o paciente consegue processar, reter, sopesar e usar a informação necessária para a tomada de decisão? iv) o paciente está em condições de comunicar a sua vontade ou é necessário apoio para tal?

Apenas perante uma resposta negativa a estas questões é que se justificará o recurso aos meios de suprimimento da incapacidade. No entanto, as respostas negativas não justificarão uma solução automática de substituição da vontade do paciente. A limitação da capacidade pode justificar a intervenção de um terceiro, mas somente enquanto meio auxiliar ou de apoio à formação da vontade e tomada de decisão. Por exemplo, chamar uma pessoa próxima do paciente, um procurador ou um representante legal para facilitar e simplificar os processos de formativos decorrentes do tratamento da informação e consequente tomada de decisão. O estar ao lado do paciente e dialogar com ele pode ser o meio necessário e suficiente para suprir a falta ou limitação de capacidade do paciente. Veremos que a proporcionalidade dos meios de suprimimento é um critério necessário em todo o processo, quer na justificação da verificação da condição de eficácia (em particular através do teste de necessidade), quer na adequação da resposta à inclusão do paciente no processo de decisão (adequação e proporcionalidade em sentido estrito). A capacidade de facto, atenta a sua avaliação individual e circunstancial, pressupõe diferentes graduações de aptidão em função da concreta situação em que o paciente se encontra. Como tal, também os meios de suprimimento desse capacidade limitada exigem soluções individuais e personalizadas às concretas

necessidades do paciente, em particular no respeito pelos seus direitos fundamentais, como é o caso da autodeterminação e da liberdade de consciência.

V. Decisores Substitutos: suprimimento da incapacidade

Uma vez determinada a incapacidade do paciente, o problema que se coloca diz respeito à justificação da intervenção médica. Se a compreensão do cuidado de saúde assenta na autodeterminação do paciente, mais do que o potencial benefício e corresponsiva indicação médica, o problema da capacidade para consentir assenta na ausência de uma manifestação de vontade directa do titular do direito à autodeterminação. Isto porque a nossa ordem jurídica erige, em matéria de cuidados de saúde, como interesse jurídico a tutelar, a autodeterminação do paciente ⁽¹⁴⁾.

O Código Penal privilegia a actuação do médico, considerando-a atípica para efeitos de tutela do bem jurídico integridade física (n.º 1 do artigo 150.º cp), no entanto considera ilícito o cuidado de saúde prestado sem consentimento do paciente, tipificando como crime as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º cp). Mesmo que o médico assistente actue conforme as *leges artis* e a finalidade da intervenção seja

¹⁴ Ver, *inter alii*, Guilherme de OLIVEIRA, “Prática médica, informação e consentimento,” *Coimbra Médica*, 14 (1993); IDEM, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Temas de Direito da Medicina* (Coimbra: Coimbra Editora, 2005); IDEM, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, e “O fim da arte silenciosa”; ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2008); Manuel da Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004; IDEM, *Comentário aos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, §12, Coimbra: Coimbra Editora, 2012; André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

no exclusivo benefício do paciente, não deixará ele de praticar um facto tipificado como crime, para efeitos do artigo 156.º cp, se não obtiver o consentimento do paciente (sem prejuízo do funcionamento de outras causas de justificação, desde logo as referidas no n.º 2 do artigo 156.º e a parte final do artigo 157.º, ambos do cp). Há por isso uma clara opção a favor da autodeterminação do paciente no confronto com a beneficência da intervenção. Qualquer decisão de intervenção carece de justificação, quando não seja fundada numa vontade livre e esclarecida do interessado e independentemente da finalidade que lhe subjaz.

Posto isto, uma vez identificados os critérios de aferição da capacidade e a hierarquia de interesses jurídicos no quadro dos cuidados de saúde, podemos avançar como instrumentos de suprimimento da incapacidade em matéria de cuidados saúde as causas de justificação, tais como o consentimento presumido ou o estado de necessidade ou ainda a intervenção autorizada de um terceiro ao abrigo de poderes de representação legal ou voluntários. Em qualquer um destes instrumentos jurídicos disponíveis, e que aqui serão tratados, constatamos que os critérios de decisão serão os mesmos, quer se trate de uma decisão tomada por um médico assistente, por um representante voluntário, por um representante legal ou por um gestor de negócios. Em quaisquer dos casos, estará em causa a actuação de um «terceiro» na esfera jurídica do paciente.

Estes instrumentos, enquanto sucedâneos ao consentimento do paciente incapaz de o prestar, terão que se pautar pelas mesmas regras e critérios independentemente do facto jurídico de onde promanam, pois em todos, por respeito à harmonia material e respectiva unidade do sistema jurídico, qualquer decisão tomada por terceiro não poder

representar uma hetero-determinação dos interesses do paciente. Há por isso uma base de decisão e legitimação comum, tanto mais que o interesse em causa é o mesmo: salvaguarda da soberania de decisão do paciente sobre a sua esfera interesses, ainda que por intervenção de terceiro. A decisão a tomar por este nunca poderá se enquadrar como uma delegação de poderes discricionários de decisão. A legitimidade da actuação do terceiro e correspondente licitude, dependerá sempre da vinculação, em primeira linha, aos interesses subjectivos do paciente.

a. Critério de decisão: base de decisão comum

Os critérios que devem pautar a decisão a ser tomada por um terceiro em benefício do paciente incapaz terão que ser obrigatoriamente secundados pelos interesses subjectivos do paciente, independentemente do facto que fundamenta e justifica a intervenção. Por exemplo, seja ao abrigo do estado de necessidade, consentimento presumido, gestão de negócios, representação voluntária ou representação legal. Aqueles interesses são determinados pela vontade real (manifestação directa e actual ou por intermédio de directivas antecipadas), presumida ou construída a partir da escala de valores e desejos do paciente.

O recurso a critérios objectivos, consubstanciada nos melhores interesses do paciente, apenas será admissível na impossibilidade de determinação do interesse subjectivo daquele. O paciente antes de ser o objecto do cuidado de saúde, é o sujeito activo desse cuidado, pelo que qualquer decisão só é lícita quando seja validada em função da autodeterminação (directa ou mediada) do paciente. Tal não afasta, perante a dificuldade ou impossibilidade

de de determinar esses interesses, que a decisão seja tomada em função dos melhores interesses. Contudo o recurso a este critério é subsidiário e não afasta o ónus que sobre o profissional de saúde recai de demonstrar que era difícil ou impossível reconstruir uma vontade presumida ou determinar os interesses e valores do paciente. Um caso típico de dificuldade ou impossibilidade será as situações de urgência ou de alargamento da intervenção dos cuidados de saúde, contudo tal não preclui o ónus de determinar a vontade real ou presumida (veja-se o n.º 2 do artigo 156.º cp).

b. Actuação de facto em benefício do paciente incapaz

Podemos avançar como institutos jurídicos que enquadram a actuação de um terceiro com vista ao suprimento do consentimento do paciente incapaz: a gestão de negócios e o consentimento presumido (sem prejuízo da verificação de causas de justificação, nomeadamente, o estado de necessidade ou cumprimento de um dever jurídico). No entanto, ao contrário do que sucede com o consentimento presumido ou com outras causas de justificação, teremos que dar nota que a actuação no âmbito da gestão de negócios não é per se uma causa de exclusão da ilicitude da intervenção médica sem a obtenção de prévio consentimento. Podemos falar em gestão de negócios mesmo no âmbito da actuação de um médico de acordo com uma directiva antecipada de vontade ou de uma actuação ilícita quando contrária à vontade real ou presumida do paciente, ainda que conforme os melhores interesses deste. A gestão de negócios não se qualifica, em nosso entender, como causa de justificação autónoma, antes como a fonte de uma relação jurídica de natureza obrigacional, cujos efeitos são a criação de direitos

e deveres especiais, em particular a previsão de um regime especial de responsabilidade civil.

i. Gestão de negócios

O instituto da gestão de negócios funda-se em razões autênticas de solidariedade social, ao admitir, como válida e legítima a intervenção não autorizada das pessoas na direcção de negócios alheios, desde que feita no interesse e por conta do respectivo dono (artigo 464.º cc). Falaremos, portanto, aqui na gestão de negócios em sentido estrito. Aquela que resulta da actuação de espontânea da pessoa, ou seja, sem que exista uma autorização do dono do negócio ou dever jurídico especial em agir.

Segundo Philipp Heck a gestão de negócios pressupõe a defesa de interesses alheios que não se limita a acções negociais jurídicas de carácter económico ou patrimonial ⁽¹⁵⁾. Este autor acrescenta que as consequências jurídicas de tal actuação pressupõem a transferência de efeitos resultantes da actuação pelo gestor. Daqui decorre, como veremos, para existir gestão de negócios é necessário que o gestor assuma finalisticamente a gestão e seus efeitos em benefício do dono do negócio. Da verificação destes pressupostos depende o nascimento da relação jurídica legal da gestão de negócios. Se a mesma resulta de um actuação lícita ou ilícita, tal será determinado nos termos gerais, sendo que a bondade da actuação do gestor não deixará de ser tutelada e sopesada em sede de apreciação de culpa e da consequente determinação, ou não, da obrigação de indemnizar (artigo 466.º cc).

A intentio que justifica a intervenção do gestor deve assentar na prossecução de interesses que não seus (pelo menos directamente), mas do dono do

¹⁵ Philipp HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen: Mohr, 1930.

negócio. Numa relação directa, a gestão de negócios pressupõe uma actuação unidireccional assente na vontade do gestor acudir imediatamente aos interesses do dono do negócio. Não descuramos a possibilidade de tal finalidade ter como fim mediato a prossecução de interesses próprios; no entanto é a necessidade de acautelar os interesses do dono do negócio que justifica a “violação” da esfera jurídica do dono do negócio e justifica a intervenção do gestor. Como ensina Almeida Costa o instituto de gestão de negócios pretende obter o equilíbrio entre “a necessidade de salvaguardar o princípio de ordem pública que condena as intromissões na esfera pessoal e patrimonial alheia” e o valor da solidariedade de terceiros através de uma “interferência espontânea nos negócios de outrem, a fim de evitar um dano irremediável ao titular do respectivo direito ou obrigação, que devido a ausência ou a impedimento diverso se encontra impossibilitado de providenciar directamente ou mediante interposta pessoa”⁽¹⁶⁾.

A qualificação da actuação como sendo em gestão de negócios faz nascer uma relação obrigacional especial, da qual se destaca o regime de responsabilidade do gestor: mesmo que contrária à vontade real ou presumida do dono e/ou seus interesses, só nascerá obrigação de indemnizar se a mesma for culposa à luz do artigo 465.º cc (não afastando, contudo, o regime de culpa em concreto consagrado no artigo 496.º cc). Bem como a obrigação de reembolso ou remuneração só nascerá se a actuação do gestor for lícita (artigo 468.º e 470.º cc). Isto significa que o instituto em nada interfere com o desvalor da conduta do terceiro enquanto gestor, apenas agrilha uma actuação não autorizada a uma relação jurídica especial com vista a proteger

o gestor enquanto “bom samaritano”. Como justificação para tal reconhecimento e regulamentação da relação jurídica, o legislador estabelece limites à actuação do gestor ao impor como regra de conduta uma actuação conforme a vontade real ou presumida e interesses do dono do negócio (em especial o artigo 465.º, al. a) cc).

O juízo de licitude ou ilicitude é por isso autónomo, valendo quanto a este, as regras gerais previstas, desde logo, na parte geral do Código Civil. Ou seja, a actuação ao abrigo do instituto da gestão de negócios não exclui a ilicitude da actuação do gestor, apenas estabelece um regime especial no qual só há responsabilidade quando exista culpa, nos termos do artigo 465.º cc.

No que toca à gestão de negócios enquanto instrumento de suprimento do consentimento, a actuação do gestor não poderá deixar de respeitar e prosseguir os interesses subjectivos do paciente, aqui dono do negócio, nos termos acima referidos. Não obstante a *fattispecie* da relação jurídica de gestão de negócios não incluir de forma expressa a vontade real ou presumida do dono do negócio (a lei fala apenas em interesse, artigo 464.º cc). Por isso se torna necessário decantar qual a finalidade do instituto da gestão de negócios e os limites da autodeterminação do dono do negócio.

Em primeiro lugar, não pode ser imposto ao gestor uma actuação conforme a vontade do dono do negócio se esta for contrária à ordem pública ou bons costumes. A compreensão da gestão de negócios como um chapéu que enquadre os factos juridicamente relevantes num quadro de uma relação especial de fonte legal pressupõe a liberdade de invocação por parte dos interessados. Apesar do carácter *ex lege* da relação jurídica, a mesma depende da autonomia das partes em convocar o seu chapéu legal. É por isso uma relação na disponibi-

¹⁶ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

lidade daquelas. O paciente e o terceiro, a quem caberiam a qualidade de dono do negócio e de gestor, respectivamente, podem recusar a subsunção dos factos à relação jurídica de gestão de negócios e enquadrar a sua actuação no quadro de uma outra relação jurídica, por exemplo, em sede de responsabilidade extracontratual.

Daí a autonomização dos pressupostos constitutivos da gestão de negócios em relação às causas de justificação, bem como a circunstância de o dever do gestor ter como limite a lei, a ordem pública e bons costumes. Ou seja, os deveres do gestor no respeito pelos interesses subjectivos do dono do negócio têm como limite os princípios e valores fundamentais igualmente limitadores da autodeterminação do paciente. A solução resulta da imposição do princípio da unidade jurídica e da consequente necessidade de acautelar a coêrência do sistema. Se uma actuação contrária à lei (artigo 294.º cc), ordem pública (artigo 81.º, n.º 1 cc) ou bons costumes (artigo 340.º, n.º 2 cc) não é justificada pelo consentimento, também não o poderá ser pela gestão de negócios, cujo carácter é subordinado às causas de justificação gerais.

O Código Civil faz depender o nascimento de uma relação jurídica de gestão de negócios dos seguintes requisitos ⁽¹⁷⁾:

a) direcção de um negócio alheio: a alienidade do negócio em relação à esfera de interesses do gestor de negócios;

b) pressupõe a realização de um ou mais actos: sejam estes negócios jurídicos, simples actos jurídicos, puros actos materiais, sendo que estes não têm que ter relevo patrimonial e económico;

c) a gestão se faça no interesse e por conta do dono do negócio: o acto e respectivos efeitos se repercutem na esfera jurídica do dono do negócio, exigindo-se para tal consciência e vontade de gestão e, entendemos, no interesse (ainda que não necessariamente exclusivo) do dono do negócio;

d) falta de autorização: ausência de qualquer legitimação para agir, ou seja, não exista uma obrigação civil especial, tenha como fonte um negócio jurídico ou a lei, independentemente da natureza privada ou pública da relação.

A respeito da falta de autorização cremos que se encontra preenchido este pressuposto quando o gestor assuma a gestão sem que entre este e o dono do negócio exista uma relação jurídica especial prévia, fonte de um dever especial. Esta relação tanto pode ser de natureza privada ou pública: o que releva é se na situação existe ou não uma relação especial prévia aos factos constitutivos da gestão de negócios que impunham ao gestor o dever de agir. Se este dever de agir decorrer de deveres jurídicos genéricos ou morais, então, a actuação da pessoa será enquanto gestor, logo o seu comportamento é susceptível de ser enquadrado no instituto da gestão de negócios. Assim, há lugar à gestão de

¹⁷ Ver, inter alii, Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Gestão de negócios,” *Boletim do Ministério da Justiça*, 66 (1957); Francisco Manuel Pereira COELHO, *Obrigações. Sumários das lições ao curso de 1966/67*, (Coimbra: Polycopiado, (1967); IDEM, “O enriquecimento e o dano”, Separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 15-16 (1970); Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, (Coimbra: s.n., 1983); Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1.º a 761.º)*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1987; Júlio Vieira GOMES, “A gestão de negócios, um instituto jurídico numa encruzilhada”, Separata do vol. 39 do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994; «A gestão de negócios: “a Oeste nada de novo”», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007; Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono*

do Negócio no Direito Civil Português, Coimbra: Almedina, 2005; Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, *Direito das Obrigações - Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2016.

negócios no cumprimento de uma obrigação moral, nos termos do artigo 402.º cc, no cumprimento de deveres de assistência e cuidado decorrentes de relações sociais ou familiares (excluimos aqui os verdadeiros deveres jurídicos de assistência decorrentes do casamento e da filiação, pelo menos até à maioridade) ou mesmo no cumprimento de deveres profissionais ou deontológicos impostos a determinadas pessoas. Nesta última situação, o cumprimento do dever previsto no n.º 6 do artigo 4.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos) não se qualifica como autorização excludente da gestão de negócios. O cumprimento dos deveres funcionais decorrentes da prestação de cuidados de saúde, seja no quadro do serviço nacional de saúde ou na prestação privada de cuidados de saúde, não é, por isso, impeditivo da qualificação do médico enquanto gestor de negócios. A falta de consentimento não é suprida pelo cumprimento do dever legal (ou até mesmo contratual) de prestar cuidados de saúde, mesmo quando no incumprimento deste dever possa repousar a responsabilidade civil e criminal do médico por se encontrar em posição de garante (artigo 486.º cc e artigo 10.º cp). Já não será assim nos casos em que a acção é imposta no cumprimento de um dever de vigilância. Não integra o instituto da gestão de negócios a situação em que o paciente se encontre numa clínica ou unidade hospitalar e manifeste vontade em sair, na medida em que tal dever resulta dos deveres laterais de boa fé, no caso de um contrato, ou no quadro da relação legal de cuidados de saúde prestados pelo Serviço Nacional de Saúde.

Como vimos, são as finalidades altruísticas que delimitam este instituto e que contrabalançam o facto de a gestão de negócios pressupor uma intromissão de terceiro, não consentida ou autorizada, na esfera de interesses do dono do negócio. Sendo

este o ponto de partida da concepção e compreensão do instituto da gestão de negócios, teremos que proteger o dono do negócio de intervenções ilegítimas do gestor, em particular para os casos em que aquele abdicou voluntariamente de prosseguir conforme os seus melhores interesses. A afirmação da autodeterminação pressupõe por isso uma garantia mínima de defesa contra intervenções de terceiros não autorizadas, uma vez que, por regra, não é permitida a intromissão em esfera jurídica alheia sem autorização. Em particular quando existe a manifestação prévia de uma vontade através de uma directiva antecipada, sendo esta uma expressão da vontade do seu declarante, terá que prevalecer e excluir a actuação de terceiros contrária aos interesses e vontade nela manifestados. Enquanto exercício do direito à autodeterminação a mesma é oponível a terceiros por força da sua natureza de direito absoluto, gozando por isso de todas as garantias jurídicas, nomeadamente, tutela do direito de personalidade e responsabilidades civil e penal. Só podemos falar em gestão de negócios quanto esta seja necessária aos interesses do dono do negócio. A ausência de necessidade, como será os casos em que o paciente manifestou previamente a sua vontade, quer de forma directa, quer por intermédio de directivas antecipadas, não permite qualificar a actuação do terceiro como sendo ao abrigo da gestão de negócios.

Este instituto surge por isso como regulação especial da relação jurídica emergente da actuação do bom samaritano (seja ele totalmente desinteressado ou não) e que pressupõe, porque não existe autorização do dono do negócio, a violação do dever de abstenção sobre a esfera jurídica alheia, da qual resulta, por vontade do gestor, uma relação jurídica ex novo de fonte legal entre este e o dono do negócio. Neste sentido, a amplitude e consequente

plasticidade do instituto da gestão de negócios permitem, por força da cláusula geral, integrar juridicamente a actuação de um qualquer terceiro, para lá da sua esfera de legitimidade. Dizemos *ex novo* porque inexistente negócio jurídico prévio ou norma legal atributiva de poderes de representação (quer em termos de legitimidade genética ou subsequente) ou de autorização à actuação do gestor ou ainda de uma qualquer relação jurídica legal prévia entre ambos que imponha um dever de agir ao gestor. Este enquadramento permite ao gestor legitimar a sua intervenção para lá dos poderes de representação e deveres assumidos pelo mandato, ou ainda, uma sua actuação para além dos poderes de representação legal (responsabilidades parentais, tutela) ou dos poderes conferidos por via de uma relação jurídica de direito público. Todavia a legitimidade aqui referida é sempre enquanto gestor sem poderes de representação.

A irresponsabilidade do gestor no início da gestão, na prossecução e na interrupção desta está dependente da sua actuação ser conforme a vontade ou interesse do dono do negócio que lhe era conhecida ou exigível conhecer. Daí que o interesse objectivo seja o pressuposto fundamental para o nascimento de uma relação jurídica especial, mas não bastante para excluir a responsabilidade por danos causados por causa da gestão. A dicotomia interesse objectivo versus interesse subjectivo tem uma relevância, quanto ao primeiro, no nascimento da relação jurídica e o segundo na responsabilidade pelos danos imputados à gestão e no direito de remuneração e reembolso. Por isso, é decisivo que o interesse objectivo, enquanto pressuposto da gestão de negócios, deva justificar a necessidade da intervenção, independentemente das consequências da mesma, pois sem aquele não poderemos estar perante uma gestão de negócios.

Reportando ao problema dos cuidados de saúde, a necessidade de um procedimento terapêutico, ainda que ocasione efeitos secundários prejudiciais para o dono do negócio causando-lhe danos, não permite a imputação de qualquer responsabilidade se não houver uma actuação culposa (aqui entendida como sendo contrária à vontade ou interesses subjectivos do dono do negócio) por parte do médico, enquanto gestor, ou de terceiro que autoriza a intervenção.

Daí que não se fale de verdadeira gestão de negócios quando o gestor se encontre vinculado, por uma relação jurídica especial, a actuar ou não actuar no interesse do dono do negócio. Por exemplo, o dever de auxílio, quando não emergente de uma relação jurídica prévia, mas apenas pelo contacto social e no cumprimento de uma obrigação moral (artigo 402.º cc), coloca a pessoa numa posição de garante de interesses jurídicos alheios. Quando actua, está a actuar no interesse do titular dos interesses jurídicos colocados em perigo. Será o caso do médico que assiste alguém que se sentiu mal na rua. Actua por isso ao abrigo da gestão de negócios. Por sua vez, aquele que se encontra vinculado a prestar auxílio, por integrar o serviço de urgência de uma unidade hospitalar, fá-lo no cumprimento de um dever legal enquadrado numa relação jurídica de direito público⁽¹⁸⁾.

O que distingue uma situação em que há autorização da que não há, não é o facto da fonte do dever ser legal ou negocial, mas o facto do dever de agir se encontrar directamente vinculado a um interesse individual determinado ou antes vinculado a um interesse comunitário juridicamente relevante. O dever de auxílio impõe-se por força da pro-

¹⁸ Neste caso porém, pode se enquadrar a actuação ao abrigo da gestão de negócios quanto à autorização para a realização de determinado cuidado de saúde como meio de suprimento da capacidade do paciente. Nesta situação não existe qualquer dever jurídico de *representação* ou de *autorização* da esfera pessoal de interesses do paciente.

tecção de interesses jurídicos relevantes ao ponto de quebrar o individualismo com vista ao estabelecimento de uma comunidade solidária. A quebra desta solidariedade, quando injustificada, implica que a omissão do dever de auxílio seja tão grave quanto um comportamento violador do direito por acção, isto para efeitos de ilicitude. A actuação de um médico, para ser lícita, continua a carecer da prévia obtenção do consentimento do paciente, mesmo quando em causa esteja o cumprimento do dever legal e deontológico de agir em situações de urgência com vista a remover o perigo de morte ou perigo para a saúde.

No entanto, a falta de consentimento não preclui a possibilidade da sua conduta ser justificção à luz das demais causas de justificação, como por exemplo a legítima defesa (auxílio necessário de terceiro), cumprimento do dever moral e social de assistência, consentimento presumido ou estado de necessidade. Todavia, valendo as causas de justificação como resolução do conflito de interesses e consequente hierarquização dos mesmos, a relevância da vontade real (seja directa ou por directiva antecipada de vontade) ou presumida tende a prevalecer sobre a protecção dos interesses objectivos vida, integridade física e saúde, dentro dos limites da ordem pública determinados pela criminalização da eutanásia e da ajuda ao suicídio (limites quanto ao objecto das directivas antecipadas de vontade, al. a) e b) do artigo 5.º, Lei 25/2012, de 16 de Julho).

A justificação do cuidado de saúde sem a prévia obtenção de um consentimento eficaz só existe, ou só subsiste, se previamente não for contrária à vontade e interesses subjectivos do paciente, isto é, se a actuação for justificada ao abrigo de alguma das causas de justificação consagradas no nosso ordenamento jurídico. Relevando-se necessária a gestão

de negócios, ou seja, enquanto meio de suprimento da incapacidade, e não se justificando a actuação do médico assistente (ou de um terceiro) em nenhuma das causas de justificação admitidas pela nossa ordem jurídica, não basta ao gestor alegar a prossecução da gestão conforme o interesse objectivo do dono do negócio (o elemento subjectivo). O nascimento da relação jurídica de gestão de negócios não exclui a responsabilidade do gestor, assim como, no que toca ao suprimento da incapacidade no exercício de um direito de personalidade, não basta a demonstração do animus do gestor.

Este, ao actuar ilicitamente (em termos objectivos), estará obrigado a indemnizar o dono do negócio se, em sede de apreciação do elemento culpa, conhecia ou lhe era cognoscível a vontade real ou presumida daquele. E este conhecimento ou desconhecimento da vontade real ou presumida será apreciado autonomamente para efeitos de culpa, tendo em consideração o ónus que sobre o médico assistente impende de obter um consentimento válido e esclarecido representativo da vontade e interesses do paciente ou da justificação da sua actuação previamente ao início da gestão de negócios (a apreciação da culpa é feita nos termos do artigo 487.º cc). Desta feita será apreciada em sede de responsabilidade por culpa a exigibilidade do conhecimento da vontade real, prospectiva ou presumida. Tal será o caso das situações de urgência, nos casos em que, p. ex. o médico assistente, perante a incapacidade do paciente não consulta previamente o rentev, ou nos casos em que a justificação será feita à luz do consentimento presumido ou estado necessidade.

No entanto, como já foi referido, o nascimento da gestão de negócios depende da verificação da necessidade da gestão, que se irá traduzir no elemento objectivo utiliter coepta e que é pressuposto constitutivo daquela. O dever de conhecer os inte-

resses subjectivos do paciente pressupõe que o conhecimento da manifestação de uma vontade real, seja por consentimento actual ou directiva antecipada de vontade, afasta a necessidade da gestão de negócios no quadro do suprimento da incapacidade, logo não nasce qualquer obrigação de reembolso das despesas e remuneração do gestor a cargo do dono do negócio, artigos 468.º e 470.º cc), porque não há gestão de negócios. Não basta, portanto, a verificação da utilidade da gestão em conformidade com os melhores interesses para fundar o nascimento da relação jurídica de gestão de negócios.

Igual consideração se estende para o exercício das responsabilidades parentais ou da tutela. Apesar de se qualificarem os poderes do representante legal como direitos ou poderes funcionais, não é afastada a possibilidade de se chamar à colação a gestão de negócios. Tal sucederá nos casos em que os titulares de tais poderes não tenham legitimidade para actuar em nome do filho, pupilo ou interdito. O que sucede neste tipo de direitos é o escasso relevo prático que o instituto pode ter, atendendo à natureza tendencialmente expansiva das faculdades legais e função reconhecidas aos titulares de tais direitos. No entanto, pode suceder estarmos perante um maior de 16 anos, com capacidade de consentir e que previamente houvera manifestado vontade em se autodeterminar, mas que se encontra numa situação de incapacidade para o efeito. Sendo este menor capaz, tal significa a retracção dos poderes funcionais dos progenitores. No entanto, se eles autorizarem a intervenção contra a vontade do filho (desde que esta não fosse conhecida pelos progenitores, caso contrário, não estaríamos perante uma gestão de negócios pela ausência da necessidade desta), ainda que a sua decisão seja conforme aos melhores interesses do menor, estarão a actuar para lá do seu dever de cuidado e por isso fora da

sua obrigação legal de agir, enquadrando-se a sua actuação ao abrigo da gestão de negócios. Nestes casos, excluindo aqui a hipótese de o médico assistente conhecer da vontade real do menor, os progenitores teriam actuado à margem das faculdades conferidas pelo seu direito funcional, no entanto fizeram-no ao abrigo da gestão de negócios, pelo que a sua responsabilidade seria apreciada, não à luz do artigo 483.º, mas à luz do artigo 495.º, ambos do cc.

A actuação do gestor não poderá decorrer como efeito ou conteúdo funcional de qualquer relação jurídica, isto é, a falta de autorização pressupõe “a inexistência de qualquer relação jurídica entre o dono do negócio e o agente, o que confira a este o direito ou lhe imponha o dever legal de se intrometer nos negócios daquele”⁽¹⁹⁾. A existência de um dever e legitimação da actuação afasta a aplicação do regime da gestão de negócios, decorrendo os direitos e deveres das partes da relação jurídica subjacente. Apesar do espírito altruístico e solidário do instituto da gestão de negócios, o gestor, uma vez iniciada a sua actuação, não pode livremente cessar a sua actuação. A interrupção injustificada implica a responsabilização do gestor perante o dono do negócio, nos termos do artigo 466.º, n.º 1 in fine cc. A continuação da gestão pressupõe, no entender de Antunes Varela, “o dever de a continuar até que o negócio chegue a bom termo ou o dono possa prover por si mesmo”⁽²⁰⁾, evitando, assim, intromissões fáceis e precipitadas.

Incorpora ainda a noção de negócio alheio a ideia de ausência de legitimidade, não só voluntária do dono do negócio, mas igualmente legal ou judicial. A ausência de autorização é um dos elementos

¹⁹ Cf. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

²⁰ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I.

distintivos em relação ao contrato de mandato. Fala-se a este respeito da não existência de uma relação jurídica entre dono do negócio e gestor que imponha a este um dever jurídico de actuar em benefício daquele. Isto significa que, em situações de urgência, o médico assistente que realiza o cuidado de saúde necessário sem a respectiva autorização fá-lo no cumprimento de um dever geral de agir que não lhe confere a necessária autorização para interferir na esfera de interesses do paciente, que lhe é alheia, mas enquanto garante de interesses jurídicos juridicamente relevantes no cumprimento de uma obrigação natural ou deveres jurídicos gerais. A relevância social das funções desempenhadas, em confronto com os interesses jurídicos vida e integridade física, pressupõe que o médico deva agir; todavia, tal não é suficiente para se sobrepor ou colocar em causa o primado da autodeterminação da esfera de interesses do paciente. Ainda que tal obrigação natural integre a cláusula de ordem pública, por incorporação do n.º 6 do artigo 4.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, ao conferir foros de juridicidade ao dever deontológico de agir em função da relevância social do médico e da importância dos interesses jurídicos vida, integridade e saúde, a verdade é que não confere ao médico assistente uma faculdade de agressão da autodeterminação do paciente. Ainda que se possa assacar responsabilidade ao médico em caso de omissão, por se encontrar numa posição de garante, um dever de acção resulta não de uma relação especial para com o dono do negócio, mas da imposição de um dever legal de agir na protecção de interesses jurídicos objectivamente tutelados. Daí que, nesta situação de facto, a actuação do médico possa ser qualificada no âmbito de uma estrita gestão de negócios, mas sem que daí se possa excluir a possibilidade de ser ilícita e culposa.

A necessidade assente na verificação de um interesse objectivo deve ser apreciada não só tendo em conta a gravidade dos prejuízos, mas também a existência de um perigo (ou pelo menos de um risco sério) para os interesses do dono, sempre confrontada com um exercício análogo de opções entre agir e não agir e como agir. Pressupondo a interferência na esfera jurídica pessoal, como a que tratamos aqui, vale chamar à colação o princípio da proporcionalidade. A intervenção não autorizada de um terceiro pressupõe sempre a “violação” da obrigação passiva universal imposta inicialmente ao gestor e que, por isso, deve ser restritiva. A actuação do gestor carece de ser legitimada pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da mesma em função do fim prosseguido. E este terá indubitavelmente que ser assegurar a autodeterminação de interesses do próprio paciente, seja a vontade real, previamente manifestada, presumida ou, em última instância, de acordo com os melhores interesses daquele. Tanto mais que o instituto da gestão de negócios não confere legitimidade representativa à actuação do gestor, logo não exclui a eventual responsabilidade do prestador de cuidados de saúde, quando este seja distinto do gestor (p. ex. pessoas próximas ou familiares do dono do negócio), artigos 469.º e 471.º cc.

É ainda necessário, como vimos, que o gestor actue intencionalmente no interesse e por conta do dono do negócio e não em exclusivo proveito próprio (elemento subjectivo animus). Contudo não é necessário que actue em nome do dono do negócio, em particular quando o instituto é chamado a suprir a incapacidade para prestar consentimento, limitando-se o gestor a autorizar a intervenção e a chamar a si as consequências do cuidado de saúde prestado. O gestor terá de manifestar “intenção de atingir para este [dono do negócio] um resultado

útil e não [um] resultado conseguido”⁽²¹⁾. Neste requisito assenta o substrato do regime da gestão de negócios, que valida e legitima a actuação do gestor na intromissão da vida do dono do negócio, pois só a intervenção pautada por critérios altruístas é que releva. Cabe ao gestor enquadrar, uma vez iniciada a gestão de negócios, a sua actuação conforme o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio (artigo 465.º, al. a) cc) — desde que não se demonstre ser conhecida daquele esta vontade real ou prospectiva.

Conforme referido, a actuação do gestor tem de se conformar com e de respeitar a vontade real ou presumida e os interesses do dono do negócio (artigo 465.º, al. a) cc), considerando-se culposa a actividade do gestor quando assim não proceda, nos termos do n.º 2 do artigo 466.º cc. Cumpre, então, determinar quais os critérios pelos quais avaliamos e determinamos os interesses e a vontade do dono do negócio. Partindo da natureza objectiva dos interesses, em contraposição com a subjectividade que resulta da vontade real ou presumida, podemos dizer desde já que o critério vector da actividade do gestor terá de ser sempre pautado pela ideia dos melhores interesses do dono do negócio, salvo se o gestor conhecesse a vontade real ou tivesse fortes indícios da sua vontade presumida. Na medida do possível, e quando a vontade não seja expressa em sentido contrário (ou, sendo-o, seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes), serão os interesses objectivos o critério-guia pelo qual se aprecia a necessidade da actuação do gestor e o controlo desta. Não basta uma mera intenção subjectiva do gestor, é necessário que a sua conduta, objectivamente compreendida, seja conformada pelos interesses do dono do negócio, sen-

do certo que, para o juízo de apreciação da culpa daquele, já a análise será feita pela culpa em concreto. Por isso, “havendo várias formas de satisfazer objectivamente o interesse do dono do negócio, ao gestor cumpre escolher a que melhor se adapte à vontade presumível dele. Havendo dúvidas sobre a vontade real ou presumível do dominus, o gestor optará pela solução que melhor sirva os interesses em causa, contanto que não saia do quadro de soluções que essa vontade comporta”⁽²²⁾, atendendo às circunstâncias concretas do caso. Isto significa que, autonomizando a apreciação da licitude da conduta do gestor, este tenha o ónus de determinar a verificação dos pressupostos para assumir finalisticamente uma conduta como lícita. Não basta invocar a actuação de acordo com os melhores interesses se o gestor não leva a cabo actos instrumentais conducentes e possíveis de adoptar com vista à determinação da vontade real ou presumida.

Tomemos por referência o caso de que partimos. A entrada no serviço de urgência pelo João não justifica qualquer actuação de acordo com os seus melhores interesses, existindo tempo para aferir da origem e antecedentes do paciente, da possibilidade de contactar uma pessoa próxima, de determinar a existência ou não de um testamento vital. Como já referimos, a gestão de negócios não é bastante para justificar uma intervenção na esfera jurídica alheia. Logo, não ilidindo o ónus de prudência e obtenção de um consentimento ou seu sucedâneo, o médico que intervém actuará ilicitamente, porque não agiu com a prudência e diligência exigida ao bom pai de família, atentas as circunstâncias e conhecimentos específicos do médico. Se existir uma directiva antecipada ou um procurador de cuidados de saúde e este seja conhecido do médico assistente, então a

²¹ Cf. Fernando S. L. Pessoa JORGE, *Direito das Obrigações*, vol. I Lisboa: AAFDL, 1975/1976.

²² Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I.

falta de necessidade de suprir o consentimento tornam desnecessária a gestão de negócios no que toca ao suprimento da incapacidade (mas já não, p. ex., para efeitos de direitos de reembolso e honorários quanto ao cuidado de saúde a prestar).

Os interesses do dono do negócio apresentam-se como critérios-guia da actuação do gestor, pelo que, sempre que exista uma vontade validamente formada e expressa (aqui no sentido de conhecimento de todas as circunstâncias) do dono do negócio, que se oponha aos seus interesses objectivos, deverá o gestor abster-se de continuar a actuar, a não ser que a vontade ainda se enquadre num dos interesses legítimos a atender. Isto significa que, como regra de conduta, a justificação genética da actuação do gestor nos termos do artigo 464.º cc e consequente necessidade, dependerá da sua validação (sendo possível) em conformidade com a vontade real ou presumida do dono do negócio (artigo 465.º, n.º 1 al. a) cc).

Qual será, no entanto, a posição a adoptar quando se está perante um incapaz de agir, quer legal, quer de facto? Tratando-se de uma incapacidade de facto, não há diferenças face ao regime geral. E quanto ao interdito por anomalia psíquica? Adriano Vaz Serra defende que “se ele [incapaz] não tiver capacidade contratual haverá apenas que aferir a utilidade da gestão, tomando como referência a vontade e o interesse do seu representante legal”. O autor avança, como argumentos a favor, o facto de entendimento contrário criar conflitos entre o representante legal e o gestor, por ausência de uma compreensão global dos interesses do incapaz, sendo aquele o mais apto para os apreciar e para saber os que mais convêm. Por último, ainda que atribuindo relevância a entendimento contrário, como um “meio de defesa dos interesses dos incapazes” contra uma “má representação dos seus interesses”,

entende que se deverá recorrer, quando tal suceda, aos meios de substituição do representante ou quaisquer outras medidas admitidas por lei.

Apesar da clara validade dos argumentos, não deixa de ser questionável o ponto de partida do autor. Desde logo, atentando no carácter funcional dos poderes ou direitos decorrentes da representação legal, em particular quanto aos interditos, objecto de tutela. O instituto da tutela, meio de suprimento da interdição, se caracteriza por um conjunto de poderes-deveres funcionalizados ao interesse do interdito, sendo por estes objectivada a actuação do tutor. Partindo desta premissa, podemos concluir que o ponto de partida, quer para um gestor, quer para o representante legal, é o mesmo: uma actuação pautada pela prossecução e por conta dos interesses do incapaz. Claro que, quanto à aptidão e ao conhecimento global dos interesses do interdito, o tutor é o que, à partida, se encontra melhor colocado para o efeito. Porém, não podemos atribuir-lhe a exclusividade para determinação dos interesses da pessoa incapaz quando estes são objectivados na falta de vontade presumida e há, na maioria das vezes, uma actuação pontual do gestor. Além do mais, se a ideia é a protecção dos interesses do dono do negócio, atribuindo este instituto relevância à solidariedade e ao altruísmo das pessoas, partindo do pressuposto que a actuação decorre de uma situação de necessidade, com vista à evicção de prejuízos ou perigos, só podemos concluir que esta necessidade é mais premente quando em causa estejam situações de grave perigo e de pessoas incapazes ou com capacidade limitada. O gestor deve, por isso, informar, logo que possível, o dono do negócio da sua intervenção.

Posto isto podemos concluir que a gestão de negócios, no caso particular dos cuidados de saúde e no quadro do suprimento da incapacidade, resul-

ta da impossibilidade, inexistência ou insuficiência de funcionamento dos meios voluntários ou legais de suprimimento da incapacidade. Neste particular, a gestão de negócio, numa perspectiva prática, assume um carácter tendencialmente subsidiário. Bem como não é justificante, porque viola o pressuposto legitimador da intervenção, a decisão contrária à vontade real ou presumida. Tal significa, também, que não pode o gestor actuar contra uma directiva antecipada de vontade eficaz. Ainda que o n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 25/2012, prescreva a oponibilidade da directiva antecipada somente ao profissional de saúde, a verdade é que, resultando aquela do exercício de um direito de personalidade, direito absoluto, tal vontade é oponível a todos, incluindo aquele que se arrogue a condição de gestor de negócios. A natureza desta norma, enquanto norma de protecção, não belisca a relevância das directivas antecipadas de vontade em sede do direito à autodeterminação, integrante do direito geral de personalidade.

A existência de um interesse objectivo não é per se suficiente, caso seja conhecida a vontade real ou presumida do dono do negócio. Nestas circunstâncias uma intervenção estaria a pressupor a violação do direito à autodeterminação do dono do negócio e consequente dever geral de abstenção. Seria portanto um comportamento ilícito e culposos, gerador de responsabilidade civil e penal (o que significa que o paciente ou terceiros podem reagir nos termos gerais das causas de justificação, p.ex. legítima defesa), bem como poderiam ser invocados os meios de garantia dos direitos de personalidade, n.º 2 do artigo 70.º cc. Perante a posição conhecida do gestor, isso significaria que se encontrava afastada a necessidade da intervenção, uma vez que o gestor estaria a actuar ilícita e dolosamente contra o direito de autodeterminação do dono do negó-

cio. Este direito pela sua natureza jus-fundamental prevista no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição (asentando direito à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade), conjuntamente com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, que prevê a sua eficácia directa, pressupõem que prevaleça sobre os pressupostos do artigo 464.º cc.

Em termos de concepção finalística da acção humana, a construção do instituto da gestão de negócios, quando em causa estejam interesses jurídicos pessoais, pressupõe que o gestor inicie a sua actuação em conformidade com o “melhor” interesse do dono do negócio (animus) se a ele não se opuser a sua vontade (utiliter coepter). É a necessidade que valida a actuação discricionária do gestor e que assegura que não exista uma intervenção excessiva na esfera jurídica alheia. Isto significa que na ausência de uma vontade expressa ou presumida clara e inequívoca do paciente quanto a um cuidado de saúde em concreto, se legitime a actuação do gestor ao abrigo da gestão de negócios justificada por estado de necessidade, consentimento presumido ou legítima defesa. Existe necessidade de suprir a incapacidade e será em função das diferentes causas de justificação que se deverá qualificar a conduta assumida pelo gestor. Sendo certo que o direito ou dever de agir confrontado com a existência de uma manifestação de vontade contrária (em particular através de uma directiva antecipada de vontade) deve ceder, porquanto é este o interesse superior aquele que goza de natureza de direito, liberdade e garantia e que se qualifica como direito de personalidade, em particular tendo em conta o artigo 335.º cc. As causas de justificação, enquanto resultantes do exercício de direitos ou cumprimento de deveres resultam da resolução de um conflito de interesses através do qual, em função da diferente fattispecie das causas de justificação (p. ex.º, cum-

primento de um dever, exercício de um direito, acção directa, legítima defesa, estado de necessidade ou consentimento) se justifica a conduta de alguém que estaria tipicamente a violar direitos de outrem ou normas de protecção (tomando como referência o carácter ilícito da conduta nos termos do artigo 483.º cc) (Pessoa Jorge)⁽²³⁾.

A evolução da doença ou condição física e psíquica do paciente pode implicar alterações da sua escala de valores e interesses por alteração do quadro factual antes da inconsciência do doente. Na ausência de garantias sólidas quanto à aferição da vontade real ou presumida e confrontado com os riscos da actuação ou não actuação, a necessidade justifica a intervenção de acordo com os melhores interesses (por critérios objectivos) por parte do gestor. Isto será patente a respeito das directivas antecipadas que por natureza estão sujeitas a um efeito corrosivo na sua eficácia por força dos avanços da medicina. Bem como a não verificação da gestão de negócios não afasta a possibilidade de justificação da intervenção do médico nos termos gerais. O que não se pode admitir é que, conhecendo-se a vontade real ou presumida (dentro do quadro factual fornecido pela circunstância concreta do caso) do paciente, seja possível admitir uma intervenção de um médico que seja contrária à por aquele querida. Daí que o instituto não seja uma causa de justificação, mas tão somente uma relação jurídica de fonte legal cujas obrigações dela emergentes têm regulamentação especial nos artigos 465.º e seguintes. Nem tão pouco afasta as causas de justificação gerais, pelo que a actuação contrária à vontade real ou presumida descarta a justificação da acção à luz do consentimento presumido, podendo a conduta ser licitamente justificada à luz do estado de necessidade.

Atendendo aos trabalhos preparatórios desenvolvidos por Vaz Serra aparentemente não existe uma distinção entre o regime do consentimento presumido e gestão de negócios. Bem como podemos concorrentemente subsumir uma situação de facto ao instituto da gestão de negócios e ao estado de necessidade. Esta posição demonstra que o instituto da gestão de negócios, enquanto fonte de obrigações, corresponde à regulação especial de uma relação jurídica, não se substituindo ou preferindo a regulação à luz de outras relações jurídicas como seja a emergente de um direito absoluto (como simples causa de justificação da ilicitude) ou direito funcional (responsabilidades parentais ou tutela). Há por isso uma relação de concorrência, mesmo que se verifiquem os elementos subjectivos e objectivos constitutivos da gestão de negócios. Citando o autor, no “caso de alguém se intrometer nos interesses alheios, mas no bem entendido interesse do lesado e de acordo com a sua vontade real ou presumível. Há aqui uma gestão de negócios, ou, pelo menos, uma situação análoga”. Concluindo que “quando as pessoas, cujos negócios carecem de gestão, não se encontram em situação de os gerir (é o exemplo da intervenção cirúrgica em pessoa sem conhecimento e sem representante legal, concorda com os princípios da gestão de negócios que se autorize um terceiro a assumir essa gestão, desde que esta se realize no bem entendido interesse do dono e de acordo com a sua vontade real ou presumível”⁽²⁴⁾. No entanto a subsunção da relação no instituto da gestão de negócios apresenta vantagens consideráveis, quer na protecção do gestor, quer do dono do negócio, ao prever um leque de obrigações recíprocas que tutelam cada uma das posições jurídicas de forma mais completa [p. ex.º prestar contas, al.

²³ Cf. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, vol. I.

²⁴ Vaz SERRA, “Gestão de negócios”.

c) artigo 465.º, direito ao reembolso, artigo 468.º, ambos do cc].

Como vimos a gestão de negócios pretende determinar os limites e sede de responsabilidade de quem actua sem autorização na esfera jurídica de outra pessoa e segundo a qual resulta um risco de heterodeterminação dos interesses do dono do negócio. Esta questão torna-se líquida quando a actuação de um gestor de acordo com os melhores interesses do dono de negócio contraria intencionalmente a vontade real ou presumida daquele. Nestes casos apesar de continuar a coberto do regime da gestão de negócios (verificando-se a necessidade desta), não deixará de ser uma actuação ilícita ab initio e geradora de responsabilidade, agora não à luz do artigo 483.º, mas do artigo 466.º, sendo que o conhecimento ou cognoscibilidade da vontade do dono do negócio será relevante em sede de culpa. Aquele que actua sem autorização terá que pautar a sua iniciativa e critérios de decisão em conformidade com o apuramento da vontade real e presumida, nos termos do artigo 487.º, n.º 2 conjugado com o artigo 466.º n.º 2, ambos do cc. O regime de responsabilidade do gestor é, por isso, alternativo ao regime da responsabilidade extracontratual (artigo 483.º cc). A tensão dialéctica entre a liberdade do dono do negócio e a admissibilidade da interferência de terceiros é que justifica a previsão do regime especial de culpa. Todavia, ainda que a actuação não seja culposa por parte do gestor, a mesma não deixará de ser ilícita se contrária à vontade real ou presumida, pelo que pode o dono do negócio, seu representante ou outro terceiro invocar a gestão de negócios contra o gestor que, apesar de actuar conforme os interesses do dono, vai contra a vontade real ou presumida. Uma vez que estamos no campo dos direitos de personalidade, há possibilidade de recorrer aos meios de tutela disponíveis nos ter-

mos do artigo 70.º, n.º 2 cc, e assim fazer cessar a gestão de negócios.

Dito isto, ainda que efectivamente a gestão de negócios, ao contrário do enriquecimento sem causa, não dependa da verificação do requisito da subsidiariedade, não deixa de ser relevante, para efeitos de licitude da actuação do gestor, a necessidade da gestão, no caso que curamos, para o suprimento da incapacidade. O instituto da gestão de negócios, como vimos, pressupõe a violação da esfera jurídica do dono do negócio (ainda que possa ser lícita). Está na sua génese e fattispecie. Havendo autorização para actuar, ou seja, tendo o agente legitimidade para interferir na esfera jurídica alheia, não estamos perante gestão de negócios, antes no âmbito de uma outra relação jurídica. Ora, se é certo que o que diferencia a actuação em conformidade com a vontade real e presumida é a verificação da culpa do gestor, e sua responsabilidade havendo danos, já a determinação de uma gestão de negócios lícita ou ilícita dependerá da necessidade da gestão. Isto significa que podemos ter uma gestão de negócios realizada nos melhores interesses do dono do negócio, mas ainda assim ilícita e por isso geradora de responsabilidade se houver culpa do gestor. Aqui entram, por isso, as causas gerais de justificação da ilicitude, entre outras, o consentimento presumido e o estado de necessidade. Nestas reside a justificação da intervenção e exclusão da responsabilidade pelos danos causados. Uma vez que a gestão de negócios é uma fonte de relações obrigacionais, até à actuação do terceiro não existe qualquer vinculação entre gestor e dono do negócio que impusesse àquele um dever de agir, pelo que só quando a situação demonstra a necessidade da intervenção é que se poderá excluir a ilicitude da mesma. Sendo lícita, então, pode o gestor inclusive ser reembolsado das despesas ou até mesmo remunerado. A ne-

cessidade da intervenção prende-se com a justificação da “lesão” à liberdade do dono do negócio, sem a qual não se encontra, ab initio e durante a gestão, excluída a responsabilidade do gestor

Neste ponto a gestão de negócios, pela sua inserção sistemática, corresponde ao nascimento, por força da lei, de uma relação jurídica especial entre o dono do negócio e o gestor, mas que per se não justifica qualquer actuação, antes impõe deveres de conduta especiais àquele que assume o negócio de outrem sem autorização. Isto significa que a actuação em conformidade com o interesse, e desde que assumidamente a título de gestão de negócios, não é suficiente para justificar a licitude da actuação.

Desde o início do facto voluntário constitutivo da gestão de negócios que recai sobre o putativo gestor um dever de respeitar a vontade real ou presumida do dono do negócio e prosseguir os seus interesses, sob pena de assumir a obrigação pelos danos causados. A justificação da ilicitude da actuação do gestor não autorizada apenas é possível por mediação de outras causas de justificação de ilicitude ou por exclusão da culpa. Ou seja, ou bem que se funda a actuação no consentimento real ou presumido, ou se prossegue um interesse superior, ou então, não se verificando nenhuma das duas, se exclui a culpa porque não era exigível conhecer da vontade ou interesses reais ou presumidos. Isto significa que aquele que intervém contra a vontade real ou presumida do paciente (caso clássico de transfusão de sangue) invocando o estado de necessidade, não poderá ser responsabilizado a título de gestão de negócios, uma vez que o regime de responsabilidade deste apenas autonomiza o elemento culpa e não o da ilicitude. Esse será regulado nos termos gerais da parte geral do Código Civil. Não é por isso indiferente a integração sistemática, pelo que o instituto da gestão de negócios surge como

fonte de obrigações especiais que se distingue do instituto da responsabilidade civil, ao prever um regime especial de responsabilidade (em sede de requisitos de culpa) e uma fonte unilateral de obrigações (a actuação do gestor lícita implica que o dono, independentemente da sua vontade, esteja obrigado a reembolsar, obrigação esta que nasce por fonte da lei em virtude uma actuação unilateral do gestor). Ora este entendimento tem repercussões, como vimos, para efeitos de oposição à intervenção do gestor. Para além dos meios previstos no n.º 2 do artigo 70.º cc, pode ainda um terceiro, com vista a salvaguardar a vontade real e presumida, agir em legítima defesa (artigo 337.º cc) ou por via de acção directa (artigo 336.º cc), uma vez que, não se excluindo a ilicitude pela mera actuação em gestão de negócios, o gestor pode ser visto como agressor, ainda que prosseguindo um interesse objectivo do dono do negócio.

É, portanto, a vontade real ou presumida um dos requisitos legais para a regularidade da gestão de negócios e, no caso particular do presente estudo, para justificação da intervenção na esfera jurídica do doente que, como vimos, assenta na autodeterminação em termos de tutela dos interesses jurídicos. A vontade presumida, nos termos prescritos do artigo 465.º al. a) cc, qualifica-se como norma de protecção dos interesses e vontade do dono do negócio e reserva da sua autodeterminação. No entanto, em conjugação com o artigo 466.º, n.º 2 cc, a gestão contrária à vontade presumida do lesado releva em termos subjectivos na medida em que a violação do dever de abstenção pressupõe a ofensa ao interesse jurídico autodeterminação. Este interesse jurídico, e consequente direito, é concretizado e protegido através de uma norma de protecção que é o instituto de gestão de negócios em particular a alínea a) do artigo 465.º

conjugado com o n.º 2 do artigo 466.º, ambos cc, que apenas valida a decisão do gestor não autorizada na esfera de outra pessoa se respeitadora (ou não violadora) da vontade real ou presumida. Partindo deste entendimento diremos que o dano juridicamente relevante apenas se pode imputar à violação da autodeterminação do dono do negócio sempre que não exista fundamento, nos termos gerais, para imputar responsabilidade pelos interesses jurídicos vida, integridade física ou saúde. Caso exista violação culposa das *leges artis*, entramos no âmbito da tutela delitual comum.

ii. Consentimento Presumido

A ausência de uma vontade expressa por parte do titular de um direito pode resultar de diferentes motivos. Cabe então determinar a possibilidade legal de (re)construção da vontade do incapaz face à necessidade de tomada de uma decisão. Podemos identificar dois grupos de casos em que se justifica a aplicação do consentimento presumido: situações em que se prossegue o superior interesse do titular dependente do consentimento, para as quais se encontra incapaz (por exemplo, a realização de uma intervenção médica num inconsciente); ou situações de prossecução de um interesse individual por intermédio de um interesse jurídico de terceiro, cuja intervenção é socialmente irrelevante ou se funda em relações pessoais especiais (p. ex.º, alguém precisa urgentemente de fósforos para cozinhar, então decide ir a casa de amigo pedi-los e, uma vez que ele não está em casa, leva os fósforos, presumindo que o dono da casa os teria dado de qualquer maneira). Iremos tratar somente do primeiro grupo de casos, pois apenas nesse estaremos perante um meio de suprimimento da incapacidade ⁽²⁵⁾.

Dispõe o n.º 3 do artigo 340.º cc que tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível. A justificação da intervenção resulta da sua conformidade presuntiva com a vontade e interesses do lesado. Ao contrário do consentimento, a integração de uma vontade presumida não resulta de uma manifestação pessoal e autodeterminada do direito de personalidade. Falar em consentimento presumido é, antes de mais, falar de ausência de consentimento real. Antes se apresenta como causa de justificação da conduta de terceiro, por se determinar por referência a valores e interesses do lesado que permitem aferir o sentido presumido da decisão que teria o lesado, caso fosse capaz. O terceiro que actua ao abrigo do consentimento presumido, actua no quadro de uma decisão resultante do processo de reconstrução da vontade do titular dos direitos violados.

O consentimento presumido, ao contrário do consentimento (mesmo quando este é prospectivo), não é uma manifestação e afirmação da autodeterminação, mas antes o fundamento que reconhece juridicamente como lícita a actuação de um terceiro na esfera jurídica do lesado. Com vista a evitar a hetero-determinação de interesses estranhos àquele, impõe o artigo 340.º, n.º 3 cc (assim como o artigo 39.º cp) que a intervenção seja conforme à vontade presumível. Todavia, a justificação da intervenção resulta de causas externas à vontade e domínio do seu titular, pelo que se deverá restringir a sua utilização: em regra, somente valerá perante a incapacidade de facto da pessoa associada à necessidade de uma intervenção.

O fundamento para justificar uma intervenção nos direitos de personalidade à luz do consentimento presumido acaba por se aproximar da remoção de um perigo actual do estado de necessidade

²⁵ Cf. Ansgar OHLY, “*Volenti non fit iniuria*”: Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

(artigo 339.º, n.º 1 cc). Não estando em causa uma situação de urgência ou de perigo iminente, deverá, por regra, ser constituída uma medida de protecção e designação de representante, com prevalência da autonomia última do incapaz. O paralelo encontra-se quanto à necessidade da intervenção e sua concretização.

O consentimento presumido funciona por isso a título subsidiário, enquanto meio de suprimento da incapacidade e é colocada enquanto em termos de legitimidade da intromissão da esfera jurídica alheia. Neste ponto, a primazia para a justificação da intervenção deve ter como fundamento relações jurídicas voluntárias ou legais que justifiquem a actuação e em alguns casos imponham o dever de actuação (seja geral ou especial). Mais do que no campo patrimonial *tout court*, a intervenção não autorizada para não ser ilícita, tendo em conta a obrigação passiva universal inerente aos direitos absolutos, tem que *ab initio* estar legitimada pela prossecução de bens e interesses jurídicos superiores. Na inexistência destes, o terceiro deve respeitar o princípio da inércia. Daí que, qualquer que seja a actuação a realizar, seja indispensável a obtenção do consentimento prévio. Só quando não seja possível obter, *p. ex.º* em virtude da inconsciência e/ou incapacidade do interessado para gerir os seus interesses ou realizar ou autorizar determinado acto, ou da necessidade de alargamento de uma intervenção cirúrgica. Neste sentido é próprio invocarmos o funcionamento necessário (de certa forma, subsidiário) deste instituto e no qual conflui a exigência de que actuação seja no interesse do lesado.

O artigo 340.º, n.º 3 cc, ao contrário do prescrito no artigo 39.º, n.º 2 cp, refere-se expressamente à intervenção no interesse do lesado. Segundo Orlando de Carvalho, a causa de justificação em

direito civil é, por isso, mais restritiva, não correspondendo integralmente ao âmbito de justificação que resulta do Código Penal. A relevância prática da referência ao interesse do lesado centra-se nos casos em que a necessidade de intervenção não se funda numa questão de urgência ou não é inadiável, porquanto para estas situações valerão outras causas de justificação, como o estado de necessidade ou legítima defesa por terceiro. Em ambas aquelas situações, é necessário comprovar a actuação conforme o interesse do lesado. Porém, fora das situações de necessidade (em que há uma justificação objectiva), só mediante a verificação de um interesse subjectivo na intervenção se admite como lícita e sem culpa a actuação do terceiro. Segundo Ansgar Ohly, a relevância da actuação conforme o interesse do lesado se verifica a título de culpa. Se o agente pode presumir que o lesado estaria de acordo, então agiu sem negligência; em todos os outros casos, não há nada que se oponha à responsabilidade do agente. Também para nós a questão se irá localizar na apreciação da culpa, tanto mais notória quando falarmos da interpretação e execução de uma directiva antecipada atenta a possibilidade de a afastar a eficácia desta (n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 25/2012).

Entre o consentimento e o consentimento presumido existe uma relação hierárquica, em que este é subsidiário daquele enquanto meio de suprir a ausência do consentimento. Inexistindo uma autorização ou recusa expressa ou tacitamente manifestada, o consentimento presumido vem permitir a justificação da actuação de terceiro que, na verdade, se baseia numa ponderação objectiva, sob reserva de correcção subjectiva. Equiparamos em igual força e eficácia o consentimento expresso ou tácito. Valem por isso as regras do artigo 217.º *ex vi* artigo 295.º cc, o que significa,

salvo nos casos em que a lei exija um consentimento expresso (p. ex. o consentimento prestado no âmbito dos ensaios clínicos, artigo 2.º, al. 1) da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, última alteração pela Lei n.º 73/2015, de 27 de Julho), qualifica-se como verdadeiro consentimento toda a manifestação de vontade que se deduza de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (p.ex. o paciente ao consentir expressamente a realização da cirurgia permite concluir que consente os procedimentos pré e pós-operatórios).⁽²⁶⁾ Toda a decisão deve ser livre e esclarecida, devendo ser reconhecida a toda a pessoa, nos limites e aptidão natural da sua capacidade, a faculdade de consentir ou dissentir em determinada intervenção médica. Assim, o recurso a critérios objectivos de decisão ou a terceiros não investidos de poder de decisão pelo próprio incapaz ou por até mesmo por um tribunal choca com o reconhecimento e a promoção da autodeterminação assente na legítima e lícita intervenção de um terceiro.

Estando perante um paciente incapaz para prestar consentimento para o necessário cuidado de saúde, cabe saber como o suprir não existindo um representante voluntário ou legal. Neste tipo de situações a impossibilidade de consentir resulta do estado de inaptidão do paciente para o prestar e não da sua ausência. Em primeiro lugar, e independentemente de se tratar de um interdito por anomalia psíquica ou alguém incapaz de facto, não pode ser o paciente afastado do processo de decisão. Existe o ónus de o incluir, dentro da capacidade remanescente, no processo de decisão. Assim resulta dos artigos 6.º, n.º 3 e 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina. A necessidade de tomar em consideração e

garantir a participação do incapaz vem prevista no princípio 23, n.º 3 da Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa. Ainda neste sentido ver os artigos 12.º, n.º 4 e 25.º al. d) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Significa que, independentemente do regime legal das directivas antecipadas e seus efeitos, qualquer manifestação de vontade ou interesses prévios releva para a reconstrução da vontade presumida do interessado. O seu conteúdo apesar de não ser imediatamente vinculativo, não deixa de ser relevante, por mediação do dever de reconstrução da vontade presumida do paciente, aliás como decorre do artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Mas, uma vez que dizem respeito a actos pessoalíssimos e em causa está a falta de actualidade da manifestação de vontade, exige-se não só que estas directivas antecipadas sejam claras e concretas, mas também que tenham em vista a possibilidade de o paciente se encontrar numa situação de não poder prestar validamente o seu consentimento.

O consentimento presumido obtém-se procedendo à determinação da vontade hipotética-conjectural do paciente incapaz, isto é, da vontade que o mesmo teria manifestado se houvesse previsto aquela questão. Baseia-se, por regra, numa ponderação de interesses objectivos decorrentes de um juízo de prudência e normalidade que está, no entanto, sujeita a uma correcção de base subjectiva. A relevância do interesse objectivo centra-se no facto de, em regra, a pessoa querer o que será objectivamente considerado como conforme os seus melhores interesses. No que diz respeito aos cuidados de saúde tal traduz-se no juízo que todo o acto medicamente indicado e necessário corresponderá ao melhor interesse do paciente e que, por isso, é de esperar que seja conforme ao seu interesse subjectivo.

²⁶ Cfr. Paulo MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.

A justificação do cuidado de saúde sem o consentimento do paciente depende da validação da decisão tendo em conta a necessidade daquele numa dupla função: necessidade do cuidado de saúde e esta necessidade ser conforme o interesse do paciente. Diremos por isso que o teste da necessidade é aqui entendido num sentido restrito de acto útil como meio de sindicância da actuação do médico. Ora, o teste de necessidade, no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade, é valorado atenta a função negativa e positiva do princípio, centrando-se a primeira nos limites da intervenção por terceiros e a segunda na justificação para intervir.

Existindo medidas que produzam efeitos restritivos ou benéficos, ter-se-á metodologicamente que aferir, em primeiro lugar, os efeitos restritivos enquanto critério de orientação de decisão, apenas relevando os efeitos positivos quando existam alternativas de meios restritivos necessários para determinado fim. Neste sentido, apresentam-se como úteis os critérios de correcção que se traduzem nos efeitos que favorecem os interesses objectivos do paciente. No entanto a determinação da vontade presumida terá que ser sempre concretizada pela referência aos interesses e referências subjectivas da pessoa em causa. A verificação dos pressupostos objectivos da necessidade do acto médico vale *prima facie* como causa bastante para justificar a intervenção do médico verificados que estejam os demais pressupostos de justificação. Caberá ao paciente demonstrar que o médico foi contra a sua vontade presumida, demonstrando assim a ilicitude da actuação daquele, conjuntamente com a prova de que a actuação contrária à sua vontade presumida foi culposa na medida em que lhe era exigível conhecer ou que conhecia os seus interesses subjectivos e que estes impunham a omissão ou a

actuação noutro sentido. Tal juízo terá que se reportar às circunstâncias em que foi realizado o cuidado de saúde, e não posteriormente. Não fica, no entanto, exonerado o médico do ónus decorrente da obtenção de um consentimento e que pressupõe, na ausência de capacidade, a reconstrução de uma vontade presumida conforme aos interesses subjectivos. Mesmo que o ponto de partida sejam os melhores interesses, no final, a intervenção só será justificada se for conforme o interesse subjectivo do paciente.

Neste âmbito, a família desempenha um papel de relevo, se bem que não decisivo, uma vez que não lhe cabe decidir e representar o incapaz. Não obstante, é através de informações obtidas, sobretudo junto daquela, que o médico poderá reconstituir qual o conjunto de valores do paciente incapaz e qual a sua vontade real ou hipotética perante a situação em que agora se encontra. Não se pode, porém, aceitar como prática corrente que pacientes crónicos e terminais sejam mantidos na ignorância quanto ao seu real estado clínico e afastados de participar no processo de decisão, sendo a situação discutida e decidida apenas pela família e pelos médicos. Só em situações excepcionais é que não se exige o dever de informar, como sucede nos casos de privilégio terapêutico.

A respeito do consentimento presumido, veremos que se apresenta como claramente insuficiente quando estejamos perante pacientes incapazes, mas que, em nenhum momento, possuíram discernimento e autonomia, para que se possa extrair um qualquer juízo hipotético-conjectural da sua vontade. Terá, pois, de existir um suporte mínimo no juízo formulado, pois sem ele é impossível estabelecer juízos sobre vontades inexistentes. Nestes casos, tende a recorrer-se ao critério dos melhores interesses do doente. Não existindo fundamentos

para “corrigir” o interesse objectivo, prevalece integralmente este.

c. Instituto da Representação

Falar no instituto de representação é falar de um instrumento que permite a alguém agir em nome de outrem, que lhe confere poderes para tal, repercutindo os efeitos da sua acção na esfera jurídica deste. Quando nos enquadrámos no âmbito da representação da esfera de interesses pessoais, a actuação do representante será mais a de alguém a quem a lei ou negócio jurídico confere legitimidade, porque autorizado pelo representado, para decidir sobre a esfera de interesses pessoais deste. Daí que, tratando-se de mover esta esfera de interesses, o representante tenha, necessariamente, que agir no interesse exclusivo do representado, sendo este tomado de um ponto de vista subjectivo, considerando a sua situação de vida e pessoal, interesses, valores e vontade previamente manifestada. A actuação está, por isso, estritamente vinculada e funcionalizada àqueles critérios. O representante não pode reportar o seu ponto de vista e compreensão ao centro de interesses da pessoa, assim como não pode filtrar ou conformar os desejos e interesses da pessoa por critérios de normalidade.

No âmbito da representação para a esfera de interesses pessoais do representado, em particular quando falamos de direitos de natureza pessoal, o representante está vinculado funcionalmente à vontade real ou presumida do representado, no limite à compreensão dos interesses e escala de valor do representado. Não sendo possível determinar esta, então deve orientar a definição do melhor interesse do representado de acordo com a escala de

valores e interesses deste ⁽²⁷⁾.

A legitimidade da actuação e grau de vinculatividade depende da construção de uma vontade presumida do representado. Não obstante esta vinculação, os interesses e desejos do outorgante não serão prosseguidos quando não se configurem como lícitos. Os limites apontados para as directivas, em particular a ordem pública, transpõem-se para os poderes de representação, tanto mais que o valor qualificado destas significa que, por argumento de maioria de razão, o que impede a eficácia da directiva, também impede a actuação do representante.

Ao serem atribuídos poderes de representação para cuidados de saúde através da procuração de cuidados de saúde, o representante, que actua em nome e no interesse do representado, terá que ser devidamente informado para suprir a incapacidade deste para consentir. O que pressupõe que seja revelada àquele a necessária informação clínica para uma tomada de decisão. Autorização que pode ser expressa no documento, ou pode resultar tacitamente atento o conteúdo de poderes atribuídos e finalidade do instrumento de procuração. No entanto, a revelação de tais informações deve ser somente a necessária ao cuidado de saúde em questão. Deverá por isso ocorrer uma revelação limitada dos dados clínicos e apenas daqueles necessários

²⁷ Ver, inter alii, João Carlos LOUREIRO, “Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? – Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico”, Cadernos de Bio-Ética, Dezembro de 1994; e IDEM, “Pessoa e Doença Mental,” Boletim da Faculdade de Direito, 2005; João Vaz RODRIGUES, O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), (Coimbra: Coimbra Editora, 2001); André Gonçalo Dias PEREIRA, O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente (Estudo de Direito Civi), (Coimbra: Coimbra Editora, 2004); Paula Távora VÍTOR, “Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor,” Lex Medicinæ (Revista Portuguesa de Direito da Saúde), 2004; IDEM, “O apelo de Ulisses – o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na lei Portuguesa”, Julgar, número especial: Consentimento Informado, 2014.

para uma tomada de decisão esclarecida. Por isso, qualquer revelação tem que se fundar directamente no processo de decisão em concreto, quer na óptica do cuidado de saúde em concreto, quer no âmbito da relação de cuidado duradouro que daí advenha. A contemplatio dominis alarga-se ao acesso aos dados clínicos. Contudo, já deverá resultar de forma expressa da procuração para as situações em que a informação seja complementar ao exercício dos poderes de representação (para uma melhor adequação do cuidado).

Ao representante cabe, perante a incapacidade do representado, o poder de decisão quanto aos cuidados de saúde a receber ou a não receber (artigo 11.º, n.º 1 Lei n.º 25/2012). Significa que há uma dupla condição: a restrição legal dos poderes se limitarem ao poder de decisão e a representação perante o médico assistente (e demais profissionais de saúde). Não é previsto expressamente a atribuição de poderes de representação para outros actos conexos com a situação de incapacidade, como por exemplo, representação para celebrar contratos de cuidados médicos, internamento ou prestação de cuidados materiais. Todavia, nada obsta a que na procuração se incluam outros poderes de representação, nomeadamente patrimoniais (artigo 262.º, n.º 1 cc), bem como que figurem num só documento as directivas e a procuração. Tal procedimento será o mais adequado, tendo em vista que tal permite construir a escala de valores, interesses e vontade do representado, constituindo o pressuposto e os limites dos poderes de representação. Não obstante a tipificação da procuração para cuidados de saúde pela Lei n.º 25/2012, nada impede que o seu objecto seja alargado. As exigências legais prendem-se com o objecto limitado aos cuidados de saúde e respectivo suprimento da incapacidade para efeitos do artigo 6.º, n.º 1, não obstante à

possibilidade de integrar, nos limites da lei, outros poderes e outras funções (aplicando-se as regras gerais previstas no artigo 262.º e ss. cc) – vale aqui o princípio da autonomia privada, que nós caracterizamos como autodeterminação prospectiva.

O exercício dos poderes de representação devem-se qualificar como verdadeiros poderes-funcionais, cujo exercício é condicionado à ponderação das manifestações de vontade ou opinião anteriores, orais ou escritas, assim como das convicções éticas, religiosas e outros valores pessoais do representado. A actuação do representante encontra-se, assim, vinculada aos interesses subjectivos com os limites decorrentes da ordem pública (artigo 5.º Lei n.º 25/2012). Os poderes de representação vão até onde se legitimar a actuação do representante na vontade presumida⁽²⁸⁾. Para lá desta, estaremos perante uma representação sem poderes que, perante a natureza pessoal do negócio jurídico, torna a decisão ineficaz. Isto significa que o princípio geral da abstracção (artigos 260.º e 266.º cc) não vale para os poderes de representação legal e representação voluntária em sede de suprimento do consentimento. Desta feita, o médico assistente não goza da protecção conferida aos terceiros no âmbito da relação externa ao abrigo do princípio da abstracção. Sendo este em regra o destinatário do consentimento, condição de licitude da sua intervenção, cabe-lhe aferir dos respectivos pressupostos que legitimem o cuidado de saúde a prestar; logo, cabe ao médico assistente determinar qual o interesse subjectivo do paciente e desta feita sindicar a decisão do representante. A não observância deste dever tem como sanção a qualificação da actuação do médico assistente como

91

²⁸ Volker LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)*, Mannheim: Mohr Siebeck, 2000.

ilícita, na medida que a decisão do representante contrária à vontade do representado é ineficaz.

i. Representante Legal (tutor)

Quando os poderes de representação tenham como fonte uma relação jurídico-legal de tutela, decorrente da interdição, vimos que o tutor não se pode sobrepor à decisão de um interdito capaz para consentir. A capacidade para o consentimento de um determinado cuidado de saúde é, como vimos, uma capacidade de facto sujeita a uma avaliação actualista e concreto-subjectiva, por isso, concluímos que o decretamento da interdição não faz decorrer qualquer efeito incapacitante para prestar consentimento para um determinado cuidado de saúde. A capacidade para prestar o consentimento caracteriza-se por ser actual e, por isso, quer pela natureza e riscos do tratamento, quer pelo estado psico-físico do incapaz, pode dizer-se que, apesar da sentença judicial, o interdito é capaz para prestar o consentimento, assim se deve presumir, em particular a partir do n.º 2 do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. A partir deste momento, torna-se absurdo que seja o representante legal a decidir e determinar qual a vontade de uma pessoa plenamente capaz para consentir. No fundo, a pessoa tem capacidade para se autodeterminar, não fazendo qualquer sentido recorrer a alguém que deve agir nos seus interesses, suprimindo a sua falta de vontade em questões que tocam em direitos pessoais. Tratar-se-ia de uma clara violação do direito à dignidade humana e liberdade, bem como, e subsequentemente, dos direitos à vida e integridade física.

Impõe-se ao tutor que, obrigatoriamente, quanto às decisões tomadas em representação do incapacitado na esfera de interesses pessoais, vá ao encon-

tro da vontade real ou presumida deste. Isto implica, na medida do possível, que, ainda que o interdito seja incapaz para prestar o consentimento para o acto médico, se garanta a autonomia natural revelada e, pelo menos, se assegure a sua participação no processo de decisão (artigo 1878.º, n.º 2 *in fine* CC e, em especial, artigo 6.º, n.º 3 *in fine* Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina). O representante legal do incapaz, no exercício dos seus poderes-deveres, não dispõe de uma ampla liberdade sobre a saúde e vida do incapaz, antes pelo contrário. Podemos dizer que, em primeira linha, se encontra vinculado à vontade e estrutura de valores do incapacitado e, na eventualidade de não se poderem determinar com clareza os mesmos, terá de pautar o exercício dos seus poderes pela prossecução dos melhores interesses do incapaz ⁽²⁹⁾.

A actuação do representante, ainda que se pautar pelo critério objectivo do *bonus pater familias* (artigo 1935.º, n.º 2 CC), deverá ceder, conformando-se com a vontade real ou presumida do representado e orientando-se de acordo com os seus interesses, sejam estes manifestados no exercício do direito de participação ou resultantes do quadro de valores existente [prevalecem os critérios interpretativos previstos nos artigos 340.º, n.º 3, (consentimento presumido) e 465.º, *al. a*) (gestão de negócios), ambos do CC]. Trata-se de funcionalizar os poderes de representação legal, enquanto meio de afirmação da personalidade jurídica da pessoa incapaz, que invariavelmente exige, na competência de facto, o poder de auto conformar a sua vida e interesses. A

²⁹ Wolfram MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1955; Dieter SCHWAB, "Betreuung und Private Fürsorge," in Hermann LANGE, hrsg., *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, 1993; Karl August Sachsen GESSAPPE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

violação deste dever pressupõe a violação do direito de autodeterminação do incapaz, logo estamos perante um decisão ineficaz.

Importa ter presente que a diferença entre representação legal e voluntária não resulta dos poderes funcionais de que o representante legal é titular (já vimos que os poderes do representante voluntário assumem a mesma natureza). Em ambas, o que está em causa é concretizar o direito à autodeterminação, facultando instrumentos jurídicos para a afirmação do representado no comércio jurídico, ou seja, para a sua inclusão, logo para o colocar em situação de igualdade face aos demais. No âmbito da representação legal, os poderes conferidos ao representante constituem veículos para a realização dos interesses e vontade do incapaz representado, ou seja, instrumentos jurídicos de suprimento da sua incapacidade de agir. Idêntica função pode ser desempenhada pela representação voluntária, em particular no âmbito das declarações de vontade antecipada, pois o suprimento da incapacidade não é exclusivo da representação legal.

Quando a eficácia do consentimento dependa da celebração de um negócio jurídico que exija capacidade de agir negocial, cabe ao representante legal suprir a incapacidade (como será, por exemplo, a celebração de um contrato de prestação de cuidados continuados), salvo se o negócio jurídico se subsumir em algumas das exceções sancionadas no artigo 127.º, n.º 1 cc. Ainda que pareça resultar da sentença constitutiva da incapacidade um aparente fraccionamento da capacidade de agir entre actos patrimoniais e actos pessoais, a mesma não põe em causa o conceito de capacidade de agir unitário. Efectivamente, realça-se antes a refracção do reconhecimento jurídico da capacidade de facto por referência aos interesses em causa. A necessidade de assegurar a administração e cuidado dos

interesses do incapaz, aliada a requisitos de segurança do tráfego jurídico, mantém-se por força da decisão judicial. A eficácia real do consentimento depende da sua validação de acordo com os interesses subjacentes ao fundamento da incapacidade judicial decretada, designadamente, a administração patrimonial com vista a assegurar o bem-estar e qualidade de vida da pessoa incapaz.

Opondo-se o representante legal à celebração do negócio jurídico, pressuposto da atribuição de eficácia do consentimento, gera-se uma situação de conflito susceptível de recurso ao tribunal (artigo 1881.º, n.º 2 cc), designando-se um curador especial ou habilitando-se o protutor para representar o incapaz (artigo 11.º, n.º 3 CPC e artigo 1956.º *al. c*) *ex vi* artigo 139.º cc) ou requerer a modificação da medida de protecção judicial, nos termos do artigo 905.º, n.º 3 CPC. Não obstante a faculdade legal reconhecida, este artigo 905.º, n.º 3 CPC não é o meio processual idóneo para intervenções pontuais ou temporárias que não resultem numa alteração duradoura do estado do incapaz, à semelhança dos requisitos prescritos para o decretamento da interdição e inabilitação.

O tribunal deverá dar prevalência à decisão do interdito, enquanto resultado da autodeterminação responsável da sua esfera jurídica. Somente se as consequências da decisão tomada por aquele resultarem em prejuízo grave que frustre a medida de protecção decretada (p. ex.º, a mensalidade do alojamento em lar é superior aos rendimentos do interdito) é que se poderá pôr em causa a vontade que está, no entanto, sempre dependente de uma decisão judicial e mediante uma estrita justificação proporcional.

ii. Representação Voluntária (Procurador de cuidados de saúde)

A representação atribui a uma pessoa o poder para actuar, em substituição do representado que se encontra incapaz de prestar consentimento (artigo 13.º Lei n.º 25/2012). Em termos gerais, a representação voluntária é reconhecida como manifestação intrínseca da autonomia da vontade e do poder de transferência de decisão para um terceiro. Reportando às especificidades dos incapazes de facto e da sua representação, a admissibilidade daqueles por intermédio de uma procuração depende da vinculação aos interesses e conformação voluntária da assunção de um poder-funcional por parte do representante. Acentuando a importância de toda a actuação ser no interesse do representado reforça-se, igualmente, a importância de as funções exercidas serem a título de cuidado e protecção. O exercício do poder de representação a favor de uma pessoa incapaz de facto qualifica-se, nas palavras de João de Castro Mendes, como “direito ou poder de conteúdo altruísta e exercício vinculado”. Os poderes de representação consignados ao representante estão limitados pelo fundamento subjacente à relação jurídica que lhe serve de base: suprir a incapacidade de facto temporária de uma pessoa (artigo 265.º, n.º 1 cc). São passíveis de ratificação os actos que extravasem esse poder, presumindo que se mantém a situação de incapacidade de facto, pois, caso contrário, serão susceptíveis de ratificação nos termos gerais aquando do regresso da aptidão para se autodeterminar.

A procuração de cuidados de saúde pressupõe, com a sua utilização por parte do procurador, a adesão a uma relação jurídica de cuidado dos interesses do paciente-representado. Esta relação constitui-se como negócio base, que poderá ser contemporâneo à outorga da procuração (aproximando-se da

figura do mandato) ou a posteriori. Tratando-se de um negócio jurídico unilateral que, na sua génese, não tem que ter um carácter receptício, os seus efeitos (e utilidade) dependem do conhecimento do procurador e da sua invocação perante terceiros. Ou seja, a relevância prática do instrumento depende da sua invocação para lá da mera relação interna representante-representado. Ou seja, a finalidade da procuração para cuidados de saúde depende, para a sua plena relevância social e jurídica, do seu exercício. Desta feita, é ínsito à sua outorga a existência contemporânea ou sucessiva de uma relação jurídica base de onde emergem deveres de cuidado que quando aceites pelo procurador (seja previamente ou no exercício dos poderes conferidos). Podemos pois falar, no caso particular dos cuidados de saúde, que o procurador no exercício dos seus poderes aceita, seja de forma expressa ou tácita, os efeitos decorrentes da finalidade da procuração: uma relação de cuidado. Estamos perante um facto jurídico complexo, que poderá ser de formação simultânea, se for acompanhada de um contrato de mandato, ou sucessiva, aquando do exercício dos poderes nela previstos pelo procurador. Assim, uma vez exercidos os poderes de representação conferidos pelo instrumento, sobre o procurador recaem, pela sua aceitação expressa ou tácita dos poderes de representação, deveres de cuidado que impõem a sua actuação na salvaguarda dos interesses do representado. Desde logo, mesmo que seja livremente revogável pelo procurador (n.º 2 do artigo 14.º da Lei n.º 25/2012), ele não pode interromper a sua actuação sem acautelar que os interesses do representado estão salvaguardados e sem risco de resultarem danos da interrupção da sua actuação.

A procuração de cuidados de saúde não pode deixar de ser vista como tendo uma relação jurídica

base de cuidado e de natureza complexa, uma verdadeira relação fiduciária entre o representante e o representado, composta por variáveis que resultam das vicissitudes das relações entre ambos e da capacidade actual da pessoa para autonomamente governar os seus interesses. A procuração e a relação de onde emerge são dinâmicas, pelo que as suas vicissitudes, em particular quanto ao estado do representado, deverão ser comunicadas ao terceiro.

Será por interpretação da relação subjacente que se irá apreender o conteúdo e extensão dos poderes representativos atribuídos e respectiva finalidade. E assim se determinará a vigência ou cessação da procuração em virtude da incapacidade do representado. Face à finalidade protectiva que preside à atribuição de poderes de representação, a eficácia e âmbito dos poderes do representante serão tanto maiores quanto mais expressamente forem identificadas as finalidades protectivas e as razões da escolha do representante (designadamente, por referência às relações de confiança e proximidade do representado).

Existe uma ampla liberdade para o beneficiário determinar quais as suas esferas de interesses a serem objecto de representação. A Lei n.º 25/2012 é omissa quanto à possibilidade de constituição de mais do que um representante; contudo, partindo do sistema jurídico e dos seus princípios, em particular do princípio da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade, consideramos que o outorgante pode organizar o seu cuidado privado nomeando para o efeito mais do que um procurador.

A autonomia privada, enquanto instrumento de reconhecimento e respeito pela autodeterminação da pessoa, concede ao beneficiário a possibilidade de uma protecção de geometria variável conforme à sua vontade. Aos poderes de representação para os cuidados de saúde poderão ser aliados poderes

para representação dos interesses patrimoniais do outorgante. Mas, dentro do quadro de atribuições e competências atribuídos, os poderes de representação encontram-se estritamente vinculados aos interesses dos representados, à semelhança do que sucede na representação legal.

A relação de cuidado só será efectivamente assegurada se houver uma adesão voluntária da pessoa investida nos poderes de representação e, desta feita, da sua invocação e exercício resulta a assunção da obrigação de cuidar da pessoa incapaz, em particular de a representar no que diz respeito aos cuidados de saúde devidos e a prestar ao paciente. A vantagem da aceitação dos deveres de cuidador contemporâneos à outorga da procuração apresenta como vantagem a assunção de um dever especial de agir e não uma mera obrigação natural para o fazer por parte do procurador. No entanto, seja por contrato ou por negócio jurídico unilateral, é para nós claro que o exercício dos poderes conferidos pela procuração não deixarão de pressupor a existência de um negócio base assente numa relação de fidúcia entre representado e representante.

Dito isto, não poderemos deixar de dar nota que a representação voluntária, mesmo no quadro do procurador de cuidados de saúde, não poderá substituir as medidas de protecção legais decorrentes do regime legal da incapacidade. Este prevê um conjunto de normas imperativas atinentes à protecção da pessoa maior vulnerável que carece de garantias de defesa dos seus interesses. O que se verifica é a determinação de um grau de intervenção legítima e lícita para as situações em que a pessoa não se encontra num quadro legal subsumível às incapacidades jurídicas, ou em que se apresenta como o meio adequado ao cuidado dos interesses da pessoa. Neste sentido, e salvaguardada sempre a legitimidade de instauração de uma medida de

protecção jurídica, designadamente pelo Ministério Público, o incumprimento das funções de representante pressupõe a necessidade do cuidado jurídico, pelo que, à luz do nosso sistema de iure constituto e mesmo de lege ferenda, a vinculação do representante não é condição para o sucesso do cuidado da pessoa.

iii. Relação entre representante legal e representante voluntário

O procurador de cuidados de saúde só terá poderes de representação tratando-se de uma incapacidade temporária, isto porque, se for duradoura, a forma de representação terá que ser a representação legal, caso a situação do outorgante justifique a interdição ou a inabilitação (sendo que nesta poderá a medida não implicar a caducidade da procuração). Nas situações de incapacidade duradoura os meios de protecção serão as incapacidades jurídicas previstas nos artigos 138.º e seguintes, determinando a caducidade da procuração nos termos gerais aplicáveis ao mandato, enquanto regime típico e supletivo dos contratos de prestação de serviços (artigos 1174.º al. a) e 1175.º, n.º 1 cc). Decorrendo, como vimos, o exercício dos poderes de representação pelo procurador de cuidados de saúde de um facto complexo que pressupõe uma relação jurídica base de cuidado, e desta forma próximo de uma prestação de serviços, aplicamos, em tudo o que não contrarie o prescrito nos artigos 11.º a 14.º da Lei n.º 25/2012, o regime do mandato com representação. Assim, decretando-se a interdição do outorgante, a procuração caduca, nos termos do mandato, caso se trate de uma inabilitação a procuração mantém-se em pleno vigor, salvo se forem atribuídos por decisão judicial poderes de representação legal para os cuidados de saúde. Contudo,

pugnando pela prevalência da autodeterminação prospectiva e uma ideia de subsidiariedade, podemos dizer que o juízo constitutivo da incapacidade jurídica deverá ter em conta a directiva antecipada na determinação da medida de protecção. Daí pugnarmos por um entendimento actualista do Código Civil reabilitando a inabilitação como medida privilegiada de cuidado pessoal, permitindo ao tribunal aferir da adequação da medida de protecção a aplicar em cada caso.

Posto isto, se o tribunal concluir pela interdição, o modelo de protecção total prevalece sobre o cuidado privado definido pelo agora interdito. O representante legal passa a desempenhar as funções de representação mesmo para os actos pessoais atenta a natureza funcional do seu direito. Isto significa que a procuração caduca, apenas relevando enquanto instrumento de concretização da vontade real ou presumida e definição de escala de valores e interesses ou para efeitos de designação do tutor (artigo 143.º, n.º 2 cc).

A relevância da autodeterminação da pessoa subsiste em determinados casos, não só como essência da personalidade jurídica a garantir, mas também na consubstanciação de um direito de veto do incapaz para consentir. Os requisitos são menores do que os exigidos para a formação da capacidade, bastando uma opinião livre em relação à natureza da intervenção e suas consequências para a esfera pessoal. O direito de veto é reconhecido em legislação especial, como sucede nas Leis de ensaios clínicos e transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

E aqui se coloca o problema de determinar onde fica a ordem pública e respectiva protecção legal e o âmbito da procuração dos cuidados de saúde. Como já o dissemos, a ordem pública portuguesa pressupõe a protecção dos incapazes adultos por anomalia psíquica ou psíquico-física de carac-

ter duradouro, por intermédio de uma organização legal de protecção, emergente da instauração da tutela. Tal modelo legal é a forma de protecção única das pessoas incapazes e que salvaguarda o seu cuidado pessoal e patrimonial com garantias de controlo privado (Conselho da Família e Protutor) e público (função do Ministério Público).

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e do Estado Social impõem um modelo de protecção legal que não pode ser substituído, no actual quadro legal, por instrumentos exclusivamente privados. Assim, não pode a pessoa substituir o regime legal vigente sob pena de violar o sistema de protecção em vigor, incorrendo em fraude à lei. Isso representaria a subversão do sistema legal de protecção, pois não seriam assegurados os instrumentos de controlo e salvaguarda do representado incapaz como se exige na interdição e inabilitação com a instauração da tutela ou curatela, nem se acautelaria o risco de heterodeterminação incontrolada da pessoa.

VI. Conclusões

As nossas conclusões serão dadas em função das opções que poderiam ser mobilizadas para resolução do caso inicialmente apresentado. Dizemos opções, na medida em que a realidade não se basta com uma compreensão estanque e simplista. O tempo, o local e as especificidades do acto médico tendem, ademais, a complexificar a consequência jurídica a assacar ao caso.

No caso do João, a primeira intervenção médica ocorreu dentro de um quadro urgência e de inconsciência. Nesta situação a justificação para os cuidados médicos e realização de exames complementares de diagnóstico funda-se no consentimento presumido na sua veste objectiva. A prossecução do interesse objectivo, enquanto critério subsi-

diário, releva na ausência de uma vontade real ou subjectivamente presumida. Perante esta actuação, resulta uma relação jurídica especial entre o hospital e o João, que se integra, consoante a natureza do hospital, numa relação de direito público enquadrada na prestação de cuidados de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, ou numa actuação, quando o estabelecimento seja privado, no âmbito da gestão de negócios, resultando dela uma relação obrigação de fonte legal.

Recuperada a consciência, o procedimento clínico foi correcto, quando o João demonstra insegurança e volatilidade na sua decisão, ao se proceder a uma entrevista adicional com vista a aferir da capacidade para consentir. Claro que o procedimento adicional se prende com o facto de a recusa ser contrária à indicação médica, face aos riscos envolvidos com a existência do hematoma. Contudo, tal demonstra a necessidade, mediante os riscos da decisão, de aferir uma correcta formação de vontade e a correspondente assunção do risco inerente à decisão. De facto o quadro apresentado pelo João demonstrava uma variação de comportamento conducente às consequências do próprio traumatismo e à derivada inaptidão para compreender e processar a totalidade da informação com vista a uma decisão. A recusa resulta da incompreensão do pedido de autorização formulado pelo médico assistente, ao afirmar que pensava que o pedido se dirigia a um empréstimo de dinheiro e não à necessidade e correspondente consentimento para uma intervenção médica vital ao seu bem-estar.

Ficou claro que existia uma perturbação na capacidade cognitiva do João e que essa o impedia de tomar uma decisão esclarecida e livre, ao não perceber as consequências do hematoma e a necessidade da cirurgia. Perante esta incapacidade de facto verificada a respeito do cuidado de saúde em con-

creto, não poderia o João prestar, autonomamente, o necessário consentimento, no caso a recusa da intervenção cirúrgica.

Neste quadro, verificado que a recusa se funda na incapacidade de processar correctamente a informação e não existindo uma manifestação de vontade prévia, em particular uma directiva antecipada, a equipa médica teria que determinar o tempo disponível para aferir da necessidade de uma intervenção em sede das causas de justificação – consentimento presumido ou estado de necessidade –, ou pela necessidade de uma autorização judicial no quadro do suprimento do consentimento, em particular por recurso ao Ministério Público ao abrigo do artigo 2.º, n.º 1 al. do Decreto-Lei n.º 272/2001. Tendo em conta o caso em concreto, a necessidade da intervenção cirúrgica e o risco de morte não se compaginavam com o recurso ao Ministério Público, por força das garantias processuais e forma do procedimento (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 272/2001), pois, ao contrário do que sucede com os menores, não existe legitimidade para o decretamento de medidas administrativas de protecção (Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e o artigo 1918.º cc). Pelo que, perante e a incapacidade de facto manifestada pelo João, a necessidade da intervenção (estado de necessidade), a reconstrução da vontade hipotética (consentimento presumido) ou mesmo o cumprimento do dever deontológico de realizar a intervenção de beneficência, pro vita, se excluía a ilicitude da intervenção, servindo esta de sucedâneo à falta de capacidade para consentir. Tal intervenção poderia, se assim o entendesse o médico assistente, ser enquadrada no quadro da gestão de negócios, no caso do direito à autodeterminação e protecção da vida e saúde do João, dela resultando uma relação especial que, no caso de cuidados de

saúde privados, permitiriam que fosse exigível o pagamento da prestação de cuidados de saúde (n.º 1 do artigo 470.º cc).

A solução seria diferente se existisse uma directiva antecipada, todavia o objecto da recusa da intervenção teria que ter como âmbito o risco assumido pelo outorgante, no caso o João. Em primeiro lugar, face ao tempo que mediou a entrada no serviço de urgência, diagnóstico e indicação médica da cirurgia, o médico assistente deveria aferir da existência de directivas antecipadas ou de um procurador. Para tal era exigível a consulta do rentev ou a procura de contactos de próximas do paciente. Uma vez determinada a existência da directiva, se no teor da mesma ficasse claro a recusa de meios de suporte artificial das funções vitais, deveriam funcionar os meios de suprimento da incapacidade e justificada a intervenção, nos termos acima descritos, apenas sendo eficaz a directiva quando se apresentasse, no decurso do procedimento cirúrgico, o recurso a meios de suporte artificial das funções vitais. A recusa circunscreve-se a este procedimento e às consequências do mesmo e não à esfera de risco de uma intervenção para a qual o outorgante não manifestou qualquer vontade expressa. O mesmo sucederia no caso de recusa de transfusão sanguínea, sendo que o risco de esta se revelar necessária não implica a recusa da intervenção, apenas a sua não subministração tal procedimento se revele necessário.

ALGUMAS NOTAS SOBRE O INTERNAMENTO COMPULSIVO DE PORTADORES DE DOENÇA INFECTO-CONTAGIOSA

Pedro Jacob Morais

Palavras-chave: Internamento Compulsivo; quarentena; tuberculose; saúde pública.

Keywords: Compulsory isolation; quarantine; tuberculosis; public health.

Resumo: A presente comunicação versa sobre a problemática do internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa. Pretendemos fazer uma aproximação à questão à luz do direito nacional e internacional, com vista à densificação global da figura e ao seu correcto posicionamento sistemático.

Abstract: This lecture deals with the problematic of the compulsory isolation of contagious diseases. We intend to create a global analysis in the light of both national and international law, with greater importance to densification of the matter of discussion and a clearer systematic emplacement.

*“Il y a dit-on un espion qui rôde par ici invisible
comme l’horizon dont il s’est indignement revêtu
et avec quoi il se confond”*

Guillaume APOLLINAIRE

Antes que a longa noite nos tolde, antes que o dia feito noite tudo abarque no funesto amplexo da gregarização do homem, do exílio dos deuses e do

¹ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica: A Doutrina e a Jurisprudência, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 16 de Janeiro de 2015.

fim dos tempos anunciado por Heidegger⁽²⁾, ou o “crepúsculo dos ídolos” nietzschiano tudo contamine, antes que a encosta coloque a pedra na posição inicial de eterno retorno, reunimo-nos hoje, nesta celebração académica, para falar de doença e conservação, sentimentos vários de insegurança, profilaxia e terapêutica, liberdade, privação e provação, dignidade humana e Estado material de Direito.

Gira solta a roda da história, gira solta e repristina as velhas doenças da insalubridade, doenças que julgávamos ter expurgado da nossa circunstância, circunstância sempre curta e redutora na sua cegueira de bafio e conforto. Longe ficou o optimismo que levou ao encerramento dos sanatórios e à feitura do *Advisory Council for the Elimination of Tuberculosis* de 1987, que pretendia erradicar a doença dos EUA até 2010⁽³⁾. E na lonjura alpina ficou o primeiro sanatório de Hermann Brehmer que, entre a pureza das neves eternas e a técnica *Spaziergang*, contribui para uma melhoria significativa do tratamento da tuberculose e lançou as bases da terapia ocupacional⁽⁴⁾. Não esqueçamos a descoberta dos

² Ver Martin HEIDEGGER, „Nur Noch Ein Gott Kann Uns Retten“, *Der Spiegel*, 1976.

³ Cfr. Lawrence O. GOSTIN, “Tuberculosis and the Power of the State: Toward the Development of Rational Standards for the Review of Compulsory Public Health Powers,” *Roundtable* (1995) 224.

⁴ Sobre a questão do isolamento em sanatórios e sobre os benefícios da terapia ocupacional na melhoria das condições de saúde dos pacientes, vide Cynthia CREIGHTON, “Graded Activity: Legacy of the

primeiros antibióticos e a pronta resposta bacteriana a desenvolver resistências, não esqueçamos que a desprotecção de antanho perante a tenebrosa marcha da doença não é curiosidade de museu, não é coisa passada, hoje, que a tuberculose multi e extremamente resistente⁽⁵⁾ nos fragiliza e devolve aos rudimentos do *instrumentarium* médico obsoleto.

Temos bem presente o caso cubano⁽⁶⁾, o caso dos requerentes de asilo haitianos em Guantánamo⁽⁷⁾, o internamento compulsivo operado em

Sanatorium,” *The American Journal of Occupational Therapy* 47/8 (1993) 747 e s.

⁵ Para uma pequena cronologia do surgimento e proliferação das estirpes de tuberculose multirresistente, ver GOSTIN, “Tuberculosis and the Power of the State: Toward the Development of Rational Standards for the Review of Compulsory Public Health Powers”, 227 e s. Sobre o surto de tuberculose multirresistente ocorrido em Lisboa nos anos de 1997 e 1998, ver Isabel PORTUGAL, *et al.*, “Outbreak of Multiple Drug-Resistant Tuberculosis in Lisbon: Detection by Restriction Fragment Length Polymorphism Analysis,” *The International Journal of Tuberculosis and Lung Disease* 3 (1999) 207-213.

⁶ Este caso gerou polémica, uma vez que em causa estava o internamento compulsivo de seropositivos pelo simples facto de terem contraído a doença. Não se exigia, portanto, que o VIH se encontrasse associado a uma qualquer doença contagiosa (como no caso de Nova Iorque), nem se exigia que o portador tivesse violado um dever objectivo de cuidado ou que tivesse agido com o dolo de transmitir a doença. Nestes moldes, o internamento compulsivo é, necessariamente, inadmissível por não passar no crivo do princípio da proporcionalidade enquanto necessidade, adequação e proibição de excesso. Devemos, em abono da verdade e por ser recorrentemente esquecido, esclarecer que a experiência cubana durou pouco mais do que um ano (entre 1988 e 1989) e foi prontamente substituída por um programa de acompanhamento formativo em centros de dia. Os seropositivos passaram a receber ajudas à deslocação, incentivos económicos e um plano alimentar melhorado. Estes apoios sociais, conjugados com a frequência de um curso de formação de 6 semanas – no qual os formandos aprendem a viver com a doença e os cuidados necessários para evitar a sua transmissão – tornam a taxa de incidência da infecção pelo VIH (0,1%, segundo a UNAIDS) não só a mais baixa das Caraíbas, mas de todo o continente americano. Para um conhecimento aprofundado do controlo de doenças em Cuba, vide Tim ANDERSON, “HIV/AIDS in Cuba: A Rights-Based Analysis,” *Health and Human Rights* 11/1 (2009) 93-104.

⁷ Talvez pela falta de informação geradora do preconceito se cõsiga explicar, para além do supramencionado caso cubano, as restrições à entrada de imigrantes e viajantes seropositivos impostas pelo Canadá em 1991 ou, também nesse ano, a permanência por 18 meses e sem acesso a cuidados de saúde de requerentes de asilo haitianos, portadores do VIH, na base militar de Guantánamo – medida que viria a ser declarada inconstitucional. Sobre estes casos ver Wendy PARMET, “Public

grande escala entre os toxicodependentes e sem-abrigo nova-iorquinos no início da década de 90⁽⁸⁾, e não esqueçamos, por fim, Hebei, Pequim e Singapura⁽⁹⁾. A Geografia do Direito mostra-nos que a utilização de meios tipicamente relacionados com a acção penal ou, mais especificamente, meios de prevenção e controlo de ameaças à segurança pública, poderá constituir atentado não pequeno à dignidade dos pacientes, degradando-os em clara redução de sujeito a objecto.

Ora, estes atentados à dignidade humana, pedra de toque do Estado material de Direito, podem consubstanciar-se na ausência de recurso judicial efectivo, de *habeas corpus*, de revisão do processo, podem consubstanciar-se na impossibilidade de constituir defensor, na adopção de um sistema monista (médico-administrativo), ou na prorrogação o internamento para além da fase de contágio. Tomemos como exemplo do que acabámos de afirmar, o *Public Health (Controlo of Diseases) Act 1984* (Gales e Inglaterra)⁽¹⁰⁾, ou o emaranhado legal norte-americano (lei federal, leis

Health & Social Control: Implications for Human Rights,” *Northeastern Public Law and Theory Faculty Working Papers Series*, 44 (2010) 27 e s.

⁸ Sobre esta epidemia de tuberculose multirresistente, ver Wendy PARMET, “Public Health & Social Control” 39.

⁹ Mark A. ROTHSTEIN, “Are Traditional Public Health Strategies Consistent with Contemporary American Values?,” *Temple Law Review* 77 (2004) 178, dá conta de que, em 2003, aquando do surto de Síndrome Respiratório Aguda (SRA), uma cidade da província de chinesa de Hebei foi sujeita a quarentena pelo período de um mês. Refere também a existência de postos de controlo de automóveis em Pequim. Porém, o caso mais preocupante a que o autor faz alusão, terá ocorrido em Singapura, com a utilização de *scanners* térmicos em edifícios públicos, e a monitorização das pessoas em quarentena através de pulseira electrónica e da colocação de câmaras térmicas na sua residência.

¹⁰ Este normativo tem sido alvo de duras críticas por parte da doutrina, uma vez que não estabelece um limite temporal para o internamento, prescinde da audição do paciente em sede audiência, limita fortemente a prova passível de ser produzida e não prevê direito de recurso. Cfr. Richard COKER, “Civil Liberties and Public Good: Detention of Tuberculosis Patients and the Public Act 1984,” *Medical History* 45/3 (2001) 356 e s.

estaduais, leis locais) revelado a contraluz no caso Andrew Speaker⁽¹¹⁾.

Envoltos em preocupações deste jaez, escolhemos para tema desta comunicação livre o internamento compulsivo do portador de doença infecto-contagiosa⁽¹²⁾, o internamento compulsivo daquele que, por contrariedade ou indiferença, descuido ou leviandade, coloque em perigo a saúde pública. Intimamente relacionada com o bem saúde pública, encontra-se essa pulsão essencial ou conatural ao homem que pode ser descrita como *vontade de autoconservação*, pulsão resgatada das trevas por Hobbes⁽¹³⁾ e que muito provavelmente contribuiu

¹¹ Andrew Speaker, advogado nova-iorquino, foi diagnosticado com tuberculose pulmonar em Março de 2007. Perante a possibilidade de se encontrar infectado com uma estirpe de bacilo multirresistente, foi aconselhado, pelas autoridades de saúde pública, a permanecer no país. Contudo, encontrando-se com a lua-de-mel agendada para a Grécia e Itália, Andrew Speaker ignorou os conselhos e seguiu viagem. Já em Roma, foi contactado pelo U.S. Center for Disease Control (CDC) que lhe diagnosticou tuberculose multirresistente, sendo aconselhado a permanecer em Itália e a comunicar a situação às autoridades de saúde pública. Speaker ignorou novamente o aviso, deslocou-se para Praga, onde apanhou um voo transatlântico até Montreal. Aqui, alugou um carro e viajou até aos E.U.A. Uma vez em solo americano, o CDC localizou-o e internou-o no Bellevue Hospital, em Nova Iorque. Semelhante caso, pela sua gravidade, revelou a contraluz as dificuldades que as ameaças à saúde pública convocam e inaugurou um debate nacional e internacional sobre o internamento compulsivo. Para uma descrição detalhada do caso, vide Howard MARKEL, Lawrence O. GOSTIN / David P. FIDLER, “Extensively Drug-Resistant Tuberculosis,” *Journal of American Medical Association* 298/1 (2007) 83-86; Jorge L. CONTRERAS, “Public Health Versus Personal Liberty – the Uneasy Case for Individual Detention, Isolation and Quarantine,” *The SciTech Lawyer* 7/4 (2011); e David P. FIDLER / Lawrence O. GOSTIN / Howard MARKEL, “Through the Quarantine Looking Glass: Drug-Resistant Tuberculosis and Public Health Governance, Law, and Ethics,” *Journal of Law, Medicine & Ethics* 35/4 (2007) 616-628. Sobre o interesse manifestado pelo Congresso dos E.U.A., ver Kathleen S. SWENDIMAN and Nancy Lee JONES, “Crs Report for Congress: Extensively Drug-Resistant Tuberculosis (Xdr-Tb): Emerging Public Health Threats and Quarantine and Isolation,” (U.S. Congress, 2010).

¹² Para uma distinção sumária ente doença contagiosa e doença transmissível, ver Maria do Céu RUEFF, *O Segredo Médico Como Garantia de Não-Discriminação : Estudo de Caso : HIV / SIDA*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 533 e s.

¹³ Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatã : Ou Matéria, Forma E Poder De Um Estado Eclesiástico E Civil*, trans. João Paulo Monteiro / Maria Beatriz Nizza da Silva, Lisboa: INCM, 2010, 110.

para que Javier Hervada elevasse a saúde pública à categoria de direito natural⁽¹⁴⁾.

Não queremos, com este último passo, envolver-nos nessa guerra de trincheiras que opõe positivistas e defensores do Direito Natural. Queremos tão só sublinhar que a preocupação com as enfermidades, mais do que na vertente individual, na vertente colectiva, ou seja, como substrato da *polis*, perpassa a história da humanidade. Pensemos nos relatos bíblicos de vales de leprosos e cura de possessos, nas libações prestadas aos deuses na Odisseia, no abandono de *Filoctetes* atacado por incurável maleita na ida para Tróia, pensemos em Édipo perante a Esfinge, voltemos a nossa atenção para as danças da morte que preenchem as paredes das igrejas da Europa central, vejamos as descrições da peste negra no *Decameron* e, para finalizar a empresa, detenhamo-nos na *Peste* e no *Ensaio Sobre a Cegueira* enquanto sonhos distópicos.

Entendemos por saúde pública o interesse comunitário numa existência livre de doenças, a exigência da salubridade essencial às relações inter-subjectivas. Falamos de um bem jurídico colectivo que não se materializa na lesão da vida ou da integridade física do cidadão individualmente considerado, mas que respeita às condições mínimas de salubridade necessárias ao tráfico jurídico, comercial, laboral, ao lazer, enfim, à fruição de uma vida, entendida em todas as suas fases e dimensões, livre - atendendo às actuais possibilidades tecnológicas ou reserva do possível - de patologias. Falamos da manutenção das condições óptimas de subsistência de qualquer Estado que vê na saúde da comunidade, em conjunto com a protecção do meio ambien-

¹⁴ Cfr. Javier HERVADA, “Libertad De Conciencia y Error Sobre la Moralidad de una Terapéutica,” *Persona y Derecho* 11(1984) 47; e *Crítica Introdutória Ao Direito Natural*, trans. Joana Ferreira da Silva, Resjurídica, Porto: Rés, 1990, 87 e s.

te, elemento de fundo na garantia de um ecossistema – no qual, necessariamente, nos integramos - sustentável. Temos aqui a ideia de “respeito pela biodiversidade e pela integridade ecológica como referenciais normativos”⁽¹⁵⁾, ou seja, o ecossistema a funcionar como unidade integradora dos bens ambiente e saúde pública. Da harmonização e compreensão do complexo sistema de trocas comutativas entre o elemento ecológico e o elemento biológico, entre o ambiente e a saúde pública, resulta a necessidade de protecção do ecossistema através do Direito. Daqui surge o Biodireito, enquanto consubstanciação das preocupações presentes pela sustentabilidade futura, constatação de que o “ser humano não existe isolado na natureza mas integrado num sistema vital”⁽¹⁶⁾ que lhe cabe proteger.

Constitui decorrência lógica da preocupação com a sustentabilidade futura, a ideia de solidariedade intergeracional enquanto dogma central - perdoe-se esta deriva geneticista - da teoria do Estado. Notemos a enorme capacidade de rendimento desta ideia, a unir áreas do saber distintas como a Filosofia Política, a Sociologia, o Direito Penal, o Direito Constitucional, etc. E a firmar esta preocupação pelas coisas que vêm, não podemos deixar de indicar a vocação crítica do bem jurídico saúde pública, bem que, enquanto bem colectivo, nos separa da Queda, porque umbilicalmente ligado à dignidade humana, verdadeiro garante da humanidade. Vocação ou função crítica que, pelo que nos parece, pugna pela resolução das eventuais colisões que se verifiquem entre a saúde pública e o direito à liberdade – aqui como *ius ambulandi* - ou o direito à integridade física, fora dos mecanismos penais, fora da estrutura sancionatória deste ramo do Direito e com abstracção das suas finalidades gerais e especiais preventivas.

¹⁵ Rui NUNES, *Bioética*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2010, 31.

¹⁶ Rui NUNES, *Bioética*, 32.

O internamente compulsivo do portador de doença infecto-contagiosa apresenta como finalidade o controlo de uma fonte de perigo para a saúde pública, o controlo de uma fonte difusora de patologias, pelo que facilmente vemos que se apresenta distinto e distante do crime de propagação de doença contagiosa (art. 283.º do CP). Ademais, devemos ter sempre em linha de conta a necessidade ministrar o tratamento adequado ao paciente. Uma nota para a escolha vocabular – falamos de paciente e nunca de arguido, controlo da fonte de perigo e nunca sanção. Consideramos que, no respeito pela fragmentariedade e subsidiariedade que tangem o Direito Penal enquanto instrumento de *ultima e extrema ratio*, a questão encontra tratamento mais efectivo com recurso a medidas de saúde pública. Sobre-nos, desta feita, a possibilidade de aplicação simultânea do internamento compulsivo e do tipo-legal de propagação de doença contagiosa uma vez que, a somar às finalidades não convergentes, os bens jurídicos protegidos são distintos – de um lado temos a vida e a integridade física, do outro a saúde pública.

Em nosso auxílio, podemos invocar a mais avisada doutrina portuguesa⁽¹⁷⁾, bem como levar em linha de conta a existência de um suporte norma-

¹⁷ Veja-se os estudos de André Gonçalo Dias PEREIRA, “Sobre o Internamento Compulsivo de Portadores de Tuberculose: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 6 De Fevereiro de 2002,” *Lex Medicinæ* 1/1 (2004) 14, a defender, a interpretação extensiva do art. 27.º, n.º 3, b) da CRP. Assim, por um argumento de maioria de razão, o Autor defende que a *ratio* da norma em causa não se pode cingir apenas ao internamento compulsivo de doentes mentais, tendo necessariamente de incluir o caso dos portadores de doença contagiosa. Por sua vez, Sónia FIDALGO, “Internamento Compulsivo de Doentes com Tuberculose,” *ibid.*, no. 2. pág. 97 e 98, propõe, como forma de resolução do problema, uma interpretação do art. 18.º, n.º 2 da CRP de acordo com o art. 29.º, n.º 2 da DUDH, nos termos do art. 16.º, n.º 2 da CRP. A ser assim, “aquela norma deixaria de exigir a autorização expressa de restrição dos direitos e consagraria o princípio da fundamentação constitucional da restrição legislativa de tais direitos, que só seria admitida quando visasse salvaguardar um outro valor constitucionalmente protegido”.

tivo não despidendo⁽¹⁸⁾. No Direito Internacional temos, a depor no sentido que propomos, os IHR (2005); os Princípios de Siracusa em Derrogação do PIDCP; o *WHO Guidance on Human Rights and Involuntary Detention for XDR-TB Control*; o art. 5.º, n.º 1, e) da CEDH; e o art. 26.º da Convenção de Oviedo. No Direito da UE, encontra-se vertida art. 168.º do TFUE uma grande preocupação com a protecção da saúde pública. Por fim, se fizermos um exercício de Direito Comparado, veremos que o internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa se encontra legalmente previsto, a título de exemplo, no ordenamento jurídico inglês⁽¹⁹⁾, norte-americano⁽²⁰⁾, alemão⁽²¹⁾ e espanhol⁽²²⁾.

¹⁸ Como exemplo de legislação, entretanto revogada, temos a Lei n.º 2036; a Lei n.º 547/76 (Lei de Hansen); a Lei n.º 47/90 de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde). Como exemplo da lei vigente, veja-se o DL n.º 82/2009 (Autoridades de Saúde); a Lei n.º 81/2009 (Sistema de Vigilância de Saúde Pública); e ainda a Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (Lei de Saúde Mental).

¹⁹ No ordenamento jurídico inglês e galês, o internamento compulsivo de portadores de doença contagiosa encontra-se previsto e regulado no *Public Health Act 1984*. Este normativo tem sido alvo de duras críticas por parte da doutrina, uma vez que não estabelece um limite temporal para o internamento, prescinde da audição do paciente em sede de audiência, limita fortemente a prova passível de ser produzida e não prevê direito de recurso.

²⁰ À semelhança do que acontece no ordenamento jurídico inglês, a lei federal (*Public Health Service Act*) tem sido criticada por não respeitar o *due process of law*; uma vez que não prevê a presença do paciente em sede de audiência e, perante a recusa de tratamento, o internamento pode ser prorrogado indefinidamente.

²¹ No ordenamento jurídico germânico, os meios de prevenção e controlo de doenças infecto-contagiosas encontram-se previstos na *Infektionsschutzgesetz* (IfSG), de 20 de Julho de 2000. Este diploma é particularmente restritivo do direito à liberdade (*das Grundrecht der Freiheit der Person*), uma vez que admite, para além do isolamento, a quarentena (§ 30 [1]). Mais se diga que o § 30 (3) admite, para obviar a uma possível frustração da finalidade do internamento, a violação da correspondência do paciente. No § 29 encontramos a possibilidade de rastreios e exames compulsivos e, por fim, no § 31 deparamo-nos com a proibição do exercício de pro-fissão para o portador de doença contagiosa.

²² A *Ley Orgánica de Medidas Especiales en Matéria de Salud Pública* admite a possibilidade de aplicação de medidas coactivas de controlo de doenças. Contudo, este diploma não regulamenta a aplicação destas medidas, razão pela qual, parte da doutrina e da jurisprudência tem defendido a aplicação análoga da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (por to-

do, vide César Cierco SIEIRA, “Epidemias y Derecho Administrativo: Las Respuestas de la Administración en Situaciones de Grave Riesgo Sanitario para la Población,” *DS: Derecho y Salud* 13/2 (2005) 224-225.

Não esqueçamos que o internamento compulsivo, como medida de *ultima ratio*, deve funcionar na dependência de outros meios menos restritivos da liberdade do agente e baseados no consentimento informado. Assim, numa visão comunitariamente integrada, de forma a restringir o internamento compulsivo a uma ameaça de aplicação residual, devemos privilegiar o tratamento ambulatorio⁽²³⁾ consentido. Tratamento este que, prenhe do optimismo antropológico advindo do consentimento informado, deve ser coadjuvado através de incentivos sociais, tais como: o fornecimento de transporte gratuito; senhas de alimentação; participação na compra de medicamentos; possibilidade de frequência de programas de tratamento de dependências; oferta de habitação social; acompanhamento das pessoas mais próximas do paciente de forma a monitorizar e a tratar atempadamente possíveis contágios; acompanhamento da situação educacional, do bem-estar físico e psíquico das crianças a cargo do paciente. Daqui se depreende que o internamento compulsivo só poderá ser promovido em último recurso, ou seja, só poderá ser aplicado perante o prévio esgotamento de todas as medidas fundadas no consentimento, pelo que nos caberá, enquanto membros de uma comunida-

dos, vide César Cierco SIEIRA, “Epidemias y Derecho Administrativo: Las Respuestas de la Administración en Situaciones de Grave Riesgo Sanitario para la Población,” *DS: Derecho y Salud* 13/2 (2005) 224-225.

²³ A título de exemplo, tomemos em consideração o empenho que a OMS tem colocado no desenvolvimento e implementação da *Directly Observed Therapy* (DOT). O programa DOT, consiste na ministração de antibióticos monitorizada por um profissional de saúde, de forma a impedir a descontinuação do tratamento. Este programa, por incentivar a conclusão do tratamento, diminui acentuadamente o risco de desenvolvimento de resistências. O DOT conhece várias roupagens, podendo ser executado numa unidade de saúde ou no domicílio do paciente, pode ser de aplicação universal ou selectiva, e pode ser complementado com ajudas e incentivos de natureza social. Para uma descrição mais detalhada ver, R.J. COKER, “Public Health Impact of Detention on Individuals with Tuberculosis: Systematic Literature Review,” *Journal of the Royal Institute of Public Health* 117/4 (2003) 281-287.

de organizada em Estado, promover estas medidas e vigiar a manutenção do internamento enquanto medida residual.

A colisão entre a saúde pública e o *ius ambulandi* pugna por uma harmonização capaz de ultrapassar o teste do art. 18.º, n.º 2 da CRP, ou seja, capaz de satisfazer o princípio da proporcionalidade no seu tríplice entendimento de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, e de respeitar o núcleo essencial dos valores em causa⁽²⁴⁾. Desta forma, propomos um internamento compulsivo subsidiário, enformado por garantias como o direito ao recuso efectivo, o *habeas corpus*, a revisão periódica do processo, a obrigatoriedade de constituição de defensor, um internamento compulsivo restrito à fase de contágio da doença em causa e avesso à incerteza e insegurança da quarentena. Enfim, um internamento compulsivo empenhado no mais escrupuloso respeito pelo Estado material de Direito.

²⁴ A problemática constitucional convocada pelo internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa, pode ser encarada de diversas formas. Ao referirmos a colisão entre o *ius ambulandi* e a saúde pública, incorremos numa abordagem meramente parcial da questão. Contudo, um tratamento mais aprofundado escapa claramente ao âmbito das notas que nos ocupam. Para um tratamento mais detido da questão, ver Pedro MORAIS, “O Internamento Compulsivo do Portador de Doença Infecto-Contagiosa: “Notas de Andar e Ver”,” *Lex Medicinæ* 10/20 (2013) 145-170.

RESPONSABILIDADE MÉDICA A PROPÓSITO DE ALGUNS CASOS DO CONCELHO DE COIMBRA

Gonçalo Castanheira

Médico, especialista em Medicina Legal

Palavras chave: *responsabilidade médica; responsabilidade profissional em saúde; leges artis; Conselho Médico-Legal INMLCF, IP; Coimbra; Portugal*

Keywords: *medical liability; professional health responsibility; Conselho Médico-Legal INMLCF, IP; Coimbra; Portugal*

Resumo: *A responsabilidade profissional em saúde reporta-se aos deveres e obrigações que os seus profissionais assumem no exercício da sua profissão.*

O médico é técnica e deontologicamente independente e responsável pelos seus atos, devendo observar o maior respeito pelo direito à proteção da saúde das pessoas e da comunidade, sem ultrapassar os limites das suas qualificações e competências.

Até há poucas décadas atrás pouco se discutia ou se escrevia sobre a responsabilidade profissional em saúde. No imaginário coletivo o médico era uma figura mítica, um benfeitor que intervinha sempre para o bem do doente. Atualmente a Medicina concentra-se estritamente nos avanços da tecnologia e da ciência, exagerando os seus benefícios e ignorando ou minorando os seus perigos, começando os prestadores de cuidados de saúde a serem avassalados por reclamações, processos disciplinares e judiciais.

O Conselho Médico Legal, um dos quatro órgãos do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, exerce funções de consultadoria técnico-científica e ética, através da emissão de pareceres sobre questões concretamente colocadas. No âmbito da atuação deste Conselho foram revistos os processos a ele endereçados referentes a unidades de saúde do concelho de Coimbra - Portugal, considerado uma referência nacional na área da saúde.

Abstract: *Professional responsibility in health refers to the duties and obligations that its professionals assume in the exercise of their profession.*

The doctor is technically and deontologically independent and responsible for his or her actions, and should observe the highest respect for the right to the protection of the health of people and the community, without exceeding the limits of their qualifications and competences.

Until a few decades ago little was discussed or written about professional responsibility in health. In the collective imagination the physician was a mythical figure, a benefactor who always intervened for the good of the patient. Today Medicine focuses strictly on advances in technology and science, exaggerating its benefits and ignoring or mitigating its dangers, beginning healthcare providers to be overwhelmed by complaints, disciplinary and judicial processes.

The Legal Medical Council, one of the four organs of the National Institute of Legal Medicine and Forensic Sciences of Portugal (INMLCF), performs technical-scientific and ethical consultancy functions, through the issuance of opinions on specific questions. In the scope of this Council's action, the processes addressed to it referring to health units of Coimbra - Portugal, considered a national reference in health area, were reviewed.

O médico é por vezes obrigado a tomar decisões num espaço de instantes, fazer um diagnóstico, escolher uma terapêutica.

Tal decisão e escolha poderão vir a tornar-se, a posteriori, objeto de numerosos inquéritos, de discussões de peritos, de audiências consecutivas e de longas reflexões judiciais.

1. Introdução

A responsabilidade médica consiste na obrigação de reparar e satisfazer as consequências prejudiciais dos atos, omissões e erros voluntários, e também involuntários, cometidos no exercício profissional da Medicina, dentro de determinados limites.

Os deveres do médico são vastos, visto que este desempenha uma função transcendente e que nenhuma outra profissão tem nas suas mãos a vida dos seres humanos.

Ao médico não é exigível que seja infalível, mas que proceda em conformidade com os conhecimentos da Medicina e com o indispensável zelo e respeito pela pessoa do doente.

O médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados. Por outro lado, deve manter-se razoavelmente atualizado, através de um esforço permanente, não podendo obstinadamente e de modo estulto prosseguir com a utilização de métodos antiquados, se estiver demonstrado que tais métodos não são aceites pela generalidade da opinião médica informada.

Nas últimas décadas temos assistido a importantes descobertas e avanços na Medicina, que provocaram alterações demográficas, na Economia, na Ética e no Direito, e que a sociedade nem sempre se mostrou preparada para assimilar.

Assistimos, também, a um aumento da complexidade da actividade médica da qual emergiu um novo *tipo* de médico. Faz parte das memórias do passado a figura do “médico de cabeceira” que detinha todo o conhecimento da arte de curar na

sua cabeça e na sua maleta. A “relação hipocrática pessoal”, baseada na relação dual médico-doente, foi substituída por um trabalho coletivo de prestação de cuidados de saúde, que opera em estruturas hospitalares cada vez mais complexas, tanto na tecnologia como na organização.

Por outro lado, a sociedade de comunicação em que hoje vivemos publicita de modo célere os magníficos avanços e êxitos da Medicina, criando naturais expectativas nos doentes e nas suas famílias, reduzindo, concomitantemente, as margens de aceitação do insucesso. Com uma melhor formação cultural, os doentes estão a tomar consciência dos seus direitos e a deixarem de se resignar com o erro médico.

Deste modo, nos últimos anos, em Portugal, as demandas contra os profissionais de saúde tornaram-se uma realidade no exercício da Medicina, tendo aumentado as reclamações, os processos disciplinares e judiciais, sendo de esperar que um volume de processos muito superior ao atual comece a dar entrada nos tribunais.

A decisão mais segura sob o ponto de vista da responsabilidade nem sempre é a melhor para o doente. Se o médico opta por proceder à realização de exames preliminares em vez de proceder de imediato a certa intervenção, dir-se-á que, na trágica corrida contra o tempo, a morte saiu vitoriosa sobre a perícia e competência médicas. Mas se, ao contrário, o médico assume o risco de proceder à intervenção que lhe parece mais adequada, sem ter realizado os exames que em condições normais se impunham, na esperança de ganhar tal corrida, e o ferido vem a morrer na mesa de operações, pode bem acontecer que venha a ser censurado por ter privado o doente de uma esperança de vida que o exame preliminar, porventura, poderia ter preservado.

As diferenças de opinião são compatíveis com

o exercício de um razoável cuidado e competência, ou mesmo com um elevadíssimo grau de cuidado, não sendo o médico considerado culpado por erro de diagnóstico ou de apreciação enquanto não se conseguir provar que este atuou de forma contrária às *leges artis* reconhecidas pela profissão.

O juiz de hoje, como o juiz do futuro, é seguramente um decisor a quem escasseiam o tempo e as capacidades para tudo saber, tudo estudar e tudo investigar, devendo por isso socorrer-se – como a mais natural e a mais inteligente das soluções – do auxílio daqueles a quem, por força da sua especial preparação técnica e prática, é reconhecida uma competência profissional acrescida e à qual se convencionou chamar perícia.

Assim, o Conselho Médico-Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, composto por médicos de lugares cimeiros de instituições e organismos de referência e dirigentes máximos de instituições com funções coadjuvantes ou auxiliares de justiça, superiormente qualificados sob o ponto de vista académico e de probidade indiscutível sob o ponto de vista humano, reúne as condições de competência, imparcialidade, isenção e rigor que a tarefa de despistagem e prova da responsabilidade de um médico necessariamente pressupõe e exige.

2. Objectivos

O presente artigo tem como objectivo a apresentação de alguns casos de responsabilidade médica interessando unidades de saúde do concelho de Coimbra, remetidos ao Conselho Médico Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, e análise de existência, ou não, de concordância entre as conclusões dos pareceres emitidos por este Conselho e as respetivas decisões judiciais.

3. Casos

a) *A preocupação do médico tem de ser proteger a mãe e só secundariamente o feto*

Os autos tiveram origem numa denúncia efectuada no Ministério Público, pela própria doente, dando conta de situações que poderiam revelar falta de zelo e diligência nos seguintes cuidados de saúde que lhe foram prestados:

- Primigesta de 39 anos, acompanhada em consulta pré-natal, sem anomalias relevantes.

- Às 26 semanas de idade gestacional é detetado “quisto com 3cm de diâmetro no pequeno lábio esquerdo”, e às 29 semanas “mantém quisto da glândula de *Bartholin* no grande lábio esquerdo”.

- Às 30 semanas é observada no serviço de urgência de uma maternidade da cidade de Coimbra, tendo sido efectuada a hipótese diagnóstica de “quisto da glândula de *Bartholin* infectado”. Foi realizada drenagem, que só drenou sangue, pelo que foi enviada para o bloco operatório com o diagnóstico de “abscesso da glândula de *Bartholin* à esquerda”.

- O relato da intervenção referiu “formação tumoral vulvar aparentemente de conteúdo líquido na metade posterior do grande lábio esquerdo, com 5cm de diâmetro, sugerindo tratar-se de abscesso da glândula de *Bartholin*”. Após ligeiro toque com a ponta do bisturi na mucosa que recobria a lesão resultou abundante hemorragia que motivou estado de choque hemorrágico, com necessidade de administração de várias unidades de sangue durante a intervenção e nos dias que se seguiram.

- No dia seguinte a hemorragia estava controlada, mas constatou-se a morte fetal, tendo sido efectuada “extração fetal por cesariana”.

- O relatório do exame necrópsico concluiu por “sinais de morte fetal *in útero* por hipoxia de

provável causa placentar” e o estudo anátomo-patológico da placenta revelou “lesões de isquémia útero-placentar aguda”.

Foi pedida consulta técnico-científica ao Conselho Médico-Legal que, ao quesito se seria exigível a “retirada prévia do feto do ventre materno”, respondeu que “nas circunstâncias descritas a prioridade absoluta era o controlo cirúrgico da hemorragia e não havia indicação para extração fetal prévia”.

Durante a fase de inquérito foram inquiridos outros médicos, que confirmaram que “numa situação tão grave, a preocupação do médico tem de ser proteger a mãe e só secundariamente o feto” e que “só quando estivessem controlados os sinais vitais da mãe é que se poderia pensar no feto”.

Não tendo sido demonstrada qualquer inobservância das regras de comportamento exigíveis à actividade médica (*leges artis*), só restou, pois, concluir pela insuficiência de indícios quanto à verificação de qualquer infração criminal, razão pela qual foi determinado o arquivamento dos respetivos autos.

b) A obtenção de um diagnóstico evitaria a morte da menina

O Ministério Público acusou dois médicos — um pediatra e um cirurgião-pediatra — de um hospital da cidade de Coimbra, pelos seguintes factos:

- Menina de 10 anos de idade que deu entrada num hospital da cidade de Coimbra, transferida do centro de saúde da sua área de residência, com o diagnóstico de “1. Gastroenterite aguda? 2. Apendicite aguda? Diagnóstico diferencial (...)”.

- Referia queixas de vómitos e diarreia, anorexia e quadro doloroso abdominal, mais acentuado à direita. Foi observada pelo referido cirurgião-pe-

diatra que, ao exame objectivo, referiu temperatura febril e sinal de *Blumberg* inconclusivo.

- O mesmo médico entendeu não proceder a qualquer exame complementar de diagnóstico, designadamente uma ecografia abdominal, a fim de estabelecer o diagnóstico diferencial entre gastroenterite e apendicite aguda, baseando-se apenas nos exames efetuados no centro de saúde do qual era proveniente.

- Ao invés, e por lhe parecer não se tratar de uma situação cirúrgica, não estabelecendo o diagnóstico diferencial, decidiu enviar a doente a uma consulta com o outro médico pediatra atrás referido, que a observou ainda no mesmo dia. Nesta nova observação, após palpação abdominal, o médico pediatra afirmou não se tratar de um caso de apendicite aguda, pelo que a medicou para as dores e lhe deu alta clínica.

- No dia seguinte, já no domicílio, por não apresentar sinais de melhoria, recorreu, a título particular, a outro médico pediatra, que confirmou os sinais característicos de apendicite aguda.

- Foi de imediato transportada para o serviço de urgência do hospital da cidade de Coimbra, de onde tinha tido alta no dia anterior.

- Durante a viagem a doente viria a falecer.

Foi submetida a autópsia médico-legal, que confirmou que a morte foi devida a apendicite aguda.

Foi solicitada consulta técnico-científica ao Conselho Médico-Legal, acerca da concreta atuação clínica dos dois médicos arguidos, que concluiu que “se justificaria uma maior atenção e rigor da exploração, com exames complementares e não, apenas, clínica”, e que “o internamento permitiria um mais apertado e melhor controlo e avaliação clínica do caso, permitindo o diagnóstico da gravidade da evolução e a intervenção cirúrgica atempada, que, eventualmente, poderia ter evitado a morte”.

A não subscrição de qualquer diagnóstico, por parte dos dois médicos, relativamente à concreta patologia da doente, conforme lhes era exigido face aos seus conhecimentos, viola as *leges artis* e é concausa da morte da doente.

Foi deduzida acusação pelo Ministério Público na qual se concluiu: ao atuarem deste modo, os arguidos violaram de forma grave o dever de cuidado a que se encontravam obrigados e de que eram capazes, pelo que incorreram na prática de um crime de homicídio por negligência.

Posteriormente foi requerida instrução pelos dois arguidos, e, após indiciados de forma suficiente os factos apontados na acusação pública, foram pronunciados, tendo os autos sido remetidos para julgamento.

c) O toque vaginal permitiria o internamento evitando a morte do feto?

O Ministério Público deduziu acusação contra um médico obstetra de uma maternidade da cidade de Coimbra, pelos seguintes factos:

- Grávida de 29 semanas de gestação, com 36 anos de idade, que se dirigiu ao serviço de urgência de uma maternidade da cidade de Coimbra com queixas de “dores abdominais, disúria e corrimento vaginal ensanguentado”.

- Foi assistida por um médico obstetra, tendo realizado diversos exames serológicos. Foram ainda ouvidos os batimentos cardíacos do feto, não tendo sido realizado qualquer outro exame obstétrico. Teve alta para o domicílio, medicada, com o diagnóstico de “infecção urinária”.

- Cerca de 3 horas após a alta, a doente verificou “agravamento das dores e perdas sanguíneas”, apercebendo-se que “o bebé começava a deslizar pelo canal vaginal, em direcção ao exterior”, pelo

que recorreu ao hospital distrital mais próximo da sua residência.

- Face à eminência do parto e à falta de equipamentos deste hospital, a doente foi imediatamente transferida para a maternidade da cidade de Coimbra de onde havia tido alta horas antes.

- À entrada desta maternidade, a doente já se encontrava em trabalho de parto, em pleno período expulsivo do feto com apresentação pélvica. Este viria a sofrer hipoxia aguda, por privação de oxigenação fetal provocada pelas contrações uterinas, que lhe causou a morte.

- O feto não tinha qualquer malformação, apresentava parâmetros de crescimento e maturação concordantes com a idade gestacional, pelo que seria viável.

Foi solicitada consulta técnico-científica ao Conselho Médico-Legal, que concluiu que “a sintomatologia clínica imporia um exame por toque vaginal com o objectivo de determinar se as queixas de dores abdominais e de perdas sanguíneas vaginais configurariam, ou não, uma situação de trabalho de parto pré-termo em início. Se o toque vaginal tivesse sido efetuado, a grávida poderia ter sido internada para observação e tratamento”.

Foi deduzida acusação pelo Ministério Público na qual se concluiu: ao omitir esse exame e ao não manter a grávida sob observação, remetendo-a para o domicílio, o médico arguido violou as *leges artis* profissionais, sendo responsável pela ocorrência do parto sem assistência médica.

Ao não atuar de acordo com as normas e procedimentos profissionais que conhecia e que, como obstetra, era capaz de cumprir, o arguido deu causa à morte do bebé, constituindo-se, assim, como autor material de um crime de homicídio por negligência.

Posteriormente, o referido médico arguido, não se conformando com o referido despacho de

acusação requereu abertura de instrução. No entanto, a prova trazida aos autos em sede de instrução não infirmou a prova recolhida no inquérito, aliás, ainda a corroborou com os esclarecimentos do relator do Conselho Médico-Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciência Forenses.

Em consequência, o Tribunal de Instrução Criminal não pôde deixar de formular um juízo de probabilidade de aplicação ao arguido de uma reacção criminal pelo crime de homicídio negligente de que era acusado, tendo proferido despacho de pronúncia.

Os pretensos pais deduziram ainda um pedido de indemnização civil contra o médico obstetra, a título de danos não patrimoniais, no valor de 90.000€.

Realizada a audiência de discussão e julgamento em tribunal de 1.ª instância, foi solicitado parecer ao Colégio da Especialidade de Obstetrícia, que concluiu que “a atitude médica pode ser considerada boa prática médica”. Foram ainda ouvidos outros médicos obstetras, como testemunhas, que emitiram opiniões no mesmo sentido: “o diagnóstico feito pelo arguido foi o correto e, no lugar dele, não teria feito o toque vaginal”, “é desadequado e desaconselhável fazer o toque vaginal perante um quadro de infeção urinária, na ausência de contrações” e “perante o diagnóstico de infeção urinária, o tratamento e o procedimento foram os corretos e não havia razão nem para fazer toque vaginal nem para o internamento”.

Conjugando todos estes elementos, deu-se como não provado que o arguido tenha violado, com a sua conduta, as regras da boa prática médica, concluindo-se que o arguido não praticou o crime de que era acusado, nem outro pelo qual devesse ser condenado. Relativamente ao pedido de indemnização civil, concluiu-se que o arguido não praticou qualquer facto ilícito, pelo que o pedido foi considerado improcedente.

Posto isto, o Ministério Público, inconformado com a sentença, interpôs recurso para tribunal de 2.ª instância.

d) *Corpo estranho retido no abdómen de uma doente após cirurgia*

Os autos de inquérito iniciaram-se nos Serviços do Ministério Público com uma denúncia apresentada por um indivíduo do género feminino de 59 anos de idade, relacionada com as circunstâncias que rodearam uma cirurgia à qual foi submetida num hospital da cidade de Coimbra.

- Após uma cirurgia digestiva programada – hepatectomia *major* – foi esquecida dentro do abdómen da doente uma pinça hemostática de *Crawford* com 18cm de comprimento.

- Saliente-se a realização de um estudo ecográfico solicitado e observado pelo mesmo cirurgião, cerca de seis meses após a cirurgia, que não detetou a pinça.

- Cerca de um ano após a data da cirurgia, realizou-se tomografia axial computadorizada que revelou uma imagem de corpo estranho localizado na região abdominal anterior.

- A pinça causou algum desconforto e incómodo à doente e a imprescindibilidade de realização de nova intervenção cirúrgica para remoção do referido corpo estranho.

Foi pedida análise técnico-científica ao Conselho Médico-Legal, cuja apreciação permitisse um perfeito enquadramento do caso e uma melhor e mais adequada análise crítica à situação.

O parecer deste Conselho referiu que “as boas práticas de atuação em salas de operações determinam a contagem de compressas e instrumentos cirúrgicos, e sempre que não haja concordância dos números o cirurgião deverá proceder a uma exploração cirúrgica e radiológica antes de encerrar a

cavidade abdominal”, sendo, no presente caso, “de óbvia conclusão que a referida contagem, se tivesse sido efectuada, não poderia estar correcta”.

A apreciação final foi de que a presença de um instrumento retido após uma intervenção cirúrgica não evidencia, claramente, a violação das *leges artis*, sendo um caso de acidente operativo inerente a erro, próprio da condição humana, dos elementos que integram a equipa cirúrgica.

No entanto, o Ministério Público deduziu acusação contra o médico-cirurgião responsável pela cirurgia e contra duas enfermeiras presentes na mesma cirurgia, seguindo o processo para julgamento.

Posteriormente, conforme “termo de transacção” de tribunal de 1.ª instância, a assistente desistiu do procedimento criminal contra os três arguidos, que aceitaram tal desistência, tendo-se chegado a acordo sobre o litígio respeitante ao pedido de indemnização civil – 14.400€ ao médico-cirurgião demandado e 10.600€ às enfermeiras demandadas.

e) Transferência causa a morte do doente

A fim de ser julgada em processo comum e por tribunal singular, o Ministério Público acusou uma médica especialista de Cardiologia pela prática de um crime de homicídio por negligência.

- Quando se encontrava de urgência num hospital central na cidade de Coimbra a referida médica atendeu um doente do género masculino de 72 anos de idade, transferido de um hospital distrital, com o diagnóstico de “suspeita de enfarte agudo do miocárdio”.

- Após a realização de novos exames laboratoriais, anotou no diário clínico do doente “padrão enzimático compatível com enfarte em evolução”, e medicou o doente. Foi, ainda, pedida observação pela Medicina Interna, que atestou “que o doente es-

taria a fazer um enfarte agudo do miocárdio”, atendendo sobretudo aos dados analíticos e à clínica.

- No mesmo dia, a mesma médica cardiologista que tinha o doente a seu cargo, decidiu dar alta ao doente e ordenar o seu regresso ao mesmo hospital distrital – hospital este que não dispunha de cuidados intensivos gerais e muito menos especializados, nomeadamente de Cardiologia, e que se situava a cerca de 100km da cidade de Coimbra – com informação médica de saída de “alterações analíticas compatíveis com enfarte e pneumonia”.

- No dia seguinte, após ter dado entrada no referido hospital distrital, o estado do doente degradou-se significativamente, com as funções renal, hepática e cardio-respiratória em falência. Não tendo, este hospital, médicos da especialidade de Cardiologia, foi novamente transferido para outro hospital distrital mais próximo, onde realizou novos exames e nova avaliação. Por este hospital distrital também não apresentar cuidados intensivos com ventilação assistida, nem a possibilidade de realizar os exames necessários, o doente foi transferido para o mesmo hospital central da cidade de Coimbra.

- À entrada, no Serviço de Urgência deste hospital, continuava numa situação muito grave, com falência multiorgânica, vindo a falecer algumas horas depois.

Foi submetido a autópsia médico-legal, que permitiu concluir que a morte foi devida a enfarte agudo do miocárdio por coronariopatia estenosante, com evolução de cerca de 18-24 horas – ocorrida, por isso, no hospital distrital após a alta do hospital central da cidade de Coimbra.

Foi pedida consulta técnico-científica ao Conselho Médico-Legal, que entendeu que “a decisão de reenviar o doente para o hospital distrital de origem não foi a correcta”.

Refira-se ainda que a Inspeção-Geral das Actividades em Saúde instaurou um processo disciplinar contra a médica arguida, onde também se concluiu que “não atuou com a necessária prudência e cautela”.

Os factos foram dados como provados, pelo que a médica cardiologista não atuou com a diligência necessária que o caso impunha e decidiu erradamente transferir o doente para o hospital de origem, cometendo o crime de “homicídio por negligência”.

A arguida foi condenada pela prática de um crime de homicídio por negligência, na pena de 280 dias de multa, à taxa diária de 30€, o que perfaz a quantia de 8.400€.

4. Discussão/conclusões

Durante séculos a actividade médica esteve centrada e encerrada em si mesma, criando uma lógica própria de solidariedade entre os seus pares. O médico era detentor do conhecimento, agia com intenção de curar segundo as regras da sua arte e mesmo que alguma coisa corresse mal nem ele dava explicações, nem os doentes nem os familiares as pediam.

Atualmente a relação médico-doente tornou-se mais impessoal. Embora nem sempre seja possível a cura do doente, este pode exigir ao médico que faça tudo o que estiver ao seu alcance para melhorar o seu estado de saúde.

A consciencialização pelos “consumidores” de serviços médicos dos seus direitos, conseqüente ao processo de democratização da nossa sociedade, originando um fenómeno de tentativa de responsabilização a todo o custo dos médicos e das entidades prestadoras dos cuidados de saúde, culminou num aumento do número de ações judiciais de res-

pensabilidade médica, porventura até ao exagero.

De um período em que o doente e/ou os seus familiares aceitavam com resignação o insucesso – e porventura até a morte – de um tratamento efetuado pelo médico, passou-se para o outro extremo, em que se procura imputar, muitas vezes injustamente, esse insucesso a um pretendo erro médico.

O sucesso de alguns pedidos de indemnização em tribunal pode ter levado à participação de situações de assistência potencialmente desadequada, mesmo quando não existe culpa dos médicos ou quando poderia até haver outras soluções.

Não obstante a consciência de que não é fácil aceitar-se a morte dos entes queridos e que se tenta sempre encontrar alguma explicação para tal acontecimento, à boa maneira da filosofia judaico-cristã, o certo é que muitas vezes a morte não é determinada pela atuação de qualquer terceira pessoa.

O doente deve saber no que consente, em que consiste o tratamento e os riscos de a ele se submeter, bem como o que comporta a negação, o que pressupõe uma informação, pelo menos, clara e suficiente. Deve ainda aceitar que a legitimação decorrente do consentimento esclarecido envolve uma aceitação dos riscos próprios (normais ou conhecidos num certo estágio da evolução da ciência) da intervenção.

No domínio do ato médico, onde é particularmente patente a existência de procedimentos de risco, é exigida a especial preparação técnica dos profissionais de saúde, cuja atuação adequada deverá ser orientada em conformidade com as regras resultantes das *leges artis*.

No âmbito médico nem sempre é possível distinguir entre erro e falta médica, pois o exercício desta actividade é inseparável de riscos que podem por vezes induzir o próprio médico em erro. Assim, condenar sistematicamente o erro conduz a conde-

nar a própria Medicina, cuja evolução se verifica por uma sucessão de audácias, fracassos e renovações.

Esta responsabilidade é do juiz, que através de um juízo de prognose decide sobre a violação do dever objetivo de cuidado por parte do profissional de saúde. Como este não possui, em princípio, conhecimentos médicos, poderá solicitar consultas técnico-científicas ao Conselho Médico-Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, com o objectivo de assessoria técnica à decisão judicial.

Estas perícias são abrangentes, coerentes e esclarecedoras e, uma vez que o juízo técnico e científico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do julgador, perante a composição deste Conselho, com os elevados conhecimentos técnicos dos membros que o compõem, impõe-se um valor probatório inabalável e dificilmente colocado em causa por outros meios de prova.

A Medicina não é uma ciência exata, e, por isso, não podem afirmar-se com certeza os resultados derivados de um tratamento ou intervenção cirúrgica na sua totalidade.

Muitas vezes surgem opiniões técnicas contraditórias que dificultam a tarefa de quem é chamado a decidir. Por outro lado, nem sempre é fácil provar que foi a falta de cuidado do médico que causou a lesão ou a morte do doente, assim como definir a violação do cuidado no apuramento do que era de esperar – saber se lhe era exigível mais ou se fez tudo o que era possível dadas as circunstâncias.

Não se trata da conduta esperada de um médico altamente qualificado e experimentado, mas sim da conduta diligente que a generalidade dos médicos, com idêntica qualificação e meios, teria tomado nas mesmas condições.

Apontar o dedo ao médico sempre que existe um erro ou uma falha pode ser socialmente contraproducente, pois os médicos, sobretudo em algumas especialidades, poderão passar a recusar os casos mais complexos e com mais riscos.

Quando se opta por se ser médico, assume-se o compromisso de, acima de tudo, servir os doentes, facultando-lhes com a experiência e com os meios disponíveis, o melhor que a ciência médica recomenda.

Em Portugal, a discussão sobre o sistema mais conveniente de responsabilidade médica ainda mal começou. No entanto, ninguém pode estar satisfeito com o regime atual. Os médicos temem as acusações de negligência que os expõe nos meios de comunicação e os ameaçam com o pagamento de indemnizações. Os hospitais sentem-se desafortunados com a má publicidade que os “casos” lhes trazem e receiam os custos da *Medicina defensiva* que facilmente se pode esperar.

Tornar o sistema menos vulnerável, com um melhor registo dos atos clínicos, mas também promover resoluções extrajudiciais e prever indemnizações para procedimentos que correm mal sem ser por negligência de médico, poderão ser algumas das soluções para aliviar o sistema, sendo que todas as medidas que venham reduzir a conflitualidade doente-médico são bem-vindas.

Um sistema de monitorização dos erros, que recolha e centralize a informação de forma não punitiva e confidencial, tornando possível o seu estudo por peritos, poderá permitir uma aprendizagem com os erros e emitir propostas de prevenção.

Por outro lado, a aplicação da responsabilidade objetiva da entidade coletiva, ainda que apoiada em seguros profissionais, diminuindo o recurso aos tribunais e acelerando as decisões, poderá ser a forma de o doente ser compensado sem ter que

demonstrar a culpa dos profissionais de saúde, privilegiando a relação médico-doente e evitando um sofrimento emocional e psicológico.

No fundo, uma ideia pela socialização do risco em lugar da culpabilização do médico.

CONCLUSÕES FINAIS E SINTÉTICAS DO PROJETO N.º FCOMP-01-0124- FEDER-014435 “PARA UM QUADRO LEGAL DE RESPONSABILIDADE MÉDICA MENOS AGRESSIVO, MAIS EFICAZ E MAIS FAVORÁVEL À REDUÇÃO DO ERRO MÉDICO” (REF. FCT PTDC/CPJ-JUR/111133/2009)¹

Tarefa 1

A investigação realizada permitiu-nos confirmar as conclusões intercalares que foram sendo adiantadas no decurso deste projecto, designadamente as insuficiências em termos de técnica legislativa apresentadas pelo Código Deontológico da Ordem dos Médicos e os problemas de actuação da Ordem dos Médicos no campo disciplinar (de que destacamos: a falta de uniformização das decisões entre os vários Conselhos Disciplinares; as disparidades entre os vários Conselhos na apreciação das provas, na aplicação de sanções, e na publicação das decisões; as dificuldades na obtenção da prova; e a morosidade na tomada da decisão disciplinar).

Espera-se para breve uma alteração ao Estatuto da Ordem dos Médicos e ao Estatuto Disciplinar Médico, de modo a alinhá-los com o Novo Regime das Associações Públicas Profissionais (aprovado pela Lei 2/2013, de 10 de Janeiro), que irá atenuar alguns destes problemas, nomeadamente através do alargamento do número de membros dos Con-

selhos Disciplinares Regionais (1 membro por cada 1500 médicos inscritos) e do Conselho Superior de Deontologia Médica (com 15 membros), de uma nova tramitação processual, da alteração (endurecimento) das sanções disciplinares e da tipificação de mais sanções acessórias.

Ainda assim, o campo de actuação disciplinar da Ordem dos Médicos requer, em nossa opinião, e com base na investigação que desenvolvemos ao longo do projecto, uma acção atenta às suas especificidades e às suas potencialidades. Quanto ao primeiro aspecto, pensamos que a introdução de meios de resolução alternativa de litígios seria, na grande maioria dos casos, uma forma adequada de ponderação dos interesses em disputa e diminuiria o número de processos pendentes na Ordem dos Médicos (que é a causa principal da morosidade das decisões). No que às potencialidades da responsabilidade disciplinar diz respeito, pensamos que se justificaria um reforço dos poderes de autoridade da Ordem dos Médicos, acompanhado de um grande esforço de qualificação técnico-jurídica dos membros dos Conselhos Disciplinares, ou, pelo menos, da assessoria técnica à sua disposição. A responsabilidade disciplinar deve ser compreendida e tratada como um lugar privilegiado de sancionamento de comportamentos indesejáveis na profissão médica, permitindo

¹ Equipa de investigação: Guilherme Freire Falcão de Oliveira (IR); Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa; André Gonçalves Dias Pereira; Carla Silva Gonçalves; Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira; João António Pinto Monteiro; Jorge Ferreira Sín-de Monteiro; Manuel da Costa Andrade; Maria Manuel Veloso; Paulo Manuel Baptista Sancho; Rafael Luís Vale Reis; Rui Miguel Prista Patrício Cascão; Sandra Cristina Farinha Abrantes Passinhas; Sónia Mariza Florêncio Fidalgo; Filipe Albuquerque Matos; Daniela Costa; Andreia Costa Andrade.

não só uma avaliação especializada dos factos e uma adequada condenação, como uma sanção simultaneamente efectiva e pedagógica, no sentido da reabilitação do médico infractor.

Tarefa 2

No universo das preocupações integradas na tarefa 2 (dois), coube-nos reflectir sobre a relevância da distinção entre a Responsabilidade Civil Contratual e a Responsabilidade Civil Extracontratual, dando um particular enfoque à influência deste binómio distintivo no âmbito da Responsabilidade Médica.

Estruturalmente o ilícito contratual tem subjacente uma relação de interferência intersubjectiva entre as partes, ao invés de quanto sucede no campo extracontratual, em que antes da prática do facto ilícito não existe qualquer relação específica entre as partes da obrigação de indemnizar, mas tão somente um vínculo de natureza genérica.

Esta indiscutível clivagem estrutural tem tido tradução a nível do regime jurídico dos ilícitos em confronto, sendo normalmente associados tratamentos de direito positivo diferenciados relativamente a múltiplos aspectos da obrigação de indemnizar.

Seja no plano dos pressupostos das responsabilidades, de que são exemplo as diferentes regras disciplinadoras da questão da capacidade das partes, seja no domínio de outros aspectos relevantes da vida das obrigações, entre os quais podemos destacar o s problemas do ónus da prova da culpa, da determinação do momento de constituição do devedor em mora, do ressarcimento dos danos não patrimoniais, da admissibilidade das cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil, da faculdade de redução equitativa do montante indemnizatório e da pluralidade passiva, apercebemo-nos, na verdade, da existência de maiores ou

menores diferenças no modo como os legisladores disciplinam tais questões nos contextos em análise.

Algumas diferenças, porém, têm sido atenuadas, mercê da intervenção da dogmática e da jurisprudência, que fundamentalmente orientada por considerações de ordem teleológica se vai libertando de limitações de ordem sistemática. Exemplo paradigmático de um sinal de aproximação entre o regime dos ilícitos em confronto, podemos encontrá-lo na tendência crescente para a admissibilidade da compensação dos danos não patrimoniais em sede contratual, sobretudo no âmbito de relações contratuais duradouras que implicam uma particular relação de confiança entre as partes. Uma tal extensão do ressarcimento dos danos não patrimoniais ao universo contratual, quando, por força da letra da lei, se encontra ainda confinado ao ilícito extracontratual (artigo 496.º do Cód. Civ.) já era pacificamente aceite no âmbito da Responsabilidade Civil Médica desde 1942 (Decreto n.º 32.171, de 29 de Julho – artigo 28.º).

Neste caminho de aproximação dos ilícitos contratual e extracontratual, por via dogmática – jurisprudencial, cumpre referir também uma certa tendência, ainda não devidamente consolidada, para estender o âmbito de aplicabilidade do artigo 494.º ao ilícito contratual.

No tocante ao importante traço distintivo entre estas modalidades da responsabilidade, respeitante ao modo como surge disciplinada a matéria do ónus da prova da culpa, cumpre referir, que não obstante a orientação doutrinária e jurisprudencial cada vez mais dominante para qualificar como contratual a relação entre o médico e o paciente, se revelam manifestas as dúvidas em admitir a aplicabilidade da presunção de culpa do artigo 799.º do Cód. Civ. a estas relações, em virtude da obrigação dos médicos ser comumente perspectivada

como uma obrigação de meios e não como uma obrigação de resultado. Ao suscitarem-se tais dúvidas, o resultado a que se chega não é senão o de uma diluição dos traços distintivos dos regimes em confronto. Porém, este posicionamento tendente a expulsar do campo contratual o regime da prova que lhe é característico não é dominante, mantendo-se ainda um largo sector da doutrina e da jurisprudência fiel à relevância da mencionada *summa divisio*, não deixando, portanto, de estender às relações entre os médicos e os doentes a presunção de culpa, por considerarem que a circunstância do dever dos médicos consubstanciar uma obrigação de meios em nada contende com o regime da prova reservado ao universo contratual.

Onde não parecem suscitar-se grandes dificuldades quanto ao reconhecimento das diferenças entre os sectores em análise é ao nível do pressuposto da capacidade das partes da obrigação de indemnizar, uma vez que a capacidade negocial exigida para a conclusão de negócios jurídicos é bem diversa da capacidade requerida para a alguém ser imposto o dever de indemnizar no universo delitual.

Também a propósito do prazo prescricional previsto no direito positivo português para a efectivação do direito à indemnização do credor da obrigação de indemnizar, não se suscitam dúvidas quanto ao lapso temporal bem mais alargado concedido ao lesado, quando confrontado com o prazo estatuído para o credor contratual.

No tocante à admissibilidade da relevância das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade civil, cumpre sublinhar que apesar de relativamente ao universo extracontratual não se fazerem sentir os obstáculos normalmente elencados a propósito do reconhecimento da sua eficácia no plano contratual, certo é que a importância de tais cláusulas no terreno delitual se revela diminuta, uma

vez que entre os sujeitos da obrigação de indemnizar não existe qualquer relação específica prévia.

Não é também de estranhar as diferenças detectadas entre os regimes em confronto a propósito do momento de constituição do devedor em mora, não fazendo muito sentido aplicar o regime da interpelação do devedor ao universo extracontratual, atenta a nota de anonimato que o caracteriza, razão por que o momento decisivo seja neste contexto o da citação do lesante para o cumprimento da obrigação de indemnizar.

Razões para uma diferenciação de disciplinas jurídicas registam-se também no tipo de vinculação jurídica que recai sobre os devedores nas hipóteses de pluralidade passiva. Enquanto no universo delitual, o regime regra definido na lei é o da solidariedade, quer a propósito da responsabilidade por factos ilícitos, quer quanto à responsabilidade objectiva, no campo contratual, mantém-se a disciplina supletiva obrigacional da conjunção.

Em face de todas estas considerações, estamos em condições de afirmar que apesar de se registarem sinais de aproximação entre o regime jurídico dos ilícitos em confronto, certo é que a clivagem estrutural entre ambos inicialmente mencionados, justifica um tratamento diferenciado para muitos aspectos caracterizadores dos mesmos.

Importa sublinhar que o abandono progressivo do modelo do paternalismo clínico enquanto paradigma a partir do qual deve ser perspectivada a relação entre o médico e o paciente tem conduzido à crescente afirmação da natureza contratual da mesma e colocado o consentimento informado como pedra de toque de todo o seu regime jurídico. Nesta óptica, não admira que tenda a ganhar cada vez maior relevância a ideia do concurso de responsabilidades no âmbito das situações de responsabilidade civil médica, uma vez que o direito

á autodeterminação informativa e a consideração do paciente como um centro autónomo de decisão constituem inelutáveis objectivações da tutela da personalidade humana. Não tendo a legislação portuguesa tomado posição expressa sobre a matéria, ao contrário do que era proposto nos trabalhos preparatórios, a solução do concurso de responsabilidades, susceptível de ser concretizada em termos processuais de modos diversos, tem granjeado um número crescente de adeptos.

– A prestação de cuidados de saúde enquadra-se no sector privado em múltiplas hipóteses: seja uma consulta em *consultório particular* ou em *clínica privada*, incluindo do *sector social* (Misericórdias, IPSS's, Cooperativas), paga pelo próprio doente (*out-of-pocket*), seja através de um *seguro privado de saúde* ou de um *subsistema público de saúde*. Nestes casos, a relação jurídica enquadra-se no âmbito contratual, *maxime* do contrato de prestação de serviços *sui generis*.

– O sector público da saúde abrange todos os casos em que o utente recorre aos cuidados médicos do SNS, seja uma consulta em centro de saúde do SNS (*Unidades de saúde de cuidados personalizados* ou *Unidades de Saúde Familiares*), seja uma consulta hospitalar de especialidade ou um internamento nos hospitais públicos *lato sensu* (Institutos Públicos, EPE ou PPP). Nestes casos, a responsabilidade médica é vista, pela doutrina dominante, como uma relação de *Direito Administrativo*, sujeita às regras da *responsabilidade civil extracontratual do Estado e de outros entes públicos* (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro), e os litígios relativos a danos ocorridos em hospitais públicos, *lato sensu*, devem ser dirimidos na *jurisdição administrativa*.

– Onde – e tal parece-nos um aspeto negativo – temos um sistema com tribunais diferentes e leis distintas, com regimes jurídicos bastante diferenciados a regular a responsabilidade civil médica.

– No âmbito do regime da responsabilidade extracontratual, aplicado no âmbito da medicina do sector público, o ónus da prova da culpa recai sobre o paciente; todavia, tal aspeto não deve ser exacerbado, pois o mais difícil é a *prova da ilicitude* e essa impende sempre sobre o Autor, seja no âmbito de uma relação contratual (serviços de saúde privados) seja extracontratual (serviços de saúde públicos).

– Se achamos criticável a existência de um *sistema bicéfalo* de responsabilidade civil médica, curiosamente entendemos que o *regime plasmado na Lei 67/2007* é, em alguma medida, o que melhor satisfaz as especiais exigências do Direito da Medicina, em especial pelas seguintes razões:

– A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, consagra da “*culpa do serviço*”: trata-se de um instituto de grande importância na área dos danos causados em ambiente hospitalar e permite a ressarcibilidade do chamado “*dano anónimo*”.

– É de louvar ainda que o agente médico apenas responda, em sede de direito de regresso, e apenas se houver violado com “zelo manifestamente inferior àquele que estava obrigado em razão do cargo” os seus deveres objetivos de conduta. Este regime, segundo o qual o profissional de saúde goza de uma *proteção*, quer ao nível processual, quer de direito substantivo, é positivo numa análise moderna do *Direito da Responsabili-*

dade Médica, visto que contribui para que a responsabilidade civil cumpra a função principal que é a de *ressarcir danos aos lesados*, sem por outro lado criar uma relação de *conflito direto* entre o médico e o paciente, com todas as desvantagens que essa situação acarreta: a medicina defensiva, a não assunção do erro e a não notificação do evento adverso, em suma, um clima de desconfiança entre os atores no mundo da saúde.

— Por outro lado, se bem interpretada, esta lei poderá permitir regular os problemas do sangue contaminado, aplicando-se o regime da *responsabilidade civil pelo risco*. Do mesmo passo, julgamos que o regime da *indemnização por sacrifício* (artigo 16.º da Lei n.º 67/2007) pode ser aplicável aos casos de danos por vacinações, designadamente se abrangidas pelo Plano Nacional de Vacinações.

Tarefa 3

A tarefa 3 do Projecto «Para um quadro legal de Responsabilidade Médica menos agressivo, mais eficaz e mais favorável à redução do erro médico» visou determinar em que medida o sistema de responsabilidade civil médica pode ou não considerar-se eficiente no tocante à compensação dos danos das vítimas de más práticas médicas.

Para tanto, os investigadores envolvidos (Filipe Albuquerque Matos, Mafalda Miranda Barbosa, Rafael Vale Reis, Carla Gonçalves, Rui Cascão, João Pinto Monteiro e Daniela Costa) procuraram estimar o número de lesões ocorridas por ano no Serviço Nacional de Saúde na sequência de erros médicos, recolher informação acerca dos pedidos indemnizatórios que deram entrada nos Tribunais Portugueses, bem como dos montantes compensatórios pagos pelas seguradoras, ficando assim com

a noção clara do número de casos em que não foi ressarcido o lesado.

Nesse quadro, e como forma de dar a conhecer algumas das conclusões extraídas, foram projectadas as seguintes tarefas:

a) Foi elaborado um estudo, levado a cabo pela investigadora Mafalda Miranda Barbosa, publicado nos Cadernos de Direito Privado (n.º 35, Abril/Junho 2012), com o título “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”. Contando com o acervo de jurisprudência recolhido pela bolseira Daniela Costa, a investigadora Mafalda Miranda Barbosa pretendeu, tendo sempre em mente a limitação decorrente do facto de nem todas as sentenças serem publicadas, perceber em que medida o sistema de responsabilidade civil médica se projectava ou não num número considerável de pretensões indemnizatórias procedentes e se o montante compensatório arbitrado era ou não proporcional à natureza dos bens jurídicos lesados em cada uma das situações. Foram consultados 23 Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relativos a casos de responsabilidade médica. Deles, apenas 9 correspondem a condenações. Em todos os processos são visíveis as dificuldades, mormente probatórias, que os demandantes enfrentam nesta sede. A mesma ideia pode ser colhida da análise das decisões dos Tribunais da Relação de Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães. E embora o número de condenações proferidas pelo Supremo Tribunal Administrativo seja superior, a verdade é que a realidade não é, na jurisdição publicista, totalmente discrepante. Conclui-se,

então, que, “se nas últimas décadas se verificou um avanço significativo em matéria de responsabilidade civil médica, pelo aumento de casos que chegam ao conhecimento dos Tribunais, há ainda um longo caminho a percorrer quando se trata de salvaguardar os direitos dos pacientes lesados e de actualizar a liberdade positiva do médico, pela afirmação da sua responsabilidade”. Na verdade, pese embora o número de acções propostas em tribunal tenha aumentado, este aumento “não reflecte, ainda hoje, uma jurisprudência quer generosa no tocante aos montantes indemnizatórios concedidos, quer flexível no que concerne à afirmação da responsabilidade do profissional de saúde”. Em causa está, na maioria dos processos, a não verificação de um dos requisitos da responsabilidade, não porque ele não se verifique em concreto, mas porque se torna impossível cumprir um quase diabólico encargo probatório. É sobretudo no tocante à culpa e ao nexo de causalidade que as dificuldades se agigantam, razão pela qual se têm procurado forjar remédios que, com mais ou menos apego processual, procuram desonerar a posição do lesado: presunções *prima facie*, inversões do ónus da prova, noção de *res ipsa loquitur*, teoria da perda de chance, teoria da causalidade possível. Mas estas posições – como se percebe pela consulta dos acórdãos – estão longe de receber amplo acolhimento na nossa prática jurisprudencial. No domínio contratual, onde uma presunção de culpa é prevista, torna-se mais fácil obter a condenação do médico. Mas importa não esquecer a divergência jurisprudencial no tocante à extensão da referida presunção às

hipóteses de obrigações de meios. Também cautelosa se afigura a chamada à colação do regime da responsabilidade pelo risco, prevista na lei n.º 67/2007. Por tudo isto, pode afirmar-se que o sistema “levanta obstáculos ao ressarcimento de muitos danos, fazendo decair pretensões indemnizatórias que, uma vez conhecida a verdade material, poderiam ser procedentes”. Nem por isso, não obstante, a investigadora depõe no sentido da ineficácia do modelo ressarcitório. Por um lado, e segundo se lê no artigo publicado, “a ineficiência a que se alude – prendendo-se exclusivamente com o número diminuto de sentenças favoráveis ao paciente lesado – não pode servir de sustentáculo discursivo ao nível do jurídico. É que a eficácia (que não eficiência) do instituto ressarcitório não pode deixar de comunicar com uma dimensão de validade, única via de se tornar vigente. Quer isto dizer que algumas pretensões indemnizatórias podem decair exactamente porque, de acordo com a ponderação de valores levada a cabo na realização do direito em concreto, não deveriam ser acolhidas pelo ordenamento jurídico”. Por outro lado, sustenta que caberá à doutrina e à jurisprudência encontrar redensificações das categorias ressarcitórias que permitam assegurar a realização da justiça material do caso concreto, sem que isso implique, necessariamente, pôr de lado os alicerces do sistema talqualmente o conhecemos, até porque tal contendaria com as exigências de validade que o ordenamento jurídico comunica, pelo que “a previsão de um esquema assistencialista que compense as vítimas de erros médicos, a existir, apenas deve operar

subsidiariamente, quando não seja possível imputar a um terceiro o prejuízo sofrido”.

b) Foram, ainda, recolhidos dados relativos às compensações pagas pelas seguradoras. Com base nesse trabalho de campo, foi possível concluir que o montante global destas é superior ao montante global das indemnizações arbitradas em juízo, no mesmo período. Importa, contudo, não esquecer que a compensação de danos por via de um sistema securitário fica sujeita, necessariamente, a ser adoptado o modelo, a um limite pré-definido. Posto isto conclui-se que o alargamento do número de compensações é acompanhado de uma eventual, consoante os casos, não reparação integral dos danos experimentados.

Tarefa 4

1) Os casos de responsabilidade civil médica são cada vez mais frequentes, quer nos tribunais judiciais, quer nos tribunais administrativos, ou seja, afeta quer a medicina praticada em clínica privada, quer nos hospitais públicos.

2) O sistema de responsabilidade civil português está ainda em fase de definição dos caminhos, não tendo ainda consolidado correntes jurisprudenciais seguras e claras. Tal situação acarreta insegurança jurídica e indefinição dos comportamentos exigíveis.

3) Em geral, o processo de responsabilidade civil assenta na procura de um comportamento ilícito e culposo por parte de um agente médico particular, o que não

permite a evolução das metodologias de implementação da segurança doente;

4) A medicina defensiva é já uma realidade e que, em parte, resulta da insegurança jurídica e da busca da culpa individual.

5) Todavia, é criticável que os tribunais impeçam o desenvolvimento dos direitos dos pacientes e da dogmática da responsabilidade civil médica, com base em argumentos metodológicos de índole consequencialista, como o ‘receio’ da medicina defensiva.

6) Importa reafirmar que o doente tem o direito à indemnização pelo dano injusto, nos termos do artigo 24.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

7) Donde, se o sistema que busca uma culpa individual pode conduzir à medicina defensiva, mais do que impedir a satisfação dos direitos dos doentes, importaria criar um sistema que leve à socialização do risco e que promova a segurança do doente.

Da análise da jurisprudência nacional resultam algumas ideias fundamentais que podemos sintetizar nos seguintes termos:

a) O princípio da culpa é a base da análise jurisprudencial lusa;

b) A medicina não é, regra geral, considerada uma atividade perigosa, pelo que não se recorre, em regra, à presunção de culpa do artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil;

- c) A jurisprudência aceita a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado;
- d) O ónus da prova da ilicitude (na responsabilidade extracontratual) ou do incumprimento (responsabilidade contratual) recai sobre o doente, o que constitui a prova mais difícil: a prova da violação das *leges artis*;
- e) O ónus da prova da culpa recai sobre o paciente nos casos de responsabilidade extracontratual; já recai sobre o prestador de serviços médicos a prova de que o incumprimento não se ficou a dever a culpa sua, no caso da responsabilidade contratual;
- f) O montante das compensações por danos não patrimoniais tem vindo a aumentar nos últimos 5 anos, atingindo valores mais significativos;
- g) O aumento destes valores de compensação por danos não patrimoniais, associados aos danos patrimoniais podem conduzir a que os seguros de responsabilidade civil dos médicos e de outros profissionais de saúde (v.g., de enfermeiros) se revelem insuficientes para o pagamento da indemnização, o que pode potenciar a medicina defensiva;
- h) Os hospitais públicos, em regra, não contratam seguros de responsabilidade civil, deixando o seu património exposto ao risco legal; uma situação que no futuro se pode tornar problemática;
- i) A responsabilidade nos hospitais públicos está sujeita a legislação e a jurisprudência diferente, a qual oferece alguns instrumentos positivos, com vista a evitar a medicina defensiva, designadamente:
- a. A possibilidade de condenação da instituição por *culpa do serviço*;

- b. O exercício do direito de regresso face ao profissional, apenas se dá quando este agiu com culpa grosseira.
- j) O instituto da *culpa do serviço* permite evitar a procura do agente concretamente responsável, o que leva a uma atenção maior para os erros organizacionais e os riscos do sistema, ao invés da busca da culpa individual;
- k) O exercício do direito de regresso apenas quando o agente praticou o facto ilícito com negligência grosseira evita a demanda do agente médico que agiu na fronteira entre a negligência ligeira e o erro iatrogénico;
- l) Este aspeto da regime jurídico da responsabilidade civil em hospitais públicos revela-se muito acertado pois é nessa difícil distinção entre o erro não culposos e a culpa leve que recai a maior dificuldade da responsabilidade médica e a razão principal para os comportamentos ‘defensivos’ ou ‘receosos’ dos médicos.
- m) O receio da medicina defensiva foi utilizado como instrumento metodológico-consequencialista numa decisão do STJ, designadamente, no caso da morte na sequência do procedimento anestésico com vista a uma lipoaspiração, decidido pelo STJ em 15/10/2009 (Rodrigues dos Santos). Perante a dúvida se a morte da paciente se ficou a dever a um choque anafilático (imprevisível e inesperado) ou a erro/ excesso nas doses anestésicas, *deveria impender sobre o réu o ónus da prova* de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito adverso raro da anestesia. E mesmo que se tratasse de um risco da anestesia, deveria ser inquirido sobre o

cabal esclarecimento para consentimento, já que em intervenções não terapêuticas se deve exigir a informação máxima.

Tarefa 5

1. No plano teórico, um sistema de responsabilidade civil baseado na culpa é apto a prevenir o dano médico, ao fornecer, segundo Van Boom e Faure, incentivos aos prestadores de cuidados de saúde de forma a serem mais diligentes *a priori* sob pena de serem responsabilizados civilmente *a posteriori*: a função dissuasora da responsabilidade civil. No entanto, a eficiência deste modelo pressupõe um mercado perfeito, sem assimetrias de informação (cálculo correcto da magnitude e probabilidade de verificação dos riscos), agentes racionais (racionalidade das decisões de prestadores de cuidados de saúde e pacientes), homogeneidade do produto (eficácia equivalente e certa dos actos de prestação de cuidados de saúde) e ausência de custos de transacção (compensação certa, instantânea e gratuita do dano iatrogénico. No entanto, como é demonstrado pela *praxis*, é muito difícil o cálculo actuarial dos riscos, nem sempre os pacientes tomam decisões correctas ainda que sejam satisfatoriamente esclarecidos, os prestadores de cuidados de saúde estão frequentemente sujeitos a *stress* e outros percursos psicológicos capazes de afectar a sua *performance*, o equipamento hospitalar pode falhar, as falhas de comunicação e de organização em meio hospitalar são frequentes e o acesso ao ressarcimento é frequentemente incerto, lento

e caro, levando muitos pacientes a desistir de procurar o ressarcimento. Por outro lado, a incerteza do sistema de responsabilidade civil baseada na culpa, a *damages lottery* nas palavras de Ison e Atiyah, cria externalidades negativas que podem tornar contra-produtivo o seu propósito dissuasor: medicina defensiva, inflação nos mercados de seguro e resseguro, conduta processual defensiva e não cooperativa por parte dos prestadores de cuidados de saúde, etc.

2. Por outro lado, assistiu-se nas últimas décadas a uma nova perspectiva focal, holística e integrada, da prevenção do dano iatrogénico, ancorada na análise das causas profundas dos acidentes e na criação e implementação de estratégias, mecanismos de salvaguarda e protocolos que previnam a concretização de riscos futuros. Esta perspectiva exige no entanto transparência clínica e circulação eficiente da informação relativa aos acidentes e incidentes iatrogénicos, sendo para tal imprescindível a cooperação dos profissionais envolvidos e da administração das instituições prestadoras de cuidados de saúde.

3. Em alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso dos países escandinavos ou a Nova Zelândia, e em certa medida da França, procurou-se superar (ou flanquear) o ressarcimento do dano médico em moldes clássicos ao indemnizar, em determinadas circunstâncias, os pacientes lesados por dano iatrogénico independentemente da culpa, assim eliminando qualquer outra função que não a ressarcitória do sistema indemnizatório,

compensando mais pacientes lesados, reduzindo custos de transacção e custos marginais de indemnização e promovendo uma atitude mais cooperante por parte dos prestadores de cuidados de saúde na averiguação da verdade material.

4. A responsabilidade civil baseada na culpa, não obstante a existência em alguns ordenamentos jurídicos de sistemas *no-fault* de ressarcimento do dano iatrogénico, teoricamente mais acolhedores da perspectiva holística e integrada que mencionámos anteriormente, continua a ser o paradigma dominante. Tal deve-se essencialmente a aspectos relacionados com a tradição jurídica, a metodologia jurídica, o papel simbólico do princípio da culpa, *laissez-faire* económico e político, prudência política e financeira e a perequação dos interesses de determinados sectores da sociedade e da economia (profissionais de saúde, seguradoras, advogados, contribuintes, etc.).

5. A responsabilidade civil baseada na culpa tem no entanto revelado uma extraordinária capacidade de se adaptar gradualmente às especificidades do dano médico (consentimento informado, facilitação do ónus da prova, etc.) e poderá coadunar-se à implementação da referida perspectiva de prevenção de eventos médicos adversos baseada na transparência clínica e na aprendizagem com o erro, verificadas que sejam as seguintes condições:

a. Deslocação da incidência da responsabilização civil do indivíduo para

a instituição prestadora de cuidados de saúde;

b. Preferência pela resolução extrajudicial e não adversarial de litígios;

c. Criação de sistemas de investigação e notificação de incidentes e eventos adversos.

Tarefa 6

– Com a entrada em vigor em 1983 do novo Código Penal, o artigo 150.º, n.º 1 afastou as questões da qualificação jurídico-penal das intervenções médicas, determinando que estas não constituem tipicamente uma ofensa corporal desde que se possam considerar indicadas segundo a experiência e a ciência médica, sejam levadas a cabo de acordo com as *leges artis*, e se destinem à recuperação ou manutenção da saúde do paciente. Sendo a aplicação deste regime independente do facto de o tratamento ou intervenção ser plenamente conseguido ou não, ou de o paciente ter prestado o seu consentimento de modo válido e eficaz.

– Uma opção que exclui a relevância jurídico-criminal de certos eventos assumindo-os como custos próprios do funcionamento de estruturas complexas e da execução de atividades perigosas mas essenciais à coletividade como é o caso da medicina.

– A delimitação do erro médico jurídico-criminalmente relevante operada por este preceito não está isento de dúvidas nem de críticas. Na verdade, a exclusão da tipicidade das intervenções médicas com base no cumprimento das *leges artis* retira ao direito pe-

nal a possibilidade de sindicar a conduta do médico que eventualmente viole o seu dever de cuidado. Acresce que no seio da doutrina do crime negligente sempre será possível a manutenção de uma margem de risco permitido essencial ao exercício da medicina.

– Julgamos que não se pode fazer depender a tipicidade ou ilicitude da conduta médica da simples constatação do incumprimento de uma regra técnica ou da infração de prescrições deontológicas. Entendemos ser preferível analisar a conduta médica à luz do conceito mais amplo de dever objetivo de cuidado que além daquelas regras técnicas, deontológicas, e outras *leges artis*, abrangerá todas as circunstâncias envolventes do caso específico e da concreta conduta médica. Neste sentido deverá o legislador permitir que o julgador em concreto pondere todas as circunstâncias do caso em apreciação, procedendo a uma ponderação global de todos os factores antes de emitir um juízo sobre a correção do ato médico.

– A investigação desenvolvida teve por escopo não a estruturação de uma solução legal que represente o exercício de um pesado controlo judicial sobre a atividade médica, mas antes a (re)definição dos limites da intervenção médica lícita desenvolvida dentro das margens do risco permitido. Esta conceção assenta na aferição da responsabilidade penal do médico em sede da doutrina do crime negligente tomando como momento decisivo a conformação do dever de cuidado integrado pela convocação das *leges artis* médicas, das especiais capacidades do agente e das circunstâncias envolventes do caso como seja a urgência do tratamento, os meios humanos e tecnológicos

disponíveis, as possibilidades de êxito do tratamento, etc...

– A proposta de (re)compreensão dos pressupostos da responsabilidade penal médica por ofensas à integridade física ou homicídio dirige-se essencialmente ao legislador para que reduza a sua intervenção nesta área e conceda ao julgador um espaço do desenho próprio do tipo negligente carente de densificação por apelo a outras regras e às circunstâncias que referimos na aferição da responsabilidade do profissional da medicina, a bem de todos os interessados e com vista à obtenção da justiça material.

