



ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA
FILIPE MIGUEL ALBUQUERQUE MATOS
JAVIER BARCELÓ DOMENECH
NELSON ROSENVALD
(COORD.)

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE
DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

FICHA TÉCNICA

Coordenação

André Gonçalo Dias Pereira
Filipe Miguel Albuquerque Matos
Javier Barceló Domenech
Nelson Rosendal

Propriedade

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

Imagem da capa

S. Cosme e S. Damião; Garcia Fernandes; 1525-1531; MNMC 2540

Execução gráfica

Ana Paula Silva

Impressão

Simões & Linhares, Lda

ISBN

978-989-9075-00-9

Depósito Legal

483315/21

Maio 2021

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

C O O R D E N A Ç Ã O

André Gonçalo Dias Pereira
Filipe Miguel Albuquerque Matos
Javier Barceló Domenech
Nelson Rosenvald

P A R T I C I P A N T E S

Albert Ruda González	Luís Duarte Baptista Manso
André Gonçalo Dias Pereira	Mafalda Miranda Barbosa
António Pinto Monteiro	Maria Inês Oliveira Martins
Cláudia Monge	Maria Paz García Rubio
Eduardo Dantas	Miquel Martín-Casals
Eugenio Llamas Pombo	Nelson Rosenvald
Filipe Albuquerque Matos	Nuno Manuel Pinto Oliveira
Graziella Trindade Clemente	Paula Francesconi de Lemos Pereira
Javier Barceló Domenech	Paulo Mota Pinto
João Pinto Monteiro	Rui Miguel Prista Patrício Cascão
João Carlos Loureiro	Rute Teixeira Pedro
João Vaz Rodrigues	Wladimir Paes de Lira
José Ramón de Verda y Beamonte	

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
Prefácio	xi

1.ª PARTE

PRESSUPOSTOS E LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

André Gonçalo Dias Pereira

ALGUNS CONTRIBUTOS DA OBRA DO DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE.....	1
--	---

António Pinto Monteiro

EXCLUSÕES DE RESPONSABILIDADE NA ACTIVIDADE MÉDICA..	33
--	----

Cláudia Monge

RESPONSABILIDADE MÉDICA EM HOSPITAIS PÚBLICOS E EM HOSPITAIS PRIVADOS	59
--	----

Eduardo Dantas

REVISITANDO “A RESPONSABILIDADE POR CONSELHOS RE- COMENDAÇÕES OU INFORMAÇÕES”: TRÊS DÉCADAS DE EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SEU IMPACTO NAS ATIVIDADES DE SAÚDE	83
--	----

Filipe Albuquerque Matos

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA DA CULPA 101

João Vaz Rodrigues

O ABISMO DO DESESPERO DA RESPONSABILIDADE
EM MEDICINA: NÃO^(?) É NÃO!? — REVISITAÇÃO AO
DISSENTIMENTO..... 141

José Ramón de Verda y Beamonte

RESPONSABILIDAD CIVIL: OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y
OBLIGACIÓN DE RESULTADO (LA EXPERIENCIA JURÍDICA
ESPAÑOLA RESPECTO A LA CIRUGÍA ESTÉTICA) 193

Mafalda Miranda Barbosa

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CAUSALIDADE FUN-
DAMENTADORA E CAUSALIDADE PREENCHEDORA DA
RESPONSABILIDADE. IMPUTAÇÃO OBJETIVA..... 215

Nuno Manuel Pinto Oliveira

PRESCRIÇÃO NA RESPONSABILIDADE MÉDICA..... 237

2.^a PARTE

COMPENSAÇÃO DO DANO E ATOS EM SAÚDE

Eugenio Llamas Pombo

FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS Y SALUD
MENTAL 259

João Pinto Monteiro

OS CUSTOS DO DESCONHECIDO: A MEDICINA DEFENSIVA
COMO RESPOSTA À INTERNALIZAÇÃO
DE UMA EXTERNALIDADE 275

Maria Inês Oliveira Martins

SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A PROTECÇÃO SOCIAL..... 291

Maria Paz García Rubio

APUNTES COMPARATIVOS HISPANO-PORTUGUESES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD317

Miquel Martí-Casals

LA TRIPLE RACIONALIZACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL O “BAREMO” 341

Nelson Rosenvald

O DANO-MORTE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, PORTUGUESA E OS VINDICATORY DAMAGES 363

Rui Miguel Prista Patrício Cascão

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE E SISTEMAS NO-FAULT DE RESSARCIMENTO DO DANO IATROGÉNICO 393

Rute Teixeira Pedro

A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — UMA BREVE VISÃO PANORÂMICA NO FIM DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI..... 413

3.ª PARTE

CASOS ESPECIAIS DE RESPONDABILIDADE EM SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS

Albert Ruda González

EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO — REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO “AFFAIRE DU SIÈCLE” EN EL MARCO DE LA

LITIGACIÓN CLIMÁTICA..... 435

Graziella Trindade Clemente

RESPONSABILIDADE CIVIL, GENÉTICA E RISCOS DESCONHECIDOS 457

Javier Barceló Domenech

DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES POR NEGATIVA DE LOS PADRES A SU VACUNACIÓN: ¿UN NUEVO CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL? 479

Luís Duarte Baptista Manso

REVISITANDO AS ACÇÕES DE “WRONGFUL LIFE”: PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E “SELECTING FOR DISABILITY” – PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS 499

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 519

Paulo Mota Pinto

AINDA A INDEMNIZAÇÃO POR “NASCIMENTO INDEVIDO” (WRONGFUL BIRTH) E “VIDA INDEVIDA” (WRONGFUL LIFE) .. 541

Wladimir Paes de Lira

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DOS FILHOS NASCIDOS ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA CONHECEREM SUA ORIGEM GENÉTICA.... 577

Posfácio

João Carlos Loureiro

SÃO COSME E SÃO DAMIÃO, SAÚDE(S) E RESPONSABILIDADE(S) ALGUMAS NOTAS EM REGISTO DE POSFÁCIO 603

NOTA INTRODUTÓRIA

Jorge Ferreira Sinde Monteiro constitui pilar seguro da responsabilidade civil no Centro de Direito Biomédico. E em muitos outros *fora!* Mas aqui e agora é este grupo de discípulos, amigos e admiradores, com ligação a este Centro, em cuja Direção Sinde Monteiro colabora desde há mais de 30 anos, que se reúne, dialogando com a obra do nosso Mestre.

Dois coordenadores tiveram a honra de fazer o seu percurso académico sob a sua orientação (Filipe Albuquerque Matos e André Dias Pereira, beneficiando este último ainda da coorientação de Guilherme de Oliveira no seu Doutoramento); Javier Barceló Domenech vem para Coimbra realizar uma estadia de investigação (que lhe abriria as portas da Cátedra) através de Sinde Monteiro; e Nelson Rosenvald contou com o homenageado nas suas exigentes provas de Pós-Doutoramento. Os quatro são cultores da responsabilidade civil e, em maior ou menor medida, seus discípulos.

A junção deste grupo de colegas, de Coimbra, Alicante e Belo Horizonte representa também a visão e o modo de viver que Jorge Sinde Monteiro sempre cultivou na Academia: abertura ao Direito Comparado e vivência intensa dos mais prestigiados espaços de debate, em Direito Civil, na Europa e no Brasil.

A partir deste naipe de coordenadores, fomos em busca quer de alguns dos mais ilustres discípulos no Brasil, de alguns dos seus melhores amigos e companheiros de jornada em Espanha e, em Por-

tugal, adotámos o frio critério de limitar esta obra aos cultores da responsabilidade civil em saúde que colaboram sistematicamente com o Centro de Direito Biomédico, a que acresce a ilustre presença de António Pinto Monteiro, Decano da Faculdade de Direito.

Este livro não é uma coletânea de textos livres. A coordenação idealizou um índice e um trajeto que os Autores concretizaram com a superior proficiência que todos lhes reconhecemos.

Com esta obra visamos redescobrir e trazer a destaque a riqueza da obra de Sinde Monteiro para os caminhos atuais e futuros na área do Direito da responsabilidade civil em saúde.

Boa leitura!

André Gonçalo Dias Pereira

Filipe Miguel Albuquerque Matos

Javier Barceló Domenech

Nelson Rosenvald

PREFÁCIO

Neste pórtico do Livro *Amicorum* ao Senhor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro que o Director do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — o Senhor Doutor André Dias Pereira—, decidiu em muito boa hora organizar, foi-nos atribuído o honroso encargo de comunicar, em termos muito sintéticos, aos destinatários da obra sobre Responsabilidade Civil em Saúde, o contributo indelével dado pelo ilustre Civilista ao universo temático sobre a qual a mesma se centra.

Apesar da nossa tarefa se encontrar circunscrita ao relevante lastro de investigação legado por Sinde Monteiro a propósito das questões da responsabilidade civil suscitadas na área da saúde, não nos sendo exigível um olhar retrospectivo sobre a gigantesca obra do Professor de Obrigações em matéria de responsabilidade, certo é que uma tal circunstância não a torna uma empreitada menor, porquanto o académico sobre quem nos encontramos a escrever deixa sempre um toque de profunda, séria, problemática e profícua reflexão em todos os seus escritos, independentemente de qual seja a concreta especialidade sobre os quais versem. Não constitui, na verdade, uma imagem fictícia transmitir que o Académico natural da cidade invicta soube trabalhar ao longo do tempo todos os seus escritos jurídicos, de acordo com as regras exigentes e requintadas da arte da filigrana, razão pela qual a nenhuma obra por si concebida pode ser atribuído o epíteto de singeleza, pois seguindo o exemplo

de Midas soube, de modo exemplar, tornar esplendorosas e cheias de luz as suas reflexões.

Destarte, sentimos como bem pesado o encargo colocado sobre os nossos frágeis ombros de aprendiz de Direito Civil, de deixarmos desenhado, ainda que num traço algo imperfeito como é o nosso, o trajecto percorrido por este dileto Mestre em matéria de responsabilidade civil em Saúde, uma vez que não é possível ver as árvores fora do contexto da floresta em que se integram; e dizer isto significa pura e simplesmente lembrar que o Senhor Doutor Sínde Monteiro é um especialista maior da Responsabilidade Civil, matéria sobre a qual reflectiu desde o início da sua carreira académica e no âmbito da qual nos legou a monumental e incontornável obra de investigação, a sua Dissertação de Doutoramento “Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações”.

Apesar do enorme reconhecimento dogmático e Científico alcançado por este seu trabalho, certo é que a área temática da responsabilidade civil extracontratual mereceu sempre a maior atenção e afeição por parte do nosso Mestre, tendo nas provas de Agregação voltado a dirigir o seu olhar reflexivo sobre uma tal matéria, debruçando-se também nesse momento alto da sua vida académica sobre um tema por si tido por dileto: O Contrato Com Eficácia de Protecção para Terceiros. Bem vistas as coisas, o autor não abandonou aqui a sua área preferencial de investigação, porquanto o terreno onde esta figura se situa pode sugestivamente qualificar-se como uma terra de ninguém Jurídica, no contexto da qual se entrecruzam questões de ordem delitual e contratual.

As breves considerações até ao momento tecidas permitem assim explicar o forte contributo dado por Sínde Monteiro à profícua investigação desenvolvida pela escola de Direito da Medicina, criada por Guilherme de Oliveira no âmbito das actividades do Centro de Direito Biomédico. A colaboração prestada pelo ilustre Professor de Direito das Obrigações neste projecto lançado na década de 80 do século passado foi, na verdade, particularmente inspirada e orientada pelos seus trabalhos de grande fôlego sobre a responsabilidade médica: “Responsabilidade Médica em Portugal”, em colaboração com Jorge de Figueiredo Dias (1985), e “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental”, Considerações de lege ferenda, *Scientia Juridica* (SJ), Tomo XXXIII (1984), trabalhos estes publicados num

tempo em que a responsabilidade médica não era ainda um tema colocado na ordem do dia da agenda jurídica.

Este espírito precursor de Sinde Monteiro veio a revelar-se particularmente inspirador de múltiplos trabalhos de investigação desenvolvidos no Centro de Direito Biomédico, tendo, de um modo particular, influenciado o percurso académico de um cultor maior do Direito da Medicina — André Dias Pereira- de quem foi co-orientador na dissertação de Doutoramento.

Traço muito importante na caracterização do percurso trilhado por Sinde Monteiro no universo temático da responsabilidade civil em saúde é o da internacionalização da sua obra, tendo o autor partilhado as suas preciosas reflexões e considerações dogmáticas com um vasto auditório, quer do mundo lusófono, quer da Europa ocidental.

Revelando-se um dado incontestável que a obra de um académico não pode ser analisada fora do contexto da sua personalidade, constitui então um imperativo categórico salientar que o convívio com o Senhor Doutor Sinde Monteiro se traduz num verdadeiro privilégio para quem dele usufrui. No trato diário resulta bem evidenciada a sua personalidade gentil e afável, sempre acompanhada de uma atitude humilde, bem como de um espírito aberto, disposto a fomentar o diálogo e a aceitar a crítica, traços estes de personalidade que se mantiveram incólumes ao longo de todo o seu percurso académico mesmo quando atingiu o mais elevado grau do *Cursus Honorum*, não tendo alterado minimamente a sua postura de Homem simples e frontal unicamente preocupado com a descoberta da verdade, uma vez que uma tal descoberta constitui pressuposto fundamental para alcançar aquilo com que verdadeiramente se preocupa : a JUSTIÇA.

Filipe Miguel Albuquerque Matos

1.^a PARTE

PRESSUPOSTOS E LIMITES DA
RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

ALGUNS CONTRIBUTOS DA OBRA DO DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA *

Resumo: Neste texto apresentamos alguns aspetos da importante contribuição de Sinde Monteiro para a doutrina da responsabilidade civil em saúde e o seu impacto na jurisprudência recente. Os temas selecionados são a definição da ilicitude e o papel das normas técnicas e deontológicas, o ónus da prova, a teoria do consentimento informado e a influência dos direitos humanos no direito da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; consentimento informado; ilicitude; direitos humanos

Abstract: In this text, I present some aspects of Sinde Monteiro's important contribution to the doctrine of medical responsibility and its impact on recent jurisprudence. The selected topics are the definition of wrongfulness and the role of technical standards and deontological norms, the burden of proof, the theory of informed consent and the influence of human rights on tort law.

Keywords: Medical liability; informed consent; wrongfulness; human rights

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC · Centro de Direito Biomédico · Orcid: 0000-0001-9871-5298 · andreper@fd.uc.pt

É com profunda emoção que apresentamos um pequeno texto de diálogo com o nosso Orientador de Mestrado e Coorientador de Doutoramento. O Professor que nos abriu portas que foram decisivas na nossa formação, seja em Viena de Áustria, junto do ECTIL, onde tivemos a honra de nos poder sentar junto dos mais reputados juristas da responsabilidade civil na Europa e no mundo, sob a batuta do Prof. Dr. Helmut Koziol, seja na Alemanha, tendo-nos concedido o privilégio de muito cedo participar em projetos de investigação liderados pelo saudoso Prof. Erwin Deutsch e, depois, pelo Prof. Jochen Taupitz, com o qual estabelecemos uma frutuosa cooperação.

Nestes apontamentos, pretendemos colocar em evidência o extraordinário impacto que o cristalino e bem fundamentado pensamento de Sinde Monteiro tem no direito da responsabilidade civil em saúde.

Fazendo jus a uma forma de estar na doutrina jurídica, que é a de manter um diálogo vivo e oportuno com a jurisprudência — que foi sempre a marca de Jorge Sinde Monteiro — iremos desenvolver as páginas que se seguem, em torno de questões da atualidade nos tribunais portugueses.

I) A densificação do conceito de Ilícitude

Ensina Sinde Monteiro¹ que para que haja uma *norma de proteção* temos que estar perante uma *lei em sentido material*, incluindo nessa categoria expressamente os tratados internacionais. Ora, o artigo 4.º da *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina* (doravante, *Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina* ou *Convenção de Oviedo*, como também é conhecida) chama/ eleva ao Direito as normas deontológicas e as normas técnicas da biomedicina.² Assim, seguindo este percurso

¹ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Editora Almedina, 1989, p. 246 e ss. explica o que é uma “norma de proteção”.

² Convenção de Oviedo: artigo 4.º (Obrigações profissionais e regras de conduta): “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de

metodológico, defendemos que as *leges artis* devem ser consideradas como normas de proteção. Acresce que na área da saúde lidamos — em razão da “natureza dos bens lesados” — com maior facilidade em considerar como “normas de proteção”; visa-se aqui apenas “concretizar a primeira modalidade de ilicitude”. Donde, a violação das *leges artis* (protocolos, reuniões de consenso, normas técnicas de boas práticas médicas, *standards* médicos) devem ter as consequências jurídicas que a violação das “disposições legais de proteção” (n.º 1 do art. 483.º do Código Civil), quais sejam a inversão do ónus da prova da culpa (Sinde Monteiro, 1989, p. 260).

a) As normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Em 1984, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro publicaram, no Boletim do Ministério da Justiça, a obra seminal *Responsabilidade Médica em Portugal*. Desta obra resultaram ideias e posições que ainda hoje estão vivas e animam a jurisprudência nacional. Nesta obra, Sinde Monteiro (1984, p. 9) defende que as normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) (à época apenas publicado na Revista da Ordem dos Médicos) “serão de grande interesse v. g. para a concretização de cláusulas gerais de direito civil, como de apreciação da culpa”, dando como exemplo o “dever de atualização científica”. Serão também um auxiliar precioso, podendo questionar-se se constituem “disposições legais que visam proteger interesses alheios”, para efeitos do artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil (isto porque são normas em sentido material). A sua utilidade revela-se ainda a propósito da interpretação e integração do “contrato de prestação de serviços médicos”.

Desde 2010, o CDOM está publicado no Diário da República, 2.ª Série, sob a forma de Regulamento. Atualmente vigora o Regulamento n.º 797/2016. Por outro lado, como vimos, o artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina prevê um reforço do estatuto jurídico das normas técnicas e deontológicas.

Assim sendo, a visão de Sinde Monteiro só pode hoje ser reforçada, no sentido de reconhecer às normas do CDOM o estatuto de disposições legais de proteção e definirem com mais rigor o espaço da ilicitude, que verda-

conduta aplicáveis ao caso concreto.”

deiramente já cabia na primeira modalidade, visto que na responsabilidade em saúde lidamos, quase sempre, com a violação de direitos absolutos. Este entendimento revela-se importante, como veremos adiante, para equilibrar o ónus probatório nas ações de responsabilidade em saúde.

Por outro lado, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, densifica a noção de ilicitude (artigo 9.º). Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de setembro de 2020 (Maria Neves): “Sobre a ilicitude do facto, dispõe o art.º 9.º do mesmo regime anexo à citada Lei: «Consideram-se ilícitas as *acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*». Temos, pois, a ilicitude, como podendo ocorrer pela violação das normas ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, *mas também das regras de ordem técnica ou ainda a deveres de cuidado.*” (sublinhado nosso).

O mesmo raciocínio aberto e amplo da ilicitude — no âmbito da violação de direitos de personalidade — deve ser considerado à luz do artigo 483.º do Código Civil. Com efeito, a mera violação destes direitos absolutos configura, *prima facie*, um comportamento ilícito (na primeira modalidade), pelo que as disposições legais de proteção (segunda modalidade) apenas visam densificar e fortalecer o juízo de ilicitude, designadamente ilicitude da conduta. Assim, a violação de disposições deontológicas, técnicas ou profissionais configura uma presunção de ilicitude e pode mesmo, em certos casos, ter consequências no juízo de causalidade e de culpa. Esta interpretação resulta como já vimos — da convocação do referido artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e ainda do artigo 24.º do mesmo Tratado internacional que impõe a reparação por dano injusto.³

³ Convenção de Oviedo: artigo 24.º (Reparação de dano injustificado): “A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.”

Por outro lado, não se justifica manter duas visões distintas da responsabilidade civil, consoante se aplique o Código Civil ou a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Pelo contrário, naquilo que a lei posterior (Lei n.º 67/2007) possa contribuir para aperfeiçoar a dogmática da responsabilidade civil, sem que se possa afirmar que faz jus apenas a exigências específicas da responsabilidade civil administrativa, parece-nos que se deve promover esta leitura conjunta da *rede normativa*, designadamente na área da responsabilidade em saúde. Nesta área, há duas jurisdições e dois direitos substantivos diferentes, mas que convém não deixar apartar para além daquilo que são as exigências legais e as exigências próprias do direito administrativo. Assim, a dogmática da ilicitude nos danos na área da biomedicina e da saúde deve ser enriquecida pelo referido artigo 9.º da Lei n.º 67/2007.

b) As Normas de Orientação Clínica

A medicina tem vindo a tornar-se protocolizada, mais racionalizada e, em certo sentido, mais transparente. A adoção das *Normas de Orientação Clínica*⁴ (NOCS), que vêm sendo emanadas pela Direção Geral de Saúde sobre os mais variados aspetos da prática médica, merecem a atenção do estudioso da responsabilidade médica. Encontramos NOCS seja sobre métodos de tratamento (por exemplo: de cancro da cavidade oral⁵, cancro da orofaringe, implantação de válvulas aórticas transcáteter, Artroplastia Total da Anca, administração de medicamentos, etc.), seja na área do consentimento informado, esclarecido e livre para atos terapêuticos ou diagnósticos e para a participação em estudos de investigação (Norma 15/2013).⁶

As Normas de Orientação Clínica permitem responder à exigência de maior igualdade e qualidade no acesso a tratamentos médicos e tam-

⁴ <https://nocs.pt/normas-dgs/> com cerca de 30 áreas temáticas...

⁵ Norma 21/2013 — <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0212013-de-06122013-pdf.aspx>

⁶ <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013-pdf.aspx>

bém de promover o princípio da justiça, na medida em que promove o uso economicamente racional das terapêuticas e o bom uso dos meios disponíveis. Nesse sentido, o Parecer n.º 64/CNECV/2012, de setembro de 2012, previa a necessidade de uma “escolha e racionamento explícito e transparente, em diálogo com os cidadãos que devem ser informados (porque nada substitui a participação democrática), para que assim se mantenha intacta a confiança dos doentes nos profissionais de saúde e no SNS e maximize a responsabilidade dos decisores.” Ou seja, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida defendeu que se impõe um debate e uma escolha pública e transparente e não um *racionamento implícito*.

As NOCS são, pois, determinantes na densificação da ilicitude da conduta do prestador de serviços em saúde, quer no plano da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual.

II) A responsabilidade civil por violação do consentimento informado

a) *esclarecimento para a autodeterminação e esclarecimento terapêutico*

Relativamente ao *esclarecimento terapêutico*, explica Sinde Monteiro⁷, que a dignidade do valor do *bem* que é posto em causa pelo conselho ou informação é importante para determinar a responsabilidade de quem presta a informação errada. O *esclarecimento terapêutico* é uma das atividades frequentes na área médica, pelo que um esclarecimento errado conduz naturalmente à responsabilidade, seja contratual, seja delitual, pelo que a norma relevante é o n.º 2 e não o n.º 1 do artigo 485.º do Código Civil. Em grande medida, estando em causa danos à personalidade, o artigo 485.º nada acrescenta ao artigo 483.º, logo na primeira modalidade de ilicitude — *violação de direitos absolutos*. Mas como as informações médicas também podem afetar interesses patrimoniais e até causar danos puramente patrimoniais (por exemplo: um cirurgião plás-

⁷ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, p. 352.

tico recomenda a um ator ou atriz uma certa intervenção estética que se vem a revelar inconveniente para o sucesso da carreira) — os seus ensinamentos a este respeito são relevantes.

b) consentimento para a autodeterminação e os bens jurídicos protegidos no Direito Civil

Maior densidade e relevo dogmático assume o *consentimento para a autodeterminação*. Regulamentado nos artigos 156.º e 157.º do Código Penal de 1982, ensinou Sinde Monteiro, ainda nos anos 80 do século passado, que basta o médico violar culposamente a norma (máxime o artigo 157.º — *dever de esclarecimento*) do Código Penal, para não precisarmos de provar a culpa na violação dos bens jurídicos (integridade física e moral e liberdade). Isto porque, o Autor (1989, p. 240) coloca em evidência a distinção — há muito conhecida da doutrina alemã — entre *Haftungsbegründung* e *Haftungsausfüllung*, *causalidade-fundamentadora da responsabilidade* e *causalidade-preenchedora da responsabilidade*, designadamente no domínio do dever de esclarecimento dos médicos.

Acrescenta Sinde Monteiro, em nota de rodapé 206 da sua tese de Doutoramento (1989) que “não se exige prova da culpa em relação ao dano”. Ora, esta preciosa lição permitiu à doutrina e à jurisprudência afirmar, sem hesitações, que o médico que viola o dever de esclarecer infringe (para o Direito Civil) o bem jurídico *liberdade* e o bem jurídico *integridade física e moral*, pelo que deve ser responsável por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais que cause ao paciente.

Esta interpretação é importante e permite manter a autonomia do Direito Civil face ao Direito Penal.⁸ Assim, Sinde Monteiro (1989, p. 267) elabora sobre a disposição legal de proteção e o nexo de causalidade, em especial, nas páginas 272 e ss. no caso das *intervenções médico-cirúrgicas arbitrarias*, ou seja, intervenção médica sem o consentimento ou sem o devido esclarecimento. Nestas páginas, Sinde Monteiro elabora sobre

⁸ André Gonçalves Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A versão original, de 2003, está disponível no Estudo Geral da UC: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/89350>

quais os danos indemnizáveis e — de forma lapidar — defende a autonomia valorativa do Direito Civil face ao Direito Penal e defende — a nosso ver com grande acerto — que os danos indemnizáveis em caso de falta de esclarecimento (artigo 157.º do Código Penal) são não apenas da liberdade, mas também a situação patrimonial, pelo que todos os danos — patrimoniais e não patrimoniais — são ressarcíveis.

Por isso, as ações de responsabilidade civil por violação do dever de informação podem gerar indemnizações pelos danos causados não apenas à liberdade e à integridade moral, mas também pelos danos corporais, e os consequentes danos patrimoniais e não patrimoniais, que podem ser tão graves quanto na responsabilidade civil por má-prática médica.

Assim, a responsabilidade em saúde divide-se entre a responsabilidade por má prática/ negligência, com base na violação das *leges artis* (*stricto sensu*) e a responsabilidade por violação do consentimento informado, que pode ocorrer quer por falta de informação, quer por falta de consentimento ou consentimento inválido.⁹

Com efeito, o artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina prevê:

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

⁹ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgar*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilícitude e Culpa na responsabilidade médica*, colecção *(I)materiais para o Direito da Saúde* n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, (134 págs.), p. 47 ss. — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

O consentimento foi fruto de uma caminhada gradual.¹⁰ Este artigo 5.º estabelece o princípio segundo o qual ninguém deve ser sujeito a uma intervenção no domínio da saúde sem prestar o seu consentimento, consentimento este que deve ser livre e esclarecido para ser válido.¹¹

Seguindo o exemplo do nosso Mestre, damos nestas páginas a voz à jurisprudência.

i. Jurisprudência internacional

Como veremos, Sinde Monteiro é um civilista atento ao Direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, pensamos ser adequado expor algumas linhas sobre a jurisprudência internacional, na qual encontramos a consagração da doutrina do consentimento informado, designadamente em arestos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Veja-se o caso *Evans v. The United Kingdom* (n.º 6339/05), de 10 de abril de 2007, que coloca em evidência as problemáticas relacionadas com a revogação do consentimento num caso em que é prestado consentimento para a recolha e armazenamento de embriões com vista a futura utilização e o consentimento do dador de embriões vem a ser *revogado* antes dessa mesma utilização, pronunciando-se o TEDH no sentido da admissão de tal possibilidade, entendendo que o consentimento deve ser contínuo para o prosseguimento da intervenção, de acordo com o preconizado no artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina e no artigo 6.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, entendendo não haver violação do previsto nos artigos 2.º, 8.º e 14.º da Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH).¹²

O caso *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (n.º 302/02), de 10 de junho de 2010 (versão final de 22 de novembro de 2010), é um caso que envolve uma realidade complexa relacionada com motivações

¹⁰ André Gonçalves Dias Pereira, *O Consentimento informado*, ob. cit., 2004, p. 17 ss.

¹¹ Assim preconiza também a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, na alínea a) do número 2 do artigo 3.º.

¹² Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80046%22%5D%7D>.

religiosas e o *direito do paciente a recusar uma intervenção* sem a qual poderá não sobreviver, entendendo o TEDH que o Estado não deve interferir na liberdade de escolha em relação aos cuidados de saúde, estando na disponibilidade do paciente o direito de recusa de intervenção, desde que informada, por respeito ao princípio da autodeterminação do paciente.¹³

O caso *V.C. v. Slovakia* (n.º 18968/07), de 8 de novembro de 2011 (versão final de 8 de fevereiro de 2012), é um caso que envolve uma cidadã de origem cigana que aquando do parto do seu segundo filho lhe é pedido consentimento para lhe ser feita uma laqueação de trompas, o que vem a suceder. Considerou o TEDH que o consentimento prestado pela paciente não foi um *consentimento informado*, atendendo ao modo e momento em que a possibilidade lhe foi sugerida (momentos antes de dar à luz e já em trabalho de parto, sendo-lhe dito que uma próxima gravidez poderia ser fatal para a paciente e/ou para o feto), entendendo, consequentemente, haver violação dos artigos 3.º (proibição de tortura e tratamento ou punição desumana ou degradante), 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (proibição de discriminação) da CEDH.¹⁴

O caso *Elberte v. Latvia* (n.º 61243/08), de 13 de janeiro de 2015 (versão final de 13 de abril de 2015), é um caso que envolve a remoção de tecidos de um cadáver, pelos Serviços Médico-Legais da Letónia, tecidos estes posteriormente enviados a uma empresa farmacêutica alemã para utilização em implantes, sem nunca ter sido obtido o consentimento de um parente próximo, neste caso a mulher do falecido, requerente no processo. A requerente não só não deu o consentimento, como tal facto lhe foi ocultado, durante dois anos, altura em que esta é informada pelas autoridades de que decorria uma investigação que envolvia o caso do seu falecido marido e mais cerca de 500 falecidos, por atos potencialmente ilícitos praticados sobre o cadáver destes. Neste Acórdão, o TEDH declara a ilegalidade da remoção de tecidos de um cadáver sem consentimento e reconhece um dever de se tratar o corpo humano com respeito, mesmo após a morte, invocando o princípio da dignidade humana plasmado na

¹³ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-99221%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99221%22]}).

¹⁴ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-107364%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107364%22]}).

Convenção dos Direitos Humanos e a Biomedicina e Protocolo Adicional, determinando a condenação da Letónia por violação dos artigos 3.º e 8.º da CEDH.¹⁵

E encontramos arestos igualmente na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nomeadamente por falta de consentimento, como é o caso *IV Bolívia* (caso 12.565, relatório n.º 72/14), de 15 de agosto de 2014, estando em causa uma laqueação de trompas realizada na sequência de uma cesariana, considerando o CIDH que a paciente não havia dado consentimento para tal procedimento que não se afigurava sequer necessário ou inadiável.¹⁶

Também por falta de consentimento, na Oceânia, no caso *Reeves v. The Queen* (S44/2013), de 18 de dezembro de 2013, assistimos a uma condenação de um médico ginecologista por realizar uma operação que extrapolava os limites do necessário para resolução do problema da paciente, não tendo a mesma dado o seu consentimento.¹⁷

ii. Jurisprudência nacional

Na jurisprudência nacional, encontramos a consagração da doutrina do consentimento informado em arestos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). No Acórdão de 18 de março de 2010 (Pires da Rosa), o STJ reconheceu que a *violação do dever de informar* conduz a um *consentimento inválido*, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, donde gera-se uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo doente (embora no caso concreto tenha decidido pela absolvição).

No Acórdão de 2 de junho de 2015 (Maria Clara Sottomayor) decide-se um caso de falta de consentimento *tout court*; tratou-se de uma intervenção “para cuja possibilidade de realização a paciente não fora sequer alertada, não prestando, assim, o seu consentimento.” Concluin-

¹⁵ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:\[%22001-150234%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:[%22001-150234%22]).

¹⁶ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/iv_bv/informe.pdf.

¹⁷ Disponível em: https://www.hcourt.gov.au/cases/case_s44-2013.

do-se que: “(...) se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada”, fundando-se a responsabilidade “na violação dos direitos subjetivos da paciente à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (arts 25.º, n.º1 e 26.º, n.º 1 da CRP e 70.º, n.º 1 do CC).”.

Mais frequentes e complexos são os casos de falta de informação/dever de esclarecimento,¹⁸ como são os casos do Acórdão de 2 de novembro de 2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)¹⁹, do Acórdão de 22 de março de 2018 (Maria da Graça Trigo)²⁰, o caso do Acórdão de

¹⁸ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgar*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150 e André Gonçalo Dias Pereira, “A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 3 — Segurança do paciente e consentimento informado, Coimbra, Almedina, 2016, p. 161-179. (ISBN: 9789724065663).

Por seu turno, a nosso ver de forma dogmaticamente pouco lograda, em 2017, o STJ (relatora: Maria dos Prazeres Beleza) hesitou em reconhecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito (informação deficiente) e o dano (lesões corporais na face) e elaborou um raciocínio jurídico em que fazia apelo (a nosso ver sem razão) ao instituto da perda de chance.

¹⁹ Onde se afirma: “Quer a lei portuguesa (cfr., em especial, os arts. 70.º, 81.º e 540.º do CC, bem como o art. 157.º do CP ou o n.º 11 do art. 135.º do Estatuto da Ordem dos Médicos), quer diversos instrumentos internacionais (cfr. o art. 5.º da *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina — Convenção de Oviedo*) exigem, como regra e como condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes — por exemplo, através de uma cirurgia, como no caso presente — que estes consentam nessa ingerência; e que o consentimento seja prestado na posse das informações relevantes sobre o acto a realizar, tendo em conta as concretas circunstâncias do caso, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção (...) cuja protecção tem como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade”.

²⁰ O Supremo Tribunal de Justiça interpretou de forma rigorosa a doutrina do consentimento informado, uma vez que o Tribunal decidiu pelo critério do *paciente concreto*, ou seja, o médico deveria ter explicado os riscos concretos para esse pa-

24 de outubro de 2019 (Acácio das Neves)²¹ e, mais recentemente, tomamos as decisões do Acórdão de 8 de setembro de 2020 (Maria Vaz Tomé)²², do Acórdão de 26 de novembro de 2020 (Ferreira Lopes)²³

ciente em particular: uma mulher, de idade avançada, submetida a uma operação anterior e com um risco muito maior de perfuração.

²¹ Um caso que se prende com a responsabilidade de um médico dentista por falta de informação das complicações previsíveis de um procedimento complexo de melhoria da aparência dental. Decidindo o STJ, em recurso de revista excepcional, de forma firme e acertada que: *“A responsabilidade civil emergente da realização de ato médico, ainda que se prove a inexistência de erro ou má prática médica, pode radicar-se na violação do dever de informação do paciente relativamente aos riscos e aos danos eventualmente decorrentes da realização do ato médico.”*

²² Destacamos do sumário: “VI — Perante a violação ilícita e culposa de deveres de informação, por parte do médico, e a ocorrência de danos que aqueles visam prevenir, acolhe-se uma presunção de comportamento conforme à informação, dispensando o paciente da prova da causalidade (preenchedora) que intercede entre o fundamento da responsabilidade invocado e os danos por si sofridos, que o cumprimento correto daqueles deveres visa prevenir (perturbação de decisão esclarecida do paciente).” (...) VIII — Não pode partir-se de um ponto de referência abstrato, pois na decisão do caso deve ter-se em conta o perfil do paciente concreto. Pode, nesse sentido, dizer-se que a intensidade e a extensão dos deveres de informação do médico dependem das circunstâncias do caso concreto. IX — Compete à instituição de saúde — e/ou médico — provar que, mesmo que houvesse cumprido corretamente os seus deveres de informação, o paciente se teria comportado do mesmo modo, tomando a mesma decisão. Não deve admitir-se a invocação da figura do consentimento hipotético quando estejam em causa violações graves dos deveres de conduta da instituição de saúde — e/ou do médico —, como sucede quando aquela omite informações fundamentais ou essenciais para a autodeterminação do paciente.”

²³ Que afirma no sumário: *“I — O doente tem direito à informação médica necessária a decidir se quer ou não submeter-se ao acto médico, só sendo válido o consentimento livre e esclarecido; II — A violação do dever de informação pode constituir o médico em responsabilidade civil;”* E onde encontramos também uma afirmação que densifica o *quantum* da informação que deve ser dada pelo profissional de saúde, no entendimento do STJ: *“II — Não viola o dever de informação o médico que não detalha ao doente os riscos associados à intervenção cirúrgica de verificação muito rara, num quadro em que o doente está a par da gravidade sua situação clínica, e em que foram observadas as regras da legis artis.”*

e do Acórdão de 2 de dezembro de 2020 (Maria Clara Sottomayor)²⁴.

O direito ao consentimento livre e esclarecido é — pois — um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas e indubitavelmente consagrado no Direito português. Portugal conta já com alguma legislação que regula os direitos e deveres do cidadão doente, destacando-se o Código Penal e a Lei n.º 15/2014 (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde) e a detalhada regulação do esclarecimento e do consentimento no Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento n.º 707/2016).

Ao abrigo do princípio da autonomia do paciente, que é uma refração do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, um afastamento do paternalismo médico, todo o ser humano deve poder, de forma esclarecida, consentir ou recusar, ou revogar um consentimento anteriormente prestado, em relação a uma intervenção em si realizada. Um consentimento livre e esclarecido só assim é considerado se tiver na sua base a transmissão pelo responsável pela intervenção de informação objetiva sobre a natureza e potenciais conseqüências da intervenção assim como alternativas

²⁴ Destacamos do sumário: “IV — *A prova do consentimento informado, enquanto facto impeditivo do direito da autora (paciente), compete ao réu/recorrido (médico), nos termos do artigo 342., n.º 2, do Código Civil. V — Nas cirurgias estéticas, destinadas a melhorar a imagem de uma pessoa, os deveres de informação do médico são mais exigentes e rigorosos do que na cirurgia curativa ou assistencial e abrangem os riscos significativos e graves, mesmo que raros. O médico tem, assim, o dever de chamar a atenção dos pacientes para os prognósticos mais pessimistas de uma intervenção estética, ainda que pouco frequentes, mesmo que estes prognósticos possam funcionar como um desincentivo à intervenção. Este dever é tanto mais intenso quanto menor for a finalidade curativa. (...) VIII — Se o médico não provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, incluindo os fracassos da intervenção e os efeitos secundários não controláveis. (...) X — Tendo a consagração dos deveres de informação como escopo permitir regular a formação da vontade do paciente, uma vez demonstrada a omissão ou a deficiência da informação prestada perante os danos sofridos, deverá presumir-se que a omissão ou a deficiência da informação foi causa da decisão do paciente; que da lesão do bem jurídico protegido o exercício do poder de autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre os serviços de saúde, a correta formação da vontade resultaram os danos patrimoniais e não patrimoniais concretamente sofridos pelo paciente.”*

de tratamento e riscos associados, em termos que o paciente compreenda e numa janela temporal que lhe permita tomar uma decisão ponderada.

A mais recente jurisprudência, quer internacional, quer nacional, caminha no sentido de um cada vez maior reconhecimento do direito da autonomia do paciente e consequente responsabilização do profissional de saúde que não respeita esse direito.

III) Ónus da prova na responsabilidade médica

i. ónus da prova do esclarecimento

Na obra de 1984, na página 39, Sinde Monteiro defende que cabe ao médico o ónus da prova do esclarecimento ao doente. Esta tese que virámos a advogar em 2003, na nossa tese de mestrado, por si orientada, publicada em 2004,²⁵ teve sucesso e afirmou-se na jurisprudência portuguesa,²⁶ tendo esta doutrina obtido eco também na jurisprudência brasileira.²⁷

²⁵ André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A versão original, de 2003, está disponível no Estudo Geral da UC: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/89350>

²⁶ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgár*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*, colecção (I)materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019 (134 págs.) — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

²⁷ *Superior Tribunal de Justiça* do Brasil, Decisão Judicial Paradigmática (Recurso Especial nº 1.540.580 —DF. No voto vencedor o Min. Luís Felipe Salomão afirma: “André Gonçalo Dias Pereira acrescenta que esse é o entendimento em vigor na Europa, a partir da pré compreensão de que a ação do médico só é lícita se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, terá o médico de suportar o ónus da prova. Por força deste e de outros argumentos, no direito comparado, a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.”

O ónus da prova do esclarecimento impende sobre o médico. Esta solução resulta de vários argumentos: (1) desde o princípio da igualdade de armas e (2) a igualdade na aplicação do direito, seja (3) o argumento de que a prova de facto negativo configura uma prova diabólica e (4) que o consentimento informado constitui uma causa de justificação da ilicitude (342.º/2 do Código Civil).²⁸

ii. comportamento alternativo lícito

Em 1989, p. 290, Sinde Monteiro aventura-se no difícil problema do ónus da prova no âmbito do comportamento alternativo lícito. Este recai sobre o *lesante*. Assim, no caso de *consentimento hipotético*, é o médico que tem o ónus de provar que o paciente teria aceitado o tratamento, mesmo que tivesse sido devidamente informado dos riscos e consequências secundárias. Acompanhámos esta tese²⁹ e o Supremo Tribunal de Justiça vem acompanhando este raciocínio que remonta a Sinde Monteiro.

²⁸ Neste sentido, já Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, in *Responsabilidade Médica em Portugal*, BMJ, Lisboa, 1984, p. 39. André Dias Pereira, *O Consentimento...*, 2004, p. 199.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-06-2015 (Relator: Mário Mendes) afirma: “em princípio e independentemente de se fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas.” Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-20-2014 (Rel. Cons. João Bernardo) afirma que não basta o médico apresentar um papel escrito, um formulário do consentimento informado: “a referência num documento assinado por médico e doente a que aquele explicou a este de forma adequada e inteligível entre outras coisas os riscos e complicações duma cirurgia não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e bem assim dos riscos concretamente indicados pelo que é manifestamente insuficiente”. Cf. Guilherme de Oliveira, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)”, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Lex Medicinæ, Ano 12, 2015, pp. 149-153.

²⁹ André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>. p. 423 e ss.

É perante a figura do *consentimento hipotético* que esta questão ganha maior acuidade. Trata-se de um consentimento que se baseia numa *vontade hipotético-conjetural* do paciente, que tem por base, na verdade, uma insuficiência (omissão) de informação, o que pode configurar uma violação do dever de informação. O ónus da prova do consentimento hipotético encontra-se do lado do médico e, na síntese de Eisner, são exigentes as condições nas quais terá aplicabilidade: (1) tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação, (2) haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; (3) exige-se ainda que a intervenção fosse: i) medicamente indicada, ii) conduziria a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visava afastar um perigo grave; (4) a recusa do paciente não seria objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto. O consentimento hipotético, no caso português, poderá ser acolhido nos casos de violações leves do dever de esclarecimento e “desde que o médico alegue e prove que o doente teria consentido”³⁰, tendo por critério o do paciente concreto (considerando os valores em conflito: liberdade, integridade física e saúde) e aceitando uma tese de mitigação e redução de danos (indenização concedida na justa medida da contribuição do réu para o dano).³¹

iii. erro médico grosseiro e inversão do ónus da prova do nexos de causalidade

No caso de *erro médico grosseiro* de que resultou um dano que tipicamente lhe está ligado, Sinde Monteiro (1989, p. 297) aceita uma verdadeira inversão do *ónus da prova do nexos causal*. De algum modo está aqui presente a ideia do sistema móvel proposto por Walter Wilburg, a que Sinde Monteiro recorre com pertinência, conferindo à dogmática da

³⁰ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e Culpa na responsabilidade médica*, coleção (I)materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, (134 págs.), p. 70 — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

³¹ André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes*, *ob. cit.*, p. 481 ss. e, na jurisprudência, o Acórdão de 2 de junho de 2015 (Rel. Maria Clara Sottomayor).

responsabilidade civil uma capacidade de adaptação às exigências do caso concreto. Com efeito a lição de Walter Wilburg revela-se de preciosa utilidade e atualidade: a construção de um sistema “móvel” — um *bewegliches System* — que lhe dê uma armadura mais forte, sendo útil relembrar a analogia do antigo Reitor da Universidade de Graz: tal como as pontes devem ter uma estrutura flexível, sob pena de quebrarem, também a dogmática do Direito Civil deve ser “móvel”, sob pena de anquilosar e não alcançar a solução justa no *caso decidendo*.³²

iv. dever de documentação

Ainda na p. 297, Sinde Monteiro apresenta informação sábia sobre o *dever de documentação*, cuja violação importa uma *inversão do ónus da prova*. Esta tese é hoje aceite pela jurisprudência, por exemplo STJ no Acórdão de 8 de setembro de 2020 (Maria Tomé) afirma-se: “A não apresentação, sem qualquer justificação, dos relatórios — médicos ou de enfermeiros — respeitantes ao dia da alta hospitalar, por parte do réu, afigura-se suscetível de tornar impossível, ou particularmente difícil, a produção de prova ao sujeito processual onerado com o ónus da prova nos termos gerais e, por isso, justifica a inversão do ónus da prova relativamente ao estado febril da autora ao tempo da alta hospitalar.”³³

O contributo do Autor é ainda mais importante, no que respeita ao **dever de documentação**. Sinde Monteiro (1989, p. 427) apresenta — em 1989 repetimos — uma visão que se viria a revelar inteiramente

³² A necessidade e a vantagem de estabelecer pontes entre os diversos institutos e ramos do direito (civil) em ordem à construção de um “*sistema móvel*” foram propostas por Walter Wilburg, *Die Elemente des Schadensrecht*, 1941; IDEM, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950. Para uma análise deste pensamento, *vide*, Bernard Koch, “Wilburg’s Flexiblle System in a Nutshell, in Helmut Koziol/ Barbara Steininger (eds), *European Tort Law 2001, 2002*, pp. 545 e ss.

³³ André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes*, *ob. cit.*, p. 525 ss. — No caso em apreço, na medida em que o dever de junção dos documentos respeitantes ao dia da alta hospitalar recaía sobre o Réu, e que este não o cumpriu, competia-lhe provar que Autora não tinha febre ao tempo da alta.”

previdente, no sentido em que defendeu o direito dos doentes (ou dos seus herdeiros) a exigir o acesso aos registos médicos.

Com efeito, no âmbito das instituições públicas de saúde, consagra-se o direito de acesso direto à informação de saúde, em 2007.³⁴ Já nas instituições privadas de saúde, apenas em 2016 se deu esse passo.³⁵

Sinde Monteiro via já mais longe e fazia uma distinção entre “os elementos que contêm dados objetivos e aqueles que implicam valorações subjetivas, bem como notícia de dados fornecidos por terceiros (cônjuge ou parentes).”

Estas limitações — “dados subjetivos do médico” e proteção da confidencialidade de terceiros — ainda hoje não estão devidamente reguladas na legislação aplicável. Todavia, defendemos que, aquando da entrega da informação de saúde, se devem considerar essas exceções. A estas duas cautelas: proteção do *sigilo de terceiros* e proteção das *anotações pessoais do médico*, pode acrescentar-se o *privilégio terapêutico*.³⁶

Neste aspeto, é muito útil seguir a norma prevista no n.º 4 do artigo 40.º do Regulamento de Deontologia Médica: “4 — Sempre que tenha de facultar informação do processo clínico o médico tem o direito de expurgar as suas anotações pessoais e o dever de não fornecer informações sujeitas a segredo de terceiros e não comunicar circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”³⁷

³⁴ Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, que viria a ser revogada em 2016 pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (LADAR)

³⁵ Lei n.º 12/2005, alterada em 2016 pelo artigo 45.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

³⁶ O Projeto de Lei 788/X, de 2009, sobre *Direito à informação e ao consentimento informado*, aprovado na generalidade na Assembleia da República, poderia ter trazido algum conteúdo útil ao direito médico português, designadamente nesta matéria — neste sentido, cfr. Guilherme de Oliveira/ Helena Moniz/ André Dias Pereira, “Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojeto de 2010”, *Lex medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18, Julho/Dezembro 2012, p. 13-33.

³⁷ Já o acesso indireto que é proposto no n.º 3 do mesmo artigo 40.º viola a lei e deve ser objeto de uma interpretação corretiva.

IV) O problema do “cúmulo de responsabilidades”

Em *Responsabilidade Médica em Portugal* (1984, p. 25), Sinde Monteiro defendeu a tese do *cúmulo de responsabilidades*. Na nossa opinião, a perspetiva correta de entender o problema de um dano poder resultar simultaneamente da violação de direitos absolutos (direitos de personalidade) e da violação de um contrato (de prestação de serviços médicos). Sempre aderimos a esta tese (Dias Pereira, 2015, p. 653).

O STJ insiste em que a responsabilidade contratual consome a responsabilidade delitual. Todavia, quando necessário, acaba por lançar mão das regras da responsabilidade aquiliana.³⁸

V) Contratos com eficácia de proteção para terceiros

Na sua tese de Doutoramento, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, publicada em 1989, encontramos preciosos contributos para toda a doutrina da responsabilidade civil. Se é na área dos danos puramente patrimoniais que esta tese assume maior relevo prático e dogmático, também no domínio dos danos à pessoa, encontramos valiosos desenvolvimentos doutrinários.

Nas páginas 518 e seguintes da sua dissertação de Doutoramento, Sinde Monteiro — de forma pioneira — desenvolve a figura de “contratos com eficácia de proteção para terceiros”. Este instituto foi convocado recentemente pelo Acórdão do STJ, de 8 de setembro de 2020 (Maria Tomé), na área da responsabilidade médica, designadamente para possibilitar a responsabilidade do médico que trabalha numa clínica/ hospital, no âmbito de um contrato total. Ou seja, para além da proteção delitual que a doutrina sempre conferira ao paciente, o STJ vem defender que se pode compreender a relação do médico (trabalhador de uma clínica) com o doente (cliente da clínica) como um contrato com eficácia de proteção para terceiros.

³⁸ Veja-se no Ac. STJ de setembro de 2020, o recurso à *responsabilidade solidária*: “Pelos danos verificados respondem, solidariamente, o Hospital e os réus médicos (art. 497.º, n.º 1, do CC).

Trata-se de uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, pelo que a sua mobilização deve ser cautelosa. No plano do regime jurídico, Sinde Monteiro propõe a aplicação do artigo 227.º do Código Civil (ou seja, prescrição delitual). Solução que nos parece correta, seguindo aliás, em parte, a lição de Nuno Pinto Oliveira acerca do problema da prescrição na responsabilidade médica, em geral, que se aproxima mais do direito delitual (3 anos) do que do direito contratual (20 anos).³⁹

Quanto à aplicação da regra geral do ónus da prova, prevista no artigo 342.º do Código Civil, Sinde Monteiro (p. 531) propõe que como regra geral para o “contrato com eficácia de proteção para terceiros”, devamos ser mais cautelosos. O nosso Mestre trabalhava sobretudo no pressuposto das situações de índole patrimonial (pareceres de consultores, responsabilidade por informações no domínio financeiro, etc.). Na área dos danos às pessoas, em que estão em causa bens jurídicos da máxima valia, estamos em crer a apreciação que melhor respeita a visão, de um sistema aberto, que Sinde Monteiro sempre defendeu, seria advogar que o ónus da prova da culpa previsto na responsabilidade contratual (artigo 799.º do Código Civil), ou seja, que corre por conta do devedor (o médico).

O “contrato com eficácia de proteção para terceiros” foi convocado, dizíamos, no Acórdão do STJ de 8 de setembro de 2020. Assim, será possível responsabilizar o prestador de serviços (designadamente o médico), que não tem um contrato diretamente celebrado com o paciente. Afirma o STJ: “além ou independentemente da responsabilidade do Hospital por atos dos seus auxiliares, existe também uma responsabilidade própria, pessoal, dos médicos, auxiliares de cumprimento das obrigações do Hospital para com a autora. Pode também dizer-se que os contratos de tais profissionais de saúde são, nesse sentido, *contratos com eficácia de proteção para terceiros*. De resto, a lesão do direito à integridade física gera também responsabilidade delitual pessoal do médico perante o paciente ao abrigo do artigo 483.º, n.º 1, do CC.”

Assim sendo, o médico (mesmo num contrato total) fica numa posição mais onerada, pois pode ficar sujeito (em parte) às regras da

³⁹ Cf. o texto que Nuno Oliveira apresenta nesta obra.

responsabilidade contratual, para efeitos de ónus da prova, na relação com o doente.⁴⁰

Afirmamos, desde já, seguindo a proposta do Conselheiro Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira que, neste particular, terá que se aproximar mais das situações delituais do que das situações contratuais, pelo que o prazo de prescrição será regulado pelo artigo 498.º do Código Civil, ou seja, de 3 anos.⁴¹

⁴⁰ Afirma o STJ, na decisão citada de setembro de 2020: “Mas, além ou independentemente desta responsabilidade do SBIS — enquanto gere os SAMS, detentores do hospital — por atos dos seus auxiliares, *existe também uma responsabilidade própria, pessoal, dos médicos CCE DD, auxiliares de cumprimento das obrigações do hospital para com a Autora AA*. De facto, estes respondem por *violação de deveres de proteção para com a paciente*; deveres que sobre eles impendem enquanto auxiliares no cumprimento de um contrato ou obrigação alheia — na qualidade referida — tendo por *objeto a prestação de cuidados de saúde a outrem*, e deveres que se fundam no contrato de trabalho ou de prestação de serviços médicos que vinculam esses profissionais de saúde para com o hospital ... em que prestam serviço: pois desses contratos — de trabalho ou de prestação de serviço — decorrem deveres de cuidado e proteção para com o paciente que o credor da prestação (o SBSI, na qualidade mencionada) os encarrega de cuidar. Os contratos de tais profissionais de saúde são, nesse sentido, contratos com eficácia de proteção para terceiros, por isso que vinculam o devedor a cuidados destinadas a preservar interesses de terceiros (os pacientes) estranhos à relação obrigacional estabelecida com o SBSI (seu credor) — na qualidade referida. Tratando-se de deveres para proteção da integridade física, assemelham-se aos deveres delituais. Os contratos com eficácia de proteção para terceiros decorrem da complexidade da relação obrigacional que, além dos deveres de prestar entre credor e devedor, pode implicar também deveres de proteção e cuidado — designadamente por força da regra de conduta segundo a boa fé (art. 762.º, n.º 2, do CC) — para com terceiros destinatários ou beneficiários da prestação. O STJ cita, naturalmente, Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 518 ss.

⁴¹ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa, ob. cit.*, p. 33 defende que se deveria aplicar uniformemente o prazo da responsabilidade extracontratual, uma vez que está em causa a proteção de direito absolutos e a prova destes casos não é meramente documental, antes testemunhal e pericial, pelo que este aspeto a responsabilidade médica se aproxima mais da responsabilidade delitual.

VI) Uma compreensão mais pragmática e humanista do dano às pessoas

O grande contributo da obra de Sinde Monteiro encontra-se noutros textos e não tem merecido acolhimento por parte do legislador nacional. Falamos da ideia da socialização do risco. Em particular, Sinde Monteiro retomou o tema da socialização do risco (médico), com uma reflexão sobre o *seguro do doente*.⁴² Sobre isso, escreve nesta obra Rui Cascão, desenvolvendo a alternativa escandinava e da Nova Zelândia.

Na nossa tese de Doutoramento, defendemos a solução semelhante à francesa, que mantendo de pé o regime tradicional, encontrava uma solução humanista para os grandes incapazes, com uma compensação assegurada por um fundo público às vítimas de álea terapêutica com incapacidades graves e com uma visão moderna e expedita da resolução dos conflitos com Comissões de conciliação e indemnização do acidente médico. Todas estas vozes têm tido dificuldade em transformar o pensamento jurídico e político.

Todavia, quando a tragédia assola, os poderes executivos acorrem a soluções *ad hoc*, como se viu nos incêndios de Pedrógão e a remessa para a Provedora de Justiça deste problema.⁴³ Também aí Sinde Monteiro interveio,⁴⁴ na redação de um documento de extraordinária valia sobre o

⁴² Sinde Monteiro, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e da Bioética* (1991) 138-145.

⁴³ <https://www.provedor-jus.pt/?idc=32&idi=17527>

⁴⁴ A 30 de outubro de 2017, o Primeiro-Ministro nomeou o Conselheiro Mário Mendes, indicado pelo Conselho Superior da Magistratura; o Professor Doutor Joaquim Sousa Ribeiro, em representação do Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas; e o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, em representação da Associação de Vítimas do Incêndio de Pedrogão Grande.

O Conselho fixou — “de acordo com o princípio da equidade — os critérios a utilizar no cálculo das indemnizações a pagar pelo Estado aos titulares do direito à indemnização por morte das vítimas dos incêndios de grandes dimensões que, nos dias 17 de junho e 15 de outubro de 2017, deflagraram em Portugal continental”. Cf. Despacho n.º 10496-A/2017 — Diário da República, 2.ª série — N.º 231 — 30 de novembro de 2017.

dano da perda de vida e da lesão corporal grave, documento que seguramente irá marcar a jurisprudência e a prática do direito da reparação de danos pessoais nos próximos anos.⁴⁵

Nesta senda, em 2018, no âmbito da Comissão presidida pela Dr.^a Maria de Belém Roseira, nomeada por Despacho do Ministro da Saúde, inserimos no anteprojeto de Lei de Bases de Saúde, normas que poderiam espoletar uma evolução positiva no ordenamento jurídico nacional.⁴⁶ Assim, entre os direitos das pessoas em contexto de saúde foi enunciado o direito a «receber indemnização pelos danos sofridos, em tempo razoável, nos termos definidos na lei» (cf. alínea o) do n.º 1 da Base VII) e, na alínea a) do n.º 1 da Base LVI, foi consagrada a determinação de que «O Governo promoverá que seja, no prazo de um ano, adotada a legislação complementar necessária para o desenvolvimento desta lei que contemple, designadamente, os seguintes aspetos:

a) Direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde, incluindo o direito à indemnização pelo dano injusto causado na prestação de cuidados de saúde, promovendo meios expeditos de resolução de litígios em contexto de saúde e o ressarcimento do dano anónimo».

Infelizmente, esta versão foi abandonada pelo poder político e a Lei de Bases de Saúde, aprovada em 2019, revela um total desconhecimento ou despreocupação face à importância de um sistema justo de compensação no âmbito da saúde.⁴⁷ Por todo o mundo é sabido que a medicina é perigosa: pense-se nas doenças iatrogénicas, nas infeções nosocomiais⁴⁸,

⁴⁵ Este trabalho foi recentemente mobilizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2020, (*Diário da República* de 14 de dezembro de 2020) que promoveu a indemnização pela morte de um cidadão ucraniano às mãos do SEF no aeroporto de Lisboa.

⁴⁶ Cf. os trabalhos preparatórios e o texto do Anteprojeto em *Cadernos Lex Medicinæ n.º 3 (Lei de Bases da Saúde: Materiais e Razões de um Projeto)*, 2018.

⁴⁷ Cf. André G. Dias Pereira, “Uma Lei de Bases da Saúde para os Anos 2020”, *e-Pública*, Vol. 6 No. 1, Abril 2019, <https://www.e-publica.pt/volumes/v6n1a04.html>

⁴⁸ Segundo David MORRIS, *Doença e cultura na era pós-moderna*, Lisboa: Instituto Piaget, 2000, uma estadia no hospital expõe agora os pacientes a infeções hospitalares — as chamadas infeções nosocomiais, que matam mais de sessenta mil americanos anualmente, muitos deles idosos. Chega mesmo a haver um *Journal of*

na contaminação dos produtos sanguíneos, os danos causados por vacinações, a troca de medicamentos e erros de dosagem, entre outros eventos adversos que a cada dia se sucedem nos hospitais.⁴⁹

VII) Responsabilidade civil por atividade perigosa

No caminho de conformação do direito da responsabilidade civil no domínio da biomedicina ao artigo 24.º da Convenção de Oviedo e mesmo ao artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, pode desempenhar um papel relevante o artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil.

Sinde Monteiro (1989) p. 264, procura critérios para a compreensão do que seja uma “atividade perigosa” para efeitos do artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil. E aí indica que se um Regulamento indica como utilizar aparelhos médicos, a violação dessas normas de perigo abstrato faz igualmente presumir a culpa do infrator. Havendo uma infração de uma norma de conduta, verifica-se uma “elevação do perigo” ou, nas palavras do direito anglo-saxónico “*statutory equivalent to negligence*”.

O conceito de *atividade perigosa*, presente no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil deve ser alargado, na área biomédica, e a delimitação de *obrigações de resultado* também deve ser mais abrangente do que tem sido até agora. Têm-se incluído, como casos de responsabilidade pelo não cumprimento de *obrigações de resultado*, aqueles em que o dano decorresse de *defeitos das coisas*, como, por exemplo, dos *instrumentos* empregues, ou de *defeitos de prestações simples*, cuja *margem de risco* fosse *irrelevante*.⁵⁰

Hospital Infection... De facto, a doença iatrogénica — o eufemismo médico para a doença causada por médicos ou procedimentos médicos — tornou-se um problema de tal forma grave que, frequentemente, as pessoas receiam mais os hospitais e os médicos que a própria morte. Nesse sentido, cf. INSTITUTE OF MEDICINE — IOM REPORT (Eds. LINDA T. KOHN, JANET M. CORRIGAN, MOLA S. DONALDSON): *To err is human: building a safer health system*, Washington: National Academy Press, 1999.

⁴⁹ José Fragata/ Luís Martins, *O Erro em Medicina*, Coimbra, Almedina, 2004.

⁵⁰ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa*, *ob. cit.*, p. 94-95.

Trata-se de expedientes processuais e substanciais que poderão reenquadrar o direito da responsabilidade médica em Portugal num patamar mais conforme com o Direito Europeu dos Direitos Humanos.

Por vezes vamos assistindo à visão anquilosada que passa pelo erro metodológico da invocação da “medicina defensiva”. Trata-se de um erro metodológico grave — de que é exemplo o Acórdão do STJ de 15 de outubro de 2009 (Rodrigues dos Santos). Neste caso de má-prática em que se verificou o resultado morte na sequência de uma anestesia, mais exatamente o caso de uma jovem que entrou saudável para fazer uma lipoaspiração e que veio a conhecer a morte na sequência de complicações derivadas da anestesia, os médicos foram absolvidos porque os Autores (os pais da vítima) não lograram fazer prova de erro na aplicação da anestesia. Esta decisão mereceu dois votos de vencido e revogou uma decisão de condenação do Tribunal da Relação de Lisboa. 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, ainda para mais por se tratar de uma intervenção não terapêutica, nas quais se deve exigir a informação máxima.

O STJ, em 2009, afirmou: “a tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efetivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no atual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma subsequente e quase inevitável prática de uma *medicina defensiva*”.⁵¹

⁵¹ O Supremo exigiu a *prova cabal* aos Autores da ação, ... uma jovem senhora morre no decurso de uma anestesia para efeitos de uma lipoaspiração, num caso em que são notórias as infrações às regras técnicas e de prudência (atraso do anestesista, ausência de equipamento apropriado de reanimação, ausência de uma verdadeira sala de operações, o médico não era titular da especialidade de cirurgia plástica...). ... o tribunal poderia ter sido mais ambicioso no domínio da proteção dos direitos

Infelizmente, esta visão pouco sensível às exigências de proteção do direito à vida (artigo 2.º da CEDH) e do direito à reparação do dano injusto estão ainda presentes, inclusive no Supremo Tribunal Administrativo que decidiu a absolvição de um hospital, na sequência de danos neurológicos graves ocorridos na sequência de uma provocação medicamentosa de um parto.⁵²

Pelo contrário, saudamos a utilização do conceito de obrigação de resultado para impor um ónus probatório claro sobre o médico, designadamente no âmbito de intervenções voluntárias, com graves riscos e diminuta dimensão terapêutica. Assim aconteceu com um caso que enquadrava a cirurgia plástica como obrigação de resultado: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de fevereiro de 2021 (Eduardo Silva): “I. A cirurgia de aumento peniano contratada por quem não sofre de nenhuma doença ou afectação do foro sexual, simplesmente pois com pura finalidade estética, a um profissional desse tipo de cirurgia, envolve para este uma obrigação de resultado e não uma obrigação de meios.”⁵³

dos pacientes, designadamente do direito à reparação do dano injustificado, consagrado no artigo 24.º da Convenção de Oviedo. Parece-nos que se poderia ter seguido uma presunção de causalidade — já defendida por Vaz Serra. Pelo contrário, neste Ac. STJ, 15/10/2009 (Rodrigues dos Santos) lançou-se mão do ‘*argumento jurídico*’ segundo o qual o pavor de que o aumento da responsabilidade civil médica (através das técnicas de facilitação da prova e da inversão do ónus da prova) conduza a uma “quase inevitável prática de uma medicina defensiva.” Não subscrevemos este ponto de vista que, lançando mão de um critério extrajurídico e finalístico, não leva a cabo uma correta interpretação dos elementos dogmáticos disponíveis no sistema e coloca na sombra o primado da proteção da pessoa doente e do direito à compensação pelo dano injustificado. A *ameaça* da ‘medicina defensiva’ tem sido usada de forma muitas vezes abusiva. Pelo contrário, aquilo a que alguns apelidam de medicina defensiva pode ser tão-só a prática de uma *boa medicina*, que cumpre os *melhores standards internacionais*.

⁵² Acórdão do STA de 3 de dezembro de 2020, (Relatora: Suzana Silva). Proc 02748/06.7BEPRT.

⁵³ Prossegue o sumário do Acórdão — “II. Se em consequência do aumento peniano, aquele em quem é realizado, desenvolve ainda em fase de controlo pelo médico, granulomas, em vez duma estabilização do tecido adiposo, e se mais tarde apresenta nódulos e tumefações e um aumento de gordura subcutânea ao nível dos

VIII) Responsabilidade Civil e Direitos Humanos

O direito que temos não é isento de reparos graves. Portugal já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) em casos de responsabilidade médica, não apenas, como acontece noutras áreas, pelo atraso na justiça⁵⁴, mas também pela *fraca proteção do direito à vida*, pelo menos na sua dimensão procedimental.⁵⁵

dois terços proximais do pénis, o que lhe provoca dores e lhe causa uma disfunção sexual grave, verifica-se incumprimento da obrigação contratual. III. A ilicitude em que este incumprimento se traduz não é eliminada por uma declaração de consentimento em que se aceitam como bons os resultados que forem produzidos pela intervenção e em que se declara que se tomou conhecimento dos riscos inerentes a este tipo de intervenção, quando esses riscos não constam da declaração assinada nem de outro modo foram apurados em termos de factos provados no processo. IV. A presunção de culpa não se ilide pela prova de que o cliente abandonou as consultas de revisão e com isso não permitiu o controlo do uso do aparelho extensor, não estando provado que o cliente não o usou nem estando provado que nas consultas de revisão seriam feitos tratamentos sem os quais o resultado de concentração irregular de gordura necessariamente se verificaria.”

⁵⁴ Desde que o TEDH iniciou funções, Portugal foi alvo de 345 processos. Em mais de 75% dos casos (262) a decisão foi desfavorável ao Estado português, tendo sido encontrada pelos juízes pelo menos uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A morosidade dos procedimentos judiciais nos tribunais portugueses é a principal violação apontada ao País (143).

⁵⁵ Vejam-se os casos: 1) Decisão final da *Grand Chamber* em 19 de dezembro de 2017 (*Lopes De Sousa Fernandes c. Portugal*). A violação ao direito à vida motivada por falhas no sistema hospitalar mereceu a reparação pelo Plenário do TEDH no valor de €23.000 (na 1.ª instância havia sido arbitrado montante de €39.000). Portugal foi condenado de forma definitiva no TEDH por violar o direito à vida, na dimensão procedimental, absolvendo-se da violação do direito à vida, na dimensão material, com um importante voto de vencido do Juiz português Paulo Pinto de Albuquerque. 2) Decisão de 25 de julho de 2017 (caso *Carvalho Pinto de Sousa c. Portugal*): caso da linguagem inapropriada relativa a uma vítima de negligência médica. O Tribunal destaca alguns processos em cada país, tendo dado relevo em Portugal ao caso da mulher que viu o Supremo Tribunal Administrativo reduzir a indemnização que lhe seria devida por negligência médica numa operação que lhe

Não podemos olvidar que a interpretação do direito ordinário deve ser feita em conformidade com o Direito Convencional e com o Direito Constitucional. Pelo que este comando supralegal impõe uma mudança, uma transformação no Direito Civil.

Sinde Monteiro foi um civilista muito empenhado na relação com os direitos fundamentais. No início deste século foi o coordenador português de um Projeto internacional de grande relevo — “*Fundamental rights and Private Law in the European Union*”.⁵⁶

Em 2014 publicaria, junto com uma equipa que tivemos a honra de ajudar a coordenar, no livro *Human Rights and Private Law*,⁵⁷ editado pela Springer, na sequência de um relatório enviado à Academia Internacional de Direito Comparado, em 2014⁵⁸.

IX) Proteção dos agentes em funções públicas

Com o seu (curto, mas grandioso) escrito (“Responsabilidade dos agentes do Estado”) contribuiu para manter a proteção do agente em

causou problemas na sua vida íntima, o que a levou a apresentar uma queixa por discriminação de género e idade. O tribunal português argumentou que “à data da operação, a queixosa já tinha 50 anos de idade e tinha tido dois filhos, ou seja, uma idade em que o sexo não é tão importante como na juventude, a sua importância diminui com a idade”. 3) Decisão de 31 de janeiro de 2019 da Grand Chamber (*Fernandes de Oliveira v. Portugal*). Após condenação de 28 de Março de 2017 na 1.ª Câmara, incluindo a violação da dimensão substantiva do artigo 2.º da Convenção, a *Grand Chamber* reviu a decisão e considerou haver apenas uma violação da dimensão procedimental do artigo 2, uma vez que os processos duraram mais de 11 anos em dois níveis de jurisdição, condenando o Estado português a pagar uma indemnização de €10.000 por danos não patrimoniais.

⁵⁶ 2003 a 2005: *Fundamental Rights and Private Law in the European Union* (Univ. Bremen — coordenação principal)

⁵⁷ Jorge Sinde Monteiro/ André Días Pereira/ Alexandre L. D. Pereira/ Geraldo Ribeiro/ Luís Fábrica/ Mónica Jardim/ Paula Távora V, “Human Rights and Private Law — Portugal”, in TRSTENJAK Verica, *The influence of human rights and basic rights in private law*, Springer, 2015, pp. 483-533.

⁵⁸ <https://www.iacl2014congress.com/home/>

funções públicas, no âmbito da responsabilidade civil administrativa, quando outros — até vindos do Direito público (Freitas do Amaral) tudo queriam “civilizar”. O civilista explicou que, na solidariedade passiva, poderia haver lugar a um dever de cumprimento primário por um devedor... neste caso o Estado ou outro Ente público. Este texto terá sido importante para que em 2007 o legislador mantivesse este regime, mais favorável ao trabalhador em funções públicas.

Ora, como vimos defendendo, esta proteção ao profissional de saúde conduz à *institucionalização da responsabilidade*, que é uma das melhores formas de proteger a relação médico-paciente e contribuir para *criar confiança* no sistema de saúde e promover a *notificação de eventos adversos* e a *redução do erro médico*.⁵⁹

Curiosamente, malgrado a aplicação da responsabilidade delitual, em que o prazo de prescrição é de 3 anos e o ónus da prova da culpa recai sobre o paciente lesado,⁶⁰ este regime da Lei n.º 67/2007 satisfaz algumas das especiais exigências do Direito da Medicina:⁶¹

Este regime coloca menor pressão sobre o profissional concreto. O profissional de saúde apenas responde com o seu património em caso de direito de regresso, que apenas é devido no caso de negligência grosseira, ou nas palavras da lei, se houver violado com “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” os seus deveres objetivos de conduta (artigo 8.º, n.º 1);

⁵⁹ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, Parte IV (passim), disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

⁶⁰ Cf. Rui Vouga, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf

⁶¹ André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 883, disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

Consagra o instituto da *culpa por funcionamento anormal do serviço* (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4), o que permite indemnizar o paciente pelos seus danos patrimoniais e não patrimoniais, mesmo que não seja identificado um concreto agente culpado;⁶²

Esta lei promove a *responsabilidade institucional*; permite ressarcir danos aos lesados, sem por outro lado criar uma relação de conflito direto entre o médico e o paciente, o que evita a medicina defensiva, a não assunção do erro e a não notificação do evento adverso⁶³.

X) Conclusão

Jorge Ferreira Sinde Monteiro marcou indelevelmente a doutrina nacional em várias áreas do Direito Privado. No direito da responsabilidade civil em saúde, o seu contributo continua a ser determinante para os rumos que a doutrina, a jurisprudência e a lei vão seguindo. A sua influência, a sua voz, aparentemente discreta, é forte e marca as grandes tendências, na definição da ilicitude, de uma visão moderna sobre o nexo de causalidade, da autonomia da responsabilidade civil face à responsabilidade penal e na concretização de critérios justos e adaptados à realidade nacional da reparação dos danos pessoais⁶⁴ — uma das suas grandes paixões — desde o início da sua brilhante carreira.

⁶² Artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: 3 — O Estado e as demais pessoas colectivas 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 acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço. 4 — Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

⁶³ Sobre esta matéria, vide Guilherme de Oliveira; recensão à obra José Fragata/ Luís Martins, *O Erro em Medicina, Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

⁶⁴ Vide, entre outros, Jorge Sinde Monteiro: *Reparação dos Danos em Acidentes de Trânsito. Um Estudo de Direito Comparado sobre a Substituição da Responsabilidade Ci-*

vil por um novo Seguro de Acidentes de Trânsito, Coimbra, 1974; Jorge Sinde Monteiro: *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983; Jorge Sinde Monteiro, Reparação de danos pessoais em Portugal: a lei e o futuro: considerações de lege ferenda a propósito da discussão da “alternativa sueca” / Jorge F. Sinde Monteiro, *Colectânea de Jurisprudência*, Coimbra, A. 11, (4), 1986, p. 5-13; J. Sinde Monteiro, “Dano corporal (um roteiro do direito português)”, in *Revista de Direito e Economia*, 1989.

EXCLUSÕES DE RESPONSABILIDADE NA
ACTIVIDADE MÉDICA
LIABILITY EXCLUSIONS IN MEDICAL MALPRACTICE

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO*

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

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

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

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

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

2. Regime jurídico das cláusulas exoneratórias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Serão válidas estas cláusulas?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Regime jurídico das cláusulas exoneratórias na responsabilidade médica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. O problema do concurso/cúmulo de responsabilidades

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A esta luz, dissemo-lo há muito, parece que a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que VAZ SERRA propunha, devendo permitir-se ao lesado, *em princípio*, a faculdade de *optar* por uma ou outra espécie de responsabilidade (e, mesmo, de *cumular*, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha)⁴².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Cláusulas limitativas do objecto/conteúdo contratual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESPONSABILIDADE MÉDICA EM HOSPITAIS PÚBLICOS E EM HOSPITAIS PRIVADOS

CLÁUDIA MONGE*

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

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

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa · Advogada.

<https://orcid.org/0000-0003-3944-1105> · claudiamonge@fd.ulisboa.pt

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

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

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

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, pp. 60-61.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

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

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

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

²¹ *Ibid.*, pp. 48-49.

²² *Ibid.*, p. 49.

²³ *Ibid.*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

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

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

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

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

³² *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 47.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Uma interpretação conforme com a Constituição assim o demanda.

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

4. Notas finais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ *Ibid.*

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

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

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

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

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

⁵⁹ *Ibid*, pp. 17 e 18.

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

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

REVISITANDO “A RESPONSABILIDADE POR CONSELHOS RECOMENDAÇÕES OU INFORMAÇÕES”: TRÊS DÉCADAS DE EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SEU IMPACTO NAS ATIVIDADES DE SAÚDE

EDUARDO DANTAS¹

¹ Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal; Sócio titular do Escritório Eduardo Dantas Advocacia & Consultoria; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995); Especialista em Direito de Consumo pela *Universidad de Castilla-La Mancha* (2001); Mestre em Direito Médico pela *University of Glasgow* (2007); Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Ex Vice-Presidente e membro do *Board of Governors* da *World Association for Medical Law*; Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia de Pernambuco; Autor dos livros *Direito Médico* (Editora GZ, 2009), *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010), *Droit Médical au Brésil* (Editora GZ, 2013); *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida* (Editora GZ, 2018); e *Contemporary Issues in Medical Law* (Editora GZ, 2018); Coordenador do Livro *Tendências do Direito Médico* (Editora GZ, 2021); Autor de diversos artigos publicados no Brasil, Portugal, Israel, EUA, Polónia, República Checa e França; Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Gestões 2013/2015 e 2016/2018); Professor do VI Curso de Pós-Graduação em Bioética do CDIP — Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (Portugal); Professor

Resumo: O presente artigo busca rememorar conceitos trazidos por ocasião da publicação da tese de doutoramento que investigava o alcance e amplitude das disposições contidas no artigo 485 do Código Civil Português, analisando seus efeitos contratuais e obrigacionais, demonstrando o reflexo deste tema nas relações entre profissionais de saúde e seus pacientes, com o desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, do dever de informação clara e adequada, realçando e dando efetividade ao princípio bioético da autonomia.

Palavras-chave: Dever de informar; consentimento; autonomia.

Abstract: This article aims to recall concepts brought up on the occasion of the publication of the doctoral thesis that investigated the scope and breadth of the provisions contained in article 485 of the Portuguese Civil Code, analyzing its contractual and mandatory effects, demonstrating the influence of this theme in the relationship between health professionals and their patients, with the develop-

do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE (Recife — PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Hospitalar da EPD — Escola Paulista de Direito (São Paulo — SP); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, Odontológico e da Saúde do IGD — Instituto Goiano de Direito (Goiânia — GO); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Saúde Suplementar do Instituto Luiz Mário Moutinho (Recife — PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito (Salvador — BA); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Brasília — DF); Ex-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Fundador e Ex-Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/AL; Membro da Comissão. De Direito Médico da OAB/RJ (2021); Membro honorário do Membro honorário do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas”, do Centro Universitário Curutiba — UNICURITIBA, sob coordenação do professor Miguel Kfourri Neto; Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde; Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico; Presidente da ALDIS — Associação Lusófona de Direito da Saúde; Coordenador pedagógico da *Association de Recherche et de Formation en Droit Médical* (Toulouse, França); Membro do International Advisory Board do Observatório de Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Ambiente, da Universidade de Salerno, Itália; Vice-Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do IBD-FAM — Instituto Brasileiro de Direito de Família; Membro do IBERC — Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil; Secretário-Geral da Comissão Nacional de Direito Médico da Associação Brasileira de Advogados; Membro do Conselho Editorial da *Medicine & Law Journal*, revista da *World Association for Medical Law*; Coordenador do Conselho Editorial da Revista de Direito Médico e da Saúde.

E-mail eduardodantas@eduardodantas.adv.br

ment of the doctrine of informed consent, the duty to provide clear and adequate information, thus highlighting and giving effectiveness to the bioethical principle of autonomy.

Keywords: Duty to inform; consent; autonomy.

No já distante ano de 1989, o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro apresentava mais um de seus diversos e importantes contributos à ciência do Direito ao publicar sua tese de doutoramento, intitulada *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, onde discutia a fundo as implicações e interpretações do art. 485² do Código Civil Português, investigando o relevo jurídico do problema específico da responsabilidade civil por informações.

À época, ainda se mostravam embrionárias — ou ao menos sem a relevância atual em termos de apreciação pelos tribunais — as questões relativas ao dever de indenizar em virtude do incorreto cumprimento do dever de informar, em específico nos temas afeitos à relação dos profissionais de saúde (com ênfase na medicina e na odontologia), nas questões em que a informação necessária a ser transmitida ao utente ou utilizador dos serviços de saúde se mostrasse equivocada ou incompleta, impedindo uma adequada tomada de decisão informada por parte do paciente ou seu representante legal.

Ali já se estabelecia que a atividade em saúde, e a médica em especial, carecia de disciplinamento relativo não apenas ao serviço prestado, mas também no que pertine à responsabilidade em cumprir com o dever (profissional) de informar, tendo como contraparte o direito do paciente à transparência e à informação adequada, como forma de lhe permitir

² Art. 485º (Conselhos, recomendações ou informações). 1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua *facto punível*. (Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202008151153/73747667/diploma/indice>) Acesso em 12/02/2021.

exercer autonomia, consubstanciada em um processo de escolha esclarecida, ainda hoje muitas vezes confundida com o ato de consentir³⁴:

“Em primeiro lugar, uma informação pode ser prestada no cumprimento de um contrato justamente com esse objecto, isto é, dirigido directa e exclusivamente a esse fim. É inequivocamente o que acontece quando alguém se dirige a uma agência de informações ou procura um médico, advogado ou conselheiro fiscal apenas com o objetivo de pedir determinado conselho ou informação.”⁵

“Dos mais diversos tipos de contratos podem resultar deveres acessórios ou laterais de conselho, aviso ou informação, seja com base em acordo expresso, numa interpretação contratual integradora ou numa norma legal, especialmente do princípio da boa fé.”⁶

A discussão ganhou novos contornos desde então, inclusive em razão de seus aspectos econômicos⁷, sendo aprofundado nas últimas três

³ Adriano Marteleto Godinho complementa (*In Direito ao próprio corpo. Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Juruá, 1ª edição, 2ª impressão, Curitiba, 2015, pág. 111): “O postulado acabado de referir é imprescindível para estabelecer que o consentimento somente será como válido se as informações transmitidas aos pacientes forem bastantes para a formação da sua convicção. À míngua de informação, ou sendo ela incompleta ou imprecisa para sustentar um consentimento devidamente esclarecido, poder-se-á afirmar que, ainda que o paciente tenha apostado sua assinatura no Termo que lhe tiver sido apresentado, o consentimento obtido será considerado inválido, passando a conduta médica a ser tratada como um ato não autorizado, incidindo, a partir daí, as regras que imputem a ele a responsabilidade civil e criminal pela intervenção não permitida sobre a integridade física de terceiros.”

⁴ Ainda a respeito do mesmo tema, Guilherme de Oliveira, em seu artigo “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica” *In Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 63, assim leciona: “O dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se praticou o ato médico.”

⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *in Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Almedina, Coimbra, 1989, Pág 20

⁶ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 47

⁷ A propósito, recomenda-se a leitura da tese de Miguel Carlos Teixeira Patrício, *Análise Económica da Responsabilidade Médica*. (AAFIDL Editora, Lisboa, 2017), da qual. Se extrai o seguinte trecho contido em sua página 150: “Neste sentido,

décadas o conceito de dano informacional aplicado às relações de saúde. Vale, portanto, analisar a evolução do pensamento, a partir daquele contributo em específico, que serviu para alicerçar e fundamentar conceitos hoje essenciais no âmbito do atendimento em saúde.

A aplicabilidade da tese apresentada nos parece plenamente adaptada à atividade em saúde, especialmente na formulação de diagnósticos, ao estabelecer que uma informação, um conselho, ou mesmo um parecer que estejam “objectivamente incorrectos”⁸ não podem servir de fundamento para o surgimento de um dever de indenizar, uma vez que no seio daquela relação não se pode exigir “uma absoluta exactidão, estando em causa uma obrigação de meios”⁹.

Segue o Professor Sinde Monteiro ressaltando que:

“mais concretamente, o conselheiro deve informar-se com exactidão dos elementos de direito e de facto necessários à formalização de uma opinião, e fazer em seguida uma aplicação técnica exacta dos mesmos, de acordo com as *leges artis*, sendo nesta dupla perspectiva que se analisa a exactidão, a apreciar com referência ao. Momento em que é dado, segundo informações mais recentes então disponíveis.

É claro que o conselho também pode ser inexacto em razão do raciocínio em que se apoia; mas, como tem sido posto em relevo sobretudo em matéria de responsabilidade médica, um erro de opinião tem de ser manifesto, saliente, para poder gerar responsabilidade”¹⁰.

notam-se, em seguida, sem pretensões de exaustividade, algumas das dificuldades detectadas naquela contratualização — as quais podem, de algum modo, ser transponíveis, a uma outra escala, para a pura contratualização:

- a) Deve ser prestada informação sobre as consequências possíveis ou prováveis daquilo que, de forma negociada, se está a dispensar (p. ex., alternativas terapêuticas)?
- b) Onde situar o *esclarecimento terapêutico*, nas *leges artis* ou no contrato?
- c) Os efeitos secundários de muito rara frequência, decorrentes de tratamentos, devem ser comunicados? Será que a gravidade dos mesmos deve ser obrigatoriamente comunicada, apesar da baixíssima probabilidade? Para efeitos litigiosos, não será difícil ter que distinguir um *risco raro improvável* de um *risco raro normalmente previsível*?

Finalmente, um derradeiro obstáculo: para a parte que está menos informada, como detectar e avaliar contratualmente algo que se quer, ou quereria, desconhecer...?”

⁸ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 387

⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 387

¹⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 388/389

Há que se entender, portanto, que a responsabilidade por informações neste campo específico do conhecimento humano, dadas as suas e especificidades, e em especial a ausência de garantia de sucesso, cura ou absoluta segurança em qualquer procedimento ou intervenção de saúde, traz particularidades intransponíveis, mas mesmo estas não afastam (ao contrário, reforçam) os deveres de informação.

Adriano Marteleto Godinho¹¹ assim dispõe sobre o tema:

“Só cabe falar em consentimento esclarecido se o paciente puder absorver as informações que lhe forem transmitidas, sendo imprescindível, assim, a *compreensão*. É inegável que o paciente ocupa posição desfavorável nas relações travadas com os médicos, por ser ele presumivelmente leigo. Entra em cena a noção de *hipossuficiência*, referida pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, inc. III, enuncia que a informação a ser prestada ao consumidor deve ser adequada e clara, além de especificar os riscos que os serviços apresentem. Portanto, apenas haverá manifestação deliberada de vontade se houver, por parte do paciente, o devido entendimento acerca dos termos contidos no Termo de Consentimento Informado, que devem se revestir da máxima transparência possível.

O vocabulário utilizado no Termo de Consentimento Informado, próprio da área médica, deve ser suficientemente preciso e compreensível ao paciente, para que proporcione completo entendimento sobre seus termos. Assim, a informação fornecida ao paciente não pode admitir o uso de palavras abreviadas, a não ser que se forneça o seu real significado, nem de terminologia científica cujo conteúdo não seja cabalmente esclarecido. É necessário, pois, que o médico promova uma efetiva interação com seus pacientes, observando as condições e as limitações concretas de cada um, explicando-lhes cada aspecto do conteúdo do Termo, para que este possa ser uma fonte de segurança para ambos.”

Cabe aqui examinar a questão sob dois tipos de prismas diferentes: o deontológico e o legal. E também sob dois pontos de vista distintos: o dos ordenamentos português e brasileiro.

¹¹ Op. Cit. pág. 111.

O princípio da autonomia é muito bem demonstrado no sistema jurídico brasileiro, a começar pelas disposições do artigo 5º¹², inciso II¹³ da Constituição Federal, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A autonomia, no tocante ao tratamento médico, tem sua expressão máxima no direito à recusa de tratamento. Neste sentido, também encontra abrigo constitucional, especialmente nos incisos VI¹⁴ e VIII¹⁵ do mesmo artigo, ao instituir como garantia o direito à recusa em respeito às convicções morais, filosóficas ou religiosas. Em outras palavras, é assegurado ao paciente o direito de que sua vontade prevaleça sobre a opção terapêutica escolhida pelo médico, ainda que ignorando argumentos técnicos e científicos, desde que esta seja uma decisão consciente, tomada por pessoa competente, e após apropriada informação.

A terminologia, em nosso ver, é inapropriada, uma vez que o dever de informação previsto pela legislação — notadamente o Código de Defesa do Consumidor, fala em dever de esclarecimento, e para isso, não apenas as modalidades “adequadas” deveriam ser expostas, mas todas aquelas efetivamente existentes, permitindo assim, não apenas a compreensão do problema, mas todas as alternativas possíveis, garantindo — aí sim — o direito à escolha esclarecida.

Referências a esta autonomia estão dispostas de forma esparsa por toda a legislação brasileira. O Código Civil de 2002, em seu artigo 15, dispõe expressamente que “ninguém pode ser constrangido a submeter-

¹² “Constituição Federal: Artigo 5 — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹³ Artigo 5, II — Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁴ “Artigo 5, VI — É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

¹⁵ “Artigo 5, VIII — Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

-se, sem risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Apesar de impreciso (uma vez que a expressão “risco de vida” possa dar a falsa conotação de que, sem tal risco, o paciente possa ser coagido a aceitar tratamento ou intervenção) o espírito da lei, a intenção do legislador é clara, ao garantir ao paciente que este não poderá ser coagido.

Tal atitude representa uma grande mudança na maneira de encarar o papel do médico — salvar vidas humanas a qualquer custo — passando a atribuir ao paciente ou seu representante legal parcela de responsabilidade quanto às decisões e consequências de seu tratamento.

Seguindo este mesmo espírito, o Estatuto do Idoso¹⁶, em seu artigo 17, garante a pessoas com mais de 65 anos que estejam no domínio pleno de suas faculdades mentais, o direito de escolher o tratamento de saúde que considere mais favorável, mais apropriado. (Em verdade, este direito à autodeterminação é garantido a todos, ainda que o legislador tenha optado pela redundância da exposição em lei específica de caráter protetivo a cidadãos de idade avançada).

O dispositivo mencionado não faz nenhuma referência ao risco de morte como condição para assegurar o direito à escolha da opção terapêutica. A única possibilidade para tal restrição seria a insanidade ou falta de integridade mental, independentemente da condição clínica do paciente. Nesta situação, pode o médico proceder com sua própria escolha terapêutica se a) o paciente não puder expressar sua vontade; b) os parentes ou representantes legais não puderem ser contatados e c) houver risco iminente de morte.

Outra expressão da autonomia do paciente no direito brasileiro está contida no artigo 10 da Lei de Transplante de Órgãos¹⁷, que favorece a

¹⁶ Lei n. 10.741/2003 — Estatuto do Idoso — “Artigo 17 — Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

¹⁷ Lei n. 9.434/1997 — Lei de Transplante de Órgãos

Artigo 10 — O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

escolha do paciente em qualquer situação, prevalecendo inclusive sobre a opinião médica, ao demandar o expresso consentimento do receptor, após aconselhamento sobre os riscos do procedimento de transplante. Significa que, mesmo sob risco iminente de morte, é o paciente quem deve decidir sobre submeter-se ou não aos riscos inerentes ao procedimento.

Cabível mencionar também aqui a Lei Estadual nº 10.241/1999 de São Paulo, que reconheceu como um direito aos usuários do sistema de saúde, o direito a receber informação clara e adequada sobre terapias e procedimentos terapêuticos, respeitando valores éticos e culturais.

Outros Estados também aprovaram leis semelhantes¹⁸ para os seus serviços públicos de saúde, reforçando o direito à autonomia do paciente como um princípio a ser respeitado.

Ainda no mesmo sentido, importante contribuição é trazida ainda por Paulo Fortes¹⁹, ao anotar que:

“A Lei 10.241/99 incorporou o princípio do “consentimento livre e esclarecido” que poucos anos antes de sua promulgação havia sido proposto para a regulamentação ética de pesquisas envolvendo seres humanos, por meio da *Resolução do Conselho Nacional de Saúde CNS 196/96*²⁰. O artigo 2º, VII, da Resolução, afirma que o paciente tem o direito de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, a procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem nele realizados.

Entende-se que para que o consentimento seja esclarecido, as informações devem ser compreendidas pelos pacientes. Assim, deve-se distinguir entre o consentimento informado ou pós-informado e o consentimento esclarecido. Uma pessoa pode ser informada, mas isso

¹⁸ Lei Estadual nº 3.613/2001 (Rio de Janeiro); Lei Distrital nº 2.804/2001 (Distrito Federal); Lei Estadual nº 14.254/2003 (Paraná); Lei Estadual nº 12.770/2005 (Pernambuco); Lei Estadual nº 8.855/2008 (Espírito Santo); Lei Complementar nº 283/2007 (Mato Grosso); Lei Estadual nº 6.340/2013 (Piauí) e Lei Estadual nº 10.584/2017 (Maranhão).

¹⁹ In “Um olhar bioético sobre as legislações brasileira e francesa relativas aos direitos dos pacientes à informação e ao consentimento”, Revista Brasileira de Bioética, Vol. 3, n. 01, Sociedade Brasileira de Bioética, Brasília, 2007, p. 23/24)

²⁰ Brasil, Ministério da Saúde, Secretaria de Assistência à Saúde. *Conselho Nacional de Saúde. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: Ministério da Saúde/Conselho Nacional de Saúde; 1997*

não significa que esteja esclarecida, caso ela não compreenda o sentido das informações e, principalmente, se estas não forem adaptadas às suas circunstâncias culturais e ao momento psicológico que está vivenciando.”

É interessante perceber que, apesar de todo um arcabouço legal existente, questões relativas à autonomia apenas agora começam a ser discutidas nos tribunais brasileiros com a mesma frequência de suas contrapartes francesa e norte-americana, por exemplo²¹.

A razão para tanto pode estar no desestímulo causado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, no alto custo de um processo, ou mesmo no fato de que consentimento informado, escolha esclarecida e direito à recusa de tratamento sejam encaradas mais como uma questão ética que uma possibilidade juridicamente tutelada.

Ainda no Brasil, o Código de Ética Médica é bastante claro ao proibir a prática de atos que limitem o direito do paciente em conhecer sua situação clínica, ou que venham a restringir o seu direito de livre escolha terapêutica:

Art. 12 — [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Art. 13 — [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 22 — [É vedado ao médico] Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

²¹ Sílvio Romero Beltrão, em seu livro *Direitos da Personalidade* (2ª edição, Atlas, São Paulo, 2005, pág. 173, aborda o tema sob escrutínio, acrescentando que “Concretamente, quanto aos deveres de informação em sentido lato, cumpre assinalar que a tendência atual é no sentido de uma crescente intensificação de tais deveres, particularmente sob a influência do direito ao desenvolvimento da personalidade e da defesa e proteção do paciente. Evidentemente que o exato alcance da informação dependerá do caso em concreto, em relação ao tipo de tratamento ao qual será submetido o paciente. Para esses fins, não há uma forma geral prescrita em lei para a prestação da informação e para a manifestação da vontade do paciente, pelo contrário, o Código Civil dispõe em seu artigo 107 que: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Art. 24 — [É vedado ao médico] Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 26 — [É vedado ao médico] Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 31 — [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34 — [É vedado ao médico] Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 42 — [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

As disposições acima transcritas reforçam o posicionamento anteriormente esposto, no sentido de que todo o cuidado com o dever de informação, e com o direito à autonomia por parte do paciente, não podem se esgotar em um procedimento tão hermético e falho quanto o da obtenção do consentimento informado.

Hermético, por não permitir ao enfermo (usuário, utente do serviço de saúde, e consumidor em última análise), uma visão mais abrangente de seu quadro, restringindo seu papel ao ato de consentir ou não com o tratamento proposto. Justamente por isso, falho, já que impede o exercício da escolha esclarecida, que pressupõe não somente o conhecimento de todas as alternativas, mas também a compreensão do que cada uma delas pode representar²².

²² Tom Beauchamp, em seu artigo *Autonomy and Consent* (*in* *The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. Pág 68) assim discorreu a respeito: “At a minimum, persons understand only if they have acquired pertinent information and have relevant beliefs about the nature and consequences of their actions. Their understanding need not to be complete, because a grasp of the

Entender este processo de consentimento como um fim em si mesmo não atende aos princípios espalhados por todo o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma falha no cumprimento do dever de informação. É um engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar um excludente de responsabilidade civil, ou mesmo um eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico português, o tema passa outras áreas incontornáveis, uma vez que entendemos indissociável a responsabilidade por informações, e o dever de informar e esclarecer como pressupostos do ato válido de consentir, possibilitando o pleno exercício da autonomia.

Impossível deixar de mencionar aqui a influência do art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina²³ e os arts. 156º e 157º do Código Penal Português²⁴⁻²⁵.

material facts is generally sufficient, but in some cases a person's lack of awareness of even a single risk or missing fact can deprive him or her of adequate understanding. There are several reasons why limited understanding can occur in a process of deliberative choice and consent. Some patients and subjects are calm, attentive, and eager for dialogue, whereas others are nervous or distracted in ways that impair or block understanding. Conditions that limit their understanding include illness, irrationality, and immaturity. Deficiencies in the communication process also often hamper understanding. A breakdown in a person's ability to accept information as true or untainted, even if he or she adequately comprehends the information, can compromise decision making"

²³ Convenção de Oviedo — Art. 5º Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

²⁴ Art. 156º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários) — 1. As pessoas [profissionais de saúde] que [...] realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

²⁵ Art. 157º (Dever de esclarecimento) — [...] o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento [...].

No próprio Código de Deontologia Médica, o dever de esclarecimento e o direito ao consentimento informado caminham juntos, como se percebe nos dispositivos consubstanciados nos artigos 19º e 20º daquele diploma:

Artigo 19º — Esclarecimento do médico ao doente

1 — O doente tem direito a receber e o médico o dever de prestar esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.

2 — O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, dos seus objetivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência.

3 — O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente.

4 — O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural.

5 — O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e facultando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente.

Artigo 20º — Consentimento do doente

1 — O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais.

2 — Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se.

3 — O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida.

Mesmo um resultado satisfatório do ponto de vista clínico, pode mais tarde vir a ser interpretado como falho, se confrontado com outros possíveis desfechos esperados a partir de outros métodos terapêuticos não informados ao paciente.

Esta ausência de informação não significa necessariamente uma atitude negligente, mas sim a expressão da convicção do médico, baseado em sua própria experiência ou na literatura especializada, de que o tra-

tamento proposto era o mais adequado ao caso concreto²⁶. Ocorre que tal não é suficiente para suprir, de maneira completa, os princípios éticos e jurídicos que o obrigam a apresentar toda a informação disponível ao paciente. A não indicação de todas as alternativas possíveis pode ser entendida, em um eventual procedimento disciplinar, ou mesmo jurídico, como indução ao tratamento através de omissão de informações, o que contraria os princípios da autonomia e da boa-fé objetiva.

Esta noção não é diferente em outras jurisdições. Aliás, é uma tendência de pensamento que começa a ganhar corpo, como se depreende das palavras de André Pereira²⁷:

Mais recentemente, alguns autores vêm propondo um conceito mais abrangente. Assim, na doutrina anglo-saxónica critica-se a expressão *informed consent*, visto que a informação é apenas um aspecto do consentimento esclarecido (“*comprehensive or enlightened consent*”). Assim, vem sendo proposta a utilização da expressão *informed choice*. Este conceito teria a virtude de abranger, entre outros aspectos, a informação sobre as conseqüências da recusa ou revogação do consentimento, as alternativas terapêuticas, a escolha dos medicamentos (o que implica alterações à regulamentação da publicidade dos medicamentos, a escolha do estabelecimento de saúde, etc.

No direito português encontramos consagrado o direito à “*informação sobre os serviços de saúde existentes*” e o “*direito à livre escolha do médico*”, e ainda o direito à “*segunda opinião*”. Tudo aspectos que vão para além do simples consentimento livre e esclarecido. São expressões avançadas do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*: a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse

²⁶ Steven Joffé e Robert D. Truog, em seu artigo “Consent to Medical Care: The importance of fiduciary context” (The Ethics of Consent — Theory and Practice. Oxford University Press, 2010. Pág. 355), assim complementam: “Perhaps more important, during the course of complex medical care, physicians must inevitably make many choices about lesser issues on the basis of an implicit grant of authority from the patient rather than on the basis of explicit consent for each choice. Although these choices may relate to the “routine and low-risk aspects of the patient’s medical treatment” noted by Faden and Beauchamp, it nevertheless seems evident that when making such choices physicians unavoidably step out of their advisory roles”.

²⁷ In O Consentimento Informado na relação médico-paciente. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 74

uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico.

Em outras palavras, mesmo com a obtenção do válido e regular consentimento informado, se este não é resultante de uma escolha esclarecida, está sujeito aos riscos decorrentes da própria imprevisibilidade inerente à atividade médica.

Uma palavra-chave surge então, como caminho para a resposta: transparência. Transparência na quantidade, na qualidade da informação transmitida pelo médico ao seu paciente, de modo a não apenas cumprir um dever mecânico, mas, sim, permitir a exata compreensão necessária ao ato de assentir com a intervenção proposta, sabendo o motivo e podendo justificar — dentro de suas limitações cognitivas e culturais — o motivo da escolha de tal ou qual linha terapêutica de tratamento adotada.

O esclarecimento vai além da informação, porque a pessoa pode ter sido informada e não obstante não ter sido esclarecida; não ter compreendido perfeitamente as informações que lhe foram prestadas, seja porque não foram claras o suficiente, seja porque não tenham sido adequadas à sua linguagem, às suas características culturais, psicológicas ou ainda porque foram insuficientes, etc. Neste sentido, é de bom alvitre pontuar que para esclarecer não é preciso, aliás, tampouco aconselhável que o médico forneça ao paciente um manual completo de anatomia ou outro qualquer em linguagem técnica e ininteligível por quem não seja do mesmo meio que ele, médico. Excesso de informação e esclarecimento, não são sinônimos e esclarecer não é nem de longe, cumprir o protocolo. É antes disso, a base da relação médico e paciente e o que se exige é a qualidade da informação, que não tem, necessariamente relação com a quantidade.

Por isso, para que se dê por cumprido o dever de esclarecimento é preciso atenção, cuidado, paciência e lealdade: atenção porque o esclarecimento pressupõe o diálogo mais do que a transmissão de palavras; pressupõe a capacidade que deve ter o médico de perceber o eco produzido no paciente pelas informações por ele prestadas, necessita da presença de todos os sentidos em alerta para a interpretação dos sinais corporais que são transmitidos pelo paciente quanto ao assentimento, entendimento, incompreensão, desconforto, etc; precisa de cuidado para saber escolher o que dizer e como dizer, nada significando que deva ser omitido do paciente informação relevante para sua escolha, mas também não importando dizer-lhe nua e cruamente aquilo para o qual ele — paciente,

leigo e vulnerável — não esteja preparado para ouvir sem uma dose de sensibilidade; é preciso paciência para saber que, por não ser o paciente, em regra, letrado nas *leges artis* talvez seja preciso repetir várias vezes e de diversas formas a mesma informação até que tenha sido ela efetivamente compreendida, ou ainda, para responder aos questionamentos do paciente — nem sempre pertinentes aos seus olhos de profissional — com simplicidade e veracidade.

A lealdade acima mencionada pressupõe a boa-fé, elemento que servirá de elo entre os deveres deontológicos de informar, e os deveres jurídicos de esclarecimento, como bem sintetizado por Flora Margarida Clock Schier²⁸:

“A essência do dever de informar, conforme ficou estabelecido, está em proporcionar ao consumidor a verdade sobre todo o produto durante a relação negocial que inicialmente é determinante de seu consentimento e contribui para que este consentimento seja mais reflexivo, consciente, protegido e livre. Considera-se que o dever de informar é um meio de proteção ao consentimento, devendo ser observado em todas as fases negociais (antes, durante e depois)”.

Em momento algum se pretende convencer que esta é uma tarefa fácil. Os percalços do cotidiano, a crônica falta de tempo dos profissionais médicos, a inadequada capacidade das instalações físicas dos serviços de saúde, a incapacidade do paciente leigo em compreender as informações, ou mesmo em querer recebê-las, a elevada demanda por serviços médicos e o número reduzido de profissionais parecem justificativas perfeitas para que se transfira a um segundo (ou terceiro) plano a transmissão adequada, transparente e completa das informações necessárias à obtenção do consentimento através da escolha esclarecida.

Entretanto, diminuir a importância deste ato é expor-se em demasia a um risco desnecessário. É possível, sim, questionar o senso de justiça imbuído nos textos legais acima mencionados. O que não se pode, entretanto, é retirar-lhes por vontade individual o seu valor e efetividade enquanto força normativa. Assim, é preciso ter a consciência de que os preceitos legais relativos ao dever de prestar informação correta, com-

²⁸ A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar. Juruá Editora, Curitiba, 2009, pág. 121.

pleta e adequada, e à autonomia do paciente, precisam ser observados e respeitados.

Ironicamente, após eleger o princípio da autonomia como pilar do consentimento informado, percebemos que apenas este não é suficiente para enfrentar um sistema legal que falha ao promover os valores pessoais de individualidade do paciente. Para proteger a autodeterminação, precisamos estabelecer um sistema que permita ao paciente ter acesso às informações pertinentes aos seus valores e crenças pessoais, de modo a lhe permitir tomar uma decisão informada e esclarecida.

Por outro lado, promover a autonomia do paciente não pode significar que a *expertise* médica seja desconsiderada, ou mesmo ignorada. Pacientes e médicos devem comunicar-se buscando opções terapêuticas que definam o melhor caminho, se não o mais adequado, mas o que melhor atinja os objetivos propostos. E os atuais parâmetros legislativos inibem tal discussão. Não há, por exemplo, norma jurídica alguma que padronize, ou mesmo defina, como deve ser este processo de esclarecimento, fornecendo apenas parâmetros balizadores, mas deixando-o à sensibilidade — por vezes, inexistente — de cada profissional.

Ou ainda, voltando às palavras do Professor Jorge Ferreira Sinde Monteiro²⁹ “as informações dadas por profissionais, que são ou aparecem publicamente como competentes, suscitam um elevado grau de confiança e as próprias necessidades do comércio jurídico falam no mesmo sentido”.

Mais que lançar pacientes e profissionais de saúde uns contra os outros, pedindo aos pacientes para confiar cegamente em seus médicos, ou pedindo aos médicos que forneçam dados estatísticos sem emitir opinião profissional, um procedimento de obtenção de escolha esclarecida que fortaleça o diálogo aberto, permitindo a divisão de corresponsabilidades entre o médico e o paciente, restabelecendo esta tão desgastada relação. Um processo de decisão compartilhada, amparado pela escolha esclarecida, pode atingir estes objetivos.

²⁹ Op. Cit, pág 587.

Referências Bibliográficas

- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação. Efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L. *Autonomy and Consent*. In *The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. P. 55-78.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade*. 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2005.
- BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018, de 27/09/2018).
- FORTES, Paulo. *Um olhar bioético sobre as legislações brasileira e francesa relativas aos direitos dos pacientes à informação e ao consentimento*, in *Revista Brasileira de Bioética*, Vol. 3, no. 01, Sociedade Brasileira de Bioética, Brasília, 2007.
- JOFFE, Steven, TRUOG, Robert D. *Consent to Medical Care: The importance of fiduciary context*. In *The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. P. 347-376.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Almedina, Coimbra, 1989.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, in *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Responsabilidade Médica*. AAFDL Editora, Lisboa, 2017.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- PORTUGAL. ORDEM DOS MÉDICOS DE PORTUGAL. Código de Deontologia Médica (Regulamento nº 707/2016, de 21/07/2016)
- SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Juruá Editora, Curitiba, 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA DA CULPA

FILIFE ALBUQUERQUE MATOS*

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

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

* Faculdade de Direito. Instituto Jurídico. Universidade de Coimbra

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ora é precisamente neste cenário ou panorama marcado por preocupações de ordem consumerista que melhor se pode compreender um outro momento importante neste iter evolutivo da responsabilidade civil médica: o momento do progressivo reconhecimento da natureza contratual⁵ da responsabilidade civil médica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O ABISMO DO DESESPERO DA RESPONSABILIDADE EM MEDICINA: NÃO(,) É NÃO!?

REVISITAÇÃO AO DISSENTIMENTO¹

JOÃO VAZ RODRIGUES*

* Prof. auxiliar na Universidade de Évora · Escola de Ciências Sociais
Orcid: 0000-0001-7898-0000 · Mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com

¹ A expressão dissentimento — encontra-se aqui como o *negativo* do consentimento, sentido em que vi já o termo utilizado por Jorge FIGUEIREDO DIAS, cf. *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, Coimbra Ed., 3.ª ed., 1987*, p. 428, nota 28, bem como por Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971 (reimp), pp. 19 e 25 — foi introduzida por José de FARIA COSTA para apelidar um modelo cuja aplicação foi traçada para a matéria das transplantações (cf. *O valor do silêncio do legislador penal, in Transplantações, Colóquio Interdisciplinar, Public. do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, 1993*, pp. 125 e ss.). Tomem-se ainda em consideração, entre outros, Nuno Manuel PINTO DE OLIVEIRA, cf: *O Direito Geral de Personalidade e a ‘Solução do Dissentimento’, CDBM da FDUC n.º 5, Coimbra Editora, 2002*; e André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil, CDB da FDUC, n.º 9, Coimbra Ed., 2004*, pp. 501 e ss. Esta noção, segundo creio, pode ser ampliada para abarcar toda a declaração informada e esclarecida mediante a qual se recusa a prestação de um tratamento médico proposto, ou já iniciado (revogação). Em sentido mais amplo, até por ser *problematizante*, cf. Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na confirmação do seu regime, Teses, 5, FDUP, Coimbra Ed., 2004*, de onde destaco os textos de pp. 867 a 883.

Resumo: Aprendemos desde tenra idade que não é não. A medicina, porém, nutre uma obsessiva prática beneficente, tão logo se lhe reconheça alforria científica. Queira-se ou não, este imperativo categórico consiste em *trespassar* um paciente vivo. Os profissionais de saúde são naturalmente conservadores, assim como os juízes e o legislador. Mudanças importantes exigem crises, e essa fratura epistemológica acontecerá com um inequívoco conceito de *leges artis* que inclua expressão e radicalmente tanto o consentimento quanto a recusa com esclarecimentos. E são realidades diferentes a pedir diferentes posturas. Ignorar isto é enganar todos, endossando a confiança médica para o vetusto anedótico, mas perigoso cinismo, das lições de William Taplin para profissionais de saúde (*Labirinto de Esculápio: século XVIII*). Taplin, charlatão, adverte o médico que curar pacientes é completamente irrelevante para o sucesso: o que importa é a imagem certa. ‘Mostra sabedoria; fala pouco, esse pouco que seja incompreensível, mostra-te apressado, adapta-te à categoria dos pacientes: o que vai desde a ostentação pomposa, à humildade, quase servil’ (*apud Wootton, Bad Medicine, 296*).

Palavras-chave: Consentimento informado; recusa esclarecida; *leges artis*; responsabilidade médica.

Abstract: We, from an early age, know that no means no. Medicine, however, has an obsessive goal of doing good, as soon as recognized science allows, even if we do not want it (we must remain alive). Health professionals are naturally conservative, as judges and legislators also are. Major changes require crisis, and this epistemological fracture will happen with one concept of *leges artis* that radically includes both informed consent and enlightened refusal, as different realities as they are. Ignoring this will deceive everyone, endorsing medical trust to the old anecdotal, but dangerous, cynicism of the William Taplin’s eighteenth century lessons for medical practitioners (*Aesculapian labyrinth*). Taplin advise any sort of medical practitioner that curing patients is completely irrelevant to success: what matters is the right image. ‘look wisdom; speak little’, incomprehensible, be in a hurry, adapt yourself to the rank of your patients (from pompous personal ostentation, to the meanest and most contemptible servility). (*apud Wootton, Bad Medicine, 296*).

Keywords: Informed consent; enlightened refusal; *leges artis*; medical liability.

«Porque a sua carta define maravilhosamente aquilo que eu sinto. É o médico expando ao cliente toda a engrenagem minuciosa da sua enfermidade. E como nos conforta sempre sabermos-nos compreendidos, a sua carta me confortou. Feriu sobretudo o meu amigo, notas que eu nunca esquecerei. E esta particularmente: 'A família, para essa doença, não é o antídoto, mas a cama.' Como isto é bem verdade, como tantas vezes, sem o exprimir, o tenho sentido!...»

Mário de SÁ CARNEIRO²

Concordo com a ideia de que o ensino à distância acelerou vertiginosamente com Gutenberg, em torno dos meados do II milénio, com essa plataforma que é a Imprensa. Uma chapelada grata ao útil, endereçada à edição com novas plataformas pelo Instituto Jurídico da FDUC.

Explico-me: o presente texto, estruturado em um primeiro momento para finalidades pedagógicas, vai, na sua simplicidade, endereçado a homenagear um Mestre, o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, cujo ensino 'à distância' me influenciou muitíssimo, exatamente pela forte componente da sua obra e pensamento científico em benefício da responsabilidade civil médica. Fora do exercício forense, a questão que fui abordando situei-a em um pano prévio, é certo, mas trata-se de tecido que só faz sentido se for útil para o propósito de guardar o corpo e servir a alma. No campo do Direito, a densidade axiológica terá de ter projeção na responsabilidade, na materialização de uma Ética da Responsabilidade. E a consciência desta realidade e desta necessidade encontrei-a nos inúmeros estudos que, desde logo, emanam ainda antes dessa obra fulcral de 1989, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações* (valiosíssima Dissertação de Doutoramento, de onde me imponho apontar como ex.º, iluminação *in illo tempore*, tal como hodiernamente, como um nó prévio de reflexão, as pp. 272 a 276, sem esgotar, evidentemente); a saber, do *Relatório sobre Responsabilidade Médica em Portugal* (BMJ n.º 332, 1984). Os estudos foram multiplicando-se na área do Direito da Saúde e da Medicina até aos nossos dias e nestes. Assim, cimentou (também

² Cf. *Cartas a Fernando Pessoa*, I (Prefácio de Urbano Tavares Rodrigues), Ed. Ática, Lisboa, 1973, p. 33.

com Jorge Figueiredo Dias) o que veio a ficar cunhado na doutrina e jurisprudência como um princípio da plenitude do ordenamento jurídico médico, a que não foi nada estranho outro Mestre: Guilherme de Oliveira. Este filão, aqui sobretudo epistemológico, veio contribuir para uma autonomia disciplinar ao magnetizar aspetos disciplinares vários, muitos eventos relevantes, e, especificamente várias linhas novas de Ciência.

O Doutor Sinde Monteiro nunca deixou de desafiar frutuosas colaborações científicas escritas. Neste campo mais amplo, e para não ferir injustamente destacados cientistas, endosso apenas para a valiosa bibliografia do Professor (pública e notória), de onde resulta um traço singular: uma colaboração consagrada de AA em muitas centenas de páginas, tuteladas, sobre esta matéria.

Ao exemplo que antecede acrescento, com gratidão, todo o benefício recebido e aprendido nas tarefas que prosseguimos na Direção do Centro de Direito Biomédico. Aqui, a convivência com o Doutor Sinde Monteiro mostrou-me o cientista e o cavalheiro: a genuína cortesia do sábio que corrige sem ferir, semeando ou plantando no cérebro do aprendiz, como se pertencesse a este, a simplicidade de uma solução com que dissolveu o problema que se afigurou mais intrincado a quem o interpelou. Além da sua inteligência superior, distribui como quem respira a sua vastíssima cultura, uma atuação plena de cuidados, de generosidade, de prudência e de tolerância, entre os muitos outros adjetivos que merece. Penso que o elogio o incomoda, e, por isso não prossigo. Registo apenas o penhor da minha estima e de uma admiração sem fim.

Articulado da *revisitação*: 1 | O Drama | 2 | O problema: quando a vontade se revela 'birra' | 3 | Os estatutos da liberdade e da autonomia: jugo e salvação | 4 | O milagre da vontade relevante | 5 | Partes de um todo ou um todo em partes? | 6 | Modalidades da recusa: inicial | 7 | Modalidades da recusa: ulterior (revogação) | 8 | Adeus ao paternalismo!?! | 9 | Modalidades da recusa: outro eixo, a recusa total e a recusa parcial (alternativas). Uma primeira abordagem | 10 | Modalidades da recusa: total e parcial. Termos específicos | 11 | O segredo da recusa: | 12 | Um problema entre problemas: esclarecimento certificado como integrante das *leges artis* | 13 | A recusa: uma das primeiras 'cautelas' do legislador em matéria de proteção da autodeterminação em Direito da Medicina | 14 | Modalidades da recusa: as diretivas antecipadas de vontade | 15 | Outro problema entre problemas: a recusa no campo do esclarecimento (para a autonomia e terapêutico). O direito a não saber | 16 | Justificação conclusiva: o teste da recusa (antecipação) | 17 | Sempre o esclarecimento: mais alguns problemas | 18 | O esclarecimento especialmente reforçado

no campo da recusa | **19** | Modalidades da recusa: recusa posterior suspensiva, com termo ou com alternativa | **20** | Declarações escritas de recusa | **21** | O teste intelectual da recusa | **22** | Uma contribuição para o incremento da literacia e da saúde individual e coletiva | **23** | A literacia, o discernimento e a capacidade formal de exercício. Os menores | **24** | Conclusão.

1 | O drama:

A mitologia nórdica antiga, como a generalidade das demais, construiu Deuses e fábulas a que sempre se dedicaram as comunidades para resolver os problemas intrincados. Nem sempre a solução funcionou, claro está. Odin, o Deus dos Deuses, é a demonstração disso: amigo da morte, senhor da guerra, teve o domínio das doenças, da salvação de corpos e de almas, da sorte e do azar, do dá e tira; em suma: foi, a um tempo, divino e trapaceiro. Terá sacrificado um olho pela sabedoria. Este preço alto da ambição e do labor persiste: a cegueira pela intensidade da luz. De quando em vez lá se distraiu, e terá sido assim que deixou escapar a poesia e a esperança para os seres humanos. Com estas virtudes, aprendemos a dizer o que queremos e o que não queremos, até nas medidas confluentes. É sobre último parágrafo, quando pensado sobre os direitos e deveres de profissionais de saúde e dos pacientes, que me atrevo a desafiar releituras e a ampliar cogitações.

2 | O problema: quando a vontade se revela ‘birra’.

Já se sabe que a essencialidade dos problemas relacionados com a vontade relevante reside fundamentalmente em três momentos da vida individual, sempre sob imperativos. O primeiro, no arco de tempo em que nada sabemos, mas devemos (radical: *temos de*, diria Ortega) aprender a saber (menoridade). O segundo, no arco de tempo em que já sabemos que julgamos saber, e somos responsáveis pela ignorância ou, ao menos, pela diligência (maioridade com capacidade de exercício). No terceiro arco de tempo, quando procuramos recordar as ignorâncias que pensámos saber e devemos saber para nos mantermos com capacidade de exercício (decisões mais ou menos acompanhadas ou em risco de serem substituídas). Existem zonas cinzentas, todavia, em regra, o empecilho da ignorância tem terapia na intervenção de terceiro ou terceiros que nos

ajudam a decidir ou decidem por nós. São as *tutelas*: parentais, técnicas, de diretivas relevantes, judiciais, etc.

2 § 1.º | Os seres humanos estão vocacionados para uma projeção sócio comunitária solidária significativa (*asabiyyah*), como ensinou Ibn Khaldun, antecipando logo no séc. XIV a sociologia eurocêntrica, e, padecemos os paradoxos das opções, das escolhas, como aponta Barry Schwartz. Este oxigénio é alteridade com autonomia misturada.

3 | Os estatutos da liberdade e da autonomia: jugo e salvação.

Por que *carga d'água* se torna necessário alterar um texto constitucional por forma a dar guarida inequívoca à prévia normação que permite adotar medidas compulsivas que carecem de soluções que se formulam evidentes? Ao menos, aparentemente. Vejam exemplos: as medidas médico medicamentosas tidas por adequadas a um ser humano afetado por doença contagiosa, estão estritamente dependentes da sua vontade? Mesmo quando coloquem em risco o património ou saúde do próprio ou de outros? O reduto axiológico fundamental impõe cautelas, mesmo onde a mera intuição nos convence existir bondade. A privação da liberdade, mais ou menos radical, surge com evidência a reclamar tributo e justificados receios e divergências.

3 § 1.º | Fará sentido persistir na senda germânica perante os especiais cuidados em matérias mais sofisticadas, como são as necessárias para que o corpo humano que se vai vitalmente a exaurir, sirva para, em tempo útil, fornecer órgãos, tecidos ou demais material genético que servem outros, carenciados, ou a Ciência?

3 § 2.º | Se a condição humana é o resultado de uma projeção individual nos demais 'conviventes', forçosamente comunitária, parece pedagógico que a organização da ou das comunidades se não *atreva* —no estado civilizacional em que todos estamos— a deixar de encontrar uma justificação legitimadora para emprestar um “mandamento da força” (Ferreira da Cunha) em que resulta o Direito, ao sacrifício de faces do caleidoscópico da dignidade individual, que o justificam. Assim se coloca em persistente debate, eventualmente em rota de colisão, o reduto individual e as suas limitações.

3 § 3.º | Está o ser humano profundamente dependente, desde que é concebido até para lá do decesso (onde —ao modo do Xintoísmo, de clá, ou, mais elaborado: de reintegração— ainda vê respeitados corpo e memória), mas não ousa bulir a comunidade em que vive, sem colocar-se

a exigência prévia de recolher-lhe uma vontade expressa ou de se pôr a pensar qual seria uma vontade aceitável pelo próprio, segundo os inúmeros modelos disponíveis pela inteligência. Ou mesmo, como justificar a desnecessidade de ponderar esta vontade hipotética. É espantoso.

4 | O milagre da vontade relevante.

Mas que vontade? Damos toda a atenção ao consentimento como requisito —e ainda bem— e esquecemo-nos logo de esmiuçar o momento antecedente, o da recusa em muito do que não seja o esclarecimento que certifica a necessidade de informação prévia. Se preciso de consentimento é porque, sem este ‘sim!’, não posso fazer o que pretendo, certo? Quando pensamos nesta evidência, lá nos ocorre um ‘estalo de Vieira’ (um milagre em homenagem à Sr.^a das Maravilhas que, vai para cerca de 400 anos, terá bafejado as dificuldades do jovem estudante, futuro Padre, António Vieira, no Colégio Jesuíta em Salvador da Baía de Todos os Santos).

4 § 1.º | Após a cefaleia do estalo, vislumbro (vislumbramos?) ainda com espanto que é a recusa que permite a liberdade de mudar de opinião, de mudar o rol das prestações (fora da regra contratual: *pacta sunt servanda*, a submissão ao contrato feito, com que nos habituámos a reger em termos éticos e ensinamos os nossos...). Em rigor, podemos levar a recusa a um expoente nada habitual ao ‘mundo dos negócios’, como se verá. Isto do exercício da medicina (e não só) permite negócio, mas não deve ser um negócio. Não é a fonte inspiradora.

4 § 2.º | Na verdade, a atividade médica é o resultado da *construção* de uma ou mais *propostas* de atuação em sentido positivo ou negativo, com que é/são confrontado(s) aqueles que a(s) suscita(m), seja por necessidade, própria ou alheia e aqui adentro, específica ou geral, seja por mero desejo ou conveniência. Juridicamente, ensina a boa doutrina (Geraldo Rocha Ribeiro e Guilherme de Oliveira), pouco importa estar a qualificar ‘à peça’ ou ‘às fatias’ se são contratos ou atos jurídicos; estes regem-se pelas normas daqueles onde se imponha tutela do Direito (cf. art. 285.º do CCiv). E ensina André Dias Pereira (e não está sozinho, no esteio de Jorge Sinde Monteiro) que existe responsabilidade civil à espreita para quem faça descaso negligente das boas regras de conduta médica, causando danos, cuja relação ainda se situe em esfera ilícita, até exatamente do acréscimo de risco da responsabilidade (esfera do risco), intolerável, que viabilize uma conexão (uma imputação, como convém e aponta Mafalda Miranda Barbosa) que convença o Tribunal. É o ponto

de crise onde se ganha ou perde a licitude, mesmo no céu ou no inferno das boas intenções. Mas, chegado aqui, impõe-se escrever um alerta: — juristas e profissionais de saúde não encontram os mesmos conceitos nas mesmas expressões. Desde logo, essencial ao tema, o sentido e alcance de *leges artis*, de onde decorre a necessidade de averiguar se existiu uma preterição dos deveres objetivos do lesante, profissional de saúde. A confirmar-se a síncope da esfera de risco (*vg.* sem que o lesado a reduza ou justifique), poderemos prosseguir para o exercício judicativo que ajuste o que seria um dano evitável pelo cumprimento do correto agir médico. A diligência que os profissionais de saúde entendem ser-lhes exigível uma responsabilidade judicial (em sentido amplo) é a que resulte objetivamente da natureza do próprio ato médico (*rectius*: termos técnicos ditados), tomando em consideração as condições das pessoas do tempo, do modo e do lugar (Jorge Costa Santos). Já as *leges artis* que tomo aqui por referenciais comportam o que acresce de tal modo que se determinem os direitos absolutos decorrentes da dignidade. Assim, a natureza do ato médico tem de entrar na esfera da licitude, pelo que as *leges artis* comportam ainda os deveres, cujo respeito, conjugado no gerúndio, viabilize o exercício da possibilidade de optar esclarecidamente em determinar-se uma pessoa a facultar a sua esfera físico-psíquica a uma invasão, a uma ofensa consequente. Voltarei a esta questão.

4 § 3.º | A bondade das motivações técnico-profissionais, por um lado, e a necessidade de quem se encontra *fora* das condições físico-psíquicas prévias (dando por adquirido que me refiro às condições possíveis ideais de um determinado indivíduo no momento do porvir em que se encontra), por outro lado, pressionam o paciente (ou um terceiro, no caso da ação médica visar o benefício alheio) para a aceitação da intervenção³. Esta é a busca do ‘templo’ perdido/desejado da Saúde. O guião do melhor filme do Mundo. Onde o espelho declinado reflete todas as realidades (Manuel Silvério Marques).

³ Por todos, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Temas do Direito da Medicina*, CDBM da FDUC, I, Coimbra Ed., 1999, pp. 59 e ss., e 91 e ss.

5 | Partes de um todo ou um todo em partes?

É assim tão evidente? Dizem alguns: «A própria expressão *consentimento informado* sugere muito mais a expectativa de os pacientes aceitarem ser tratados do que a de declinarem o tratamento»⁴. Esta asserção decorre de uma premissa anterior, a não ser esquecida: a de que a prestação médica se oferece como uma prestação adequada ao seu desiderato, que é *proposta* pelo profissional de saúde, atendendo ao *estatuto* do proponente (conteúdo funcional profissional) e ao quadro de intervenção.

5 § 1.º | Devo deixar explanado que os tempos ditaram a inserção de muitas dúvidas ao excurso, segundo o qual, a intervenção dos profissionais de saúde não se demonstra equivalente perante a indicação técnica de um desequilíbrio da saúde a debelar ou em casos de intervenção tida por supérflua ou de mera vaidade⁵. Se os primeiros enquadraramen-

⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, APPELBAUM, Paul S., LIDZ, C., MEISEL, A) *Informed Consent — Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford, 1987, p. 190.

⁵ Penso na esterilização pura ou na cirurgia estética destinada a inverter o decurso do tempo ou a preencher as aspirações individuais de satisfação narcísica.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, e a subsequente regulamentação necessária, será possível adicionar a estes exemplos um outro novo: a cessação voluntária da gravidez, por opção exclusiva da mulher, se realizada nas primeiras 10 semanas da concepção (cf. a al. e) aditada ao n.º 1 do art. 142.º do CP). Isto com as demais condicionantes previstas no Diploma (intervenção realizada por médico; em estabelecimento garantido pela ‘tutela’; sempre antecedido de um período mínimo de 3 dias após a (pelo menos uma) consulta; fornecimento da informação relevante para a formação da vontade, mediante «decisão livre, consciente e responsável»; e com o consentimento prestado por escrito ou a rogo da interessada, com a certificação médica comprovada de que a gravidez não ultrapassou o prazo máximo previsto. Atendendo à nova redação introduzida no n.º 6 (antigo n.º 4) do preceito em referência suscita-se uma dúvida (*se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efetivação da intervenção se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação...*), a saber: — verifica-se uma circunstância de *urgência* quando a gravidez seja comprovada em momento, dentro das 10 semanas, em que o período de reflexão, já informado — e outras eventuais condicionantes —, já não permita a cessação da gravidez? Propendo para responder negativamente. Estando fora do campo da indicação médica prévia e explicitando a letra da lei que nada mais deve ser atendido além da pura decisão da mulher grávida, então avulta a necessidade da reflexão, como requisito sem o qual a

punibilidade regressa à esfera de proteção da vida intrauterina. Tanto se me oferece evidente perante a divergência das redações das alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do art. 142.º: para as situações previstas nas als. *a*) a *d*) do n.º 1 deste preceito, o período mínimo de reflexão será cumprido «sempre que possível»; ora, foi exatamente esta frase que o legislador expressamente retirou do campo da cessação da gravidez fundada exclusivamente na decisão da mulher, cf. citada al. *b*) do n.º 4, ao prescrever: «... e sempre após...» o período de reflexão, contado «... da data da consulta destinada a facultar a informação relevante...». Assim, acresce mais um caso em que a ausência ou a deficiência dos requisitos prévios (comprovativo médico da gestação; falta de informações relevantes; ausência da documentação do consentimento) pode despoletar o crime que lhe subjaz no caso concreto (?). No que concerne ao registo escrito do consentimento a doutrina refletiu estas mesmas dúvidas: cf. FIGUEIREDO DIAS e Damiano da CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo I*, (Dir. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Ed., 1999, anotações ao art. 142.º, § 49 e § 57 para o primeiro A. e § 34 e § 35 para o segundo. Posteriormente, FIGUEIREDO DIAS propendeu para considerar (em termos gerais) que «... não se torna necessário (nem conveniente) que a (...) eficácia do — consentimento — seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos...», alertando, todavia, para o facto de existirem casos em que a lei condiciona a eficácia do consentimento à sua formalização por escrito (cf. ID, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2.ª ed.*, 2007, pp. 452 e s.). Concordo com esta posição. Sobre a mesma, à luz da redação anterior do preceito, pronunciei-me já: cf. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, pp. 102 e ss. (cf. especialmente a nota n.º 136 das pp. 109 e ss.) e pp. 428 e ss. Devo, contudo, agora, acrescentar o seguinte: a *tese*, que defendi, relativamente à eventual irrelevância da deficiência no cumprimento das formalidades para a prestação do consentimento, convive com muitas dificuldades, mesmo nos casos em que o legislador impõe expressamente a dependência da eficácia da manifestação da vontade na correspondente documentação. E estes últimos casos verificam-se normalmente densificados nas intervenções puras (*vg.* esterilização, etc.). Pois parece estarmos perante uma *replicação* das aludidas dificuldades perante a cessação da gravidez, praticada por vontade da mulher até às primeiras 10 semanas da sua gravidez, independentemente de considerar ou não a natureza terapêutica da intervenção, mais ou menos densa. É necessário *separar as águas*: se esta interrogação poderá *atormentar* a jurisprudência caso se verifique a ausência do documento, o mesmo sucederá em princípio quando a manifestação da vontade padeça do inadimplemento integral do período de reflexão, porquanto, por aqui, também não se afigura formal determinar se a ponderação da informação acarretaria uma outra decisão (e este seria um dado objetivo que, de outro modo que não a ratificação, vicia fatalmente o consentimento). Só a *ratificação* ulterior da visada poderá ter o condão de levantar dúvidas que determinem ao juiz a aplicação casuística do princípio *in dubio pro reo*, apreciação que ficará sempre nublada pelo

tos acarretam maiores dificuldades por via dos deveres de disponibilidade subsequentes, os segundos densificam os requisitos da manifestação da vontade do *candidato* e os parâmetros da atividade do profissional requisitado. Isto persiste assim? Duvido. A vontade de alterar a velocidade dos grãos de areia na ampulheta pessoal ou a própria imagem são legítimas. Constituem, nos respetivos diferentes parâmetros, cariz terapêutico. Transformou-se e densificou papéis. Cuidado, portanto, em termos de esclarecimento no gerúndio, i.e., não apenas o prévio, mas o subsequente ao procedimento. E

desvio ao comportamento insubstituível. Acrescento ainda que a expressão *urgência*, empregue na lei, levanta a questão sobre se, em sede hermenêutica, abarca o seu sentido mais geral ou se (como o elemento histórico pode indicar no ratio da redação anterior do preceito) está *misturado* com a existência da *indicação médica* prévia e necessária para as demais intervenções previstas e apenas nesta ótica se delimita o seu significado de algo que não pode adiar-se (imminente). E falta aqui o conceito de emergência, que implica uma circunscrição mais fina, menos exigente para o profissional de saúde que se confronta com aspetos vitais. A terminar, não posso deixar de apontar uma séria censura ao desprezo com que o legislador ignorou os sucessivos *protestos* sobre a matéria da menoridade e decisão em representação, enunciadas no art. 142.º, n.º 5 (anterior al. *b*) do n.º 3). Sobre este aspeto, tão-pouco devo apenas reiterar o que já expus e a doutrina que citei (cf. *O Consentimento...*, pp. 105 e ss.). As soluções abertas pela conjugação deste n.º 5 com a viabilidade prevista no n.º 1, al. *e*), a que me venho referindo, adensam todas as críticas e permitem conjeturar sobre se os princípios constitucionais da dignidade, integridade físico-psíquica e outros direitos pessoais não impunham, à luz do princípio da igualdade e da não discriminação, outro desenlace. Terá este direito ficado a *tinir*, seriamente *magoadado*, senão ferido, mercê exatamente da desproporção e da desigualdade face à violação equivalente de outros (ou análogos) bens jurídicos que ficaram a coberto da autodeterminação que foi pacificamente reconhecida por via da constatação do discernimento reconhecido a um menor com 16 anos? (cf. art. 38.º, n.º 3, do CP, após a alteração que resultou das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 04/09). Com a sensação de uma resposta positiva, respondo a esta inquietação com a preferência, em termos de Direito a constituir, com a remessa para uma solução jurídico judicativa perante cada caso concreto. Fico perplexo perante a opção legislativa pela *harmonização* etária cega—explicação que não convence— com outros tipos de crime —designadamente os de natureza sexual— decorrente do aumento da idade dos 14 anos para os 16 anos. E esta perplexidade que levanta inúmeras questões e merece aprofundamento, fica reforçada quando, como refiro no texto, em 2018, o legislador deixou incólume o limite etário dos 14 anos ao rever o preceituado no art. 5.º, n.º 3, da LSM.

fica com sabor de incompletude a premissa do parágrafo anterior. Existe aqui uma primeira vontade proponente, de desafio, de quem recebe a proposta de intervenção de medicina.

5 § 2.º | Tudo aponta para o consentimento do paciente ⁶, isto é, para o comportamento que revele uma aquiescência relevante na intromissão na esfera fulcral de cada pessoa, último reduto da dignidade e da liberdade e da autonomia de cada um de nós (cf. arts. 1.º, 25.º, 26.º e 41.º da CRP ⁷). Estes valores constituem o núcleo fundamental e *fundamentante* (por oposição às reservas decorrentes da inserção social) de um ser humano, já que são o verdadeiro terreiro para o exercício da autodeterminação, onde se exige, em regra, o pleno respeito da vontade individual, embora reconhecida pela medida do discernimento do sujeito em questão ⁸. Piso terrenos difíceis: a faculdade de optar pelas decisões (boas ou más) que me sirvam a racionalidade, a emoção ou, até, o mero capricho. Eis a síntese magistral de Ronald Dworkin: existe um direito de tomar más decisões ⁹. Tem limites, pois claro. Senão, ficava já por aqui. Será antes a liberdade de cuidar do meu corpo e da minha psique, mas este meu corpo e a minha psique é que constituem o reduto que reage e deve reagir a demandar reparação se aquela for desconsiderada. Assim sempre entendi o preceituado no art. 1.º da CDHB ou o teor do art. 32.º da Constituição da República italiana: «(...) Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei (...)». Mais

⁶ E perante o que antecede se explica a preferência pela designação do sujeito da relação jurídica de paciente. Com efeito: utente, aponta para os deveres do Estado no âmbito da saúde; enfermo, sugere o étimo redutor; doente, revela-se restritivo...

⁷ Sem esquecer o que ilumina ainda a esfera de proteção individual em sede dos demais direitos pessoais: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, etc., cf. art. 26.º da CRP. Neste aspeto, cf. por todos, Paulo MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in AA.VV., *Portugal-Brasil Ano 2000, BFDUC | Coimbra Ed.*, 1999, pp. 149-246. Querendo, cf. ainda, André PEREIRA, *op cit*, e João LOUREIRO, *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994, pp. 57-39.

⁸ Para alguns desenvolvimentos sobre a matéria ínsita aos citados preceitos constitucionais, cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora*, 2005, pp. 52 e ss., 268 e ss., 282 e ss., 446 e ss.

⁹ Cf. *El dominio de la vida...*, p. 290.

se impõe, portanto, que os modelos fundamentalistas da autonomia cedam perante os das decisões partilhadas, que os princípios sejam os da confiança, os da hospitalidade (Manuel Silvério Marques, Guilherme de Oliveira, José de Faria Costa).

5 § 3.º | Alerto que me proponho apenas deixar algumas *reflexões tópi-cas* sobre alguns aspetos suscitados pelo eventual repúdio do paciente sob uma lupa que vos excite, que vos provoque desenvolvimentos. Neste recanto, desde o virar do século que aponto dúvidas a justificar incursões neste tema. Uma das incursões foi concretizada pelo Tribunal Constitucional espanhol, cf. STC n.º 37/2011, de 28 de março, apontando a violação da esfera da liberdade e um foco (inevitável) no prejuízo oriundo da violação do direito à integridade física, mas, sublinhando a função principalmente negativa «a excluir uma intervenção sobre o próprio corpo, mais do que a exigir uma atuação positiva», cf. os interessantes desenvolvimentos (em despeito da autonomia) de Carolina Pereira Sáez, pp. 49-65).

6 | Modalidades da recusa: inicial.

A recusa pode surgir, ou melhor: reafirmar-se explicita ou concludentemente, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia / aqui em um sentido muito lato, a incluir plena subjetividade, por ex.º radical: a da pessoa que pretende modificar o seu corpo para se afirmar melhor ou em prejuízo da busca da sua identificação pessoal.

7 | Modalidades da recusa: ulterior (revogação)

A recusa pode surgir após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada. Nesta sede, como liberdade essencial, terá o condão de independentemente da forma que revista ¹⁰ destruir o consentimento prestado.

¹⁰ É curioso constatar que o legislador, exatamente nas matérias onde convocou a formalização dos procedimentos para a prestação do consentimento (em benefício da garantia de uma superior certificação da integridade físico-psíquica dos envolvidos), consignou igualmente a manutenção da regra da *consensualidade* do dissentimento posterior.

7 § 1.º | Logo desta última afirmação parece resultar uma trincheira entre as duas realidades. Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que podem ser opostas¹¹. Adiante retomarei este fio condutor. Por ora, serve o exposto apenas para justificar que as duas realidades não podem ser encaradas com leveza, mas devem ser estudadas nas respetivas diferenças.

7 § 2.º | É fulcral alertar desde já para a constelação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e pelo Direito Civil. Em ambos pontificam o direito geral de personalidade: a autodeterminação nos cuidados de saúde e a integridade física e moral das pessoas (cf. art. 70.º, 483.º e 762.º e ss. do CCiv.). Nos *terrenos* do Direito Penal, os crimes contra a vida — aqui em sentido amplo, a incluir a vida intrauterina — (cf. arts. 133.º e ss. CPenal), contra a integridade física (cf. arts. 143.º e ss. CPenal, onde avulta com interesse — ainda que dificilmente concretizável uma atuação dolosa por parte de um profissional de saúde — a responsabilidade decorrente da violação das *leges artis*, cf. art. 150.º CPenal) e, muito especialmente, em torno da liberdade individual, designadamente os que se suscitam sobre as *intervenções médico cirúrgicas arbitrarias*, a saber: o discurso em torno do tipo de crime (dependente de queixa) previsto no nosso CPenal (cf. arts. 156.º e s.) que permite punir (pena de prisão até 3 anos ou multa) o profissional de saúde que despreze a necessidade de colher o prévio consentimento esclarecido do paciente em relação à intervenção adequada e pretendida e aceite em termos do *zeitgeist* da ciência médica. E isto (recordo) independentemente de a atuação se revelar eficaz ou não; independentemente de o agente médico poder até salvar o paciente. Hum! Talvez seja exagerado, mas, em termos gerais e abstratos...

Salvo o devido respeito, que é muito, a formatação estrutural que separa as densidades éticas relativas à integridade física, a liberdade e a liberdade e autodeterminação sexual, esconde a realidade substancial. E esta é muito nítida nestes últimos, mercê da agravação prevista para as sequelas em termos de integridade física (cf. art. 177.º, n.º 5 do CPenal). Oferecem-se com evidência as sequelas na integridade física, a proteger igualmente.

¹¹ Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, pp. 353 e ss.

8 | Adeus ao paternalismo!?

Parecem e são longínquos os tempos (1929) em que o cirurgião Jean Louis Faure escreveu: «penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...). Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde os próprios os primeiros a agradecer a minha violência...»¹². *Agradecer a violência*. Eis o que sublinho nesta repetição que me imponho, com que nauseio as novas cascas da mesma cebola. Pois se 20 anos depois, reaberta a questão, ressuscitada a diferença pelo legislador, parece persistir a judicatura portuguesa resistente ao mecanismo, que me sobra?

8 § 1.º | Estamos perante uma aparente esquizofrenia: agradecido por lhe ter sido *devolvida a saúde*, o paciente pode acionar o médico pelas responsabilidades decorrentes da lesão à sua liberdade, onde se sinta inconformado com a lesão efetivada a este bem jurídico.

8 § 2.º | A questão não é ainda hoje pacífica em todas as ordens jurídicas. Existem persistentes notícias sobre a legitimidade das atuações compulsivas perante a recusa do paciente. Constitui um exercício possível procurar decisões judiciais em que a doutrina do consentimento informado foi respeitada até à morte (em princípio desnecessária na sua dimensão temporal) do doente¹³.

8 § 3.º | Ocorrerá ainda especular sobre se o paciente, avançando com a pretensão judicial, não estará a incorrer processualmente numa contradição? Se for conjeturável que a liberdade individual possui como substrato a sua integridade físico-psíquica, então um benefício (intencional, se bem que de meios) nesta esfera não terá repercussão naquela, isto é, não se verificará uma *compensação do dano* (liberdade) *com o lucro* (integridade física)?

8 § 4.º | Todos pensamos intuitivamente na restrição do ‘abuso de direito’, i.e., naqueles casos em que tropeçamos em um excesso manifes-

¹² *Apud* José CALVET DE MAGALHÃES, *A Responsabilidade Penal do Médico—Em caso de morte do doente*, Coimbra, 1945, p. 65.

¹³ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 192 e ss. Sobre a questão ver ainda, por todos, André Gonçalves Dias PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.

to dos limites impostos pela boa-fé ou pelo fim do direito em causa (cf. art. 334.º do CCiv). No Brasil, em termos Éticos, o Conselho Federal de Medicina ao acatar a recusa terapêutica, que desenvolve em leitura recomendada, cf. Resolução n.º 2.232/2019, de 16 de setembro, elegeu explicitamente dois pontos de abuso de direito, cf. art. 5.º, a saber:

Quando a terapêutica recusada coloque em risco a saúde de terceiros;

Quando se trate de recusa que coloque em risco a verificação do perigo de contaminação.

8 § 5. | O ordenamento jurídico da Saúde, em toda a sua *dispersão* e *mobilidade* normativas, acaba por encontrar coerência na ética concreta, na prática quotidiana. Esta necessidade vai a ser preenchida pelas ‘normas administrativas’, ‘orientações’ e quejandos, produzidas pela estrutura administrativa. A exemplificar as dificuldades escolho a ‘Orientação n.º 021/2011, de 06 de junho da Direção-Geral de Saúde (DGS) que fundando-se em competência para criar «normas de boas práticas e orientações para o desenvolvimento da excelência na prestação de cuidados de saúde», determina “medidas de contenção», entre outras, para doentes que «recusem tratamento vital urgente», cf. § 2.3., para cuja aplicação deve-se «obter, sempre que possível, o consentimento da família ou pessoa significativa do doente.», contenção esta que pode ter várias naturezas: terapêutica, ambiental, física, mecânica, e química ou farmacológica. Enfim, sem duvidar das necessidades concretas, as traduções e as interpretações das necessidades podem conduzir a desastres irremediáveis. O contraste, está na analogia oriunda do *General Medical Council* ([site: gmc-uk.org](http://site:gmc-uk.org)): *Decision making and consent (...) Working for patients* (2020), quanto aos “deveres de um médico”, onde se alerta imediatamente para a responsabilidade individual e para a necessidade de justificar as decisões e as atuações: para os casos de discórdia com as opções do paciente, cf. §§ 48-49; inclusive em emergências (situação aguda em relação a urgência, em que, reduzindo o tempo para decidir, mantêm-se os princípios: procurar consentimento; respeitar recusa, cf. §§ 73-75); §§ 60-96).

9 | Modalidades da recusa: outro eixo, a recusa total e a recusa parcial (alternativas). Uma primeira abordagem.

Ou será, por outro lado, que muito do que está em causa não é o simples resultado de incompreensões? Neste caso, a resposta estará na informação e no esclarecimento do paciente? É provável que sim; estou

convencido disso. Mas em mais de em mais de 25 anos de investigação e ensino em Direito da Medicina, muitos médicos portugueses afirmaram-me, de viva-voz (aqui e ali misturada com alguma indignação), que, mesmo para além dos casos das exceções médicas de silêncio ou de atuação substituída ou de atuação sobre incapaz, é absurda a condição (refiro-me quer à recusa quer ao consentimento), como absurda é a premissa (falo do esclarecimento). Em suma, o tema não está desatualizado, pelo contrário, parece antropológicamente digerido e contornado em novas faces de paternalismos, assinaturas de formulários, endossos em «títulos de crédito» de libertação de responsabilidades. Resultado? Um conjunto de práticas em que se ofendem fisicamente as pessoas, mas em que estas se vêm empecilhadas na demonstração de que tudo resultou de deficiências técnicas. Isto, até ao cúmulo de terem de demonstrar que inexistente relação causal nem imputação quando o ato foi repudiado ou o sim foi enviesado por deficiência de informação. Será assim tão difícil de entender a analogia com a violação? Não! Não? não é não? É, não é? E a autodeterminação sexual não *convive* com a ofensa à integridade física quando esta ocorre? É sempre necessário avançar até ao argumento apagógico? Não ultrapassámos o cinismo da pessoa provocadora? Tão pouco o da hipocrisia do sim camuflado? Da intenção benévola? Hum! Não é não. Ponto. Final. Parágrafo.

9 § 1.º | Existem outros argumentos, argumentos pesados. Perante, por exemplo, os drásticos números de Mohan Monasingue e os seus *objetivos de desenvolvimento sustentável*: «sustainnomics». A saúde constitui recurso muito caro, a arriscar inacessibilidade aos números elevados de pessoas e de casos previstos em saúde pública, cuja dimensão nas conjeturas de Hans Rosling se mostram a breve trecho em 8 mil milhões de pessoas e recursos, também de *biliões de dólares*⁽¹⁴⁾. As necessidades de proteção na saúde são incomensuráveis. Mas não! É não.

¹⁴ Cf Mohan MUNASINGHE e Rob SWART, *Primer on Climate Change and Sustainable Development: Facts, Policy Analysis and Applications*. Cambridge University Press, 2005, (ISBN 9780521008084), *ebook* pode ser solicitado via <http://www.ebooks-share.net/primer-on-climate-change-and-sustainable-development-facts-policy-analysis-and-applications-1/> ; e ID. Mohan MUNASINGHE, *Making Development More Sustainable: Sustainomics Framework and Practical Applications*, 2.ª ed. MIND Press., 2010, ISBN 978-955-0317-00-4 (cf. <http://www.mindlanka.org/sustainomics.html>). Cf. ainda: Hans ROSLING, *Factfulness*, Temas e Debates, 2019.

9 § 2.º | Depósito apenas a interrogação já reiteradamente ouvida: porque complicar o que é simples? Está em causa um bem cuja prossecução é um imperativo inquestionável: a vida ou a saúde; do outro lado, existem pessoas que estão profundamente habilitadas a protegê-la. Nada mais natural do que entregar essa tarefa nas *mãos* que estão preparadas para o fazer. O demais pode e deve ser afastado!? Será nefasto acalentar outros desígnios. Será? Não! É não.

9 § 3.º | Mais: o agente médico tem o dever de atuar e beneficentemente (cf. o dever de garante: art. 10.º, n.º 2; em termos gerais: a omissão de auxílio: o art. 200.º, mas especialmente o art. 284.º: *recusa de médico*, todos do CPenal); condicionado sobretudo pela contingência das reações imprevistas, indesejadas, do próprio organismo onde intervém. Já basta isto como empecilho¹⁵. E, contudo... a vontade do beneficiado é um imperativo maior, categórico. Deve ser assim; é assim que deve ser? É. Não! É não!

9 § 4.º | O direito a expressar o consentimento habilitante para o ato médico convive forçosamente com a faculdade de o visado expressar relevantemente a sua recusa: o seu dissentimento. Repito: tudo indica estar perante *duas moedas*. A moeda do sim, com o verso do esclarecimento. A moeda do não, que até pode estilhaçar a primeira, com um verso de um esclarecimento mais vincado, mais burilado, mais exigente.

9 § 5.º | Eis algumas questões com que justifico esta *ronda* sobre a *resposta inesperada do paciente: o repúdio, a recusa*.

9 § 6.º | Se me bastar pelo raciocínio de que o consentimento ou a recusa constituem um dos resultados do mesmíssimo processo de propor uma intervenção médica, então será eventualmente indiferente que o paciente, a final, recuse ou aceite a proposta.

9 § 7.º | A coincidência parece ser integral e, conseqüentemente, permite evitar ulteriores desenvolvimentos, além das explicações que se mostrarem úteis ou necessárias. Mas se adicionar outra hipótese nesta mesma

¹⁵ De acordo com outras análises, oriundas das estruturas e balanços substantivos à prestação concreta que está em apreciação, devem igualmente ser levadas em conta divergentes necessidades e requisitos. Penso em questões de natureza organizacional e de recursos escassos. Sobre o assunto, entre outros, cf. Manuel J. ANTUNES, *A Doença da Saúde*, Quetzal, 2001.

asserção, os planos deixam de coincidir. Se após ter sido dado o consentimento se verificar uma alteração da vontade do paciente e este repudiar a intervenção? Não! É não. Mesmo que um dos parceiros já tenha avançado no procedimento; mesmo perante um *estúpido* arrependimento na sedução.

É inevitável regozijar-me com a entrada em vigor (e ulteriores reiterações, cunhada em 2017 e 2019) da Lei n.º 15/2014, de 21/03, sobre Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde, onde, no art. 3.º, n.º 1 e n.º 2, consagra inequivocamente o que antecede.

10 | Modalidades da recusa: total e parcial. Termos específicos.

A resposta a esta inquirição necessita de ser antecedida por um curto esclarecimento: a aproximação à qualificação contratual da relação entre o médico e o paciente (independentemente de aquele estar ou não inserido numa estrutura maior, por ex.º: um Hospital), não é mais do isso mesmo: uma aproximação. O sinalagma aqui não permite *reificar* —tornar em coisa— a projecção dos direitos de personalidade nem esvaziar, por princípio, o bem jurídico que se extrai da liberdade individual atendível. E não vale igualmente, por força, os regimes análogos verificados com terceiros (*res inter alios acta*). Não podem os profissionais de saúde, nem deve a apreciação da judicatura, esquecer que a relação com o paciente é específica, singular, irrepetível. Aproveita a outros, sim, no campo estreitíssimo da tópica analítica. O regime geral do contrato pode regular alguns aspetos importantes da relação entre os profissionais de saúde e o paciente, mas esta, concretamente, vai muito mais além, pois retira do espectro das esferas das partes efeitos inesperados nas declarações negociais relevantes, unilaterais ou sinalagmáticas, como ocorre, por exemplo, em um fenómeno de dupla revogação por parte do paciente: consentimento —revogação— consentimento: intervenção inicialmente pretendida e ulteriormente reiterada após recusa intermédia e *arrependimento*¹⁶. Em suma: um enriquecimento do regime jurídico contratual que anima o processo de qualificação e decisão.

¹⁶ Designadamente sobre os complexos efeitos e aspetos que renúncia implica no campo dos negócios jurídicos, em Direito Civil, cf. FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil*, BFDUC, *Svdia Ivridica*, Coimbra, 1995, *passim*.

10 § 1.º | *Retomo a primeira premissa colocada*: se puder revogar livremente o consentimento anterior, então as duas manifestações de vontade opõem-se e posso até extrair que a recusa é mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior, que foi o resultado de uma proposta beneficente, prestada para uma melhor saúde e aceite como tal. Depois disto, o melhor será rever impressões sobre a *coincidência* entre o consentimento e a recusa.

10 § 2.º | Antes ainda de me debruçar sobre as consequências que esta realidade transmitirá ao processo dialógico de formação da vontade e conformação das prestações entre o agente médico e o paciente, devo acrescentar, pelo menos, um dos reflexos das inúmeras consequentes.

10 § 3.º | E se consentir apenas parcialmente, recusando esta ou aquela intervenção, aceitando, contudo, outras alternativas? Por ex.º: face a uma neoplasia recuso a intervenção cirúrgica, mas aceito uma terapia invasiva com radiações. Ou em outro ex.º: repudio apenas determinada atuação médico medicamentosa em fase de recobro pós-operatório? O que expus permite-me defender que a autonomia do paciente merece aqui ser igualmente protegida: se posso recusar o *bolo inteiro*, posso recusar *uma ou várias das suas fatias*. E, repito, contra o que é sensato em termos gerais e abstratos, cientificamente adequados, mas que não me servem, não me interessam.

11 | O segredo da recusa

Está bem de ver que a primeira distinção essencial que decorre dos dois planos da autodeterminação: consentimento *v.º* recusa, é muito simples. A recusa, em qualquer uma das modalidades e vetores dos eixos referidos, conduz o esclarecimento do paciente a um paroxismo. O profissional de saúde, por todas as razões, incluindo a da dúvida legítima sobre a inteligibilidade da ‘explicação’, insistirá, reiterará e certificará a decisão que ouviu.

11 § 1.º | A este respeito, desenvolvem-se questões como as da ‘em-patia’, as de registo e as de trabalho de equipa. Estou também no campo da persuasão.

11 § 2.º | Mas estou igualmente em um terreno mais ‘movediço’. Posso ter de demonstrar que a ‘má decisão’ da pessoa não foi o resultado de deficiências de informação. Não sendo indiferente o que acontece em seguida, melhor é que fique ‘memória futura’ do que aconteceu. Afinal, «não! é

não!», mas no que é dúbio, no que não é plausível, melhor é que sobre evidências que não maculem, não responsabilizem e não causem danos.

12 | Um problema entre problemas: esclarecimento certificado como integrante das *leges artis*.

A culminar o que assumo como uma *apresentação* inquisitiva do tema, constato não ser despidendo delimitar o cerne de todas as interrogações, de sorte a assumi-lo já como fonte essencial da maioria das controvérsias. Como aponta Costa Andrade: «... na sua expressão canónica e paradigmática, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos abrem um conflito que tende a esgotar-se na ponderação entre: por um lado, a vida e a saúde; e, por outro lado, a liberdade ou a autonomia do paciente. Trata-se, noutros termos, da antinomia entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*, de étimo liberal-humanista.»¹⁷.

12 § 1.º | Responder positivamente à questão essencial subjacente terá as suas consequências, como serve desde já o ex.º das insuficiências reveladas no mecanismo tipificado do triângulo penal delineado entre os arts. 150.º; 156.º e 157.º do Código Penal. A intenção terapêutica afasta a ilicitude no campo da integridade física; muda-se de campo para o da proteção da liberdade e prossegue-se uma linha de censura até à intervenção levada a cabo sem o consentimento do paciente ou perante um consentimento deficiente (não esclarecido). Eis o que, por ora delimitado em termos grosseiros, se encontra tipificado. A questão natural será a seguinte: — seguindo esta linha de raciocínio, para as intervenções com carácter terapêutico, a intervenção prosseguida perante a recusa do paciente, i.e., prosseguida contra a sua vontade, ainda que em seu benefício, queda-se sobre a tutela benigna do preceituado no art. 150.º do CP? Parece que sim. Não consigo vislumbrar uma decisão de um tribunal português a contrariar este *beneficio ao infrator*.

12 § 2.º | Exatamente porque não concebo o preconceito de reputar o exercício da medicina como uma atividade ilícita, ulteriormente justificada seja por indicação terapêutica, seja por consentimento rele-

¹⁷ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 20.

vante, — pecha a que a doutrina que defenda solução contrária ou em decisões a tomar em demais ordenamentos sempre terá de se reinventar em justificações, que, quanto mais elaboradas, mais afirmam a singeleza eficaz e abrangente das soluções portuguesa e austríaca — mais latente fica a omissão sobre a previsão da censura que se me oferece ingente por maioria de raciocínio. Todavia, realço aqui a cautela do legislador português em relação ao projeto alemão de 1966 (Manuel Costa Andrade, p. 451, n. 265), e, ainda, sublinho algumas reservas que deteto igualmente em Helena Moniz e em Andreia da Costa Andrade. Sem esquecer AA. como João Curado Neves ou Maria de Fátima Galhardas. Como ensina Helena Moniz, a atuação do profissional de saúde com cumprimento das finalidades previstas no art. 150.º, n.º 1 do CPenal, cai fora do escrutínio sobre uma putativa violação do dever de cuidado, assim se cumprem as «regras da atividade médica». Mas resta apurar se, em direito a constituir, o caso concreto não deveria permitir uma análise mais apurada. Claro que serão residuais os casos em que se logre apurar a materialização do perigo proibido à violação das *leges artis*. Será, pois, de convir com Helena Moniz por uma solução desejável mais alargada quanto à atipicidade dos comportamentos previstos no art. 150.º, n.º 1, do CPenal. Subscrevo a conclusão, compreendendo todas as cautelas.

12 § 3.º | Da mesma sorte, no que concerne ao tipo de crime de perigo, com alterações, a rever, da versão inicial de 1982, pela Lei n.º 65/98, de 02/09, no n.º 2 do art. 150.º do CP, pode sobrar um sabor amargo quanto à improvável exigência de uma conduta dolosa (neste sentido, cf. Ac. TRE, de 08/04/2010; Proc. n.º 883/05.5TAPTG; Rel. Correia Pinto, in www.dgsi.pt). Está bem de ver que muito dificilmente uma intervenção médica — e escolho entre estas as cirúrgicas, por serem as mais agressivas e conseqüentemente aquelas onde o dever de cuidado exorta a densificação do perigo por escrúpulo e se verifica diluição pelas competências compartimentadas dos vários intervenientes — deixará de se verificar candente na negligência grosseira. Exigir o dolo (como decorre do preceituado no art. 14.º em conjugação com o teor do 150.º, n.º 2, ambos do CPenal) será o mesmo que colocar o preceito sem consequência prática de relevo, mais a mais, com as já aludidas dificuldades que insuflam a circunscrição do que sejam atuações de cuidado e sentido e alcance das *leges artis* para efeitos penais. E, assim, será de questionar a pertinência da repristinação legislativa, tanto mais que parece inequívoco o impacte inevitável na esfera física e psíquica de uma intervenção que mereça censura. O reforço acaba com sabor amar-

go de maquilhagem, com as múltiplas exigências de execução vinculada e perigo concreto, que a jurisprudência cursa com reiteração.

12. § 4.º | Retomo as *leges artis*. Estas, como já avancei, são usualmente objeto de uma delimitação conceptual estrita «de perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados», cf. Leal Henriques e Simas Santos (p. 72). As variações da aplicabilidade dos conhecimentos exigíveis são os decorrentes da evolução tecnológica reconhecida e ajustada à estrutura em causa. Prefiro o conceito avançado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ao identificar este estado geral da arte com as *leges artis medicinae*; um «complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais». A estas se acrescenta (sem necessidade, sob a perspetiva do ilustre A. em referência), a indicação da adequação ao caso concreto (*ad hoc*). Esta expressão determinou expressamente, logo desde a década de 80 do século passado, por exemplo, adentro do portentoso *Tratado de Derecho Medico*, de Martinez Calcerrada, uma concretização mais exigente. Uma atuação em conformidade com as regras da arte deve preencher um agir honesto e diligente; deve revelar uma adaptação das regras gerais e abstratas do que é consensual e viável —ao limite da temeridade— em termos científicos em vista da sua exponenciação no paciente concreto. Mas a primeira «manifestação» destas *leges artis ad hoc* reside logo no início da relação assistencial: no que os AA. apelidam como «o jogo do consentimento ou da autonomia profissional». Muito embora sob a alçada dogmática da distinção entre o consentimento como elemento negocial do contrato de prestação de serviços; elemento prévio; não deixam de sublinhar e com veemência a necessidade de obtenção do consentimento para —fora dos casos da exceção —do privilégio— poderem atuar na esfera físico psíquica do paciente. Da mesma sorte, perante a Ley 41/2002, de 14 de novembro: *ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LBAP, com a notícia de consolidação legislativa reportada a dezembro de 2018 www.boe.es), José Manuel Busto Lago identifica a matriz comum normativa já plasmada, assente em um respeito pela dignidade que implica o princípio da autonomia, provocando o respeito pela recusa informada (cf. art. 4.1 da LBAP, no que concerne a não ser informado e quanto à revogação, prestada por escrito, cf. 8.5 do mesmo Diploma) e inclui expressamente «o consentimento informado como com-

ponente da *lex artis*», prosseguindo em seguida a uma exaustiva análise das sucessivas e numerosas correntes jurisprudenciais judiciais, que, em Espanha, acataram e reconheceram essa componente e a utilizaram para, por via da omissão descurada de informação subjacente a uma decisão necessária, ressarcir danos decorrentes das consequentes lesões. Em rigor, se for analisado o art. 15, n.º 1 e n.º 2 da LBAP, retira-se que da 'historia clinica de cada paciente' estão 'todos aqueles dados que, por força de critério médico, permitem o conhecimento verdadeiro e atualizado do estado de saúde', aqui se inserindo entre o mais, 'como conteúdo mínimo' a documentação do consentimento informado.

*

Retomando o ordenamento jurídico português: é consabido que a lei coloca o consentimento sobre a livre disponibilidade, permitida pelo respeito pelos bons costumes e escopo e meios empregues (cf. art. 149.º do CP), mas se isso é assim onde o intuito terapêutico seja discutível (inexistente mesmo, como para tatuagens), não consigo vislumbrar que essa mesma disponibilidade deixe de estar inserida nas boas regras de intervenção terapêutica —nas *leges artis*— como aspeto prévio ao exercício técnico correto, invasivo da esfera individual, para a qual é livremente disponível, mas a ponto de, sendo desrespeitada, dar azo a um preenchimento específico de um tipo de crime autónomo. Cf. a este respeito, além de outros AA. a análise crítica que Vera Lúcia Raposo tece a respeito do Ac. TRL: proc. n.º 5965/2007-5 (dgsi | 18/12/2007). É importante assinalar a introdução dos dois tipos de crime (respetivamente 'mutilação genital feminina' e 'tráfico de órgãos humanos', cf. arts. 144.º-A e 144.º-B), pela Lei n.º 102/2019, 06/09. o mesmo diploma, cf. art. 149.º, n.º 3, dispõe na impossibilidade de o consentimento viabilizar a justificação da ilicitude dos comportamentos proibidos. Por fim, mas não em último lugar, uma chamada da atenção para o n.º 4 do art. 144.ºB segundo a nova redação. Parafrazeando, verificando-se que um dos profissionais de saúde indicado no art. 150.º do CPenal, 'transplantar ou atribuir um órgão humano a recetor diferente do elegível violando as 'leges artis... será punido. Não obstante as variáveis, confesso que o legislador houve por bem incluir aqui os requisitos específicos do consentimento.

12 § 5.º | Como ingredientes das *leges artis (ad hoc)* estão, pois, a prestação de informações, seja para recolher os elementos de facto que viabilizem a proposta de intromissão na esfera físico-psíquica (liberdade e autodeterminação); seja para determinar o processo de diagnóstico e

posteriormente o terapêutico, e o acompanhamento que se mostre necessário ou conveniente. A distinção entre o que é pressuposto mais intenso da liberdade face à integridade física (autonomia para a intromissão na esfera individual) não deve descurar a componente de liberdade inserida em cada uma das *camadas* das fases seguintes: ainda com carácter de autodeterminação. Saber sobre os meios de diagnóstico ou sobre as opções possíveis em uma intervenção medico-medicamentosa insere-se ainda na esfera da liberdade, ora misturada ou melhor: para afirmar a esfera físico-psíquica. As decisões que se tomam possuem reflexos recíprocos.

Afirmar que apenas a minha liberdade foi eventualmente afetada pela opção que devo possuir sobre o risco e o perigo, decorrente de uma intervenção, que, por exemplo, pode acarretar cegueira radical, ou, uma mera e desejada redução de visão, eventualmente definitiva, não podem ficar entregues a terceiros, profissionais de saúde ou magistrados judiciais. As opções sob o futuro da minha visão segundo a perspectiva alheia, são muito simpáticas, mas são exatamente alheias. Têm reflexo evidente na esfera da integridade física e não podem quedar-se na elasticidade da liberdade. Uma de duas, ou a informação existe e é suficientemente forte para ser transmitida ou não. Se o for, passou a sua existência a constituir uma inferência lógico-dedutiva da minha decisão e da consequência. Esta consequência da minha decisão ficou amputada daquela premissa anterior. É tentador apurar se o elo é ou não adequado para a decisão no plano da prossecução hipotética da decisão, sem as ulteriores consequências (dano *x* ou dano *y* ou ausência de dano). É profundamente falacioso inserir o argumento que esse vácuo poderia dar azo a outras alternativas, igualmente adequadas. Existem sempre milagres e impulsos, erros e efeitos adversos. A informação dada da torre de controlo de tráfego aéreo de que a pista está visível e livre, não é análoga à informação de que a pista está apenas livre: a visibilidade insere um domínio na condução, importante para quem pilota. Sem prejuízo do que será desnecessário repetir sobre a matéria, sempre procederei adiante a uma revisão em súmula do que é essencial, especialmente porque se trata de deveres intensificados em caso de recusa. Assim, muito mais tentador é remeter para a apreciação da judicatura o dever de contrariar o que parece ser evidente. Poderiam ter-se interposto duas mil razões, mas não me vão exigir que demonstre que, sabendo que poderia cegar ao invés de permanecer com uma visibilidade reduzida, recusaria o risco radical da intervenção. O teste não me incumbe; mas, outrossim, ao profissional de saúde, que terá de conjecturar segundo as *leges artis ad hoc*, tal como decorre do preceituado no art.

156.º, n.º 2 do C.Penal, como não esclareceu nem congeminou o óbvio: as circunstâncias que se afiguram seguras da possibilidade de recusar. Se for grosseiro na apreciação, dita o n.º 3 do mesmo preceito o que não deixará de aproveitar na responsabilidade civil. Simplista? Sim.

13 | A recusa: uma das primeiras ‘cautelas’ do legislador em matéria de proteção da autodeterminação em Direito da Medicina.

Da leitura da lei extrai-se abundantemente¹⁸ o reconhecimento da legitimidade das projeções individuais a que me refiro. Desde o longínquo ano de 1968 que o ordenamento jurídico português admitiu e regulamentou aspetos da recusa. Com efeito, o Estatuto Hospitalar (DL n.º 48 357, de 27 de abril), estabeleceu —como novidade que punha fim à discussão sobre a admissão do consentimento do paciente previamente a exames ou tratamentos—, a faculdade de os doentes poderem recusar a assistência médica (art. 80.º, n.º 2) e impedia que pudessem «... ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (cf. art. 80.º, n.º 3 do EH).

Esta independência normativa do instituto do dissentimento, literal e expressamente preconizada, encontra-se hoje assumida na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHB); assim, confrontem-se os 1.º e o 3.º §§ do artigo 5.º da CDHB:

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada *depois* da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deve ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como quanto à sua natureza e aos seus riscos.

A pessoa em causa poderá *a qualquer momento*, revogar *livremente* o seu consentimento.»

¹⁸ E de tal modo assim é que me vejo obrigado a remeter para a bibliografia existente sobre a matéria o elenco das normas jurídicas correspondentes.

14 | Modalidades da recusa: as diretivas antecipadas de vontade

Mas devo ainda aqui incluir o dissentimento que resulte de uma pré-configuração de eventos futuros, em relação aos quais o paciente tenha já determinado a sua vontade (negativa, no que me importa agora sublinhar), mas que entenda prevenir em DAV para o caso *de não estar em condições de a poder exprimir no momento da intervenção* (cf. art. 9.º da CDHB, sob a epígrafe: *desejos previamente expressos*)¹⁹ e Lei sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (LDAV).

14 § 1.º | O mesmo acontece com a recusa, formulada em vida para a colheita de órgãos e tecidos no próprio corpo, após o decesso, mediante a comunicação a ulterior registo no RENNDA: o «sistema de oposição», acolhido pela nossa legislação, cf. art. 10.º, n.º 1, e art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22/04 (Lei sobre o Transplante de Órgãos)²⁰.

14 § 2.º | A faculdade referida no enunciado do 3.º § daquele art. 5.º da CDHB merece-me a denominação distintiva de dissentimento posterior. E veremos que, seja o repúdio, seja a revogação (encontro nesta nomenclatura duas ‘faces’ da recusa), podem verificar-se total ou parcialmente em relação ao consentimento a prestar ou ao prestado, quer se verifique em momento que antecede a intervenção proposta, quer se verifique já no seu decurso ou mesmo em face das suas sequelas, quanto aos procedimentos seguintes.

14 § 3.º | Isto significa discernir no procedimento médico, no que toca ao seu decurso, uma pluralidade de componentes (atividade e seus atos médicos parcelares integrantes) que adquirem independência relevante para requerem uma manifestação da vontade direcionada.

¹⁹ Sobre esta questão, por todos, cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 238, 240 e s., 250 e ss.

²⁰ O REENDA foi regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26/09. A formulação do preceituado no art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93 permite que a pessoa autorize uma disponibilidade total ou parcial dos seus órgãos ou tecidos, tal como, implicitamente, a indicação condicionada dos beneficiários, cf. João Vaz RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 393.

15 | Outro problema entre problemas: a recusa no campo do esclarecimento (para a autonomia e terapêutico). O direito a não saber.

Por outro lado, a lei consagra igualmente a figura do dissentimento no plano prévio da própria informação, cf. art. 10.º, n.º 2, da CDHB: « Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.».

15 § 1.º | Trata-se de uma dimensão específica da recusa: o *direito a não saber*. O paciente, independentemente do seu consentimento (posso conjecturar uma intervenção realizada em estado de inconsciência de onde resultem dados importantes para o visado), manifesta uma recusa sobre as informações prévias e ou consequentes da prestação médica, *v.g.* o paciente predispõe-se a qualquer atuação ou extensão da mesma que o agente médico propõe ou não quer saber os resultados das intervenções, sejam para diagnóstico, etc.

15 § 2.º | O repúdio sobre o esclarecimento pode ser qualificado como um direito potestativo? Como uma manifestação de vontade que projeta os seus efeitos sobre os demais sem restrições ou com restrições diminuídas, criando ‘estados de sujeição’ (é assim com a destruição da propriedade pessoal: sou dono do livro, posso, em princípio, queimá-lo, seja ou não uma ‘má decisão’).

15 § 3.º | Não me parece. Em primeiro lugar, porque a formação da vontade requer um resíduo de informações: pelo menos as minimamente suficientes para que o visado adote essa sua posição. Em segundo lugar, o direito a não saber pode ainda ser comprimido ou afastado, quer pela esfera de proteção do próprio paciente (*v.g.* uma doença em relação à qual o paciente deva tomar precauções ou alterar comportamentos, tomar medicação, etc., cf. art. 10.º, n.º 3 da CDHB), quer por motivos de segurança pública, prevenção de infrações penais, proteção da saúde pública ou de direitos e liberdades de terceiros (cf. art. 26.º da CDHB). E tanto justificará a correspondente intervenção legislativa (mesmo preceito)²¹.

²¹ O direito a não saber envolve inúmeras dissensões na doutrina e na jurisprudência.

16 | Justificação conclusiva: o teste da recusa (antecipação).

Em suma: destas inúmeras perspetivas, enunciadas sobre a matéria da recusa, retiro a fundamentação que me justifica uma análise autónoma sobre esta manifestação da vontade, designadamente quanto ao ‘teste da recusa’, que retiro do n.º 2 do art. 156.º do CPenal, como exercício intelectual essencial, até para que o intérprete ou o julgador possam preencher o primeiro pressuposto do respeito pelas *leges artis* pelo profissional de saúde, i.e., de que pode atuar e em que medida o pode e deve fazer. Pode o profissional de saúde presumir consentimento; poderá seguir as regras técnicas cujo protelamento signifique crie perigo para a vida ou grave dano à saúde; poderá alargar ou desviar a intervenção inicialmente consentida, verificados os perigos em referência, mas terá de conjecturar o conhecimento da esfera cognitiva do paciente (que não da sua família), em termos tais, prévios, que lhe afastem, que o assegurem, de que o que lhe dita a técnica e os perigos não seria recusado pelo paciente.

16 § 1.º | Não conseguindo esgotar o elenco de todos os *questitos* em causa, abordarei alguns, ordenando-os em função de umas tantas considerações: A| Quanto ao agente médico; B| Quanto ao paciente; C| Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justifica restrições à liberdade e à autodeterminação.

A| Quanto ao agente médico:

16 § 2.º | Como já avancei, a confrontação com o repúdio do paciente aguçarà os deveres de qualquer agente médico habilitado para a prestação de saúde de se certificar do *esclarecimento* do paciente. Impõem-se-lhe novas e sucessivas abordagens, colhendo e prestando com apurado detalhe as informações adequadas. Com efeito, a recusa do pa-

dência em variadíssimos aspetos da sua configuração. A título de exemplos temáticos, desde logo, como contradição em relação à própria autonomia; depois, por razões de carácter económico e de organização dos recursos disponíveis; por fim, quanto à sua extensão e limites. Para alguns desenvolvimentos sobre estas questões, cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 467 e ss.; no que toca a testes arbitrários (SIDA), Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004, pp. 45 e ss.; e em termos mais gerais: Jochen TAUPITZ, *El Derecho a no saber...*, 8, pp. 105-125 e 9, pp. 163-178.

ciente constitui, senão *uma presunção*, uma suspeição sobre a existência de lacunas na compreensão da intervenção proposta ²².

16 § 3.º | É certo que deve esperar-se (melhor: é exigível) uma colaboração do paciente (cf. Bases 1.^a, n.º 2; 3.^a, n.º 4, als. *a*) a *c*), da LBS, Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro; e cf. art. 24.º, n.º 1 a n.º 4, da LDDUCS: Lei dos Direitos e Deveres dos Utentes de Cuidados de Saúde, Lei n.º 15/2014, de 21/03, atualizada em 2019, 09/09) ²³, e nada se pode fazer contra o comportamento (expresso ou concludente) pelo qual o paciente não inicie ou rompa a relação, cf. art. 3.º da LDDUCS.

16 § 4.º | Todavia, enquanto tal não suceda, o dever do agente médico é o de persistir, até que dúvidas não subsistam sobre a opção consciente e legitimamente capaz do que lhe pede ou suscita atenções e cuidados. Para tanto, justificar-se-á alargar o horizonte das informações a dar e a pedir ao paciente. Onde uma lacuna das informações adequadas possa inquinar o consentimento pretendido, deixa a recusa de estar fora da suspeição de ser prestado sem esclarecimento do paciente.

16 § 5.º | A doença, por si só, pode acarretar sequelas ao nível psíquico do paciente, diminuindo as suas condições para uma ponderação adequada. Lembra Pauline Lesage-Jarjoura²⁴: «... sobre o efeito da ansiedade e do medo, o paciente ouve sem compreender». Em rigor, a ne-

²² Cf., Nancy Neveloff DUBLER & David NIMMONS, *Ethics on Call—A Medical Ethicist Shows to Take Charge of Life-and-Death Choices*, Harmony Books, New York, 1992, pp. 92 e ss. Para ilustrar a necessidade do aumento de cuidado com os deveres de certificação do esclarecimento, estas AA. relatam um caso em que uma equipa médica estava desesperada: o Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica — *a bypass surgery* — mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; o paciente, contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência dos agentes médicos, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver.

²³ Sobre este aspeto dos deveres do paciente, cf. João VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, 224 e ss., e 236 e ss., e André Gonçalo Dias PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 33 e 52.

²⁴ Cf. *La Cessation de traitement...*, pp. 144 e ss.

cessidade de certificar a interiorização de uma aprendizagem é requisito básico de todos os procedimentos, quanto mais os médico medicamentosos. Os receios agravam-se perante um quadro desejável dos procedimentos prévios ou da atuação que o visado não domina. Os temores e a depressão convidam o profissional de saúde a afastar qualquer urgência ou precipitação. As pressões não são aqui bem-vindas. Dar tempo e procurar esmiuçar as razões que subjazem à recusa transforma-se no *novo* objetivo do médico. Mas este tempo disponível, tem de estar... disponível, cf. art. 8.º da CDHB (urgências e emergências: uma outra dimensão já aflorada, aliás).

17 | Sempre o esclarecimento: mais alguns problemas.

Este dever decorre do sentido e alcance do preceituado no artigo 157.º do CPenal sobre esclarecimento, com uma amplitude que Guilherme de Oliveira, no seu ensino e perante a multidisciplinaridade do Direito da Medicina, sempre fez vingar como estrutura cuja elasticidade deve ser circunscrita ao paciente concreto, na medida das suas circunstâncias específicas. Da mesma sorte resulta das normas deontológicas que tutelam a atividade médica. Sem prejuízo do que foi vertido na legislação deontológica dos enfermeiros (CDE), de onde retiro constelações análogas²⁵, importa pesar os seguintes textos da legislação deontológica dos médicos (CDOM: Regulamento n.º 14/2009, de 13/01):

17 § 1.º | No que concerne à conexão entre os deveres puramente técnicos e os que permitem o exercício, encontro paradigmático o que decorre do art. 31.º do EOM. Parafraseando, encontra-se o médico incumbido do dever de atender um paciente adstrito aos deveres acessórios de lhe facultar os melhores cuidados, de agir com correção e delicadeza. Tudo com a teleologia exclusiva de « (...) promover ou restituir a saúde,

²⁵ Cf. o DL n.º 104/98, 21/08, designadamente os arts. 78.º, 84.º e 87.º. Quanto a esta matéria do dissentimento do paciente, na órbita da atuação dos enfermeiros, cf. Maria do Céu PATRÃO NEVES/Susana PACHECO, *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios, Gráfica de Coimbra, 2004*, pp. 246 e s., que encontram no teor do art. 84.º, al. a) e al. b) o fundamento para o repúdio do paciente. Concordo integralmente.

suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.».

17 § 2.º | E no que concerne ao consentimento esclarecido, ficou consignado no CDOM, art. 44.º a formulação feliz de se tratar de um dever de esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença. Assim o esclarecimento incidirá sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, objetivos e consequências funcionais. Tudo de forma a viabilizar uma decisão consciente. Para tanto, o vocabulário do médico deve ser adequado ao paciente concreto, de forma inteligível, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupe o doente (e acrescento: deva ser conjecturado como suscetível de lhe causar repúdio). E prossegue minuciosamente.

Adiante, sublinho no art. 46.º do CDOM o cuidado em destacar um prazo, um intervalo de tempo suficiente para permitir reflexão e conselho, deixando o preceito a sugestão de, especialmente frente a riscos significativos ou graves consequências, ouvir segunda opinião médica.

17 § 3.º | A autonomia é, pois, em princípio, pessoal e intransmissível.

17 § 4.º | A questão das procurações dos cuidados de saúde para as DAV inseriram modificações nesta asserção, o que só confirma a especificidade disciplinar das matérias do Direito da Medicina, o que acabou por ficar refletido no art. 46.º, n.º 6, do CDOM.

17 § 5.º | E, sem esgotar, a recusa, cf. art. 49.º (Recusa de exames e tratamentos)

«1 — Se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41.º (ausência de perigo sério e esclarecimentos reforçados), sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 6 do artigo 46.º» (suprimento judicial, não sendo o próprio). | 2 — Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coações.».

17 § 6.º | A seleção não esgota a matéria e insiro os preceitos no texto, incluindo os do consentimento, para permitir uma análise concreta das normas com que estes profissionais de saúde lidam quotidianamente, e, em relação às quais é absolutamente inaceitável sejam desprezadas ou incumpridas...

17 § 7.º | O direito a saber e a decidir parece agora caber ao paciente e só a este, decorrendo o demais de regimes excecionais, como seja o do privilégio médico em matéria de informação e de atuação, verificados os

correspondentes requisitos: grave perigo para a vida ou perigos suscetíveis de causarem dano à saúde, física ou psíquica. Tanto poderá requerer um padrão de avaliação em sede de decisão substituída (cf. art. 340.º, n.º 3 do CCiv. e 39.º, n.º 2, do CP); ou de decisão segundo os melhores interesses do paciente (cf. art. 340.º, n.º 3, 1.ª parte, do CCiv.); ou de decisão partilhada com o próprio paciente; tudo isto no campo da verificação dos pressupostos para o consentimento presumido. Sendo certo que, em rigor, o padrão deverá ser sempre o da decisão substituída, servindo os demais como orientadores do que semostre necessário suprir. Esta decisão substituída cabe ao profissional de saúde.

18 | Mais alguns problemas relacionados com o esclarecimento, neste campo da recusa, reforçado.

Uma correta e cabal informação engloba os meios alternativos de diagnóstico e de tratamento, tal como a respetiva índole, alcance, envergadura e possíveis consequências... Tanto retiro do teor do citado artigo 157.º do CP e, em sentido mais genérico, do art. 573.º do CCiv.²⁶

18 § 1.º | Aqui entronca um primeiro problema: a escassez de tempo que os agentes médicos possuem para o exercício da sua atividade. Algumas organizações representativas dos médicos reivindicaram já a institucionalização de limites máximos para o atendimento de cada um dos pacientes em Hospitais e avançam números assustadores: 05m/10m. Está bem de ver as consequências destas restrições, que dispensam comentários, tão evidentemente se desnudam. Está bem de ver que o exercício da medicina inclui esta 'luta' contra o tempo, contra a sua escassez. Existindo escassez de tempo para cada paciente, então existe igualmente escassez de meios, e, entre estes, os meios humanos.

18 § 2.º | A ausência de tempo constitui um dos temas onde se verifica uma realidade que, oficiosamente, nenhum juiz deveria deixar de

²⁶ Sobre os aspetos da responsabilidade decorrentes deste dever de informação no campo do Direito Civil, por todos, cf. Jorge Ferreira SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152; e *Responsabilidade por Conselhos, recomendações ou informações*, Almedina Ed., 1989.

procurar inteirar-se oficiosamente. Trata-se de averiguação do tempo de trabalho e dedicação usual dos profissionais de saúde. Pugno pela necessidade individual de um registo de atividade, que permita determinar o esforço e o descanso do profissional de saúde. Perante uma acusação de atuação negligente (e inexistindo falta de profissionais de saúde) não será indiferente que o ‘suspeito’ apresente semanas de serviços com mais do x horas tidas como adequadas para o exercício com discernimento e sem afobo das suas tarefas. Eis um bom exemplo para o teste da recusa. Embarcará o passageiro no avião, sabendo que a equipa está em estado de eventual exaustão? Não é conjeturável, obviamente, que essa recusa seja proferida em tais circunstâncias? A resposta é obviamente positiva. Assim sendo, assim não pode deixar de ser, como explicar a exigência decorrente de uma leitura estreitíssima sobre a atribuição do ónus da prova ao lesado: aquele quem foi retirada a informação? Estou a circunscrever os casos em que a lesão se verificou sem que deveres essenciais de informação tenham sido prestados, evidentemente.

18 § 3.º | Um outro problema resultará da verificação (em maior ou menor grau) da *obstinação dos profissionais de saúde*: as decisões do paciente que contrariem ou diminuam as expectativas de que os *meios* de intervenção propostos atinjam os escopos que as *leges artis* apontam, podem despoletar contrariedades ou, no mínimo, dúvidas ao nível ético e deontológico²⁷.

18 § 4.º | Um quarto problema. Tanto quanto vejo, também ao agente médico é lícito, em determinados casos, restringir a sua atuação profissional. Assim, para além dos casos gerais de justificação da ilicitude, previstos na lei penal e civil, *vg*: legítima defesa; estado de necessidade; conflito de deveres, acresce, por ex.º, a objeção de consciência (cf. art. 37.º do CDOM). E o que se afirma aqui para os médicos parece resultar

²⁷ Sobre este aspeto, Josefina Cerzo GRANADEIRO VICENTE, constatando uma baixa taxa de recusas dos doentes, afirma o seguinte: «O medo de não ser devidamente atendido se alguém se negar a uma intervenção e ser recriminado e catalogado de não cooperante, limita a autonomia do paciente. A estrutura hierárquica do meio hospitalar supõe uma diminuição da liberdade, difícil de evitar na totalidade.», cf. *Consentimento Informado — A verdade com sentido*, Lisboa, 2004 (dissertação de mestrado apresentada, discutida e aprovada na FML), p. 52.

na sua maioria igualmente para os enfermeiros de acordo com o aludido regime deontológico (CDE, cf. arts. 75.º, n.º 2, al. j), 91.º e 92.º).

18 § 5.º | Acresce naturalmente o que de discricionário impõe a autonomia técnica. O agente médico, respeitando as regras da arte e os procedimentos ditados pela evolução da ciência, não se encontra à mercê dos meros *apetites* do paciente²⁸.

18 § 6.º | Tanto basta para atentar com mais cuidado na matéria enunciada sobre a recusa posterior. Nesta sede, como afirmei, a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada.

19 | Modalidades da recusa: recusa posterior suspensiva, com termo ou com alternativa.

Esta recusa posterior pode ser meramente suspensiva, ou com termo (inicial ou final) significando uma simples interrupção do tratamento, ou ser tendencialmente definitiva²⁹, ou significar alternativas (ex.º meios

²⁸ Sobre autonomia técnica e a respeito de algumas decisões judiciais portuguesas, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 407 e ss.

²⁹ Quero sublinhar, como reflexo da autodeterminação, o respeito que penso merecer a decisão sobre a intensidade com que um enfermo decida viver. No séc. XX tem-se verificado um certo *triumfo da medicalização*, a significar, em síntese, que: «o tempo da morte alongou-se à vontade do médico: este não pode suprimir a morte, mas pode alongar a sua duração (...)» (cf. Philippe ARIÈS, *O Homem perante a morte, Volumes I e II*, (Coleção Biblioteca Universitária), Ed. Europa-América (trad. Ana Rabaça), Lisboa, 1988, II vol., pp. 337 e ss., *maxime* 339). Ora, não cumprir a decisão do paciente que requeira o fim da terapia de vida artificialmente sustentada pode implicar a violação do mesmo princípio da autonomia que fundamenta a doutrina do consentimento informado. Porém, a proximidade com a questão da eutanásia, numa matéria em que a necessidade do dissentimento possa eventualmente ser ultrapassada, por exemplo, mercê de uma decisão substituída por recurso à opinião de quem conviva na esfera íntima do paciente, obriga a tomar as maiores cautelas. Sobre este assunto, cf. JOÃO LOUREIRO, *Metáfora...*, pp. 43 e ss.; AD NIEUW, p. 128; R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, tr. Riccardo CARACCILO e Victor FERRERES, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 299 e ss. e nota 20; e, ainda, Joel LEVI, pp. 191 e s. Este A. cita algumas sentenças americanas em que foi admitido o direito de recusar tratamento médico, como corolário da doutrina do consentimento informado e do direito à autodeterminação, sentido em que afirma: «segue da

paliativos). Digo tendencialmente, por força da sua, também possível, revogabilidade, que, aliás, o profissional de saúde, muito naturalmente, procurará ativamente obter, caso o considere necessário ou conveniente.

19 § 1.º | A recusa, tão informada e esclarecida quanto possível, deverá ser registada no processo clínico do paciente, atenta a delicada posição do profissional de saúde³⁰, uma vez que, suspeito, não acontecerá tanto como resultado de um processo de sucessivas trocas de informações e conselhos entre ambos, por forma a que se atinja a declaração formal do paciente, mas antes pelo seu comportamento concludente.

19 § 2.º | Com efeito, invade-me a intuição de que o profissional de saúde só deixará de insistir quando o visado deixar de o procurar. Todavia, será compreensível que aquele possa reclamar que o repúdio seja reduzido a escrito e — verificando-se também dissentimento sobre este especto — seja testemunhada a sua opinião técnica em sentido divergente à tomada pelo paciente³¹.

20 | Declarações escritas de recusa.

Na maioria dos hospitais existem *termos de isenção de responsabilidade*, em suma: minutas pré-elaboradas em que o paciente assume a responsabilidade pela cessação do internamento e do tratamento hospitalar, outorgando o documento. Parece-me um procedimento desnecessário, mais a mais se — como existe notícia de se verificar muitas vezes com os modelos de consentimento — forem remetidos para um mero regime *administrativo*, em violação da verificação de uma relação interpessoal e direta que acredito estar aqui em causa como necessária.

necessidade de obtenção de consentimento informado previamente à intervenção terapêutica, que o paciente deverá igualmente conferir uma recusa informada dessa mesma intervenção terapêutica» (*ibid.*, p. 192).

³⁰ Será possível assacar responsabilidade a um médico pela incapacidade de vencer o seu paciente a aceitar um tratamento que, manifestamente, lhe irá minorar o sofrimento ou, até, salvar a vida? A resposta terá de ser negativa; trata-se exatamente de uma das manifestações da autonomia do paciente de que vimos tratando.

³¹ Neste sentido, cf. Daniel SERRÃO, *Riscos em recusar tratamento*, in *AA. VV., Bioética, Bioética*, (Coord. Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald), Verbo, 1996, pp. 81 ss

20 § 1.º | Mas as interrogações destes tópicos *problematizantes* apenas me sugerem que os beneficiários da informação e do esclarecimento sobre os direitos e os deveres decorrentes da relação médica não são apenas os pacientes, mas igualmente os profissionais de saúde. Afinal, também estes parecem querer emprestar à relação que estabelecem com os pacientes um incompreensível *pacto de silêncio*, à luz de um pragmatismo eivado por vezes de premissas favoráveis e atendíveis, mas em relação ao qual esta vertente tão importante das relações sociais oferece o flanco, ressuscitando os fundamentos do que Hannah Arendt (a outros propósitos) já identificou como suscetíveis de edificar o exercício da «banalidade do mal»³².

20 § 2.º | As informações adequadas a prestar e a obter serão, deste modo, todas aquelas que se afigurem como previsíveis e necessárias para determinarem ou influenciarem a proposta e a respetiva decisão. Insisto: perante uma resposta desadequada, ou a dúvida sobre a existência de uma omissão, quanto ao normal processamento da decisão do paciente, forçoso se torna indagar nessa parte até ao esclarecimento³³.

II. Quanto ao paciente

20 § 3.º | Para o paciente a recusa resulta como um direito de manifestar livremente a sua autodeterminação, livre de peias formais e, em princípio, até ao limite da sua radicalidade absoluta: sejam as aludidas *más decisões*, seja o exercício do seu direito a nada querer saber. Numa segunda perspetiva mais benévola, revela a faculdade de opção: a escolha de soluções que se adaptem menos à prossecução da

³² Sobre este conceito afigura-se importante analisar o conjunto de textos reunidos e prefaciados por Jerome KOHN, in Hannah ARENDT, *Responsabilidade e Juízo*, trad. Miguel Serras Pereira, ed. D. Quixote, 2007, de onde destaco: *Algumas questões de filosofia moral*, pp. 43-131.

³³ Lembro aqui a decisão proferida pela *Corte de Cassazione* italiana em 8 de julho de 1994 (in *RIML*, ano XVII, 4, pp. 1282 e ss.), sobre a necessidade de o médico informar a paciente, antes de esta (voluntariamente) ter tido alta após uma intervenção para cessação voluntária da gravidez, de que a certeza do êxito da intervenção dependia do resultado dos exames histológicos a que deveria submeter-se. Mais deveria tê-la informado da necessidade de comparecer em consulta de controlo, em tempo útil para uma nova intervenção.

saúde, mas privilegiem as aspirações individuais a uma conformação da própria vida, de acordo com as alternativas que se ofereçam menos *eficazes*, mas desejáveis. É o que chamo de recusa parcial por oposição à recusa integral (total). Parece-me indispensável apontar aqui o tributo ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade, recordando os ensinamentos de Paulo da Mota Pinto.

20 § 4.º | Tanto extraído da lei em matéria de informações a prestar, e repito: garantindo-se a compreensão do essencial para que tome uma decisão livre e consciente, o paciente deve ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento* (aludido art. 157.º do CPenal). O facto de existirem outras normas relativas a procedimentos gerais ou concretos, para um catálogo de intervenções tipificadas, a especificarem os mesmos cuidados, ou procedimentos específicos, no mesmo caminho, não retira, aliás reitera, a extensão do referente que ilumina as necessidades aqui abordadas.

20 § 5.º | E isto mesmo se oferece com muita evidência, enquanto argumento apagógico, por exemplo, na necessidade imposta pelo legislador penal em sede do consentimento presumido (cf. art. 39.º, n.º 2, *in fine*, e 156.º, n.º 2, al. *b*), *in fine*, ambos do CP), isto é, quando, perante a impossibilidade de se obter um consentimento expresso viável ou constatando-se um perigo sério no decurso do tempo para a sua obtenção, se conceber a necessidade, ainda, de formular — como ensina Claus Roxin — «um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na acção»³⁴. Mas, em rigor, o que se lê na norma em causa (156.º, n.º 2 do CPenal), para a pressuposição hipotética do consentimento, a necessidade de estabelecer uma conjectura materializada de «... não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.». Um teste racional cognitivo.

³⁴ *Apud* COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, p. 58. Sobre esta matéria cf, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 453 e ss.

21 | O teste intelectual da recusa.

Daqui se compreende o exemplo que a este respeito dá COSTA ANDRADE: «por isso é que, em princípio, o médico que trata um paciente, inconsciente por anestesia, não pode acolher-se ao consentimento presumido para levar a cabo outro tratamento, quando, sem dano para a saúde, se pode esperar que o paciente recupere a consciência e possa expressar a sua vontade.»³⁵. Esta garantia para o paciente de que o agente médico produzirá uma *decisão substituída* em que — podendo — conjeturará — com os elementos que possua ou possa adquirir — a decisão daquele, revela bem quão necessário e importante se torna o diálogo entre os sujeitos da relação médica. No mesmo sentido concorre a lei civil, cf. art. 485.º, n.º 2 do CCivl: existindo o dever jurídico de prestar conselho, recomendação ou informação, a atuação negligente desperta a obrigação de indemnizar. Aponto desenvolvimentos em Jorge Sinde Monteiro.

22 | Uma contribuição para o incremento da literacia e da saúde individual e coletiva.

A recusa revela-se ainda como um mecanismo que permite diminuir a ignorância do paciente (melhor seria optar pelo oposto: pelo aumento dos seus conhecimentos sobre a proposta de atuação ou sobre a *nosologia* que o afeta), como reflexo da intensificação dos deveres de informação que se condensam na esfera do agente médico.

23 | A literacia, o discernimento e a capacidade formal de exercício. Os menores.

Uma questão de particular delicadeza prende-se com o *peso* do dissenhimento dos menores³⁶. Em primeiro lugar, deverá o agente médico

³⁵ ID., *ibid*, p. 59.

³⁶ Para os demais incapazes existem igualmente especialidades e dúvidas. Para os respetivos desenvolvimentos, cf., por todos, André PEREIRA, *O Consentimen-*

certificar-se se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão. Para a verificação deste requisito será de atender aqui à doutrina contida no art. 38.º, n.º 3, CPenal. A averiguação de maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade para justificar uma intervenção médica. Posta assim a questão subsistem dúvidas em atender à sua vontade? É óbvio que sim.

23 § 1.º | Interrogo-me sobre se o agente médico adotará uma postura análoga à que assume perante a recusa de um adulto. É que a decisão sobre a existência de maturidade pode pertencer-lhe. Será madura uma decisão que troca um benefício para saúde pela — usando aqui um velho exemplo — participação num torneio de xadrez?³⁷

23 § 2.º | Tudo me leva a crer que a análise do problema passa pela distinção entre as duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o dissentimento são diferentes. A intervenção constitui um meio para tentar averiguar e/ou obter (na expressão de Orlando de Carvalho) as condições prévias do estado físico-psíquico do paciente. Vou agora pressupor a necessidade da intervenção para a melhoria do estado de saúde do paciente. No caso do consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a atuação proposta. Na recusa, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá até ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa.

23 § 3.º | E isto acaba inevitavelmente por influir na relevância a atribuir pelo agente médico à decisão do paciente, pelo menos no plano pragmático da sua atuação. A tentação do médico será a de acatar a decisão do menor, mas apenas se esta coincidir com a sua. As dúvidas agravam-se pelo facto de a relevância a atribuir à decisão dos representantes legais dos menores não se afigurar definitiva nesta matéria. E explico: é cristalina a perplexidade do profissional de saúde, a quem

to..., pp. 214 a 289. Em relação aos menores, ID. *Ibid*, pp. 289 e ss.; e Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso...*, e João VAZ RODRIGUES, *Consentimento...* pp. 209 e ss.

³⁷ Será falacioso querer responder com o respeito pela vontade de um adulto nas mesmas circunstâncias. A reação excecional em termos de autonomia é de aceitar como tributo da autodeterminação. Mas não poderá ser exigido ao médico que se reporte a uma bitola de normalidade, à sensatez do homem comum?

se afirma o dever de agir contra o dissentimento paternal em caso de prossecução da saúde dos menores que não tenham autonomia relevante da vontade, como pode acontecer em situações já clássicas das convicções religiosas (é o caso clássico da transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová); e, simultaneamente, se possa configurar uma censura por não ter ultrapassado a autonomia do menor quando, nas mesmas condições de conveniência para a saúde, a atuação recusada tiver o beneplácito dos representantes legais³⁸. Bizarro será ainda explicar aos profissionais de saúde que não se pode estabelecer nenhum paralelo com o regime da Lei de Saúde Mental (LSM), onde o legislador — não obstante a revisão em 2018 exatamente do preceito em causa (Lei n.º 49/2018, de 14/08) — consignou a faculdade de o menor de 14 anos receber ou recusar intervenções médicas, electroconvulsivoterapia, e participar em investigações, ensaios, etc., cf. art. 5.º, n.º 3 da LSM.

23 § 4.º | O que quero aqui sublinhar não é tanto aquilatar se basta o consentimento dos representantes para determinar a legitimidade da intervenção do agente médico ou se a autonomia do menor pode ser eficaz para consentir numa lesão da sua esfera jurídica, quando esta lesão se referir a interesses de que possa dispor. Isso constitui uma matéria melindrosa, mas em relação à qual a decisão médica pode perfeitamente coincidir com o respeito pela vontade esclarecida do menor. Da mesma

³⁸ A questão colocou-se já perante a jurisprudência inglesa, aceitando-se que a decisão capaz de um menor — devendo ser respeitada se for afirmativa e se confrontar com o dissentimento paternal — poderá ser ultrapassada pelo consentimento paternal para uma intervenção médica, que aquele repudiou. Face aos valores em conflito e, sobretudo, à enorme responsabilidade depositada no agente médico, alguma doutrina recomenda para tais casos o suprimento judicial. A decisão a tomar deverá acatar os desejos do menor, tendo por pressuposto os seus *melhores interesses*. Cf. John EKE-LAAR, *White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts—Again*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 109, Abril de 1993, pp. 182-187. Idênticas dificuldades colho em Daniel SERRÃO, cuja aceitação parece ficar restringida às decisões tomadas por menores, verificando-se discernimento e as matérias em causa não impliquem perigo de vida, exemplificando com uma decisão aceitável de um menor sobre a não utilização de um aparelho de correção dentária (cf.: *Riscos...cit.*, p. 82). Sobre esta matéria, por todos, remeto para Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso...cit.*, pp. 16 e ss.

sorte, pressinto quanto o médico sofrerá inevitavelmente perante as dúvidas sobre a existência da maturidade do seu jovem paciente.

23 § 5.º | O problema é que, neste caso, perante a negativa, o agente médico não recebe, como acontece com o consentimento, uma colaboração do visado ou do seu representante, e o Direito não fornece um quadro rígido de atuações. Em suma: o médico será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses do paciente. Uma opção solitária e sempre casuística, em relação à qual o auxílio do magistrado do MP será bem vinda, seguramente, mas insuficiente para o profissional de saúde que pretenda o melhor exercício médico medicamentoso, que não meramente eximir-se de eventual responsabilidade.

23 § 6.º | Mas então, parece confirmar-se existir, ainda que ténue, uma diferença nas manifestações de vontade positiva e negativa. E não se prende apenas com a averiguação da capacidade do declarante, manifesta-se antes nas maiores cautelas que rodeiam a decisão negativa que ao médico se afigure como contrária aos interesses do paciente menor. Na verdade, dificilmente se censurará o médico que decida não atender à recusa de um menor, quando entenda a atuação médica como decisiva e fundamental. Recordo que o profissional de saúde deve proceder a uma aferição da maturidade do menor, para a qual não deixará de ponderar a justificação que este apresente para a recusa. Como atribuir discernimento ao declarante de uma justificação desequilibrada ou desajustada face aos efeitos em causa? Tenho consciência de que a resposta não será idêntica perante uma justificação similar proferida por um paciente maior e capaz. O que este raciocínio pode é, eventualmente, dissipar dúvidas perante a confirmação da similitude das premissas.

23 § 7.º | Num caso, porém, a recusa é tomada em conta independentemente da incapacidade do paciente que a manifeste, como vimos já: se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (cf. art. 17.º, n.º 1, al. e) da CDHB). Mas este regime não revela igualmente a existência de um campo relativamente alargado, em que a eficácia a atribuir ao dissentimento convoca a proteção de bens jurídicos, como a saúde, que poderão colidir com a proteção da autonomia? Reclamando-se aquela proteção, acredito ser possível e desejável a compressão desta outra, salvaguardando os bens jurídicos fundamentais. E não se diga que ressuscito o paternalismo perante as dificuldades e o enterro logo que estas se esvanecem. A opinião dos intervenientes é contingente, mas deverá ser tomada em consideração pelo agente médico (cf. art. 6.º, n.º 2 e n.º

3, da CDHB). Neste mesmo preceito parece residir uma válvula de segurança que consiste em prever a possibilidade de a autorização dada pelos representantes dos pacientes incapazes, ou pelas autoridades em sua substituição, ser revogada quando se prossiga o «... interesse da pessoa em causa» (cf. o citado art. 6.º, n.º 5 da CDHB). Então porque não dar ao médico a possibilidade de recorrer igualmente à mesma autoridade em caso de dúvida sobre a maturidade da decisão do menor em recusar?

23 § 8.º | Eis uma solução que não me desagrada integralmente. Bem sei que as opiniões médicas subjacentes podem ser rotuladas como de *quase peritagem*, e esta qualidade arrisca-se a influenciar a magistratura judicial. Todavia, não é menos verdade que a perspetiva jurídica (acompanhada de uma fonte alargada de opiniões oriundas de outros quadrantes envolvidos) pode funcionar bem como um *fíel* equitativo que dite a superação das divergências entre a função beneficente da saúde (com riscos de paternalismo) e o precioso reduto da autonomia, pensadas que sejam as matizes do caso concreto. E agora respondo à inquietação que manifestei antes. O profissional de saúde tomará uma decisão tanto mais certa e segura quanto mais sereno estiver relativamente a procedimentos que questionem os respetivos fundamentos.

III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação.

23 § 9.º | Como aflorei já no tocante à matéria do *direito a não saber*, existem *terrenos* em que se constata uma (por vezes séria) *belicosidade* entre a *vontade* e a *saúde*. E para além desta *fragmentação*, outras circunstâncias se envolvem na *briga*: penso nas limitações individuais exigíveis aos próprios pacientes (na raia da contenção da sua própria esfera de personalidade); considero os direitos e os interesses de terceiros envolvidos (entre os quais os próprios agentes médicos), os interesses sociais que justifiquem a intervenção da Administração Pública no âmbito da prossecução da garantia constitucional da proteção da saúde (cf. art. 64.º da CRP) ou mesmo em outros âmbitos (no campo da Justiça, por exemplo: descoberta da verdade material).

23 § 10.º | As colisões entre direitos fundamentais exigem: uma avaliação permanente das *fronteiras* a traçar entre as compressões que os

bens jurídicos subjacentes convoquem; e o apuramento da prevalência abstrata ou concreta dos valores individuais *versus* valores sociais³⁹.

23 § 11.º | Não cabe aqui pugnar por qualquer prévio posicionamento do intérprete (ou do legislador) na defesa prevalente, em princípio, de um dos *beligerantes* em desfavor do outro, isto é: se do ponto de vista constitucional se deverá qualificar como excecional a intrusão na esfera individual, nos casos contados em que tal se ofereça absolutamente necessário e, conseqüentemente admissível; ou vice-versa. Não é a hierarquia que me interessa colocar em discussão, se bem que se trate de um tema que não posso deixar de indicar dever merecer uma cuidada atenção (e análise e debate), progressivamente premente perante: a *velocidade do tempo*; a *crise* que parece instalada no pós-modernismo; algumas teses *comunitaristas* emergentes, determinismos em cardápio, etc.

23 § 12.º | O que tenho por certo e estendo à generalidade destes tipos de cruzamento de valores e de bens constitucionalmente protegidos é a constatação de Costa Andrade: «De uma forma ou de outra, as decisões da pessoa ‘irritam’ o sistema social e projetam sobre ele uma complexidade que este é chamado a reduzir, segundo legitimação e critérios próprios. *Brevitatis causa*, segundo uma lógica de autorreferência.»⁴⁰.

23 § 13.º | Tanto me conduz a uma precisão de conceitos que ressalta exatamente da configuração autónoma da recusa: é que face aos tratamentos compulsivos, ou em termos mais gerais a intervenções arbitrárias, não é tanto a manifestação da vontade positiva (o consentimento) que fica colocada em crise, mas exatamente a desvalorização do dissentimento, da faculdade de repúdio ou de não adesão a uma intervenção ou constrição na esfera da liberdade ou da autonomia. Com efeito, o consentimento significa aqui apenas uma adesão voluntária (até ao limite do grau da autodeterminação existente) à compressão da vontade ditada,

³⁹ Sobre esta matéria não será de somenos indicar a consulta: da obra de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais — Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, 213 e ss.; das citadas anotações à *CRP Anotada* de Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (a que adicionamos agora as relativas aos arts. 24.º, pp. 222 e ss.; e 64.º, pp. 652 e ss.); de Carla Amado GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual ¾ Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDUL, Lisboa, 1999, entre outros, cuja indicação bibliográfica decorre das *supra* citadas.

⁴⁰ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 44.

isto é, imposta em termos juridicamente certificáveis como válida. Só a recusa revela a crise aberta pelo embate dos valores constitucionais em causa, até caso a caso. Aquela manifestação de vontade torna-se, em regra⁴¹, irrelevante; pelo contrário, a recusa — mais não sirva — *inquire* a norma que o constrange.

23 § 14.º | O elenco dos tratamentos compulsivos e das intervenções arbitrárias é extenso e apresenta inúmeros aspetos controvertidos, pelo que previno sobre a incompletude do que se segue, tal como o desequilíbrio com que são cotejadas as respetivas matérias.

23 § 15.º | Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de atuação, que, além de bulir com a liberdade, seja suscetível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objetivo da proteção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da coletividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível coletivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legítima e específica habilitante⁴².

⁴¹ Quero acautelar, mesmo em sede do consentimento, as eventuais sequelas da adesão a um ditame normativo que venha a ser reputado como ilegal ou a uma decisão que não encontre estribo na formulação legal aparentemente habilitante, que suscitem ulteriormente ao visado que a acatou a possibilidade de, sentindo-se lesado, reagir.

⁴² Assim decanto a noção que avancei em o *Consentimento...*, pp. 290 e ss., tendo em mente o sentido e alcance da pertinente advertência — e recorrendo à expressão utilizada — de Paulo da MOTA PINTO na sua «declaração de voto», proferida no Ac. do TC n.º 228/2007, de 28/03 (Relatora: Maria Fernanda PALMA), cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt>. E aproveito para retificar o que deixei explanado em sede de *testes para aferição de perfis de ADN* (cf. o *Consentimento...*, pp. 326 e s.), aderindo à restrição — todavia com a divergência que antecede em que secundo Paulo da Mota Pinto — que o Ac. TC *supra* citado (na sequência do *fundamentante* Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03 (Relator: GIL GALVÃO) introduz na interpretação do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, de onde se retira que a sujeição compulsiva a exame (colheita compulsiva de vestígios biológicos) carece de autorização do juiz competente; Ac. este último de onde retiro apenas a seguinte passagem (da longa e profunda fundamentação que merece toda a atenção), esclarecedora do que está em *jogo*: «Assim, admite-se que, em si mesmo, não existirá desproporcionalidade na utilização de tais meios invasivos» — colheita de saliva através de *zaragatoa*

bucal — «do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações (tal qual a do presente caso) de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias *a efetuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo*, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção.». O sublinhado pertence-me. Os Ac. do TC em referência acabam por iniciar um processo de *solvência* das dúvidas suscitadas pela Jurisprudência do TRC (Acórdãos ali citados), que culminou com o Ac. TRC de 13/09/2006 (Relator: Luís de ALMEIDA GODINHO, cf. <http://www.dgsi.pt>), cuja transcrição parcial pode igualmente ser encontrada em *RMP*, ano 27, n.º108, pp. 239 e ss. e que resultou assim corrigido. Devo sublinhar aqui o comentário crítico de Mário FERREIRA MONTE, cf. *ibid*, pp. 250-262, cuja argumentação não deve de todo ser desconsiderada, especialmente quando concebe que o próprio exame por *zaraçatoa* «pode ocorrer mediante a utilização de força» e que todas estas diferenças podem e devem ser relevantes para a decisão a tomar, concluindo pela aludida necessidade — prevenida também por Paulo da MOTA PINTO, como disse já — da *prévia regulamentação*. Eis o plano distintivo (casuístico, é verdade), que me levou a considerar (em sede de testes para a deteção de álcool no âmbito das infrações rodoviárias) que, no estado corrente da legislação em vigor, a existência de soluções alternativas (*desobediência*, etc.) seriam suficientes para ultrapassar o que a lei parece não prever: o dissentimento efetivo, radical, ainda que ilegítimo e, até ilícito (cf. *O consentimento...*, pp. 328 e ss., neste aspeto — parece — secundadas por Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *CRP Anotada...*, I, p. 277). Pesam aqui, sempre, os ensinamentos de Guilherme de OLIVEIRA, *Implicações...* p. 328. E sendo certo que a ponderação dos valores e bens se altera muito significativamente perante os ilícitos em confronto, a verdade é ser inegável (para lá da justiça do caso concreto) que a obrigatoriedade dos exames e a sua efetivação compulsiva à custa da violação da integridade física constituem planos diferentes, a merecer este último uma competência legislativa para ser dirimido, com respeito pela proporcionalidade entre o exercício da força e o que a justifica. Bem compreendo a tentação da *descoberta a verdade material*, como entendo a tentação que sofrerá o médico ou o cientista no decurso de uma atuação ou de uma investigação importantíssimas para o combate de uma doença ou uma descoberta singular... Mas a verdade é que os princípios fundamentais, quando fragmentados sob a premência de uma *topoi* que os contradiga, não podem ser pulverizados, sem mais, sem o avisado e prévio *império da Lei*, à custa de inferências particulares não tipificadas. Subsiste sempre o perigo de revelarem, mais tarde, consequências chocantes, a jusante ou a montante, no edifício ético *codificante* do tecido social. Começamos por afirmar que a colheita de saliva é uma invasão insignificante da esfera físico-psíquica de uma pessoa e podemos acabar embaçados perante uma queixada quebrada por um alicate cirúrgico... São as consequências da aludida «banalidade do mal» que impressionou tanto Hannah ARENDT.

23 § 16.º | Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infetocontagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base 34.^a da LBS e art. 5.º, (máxime: n.º 3, al. c) do DL n.º 82/2009, de 02/04), revisto pelo DL n.º 135/2013, de 04/10, sem esquecer a Lei n.º 81/2009, de 21/08 e o DL n.º 81/2009, de 02/04, e, ainda, LSM: Lei n.º 36/98, de 24/07)⁴³. E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do *estado de calamidade pública* (cf. art. 19.º, n.º 2, da CRP), sobre as quais, à data em que escrevo se anuncia a 13.^a para a rotura mundial entre aCov-19 e dCov-19, com seguras replicações e desenvolvimentos.. E o mesmo se diga para os tratamentos em detidos, nos termos estritamente necessários a preservar os interesses do Estado quanto à vida, manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais, *v.g.* casos de greve de fome, automutilação e de tentativa de suicídio⁴⁴; e para os exames médicos em medicina do trabalho (cf. art. 19.º do CT)⁴⁵ ou para a prática de atividades desportivas (cf. arts. 4.º a 11.º do DL. n.º 345/99, de 27/08 e art. 40.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, Lei n.º 05/2007, de 16/01). À data em que cunho o presente, afigura-se-me desnecessário entupir o texto com a explosão de normas que no último ano (e que persistem) sobre o estado de calamidade e instabilidade e dispersão nas atuações, designadamente com questões não estabilizadas na

⁴³ Sobre este aspeto e ressuscitando questões conexas com alguma da matéria aflorada na nota anterior, cf. o comentário crítico de André PEREIRA ao Ac. TRP, de 06/02/2002 (Internamento compulsivo de doente tuberculoso), in *LexMed*, I, 1, 2004, onde se pode analisar igualmente os extratos relevantes do Aresto. Cf. ainda Maria João ANTUNES, *O internamento...*

⁴⁴ Cf.: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1991, p. 408; Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária ¾ Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 101-128; e João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 304 e ss. Cf. Código de Execução de Penal e Medidas Privativas da Liberdade (Lei n.º 115/2009, na sua 6.^a versão de 2019), arts. 8.º, al. g), 33.º, n.º 2, 35.º n.º 2 a n.º 6, 95.º, n.º 5, 118.º e ss., 126.º e ss.

⁴⁵ Cf. Carlos LOPES DO REGO, *Comentário ao Ac. TC n.º 368/02, 25/09*, e este aresto, in *RMP*, Ano 23, n.º 92, pp. 117 e ss.

nossa jurisprudência. A seu tempo, com tempo e reflexão, se revisitarão estes problemas.

23 § 17.º | Outros aspetos devem ainda ficar também meramente referenciados, se bem que suscitem, de igual sorte, controvérsia em frações particulares de problemas que levantam os casos concretos em que são analisados: o tratamento coativo para evitar a tentativa de suicídio, pelo menos a partir da inconsciência⁴⁶; os limites da eutanásia⁴⁷; as já afloradas intervenções de perícia no campo do direito processual, penal e no civil, determinadas por decisão judicial legalmente habilitada⁴⁸; a já residual «solução de oposição» relativa à colheita de órgãos e de tecidos para fins de transplante e o mesmo digo para os «testamentos em vida» que possuam indicações negativas para prever a impossibilidade de manifestar a vontade face a quadros futuros previsíveis.

23 § 18.º | Por fim, mas não em último lugar, o que se avizinha, o pós-humano e a inserção robótica que resulta, no fundo, do apetite imenso que alguns sentimos em «engolir», em integrar o telemóvel mais sofisticado do mercado. Sobre esse já presente, designado *Futuro da Natureza Humana*, são consabidas as atenções de vários AA, de onde me permito apontar dois: Jürgen Habermas, e, entre nós, João Loureiro, com referência à temática. Ilustro apenas a temática com dois pontos. O primeiro, com o *ano da morte de Stephen Hawking* (referenciada à data com que cunho o presente), cientista cujas debilidades foram sendo superadas em termos extraordinários pela tecnologia. O segundo, com uma *estória*, com que, de quando em vez, animo as sessões dos sucessivos cursos de pós-graduação no CDB: — solicito que imaginem um cadáver humano hodierno, de pessoa sofisticada, a ser dissecado há cerca de 500 anos, por André Vesálio, no teatro anatómico da Universidade de Pádua ou de Paris. Pensem no estupor dos presentes ao deparar com pedaços de crânio em metal, chips incorporados, dentes aparafusados, lentes inseridas nos olhos, aparelhagem nas cordas vocais, sacos de silicone distri-

⁴⁶ Cf., por todos, André PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 508 e s.

⁴⁷ ID, *ibid.*, pp. 509 e ss. e Luísa NETO, *op cit.*

⁴⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 324 e ss.

buídos pelo corpo, articulações em metal, uma profusão de cabelagem e motores... Enfim! Robotização? Pós-humanidade?

24 | Conclusão:

Escreveu Guilherme de Oliveira em janeiro de 2001: «Tenho para mim que o ‘consentimento informado’ vai ser uma dor de cabeça para os profissionais da saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão, do que se trata; mas não é fácil ter uma noção precisa do que se pode exigir dos médicos na vida real da prática clínica.».

24 § 1.º | O consentimento desvelou esta figura ‘gémea’, e, se teve já o condão de determinar-se como alavanca do ressarcimento de danos provocados pela atuação negligente de profissionais de saúde, judicialmente determinados nas mais elevadas instâncias dos Tribunais portugueses, não se ‘adormecendo’ em formalismos, poderá ter neste aspeto outras virtudes, que justificam a persistência da ‘futurologia’ do Mestre.

24 § 2.º | A recusa constituiu o ‘ponto de partida’ da preocupação do legislador português em relação à autonomia, ao exercício da autodeterminação, do paciente no ordenamento jurídico português. O legislador tem ‘revisitado’ e circunscrito a temática, a ponto de facultar ao intérprete e ao julgador um ‘teste’ para apurar o exercício negligente, logo em terrenos que comprometem seriamente a ilicitude dos danos consequentes. Verifica-se mesmo pela recusa a viabilidade em alicerçar alguns dos aspetos de maior atualidade, como seja as Diretivas antecipadas de vontade, o seu sentido e o alcance possíveis. Sem esgotar.

24 § 3.º | A recusa revela-se uma pedra de toque que suscitará, eventualmente, as soluções para o *confronto* que vou pressentindo crescer, por força dos sucessivos pontos de fricção entre a *célula* individual do ser humano e a sua esfera de proteção com as esferas de proteção da sociedade e a intervenção, ao menos tutelar, do Estado. Ficam semeados alguns tópicos para futuras discussões sobre a matéria. É o que pretendi.

Ainda a bibliografia:

- AA.VV: MARTINEZ-CALCERRADA, Luis; co-ord: MARTINEZ CALCERRADA. Jose-Maria, cf. vol I, TECNOS, 1986, pp. 186-196)
- BUSTO LAGO, José Manuel: *Consentimento informado y responsabilidade civil*, in AA.VV. *Consentimento Informado, Julgar*, Coimbra Ed., 2014, pp. 157-182, máx pp. 174 e ss. [(Sala de lo Civil del TS, STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011|3279(; STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004|456), entre outras].
- COSTA ANDRADE, Andreia da: *Atipicidade da Conduta Médica (tentativa de (re)compreensão)*, CDB | FDUC 24, Petrony, 2018.
- COSTA SANTOS, Jorge: *Responsabilidade Civil: A avaliação pericial das ‘leges artis’*; educast | cej: https://educast.fccn.pt/vod/clips/1cuowf-0n5g/link_box ;
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo: *Memória e Método (Tempos e Lugares para uma Metodologia Jurídica)*, in *RFDUP*, I, 2004, pp. 309-323, máx., 311, onde deixa registo valioso de bibliografia;
- GENICOT, Yves-Henri | LELEU, Gilles, *Le Droit Medicale: aspects juridiques de la relation medecin-patient*. Bruxelles, Ed. De Boeck Université, 2001, pp. 71 e s, onde apontam a gravidade da lacuna de informação que, ainda por beneficência, se destine a prevenir a recusa ou permita medrar a dúvida no paciente.
- GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha: *A Negligência Médica Hospitalar*, pp. 40-44
- KHALDÛN, Ibn, *Muqaddhima*, trad. Franz Rosenthal, Ed. N. J. Dawood, Introdução: Bruce B. Lawrence, Princeton University Press, Kindle Ed., e-book eISBN 978-1-400-86609-0;
- LEAL-HENRIQUES Manuel / SIMAS SANTOS, Manuel: Código Penal Anotado, 2.º vol., anot. ao art. 150.º, p. 172:
- MONIZ, Helena Isabel Gonçalves, *Risco e Negligência na prática clínica*, in *RMP*, n.º 130 (Abril | Junho), Coimbra, 2012, pp.81-100.
- ORTEGA Y GASSET, José: *A Rebelião das Massas*, Relógio D’Água, 1998. Ortega encontrava no homem que se não identifica nesse imperativo categórico de ter de ser, de alinhamento com a estrutura humana mais autêntica, em termos individuais, o ‘homem-massa’, enquanto ser inautêntico, vazio de identidade cultural, indistinto de qualquer outro ser humano, “sem a nobreza que obriga”, a que está obrigado por ter de se ser a si.

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, CDB, n.º 22, Coimbra Ed., 2015;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina, 2013, p. 171.
- SÁEZ, Carolina Pereira: in AA.VV., *Constitución y Consentimiento Informado: España*, in *Julgar*, 2014;
- SCHWARTZ, Barry: *The Paradox of Choice – Why more is less*, Harper Collins e-books, Kindle ed.
- TAPLIN, William: *The Aesculapian Labyrinth Explored*, 1789; Ebook n.º 54332, USA public domain since 09 de março de 2017; acesso via <http://www.gutenberg.org/files/54332/54332-h/54332-h.htm>

RESPONSABILIDAD CIVIL: OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y OBLIGACIÓN DE RESULTADO (LA EXPERIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA RESPECTO A LA CIRUGÍA ESTÉTICA)

LIABILITY: OBLIGATION OF MEANS AND OBLIGATION TO PRODUCE A RESULT (THE SPANISH LEGAL EXPERIENCE IN THE FIELD OF COSMETIC SURGERY)

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 plástico 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 y con la incidencia de la clasificación en los juicios de cumplimiento y de responsabilidad².

¹ De esta evolución trata MONTALVO REBUELTA, P., “Análisis de la postura de nuestros Tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 196-2008.

² En esta materia son claves en la doctrina científica española los estudios de JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, 1991, pp. 5-96; y LOBATO GÓMEZ, J.M., “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 45, 1992, pp. 651-734. Así mismo la monografía de CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, la cual contiene un cuidadoso 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

1. Obligación de medios y obligación de resultados

Por más que la distinción entre obligación de medios y de resultado haya sido objeto de críticas³, que cuestionan, incluso, la posibilidad de diferenciar entre ambos tipos de obligaciones, 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)⁴, si bien se discuten algunos aspectos, relativos a sus consecuencias 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 obra y de servicios⁵.

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 JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán), en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, Madrid, 2012, pp. 551-584. Interesantes también los trabajos de CRESPO MORA, M^a C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicio en el DCFR”, en *Indret*, Barcelona, 2013, abril (45 páginas); y DE ELIZALDE, F., “La regulación de las obligaciones de medios y de resultados en la Propuesta de Código Mercantil”, en *Working Paper IE Law School*, AJ8, 02-06-2014 (18 páginas).

³ Para una extensa revisión “crítica” de las tesis “críticas” de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, véase JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios”, cit., pp. 12-20.

⁴ 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*, afirma que “La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo”.

⁵ JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios”, cit., pp. 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.

Considero, en definitiva, pertinente mantener dentro de las obligaciones de hacer⁶ la tradicional distinción⁷, que, de manera resumida, se

⁶ 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, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad*, cit., p. 47.

⁷ 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 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 ELIZALDE, F., “La regulación de las obligaciones”, cit., p. 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 CRESPO MORA, M^a C., “Las obligaciones de medios”, cit., p. 16, no aparece la tradicional vinculación de la *obligación de medios* con *el arrendamiento de servicios*

puede 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 aquella en la que el deudor se compromete a alcanzarlo, integrándose dicho deber en el objeto mismo de la prestación contratada. 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, o la del médico, de sanar a su paciente; mientras que, por el contrario, el paradigma de la obligación de resultado es la del contratista en el arrendamiento de obra.

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, 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 contrato⁸. 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 otra⁹.

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.

⁸ Véanse a este respecto las consideraciones de JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios”, cit., pp. 9-10; como también de LOBATO GÓMEZ, J. M., “Contribución”, cit., p. 653; JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción”, cit., pp. 558-559; y CRESPO MORA, M^a C., “Las obligaciones de medios”, cit., pp. 9-11; y, más recientemente, DE ELIZALDE, F., “La regulación de las obligaciones”, cit., pp. 8-9.

⁹ 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

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 alcance¹⁰. Del mismo modo, es perfectamente posible que se integre en el objeto una prestación médica la consecución de un resultado¹¹, 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 crédito¹².

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 contratos¹³, lo que normalmente estará en función del grado de control que el deudor pueda tener sobre la posi-

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 obligación*. 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...”.

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

¹¹ Véase en este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad*, cit., p. 43.

¹² Como dice JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios”, cit., pp. 6-7.

¹³ Como observa JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción”, cit., p. 556, habrá que acudir “a lo más propio de cada contrato”.

bilidad de ejecutar la prestación¹⁴: 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 segundo¹⁵.

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 acreedor 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

¹⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción”, cit., p. 574.

¹⁵ 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, CRESPO MORA, M^a C., “Las obligaciones de medios”, cit., p. 11; o DE ELIZALDE, F., “La regulación de las obligaciones”, cit., p. 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”.

contrato, lo convirtieron en el objeto de la prestación debida. En consecuencia, si no se alcanza el resultado esperado, por más que él 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)¹⁶ o la posibilidad de este último de oponer a aquél una excepción por contrato defectuosamente cumplido ante una reclamación del precio por parte de aquél¹⁷.

3. El juicio de responsabilidad

En las *obligaciones de medios*, que han sido definidas como obligaciones de diligencia, es claro que el incumplimiento lleva aparejada la responsabilidad del deudor, porque, por definición, dicho incumplimiento presupone su culpa.

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*. 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 español¹⁸.

¹⁶ Esta es la solución que se deduce de los arts. 1589 y 1590 CC, los cuales, según observa Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, 5ª ed., Madrid, 2008, p. 282, parecen constituir la regla general en materia de obligaciones de resultado.

¹⁷ Véase, así, para un supuesto de operación de cirugía estética defectuosa, la SAP de Asturias (Sección 4ª) 24 enero 2008 (JUR 2008, 124689).

¹⁸ 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, MORENO QUESADA, B., "Problemática de las obligaciones de hacer", en *Revista de Derecho Privado*, 1976, p. 476; y RAMÍREZ, J.A., "La cirugía estética y el Derecho", en *Revista Jurídica*

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 presume¹⁹.

de Cataluña, 1960, pp. 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.

¹⁹ 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, BLASCO TASCÓ, F., “El objeto de la obligación”, en AA.VV.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos* (coord. M^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ y R. VERDERA SERVER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad*, cit., p. 154 (si bien detalla supuestos de obligaciones de medios en los que la culpa se presume); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. y ZORRILLA RUIZ, M. M^a, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1985, p. 210; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, cit., p. 282 en relación con p. 745 (si bien de una manera no muy contundente); LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. I, *Parte general. Teoría del contrato*, 5^a ed. (revisada por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 53; JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción”, cit., p. 565; LOBATO GÓMEZ, J. M., “Contribución”, cit., pp. 722-723; SERRA RODRÍGUEZ, A., “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual”, en AA.VV., *Derecho civil II* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 120-121.

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

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 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad*, cit., p. 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.

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 diversas 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 presume²⁰, sino que, en la práctica, se le exige una diligencia tan estricta, que difícilmente puede probar la ausencia de aquélla²¹.

Ahora bien, desde mi punto de vista, esto está en estrecha relación con la concreta realidad de este arrendamiento de obra y con el 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.

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

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.

²⁰ Cfr., por todos, ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 3ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 248 y ss.

²¹ Lo constata JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción”, cit., p. 565.

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 inconscientemente (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 estricta-

mente curativas, como las operaciones de vasectomía y los tratamientos odontológicos²².

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 obra²³.

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 paciente²⁴.

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)²⁵, llegando en ocasiones, eso sí, a presumir la culpa, una vez probado el incumplimiento²⁶.

²² El origen de esta orientación jurisprudencial se halla en la STS 21 marzo 1950 (RJ 1950, 394).

²³ STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894) y STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711).

²⁴ 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).

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

²⁶ 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.

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 resultado²⁷. 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 desproporcionado²⁸, pudiendo deducirse la misma del correcto incumplimiento de los deberes de información (en esto coincide con la doctrina anterior).

La nueva orientación jurisprudencial²⁹ se basa en los siguientes argumentos³⁰.

²⁷ Esta es la tesis que mantuvo CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad*, cit., p. 74.

²⁸ 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 obliga 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”.

²⁹ Claramente expresada por STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138), cuyos razonamientos son repetidos de manera literal por las sentencias posteriores que se refieren a la misma cuestión, de las que es siempre ponente el mismo magistrado.

³⁰ Recogidos por las siguientes sentencias: 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 puede 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 ab-

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 inde-

solvió 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 demanda, 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 2015, 641), que igualmente condenó por falta de consentimiento informado, al no haberse conseguido el resultado buscado al someterse la paciente a una operación de aumento de pecho y drenaje linfático manual.

seables consecuencias, que, de otro modo, resultarían (según ella) en el ámbito de la responsabilidad.

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. 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). 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”³¹. 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.

³¹ Véase a este respecto los casos resueltos por la SAP de Valencia (Sección 7ª) 3 noviembre 2004 (JUR 2005, 32471); y la SAP de Álava (Sección 1ª) 29 julio 2005 (JUR 2005, 243719).

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 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 verdad³². 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 jurisprudencial actual dice (y repite) que dicha diferencia “no parece muy

³² A este respecto puede verse ORDÁS ALONSO, M.: “La delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. Hacia una unificación de régimen jurídico”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 14-53.

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 5.4 a) 4º del RD 1030/2006, por el que establece la cartera de servicios comunes del Sistema de Salud, excluye de ella las técnicas que tengan como finalidad meras actividades de “mejora estética o cosmética”.

Por otro lado, la jurisprudencia actual no ha podido sustraerse a la importancia de la distinción, proyectándola en ámbito del consentimiento informado, extremándolo y exacerbándolo (esto ya lo hacía la jurisprudencia anterior) en el caso de la cirugía voluntaria³³.

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”³⁴; y añadiría yo, en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, que implica la

³³ Cfr. en este sentido STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651) y STS 20 enero 2011 (RJ 2011, 299).

La STS 15 febrero 2017 (RJ 2017, 583), que desestimó una acción colectiva por implantación en operaciones de cirugía estética de prótesis mamarias defectuosas retiradas del mercado, consideró, no obstante, cumplido el deber de información, por haberse indicado que los implantes mamarios implantados podían romperse, así como por haberse advertido de los riesgos derivados de dicha rotura. Rechazó el argumento de que la información debería haber incluido el riesgo de que las prótesis pudieran ser fraudulentas y que, en consecuencia, pudiesen romperse más fácilmente, porque dicha circunstancia era un dato que solo fue conocido con posterioridad, ya que se trataba de unas prótesis que estaban en el mercado, homologadas por la CEE y autorizadas por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios: “Se cumplimentó la información en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes inherente a cualquier tipo de las prótesis utilizadas en el momento de contratar”.

³⁴ STS 30 junio de 2009 (RJ 2009, 4323).

autonomía 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 dudoso³⁵.

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 imputación de responsabilidad al médico culpable. Ahora bien, hay que preguntarse cuál es el concreto daño que

³⁵ 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”.

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. 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 información³⁶.

³⁶ Véanse a este respecto las consideraciones hechas en el Fundamento de Derecho 3º 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 3'5%. El motivo de la condena fue el de la inexistencia de consentimiento 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.

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 sentencias de instancia, que, manteniendo todavía la tesis de que la obligación del cirujano plástico es

de resultado, fundamentan (como no podía ser menos) la condena del facultativo en su comportamiento culpable³⁷.

³⁷ 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. CAUSALIDADE FUNDAMENTADORA E CAUSALIDADE PREENCHEDORA DA RESPONSABILIDADE. IMPUTAÇÃO OBJETIVA

MAFALDA MIRANDA BARBOSA *

Resumo: A causalidade é um dos tópicos mais problemáticos do direito delitual. Nas páginas que se seguem, depois de concluir que as tradicionais doutrinas causais não se mostram aptas a fundamentar e limitar a indemnização, propomos uma nova perspetiva para lidar com o problema.

Palavras-chave: Responsabilidade, responsabilidade médica, causalidade

Abstract: Causation is a problematic topic of tort law. In this paper, after concluding that traditional causation doctrines are not able to fund and limit indemnity, we propose a different approach to deal with the topic.

Keywords: liability; medical malpractice; causation

* Univ Coimbra · University of Coimbra Institute for Legal Research · FDUC ·
Professora Associada · mcnmb@fd.uc.pt
CIENCIA VITAE: <https://www.cienciavitae.pt/C313-72CA-DFB7>

I. Formulação do problema

O nexu de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, tem suscitado, ao longo dos tempos, muitas dificuldades e não menos controvérsias. As tradicionais doutrinas da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, na verdade, não se mostram aptas a resolver (e a resolver de modo normativamente justo e materialmente adequado) todos os problemas que a este nível se colocam. Não se estranha, por isso, que recentemente tenham surgido propostas doutrinárias no sentido de substituir uma visão causal por uma visão imputacional do requisito, única, aliás, consentânea com o sentido do direito que, metodologicamente, somos chamados a assumir. A responsabilidade médica tem sido, a este ensejo, um importante tubo de ensaio. A incerteza que acompanha o *iter* conducente à lesão, quando em causa esteja a atuação de um médico, transforma-a num campo fértil para o efeito. Nas páginas que se seguem, procuraremos sublinhar quer as inconcludências das perspetivas tradicionais, quer as linhas de entendimento da nova perspetiva que se desenha. Para tanto, orientar-nos-emos por um caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça: a riqueza dogmática que o mesmo encerra justifica a nossa opção dialógica.

II. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017¹

O caso relatado pelo Acórdão do STJ de 2 de novembro de 2017 conta-se em poucas palavras. A instaurou uma ação contra a Clínica X e contra B, pedindo a sua condenação solidária no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. Para tanto, alegou que tinha sido submetida, em 10 de outubro de 2008, a uma cirurgia de extração de um dente do siso incluso, da qual resultaram dores, limitações, incapacidade para o trabalho, para o treino físico e para a progressão na carreira militar, causadas por lesões resultantes da falta de cuidado do segundo réu, C, na realização da referida extração, cuja

¹ Proc. nº 23592/11.4T2SNT.L1.S1, relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

possibilidade de ocorrência não lhe havia sido comunicada. Os réus contestaram, alegando que a autora foi informada sobre o diagnóstico e procedimentos adequados ao caso e sobre os potenciais riscos da extração, a qual foi realizada segundo as *leges artis*. Mais referem que algumas das sequelas invocadas não podem resultar do tipo de intervenção em questão. O Tribunal de 1ª instância julgou a ação improcedente, considerando que as lesões sofridas não são uma seqüela do ato cirúrgico, antes decorrendo dos riscos próprios da ciência médica. Em sede de recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa concedeu provimento parcial à apelação, condenando os réus ao pagamento de uma indemnização. Para tanto, sustentou que, apesar de estar provado que os procedimentos cirúrgicos foram realizados de acordo com as *leges artis*, a autora foi “atingida na sua integridade física, sofrendo sequelas que não haviam sido contratadas, para cuja ocorrência não havia consentimento e de cuja possibilidade (...) não havia sido informada”, quando a seriedade das consequências e a taxa de frequência com que podem ocorrer impunham que em relação a elas tivesse sido cumprido um dever de esclarecimento, que foi violado. Considerou, portanto, que havia violação de um dos deveres contratuais: o dever de prestar informação a fim de obter do paciente o consentimento informado, “dever esse que também é imposto por lei e protege os direitos absolutos da integridade físico-psíquica e da liberdade de vontade”. Os réus recorrem, então, para o Supremo Tribunal de Justiça, alegando que entre a não prestação de informação sobre os riscos inerentes à cirurgia e os danos que a autora sofreu, provocados por circunstâncias anormais ou anómalas, não se verifica um nexo de causalidade adequada. Confrontado com a questão, o STJ entendeu que, de facto, o réu médico estava obrigado, por lei e pelo contrato, a informar a autora do risco de lesão do nervo lingual e das implicações de um eventual, e que tal dever foi violado. A lesão veio efetivamente a verificar-se. O coletivo de juízes sublinhou, ainda, que a cirurgia não foi realizada em situação de urgência, tendo sido agendada com tempo suficiente para a autora ponderar as vantagens e os riscos da extração. Posto isto, embora não se possa afirmar que, naturalisticamente, a falta de informação tenha provocado a lesão do nervo lingual direito e demais danos, e mesmo não se tendo demonstrado que, se conhecesse o risco que a intervenção implicava, a autora não teria consentido na sua realização, o STJ entende que é possível responsabilizar os autores. Repare-se que, de acordo com o entendimento do coletivo de juízes, se se tivesse conseguido provar que, munida da informação completa, a autora não se tinha submetido à intervenção,

poder-se-ia ter estabelecido uma “cadeia naturalística de causas”, podendo-se afirmar a causalidade. Não se tendo conseguido realizar tal prova, o STJ entendeu que a perspectiva jurídica que se afigura correta é “a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências; perda de oportunidade que, em si mesma, é um dano causado pela falta de informação devida, em abstrato suscetível de ser indemnizado, e cuja proteção tem como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (...). No seu conteúdo inclui-se, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que agressões à sua integridade física consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (...)”. Mais continua o acórdão, referindo que, “nesta perspectiva, está ostensivamente demonstrado o concreto nexo de causalidade naturalístico (...); e preenchido o requisito da causalidade adequada (...)”. O Supremo Tribunal de Justiça autonomiza, a este propósito, o dano da perda de oportunidade para efeitos indemnizatórios.

O acórdão de 2 de novembro de 2017, do STJ, evidencia de forma clara as dificuldades que as doutrinas tradicionais da causalidade — assentes numa relação de causa-efeito — enfrentam, quando lidam com casos que se desviam da linearidade clássica. Na verdade, independentemente da prova (ou da falta dela) do comportamento alternativo da vítima caso possuísse toda a informação necessária, o que se mostra com a hipótese *sub iudice* é que a sequência causal naturalística que se pretende estabelecer falha. Dito de outro modo, como podemos concluir que é normal e adequado que de uma omissão de esclarecimento resulte uma lesão (grave) na integridade física que é uma decorrência natural da situação clínica do paciente? Tal só é viável se assumirmos que o comportamento humano é determinístico e, portanto, típico perante estímulos da mesma natureza, o que é contrariado pela própria realidade. À mesma conclusão se pode, aliás, chegar pela consideração do famoso *caso do rim*, decidido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em 30 de Junho de 1987². Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo a sua mãe atuado como doadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida

² O caso surge no *Juristenzeitung* de 1988, 150

ao lesado direto, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena, uma vez mais, a problemática do estabelecimento do nexos de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexos existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mais se considerou se tal ato voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorretamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexos de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável. Mas, verdadeiramente, não se pode estabelecer aqui uma relação causa-efeito em termos naturalísticos. E, em rigor, a causalidade adequada assenta, ainda, nesse critério naturalístico. De facto, não é pensável que de um erro médico no corpo de um paciente resulte um dano na saúde ou na integridade física de outro sujeito. Logo, se quisermos fazer intermediar o juízo probabilístico com a consideração do comportamento da mãe, teremos de partir do pressuposto que o comportamento humano é sempre orientado no mesmo sentido a partir de um dado estímulo, contrariando a ideia de não determinabilidade que caracteriza o agir humano. A causalidade adequada não nos serve num caso como este. Como não serve no caso decidido em 2017 pelo STJ. E são exatamente as dificuldades que aqui se denotam que justificam a mobilização da figura do dano da perda de chance ou perda de oportunidade. Este não surge, neste contexto, como um dano autónomo, contra aquele que foi o entendimento do coletivo de juízes, mas como uma forma de contornar dificuldades em matéria de causalidade. Até porque o problema não está só na probabilidade (ou não probabilidade) de um comportamento daquele tipo gerar uma lesão daquele género, mas ainda na prova da *conditio sine qua non*.

III. As teorias tradicionais em matéria de causalidade: crítica

Ao contrário daquele que foi o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, não está em causa a lesão da oportunidade ou da chance como um bem jurídico em si mesmo, mas a lesão de direitos de personalidade da vítima. A chamada à colação da nova categoria de danos serve um propósito exclusivo: contornar as dificuldades em matéria causal.

Haveremos, por isso, de assumir comprometidamente o problema da causalidade.

Para tanto, importa começar por olhar para as teorias tradicionais³, criticando-as.

1. *A conditio sine qua non*

No que respeita à *conditio sine qua non*, teremos de concluir que, ao fazer apelo a uma lógica determinística, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num *dever-ser*. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade⁴. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos

³ Omitimos, propositadamente, a teoria do escopo da norma violada. Para uma crítica a esta perspetiva, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, cap. II.

⁴ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 22-23; Pereira COELHO, “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 189 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Almedina, Coimbra, 2001, 884-885; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, 761-762; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1^o vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2^o, 2005, 379; Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 101; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 547 e *Direito das Obrigações*, I, AAFDUL, Lisboa, 2001, 334; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 498; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 404 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 35; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rappor-

opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna impensável um critério assente na pura conexão causal⁵. Do mesmo passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática dos conceitos de causalidade cumulativa e alternativa.

2. *Causalidade adequada*

Já no que respeita à doutrina da causalidade adequada, mesmo numa visão normativa de adequação, as inconcludências a que a teoria aporta o jurista não são de pequena monta⁶. Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta será diferente, de tal modo que se pode concluir que ela já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato — porque se perde a necessária relevância do caso concreto — ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria

to di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, nº5, 1995, 488; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, 16th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, London, 2002, 212 e 213, adiantando que a *conditio sine qua non*, identificada ao nível da *Common Law* com o *but-for test*, não serve para restringir a responsabilidade, sendo, amiúde, visto como um primeiro filtro no sentido da eliminação das condições irrelevantes.

⁵ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 885; Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 80; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 67 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 359 e n.760.

⁶ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que — consoante afirmam certos autores — a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)⁷. Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam — e bem — para estabelecer o nexo de causalidade? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido? A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir, como no caso que acompanhamos. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

IV. A superação da causalidade pela imputação objetiva

Se nenhuma das teorias tradicionalmente pensadas para resolver o problema causal (e pressupostas pelo Supremo Tribunal de Justiça no

⁷ Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; Günther BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442

caso em apreço) se mostra apta a oferecer uma resposta satisfatória, resta uma questão: como estabelecer a conexão que se impõe entre o comportamento do lesante e o dano?

Estamos em crer que a apurada solução da questão passa por uma mudança de perspectiva. Tal mutação radica em dois pontos fundamentais. Vejamos.

1. *A diferenciação entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade*

Se, tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado, embora os autores acabassem por evidenciar — de forma mais ou menos clara — que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização⁸, hoje, fruto da boa influência de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, de uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido⁹; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais

⁸ Entre nós, abordando unitariamente o problema, Pereira COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, 113 a 115. Tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expendida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil — cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, 1959, 5 a 301, 7.

⁹ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspectiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

(segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico, onde os autores distinguem a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*¹⁰ e acaba por ser conexa com cisões estabelecidas no quadro

¹⁰ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; Hennig Löwe, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; Cees Van DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WÄNIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtsmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverkehrsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkurs-*

de outros ordenamentos jurídicos. A nitidez da cisão pode esbater-se em face de determinadas formas de desvelação da ilicitude, mas afigura-se tanto mais imprescindível quanto mais vincada seja a predicação daquela ilicitude no resultado¹¹.

recht, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) — Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; Hein Kötz/ Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26

¹¹ Entre nós, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo* 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na conceção de causalidade, 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*, Princípiã, 2013; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípiã, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017; Mafalda Miranda BARBOSA, “*Haftungsbegründende kausalität e haftungsausfüllende kausalität* Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, nº10, 2017, 14-36.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, 429-430; Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; Pitta e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 65 s.; Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade*

A distinção afigura-se particularmente importante em sede de responsabilidade médica. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade por violação do consentimento informado, de que o acórdão dá conta. A, médico, viola o dever de esclarecimento em relação ao paciente, omitindo os possíveis efeitos de uma cirurgia, recomendada, mas não imprescindível. Poderá ser responsabilizado por que danos? Se em causa estiver a lesão da integridade física do paciente, ainda que não haja violação das *leges artis*, para além da regra que impõe o dever de informação, o problema diz respeito à fundamentação da responsabilidade, podendo-se considerar, de acordo com o modelo que propomos, que o médico chamou a si uma esfera de risco/responsabilidade pela qual terá de responder. Se em causa não estiver qualquer lesão da integridade física, mas o paciente entender que quer ser compensado, por exemplo, pela perda de rendimentos durante o tempo de recuperação de uma cirurgia que não era imprescindível, então a questão diz respeito ao preenchimento da responsabilidade, a convocar outros critérios de resolução, quais sejam os que se ligam à análise do âmbito de proteção que é desenhado pelo conteúdo do direito subjetivo lesado.

2. *A compreensão da causalidade como nexa de imputação*

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico¹². Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabi-

e imputação na responsabilidade civil ambiental, Almedina, Coimbra, 2007, 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico].

¹² Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

lidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista.

A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. Note-se que a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular.

Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por idoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da

problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos — indiferenciadamente — estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contu-

do, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico — mormente o pensamento jurídico transfronteiriço — tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido, bem como outros critérios objetivos de imputação, tais como o *critério da autoridade* ou do *défice informacional*.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda

na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro — independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais — torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso¹³.

3. Consequências do entendimento proposto

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa,

¹³ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. XVIII.

dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade.

Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível. No mais, sempre que se enfrentem problemas atinentes à causalidade cumulativa, designadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos. É que, embora não seja possível provar em relação aos vários comportamentos a condicionalidade *sine qua non*, eles permitem a edificação de diversas esferas de risco que chamam para si a imputação objetiva e, na presença de mais do que um responsável, aplicam-se, nos termos do artigo 497º CC, as regras da solidariedade¹⁴.

Uma última nota para explicitar que, resolvido o problema imputacional desta forma, a ligação aos danos subsequentes haverá de basear-se, numa lógica de preenchimento da responsabilidade, em critérios diversos. Para tanto, o que se torna fundamental é a análise do conteúdo do próprio direito subjetivo, sem necessidade de considerar a adequação a que outrora abríamos as portas.

V. O regresso ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017

Conforme constatámos anteriormente, a omissão de informação não se mostra, em si mesma, apta a gerar a lesão. Se perguntarmos “é normal e provável que da omissão de informação deste tipo resulte um dano do tipo de que ocorreu?”, a resposta será negativa. O nexos causal apenas pode ser estabelecido com a intermediação do comportamento da vítima. A questão teria de ser, então, “é normal e provável que da omissão de

¹⁴ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, cap. X.

informação deste tipo surja um comportamento do tipo do que o lesado assumiu, o qual por sua vez se mostra adequado à produção da lesão?”. Simplesmente, a interposição do elo intermédio de uma cadeia causal naturalística suscita dois tipos de problemas: em primeiro lugar, leva pressuposta a ideia de que o comportamento humano é determinístico podendo captar-se de acordo com sequências probabilísticas; em segundo lugar, ao partir de uma indagação condicional de tipo naturalístico mostra-se irrealista, dado que da omissão (um nada em termos fácticos) não é possível resultar algo. O que se teria de indagar, na verdade, seria se, diante do esclarecimento do médico, o paciente teria adotado um comportamento diverso, encaminhando-nos, afinal, para um juízo de tipo contrafactual que não se distingue, em rigor, de uma ideia de condicionalidade *sine qua non*. E com isto enredamo-nos, afinal, numa questão diabólica, cuja prova seria dificílima de obter.

Ficciona-se, assim, a oportunidade como um bem jurídico em si mesmo e valora-se a sua perda como uma lesão apta a gerar responsabilidade civil. Não nos parece, contudo, que se possa chamar à colação a figura. Se, em geral, são várias as dúvidas que a sua autonomização nos concita, em particular, torna-se inequívoco tratar-se de um expediente facilitador da conexão causal¹⁵. E, em rigor, a adequada compreensão do problema

¹⁵ Entre nós, Rute Teixeira Pedro, olhando para as situações de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, com vista ao consentimento informado, sustenta que “o que está em causa não é a perda de chance, mas a frustração do exercício de uma escolha esclarecida”, considerando, por isso, duvidosa a aplicação da figura a estas constelações — cf. *A responsabilidade civil do médico*, 314 e Cf., também, a distinção proposta por PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992, 34 s (defendendo diferentes soluções consoante o acto médico tenha natureza imprescindível ou não) e, entre nós, acolhida por Sinde Monteiro e Maria Manuel Veloso (*in Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001, 173 s., em especial 178 s.). V., ainda, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, 278, distinguindo as violações graves e leves do dever de informação por parte do médico.

Também Stéphanie PORCHY, “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, *Recueil Dalloz*, année 1998, 379 s., evidencia que a omissão do clínico nunca pode ser tida como causa do dano corporal. Acresce que persistirá sempre uma incerteza, já que nunca se poderá dizer com absoluta certeza qual

causal torna improcedente a solução, dado que o que está em causa não é a lesão de um bem jurídico forjado *ad hoc*, mas de um direito de personalidade do sujeito, não fazendo sentido que o lesado se veja forçado a uma indemnização diminuída.

Como pode, então, encontrar-se uma solução materialmente adequada e normativamente justa?

Violadas as *leges artis*, no que diz respeito ao dever de esclarecimento, o médico-lesante assume uma esfera de risco/responsabilidade, sendo responsável por todos os danos que se pudessem vir a verificar, isto é, que seriam evitados com o cumprimento do dever. Ou seja, teríamos de indagar qual a finalidade da imposição da obrigação de informação em questão. Se tinha como objetivo garantir que o paciente decidisse livremente acerca da submissão ou não à cirurgia, então isso significa que o clínico irá responder por todos os danos decorrentes dessa mesma intervenção. No segundo patamar de inquirição, podemos dizer que o risco que corria naturalmente pelo lesado é avocado pelo médico, de acordo com um critério de autoridade e de défice informacional. Nessa medida, a esfera de risco do lesado é assimilada pela esfera de responsabilidade do lesante¹⁶.

teria sido a opção do paciente diante das informações completas fornecidas pelo especialista [a este propósito, questiona-se nos Estados Unidos se se deve privilegiar uma posição subjetiva — considera-se que há nexos de causalidade se o doente provar que, se ele tivesse toda a informação, não teria consentido na intervenção; ou uma posição objetiva — que nos manda olhar não para o que aquele doente teria feito, mas para o que um paciente razoável teria ou não permitido. À mesma discussão se assiste na Alemanha a propósito da prova do comportamento lícito alternativo em casos de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, ou seja, problematiza-se se o padrão de valoração, que nos indica se o paciente, portador de toda a informação, teria ou não recusado a intervenção, se deve basear na razoabilidade do não consentimento ou nas idiosincrasias daquele doente em concreto. Segundo EISNER — *apud* André Dias PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexos de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*, p. 28 — exige-se que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado o tratamento, que a intervenção fosse medicamente indicada no sentido de conduzir a uma melhoria do estado de saúde, e que a recusa do paciente não teria sido irrazoável, embora se olhe para o doente concreto.]

¹⁶ Em sentido inverso, cf. *Chester v. Afshar* (2004) UKH L 41, (2005) 1 AC 134,

A consideração da lesão do direito à autodeterminação sobre o pró-

in Essential Cases on Natural Causation: 1 (Digest of European Tort Law), Springer-Verlag KG, 2007, 225. O caso aí decidido relata-se em breves palavras: A sofria de severas dores nas costas. O médico, neurocirurgião, recomendou a remoção cirúrgica de três discos intravertebrais, mas não informou adequadamente A do pequeno risco — na ordem de 1 ou 2% — de sérios danos neurológicos. A cirurgia teve lugar e o risco materializou-se, passando A a sofrer de uma paralisia permanente parcial. Apesar de não ter sido negligente durante a operação, o médico violou negligentemente o dever de informar o paciente acerca dos riscos que a cirurgia envolvia. Causou, assim, a lesão porque A não teria consentido na operação, tendo antes procurado outros pareceres. O Tribunal considerou que o *but-for test* estaria cumprido, mas não os outros requisitos da causalidade, já que o risco a que A ficou submetido com a violação do dever de informação não era superior àquele a que, de todo o modo, estaria sujeito. Há, no entanto, que ter em conta a diferença entre as diversas situações, designadamente há que ponderar as circunstâncias consoante a cirurgia fosse ou não inevitável. Em comentário à decisão, K. Oliphant diz-nos que “não deve importar saber se num cenário hipotético alternativo os danos teriam ou não ocorrido”, pelo menos do prisma do estabelecimento da responsabilidade. A *House of Lords* terá considerado que o comportamento do médico não incrementou os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Segundo o autor, o fundamento de tal solução encontrar-se-á numa ideia de escopo do dever violado — o dever do cirurgião era o de informar o paciente dos riscos conhecidos do tratamento e adotar as medidas de cuidado na realização dele, mas não tinha o dever de salvaguardar o lesado de riscos inevitáveis associados ao procedimento que o lesado teria levado a cabo mais tarde.

Repare-se que a solução não colhe unanimidade. Não raras são as tentativas de resolver o problema de modo a arbitrar uma indemnização que atenda à globalidade do dano corporal sofrido. *Vide*, entre nós, novamente, André Dias PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, 2004, 73, considerando que o consentimento importa a transferência dos riscos para o lesado titular do direito, no que concerne ao ato médico levado a cabo sem violação das *leges artis*, pelo que, havendo omissão no tocante ao dever de informar, a distribuição daquele operaria de forma diversa, e p. 487, nota 132 (onde foca a questão da perda de chance). Para outras considerações, cf., do autor, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexo de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*.

Stéphanie PORCHY, “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, 384, falando da doutrina da aceitação dos riscos, que não atenderia à causalidade, mas à natureza da *faute*, e teria sido aplicada pelo *Tribunal de Grande Instance de Bordeaux du 3 mars 1965*, e afirmando que a mesma, sendo uma construção habilidosa, acaba por levantar problemas de difícil resolução. Pese embora o consentimento implique a aceitação dos riscos e não a aceitação do dano, fazendo com que o médico

prio corpo só faria sentido se nos posicionássemos do ponto de vista do preenchimento da responsabilidade, isto é, se quiséssemos determinar em que medida certos danos consequenciais poderiam ser reconduzidos à lesão daquele.

Em qualquer dos casos, seria necessário que a intervenção não fosse imprescindível. De outro modo, na perspectiva do preenchimento da responsabilidade, ela falharia, desde logo porque inexistiria violação do direito em concreto; na perspectiva da fundamentação da responsabilidade, deixaria de ser possível considerar que a esfera de risco do lesante absorve a esfera de risco do lesado.

não fique desonerado das suas obrigações técnicas, torna-se muito difícil justificar a proposta, uma vez que “o não respeito por uma obrigação ética implicaria uma alteração na qualificação da obrigação técnica médica”. Não cremos, contudo, que a argumentação da autora proceda, porquanto em causa não esteja nenhuma obrigação ética, mas uma verdadeira obrigação legal, embora com alicerce axiológico inegável.

PRESCRIÇÃO NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA*

Resumo: Em coerência com a pressuposição de que a responsabilidade civil deve representar-se como um continuum e que os conceitos de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual devem representar-se como conceitos abertos ou tipos, o texto subsequente sugere que o art. 498.º do Código Civil deve aplicar-se, como regra, aos casos responsabilidade médica.

Palavras-Chave: Responsabilidade médica; Responsabilidade contratual; Responsabilidade extracontratual; Prescrição

Abstract: In keeping with the assumption that civil liability is to be taken as a continuum and that the concepts of contractual and non-contractual, tortious liability are to be thought of as open concepts or types, the following essay suggests that Article 498 of the Portuguese Civil Code should apply, as a rule, to cases of medical liability.

Keywords: Medical liability; Contractual liability; Non-contractual, tortious liability; Prescription

* Supremo Tribunal de Justiça · Escola de Direito da Universidade do Minho · Centro de Direito Biomédico · orcid.org/0000-0001-8037-0690
E-mail: nuno.manuel.pinto.oliveira@gmail.com

O presente texto deve começar pelo reconhecimento de uma dívida; de uma dívida científica e intelectual. Os artigos do Doutor Sinde Monteiro sobre a responsabilidade civil dos médicos¹ são só uma parte, só uma pequena parte, da sua contribuição para que a nossa perspectiva sobre todo o direito da responsabilidade civil seja uma perspectiva actual, renovada: com a sua obra, começámos a compreender o sistema de responsabilidade civil a partir do princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários² e a reconhecer, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, uma terceira pista ou a uma terceira via do direito da responsabilidade civil³; começámos a repensar o sistema da responsabilidade

¹ Cf. Jorge de Figueiredo Dias / Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332 — Janeiro de 1984, págs. 21-79; Jorge de Figueiredo Dias / Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de lege ferenda”, in: *Scientia Juridica*, vol. 33 (1984), págs. 100-107; Jorge de Figueiredo Dias / Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Medical Responsibility in Portugal”, in: Erwin Deutsch / H.-L. Schreiber (coord.), *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer, Berlin / Heidelberg / New York, 1985, págs. 513-554; Jorge Sinde Monteiro, “Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica”, in: *Direito da saúde e bioética*, Lex, Lisboa, 1991, págs. 134-152; Jorge Ferreira Sinde Monteiro / André Dias Pereira, “Landesbericht Portugal”, in: Jochen Taupitz (coord.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, Berlin / Heidelberg / New York, 2000, págs. 819-865; ou Jorge Ferreira Sinde Monteiro / Maria Manuel Veloso Gomes, “Country Report — Portugal”, in: Michael Faure / Helmut Koziol (coord), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Springer, Wien / New York, 2001, págs. 172-187.

² Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 187-222; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II — 2005, págs. 349-390; ou Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade civil. Da ilicitude”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III — *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 453-481.

³ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 508-537; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., págs. 349-352; ou Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Culpa in contrahendo”, in: *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 42 — Novembro / Dezembro de 2003, págs. 5-14.

*extracontratual pela violação de direitos subjectivos absolutos, admitindo os direitos-quadro (Rahmenrechte), como o direito geral de personalidade*⁴, e os deveres no tráfico ou deveres de segurança no tráfico⁵; começámos a repensar o sistema de responsabilidade extracontratual pela violação do direito objectivo — e, dentro do direito objectivo, pela violação de disposições legais de protecção⁶; ficámos convencidos, ainda mais convencidos, de que devia aproveitar-se a cláusula de responsabilidade civil ínsita no princípio da proibição do abuso do direito⁷.

Se nem todas as páginas que se seguem citam os seus livros e os seus artigos, a verdade é que nenhuma, praticamente nenhuma, poderia ter sido escrita sem a sua obra.

1. O direito civil português contrapõe dois tipos fundamentais de responsabilidade civil, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual — e, como não estabeleça um regime *especial* para a responsabilidade civil dos médicos, o prazo de prescrição deverá procurar-se no *regime geral* de cada um dos dois tipos. A responsabilidade contratual aponta para um prazo mais longo — para um prazo de vinte anos⁸ — e a responsabilidade extracontratual, para um prazo mais curto, muito mais curto — para um prazo de três anos⁹. Os regimes de cada um dos tipos fundamentais de responsabilidade civil sugerem que os termos da alternativa são dois, e só dois:

— Ou bem que a responsabilidade civil dos médicos é uma responsabilidade contratual e se aplica o prazo mais longo de vinte anos. — Ou

⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 223-237.

⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 300-330.

⁶ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 237-300 e, sobretudo, “Responsabilidade civil. Da ilicitude”, cit., *passim*.

⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 535-582.

⁸ Cf. art. 309.º do Código Civil.

⁹ Cf. art. 498.º, aplicável à responsabilidade objectiva por remissão do art. 499.º do Código Civil.

bem que a responsabilidade civil dos médicos é uma responsabilidade extracontratual e se aplica o prazo (muito) mais curto de três anos.

Os dois termos da alternativa têm em todo o caso algo em comum: a *pressuposição* de que a responsabilidade civil dos médicos deva coordenar-se a um dos conceitos — ao conceito de responsabilidade contratual ou ao conceito de responsabilidade extracontratual — e de que a coordenação da responsabilidade civil dos médicos a um dos conceitos deva determinar a subordinação a um dos regimes, ao regime dos arts. 483.º ss. ou ao regime dos arts. 798.º ss..

Embora seja só uma pressuposição, e as pressuposições não sejam quase nunca ponderadas ou reponderadas, pode pôr-se em dúvida que as duas responsabilidades estejam separadas; que a responsabilidade civil dos médicos deva ser sempre coordenada aos conceitos de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual, ou que a coordenação da responsabilidade civil dos médicos a um dos conceitos deva determinar a subordinação a um dos regimes.

2. A *pressuposição* de que as responsabilidades estejam separadas é de alguma forma superada por um fenómeno mais antigo — pelo concurso de responsabilidade — e por três fenómenos mais recentes — pela aplicação à responsabilidade contratual de disposições localizadas nos arts. 483.º ss. do Código Civil, pela aplicação à responsabilidade extracontratual de disposições localizadas nos arts. 798.º ss. do Código Civil e pelo reconhecimento de que, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, há responsabilidades intermédias.

À responsabilidade *contratual* deverá aplicar-se, directa ou indirectamente (por analogia), o art. 496.º do Código Civil; à responsabilidade *extracontratual* — e, dentro da responsabilidade extracontratual, à responsabilidade por *violação de disposições legais de protecção* — deverá aplicar-se, directa ou indirectamente (por analogia), o art. 799.º, n.º 1, do Código Civil ¹⁰.

¹⁰ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 612; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º do Código Civil”, in: *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*, Associação Jurídica de Braga/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, págs. 521-544 (543-544 — nota

Entre as responsabilidades intermédias estará, p. ex., a *responsabilidade pela violação de deveres acessórios de conduta compreendidos na relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação*¹¹ — de que é exemplo a *responsabilidade pré-contratual*.

O reconhecimento de que há disposições dos arts. 483.º ss. que se aplicam à *responsabilidade contratual*, de que há disposições dos arts. 798.º ss. que se aplicam à *responsabilidade extracontratual* e de que há *responsabilidades intermédias* sugere que a *responsabilidade contratual* e a *responsabilidade extracontratual* representam conjuntos heterogêneos de casos, com algumas *parecenças* ou *semelhanças* entre si. As *parecenças* ou *semelhanças* entre os casos de responsabilidade contratual podem resultar de o bem protegido ser o *património*, de o interesse protegido ser o interesse (positivo) no cumprimento, — na alteração, *para mais*, do património do lesado, — ou de entre lesante e lesado estar uma *ligação especial*. As *parecenças* ou *semelhanças* entre os casos de responsabilidade extracontratual podem resultar de os bens protegidos serem a *pessoa* ou a *propriedade*, de o interesse protegido ser o interesse (negativo) na integridade — na não alteração, *para menos*, da pessoa ou da propriedade do lesado, — ou de entre lesante e lesado não estar nenhuma *ligação especial*. — Carlo Castronovo diz, de forma impressiva, que a responsabilidade extracontratual é a responsabilidade daquele que passa; daquele

n.º 61); Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, cit., pág. 365; Adelaide Menezes Leitão, *Normas de protecção e danos patrimoniais primários* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007, pág. 650; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “O ónus da prova da culpa no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, vol. 11 (2014), págs. 94-106; ou Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores — entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 161-173.

¹¹ João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., págs. 579-589 e 615-621; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 507 ss.; Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, separata do vol. XXXVIII do *Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1994, págs. 92 ss. e 259 ss.; Manuel Carneiro da Frada, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? — O problema da imputação a terceiros dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, págs. 27 ss.; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Os deveres acessórios 50 anos depois”, in: *Revista de direito civil*, ano 2.º (2017) — n.º 2, págs. 239-256.

que se encontra com o lesado para lhe causar um dano e que, depois de lhe causar um dano, continua o seu caminho¹². — Em lugar de conceitos fechados, *responsabilidade contratual* e *responsabilidade extracontratual* são conceitos abertos ou tipos, “sem fronteiras fixas”¹³, e as *parecenças* ou *semelhanças* entre casos de responsabilidade, contratual e extracontratual, formam uma “rede complicada de parecenças que se cruzam e sobrepõem umas às outras”¹⁴.

Wittgenstein compara as *parecenças* entre os casos compreendidos em determinado conceito aberto, ou em determinado tipo, a *parecenças* ou *semelhanças de família*,

“porque as diversas parecenças entre os membros de uma família, constituição, traços faciais, cor dos olhos, andar, temperamento, etc., etc., sobrepõem-se e cruzam-se da mesma maneira”¹⁵.

Explorando a comparação entre as *semelhanças* que ligam os dois conjuntos de casos de responsabilidade civil e as *semelhanças de família*, dir-se-ia que a razão por que chamamos *responsabilidade contratual* a um caso de responsabilidade está em que tem um parentesco directo com muitas coisas a que até agora se chamou *responsabilidade contratual* e que a razão por que chamamos *responsabilidade extracontratual* a outro caso de responsabilidade estará em que tem um parentesco directo com muitas outras coisas a que chamamos *responsabilidade extracontratual*, “e com isso... entra[] num parentesco indirecto com outras a que damos o mesmo *nome*”¹⁶

¹² Carlo Castronovo, “L’obbligo senza prestazione ai confini tra contratto e torto”, in: *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, págs. 147-240 (180).

¹³ Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, parágrafo 68 [in: *Tratado lógico-filosófico, Investigações filosóficas* (títulos originais: *Tractatus logico-philosophicus* e *Philosophical Investigations*), 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015, págs. 229-230].

¹⁴ Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, parágrafo 66 [in: *Tratado lógico-filosófico, Investigações filosóficas*, cit., pág. 228].

¹⁵ Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, parágrafo 67 [in: *Tratado lógico-filosófico, Investigações filosóficas*, cit., págs. 228-229].

¹⁶ Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, parágrafo 67 [in: *Tratado lógico-filosófico, Investigações filosóficas*, cit., pág. 229].

3. Em consonância com a representação dos conceitos de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual como conceitos abertos, “sem fronteiras fixas”, diz-se de quando em quando que os dois tipos fundamentais de responsabilidade civil são só *dois elos*, os dois elos extremos, *de uma cadeia de elos intermédios*¹⁷, ou que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são só *dois pontos extremos de uma linha*¹⁸.

Os princípios subjacentes ao tratamento diferenciado do contrato e do ilícito só procederiam irrestritamente para os *elos finais*, para os casos compreendidos dentro de *um núcleo central*, e não procederiam ou, em todo o caso, não procederiam sem restrição sensível para os *elos intermédios*¹⁹.

Entre os *elos intermédios* encontrar-se-á a responsabilidade pré-contratual, a responsabilidade pós-contratual ou a responsabilidade profissional dos médicos — como as responsabilidades pré-contratual ou pós-contratual, sobretudo por violação de deveres acessórios de protecção, a responsabilidade profissional dos médicos tem *parecenças* ou *semelhanças* com a responsabilidade extracontratual e com a responsabilidade contratual. Em primeiro lugar, tem semelhanças com a responsabilidade extracontratual, por pressupor uma *lesão* do bem jurídico *pessoa*. Em segundo lugar, tem semelhanças com a responsabilidade contratual, por pressupor que a *lesão* do bem jurídico *pessoa* se constitua no contexto de uma *ligação especial* entre o lesante e o lesado.

Se o *interesse* atingido ou perturbado é um *interesse negativo* ou um *interesse positivo*, se é um interesse *negativo* em que a vida e a saúde não se alterem, *para menos*, ou um *interesse positivo* em que a vida e a saúde da pessoa se alterem, *para mais*, é algo que dependerá das circunstâncias.

Em tema de responsabilidade pela violação dos deveres compreendidos na relação pré-contratual deve haver e há algum consenso em que o

¹⁷ Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek, Wien, 2012, pág. 93.

¹⁸ Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Tópicos sobre a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual”, in: *Estudos em comemoração dos vinte anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 513-526.

¹⁹ Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., págs. 93-94.

intérprete não está obrigado a aplicar *em bloco* as regras da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual ou (sequer) “a aplicar sempre as mesmas regras, podendo ter em conta a especificidade dos casos”²⁰. Em tema de responsabilidade profissional pela violação de deveres compreendidos nas relações análogas — ou seja, pela violação de deveres compreendidos nas relações obrigacionais sem deveres primários de prestação —, deve haver um consenso semelhante: a responsabilidade pré-contratual — ou seja, a responsabilidade pela violação de deveres compreendidos na *relação pré-contratual* — deve representar-se como um *ponto de referência* para a responsabilidade pela violação de deveres compreendidos nas *relações obrigacionais sem deveres primários de prestação*²¹.

O raciocínio não é, e não deve ser, *afectado* ou *perturbado* pelo *fenómeno* do concurso de responsabilidades — pelo debate entre as teorias do *não cúmulo*²² e as *teorias do cúmulo* ou, dentro das *teorias do cúmulo*, pelo debate entre os sistemas da *opção*, da *acção dupla* ou da *acção híbrida*²³. Em primeiro lugar, ainda que o problema do concurso de respon-

²⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 510.

²¹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 510-511.

²² Em favor das quais se pronuncia Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2006, 541-553; ou Mário Júlio de Almeida Costa, “O concurso da responsabilidade civil contratual e extracontratual”, in: *Ab uno ad omnes — 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 555-565.

²³ Em favor da qual se pronunciam Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, cit., *passim*; Adriano Vaz Serra, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 (1959) 115-241, especialmente nas págs. 230-241; Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, págs. 209-214; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 132.º (1999-2000), págs. 90-96, especialmente na pág. 96; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, págs. 221-232; Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Rudimentos da responsabilidade civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II — 2005, págs. 349-390 (352-353); André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pág. 753; Fernando Ferreira Pinto, “O concurso entre a responsabilidade contratual e

sabilidades seja apreciado a partir do quadro (mais antigo) do concurso de pretensões ou quadro (mais recente) do concurso de fundamentos da pretensão²⁴, sempre deverá resolver-se a partir da uma *avaliação*, de uma *ponderação* ou de uma *valoração*. O intérprete deveria averiguar se a protecção proporcionada pela responsabilidade extracontratual é, ou não, “um nível mínimo de protecção, abaixo do qual as pretensões contratuais de indemnização não podem ficar”; se a responsabilidade contratual contém uma disciplina adicional ou suplementar, que completa — sem limitar — a protecção proporcionada pela responsabilidade extracontratual; ou se a responsabilidade contratual contém uma disciplina total, que limita a protecção proporcionada pela responsabilidade extracontratual, como *lex specialis*. Em segundo lugar, desde que o problema do concurso de responsabilidades seja apreciado a partir dos quadros do fundamento *único* de uma pretensão indemnizatória, deverá substituir-se a *alternativa* ou *opção* por uma *combinação* conforme aos princípios e aos valores.

Koziol, p. ex., propõe o abandono das antigas construções do concurso de pretensões, ou do concurso de fundamentos da pretensão, em favor de que o lesado tenha uma única pretensão, e de que a sua pretensão tenha um único fundamento: “... o ponto de partida é o de que as regras para a responsabilidade contratual e para a responsabilidade extracontratual são as duas extremidades, os dois elos extremos, de uma cadeia que se apoia sobre a proximidade das relações entre o lesante e o lesado”²⁵. Em relação a cada um dos elos intermédios, como a responsabilidade profissional dos médicos, deve estabelecer-se um *princípio compreensivo* ou uma *regra compreensiva*, sustentada sobre uma *avaliação*, sobre uma *ponderação* ou sobre uma *valoração*, “com referência a uma das áreas ou a uma combinação dos princípios da área da responsabilidade contratual e da área da responsabilidade extracontratual”²⁶. “Se não há concorrência entre distin-

a responsabilidade extracontratual”, in: *Revista de direito comercial*. Liber amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, 2020, págs. 1945-2017

²⁴ Sobre a distinção entre os dois conceitos, *vide* por todos Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

²⁵ Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 103.

²⁶ Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 103.

tas normas, a única questão decisiva é encontrar a adequada combinação²⁷ — a pergunta sobre o prazo de prescrição da responsabilidade civil dos médicos é, sobretudo, uma pergunta pela adequada *combinação* dos regimes da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual.

4. O alcance art. 498.º do Código Civil é, e sempre foi, controvertido. O primeiro pólo da controvérsia prende-se com a qualificação do direito sujeito a prescrição trienal; o segundo, com a aplicação do art. 498.º à responsabilidade contratual; e o terceiro, com a interpretação do art. 498.º — o prazo de prescrição deverá começar a contar-se da data em que o lesado adquire conhecimento do direito à indemnização ou da data em que, confrontado com a recusa do lesante, o lesado adquire conhecimento de que o direito à indemnização deverá ser actuado ou exercido *judicialmente*²⁸?

I. — A controvérsia em torno da qualificação do direito de indemnização sujeito à prescrição trienal tem como pólos a tese de que é ainda um *direito potestativo* e a tese de que é já um *direito subjectivo propriamente dito* e, dentro dos direitos propriamente ditos, um *direito de crédito*.

a) A qualificação do direito sujeito à prescrição de três anos como um *direito potestativo*, dependenderia de que se contrapusesse a *situação global de responsabilidade* e, dentro da *situação global*, um *direito potestativo* e um *direito de crédito*, com o correlativo *dever de prestar*²⁹.

Encontrando-se preenchidos os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, deveria distinguir-se o *direito potestativo* de constituir uma relação obrigacional e os dois elementos da relação obrigacional constituída com a actuação ou com o exercício do direito potestativo, o *direito de crédito* e o *dever de prestar*. Menezes Cordeiro fala, sem hesitar, de um direito, do direito potestativo de “invocar uma situação de respon-

²⁷ Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 105.

²⁸ Como preconiza Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil e prescrição”, in: *Revista de direito da responsabilidade*, ano 1 (2019), págs. 761-781.

²⁹ Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 756.

sabilidade civil”³⁰; Pedro de Albuquerque hesita entre falar de um direito e falar de um expectativa — diz, em todo o caso, que “a situação jurídica daquele a quem violaram um direito ou um simples interesse e que, em virtude dessa ofensa, sofre um ou mais prejuízos... é configurável tanto dinâmica como evolutivamente”:

“Num primeiro momento, ao menos lógico, resume-se a mera expectativa, baseada no prejuízo sofrido pelo lesado e na capacidade deste, por disposição da lei, de exercer o poder de reclamar a reparação dos danos e de, pelo exercício desse poder, se tornar titular de um autêntico direito de crédito à reparação dos danos ocorridos na sua esfera. Num segundo momento, implica a transformação daquela possibilidade num direito de crédito”³¹.

O efeito da actuação do direito potestativo seria a constituição de uma *relação obrigacional*, em que o lesado é titular de um direito de crédito e o lesante, do correlativo dever de prestar — a *situação global de responsabilidade* prescreveria no prazo longo de vinte anos do art. 498.º, n.º 1, segunda parte; o direito potestativo prescreveria no prazo curto de três anos do art. 498.º, n.º 1, primeira parte, e o direito de crédito prescreveria num prazo longo de vinte anos do art. 309.º³².

b) O texto da lei, do art. 498.º, n.º 1, do Código Civil, é, como quase sempre, inconclusivo.

O termo *direito de indemnização* é compatível com a qualificação como *direito potestativo* ou como *direito subjectivo propriamente dito* — e, dentro dos direitos subjectivos propriamente ditos, como *direito de crédito*. O problema está em que o texto do art. 498.º, n.º 1, deve articular-se, designadamente, com o texto do art. 805.º, n.ºs 2 e 3. Ora, o art. 805.º,

³⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, cit., pág. 756.

³¹ Pedro de Albuquerque, “A aplicação do prazo prescricional do n.º 1 do art. 498.º do Código Civil à responsabilidade civil contratual”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49 (1989), págs. 795-832 (813).

³² Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, cit., pág. 756: “... a obrigação de indemnizar prescreve no prazo de 20 anos após a sua constituição (art. 309.º)”.

n.º 2, alínea b), diz que há mora do devedor, independentemente de interpelação, se a *obrigação provier de facto ilícito* e o n.º 3 diz que, desde que o *crédito seja ilíquido*, há mora do devedor *desde a data da citação*. Os termos em que está redigido o art. 805.º harmonizam-se mais facilmente com a tese de que o lesado é titular de um *direito subjectivo propriamente dito*. O n.º 2 fala de uma *obrigação* — e, ainda que a obrigação de que fala o n.º 2 pudesse ser a obrigação constituída pelo exercício do direito potestativo, seria difícil de explicar que o lesante ficasse constituído em mora antes de ser devedor.

O direito de crédito do lesado prescreveria desde que se completasse um de dois prazos — o prazo curto de três anos a contar do conhecimento do direito de indemnização ou o prazo longo de vinte anos a contar do *facto danoso*, ainda que com desconhecimento do direito.

Comparadas as razões em favor da qualificação como um *direito potestativo* e como um *direito subjectivo propriamente dito*, parece-nos que será mais prudente aceitar a doutrina e a jurisprudência maioritárias e considerar que o direito de indemnização é um direito de crédito, sujeito a dois prazos de prescrição — àquele que estabelece a primeira parte do art. 498.º, n.º 1, e àquele que estabelece o art. 309.º, para que remete a segunda parte do art. 498.º, n.º 1.

O primeiro, aquele que estabelece a primeira parte do art. 498.º, n.º 1, corresponde a um sistema subjectivo; depende do conhecimento do direito do lesado; o segundo, aquele que estabelece a segunda parte do art. 498.º, n.º 1, corresponde a um sistema objectivo; não depende do conhecimento do direito do lesado³³; conta-se a partir da data do *facto danoso*³⁴.

³³ Sobre a distinção entre prazos objectivos e prazos subjectivos, ou entre sistemas objectivos e sistemas subjectivos, *vide* por todos Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

³⁴ Cf. Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao art. 498.º, in: *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º-761.º*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 503-505; Ana Prata, anotação ao art. 498.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º-1250.º*, Livraria Almedina, Coimbra 2017, págs. 651-653; ou Gabriela Páris Fernandes, anotação ao art. 498.º, in: Luís Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Código Civil anotado*, vol. II

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 2005³⁵ pronunciou-se no sentido de que *todos os prazos de prescrição seriam prazos subjectivos*. “[O] fundamento específico da prescrição é a negligência do titular do direito em exercitá-lo durante o período legalmente estabelecido”, logo, “[n]inguém pode exercer um direito que não conhece ter, que não sabe que lhe assiste. Se o desconhece e o prazo se escoou não se pode verdadeiramente falar de inércia (há apenas decurso dum lapso de tempo) e, menos ainda, de negligência”.

O raciocínio causa-nos contudo algumas dúvidas — Vaz Serra, no seu artigo sobre caducidade e prescrição³⁶, concebia o prazo ordinário de prescrição como um prazo objectivo, e a concepção de Vaz Serra dá-nos a impressão de estar consagrada no art. 309.º do Código Civil.

Interpretar o prazo ordinário de prescrição do art. 309.º como um prazo subjectivo determinaria em todo o caso que os arts. 482.º e 498.º se tornassem ininteligíveis, ou quase ininteligíveis — se o prazo geral, ordinário, do art. 309.º e os prazos especiais dos arts. 482.º e 498.º devessem contar-se desde a mesma data, do conhecimento do direito, qual seria o sentido da fórmula “sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso”?

II. — Estudada a controvérsia em torno da qualificação do direito sujeito ao prazo de prescrição de três anos, deve estudar-se a controvérsia em torno da aplicação do art. 498.º, n.º 1, a toda a responsabilidade, seja contratual ou extracontratual, ou só à responsabilidade extracontratual.

Pedro de Albuquerque apresenta a aplicação do prazo de prescrição de três anos a toda a responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade contratual, como o corolário mais ou menos lógico da *autonomia* do dever de indemnização em face do dever de prestação e da *unidade* de toda a responsabilidade civil, contratual e extracontratual³⁷; simplesmente,

— *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, págs. 370-382.

³⁵ Proferido no processo n.º 05A3169 e relatado pelo Conselheiro Lopes Pinto.

³⁶ Adriano Vaz Serra, *Prescrição extintiva e caducidade. Estudo de direito civil, de direito comparado e de política legislativa*, Lisboa, 1961.

³⁷ Concordando com Pedro de Albuquerque, *vide*, p. ex., Pedro Múrias, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade

a *autonomia* e a *unidade* de toda a responsabilidade civil, contratual e extracontratual, são discutidas e discutíveis.

A *autonomia* do dever de indemnização é uma autonomia *relativa*³⁸ e a *unidade de concepção* ou *de natureza* de toda a responsabilidade civil é compatível com uma *dualidade de regimes*³⁹.

Entre os corolários da *dualidade de regimes* estará a diferença de *prazos de prescrição* — à responsabilidade contratual tenderá a aplicar-se só o prazo geral, ordinário, mais longo, de vinte anos e à responsabilidade extracontratual o prazo especial, mais curto, de três anos —, e a diferença de prazos de prescrição deixar-se-á explicar por três razões: pela dicotomia entre a *actuação do dever* e o *dano da violação do dever*; pela dicotomia entre a *prova documental* e a *prova testemunhal*; e pela finalidade de *prevenção* e pela *repressão* do facto ilícito.

A responsabilidade contratual destinar-se-ia (ainda) a actuar ou a tutelar o *interesse positivo no cumprimento*, na actuação do dever, e a responsabilidade extracontratual destina-se (já) a tutelar o *interesse negativo na integridade*, na compensação do dano da violação do dever.

Os factos constitutivos da responsabilidade contratual tendem a confundir-se com os factos constitutivos do dever infringido ou violado — p. ex, do facto da conclusão de um contrato, com um determinado conteúdo —; daí que a prova dos factos constitutivos da responsabilidade contratual se faça, em regra, através de documentos. Os factos constitutivos da responsabilidade extracontratual não se confundem nunca com os factos constitutivos do dever violado; daí que a prova dos factos constitutivos da responsabilidade extracontratual se faça, em regra, através da *testemunhas* (do facto, da ilicitude, da culpa, do dano...) ⁴⁰. Ora

civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII (1996), págs. 171-217 (184-185);

³⁸ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 549-562.

³⁹ Expressão de E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, págs. 209-211.

⁴⁰ Cf. designadamente João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., pág. 625: “A prova dos factos que interessam á definição da responsabilidade (*an debeat* e *quantum debeat*), em regra feita através de testemunhas, torna-se extremamente difícil e bastante precária a partir de um certo período de tempo

a prova testemunhal é, e é sempre, uma *prova precária*, por ser precária a *memória* das testemunhas — decorrido um determinado período de tempo, a prova dos factos constitutivos da responsabilidade extracontratual tornar-se-ia, tenderia a tornar-se, uma prova difícil, impossível ou quase-impossível, e os resultados da prova testemunhal tornar-se-iam, tenderiam a tornar-se, incertos⁴¹. — Entre as funções da responsabilidade extracontratual está uma função preventiva ou repressivo-sancionatória, e a função preventiva ou repressivo-sancionatória da responsabilidade ficaria frustrada desde que entre o facto ilícito e a sua sanção decorresse um período longo (demasiado longo)⁴².

III. — Finalmente, dir-se-á uma palavra, só uma palavra, sobre a contagem do prazo de prescrição.

O texto do art. 498.º diz que o prazo de prescrição deverá começar a contar-se da data do conhecimento do direito. Pedro Pais de Vasconcelos propôs, porém, uma interpretação correctiva do texto do art. 498.º. O prazo deveria começar a correr da data em que o lesante recusasse a indemnização, e deveria começar a correr da data em que o lesante a recusasse porque

“... não se pode, não se deve, propor a acção de condenação no pagamento da indemnização contra quem não recusar a responsabilidade. Se, na contestação, o réu aceitar o pedido e o confessar, não tendo dado causa à acção, o autor é condenado em custas. A formulação da pretensão processual (secundária), na acção judicial, pressupõe, pois, a prévia formulação da pretensão extra-processual (primária) e a sua rejeição pela pessoa nela visada”⁴³.

sobre a data dos acontecimentos e, por isso, convém apressar o julgamento das situações geradoras de dano ressarcível”.

⁴¹ Cf. designadamente António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa.. Responsabilidade civil*, cit., pág. 756: “... perante um dano que dê aso a um dever de indemnizar, a lei pretende uma solução rápida. A inércia é prejudicial, enquanto as delongas vão dificultar a reconstituição dos elementos que rodeiem e expliquem o facto danoso”.

⁴² António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa.. Responsabilidade civil*, cit., pág. 756: “... [as] dimensões [preventivas e retributivas da responsabilidade civil] perder-se-iam caso operassem com um grande afastamento temporal em relação aos factos”.

⁴³ Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil e prescrição”, cit., pág. 780.

A interpretação correctiva permitiria, ou deveria permitir, “o deslizamento do *dies ad quem* em função do deslizamento do *dies a quo*”, dentro dos limites do art. 309.º, aplicável por remissão do art. 498.º, n.º 1, segunda parte⁴⁴. O problema está em que a interpretação correctiva é incompatível com o texto do art. 498.º, n.º 1, primeira parte: “O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, *embora com desconhecimento da pessoa do responsável...*”. Interpretado correctivamente o art. 498.º, n.º 1, ficaria sem sentido a concessiva “... embora com desconhecimento da pessoa do responsável...”.

Pedro Pais de Vasconcelos responde que, ainda que o critério preconizado não seja exactamente o que está na letra da lei, “o Direito é muito mais que a letra da lei”⁴⁵.

Sem dúvida que sim — simplesmente, a interpretação correctiva do texto do art. 498.º, n.º 1, por si preconizada está distante, tão distante, do texto que fica próxima de uma interpretação ab-rogante ou revogatória, e a interpretação revogatória deve reservar-se para casos excepcionais.

5. O ponto está em que cada uma das três razões deduzidas para explicar a diferença entre os *prazos de prescrição* da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual depõe no sentido de que o prazo curto, de três anos, do art. 498.º, n.º 1, deva aplicar-se à responsabilidade civil dos médicos — em regra, a responsabilidade civil dos médicos destina-se a tutelar o *interesse negativo na integridade*, e do interesse negativo na integridade da *pessoa do paciente*; em regra, a prova dos factos constitutivos da responsabilidade civil dos médicos faz-se através de perícias e de testemunhas; entre as funções da responsabilidade civil está a função preventiva e repressivo-sancionatória de um *facto ilícito*, imputável ao *dolo* ou à *negligência* de um médico.

O facto de entre lesante e lesado existir um contrato não significa que toda a responsabilidade do lesante tenha de ser contratual — como se dizia, designadamente, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado

⁴⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil e prescrição”, cit., pág. 781.

⁴⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil e prescrição”, cit., pág. 781.

de 13 de Dezembro de 2001 ⁴⁶, “não significa que todo e qualquer dano que tenha tido lugar [por] ocasião do [cumprimento] deva ter solução jurídica com base nas normas da responsabilidade contratual” ⁴⁷. Em especial, o facto de entre o médico e o paciente existir um contrato de prestação de serviço não significa que toda a responsabilidade do médico tenha de ser contratual, ou que todas as questões da responsabilidade do médico devam ter uma solução jurídica com base nas normas da responsabilidade contratual — p. ex., nas normas sobre a prescrição.

Em abstracto, poderia pôr-se a hipótese de distinguir os dois pólos da responsabilidade médica, a responsabilidade por defeito do consentimento e a responsabilidade por defeito do tratamento ⁴⁸.

A prova dos factos constitutivos da responsabilidade por defeito do consentimento faz-se em parte através de documentos; como, p. ex., de formulários assinados pelo paciente ⁴⁹; poderia, por isso, pensar-se em aplicar o prazo de prescrição de vinte anos à responsabilidade médica por defeito de consentimento e o prazo de prescrição de três anos à responsabilidade médica por defeito de tratamento, *e só à responsabilidade médica por defeito de tratamento*.

Em concreto, a diferença *de facto* entre as duas responsabilidades, por defeito do consentimento e por defeito do tratamento, deverá considerar-se insuficiente para explicar ou para justificar uma diferença *de direito* — a responsabilidade por defeito do consentimento e a responsabilidade

⁴⁶ Proferido no processo n.º 01A4040 e relatado pelo Conselheiro Fernandes Magalhães.

⁴⁷ Sobre o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2001, *vide*, p. ex., Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, in: *Scientia Juridica*, n.º 297, Setembro-Dezembro de 2003, págs. 495-523; ou Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das obrigações*, vol. I — *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 54-55.

⁴⁸ Expressões de Roberto Pucella, “L’illeceità dell’atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso”, in: Stefano Rodotà / Paolo Zatti (coord.), *Trattato di biodiritto*, vol. IV — *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 185-228.

⁴⁹ Sobre os formulários para a declaração de consentimento, *vide* por todos André Gonçalves Dias Pereira, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 534-549; ou André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 535-546.

por defeito do tratamento estão ligadas entre si e, ainda que estivessem desligadas, sempre a prova dos factos constitutivos da responsabilidade médica por defeito do consentimento se faria, em parte, através de perícias e de testemunhas; através de perícias, por que se prove que o risco concretizado era um risco que o médico conhecia, ou devia conhecer; ou através de testemunhas, por que se prove, p. ex., que o médico cumpriu os deveres de comunicação, de esclarecimento ou de informação dos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro ⁵⁰.

Independentemente de estar em causa um *defeito do consentimento* ou um *defeito do tratamento*, as *razões justificativas* do prazo especial de prescrição de três anos do art. 498.º, n.º 1, do Código Civil procedem, ou devem proceder, para *toda* a responsabilidade civil dos médicos.

O raciocínio só poderá ser *reforçado* pela relação de *semelhança* entre a responsabilidade civil dos médicos e a *terceira pista* ou *terceira via* do direito de responsabilidade civil.

O fenómeno da responsabilidade civil dos médicos aproxima-se *globalmente* do fenómeno da responsabilidade pela violação de *deveres acessórios de conduta* e, dentro dos deveres acessórios de conduta, de *deveres de protecção*; ainda que não se aproximasse *globalmente* do fenómeno da responsabilidade pela violação de deveres acessórios, sempre deveria admitir-se que a responsabilidade civil dos médicos decorresse *particularizadamente* da violação de deveres de *protecção*:

“... o dano [causado pela violação dos deveres legais ou contratuais dos médicos] é ou resulta de uma violação do dever de protecção [...], não há a medi-lo uma prévia prestação concreta e determinada, [...] tudo redundando numa ofensa que só tem a caracterizá-la (e a distingui-la do regime extracontratual) a particular ligação intersubjectiva” ⁵¹.

⁵⁰ Sobre o recurso ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, como *parâmetro* de controlo dos formulários, *vide* André Gonçalo Dias Pereira, “Formulários para prestação do consentimento: uma proposta para o seu controlo jurídico”, in: *Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], vol. LXXVI (2000), págs. 433-472; *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., págs. 540-549; ou André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., págs. 539-540.

⁵¹ Jorge Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, págs. 115-195 (185).

Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Outubro de 2015 ⁵², de 28 de Janeiro de 2017 ⁵³, de 23 de Março de 2017 ⁵⁴, de 2 de Novembro de 2017 ⁵⁵, de 22 de Março de 2018 ⁵⁶ ou de 15 de Dezembro de 2020 ⁵⁷ dizem-no a propósito de casos exemplares — como sejam a responsabilidade pela lesão do nervo ciático, em consequência de uma cirurgia, pela lesão do nervo lingual, em consequência de uma extracção de um dente do siso, pela paralisia, em consequência de uma anestesia, ou pela perfuração do intestino, em consequência de uma colonoscopia.

O art. 227.º, n.º 2, do Código Civil, deve aplicar-se directamente à violação de deveres de protecção contidos na relação pré-contratual ⁵⁸ — e deve aplicar-se indirectamente, por analogia ou por extensão teleológica, à responsabilidade pela violação de *todos* os deveres de protecção ⁵⁹.

Face à *semelhança* entre a responsabilidade civil dos médicos e a *terceira via* do direito da responsabilidade civil, deverá aplicar-se sempre um só prazo de prescrição:

⁵² Proferido no processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1 e relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

⁵³ Proferido no processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

⁵⁴ Proferido no processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

⁵⁵ Proferido no processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1 e relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza.

⁵⁶ Proferido no processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

⁵⁷ Proferido no processo n.º 765/16.8TAVR.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Ricardo Costa.

⁵⁸ Sobre o art. 227.º, n.º 2, do Código Civil, *vide*, por todos, António Menezes Cordeiro, anotação ao art. 227.º, in: *Código Civil comentado*. I — *Parte geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 2020, págs. 662-674 (671).

⁵⁹ Sobre a continuidade entre os regimes aplicáveis aos deveres pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais de protecção, *vide*, por todos, Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze — Verkehrspflichten — Schutzpflichten”, in: Claus-Wilhelm Canaris / Uwe Diederichsen (coord.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1983, págs. 27-110 = *Claus-Wilhelm Canaris. Gesammelte Schriften*, vol. III — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin / New York, 2012, págs. 945-1024.

“[n]ão há... justificação para sujeitar ao prazo de prescrição ordinário de 20 anos a dedução do pedido indemnizatório baseado na violação destes deveres, já que estes visam, tal como o direito delitual, a protecção so *status quo* pessoal e patrimonial das partes, não estando portanto em jogo o interesse de cumprimento do contrato”⁶⁰.

O art. 498.º, n. 1, do Código Civil é comumente considerado como “capaz de servir, com justiça, a segurança jurídica”⁶¹, em termos tais que se preconiza que seja convertido em prazo geral, ordinário, de prescrição⁶²: combinando-se algumas das disposições localizadas nos arts. 483.º ss., como, p, ex., o art. 498.º, e algumas das disposições localizadas nos arts. 798.º ss., estar-se-á tão-só a atender às *particularidades* do *problema* da responsabilidade civil dos médicos para procurar as soluções mais adequadas e mais justas, dentro de todo o *sistema* da responsabilidade civil.

⁶⁰ Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pág. 218.

⁶¹ Expressão de António Menezes Cordeiro, anotação ao art. 227.º, in: *Código Civil comentado*. I — *Parte geral*, cit., pág. 671.

⁶² António Menezes Cordeiro, anotação ao art. 227.º, in: *Código Civil comentado*. I — *Parte geral*, cit., pág. 671: “Este tipo de prescrição foi generalizado pela reforma do BGB de 2001/2002. É de esperar que, com o tempo, se adopte igual solução, entre nós”.

2.^a PARTE
COMPENSAÇÃO DO DANO E ATOS EM SAÚDE

FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS Y SALUD MENTAL

EUGENIO LLAMAS POMBO*

Sumario: 1. La prevención del daño, misión irrenunciable del Derecho de daños. 2. Concepto y configuración atípica y autónoma de la tutela inhibitoria. 3. Requisitos de la tutela inhibitoria. 4. La nueva consideración jurídica del enfermo mental. 5. Salud mental, prevención y reparación del daño. 5.1. Daños sufridos por el propio paciente. 5.2. Daños sufridos por terceros

Palabras clave: centros psiquiátricos; prevención del daño; responsabilidad del psiquiatra; salud mental; tutela inhibitoria del daño

1. La prevención del daño, misión irrenunciable del Derecho de daños

Desde hace algunos años venimos defendiendo una posición que resulta bien conocida¹. Es indiscutible que siguen existiendo graves escollos

* Catedrático de Derecho Civil · Universidad de Salamanca

para seguir llamando “responsabilidad” a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo.

Sin embargo, son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo. Y además, no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho privado en general, y al civil en especial. Constataciones ambas que, unidas al desplazamiento hacia la protección de las víctimas de daños que en las últimas décadas ha conocido la responsabilidad civil, han llevado a una abundante y rigurosa doctrina a predicar para dicha institución una función preventiva del daño; y no ya como mero efecto inducido o secundario de la misma, sino como finalidad directa y primaria.

En efecto, nada obliga a traducir el principio *alterum non laedere* en la regla “el que daña repara”. Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar *también* el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “No dañar” supone, obviamente, “reparar el daño causado”; pero sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan. De manera que el moderno Derecho de daños que, como disciplina autónoma se encuentra indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas:

- a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria.
- b) a responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria.

¹ Nuestra tesis sobre la prevención del daño viene expuesta fundamentalmente en LLAMAS POMBO, E., “La tutela civil inhibitoria. La otra cara del Derecho de daños”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Argentina), Año IV, nº 4, Julio 2002, págs. 7 y ss.; en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 7, págs. 6 y ss.; y en *Libro Homenaje al Prof. Dr.D. Luis Díez-Picazo Ponce de León*, Cívitas, Madrid, 2004. Y en “Prevención y reparación. Las dos caras del Derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007. Más recientemente, en *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Dicha tutela inhibitoria, como es bien sabido, no es nada nuevo en nuestra tradición jurídica, al menos en determinados supuestos típicos (interdictos, acción negatoria, abuso del derecho, etc.). Sin embargo, es preciso reconstruirla en un tratamiento unitario, para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general.

En efecto, el daño, como “menoscabo que a consecuencia de un acacimamiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”², es algo esencialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del “prevenir” sobre el “curar”. Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito³, escribía TRIMARCHI hace algún tiempo: “La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan”⁴. Con toda la razón se ha afirmado que “bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad”⁵.

² LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1958, pág. 193.

³ Aunque no es el objeto de este trabajo, es bien conocido el esfuerzo que, desde mediados de la década de 1960, ha realizado la doctrina italiana para distinguir entre *ilícito* (conducta antijurídica) y *daño*, hecho histórico, material, que puede ser eventual consecuencia del ilícito o derivar de otras causas distintas. *Vid.*, por todos, MÒCCIOLA, “Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pág. 367; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, págs. 1 y ss. y 116 y ss.

⁴ TRIMARCHI, voz “Illecito”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106. La traducción es mía.

⁵ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, pág. 10. En la pág. 107 continúan: “...la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a *esperar y ver* cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido”. Por lo demás, tal finalidad preventiva ya fue reclamada por DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della*

No es superfluo recordar, sin embargo, que tal función preventiva poco o nada tiene que ver con la punición y, por ello, el Derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo que, obviamente, sí queda fuera de su ámbito de actuación. De manera extensa e irrefutable han demostrado ya SALVADOR-CASTIÑEIRA que “prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir... mandan castigar a quien las incumple”⁶. En efecto, el establecimiento forzoso de medidas conducentes a la evitación de un daño amenazante, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas, no tiene absolutamente nada que ver con la punición o el castigo. O, al menos, no más que la condena a la obligación de indemnizar un daño ya causado.

Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente⁷ desde el punto de vista económico⁸. Todo lo que sea “no invertir lo suficiente en prevenir” acaba resultando más costoso a la larga⁹.

Pero, cuidado, todo lo que sea prevenir conductas a base de una actuación *ex post facto*, como es la indemnización, no deja de resultar un tortuoso camino para la prevención. ¿Hasta qué punto puede hablarse de “prevención general” cuando la *amenaza* indemnizatoria no se me-

responsabilità civile, Milano, 1979, pág. 572; y TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, págs. 133 y ss.

⁶ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit., passim*. El texto transcrito es de la pág. 10, y se desarrolla y argumenta especialmente en sus págs. 107, 110 y 113-115.

⁷ *Vid.* PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

⁸ Con su peculiar agudeza lo expresa Díez-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (*Derecho de Daños*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 48).

⁹ El tema se explica y desarrolla extensamente en SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 98 y ss.; y en Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, págs. 212 y ss., con amplias citas de ATTYAH.

sura en función de la conducta dañadora, sino de la entidad del daño? Si de lo que se trata es de prevenir verdaderamente, ¿no será mejor hacerlo *antes de producirse* ninguna suerte de daño, que esperar a que éste se produzca para operar a través del mecanismo indemnizatorio? ¿No es preferible prevenir directamente, prohibiendo o inhibiendo las conductas dañadoras que hacerlo de manera indirecta amenazando con la indemnización? Es decir, como venimos defendiendo hace años, el camino resarcitorio no es precisamente la forma más eficaz de prevenir la causación de daños.

Por eso, lo que venimos proponiendo¹⁰ es admitir, dentro del moderno Derecho de daños, junto a la función resarcitoria, propia y genuina del instrumento de la responsabilidad civil, un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño. Y esa vía no puede ser otra que la llamada *tutela civil inhibitoria* aplicada al daño. Camino, por tanto, distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina finalidad reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños, el cual viene a asentarse así sobre dos pilares: 1º) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. 2º) La responsabilidad por el

¹⁰ La idea, obviamente, no me pertenece, pues ya ha sido insinuada por voces mucho más autorizadas. Algo parecido a lo que aquí propongo ha sido ya apuntado también en nuestro país por R. DE ANGEL YAGÜEZ, en términos que vale la pena transcribir: “En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, *clásico* de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión *Derecho de daños*... Si se desgaja del fenómeno de los *daños*, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras” (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, cit.*), págs. 230-231.

daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria¹¹. El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como “el que causa un daño debe repararlo” sino también como “el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”¹². Propugnamos, así, una reconstrucción de esa tutela civil inhibitoria, para permitir su actuación atípica frente a cualquier tipo de daño amenazante, y no sólo frente a determinado supuestos típicos previstos en las leyes¹³; y también para conferirle una entidad sustantiva, y no reducida a un mero instrumento procesal.

2. Concepto y configuración atípica y autónoma de la tutela inhibitoria

A partir de las anteriores bases, podemos definir la inhibitoria como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.

Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona

¹¹ Aunque exento de los graves problemas que atenazan a la doctrina italiana en torno al concepto de “ilícito” y antijuricidad, el esquema es similar al planteado por PIETROBON: “In sostanza, l’illecito sarebbe sempre el medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell’azione inhibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l’obbligo di risarcimento” (*op. cit.*, pág. 7).

¹² Si bien se mira, de los tres pilares que sustentaban la convivencia romana (y, en realidad, también la contemporánea), la responsabilidad civil deriva más del “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*) que del “no causar daño a otro” (*alterum non laedere*), que viene a justificar más bien esta tutela inhibitoria.

¹³ Sobre atipicidad de la tutela civil inhibitoria y, como veremos, en otros muchos aspectos de la misma, es clave la obra de RAPISARDA, *Profili della tutela civile inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987. *Vid.* págs. 96 y ss.

desista de un determinado comportamiento, o lo modifique¹⁴. Y ello de manera atípica, sin necesidad de acudir a ninguno de los instrumentos legalmente tipificados, a menudo dirigidos sólo a proteger la posesión o la propiedad, mediante un proceso de generalización basado en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico¹⁵. Y a través de una figura unitaria, configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados.

3. Requisitos de la tutela civil inhibitoria

Es muy importante dejar bien claro que los requisitos o presupuestos de la tutela inhibitoria son absolutamente distintos de la tutela resarcitoria. Para empezar, como quiera que la inhibitoria no se dirige a la reparación del daño (o sea, la designación de quién y por qué ha de soportar las consecuencias del daño), sino a impedir la generación, continuación, agravamiento o repetición del daño, no es preciso plantearse los problemas de imputabilidad que desde siempre han rodeado a la responsabilidad civil¹⁶. Y naturalmente, no es preciso que se haya producido un daño efectivo, pues su irrogación es precisamente lo que se trata de evitar con la tutela inhibitoria. Sin embargo, sí son imprescindibles los siguientes elementos:

- a) *Un daño amenazante*, o sea, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso¹⁷. Ello resultará de más fácil demostración cuando ya exista un primer daño irrogado, con probabilidad de agravamiento, repetición o continuación. Pero no necesariamente ha de ser así, y perfectamente podrá probarse también cuando no haya comenzado a producirse daño alguno¹⁸.

¹⁴ BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 429.

¹⁵ RAPISSARDA, *op. cit.*, pág. 78.

¹⁶ MARIONI, L.G., *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, pág. 26.

¹⁷ En efecto, hoy cabe incluir tanto los intereses simples como los difusos. Por todos, NIGRO, M., “Interessi di fatto, interessi semplici, interessi diffusi”, en *Il controllo sociale delle attività private*, Bolonia, 1977, pág. 73; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

¹⁸ Así, BARASSI rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que

- b) *Un comportamiento antijurídico*, en la medida en que sólo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante¹⁹. Antijuricidad que se basa en la injusticia del daño amenazado, y que ha de valorarse de manera sustancial y no meramente formal, de manera que no puede contrarrestarse con una mera autorización administrativa, por ejemplo²⁰.
- c) *Una relación de causalidad* entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”²¹, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.
- d) *Posibilidad material de evitar* la causación del daño²². Por obvio no deja de ser importante: es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicial-

opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (*op.cit.*, pág. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPISARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés, en este caso, bajo el nombre de *quia timet injunctio*. Sobre el particular, puede verse MARIONI, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, pág. 146.

¹⁹ Con claridad lo explica DE CUPIS: “actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro” (*El daño*, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 575).

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “La tutela inhibitoria contra daños”, *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, pág. 4.

²¹ LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.

²² ZAVALA, *loc. cit.*, donde se refiere más bien a “posibilidad material de detener la actividad”.

mente conduciría a la generación del perjuicio. Si el daño ya se causó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo. En similar orden de ideas, también parece razonable excluir la viabilidad de la tutela inhibitoria cuando el cumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) que tiene por objeto comporte gastos económicamente desproporcionados²³. Y no se trata de comparar el valor del daño que se trata de evitar con el de los gastos derivados de las medidas preventivas, como se desprendería de la mera aplicación economista de la fórmula Learned-Hand: nada impide ordenar una inhibitoria basada en medidas de coste superior al de los daños previsibles. Lo procedente es, más bien, valorar esas medidas en relación con la situación económica de la actividad amenazante, o en otras palabras, la viabilidad económica de tal actividad si se adoptasen tales medidas²⁴.

4. La nueva consideración jurídica del enfermo mental

En los últimos años, los problemas que rodean a la salud y la enfermedad mental han dejado de pertenecer exclusivamente a los psiquiatras, para constituir el centro de una verdadera preocupación social. El Derecho y el ordenamiento jurídico no permanecen ajenos a esta realidad, pues tanto el legislador, como la jurisprudencia, como los profesionales y la doctrina van mirando con nuevos ojos a la enfermedad y al enfermo mental. Eso tiene su reflejo más evidente en el cambio de terminología que han experimentado nuestras leyes, que antiguamente hablaban de “locura”, “demencia”, “imbecilidad”, y hoy se refieren a “personas con capacidad mental diferenciada”, “deficiencias psíquicas”, etc.

El punto de partida es, sin duda, un cambio radical en la consideración social y jurídica del enfermo mental. Los avances de la psiquiatría

²³ EGEA FERNÁNDEZ, J., “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coord. ESTEVE PARDO, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 151 y ss..

²⁴ Seguimos aquí la opinión de EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 93.

moderna, a partir de los años 80 del pasado siglo, han llevado a la sociedad y al ordenamiento jurídico a despojarse de numerosos prejuicios que afectaban a la valoración y consideración de la enfermedad mental, de manera que el protagonismo de cualquier actuación, no sólo en el plano estrictamente clínico o psiquiátrico, sino también en el estrictamente jurídico, lo ocupan nuevos principios, como el respeto a la dignidad de la persona, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, también del enfermo mental, y la reducción de los supuestos de tratamiento (y, por supuesto, internamiento) obligatorio.

Así, jurídicamente hay un tránsito del concepto de “peligrosidad” del enfermo mental, que implicaba una legislación preocupada fundamentalmente por su custodia y control, a la asunción de la noción de enfermedad mental, que implica unas medidas basadas en su cuidado y protección. De proteger a la sociedad del enfermo mental a proteger a éste y sus intereses. En España, ello tiene incluso alcance constitucional, pues el artículo 49 CE establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. En consecuencia, en muy pocos años hemos pasado de una situación de marginación de la mujer, del menor y del enfermo mental, a un intento de respetar la dignidad humana por encima de otras consideraciones sociales.

Tenemos un hito fundamental en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York 2006), donde frente al antiguo modelo asistencial, se impone una renovada visión de la discapacidad, que la entiende, y valora, en función de su contraposición con las barreras sociales que la misma encuentra²⁵. Desde esta perspectiva, la discapacidad, y por ende, sus consecuencias jurídicas, será mayor cuanto mayores sean las barreras que impidan su inclusión social, cuanto más sea negada su condición de persona y se haga mayor énfasis en las dificultades que en las habilidades. Y por el contrario, la discapacidad será inferior, se facilitará su concepción como persona, como

²⁵ BARBERO GARCÍA, “Modificación judicial de la capacidad de obrar y cargos tutelares”, en *Acciones Civiles*, dir. E. Llamas Pombo, T. I, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2016.

individuo y ciudadano, cuanto más se consideren sus facultades, cuanto menores sean las barreras, físicas, sociales, de interrelación, que impidan el ejercicio de sus derechos ciudadanos²⁶. En esta nueva visión destaca el valor intrínseco de la persona con discapacidad y la aportación sustancial que esta supone para la sociedad; convierte a la persona en el centro del sistema, y su dignidad, en el principio inspirador de la legislación que le afecte, cuyo objetivo principal debe ser promover su autonomía e integración social. Esta tendencia ha tenido su refrendo tanto en la normativa interna como supranacional. Por su parte, el Consejo de la Unión Europea ya había aprobado la Recomendación 98, de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia, y, la Recomendación 99, de 23 de febrero de 1999, sobre los principios que conciernen la protección jurídica de las personas incapaces que consagra como primero y fundamental el respeto de la dignidad de cada persona.

El modelo de la Convención supone un cambio de enfoque de las políticas sobre discapacidad, al superar definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad y abordarlas desde la defensa y tutela de los derechos humanos. Desde su artículo 1 consagra como propósito promover el respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad. La consecuencia inmediata, y el efecto fundamental, es la aparición del principio de autonomía que presenta dos vertientes: el respeto de la voluntad de la persona protegida; y el ámbito de decisión que se debe reservar a la persona protegida, incluso cuando se haya establecido un sistema de representación, un ámbito de decisión en todo lo relativo a actos de naturaleza personal. El reconocimiento, sin reservas, de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 12.2 de la Convención), deviene esencial, y constituye la condición básica para el ejercicio de cualquier derecho.

Buena prueba de lo que decimos se encuentra España en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) que, con la finalidad de equiparar al enfermo mental con las demás personas que requieren servicios sanitarios y sociales promueve determinadas medidas:

²⁶ RECOVER BALBOA, T., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Directora GARCÍA GARNICA M^a DEL CARMEN, Dykinson, 2014, pág. 20.

a) Potenciación de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, y la hospitalización parcial, con el fin de reducir al máximo posible la necesidad de hospitalización. b) Hospitalización en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. c) Atención integral de los problemas del enfermo mental, a través del desarrollo de servicios de rehabilitación y reinserción social. d) Y prevención primaria y atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general

5. Salud mental, prevención y reparación del daño

Se deben distinguir dos grandes grupos de actos u omisiones imputables al psiquiatra o a las instituciones de salud mental, y de consecuencias dañosas. De una parte, aquellos casos en que el perjudicado por dicho acto u omisión es el propio paciente. Y de otra, aquellos otros en que el daño es soportado por terceras personas, ajenas a la relación médica. Y ello porque muy frecuentemente el personal médicopsiquiátrico o la institución mental se encuentran con una imputación de responsabilidad por no haber impedido que un enfermo mental causase daños a sí mismo o terceras personas. Es decir, existe una indiscutible función preventiva de daños (que pueden sufrir el propio enfermo o terceras personas) en la actividad de los profesionales e instituciones que tienen a su cargo el cuidado de la salud mental.

5.1. Daños sufridos por el propio paciente.

Así, entre los supuestos en que el perjudicado es el mismo paciente, cabe separar aquellos en que existe un comportamiento autolesivo del mismo, de los que, al no darse esa circunstancia, derivan directamente de una conducta culpable de quienes rodean al enfermo.

1º) En cuanto a los perjuicios ocasionados con intervención de la conducta del paciente, la posible responsabilidad del psiquiatra o de la institución sanitaria donde el enfermo se somete a tratamiento, ha generado numerosas e importantes dudas en la doctrina y jurisprudencia. A estos efectos, la cuestión de que la víctima de ese daño sea el mismo paciente (pensemos en las numerosas psicopatías acompañadas de comportamientos suicidas), o un tercero, resulta intrascendente, puesto que el problema de fondo reside en decidir si el médico o la institución de salud mental responden por defecto o falta de vigilancia del enfermo mental.

Para resolver el problema, deben diferenciarse diversas hipótesis, pues no cabe una respuesta general y rotunda. Así, en efecto, es clara la responsabilidad del psiquiatra que no advierte la tendencia suicida o agresiva de un enfermo mental, siempre dentro de las reglas de la *lex artis*, o que, advirtiéndola, no toma las medidas de prevención oportunas. Y entre dichas medidas, además de las puramente terapéuticas, debe encontrarse el procurar una vigilancia de cierta intensidad, a través del personal adecuado, en el caso de enfermos que están sometidos a hospitalización.

Sin embargo, cuando el enfermo no está hospitalizado caso muy frecuente y tiene tendencias suicidas o agresivas, autolesivas, etc., son los familiares quienes le “vigilan” y, a veces, un mínimo descuido siempre perdonable e irresponsable basta para que se produzca la tragedia. El psiquiatra le trata con tales o cuales medicamentos apropiados, pero, al no estar ingresado en un centro, él no responde de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, etc.

De forma análoga, e independiente de cuál sea el régimen de internamiento seguido, lo cierto es que existen hospitales psiquiátricos (más bien, plantas psiquiátricas de los hospitales generales) donde se interna a determinados enfermos mentales, con el fin de efectuar una vigilancia continua de su enfermedad y de las posibles conductas derivadas de la misma, con consecuencias dañosas. Internamiento que puede resultar de carácter forzoso, contando siempre con la necesaria prescripción facultativa, encaminada precisamente a evitar comportamientos o resultados dañosos, y la preceptiva intervención judicial, regulada en nuestras leyes procesales con todas la garantías²⁷.

2º) En cuanto a los daños al paciente **derivados de la actuación de terceros**, en primer lugar, existe la responsabilidad de los parientes o Ministerio Fiscal, que no inician el proceso de modificación judicial de la

²⁷ Para el tema, puede verse CARRASCO GÓMEZ-MAZA MARTÍN, *Tratado de psiquiatría legal y forense*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010, págs. 681 y ss. También, KRAUT, *Responsabilidad profesional de los psiquiatras*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, págs. 173 y ss. Mucho más extenso, del mismo autor, en *Responsabilidad civil de los psiquiatras*, La Rocca, Buenos Aires, 1998, págs. 403 y ss. Y desde una perspectiva mucho más amplia, siempre del mismo autor, *Salud mental. Tutela jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 566 y ss. (capítulo 8, “Los medios coercitivos en el tratamiento de los pacientes mentales y la ley”).

capacidad, y consiguiente establecimiento de la oportuna institución de cuidado y vigilancia, cuando el enfermo mental es incapaz de gobernarse por sí mismo. Existe, por otra parte, responsabilidad de los centros e instituciones de salud mental, por violación de la sentencia de que modifica judicialmente dicha capacidad.

Junto a todo ello, llama la atención la escasa frecuencia en la que encontramos reclamaciones por daños derivados del propio tratamiento psiquiátrico, circunstancia que se puede atribuir a dos factores: primero, a la pluralidad y variedad de escuelas psiquiátricas que impiden determinar con certeza cuál es la *lex artis* en esta especialidad, con lo que resulta difícil realizar ese juicio de comparación con un standard de referencia que constituye la apreciación de una culpa²⁸; y, segundo, la dificultad de demostrar el nexo causal entre la conducta culposa y el daño, cuando éste se produce exclusivamente en la salud psíquica, y el tratamiento no es de carácter somático.

Pero ello no quiere decir que el régimen de responsabilidad por actos médicos de diagnóstico y tratamiento en psiquiatría se aparte de los principios generales²⁹. Sencillamente, existe una dificultad de prueba importante en muchos casos.

Destaca, en esta materia la particular relevancia que cobra el consentimiento informado del paciente, de exigencia inexcusable para determinadas actividades, como el electroshock o aquellas intervenciones que pueden afectar a la personalidad del sujeto. El problema más grave se presenta a la hora de conciliar ese principio general de concurso del consentimiento del paciente en toda actividad médica, con aquellos casos en que la propia enfermedad mental del paciente, que requiere el tratamiento, lleva a éste a rechazarlo. La difícil solución a este problema viene del cumplimiento de una doble exigencia: el respeto, en la mayor medida posible, de la libertad del paciente, y la garantía de la máxima eficacia terapéutica del tratamiento psiquiátrico, que presupone “una alianza terapéutica entre el psiquiatra y el paciente en la cual está implícita

²⁸ Aquí es de utilidad la aplicación de la denominada *school rule*, que explica con minuciosidad KRAUT, A., “¿Existe el daño injusto en psicoterapia? Juristas mirando al psicoterapeuta?”, *Jurisprudencia Argentina*, 5548, 1989, pág. 19

²⁹ Nos ocupamos de ello en LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 400 y ss.

una comprensión y una aceptación por parte del paciente del programa curativo prescrito”³⁰.

Hay culpa médico-psiquiátrica si se usan métodos terapéuticos anacrónicos. Pero ha de demostrarse que el tratamiento se ha desviado de cualquiera de los métodos aprobados por los standards de la profesión en la comunidad.

Caso aparte consituyen las denominadas “terapias no convencionales”, donde es de aplicación la *school rule* que hemos mencionado: puede ser considerada como “reconocida” siempre que se trate de una escuela o doctrina con principios definidos y seguida, al menos, por una minoría respetable de la profesión. Pero eso sí, en tales supuestos la exigencia de consentimiento informado se agrava, pues requiere una información precisa sobre el estado de la ciencia en relación con esa terapia.

Por lo demás, en cuanto a la prevención de los daños evitables³¹, acierta KRAUT cuando prescribe “el tratamiento menos restrictivo: a mayor intrusión, mayor afectación de los derechos humanos del enfermo. Del mismo modo, el tratamiento ambulatorio ha de anteponerse a la internación”³². Y, ciertamente, es necesario estimular la prevención en todas sus facetas: el psiquiatra ha de evaluar la racionalidad del rechazo de una determinada medicación, o establecer si el tratamiento intramuros resulta más adecuado y menos restrictivo para los momentos críticos³³.

5.2. Daños sufridos por terceros.

También en este caso cabe distinguir:

1º) Daños causados por **pacientes internados**: ¿cuándo responde la institución de salud mental por hecho de otro, en virtud de la responsabilidad por hecho ajeno basada (incorrectamente, a nuestro juicio) en

³⁰ KRAUT, *Salud mental...*, *cit.*, pág. 354.

³¹ Desde el punto de vista estrictamente psiquiátrico y extrajurídico, existe una honda preocupación acerca de los instrumentos preventivos: CAPLAN, G., “Psicología orientada a la población: teoría y práctica. Un modelo de prevención primaria de los trastornos psicológicos”, en *Ensayos y conferencias sobre Prevención e Intervención en Salud Mental*, dir. Navarro-Fuertes-Bustamante, Universidad de Salamanca, 1993, págs. 11 y ss.

³² KRAUT, *Responsabilidad civil...*, *cit.*, pág. 493.

³³ *Idem*, pág. 494.

la *culpa in vigilando*? En principio, y siempre que se trate de plantas hospitalarias psiquiátricas, es decir, centros específicamente destinados al internamiento de enfermos mentales, y mientras los mismos subsistan, estimamos que efectivamente tales instituciones han de efectuar tareas de vigilancia y control, para evitar o prevenir las conductas lesivas o autolesivas de los pacientes, y por tanto, deben contar con los medios humanos y materiales adecuados para ello. Por tanto, y si por negligencia en el cumplimiento de ese deber de control, se produce una conducta de las expresadas anteriormente, habrá que apreciar la existencia de una *culpa in vigilando* de la institución o de la persona o personas que, dentro de la misma, tenga encomendadas dichas tareas, quienes deberán por tanto responder de los daños causados; precisamente por no haber adoptado las necesarias medidas de prevención.

No se nos ocultan ciertas consecuencias desfavorables para la propia salud del enfermo mental, derivadas del rigor en la vigilancia que esa responsabilidad conlleva, difícilmente conciliables con las modernas corrientes de pensamiento en materia psiquiátrica, pero mientras existan tales instituciones y plantas de internamiento, debe admitirse su responsabilidad. De hecho, en Italia, con la liberalización del tratamiento psiquiátrico operada en 1978, que recoge dichas ideas, dejó de funcionar en gran medida la responsabilidad del psiquiatra que derivaba del art. 2.047 del C. Civil de aquel país por falta de vigilancia del paciente.

Frente a ello, este menor rigor de los criterios de aplicación de la responsabilidad de psiquiatra e institución, deja a los terceros y al propio paciente expuestos a un mayor margen de riesgo, pues la vigilancia es inferior, y en último caso, no existe ya la cobertura de un responsable civil. En Francia, y más tardíamente en España, donde son fundamentalmente instituciones sanitarias de carácter público las que prestan la asistencia psiquiátrica, dicho problema se ha venido resolviendo mediante la aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria.

2º) Daños causados por **pacientes con tratamiento domiciliario** o ambulatorio, y por ello sometido a la vigilancia familiar. En estos supuestos el psiquiatra le trata con unos u otros medicamentos, pero, al no estar ingresado en un centro, el médico no puede responder de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, falta de medidas oportunas cuando precisare de vigilancia por tendencias violentas, o de advertencia del riesgo de ciertos comportamientos, etc. En este sentido las personas que tuvieran encomendado el cuidado del enfermo van a responder por *culpa in vigilando*, salvo que prueben que actuaron con la diligencia debida para prevenir el daño.

OS CUSTOS DO DESCONHECIDO: A MEDICINA DEFENSIVA COMO RESPOSTA À INTERNALIZAÇÃO DE UMA EXTERNALIDADE

JOÃO PINTO MONTEIRO*

Resumo: Os danos sofridos pelos pacientes e decorrentes da conduta do médico — os danos iatrogénicos — são externalidades negativas, internalizadas por regras da sua imputação aos prestadores dos cuidados, que reagem através de um conjunto de comportamentos destinados a evitar a sua responsabilização — a chamada “medicina defensiva” —, os quais, por seu turno, criam elevados custos para o sistema de saúde, em geral, bem como para os seus principais actores: pacientes, seguradoras e os próprios médicos.

Como forma de resposta à internalização de externalidades, a medicina defensiva parece acabar por ser, ela própria, uma nova externalidade negativa, que prejudica aquele efeito de internalização da externalidade que corresponde aos danos iatrogénicos.

Palavras-chave: Medicina defensiva; Externalidades; Danos iatrogénicos.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Email: joaopm@fd.uc.pt · Ciência ID: F116-2862-82BD

Abstract: Damages incurred by patients stemming from medical intervention — iatrogenic damages — are negative externalities, which are internalized by means of liability rules that allocate them back to the physicians themselves, who then react by adopting a set of behaviors aiming to avoid said liability — usually called “defensive medicine” —, which, in turn, are the source of high costs for the health care system, in general, as well as for its main actors: patients, insurance companies, and doctors themselves.

As a response to the internalization of externalities, defensive medicine appears to be a negative externality itself, which impairs the effect of internalization of the externality that is an iatrogenic injury.

Keywords: Defensive medicine; Externalities; Iatrogenic damages.

1. O Conceito de Externalidade na Análise Económica do Direito

I — A análise económica do Direito — sobre a qual se pronunciou SINDE MONTEIRO, entre nós, ainda no alvor da década de oitenta¹ — é uma metodologia de estudo do sistema jurídico² tributária dos métodos da “*dismal science*”³, mais concretamente da aplicação à ciência jurídica da teoria do preço, a principal faceta da microeconomia.⁴

¹ *Análise Económica do Direito*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. 57, 1981, pp. 247 a 251.

² Que teve como pioneiros RONALD COASE e GUIDO CALABRESI, que publicaria (este último) *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (in “Yale Law Journal”, vol. 70, 1961, pp. 499 ss.) um ano após a publicação do *opus magnum* de RONALD COASE, *The Problem of Social Cost* (in “The Journal of Law and Economics”, vol. 3, Out. 1960, pp. 1 a 44).

³ Nas conhecidas palavras do historiador oitocentista THOMAS CARLYLE, que salpicam o seu trabalho *Occasional Discourse on the Negro Question* (in “Fraser’s Magazine for Town and Country”, vol. 40, Julho a Dez. 1848, pp. 670 a 679), o qual sustentava uma repugnante proposta de reintrodução da escravatura nas Índias Ocidentais com argumentos económicos (a “*dismal science*” económica em contração à “gaia ciência”).

⁴ Cfr. RUSSELL B. KOROBKIN / THOMAS S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in “California Law Review”, vol. 88, n.º 4, Julho 2000, p. 1053. A importância da teoria do preço na microeconomia é comprovada por RONALD COASE: “(...) it is undeniable that micro-

A teoria do preço assenta na ideia de que os recursos escassos devem ser distribuídos em função do valor — preço — que os operadores económicos estão dispostos a pagar por eles. Este valor mostra a medida da preferência⁵ dos operadores económicos por um dado recurso. Pagar um

economics is largely a study of the determination of prices and output, indeed this part of economics is often called price theory“ (Comunicação da Real Academia Sueca para as Ciências, de 15/10/1991).

⁵ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Wealth Maximization Revisited*, in “Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy”, vol. 2, 1985-1987, p. 86 (“(...) *to an economist, [“wealth”] refers to weighting preferences for the things that people want, either by willingness to pay for a thing, if you do not own it, or by unwillingness to part with it voluntarily, if you do own it*”); e SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía. Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 38 (“(...) *la asignación de valores a algunos de los costes y beneficios (ventajas e inconvenientes) tenga siempre algo de arbitrario. Pero ello no equivale a decir que tal asignación sea inviable en todos los casos o en la mayoría de ellos*”).

É certo que as preferências são flutuantes, mas assim são também as disposições e valores dos seres humanos. Sobre esta flutuação, e estudos em seu torno, cfr. ROBERT COOTER, *Treating Yourself Instrumentally: Internalization, Rationality, and the Law*, in Francesco Parisi / Vernon L. Smith (eds.), “The Law and Economics of Irrational Behavior”, Stanford University Press, Stanford, 2005, pp. 95 a 106; e NICHOLAS L. GEORGAKOPOULOS, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 31 e 33 (“(...) *economic analysis seeks to maximize welfare by maximizing tastes. (...) Economic analysis of law is valid despite the influence of the environment on preferences. The notion that circumstances may influence preferences does not mean that preferences are subject to continuous large fluctuations or radical change. (...) Economic analysis rests on the satisfaction of preferences*”).

Sobre a importância do conceito de felicidade, herdeiro do utilitarismo de JEREMY BENTHAM (*The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, Nova Iorque, 1988, cap. 1, §11, 2, 1) — para quem “[*the principle of utility*] is that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question” —, em lugar da ordenação das preferências, cfr. ERIC A. POSNER / CASS R. SUNSTEIN, *Introduction to the Conference on Law and Happiness*, in Eric A. Posner / Cass R. Sunstein (eds.), “Law and Happiness”, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 1 a 4. Cfr., também, o trabalho de RICHARD A. EASTERLIN, *Does Money Buy Happiness?*, in “Public Interest”, vol. 30, 1973, pp. 3 a 10 (demonstrando que a felicidade subjectiva dependeria da riqueza a nível individual, mas já não — para lá de um limiar — a nível global; o PIB dos países ricos não gera-

preço é, portanto, suportar um sacrifício: um valor de que um sujeito está disposto a abrir mão.⁶ E parece justo que quem esteja disposto a suportar o maior sacrifício — pagando o preço mais elevado — seja a mesma pessoa a quem o bem é atribuído.^{7 8} Assim se alcança uma distribuição eficiente

ria um incremento da felicidade dos seus cidadãos). Contra, cfr. BETSEY STEVENSON / JUSTIN WOLFERS, *Economic Growth and Happiness: Reassessing the Easterlin Paradox*, in “Brookings Papers on Economic Activity”, 2008, pp. 1 a 102. Contra, também, em termos gerais — numa crítica à utilidade e felicidade “benthamistas” — cfr. RICHARD A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1983, pp. 60 a 87; e RICHARD A. POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, in “The Journal of Legal Studies”, vol. 8, 1979, pp. 111 a 119.

⁶ Como afirma A. MITCHELL POLINSKY (*An Introduction to Law and Economics*, 3.^a ed., Aspen Publishers, Nova Iorque, 2003, pp. 10 e 11), “(...) individuals themselves determine the dollar values to place on their benefits and costs. This is known as the assumption of consumer sovereignty. It is an acceptable assumption if one believes that individuals generally know what is best for them. (...)”.

⁷ RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., p. 268, nota 1 (“The economic concept of value is based on willingness to give up something of value to others-to pay”).

⁸ Claro que pode não haver aqui qualquer justiça: um operador económico pode estar disposto a pagar um determinado preço pela aquisição de um direito, mas não o poder fazer por carências pecuniárias (ou até por qualquer outro motivo, como, por exemplo, a separação geográfica que lhe veda o acesso ao mercado). Esta disparidade entre disposição (para pagar) potencial e disposição efectiva assenta no facto de os vários operadores económicos terem diferentes capacidades aquisitivas. Cfr., a este propósito, ROBERT COOTER / THOMAS ULEN, *Law & Economics*, 6.^a ed., Addison-Wesley, Boston, 2012, p.13 (“(...) the constraint on choice can usually be expressed mathematically as a “feasibility constraint.” Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint. So, the consumer who goes shopping is said to maximize utility subject to her budget constraint”).

Idealmente, a capacidade aquisitiva de cada operador económico deveria resultar da sua contribuição para o processo de produção, distribuição e redistribuição dos recursos escassos: o salário de um operário siderúrgico decorre da sua participação na produção de materiais indispensáveis a uma panóplia de produtos, para cuja criação outro assalariado trabalha; estes produtos vão ser adquiridos por um médico, que obteve o *quantum* de moeda necessário para o fazer através da prestação de serviços altamente especializados; o paciente deste médico tem capacidade para pagar a consulta em virtude da remuneração mensal que obtém como professor primário; etc.. A capacidade aquisitiva de cada um — a quantidade de moeda à sua disposição — dependeria, idealmente e *grosso modo*, dos esforços e sacrifícios

(enquanto *eficiência distributiva*) dos recursos escassos: a sua atribuição àqueles que mais os valoram.⁹¹⁰

A pertinência destes recursos está no seu aproveitamento, o qual é um meio de satisfação de preferências — *interesses*. A actividade de aproveitamento carrega as utilidades potenciais ínsitas ao recurso em concreto (dependentes das suas notas qualitativas) com vista à satisfação de preferências do sujeito que aproveita.¹¹

(incluindo riscos assumidos) envidados por cada sujeito, tanto no desempenho da sua actividade produtiva, como na sua preparação. Cada um teria a capacidade aquisitiva que mereceria: quem mais se esforçasse e/ou mais arriscasse, com sucesso, seria quem maior capacidade aquisitiva teria e, conseqüentemente, poderia suportar os sacrifícios necessários ao acesso a determinados recursos escassos, que estariam vedados aos indolentes e temerários.

Portanto, a teoria do preço atribuiria os recursos àqueles que mais os merecessem. Estimular-se-ia assim o produto social através do estímulo ao produto individual.

Infelizmente inúmeros factores deturpam este cenário ideal, desde a mera sorte ao “*superstar phenomenon*”: cfr. RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, *cit.*, pp. 15 e 16.

⁹ Cfr. ROBERT COOTER / THOMAS ULEN, *Law & Economics*, *op. cit.*, p. 108 (“*allocative efficiency is achieved by] moving goods from people who value them less to people who value them more*”); e JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*, in “*California Law Review*”, vol. 69, n.º 6, Dez. 1981, p. 1614 (“*The personal satisfaction or benefit that they derive from the assets they hold obviously does change since the parties would not exchange unless each expected to derive more benefit from what he receives. In this sense, the “wealth” of each party increases, and perhaps by different amounts*”).

¹⁰ Como afirma RICHARD POSNER, “[*economics is primarily concerned with how resources are allocated. (...) By a process of voluntary exchange, resources are shifted to those uses in which the value to consumers, as measured by their willingness to pay, is highest. When resources are being used where their value is highest, or, equivalently, when no reallocation would increase their value, we say they’re being employed efficiently*]” (*Economic Analysis of Law*, 9.ª ed., pp. 7 e 12).

¹¹ A conformação concreta destas preferências — que tanto podem corresponder a necessidades basilares de sobrevivência como a meros caprichos — é determinada pelo próprio, e a sua satisfação nem sempre é socialmente útil. Cfr. GARY S. BECKER, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*, in “*Journal of Political Economy*”, vol. 101, n.º 3, Jun. 1993, p. 386 (“*(...) individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic*”); JON ELSTER, *More than Enough*, in “*University of Chicago Law Review*”, vol. 64, n.º 2, 1997, p. 761 (“*the concept of rationality is subjective through and through*”); e STEVEN SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard

É certo que um automóvel dispõe de qualidades que o tornam apto a satisfazer a preferência “transporte célere” do seu proprietário (para além de outras que lhe permitem satisfazer preferências estéticas, sentimentais, ou outras menos usuais). Porém, se este não souber conduzir — ou não o puder fazer porque, por exemplo, não dispõe da licença necessária para o efeito, ou encontra-se fisicamente impossibilitado — nunca satisfará aquela preferência (pelo menos por si próprio) por não realizar a necessária actividade de aproveitamento (condução do veículo) que mobilizaria as utilidades potenciais da coisa (circulando).

Este aproveitamento não precisa de ser voluntário, ou mesmo consciente: casos há em que ele é constante — tal sucede, por exemplo, com o mais precioso dos recursos: a própria vida humana.

Actuar com o intuito de satisfazer interesses é, portanto, um aspecto fundamental da condição humana, a qual se distingue pela liberdade de escolha na determinação destas preferências — pelo menos em muitos dos casos (muitas preferências, instintivas, são irresistíveis¹²) —, em vez da sua predeterminação.¹³

University Press, Cambridge (MA), 2004, p. 596 (“*The utility of a person is an indicator of his well-being, whatever might constitute that well-being. Thus, not only do food, shelter, and all the material and hedonistic pleasures and pains affect utility, but so also does the satisfaction, or lack thereof, of a person’s aesthetic sensibilities, his altruistic and sympathetic feelings for others, his sense of what constitutes fair treatment for himself and for others, and so forth. (...) It is apparent, then, that the idea of utility is of encompassing generality; by definition, utility is advanced by anything that raises a person’s well-being*”).

¹² Por exemplo, algo tão mundano como respirar: embora o ar não seja ainda um recurso escasso no nosso planeta, o acto de respirar é um acto de aproveitamento.

¹³ A medida — e mesmo a existência — desta liberdade, bem como a sua relevância para o Direito (tanto Penal, como Civil) são solo fértil de discussões que, embora milenares na filosofia, tanto ocidental, como oriental, e apesar de terem vindo a permear a Economia já há algum tempo, só há cerca de uma década para cá têm sido discutidas no âmbito jurídico com alguma seriedade. Embora ainda relativamente pouco interessantes à doutrina pátria, obras gerais começaram já a tomar o peso a algumas das potencialmente profundas implicações que as descobertas neurológicas têm para o Direito. Cfr. os importantes trabalhos de GERHARD ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; WOLF SINGER, *Der Beobachter im Gehirn*, 2.^a ed., 2009, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; CHRISTIAN GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der Neuesten Experimente*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004; JOSHUA GREENE / JONATHAN COHEN, *For the Law*,

II — Como o Homem é um ser sociável — tanto pela necessidade inata de conviver, como pela satisfação de múltiplas preferências próprias que essa relação lhe proporciona (segurança, conforto, alimentação, etc.) —, não raro a livre demanda pela satisfação dos interesses de uma pessoa colide com idêntica actividade de outra. Este fenómeno é exacerbado pela escassez de muitos dos recursos aptos à satisfação de preferências.

Haverá em tal caso um conflito entre actividades tendentes à satisfação de preferências, em virtude do qual elas não poderão todas ser satisfeitas na integralidade. Num dado momento ou durante um período de tempo, a satisfação completa de uma das preferências inviabiliza a satisfação total — simultânea ou posterior — da outra, criando assim um custo ou prejuízo a uma ou várias pessoas. Por outras palavras: temos *comportamentos de operadores económicos que os beneficiam em detrimento dos interesses de outros*.¹⁴

Este custo ou prejuízo corresponde a uma *externalidade*¹⁵ *negativa*, podendo resultar, tanto de uma actividade económica de produção (por exemplo, uma fábrica cuja poluição afecta a vizinhança), como de consumo (o pianista amador cujas sonatas nocturnas impedem o vizinho de dormir), e que não é computado por quem a realiza. É nestes termos que o custo é “exterior”: não é tomado em consideração — *porque não tem de o ser* — como um custo próprio por quem o origina. Se este operador económico tivesse

Neuroscience Changes Nothing and Everything, in “Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences”, vol. 359, n.º 1451, 2004, pp. 1775 ss; ADOLF LAUFS, *Der Aktuelle Streit um das Alte Problem der Willensfreiheit. Eine Kritische Bestandsaufnahme aus Juristischer Sicht*, in “Medizinrecht”, vol. 29, n.º 1, pp. 1 a 7; ERNST-JOACHIM LAMPE (ed.), *Willensfreiheit und Rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008; e, entre nós, por exemplo, JOÃO LOBO ANTUNES, *As Neurociências e o Direito*, in Fernando Alves Correia / Jónatas E. M. Machado / João Carlos Loureiro (eds.), “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 85 ss..

¹⁴ Haverá, então, um *benefício no produto individual* e um *prejuízo no produto social*. Para uma definição particularmente concisa destes termos, cfr. RICHARD POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., p. 8): “A social cost diminishes the wealth of society: a private cost rearranges that wealth”.

¹⁵ A expressão “externalidade” e seu desenvolvimento são atribuídos a HENRY SIDGWICK (*Principles of Political Economy*, 2.ª ed., Macmillan, Londres, 1887) e ALFRED MARSHALL (*Principles of Economics*, Macmillan, Londres, 1890).

de o suportar, a externalidade deixaria de existir — seria *internalizada* —, uma vez que passaria a contabilizá-la na sua actividade,¹⁶ o que, por sua vez, poderia levá-lo a perder o interesse na prossecução do seu comportamento, em benefício da realização de outras actividades alternativas.

Para melhor ilustrar o problema, e recorrendo a um dos exemplos mais comuns na literatura,¹⁷ figuremos uma companhia de caminhos-de-ferro cujos comboios, ao circularem, provocam a emissão de faíscas incendiárias sobre o terreno de cultivo de um agricultor.

Se quem explora os caminhos-de-ferro não tiver de suportar aquele prejuízo, então também não o terá em conta na realização da sua actividade — haverá, portanto, uma externalidade.

Já se, ao invés, a mesma pessoa tiver de suportar o prejuízo, então passará a contabilizá-lo entre os factores da sua actividade, o que influirá na sua decisão de a continuar (o que só fará se o seu valor for superior, para o próprio, ao valor do prejuízo que ela causa); neste caso, a externalidade é internalizada.

2. A Medicina Defensiva como Reacção à Internalização de uma Externalidade

I — Na medida em que o comportamento humano possa ser simultaneamente considerado um comportamento económico,¹⁸ poderá

¹⁶ Cfr. RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ O exemplo que desenvolvemos no texto é quase centenário, tendo surgido inicialmente pelas mãos de ARTHUR C. PIGOU (*The Economics of Welfare*, 4.^a ed., Macmillan, Londres, 1932, p. 134) e sido posteriormente reanalisado por uma multitude de Autores, incluindo RONALD COASE (*The Problem of Social Cost*, *cit.*, pp. 29 ss.). O exemplo assentava numa ocorrência habitual na Grã-Bretanha do século XIX: a circulação de locomotivas causava a emissão de faíscas que, na ausência de engenhos protectores, incendiavam os campos adjacentes.

¹⁸ Cfr. a delimitação do objecto da ciência económica por L. C. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932, p. 15 (“*Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*”); e RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law* (“*Economics, the science of human choice in a world in which resources are limited in relation to human wants, explores and tests the implications of the assumption that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions—what we shall call his*

concluir-se que as externalidades se reportam a toda a conduta que vise a satisfação de preferências. Dado o ser humano actuar em função da satisfação de interesses, através da obtenção de utilidades e dos recursos que as proporcionam, as externalidades serão tão inevitáveis como a própria natureza humana.

A prestação de cuidados médicos não escapa a esta regra: os danos sofridos pelos pacientes e decorrentes da conduta do médico — os danos iatrogénicos — mais não são que externalidades negativas. Estas são internalizadas por regras da sua imputação aos prestadores dos cuidados, que reagem através de um conjunto de comportamentos destinados a evitar a sua responsabilização — a chamada “*medicina defensiva*” —, os quais, por seu turno, criam elevados custos para o sistema de saúde, em geral, bem como para os seus principais actores: pacientes, seguradoras e os próprios médicos.

Como forma de resposta à internalização de externalidades, a medicina defensiva parece acabar por ser, ela própria, *uma nova externalidade negativa, que prejudica aquele efeito de internalização da externalidade que corresponde aos danos iatrogénicos.*¹⁹ Vejamos melhor como.

II — Há duas importantes razões por que o quadro normativo de imputação dos danos iatrogénicos contribui (com as dificuldades que suscita na previsão dos resultados da sua aplicação judicial concreta) para certos comportamentos reactivos dos médicos e para a elevação dos custos com os cuidados de saúde.

A principal são, julgamos, as dificuldades do apuramento, com elevado grau de certeza, da negligência do profissional de saúde (isto é, se o comportamento deste está de acordo, ou não, com a bitola do cuidado,

“*self-interest*”).

Para uma análise crítica da amplitude destas definições, cfr. RONALD H. COASE, *Economics and Contiguous Disciplines*, in Alain Marciano (ed.), “Law and Economics. A Reader”, Routledge, Nova Iorque, 2009, pp. 11 e 12; e para uma reflexão crítica sobre o âmbito da ciência económica, cfr. A. J. AVELÁS NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, in “Boletim de Ciências Económicas”, vol. 37, 1994 pp. 240 ss..

¹⁹ Por outras palavras: *a medicina defensiva é uma re-externalização de uma externalidade internalizada*, ainda que os custos re-externalizados não correspondam integralmente aos que haviam sido internalizados.

zelo e diligência que lhe era exigível) no cumprimento dos seus deveres, em particular dos que as *leges artis* lhe impõem no âmbito das circunstâncias específicas do caso concreto, o que introduz um elemento de considerável incerteza na aplicação prática destes critérios.²⁰ Esta incerteza foi evidenciada claramente pela primeira vez, nos Estados Unidos, pelo *Harvard Medical Practice Study*, que analisou os históricos clínicos de pacientes hospitalizados no estado de Nova Iorque em 1984 para avaliar a qualidade dos cuidados prestados e relacioná-los com subseqüentes litígios judiciais.²¹

Tal significa que o *an* e o *quantum* dos custos associados a indemnizações por danos iatrogénicos se tornam particularmente árduos de prever pelas companhias de seguros, o que as deixa numa posição de incómoda ignorância parcial; o que, por sua vez, torna o seguro de responsabilidade profissional (médica) imprevisivelmente mais dispendioso.

A incerteza já demonstrou ser fatal por mais do que uma vez na história norte-americana recente, quando um aumento inesperado de custos com pedidos de indemnização por danos iatrogénicos gerou crises no mercado segurador da responsabilidade civil médica em meados das décadas de setenta e oitenta do século passado.²² Este fenómeno impeliu vários

²⁰ Cfr. FRANK A. SLOAN / PENNY B. GITHENS / GERALD B. HICKSON, *The Dispute Resolution Process*, in Frank A. Sloan / Penny B. Githens / Ellen Wright Clayton / Gerald B. Hickson / Douglas A. Gentile / David F. Partlett (eds.), "Suing for Medical Malpractice", The University of Chicago Press, Chicago, 1993, p. 153: "Some assert that [the system to resolve medical malpractice claims] operates like a lottery, both in determining liability and setting damages. Liability determination is thought to be particularly suspect in a field such as medical malpractice where the causation issues are often complicated."

²¹ Nas palavras de WILLIAM M. SAGE, este estudo "radically changed the academic understanding of medical malpractice by revealing a two-sided mismatch between malpractice litigation and underlying negligence ... [and] confirmed that malpractice awards are frequently unjustified, in that most successful claimants, though suffering from substantial physical infirmities, had not been treated negligently and often had not even been injured by medical care" (*Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), "Medical Malpractice and the U.S. Health Care System", Cambridge University Press, Nova Iorque, 2006 p. 32).

²² Cfr. PAUL C. WEILER / HOWARD H. HIATT / JOSEPH P. NEWHOUSE / WILLIAM G. JOHNSON / TROYEN A. BRENNAN / LUCIAN L. LEAPE, *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Medical Litigation, and Patient Compensation*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1993.

estados a adotarem reformas dos seus sistemas de responsabilidade civil com o intuito de reduzir aqueles custos,²³ do que o estado da Califórnia é exemplo paradigmático.

Um estudo posterior, publicado em 2006 na revista *The New England Journal of Medicine*, no qual médicos se debruçaram sobre 1452 pedidos de indemnização envolvendo cinco seguradoras de responsabilidade civil médica, descreve este problema em termos geralmente mais optimistas.²⁴ Apesar disso, os seus resultados indicam que 28% dos pedidos apresentados com base em danos iatrogénicos, e que não assentavam em qualquer erro médico, redundaram, ainda assim, em indemnizações — na maior parte dos casos acordadas entre as partes. O inverso também é verdade: 27% dos pedidos que se apoiavam em erro médico não foram atendidos. No seu conjunto, estes dois valores representam um total de 381 (26%) das 1452 queixas.²⁵ Embora seja verdade que o erro médico “*is not identical to the legal concept of negligence (...) the two cleave so closely that experts in both medicine and law have trouble explaining the difference.*”²⁶ Estas discrepâncias demonstram continuar a existir uma grande imprevisibilidade na responsabilidade por danos iatrogénicos, e que tal contribui para um incremento generalizados dos custos com a saúde.²⁷

Uma outra razão é o longo processo de produção de prova e, dentro deste, os testemunhos de múltiplos peritos, necessários para provar a ilicitude do comportamento danoso do médico, e a culpa deste. Estes peritos frequentemente discordam entre si mesmo no ambiente mais contido e menos contencioso dos estudos científicos, como os que

²³ Cfr. PATRICIA M. DANZON, *Medical Malpractice*, in Peter Newman (ed.), “*The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*”, vol. 2, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2002, p. 626.

²⁴ Cfr. DAVID M. STUDDERT / MICHELLE M. MELLO / ATUL A. GAWANDE / TEJA K. GANDHI / ALLEN KACHALIA / CATHERINE YOON / ANN LOUISE PUPOLO / TROYEN A. BRENNAN, *Claims, Errors and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, in “*The New England Journal of Medicine*”, n.º 354, 2006, pp. 2024 a 2033.

²⁵ *Id.*, p. 2028.

²⁶ *Id.*, p. 2032.

²⁷ Cfr. ALLEN KACHALIA / MICHELLE M. MELLO, “New Directions in Medical Reform,” *The New England Journal of Medicine*, n.º 364, 2011, p. 1564.

mencionámos. Sem grande surpresa, os critérios de imputação dos danos iatrogénicos representam uma importante fatia dos prémios dos seguros de responsabilidade civil médica.²⁸

Em suma: por força da complexidade da tarefa de apuramento da ilicitude e da culpa no âmbito de uma lesão iatrogénica, que tornam dispendiosa e morosa a sua prova em juízo — fazendo delas requisitos de aplicação prática particularmente exigente no âmbito destes casos —, a própria previsão do sentido das correspondentes decisões judiciais é um processo particularmente desafiante, no que respeita ao pedido de indemnização.

Tal significa que as seguradoras não têm condições para antever com um adequado grau de fiabilidade quanto despenderão com indemnizações por danos iatrogénicos — só conseguem prever que expenderão largas somas pecuniárias para provar a falta de mérito dos pedidos de indemnização que venham a ser apreciados em juízo.

Este facto, por sua vez, torna o seguro de responsabilidade civil médica imprevisivelmente caro. Médicos e hospitais terão, por isso, de pagar um preço mais elevado por essa cobertura, o que, por seu turno, os levará a aumentar os seus próprios preços e honorários.^{29 30}

²⁸ Cfr. ELLEN WRIGHT CLAYTON / DAVID F. PARTLETT, *Lawyer-Client Relationships*, in Frank A. Sloan, Penny B. Githens, Ellen Wright Clayton, Gerald B. Hickson, Douglas A. Gentile & David F. Partlett (eds.), “Suing for Medical Malpractice”, *cit.*, p. 77.

²⁹ Cfr. GEORGE L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in “Yale Law Journal”, vol. 96, 1987, p. 1522 (explicando as repercussões dos agravamentos dos prémios nos contínuos aumentos dos preços).

³⁰ O próprio sistema jurídico também contribui para o fenómeno descrito por conta dos incentivos da regulamentação da responsabilidade civil médica à litigância relacionada com danos iatrogénicos. Os incentivos para litigar contra uma alegada lesão iatrogénica representam um pesado fardo imposto ao sistema judicial e contribuem para tornar mais moroso o seu funcionamento, o que aumenta os custos de transacção em geral (incluindo os da aquisição de serviços médicos pelo paciente e a compra de seguros de responsabilidade profissional pelo médico) porque as partes contratuais, ao definirem as respectivas prestações, têm de tomar em consideração a possível necessidade de recurso aos tribunais e as despesas e tempo que tal implicará.

III — Tudo isto influencia o modo como os médicos prestam os seus serviços porque os pacientes tornam-se uma potencial fonte de sérios problemas jurídicos, facto a que aqueles reagem, protegendo-se desta ameaça através de uma série de comportamentos — que em conjunto sói apelidar de “*medicina defensiva*”.

Uma das vias por que o fazem é a profunda transformação das principais prioridades que norteiam a relação médico-paciente: a saúde deste último deixa de ser a única prioridade do médico, que passa a estar também (ou até principalmente) preocupado em resguardar-se de uma sua possível responsabilização.

Naturalmente, esta conjuntura semeia a desconfiança entre médico e paciente e endurece a atitude daquele perante este.³¹ Também torna mais provável que um médico evite revelar os seus erros (porque, ainda que este esteja confiante de não os ter causado culposamente, temerá poder ser responsabilizado por eles com base numa aplicação potencialmente incorrecta de critérios jurídicos de contornos complexos), o que prejudica a aquisição pelos pacientes do direito a uma indemnização mesmo nos casos em que o dano iatrogénico por si sofrido tenha sido ilícita e negligentemente causado.³² A título de ilustração, nos Estados Unidos a comunicação entre médicos e pacientes é particularmente conturbada. Num inquérito de 2009, mais de 10% dos 1891 médicos no activo, que responderam, confessou ter mentido a pacientes seus no ano anterior, e cerca de um terço manifestou não concordar inteiramente com a divulgação de erros médicos sérios aos pacientes, apesar de a grande maioria admitir que os médicos os devem informar integralmente acerca dos riscos e benefícios dos cuidados a prestar.³³

³¹ Cfr. WILLIAM M. SAGE, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, in “Widener Law Review”, vol. 12, n.º 1, pp. 115 a 117 (apresentando o exemplo do estado da Pensilvânia como uma possível solução no sentido de tornar os médicos mais abertos, francos e compassivos para com os pacientes que possam ter lesado).

³² Cfr. TOM BAKER, *The Medical Malpractice Myth*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. 178.

³³ Cfr. LISA I. IEZZONI / SOWMYA R. RAO / CATHERINE M. DESROCHES / CHRISTINE VOGELI / ERIC G. CAMPBELL, *Survey Shows that at Least Some Physicians Are Not Always Open or Honest with Patients*, in “Health Affairs”, vol. 31, n.º 2, 2012, pp. 383 a 391.

Outras alterações comportamentais resultantes deste contexto compreendem situações em que o médico presta serviços a mais, incluindo testes de diagnóstico, procedimentos clínicos e prescrição de medicamentos. Esta prática é particularmente recorrente em países como os Estados Unidos³⁴ — e também não é, de todo, estranha ao nosso país³⁵ — em que a litigância respeitante à responsabilidade civil médica é comum e muito dispendiosa, as indemnizações atribuídas aos lesados são de valor elevado, e onde o resultado das acções judiciais sobre esta matéria é demasiado fluido para poder ser previsto com uma confortável margem de erro.

Um médico sujeitará o seu paciente a todos os exames, procedimentos clínicos e prescrições medicamentosas relacionadas com a sua patologia (por mais vaga que seja esta relação), ainda que a respectiva utilidade marginal seja mínima — ou nenhuma, ou até negativa. Com este comportamento o médico pretende sinalizar ao paciente ter feito absolutamente tudo o que lhe era exigível no cumprimento dos seus deveres, assim aliviando os seus próprios receios de contra si ser interposta uma acção judicial que possa revelar-se bem-sucedida.

Este fenómeno contribui para um agravamento substancial das despesas médicas dos pacientes e das companhias que os seguram, uma vez que serão estes a pagar a conta daqueles serviços de modesta utilidade.³⁶ Isto faz subir os custos dos cuidados de saúde — e, concomitantemente, os prémios dos seguros — sem produzir um benefício qualitativo palpável. Na realidade, a qualidade dos cuidados prestados poderá mesmo diminuir, tendo em conta que os pacientes receberão medicamentos que frequentemente produzem efeitos secundários e serão sujeitos a testes e procedimentos que poderão ser invasivos, dolorosos, ou, no mínimo, vagamente desagradáveis.

³⁴ Cfr. DANIEL KESSLER / MARK McCLELLAN, *Do Doctors Practice Defensive Medicine?*, in “The Quarterly Journal of Economics”, vol 111, n.º 2, 1996, p. 358.

³⁵ Como afirma ANDRÉ DIAS PEREIRA, “*não há razões para crer que — embora com consideráveis diferenças de escala — o mesmo fenómeno [a medicina defensiva] não se passe entre nós*” (*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p. 74).

³⁶ Cfr. TROYEN A. BRENNAN / MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *Liability Patient Safety, and Defensive Medicine: What Does the Future Hold?*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, pp. 93 a 114.

Acresce que a prescrição excessiva de medicamentos intensificará a sua procura e aumentará os seus preços, fazendo recair sobre o sistema de saúde mais um factor de desgaste, sem consigo aportar concomitantes melhorias qualitativas tangíveis.³⁷

Outros comportamentos reactivos da classe médica incluem, ainda, ladear a realização de procedimentos que comportem um elevado risco de lesão para o paciente, furtar-se a aceitar casos clínicos cujo prognóstico se afigure melindroso, evitar escolher especialidades médicas a que seja ínsito um elevado risco de produção de danos iatrogénicos (conduzindo a uma falta de profissionais nelas),³⁸ mudar para uma jurisdição diferente,³⁹ ou mesmo abandonar a prática da medicina.

3. Nota conclusiva

A medicina defensiva consiste na adopção de comportamentos que visam atenuar a apreensão do médico acerca da sua potencial responsabilização civil — que é o modo como o sistema jurídico internaliza os danos iatrogénicos —, os quais (comportamentos), ou são pouco benéficos (quando confrontados com os seus custos), ou não são benéficos (de todo), ou são, até, simplesmente prejudiciais.⁴⁰

A fluidez do conceito torna difícil uma precisa quantificação do impacto financeiro da medicina defensiva nos custos com a prestação de

³⁷ Existe consenso alargado de que esta prática é generalizada. Cfr. MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, p. 23.

³⁸ A opção por uma especialidade médica pode implicar o encargo de pagar exorbitantes prémios de seguro de responsabilidade profissional, como sucedeu com os obstetras e ginecologistas da Flórida (a alguns dos quais eram cobrados \$174.000 pela sua cobertura anual), o que levou à introdução neste estado de um sistema *no-fault* para certas lesões em 1988.

³⁹ Cfr. JOANNA M. SHEPHERD, *Tort Reforms’ Winners and Losers: The Competing Effects of Care and Activity Levels*, in “*UCLA Law Review*”, vol. 55, 2008, pp. 942 ss.

⁴⁰ Cfr. MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, p. 23.

cuidados de saúde. Contudo, nos Estados Unidos foram realizados estudos que calculam (comedidamente) que os dispêndios associados à medicina defensiva, somados aos que respeitam à responsabilidade médica e seus custos administrativos, atinjam um valor total que pode ascender a 1,5% dos gastos com a prestação de cuidados de saúde no país inteiro.⁴¹ Não surpreende, pois, que a sexta edição do *American College of Physicians' Ethics Manual* incentive os médicos a uma utilização parcimoniosa dos recursos,⁴² como forma de mitigar o peso desta externalidade negativa.

⁴¹ *Id.*, p. 13.

⁴² Cfr. PETER J. NEUMANN, *What we Talk about When we Talk about Health Care Costs*, in "The New England Journal of Medicine", n.º 366, 2012, pp. 585 e 586 (para uma análise sucinta desta exortação).

SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: ENTRE A AUTO- NOMIA PRIVADA E A PROTECÇÃO SOCIAL

MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS*

Resumo: O presente escrito trata o tema do seguro de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, começando por notar que as poucas normas que tratam especificamente o tema se dedicam a prever seguros obrigatórios em relação à actividade de unidades de saúde privadas. Após retratar os seguros obrigatórios como seguros funcionalizados à protecção dos lesados, o texto analisa os seguros obrigatórios previstos em relação aos profissionais de saúde, concluindo que a escassez e pouca clareza das normas põem seriamente em causa o cumprimento da sua finalidade.

Palavras chave: seguro de responsabilidade civil; seguro obrigatório; protecção das vítimas; responsabilidade dos profissionais de saúde

Abstract: This article focuses on liability insurance of healthcare professionals. It starts by pointing out that the very few norms that specifically handle this matter do so by setting out mandatory insurance in regard of private healthcare providers. After portraying mandatory insurance as insurance which serves the purpose of victims protection, the text analyses the norms on mandatory insurance covering liability of healthcare providers, and concludes that their scarcity and ambiguity can seriously jeopardize their purpose.

Keywords: liability insurance; liability of healthcare professionals; mandatory insurance; protection of the victims

* Faculdade de Direito · Instituto Jurídico · Universidade de Coimbra
ORCID: 0000-0001-8495-9371 · Ciencia Vitae: A811-C6C5-2EF4

I) CONCEITOS FUNDAMENTAIS: O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, OS PROFISSIONAIS DE SAÚDE, SEUS SEGURADOS, E O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

1) Seguro de responsabilidade civil e profissionais de saúde

O seguro é um contrato pelo qual um sujeito, o segurador, se obriga, contra remuneração, a efectuar uma prestação caso ocorra um evento incerto apto a prejudicar um interesse de outro sujeito, o segurado¹⁻². Esta exposição do segurado à possibilidade de ocorrer um evento que lhe cause desvantagens pode designar-se por risco (numa das múltiplas acepções que a palavra tem). Uma vez que o segurador se obriga a prestar caso esse evento se materialize (i.e., no caso de sinistro), as consequências desvantajosas do sinistro são em termos práticos absorvidas pelo seu património — por isso se caracteriza economicamente o seguro como um mecanismo de transferência do risco para o património do segurador. Estando em causa um seguro de responsabilidade civil, o segurador obriga-se a prestar caso no património do segurado se constitua uma obrigação de indemnizar terceiros (art. 137.º). Liberta, pois, o património do segurado da consequência desfavorável correspondente à constituição de um passivo. Estando em causa um seguro de responsabilidade civil de profissional de saúde, o dever de indemnizar terá

¹ Com este texto juntamo-nos à homenagem de quem foi, desde a primeira hora, nosso Professor de Direito das obrigações, e com quem tanto continuámos a aprender em matéria não só de rigor, mas também de generosidade de pensamento. Possa nestas páginas, em que nos debruçaremos sobre questões de justiça distributiva associada ao mecanismo dos seguros, ecoar um pouco de tudo o que os textos do Senhor Doutor Sinde Monteiro sobre seguro e danos causados por acidentes trouxeram ao debate nacional sobre distribuição social do dano.

² Serão especialmente usadas as seguintes abreviaturas: *Cod ass.*: Código dos seguros francês; *LA*: Lei dos seguros belga; *LCS*: Lei do contrato de seguro espanhola; *RJCS*: Regime Jurídico do Contrato de Seguro; *RJAEASR*: Regime jurídico de acesso e exercício da actividade seguradora e resseguradora; *VVG*: Lei do contrato de seguro alemã. Pertencem ao RJCS todas as disposições legais doravante citadas sem indicação especial.

na base um facto praticado pelo segurado, profissional de saúde, no exercício da sua profissão.

A *categoria dos profissionais de saúde* é uma categoria abrangente, que a Lei de bases da saúde define como os trabalhadores envolvidos em ações cujo objetivo principal é a melhoria do estado de saúde de indivíduos ou das populações, incluindo os prestadores diretos de cuidados e os prestadores de atividades de suporte (Base 28, n.º 1). Integram-se aqui, desde logo, os *profissionais de saúde que exercem profissões regulamentadas*, e que são, os médicos, médicos dentistas, enfermeiros, psicólogos, farmacêuticos, nutricionistas, bem como a lista relativamente longa de técnicos (vg., de análises clínicas e saúde pública, de radiologia, de prótese dentária) e terapeutas especializados (vg., fisioterapeuta, terapeuta da fala). A par destes, integram-se na categoria os *profissionais das terapêuticas não convencionais* que prestem cuidados de saúde no setor público, privado e social (art. 3.º, n.º 1, do regime do Inventário Nacional dos Profissionais de Saúde)³.

Comum a este conjunto é o risco de, através da sua actividade de intervenção na saúde das pessoas, produzirem danos na integridade físico-psíquica alheia, conjugados por vezes com danos na autodeterminação informacional⁴. Esta idêntica tipologia de dano vem já, porém, acompanhada de uma pluralidade de regimes de responsabilidade civil. A actuação em causa poderá ter enquadramento na responsabilidade por dano causado no exercício da função administrativa e aplicação das regras da responsabilidade extracontratual, quando se insira no sistema nacional de saúde (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro); ou poderá ter enquadramento nas regras do direito privado, e, tipicamente, da responsabilidade contratual, mas também da responsabilidade extracontratual⁵. Por

³ O regime do Inventário Nacional dos Profissionais de Saúde, que é o registo nacional de profissionais de saúde (Base 28, n.º 5, da Lei de bases da saúde), inclui, nos termos dos seu art. 3.º, n.º 1, os profissionais de saúde que exercem profissões regulamentadas, nos termos da Portaria n.º 35/2012, de 3 de fevereiro, e os profissionais das terapêuticas não convencionais que prestem cuidados de saúde no setor público, privado e social (Lei 104/2015 de 24 de Agosto). As profissões elencadas no texto constam, portanto, do Anexo I à Portaria 35/2012.

⁴ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 272-276.

⁵ Sobre esta variedade, com extensiva análise jurisprudencial, cfr. o estudo de

outro lado, a par da vigência da regra geral da responsabilidade civil subjectiva, encontramos núcleos onde está prevista a responsabilidade sem culpa — vg., por danos causados ao participante em estudo clínico, ou por danos causados no processo de dádiva e colheita de órgãos em vida⁶.

2) O seguro de responsabilidade dos profissionais de saúde

O primeiro aspecto a ressaltar é o de que não há, entre nós, um regime especial para o seguro de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, ou sequer para o seguro de responsabilidade profissional em geral. A sede de enquadramento da matéria é, pois, o Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS).

A variada natureza da responsabilidade do profissional, referida acima (por acto de direito administrativo ou acto privado, contratual, extracontratual, objectiva, subjectiva), não se reflecte numa diferença do regime aplicável ao contrato de seguro em causa. Trata-se apenas de matéria que *poderá relevar para efeitos de delimitação do risco coberto* — vg., limitando-se o contrato a cobrir os riscos da actuação do segurado numa certa unidade de saúde, privada ou pública, ou nos âmbitos em que haja lugar a responsabilidade objectiva, deixando de fora a cobertura os factos culposos⁷. É também *ao contrato que compete* determinar qual o facto,

RUI TORRES VOUGA, “A responsabilidade médica (Uma imprescindível mudança de paradigma na jurisprudência)”, *Responsabilidade Civil Profissional*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf (consultado pela última vez a 11.02.21), *passim*.

⁶ Cfr. o art. 15.º da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril (Lei da investigação clínica); e art. 9.º, n.ºs 1 a 3, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana). É curioso notar que nenhum destes dois casos vem acompanhado de um seguro de responsabilidade civil obrigatória do profissional de saúde: no caso dos estudos clínicos, o dever de contratação de seguro de responsabilidade cabe ao promotor do estudo, e não ao investigador; e, no tocante à colheita e transplante de órgãos ou tecidos, a lei abandonou a previsão de seguro de responsabilidade obrigatório, e compensa agora o doador através de um consideravelmente mais garantístico seguro de vida obrigatório, previsto no Decreto-Lei n.º 168/2015, de 21 de Agosto.

⁷ Claro está que as normas pontuais que reagem à prática de sinistros dolosos (art. 46.º; art. 148.º) não terão campo de aplicação num seguro que apenas cubra a

de entre os *vários elos do processo causal que conduz ao accionamento da responsabilidade* (facto gerador, manifestação do dano, apresentação de reclamação, ou outro) que identificará como o *sinistro* (139.º, n.º 2). Na falta de escolha, vale o critério do facto gerador, determinando que estão cobertos os factos geradores de responsabilidade verificados na vigência da apólice, sendo indiferente que os danos ou sua reclamação ocorram depois desta (art. 139.º)⁸.

Ora, onde encontramos uma *intervenção legal que especificamente re-leva* em sede de seguro de responsabilidade dos profissionais de saúde é na criação de seguros obrigatórios. A previsão de seguro obrigatório manifesta-se na *generalidade do fornecimento de cuidados de saúde ou prática de actividades de suporte* através de *unidades privadas de saúde*. Assim, prevê-se a *obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil* em relação à actividade exercida no âmbito de clínicas e consultórios médicos, ou dentários, no âmbito de unidades privadas de saúde onde se exerça a prática da enfermagem, no âmbito de unidades de saúde de medicina nuclear ou no âmbito de laboratórios de patologia clínica ou análises clínicas e, bem assim, dos respetivos postos de colheitas⁹. A mesma obriga-

responsabilidade civil objectiva; mas não estaremos aqui numa situação diversa da que vale quando, num seguro que cubra a responsabilidade subjectiva, apenas se impute a actuação negligente do segurado.

⁸ Claro está que o critério do momento da apresentação de pretensão indemnizatória (“claims made”) é aquele cuja aferição levanta menos dúvidas; pode, porém, revelar-se pouco transparente na sua conformação (exigindo a verificação de outros elos do proceso causal também na vigência da apólice) e, em mercados onde não seja habitual, gerar soluções de continuidade entre as coberturas (PETER SCHIMIKOWSKI, “Claims made — ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?”, *VersR*, 2010, pp. 1533-1541, pp. 1534 e ss.).

⁹ Cfr., respectivamente, o art. 5.º da Portaria n.º 287/2012, de 20 de Setembro, em matéria de clínicas e consultórios médicos; o art. 5.º da Portaria n.º 268/2010, de 12 de Maio, em matéria de clínicas e consultórios dentários; o art. 5.º da Portaria n.º 801/2010, de 23 de Agosto, em matéria de unidades privadas de saúde onde se exerça enfermagem; o art. 6.º da Portaria n.º 33/2014, de 12 de fevereiro, em matéria de unidades de saúde de medicina nuclear; o art. 7.º da Portaria n.º 392/2019, de 5 de Novembro, em matéria de laboratórios de patologia clínica ou análises clínicas e, bem assim, dos respetivos postos de colheitas (todas tendo por enquadramento legal actual o Decreto-Lei n.º 127/2014, de 22 de Agosto, veio estabelecer o regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde).

toriedade existe em relação à actividade dos profissionais das terapêuticas não convencionais, bem como dos podologistas¹⁰.

À margem das previsões de obrigação legal de contratar, vale a *regra geral*, que é a do *carácter voluntário ou facultativo do seguro de responsabilidade civil*. É este regime que enquadra, por exemplo, os seguros celebrados por médico que preste a sua actividade em unidades de saúde públicas, para cobrir o risco que face ao accionamento directo, pelo paciente lesado, quer face ao direito de regresso, pela unidade de saúde accionada.

É marcante a diferença de regime entre o seguro facultativo e o seguro obrigatório. Porém, o modo como os seguros obrigatórios estão previstos em relação à responsabilidade dos profissionais de saúde levanta dúvidas interpretativas que comprometem a finalidade que preside à criação de um dever de contratar. Serão estas as questões que comporão o foco da nossa análise.

II) A DIVISÓRIA CRÍTICA ENTRE SEGUROS DE RESPONSABILIDADE VOLUNTÁRIOS OU FACULTATIVOS E SEGUROS OBRIGATÓRIOS

1) Sentido e finalidade dos seguros obrigatórios

Como vimos acima, o seguro de responsabilidade *salvaguarda o património do segurado*, no qual se constitui uma obrigação de indemnizar terceiro. É *seu o interesse* que o contrato vem proteger. É concerteza evidente a *vantagem* que daí advém para os *terceiros lesados*, ao verem o património do seu *devedor de indemnização* reforçado pela prestação seguradora. Esta *vantagem* é, porém, *reflexo* de um acto de autonomia privada — o contrato de seguro — de que os lesados não são parte, nem em relação ao qual os estipulantes lhes atribuíram qualquer pretensão.

¹⁰ Art. 10.º da Lei n.º 71/2013, de 2 de Setembro, relativamente ao exercício profissional das actividades de aplicação de terapêuticas não convencionais, e, regulamentando-a, a Portaria n.º 200/2014, de 3 de outubro. Art. 10.º da Lei n.º 65/2014, de 28 de Agosto, sobre o acesso e exercício à profissão de podologista.

Tal não significa que se trate de um puro reflexo empírico, sem relevância jurídica. A contratação de seguro de responsabilidade aumenta em grande medida a probabilidade de reparação dos danos causados na vida social — o que, *num plano de política legislativa*, tem um relevo indelével em sociedades em que uma multiplicidade de sujeitos é posta em contacto frequente, por vias diversificadas, com aumento das possibilidades de causação de dano e do alcance potencial de danos causados. Como tal, o legislador recobre este efeito protector de *relevância jurídica*, atribuindo ao credor indemnizatório privilégio mobiliário especial sobre a prestação paga pelo segurador de responsabilidade ao seu lesante (art. 741.º do Cód. civil). Ainda assim, a montante do pagamento da prestação, permanece o *dado da autonomia privada*: o potencial responsável é livre de cobrir o seu risco ou não; e o contrato será a medida fundamental do critério dessa cobertura.

É diferente o sentido e finalidade do seguro de responsabilidade cuja contratação é imposta por lei. Tornando obrigatório por lei, o contrato de seguro sai da órbita da autonomia privada e passa a servir objectivos de protecção em social, pautando-se por propósitos amplos de justiça distributiva. O regime que o rodeia vem, pois, colimado à protecção do terceiro lesado, favorecendo a efectiva reparação dos danos causados na vida social, e não do segurado cujo interesse seguro o contrato protege¹¹. É isso que vemos espelhado no respectivo regime.

¹¹ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho, Para uma interpretação restritiva — ou mesmo a revisão — do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 10/2001 de 21 de Novembro de 2001”, *RMP*, 116, 2008, pp. 5-27, pp. 8-10; Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, *Principles of European Insurance Contract Law*, Sellier, München, 2015 (consultado em provas para publicação), p. 306, C3; OLIVER BRAND, “Vorbemerkung zu §§ 113 bis 124”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021), n.ºs 1-2 e 5-8; quanto ao conceito de justiça distributiva (e suas fronteiras difusas) cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Seguro e responsabilidade civil”, *BFDUC*, 1, 2020, pp. 241-290, p. 243, em nota, e bibliografia aí citada; quanto ao seu subjazer ao sistema do seguro obrigatório, a par de razões de interesse público, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (Conclusão)”, *RDE*, 6-7, 1980-1981, pp. 123-265, pp. 151-152, 210.

2) O regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade: carácter lacunoso do regime geral e aspectos de demarcação face ao regime dos seguros voluntários

O regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade deve ser compreendido em dois planos. Antes de mais, atestando a relevância alargada dos seguros obrigatórios, no plano da supervisão. As condições gerais e especiais devem ser comunicadas à ASF, que verifica a sua conformidade legal, podendo fundamentadamente solicitar a alteração de cláusulas do contrato, e finalmente divulga os clausulados havidos por conformes (art. 39.º, n.ºs 2 e ss. do RAESR). Este regime de controlo administrativo sistemático dos clausulados configura actualmente um regime absolutamente excepcional, que visa dar uma garantia acrescida quanto à eficácia das coberturas (art. 40.º RJAESR e arts. 21.º, 154.º, 181.º, 182.º da Directiva Solvência II).

No plano do direito contratual, o seu regime específico decorre actualmente das regras especiais do diploma que crie o seguro obrigatório, bem como das regras gerais constantes dos arts. 146.º a 148.º (cfr. o art. 2.º). O mais denso dos regimes específicos de seguro obrigatório é, no ordenamento português, o regime do seguro de responsabilidade civil automóvel; no âmbito específico da responsabilidade dos profissionais de saúde, destaca-se o regime aplicável aos terapeutas não convencionais. Na generalidade dos seguros obrigatórios — e os seguros relativos aos profissionais de saúde não são, como veremos mais abaixo, de toda uma excepção —, as normas que prescrevem a obrigatoriedade de contratação de seguro são, porém, muito parcas na sua regulação.

Por sua vez, o regime geral não dispõe de normas que permitam dar resposta às lacunas de regulação, que parece contemplar como um fenómeno de carácter transitório, e não estrutural. Nos seus termos, enquanto um seguro obrigatório não seja objecto de regulamentação, o recorte da cobertura é entregue ao contrato, no limite do cumprimento da obrigação de cobertura daquele risco, e da não desnaturação desta cobertura (art. 146.º, n.º 5)¹².

¹² São muito similares os termos do § 114, abs. 2, frase 1, da VVG alemã.

Salientaremos abaixo a incerteza que assim se cria. Neste ponto, damos conta do conteúdo do regime do seguro obrigatório previsto no RJCS, que se deixa descrever por contraponto com as soluções previstas para o regime geral dos seguros facultativos.

Em primeiro lugar, *no âmbito do seguro obrigatório*, vale a *regra da acção directa do lesado* contra o segurador (art. 146.º, n.º 1). O lesado não dispõe da mesma faculdade em sede de seguro voluntário. Aqui, apenas pode accionar directamente o segurador quando tal tenha sido convencionado no contrato de seguro, ou quando, tendo sido informado pelo segurado da existência deste contrato, encete negociações directamente com o segurador (art. 140.º, n.ºs 2 e 3). Não tem escapado à crítica a labilidade deste segundo critério, que faz assentar a faculdade do lesado na contingência do seu contacto negocial com o segurador, e num juízo não linear sobre a consistência deste contacto, que permita qualificá-lo como uma verdadeira negociação¹³. Trata-se, de resto, de uma solução sem paralelo conhecido no direito comparado mais próximo. Conhece-se ordenamentos onde a acção directa é a regra geral, seja o seguro obrigatório ou facultativo — é o caso da França (art. L124-3 do Cod. Ass.), Bélgica (art. 150 da LA) ou Espanha (art. 76. da LCS). Já noutros ordenamentos, a acção directa é uma concessão excepcional, prevista para os casos em que o lesado tenha sofrido morte ou ofensa à integridade física — é o caso da Holanda (art. 7:954 do Cód. civil) —; ou prevista para os casos de seguro obrigatório, ou de insolvência ou liquidação do segurado ou tomador, ou de responsabilidade por lesão da integridade física, ou em disposição legal especial — é o que se estatui nos PEDCS (art. 15:101) —, ou prevista para seguros obrigatórios, mas apenas quando se trate do seguro de responsabilidade civil automóvel,

¹³ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, “O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados”, in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. Moitinho de ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36, pp. 25-16; ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, “O novo regime do contrato de seguro, Antigas e novas questões”, 2010, disponível em <http://www.trl.mj.pt/PDF/REGIME.pdf> (consultado pela última vez a 15.01.15), ponto 7; MARIA JOSÉ CAPELO, “Segurador e causador do dano — Partes principais ou intervenientes acessórios à luz do artigo 140.º da Lei do contrato de seguro?“, *Julgár*, 43, 2021 (*no prelo*), ponto 2.2.

quando decorram procedimentos de insolvência em relação ao tomador, ou quando o paradeiro deste seja desconhecido — é o caso da Alemanha (§ 115, abs. 1)¹⁴. Em qualquer um destes casos opta-se, pois, por critérios de aferição mais segura.

Ora, é clara a vantagem que o lesado credor indemnizatório retira do direito de acção directa: obtendo satisfação do próprio segurador, devedor do seu devedor, escusa-se à concorrência dos demais credores¹⁵. Na verdade, como referimos, o lesado cujo lesante disponha de seguro facultativo não se encontra muito mais desprotegido, já que a lei lhe atribui privilégio mobiliário especial sobre o valor da indemnização (art. 741.º do Cód. civil). Porém, o facto de a prestação não lhe ser directamente atribuída sempre cria o risco prático de o lesante-devedor se mostrar renitente na sua atribuição, gerando delongas e eventuais gastos acrescidos com um processo judicial para efectivação do seu direito.

Um segundo aspecto de demarcação refere-se à determinação do montante da prestação seguradora devida. Segundo o regime geral, que vale para os *seguros voluntários*, “salvo convenção em contrário, o dano a atender para efeito do princípio indemnizatório é o disposto na lei geral” (art. 138.º, n.º 2). Por sua vez, o regime especial que vale para os seguros obrigatórios prevê que “salvo disposição legal ou regulamentar em sentido diverso, não pode ser convencionada solução diversa da prevista no n.º 2 do artigo 138.º” (art. 146.º, n.º 3).

Convocam-se, pois, as regras gerais que valem para determinação da indemnização devida com fundamento em responsabilidade civil. Porém,

¹⁴ WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, “VVG § 115 Direktanspruch”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021), n.º 7. Note-se que a “Lei do seguro obrigatório” (Pflichtversicherungsgesetz) mencionada no preceito é a lei sobre seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, de 5 de Abril de 1965, que é referida de modo abreviado como “Pflichtversicherungsgesetz” (<https://www.gesetze-im-internet.de/pflvg/BJNR102130965.html>).

¹⁵ MARGARIDA LIMA REGO, “A acção directa nos seguros de responsabilidade civil: o sistema português”, *Revista de direito comercial/ Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos*, 2020, pp. 685-736, p. 689. Por isso, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Responsabilidade patrimonial”, *BMJ*, 75, 1958, pp. 5-410, pp. 189-190, dizia que a acção directa equivale na prática à atribuição de um privilégio ao credor. Como diremos de seguida em texto, parece-nos que lhe é efectivamente mais vantajosa.

estas convocam-se apenas “para efeito do princípio indemnizatório”. Ora, este princípio de direito dos seguros, que se espraia na verdade por um conjunto de regras (arts. 128.º, 132.º, 133.º, 136.º), não tem por efeito determinar pela positiva o montante da prestação seguradora. A sua função é negativa, vindo ele apenas assegurar que o segurado que sofreu um sinistro não acaba por ficar patrimonialmente avantajado por efeito da prestação seguradora¹⁶.

Com efeito, não vale, no direito dos seguros, um princípio da reparação integral do dano, sendo-lhe antes característico um “princípio do co-seguro”, com vista à prevenção do risco moral. À luz dele, parte do dano deverá cair sempre sobre o próprio segurado, de modo a realinhar os seus incentivos com os que norteariam a posição de um não-segurado. Como tal, é típica a previsão de franquias ou cláusulas de descoberto obrigatório, nos termos das quais um certo montante absoluto ou certa percentagem do dano sofrido fica a cargo do segurado. Não é, de resto, infrequente que se retire da cobertura certas consequências danosas ulteriores do sinistro (vg., danos causados noutros bens do segurado por acção do sinistro que afectou primariamente um certo bem).

Lido à luz daquele que é o efectivo significado do princípio indemnizatório nesta sede, o art. 138.º, n.º 2, *não teria, porém, um sentido razoável*. Decorreria dele então que, supletivamente, o limite máximo da vantagem patrimonial do segurado, por efeito do seguro, seria dado pelo valor da indemnização fixada pelas regras da responsabilidade. E admitia que o contrato de seguro deixasse o *património do segurado-lesante avantajado*, face ao passivo surgido da obrigação de indemnizar.

¹⁶ No que releva especialmente face ao seguro de responsabilidade, trata-se de assegurar que o segurado não fica enriquecido por força de a prestação seguradora exceder o valor da obrigação de indemnizar imposta pelas regras da responsabilidade civil (art. 128.º), ou de haver vários seguros cobrindo esse mesmo risco (art. 133.º), ou de o segurado poder voltar-se contra um terceiro (pense-se num co-obrigado solidário) face a parte do dano que tenha ficado a cargo do segurador (art. 136.º). Cfr., em português, FRANCISCO BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 76 e ss. e 210-211. Diga-se ainda que o princípio tem actualmente alcance supletivo, nos limites da ordem pública (cfr. desde logo o art. 131.º).

Mais desrazoável seria ainda a leitura da regra especial prevista no art. 146.º, n.º 3, para o seguro obrigatório. Aqui, determinava-se simplesmente que o valor máximo a prestar ao lesado seria o valor da indemnização calculada pelas regras de responsabilidade civil; admitia-se, porém, que normas legais ou regulamentares determinassem que o segurador lhe prestasse valor mais elevado do que o da indemnização de responsabilidade — o que seria um enriquecimento do lesado desprovido de sentido. E, mais do que isso, é patente que uma tal interpretação do art. 138.º, n.º 2 não se conciliaria com a teleologia própria do seguro obrigatório, que é a protecção dos lesados. Com efeito, se se viesse aqui apenas fixar um valor máximo para a prestação seguradora, entregar-se-ia ao contrato a liberdade para fixar um valor mais baixo para a prestação seguradora; e apenas se proibia ao contrato a previsão de uma — muito inverosímil — prestação superior ao dano sofrido pelo lesado.

As normas em causa — art. 138.º, n.º 2 e art. 146.º, n.º 3 — apenas adquirem um sentido razoável quando referidas à *determinação, pela positiva, do valor da prestação seguradora*. Esse valor deve corresponder ao que decorra das regras gerais de responsabilidade civil — a prestação seguradora deve amoldar-se sobre as regras de cálculo da prestação indemnizatória por responsabilidade —, a não ser que, estando em causa seguro voluntário, o contrato de seguro determine que a prestação seguradora não cobre parte do dano indemnizável; ou que, estando em causa seguro obrigatório, a lei ou regulamento determinem que a prestação seguradora não deve cobrir parte desse dano. As normas em causa são, pois, funcionalmente idênticas ao art. 130.º, n.º 1, que, inserido entre o regime do princípio indemnizatório, tem um conteúdo que vai para lá deste. Também este determina (supletivamente) qual o valor a atender para determinar, pela positiva, o montante da prestação seguradora. O art. 130.º, n.º 1, vale para seguros de coisas; os arts. 138.º, n.º 2 e 146.º, n.º 3, revelam-se, pois, seus congêneres para efeitos de seguros de responsabilidade.

É, em suma, patente a diferença entre o regime do seguro facultativo e obrigatório. No caso do seguro obrigatório, e apenas neste, o contrato não poderá prever que a prestação fique abaixo do valor da indemnização civil. Nesta linha, diga-se que a ASF já expressou o entendimento, no âmbito dos seguros obrigatórios, de que as cláusulas de franquia são inoponíveis ao terceiro lesado, por contrariarem o propósito de assegurar

a responsabilidade em caso de dano causado a esses terceiros¹⁷. Apenas uma norma legal ou regulamentar poderá, como tal, fixar aqui franquias, descobertos obrigatórios ou limites máximos de cobertura por sinistro. É o que faz o regime do seguro dos profissionais de terapias não convencionais, que permite a previsão de franquias, embora proíba que estas sejam opostas ao terceiro lesado (art. 6.º).

Um outro aspecto que aparta aqui seguros obrigatórios de seguros facultativos é relativo à oponibilidade ao lesado de excepções fundadas no contrato de seguro. O regime geral do seguro de responsabilidade não contém regras especiais a este respeito; tão pouco a lei o faz, ao introduzir, no art. 138.º, n.ºs 2 e 3, as hipóteses especiais em que há lugar a acção directa no quadro dos seguros facultativos. Quando o direito do lesado nasce do contrato de seguro (art. 138.º, n.º 2), estamos perante um contrato a favor de terceiro, no âmbito do qual o segurador-promitente *pode opor ao lesado-beneficiário as excepções nascidas do contrato de seguro, fonte do direito atribuído* (art. 449.º do Cód. civil).

Não é diferente a solução que vale quando o *direito do terceiro nasce da previsão legal* que o associa à existência de negociações directas entre segurador e terceiro lesado (art. 138.º, n.º 3). A atribuição de acção directa não coimplica por si a inoponibilidade de excepções a terceiro¹⁸, apenas determinando que o terceiro tem, por força da lei, o direito a exigir para si a prestação nascida de contrato de que não é parte. Cumpre à lei que atribui este direito modular a oponibilidade ou não destas excepções — o que faz no direito interno, como veremos abaixo no cotejo com as normas do seguro obrigatório; e como faz no direito comparado, com soluções que não coincidem nos vários ordenamentos.

A maior protecção é concedida pelos ordenamentos belga e espanhol, cuja regra geral é, recorde-se, a da acção directa. O ordenamento espanhol pareceria o mais protectivo, declarando inoponíveis ao lesado quaisquer excepções de que o segurador pudesse dispor em relação ao segurado; em relação ao lesado, o segurador apenas poderia invocar a

¹⁷ <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/8BD22B25-F5C9-434F-972E-55172D9A9B5A/0/EntendimentosSegurosObrigatorios.pdf>, p. 34.

¹⁸ Assim, também com argumentos de direito comparado, e atenção especial ao ordenamento belga, M. Lima REGO, “A acção directa...”, cit., p. 729.

sua conculpabilidade na causação do dano, ou excepções fundadas nas suas relações pessoais com este (vg., caducidade — “prescripción” — do direito a acção directa, compensação decorrente da existência de contrato com o terceiro). A doutrina reduz um pouco as proporções deste regime considerando que *o segurador pode ainda prevalecer-se de excepções fundadas no próprio contrato — hoc sensu*, nos limites que este trace à cobertura, em termos espaciais, temporais, materiais (não cobrindo certos riscos) ou quantitativos¹⁹. Por sua vez, o ordenamento belga prevê que, tratando-se de seguro facultativo, apenas são oponíveis ao lesado as excepções fundadas em facto do segurado que seja anterior ao sinistro (art. 151, § 2.º da LA). Tratando-se de seguro obrigatório, torna-se inoponível ao lesado a generalidade das excepções, exceptando-se apenas a anulação, resolução, expiração ou suspensão do contrato intervindas antes do sinistro (art. 151, § 1.º da LA).

Noutros ordenamentos — francês, alemão, PEDCS —, vale o princípio fundamental de que, estando ou não em causa um seguro obrigatório, a acção directa não atribui ao terceiro lesado mais do que o que atribui ao próprio segurado²⁰. Este princípio sofre, porém, limitações.

Assim, no ordenamento francês, em geral, *independentemente de se tratar de seguro obrigatório ou facultativo*, o segurador *não pode opor* ao lesado excepções fundadas em facto posterior ao sinistro²¹; em particular, por força de regra especial (R124-1 Cod. Ass.) *não pode opor ao lesado a perda do direito do segurado* (“décheance”) quando se funde em *facto deste posterior ao sinistro*. Acrescem regras especiais em matéria de seguro de acidentes de trabalho ou de seguro de responsabilidade civil construção. A regra é similar no tocante aos PEDCS, entendendo-se que o *comporta-*

¹⁹ JUAN BATALLER GRAU/NURIA LATORRE CHINER/JESÚS OLAVARRÍA IGLESIA, *Encyclopedia of Laws, Insurance Law — Spain*, Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2014, p. 137, n.º 258.

²⁰ É este o entendimento da Cassação francesa desde o ac. da Cass. civ. de 28 de Março de 1939 (JEAN BIGOT (COORD.), *Traité de Droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t. 3, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 723), e é o que decorre do art. L112-6 do Cod. Ass.; § 115, abs. 2, frase 1, da VVG; Project Group Restatement of European Insurance Contract LAW, *Principles...2015*, cit., pp. 305-306, C2.

²¹ Já assim, o ac. da Cassação de 15 de Junho de 1931, cit. ap. YVONNE LAMBERT-FAIVRE/LAURENT LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., Dalloz, Paris, 2017, n.º 783.

mento do segurado subsequente ao sinistro não pode obstaculizar o direito do lesado; as excepções que nele se fundem são, pois, *inoponíveis* pelo segurador ao lesado (art. 15:101, n.º 2)²². Admite-se ainda que as normas que criem o seguro obrigatório alarguem o âmbito da inoponibilidade. No direito alemão, *apenas em relação a seguros obrigatórios, e haja ou não lugar a acção directa*, torna-se, em certos casos, *inoponível ao lesado a generalidade das excepções fundadas no contrato* (§117 VVG, 1 e 2). Trata-se aqui de permitir que a *relação de seguro perturbada se mantenha perante o terceiro lesado* — fala-se numa *ficção* — numa forma diminuída, apenas se atribuindo o direito a uma soma mínima, e arrendando-se este quando o lesado possa obter o montante de seguro social, ou de outro seguro existente (§117 VVG, 3). Em todo o caso, tal apenas vale *dentro dos limites da cobertura concedida*: o segurador continua a *poder invocar* perante o lesado as *cláusulas que delimitem a garantia*, como exclusões de cobertura (onde reentra, por exemplo, a causação dolosa do sinistro)²³.

Tornando ao direito interno, e não havendo disposição legal em sentido contrário, valem idênticas premissas. *Nada dispondo a lei a este respeito*, permanece o dado de que, embora seja *a lei a atribuir ao lesado um direito de acção*, esta limita-se a *estender na sua direcção a eficácia do contrato*. A constituição e conteúdo de uma pretensão que o terceiro lesado possa vir exercer *decorrem já do contrato*, e *apenas existem nos seus termos*. Pelo que, onde a lei não disponha diversamente, são *oponíveis ao terceiro todas excepções fundadas no contrato*.

Ora, e a lei dispõe diversamente *apenas no tocante ao seguro obrigatório*. Nos termos do art. 147.º, n.º 1, o segurador apenas *pode opor ao lesado os meios de defesa* derivados do contrato de seguro ou de facto do tomador do seguro ou do segurado *ocorrido anteriormente ao sinistro* (cfr. porém a limitação constante do art. 133.º, n.º 6). Os meios de defesa fundados em *facto do tomador do seguro ou do segurado que seja posterior ao sinistro* são, pois, *inoponíveis ao lesado*.

²² Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, *Principles...2015*, cit., p. 307, C10

²³ WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, “VVG § 117 Leistungspflicht gegenüber Dritten”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021), n.ºs 9 e 10; W.-T. SCHNEIDER, *VVG § 115*, cit., n.º 22.

O ordenamento nacional converge, pois, com aquele que é um entendimento presente em alguns dos ordenamentos do direito comparado mais próximo (França, Bélgica, para os seguros facultativos, PEDCS): o de que o lesado não deve ficar exposto à actuação do segurado no âmbito do contrato de seguro, após o sinistro. Esta solução é explicada no contexto francófono por apelo a argumentos de índole conceptual — constituindo-se no momento do sinistro, o direito do lesado cristaliza-se também nesse momento, tornando-se impermeável à actuação ulterior do segurado²⁴. Uma tal explicação conceptual não convence — direitos já constituídos podem ser postos em causa por factos posteriores a tal constituição (basta pensar na por prescrição, nos efeitos da falta de pagamento de uma prestação de preço devida depois do vencimento do direito à contraprestação, ou no direito de um segurado, que também se constitui com o sinistro, e é não obstante afectado por factos posteriores a este). Não pode, pois, querer dizer-se aqui mais do que o direito do lesado fica blindado no momento em que se constitui — mas tal corresponde simplesmente a descrever o regime legal, e não a proceder à sua explicação. Outra linha explicativa invoca argumentos de risco moral por parte do segurado, considerando que não se lhe deve abrir a possibilidade de se libertar da pretensão do lesado através de uma simples actuação incumpridora no contrato de seguro²⁵. Esta argumentação apenas faria, porém, sentido caso o lesado não mantivesse o direito de accionar o lesante-segurado, dispondo apenas da acção directa; esse não é o caso no nosso ordenamento, onde, no que concerne à generalidade dos seguros obrigatórios, o lesante-segurado e o segurador estão perante o lesado como obrigados solidários²⁶. Comprometendo o direito emergente do contrato de seguro, o segurado não se desembaraça, pois, do seu dever de prestar a indemnização ao lesado; apenas se prejudica, já que com mais certeza o lesado se voltará contra o seu património, por pouco que ele seja. De resto, o argumento do risco moral sempre faria pouco sentido quando o sinistro fosse definido pelo momento da causação do dano,

²⁴ MARCEL FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 568; Y. LAMBERT-FAIVRE/L. LEVENEUR, *Droit...*, cit., n.º 783; J. Bigot (COORD.), *Traité 3*, cit., pp. 727-728.

²⁵ Project Group Restatement of European Insurance Contract LAW, *Principles...2015*, cit., pp. 305-307, C2 e C-10.

²⁶ M. Lima REGO, “A acção directa...”, cit., pp. 733-734.

que pode anteceder o momento da sua detecção pelo lesado e antecede certamente o momento da reclamação — naquele momento, o segurado poderia não suspeitar sequer que tivesse ocorrido um sinistro.

Tudo somado, o regime legal parece ter por base *considerações salomónicas na repartição do risco correspondente à conduta contratual do segurado*, protegendo o lesado sem expor excessivamente os seguradores ao risco de insolvência do segurado, perante o qual podem actuar em sede de regresso. Resta saber se é este o melhor equilíbrio entre os interesses contrapostos — desde logo, se a permeabilidade total da posição do lesado às faltas contratuais do segurado, desde que anteriores ao sinistro (pense-se na comum prestação de informações incorrectas em sede pré-contratual), é compatível ainda com a protecção que com o regime dos seguros obrigatórios se visa dar ao lesado²⁷. Diga-se, de resto, que parece pouco acertado colocar a linha divisória no momento em que ocorra o sinistro, quando o sinistro pode ser definido no contrato de seguro de responsabilidade de modos tão diversos, relativos a diferentes momentos do processo causal de surgimento do dever de indemnizar (vg., seguindo-se o critério do momento da reclamação — “claims made” —, o incumprimento de deveres de controlo das consequências do dano causado ao lesado, posterior ao sinistro segundo os outros dois critérios mais comuns, torna-se anterior ao sinistro e *prima facie* oponível ao segurado)²⁸.

Por último, no âmbito do seguro voluntário encontra-se excluída a cobertura de factos dolosos, não se considerando doloso o facto praticado ao abrigo de cláusula de exclusão da ilicitude ou da culpa (141.º) — o que não poderia deixar de ser, já que a responsabilidade civil é um juízo jurídico, que se faz à luz de regras próprias, aplicadas por instância judicial (quando não haja transacção), e não um simples juízo de facto que o contrato de seguro pudesse avocar. É admitida convenção em contrá-

²⁷ Em sentido crítico, J. GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho, Para uma interpretação restritiva...”, cit., pp. 12-16; cauteloso face a uma sobreexpansão das situações de inoponibilidade de excepções ao lesado, por acção da jurisprudência francesa, LUC MAYAUX, “Responsabilité civile et assurance”, in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 257-275, pp. 264-268.

²⁸ Por isso, na Bélgica, onde a divisória vale apenas para os seguros voluntários, a doutrina e a Cassação têm convergido na fixação do momento da produção do dano como ponto charneira, independente do que o contrato defina como sinistro (M. FONTAINE, *Droit...2016*, cit., p. 567).

rio, mas apenas quando não seja ofensiva da ordem pública, e se mostre compatível com a natureza da cobertura (art 46, n.º 1). Diferentemente, a regra geral no seguro obrigatório é a da prestação também em caso de responsabilidade dolosa, dispondo depois o segurador de direito de regresso contra o segurado (art. 148.º, n.º 2).

III) OS SEGUROS OBRIGATÓRIOS DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: ESCASSEZ DE REGIME E DÚVIDAS INTERPRETATIVAS

É com esta noção das implicações de qualificar um seguro como obrigatório que podemos agora olhar mais detidamente os actos normativos que criam seguros obrigatórios relativamente aos profissionais de saúde.

Como deixámos entrever, o núcleo porventura mais significativo de normas, que respeitam às várias unidades de saúde privadas — de medicina, medicina nuclear, medicina dentária, enfermagem, análises clínicas a patologia clínica — tem um conteúdo especialmente parco, limitando-se a prever um dever de celebração de seguro de responsabilidade civil que cubra riscos de actividade ou profissionais de certos sujeitos e estabelecimentos. As normas, que reproduziremos abaixo, não são sequer particularmente claras a respeito do círculo dos obrigados, e nada prevêem em matéria do conteúdo mínimo da cobertura. Nada se prevê em termos do seu recorte qualitativo — vg., proibindo-se certas cláusulas de exclusão do risco, devidamente especificadas — e, *mais criticamente, nada se prevê em termos do seu recorte quantitativo* — desde logo, *quais os capitais mínimos a cobrir*. A situação não é nova, verificando-se já perante quadros legais e regulamentares anteriormente vigentes na matéria. Por contraste, o regime do seguro obrigatório do profissional de terapias não convencionais encontra-se no presente extensamente regulado; e, por sua vez, o regime do seguro de responsabilidade civil do podologista prevê pelo menos os capitais mínimos a segurar²⁹.

²⁹ Cfr. os vários artigos da Portaria n.º 200/2014, quanto aos terapeutas não convencionais. Mesmo em matéria de fixação de capitais mínimos, este é o mais minucioso, fixando valores (150.000 euros) por anuidade e sinistro (art. 1.º, n.º 1).

Como se disse acima, o regime geral é também ele parco nesta matéria. Prevendo a insuficiência dos regimes especiais, o regime entrega a definição da cobertura ao contrato, e recolhe-se ao papel de erigir limites ao que ele disponha — deverá o contrato cumprir a obrigação legal, ou seja, ser conforme aos termos da norma especial que cria o dever de segurar, e não conter exclusões contrárias à natureza dessa obrigação (146.º, n.º 5). É grande a *incerteza que assim se gera quanto ao alcance do dever de contratar previsto*.

Seria, com efeito, difícil regular em termos gerais quais as coberturas requeridas face a cada tipo de risco de responsabilidade civil — embora não fosse porventura inviável esboçar alguns critérios gerais quanto a certas tipologias mais comuns (vg., responsabilidade civil profissional, ou exploração). O mais grave é, porém, que o regime geral não contenha quaisquer regras subsidiárias sobre capitais mínimos (à semelhança do que faz por exemplo o § 114, 1, da VVG), entregando à jurisprudência a melindrosa tarefa de determinar se, atento o montante da cobertura máxima convencionada, o contrato “cumpre ainda a obrigação legal”.

Acresce que esta escassez tem impactos também na linha de protecção que funciona ao nível administrativo. Nos termos do art. 39.º, n.º 5, do RAESR, a impossibilidade de determinar a cobertura ou o capital mínimo obrigatório preclui o exercício das competências de controlo da conformidade do conteúdo da apólice por parte da supervisora — que, aliás, já expressou no passado o entendimento de que o dever de segurar imposto em relação a certas unidades de saúde privada não tinha consistência bastante para estes efeitos³⁰. Pelo que àquela incerteza sobre o alcance da cobertura soma-se a perda de ferramentas para a sua efectivação.

Diferentemente, em relação à podologia, o art. 10.º da Lei n.º 65/2014 limita-se a fixar um valor mínimo absoluto de capital mínimo (250.000 euros). A lei não se refere a este respeito a unidades privadas de saúde, cujo regime é aplicado apenas com as necessárias adaptações, mas sim, onde pertinente, a locais de exercício ou prestação destas actividades (cfr. o art. 11.º da Lei n.º 71/2013, sobre terapêuticas não convencionais, e o art. 11.º da Lei n.º 65/2014, sobre podologia).

³⁰ Cfr. <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/8BD22B25-F5C9-434F-972E-55172D9A9B5A/0/EntendimentosSegurosObrigatórios.pdf>, pp. 3 e ss. das conclusões jurídicas.

Somam-se ainda as dificuldades na interpretação dos preceitos que consagram seguros obrigatórios em relação a unidades privadas de saúde, que lançam dúvidas inclusivamente sobre a identificação de quem está vinculado ao dever de contratar seguro, e qual o risco abrangido. Em todos estes casos, o dever encontra-se previsto em norma regulamentar. No panorama do direito vigente, encontramos várias opções de redacção diversas, correspondendo a *diferentes gerações de portarias* (os itálicos abaixo são, em qualquer caso, nossos).

Com efeito, no ano de 2010, foram aprovadas as portarias referentes às clínicas e consultórios dentários (esta ainda vigente, mas alterada em 2014), bem como aos centros de enfermagem. A norma que previa a obrigação de segurar era fundamentalmente idêntica nos dois casos³¹; e mantém-se ainda na sua versão originária no tocante aos centros de enfermagem. Em norma com a epígrafe “seguro profissional e de actividade”, prevê-se que “a *responsabilidade civil e profissional*, bem como a *responsabilidade pela actividade* dos centros de enfermagem, *devem ser transferidas* para empresas de seguros”. A obrigação abrange claramente a cobertura da responsabilidade profissional, a par da responsabilidade pela actividade dos centros de enfermagem. *Não se indica*, porém, *quem fica obrigado à celebração e manutenção do contrato* — se os centros de enfermagem e os enfermeiros, cada um quanto à sua esfera de responsabilidade potencial; se apenas os centros de enfermagem, cabendo-lhes assegurar a cobertura da responsabilidade profissional dos enfermeiros, e contratar por conta destes, quando não sejam os centros a encabeçar a actividade de enfermagem.

Tem interesse dar conta da norma que vigorou na versão originária da portaria que enquadra a actividade das clínicas e os consultórios médicos, aprovada em 2012³². Igualmente sob a epígrafe “seguro profissional e de actividade”, previa-se que “[a]s *clínicas e os consultórios médicos* *devem contratar e manter em vigor* um seguro de *responsabilidade*

³¹ Quanto às clínicas e consultórios dentários, tratava-se do art. 5.º (“Seguro profissional e de actividade”) da Portaria n.º 268/2010, nos termos do qual “[a] responsabilidade civil e profissional bem como a responsabilidade pela actividade das clínicas e consultórios dentários devem ser transferidas para empresas de seguros”. Em matéria de enfermagem, está em causa a Portaria n.º 801/2010.

³² Portaria n.º 287/2012.

civil e profissional que cubra os riscos inerente à respetiva atividade e à atividade dos seus profissionais” (art. 5.º). É patente a diferença face à sua congénere *supra*: neste caso, é claro que é às *clínicas e consultórios* que se imputa o *dever de celebrar seguro de responsabilidade civil e profissional*, e que tal seguro é celebrado por conta própria e, *quando a actividade dos profissionais não seja encabeçada na própria empresa*, também por conta dos *profissionais*.

Num terceiro momento, correspondente ao ano de 2014, foi aprovado um novo regime em relação às unidades de saúde de medicina nuclear; e foram alterados os regimes que valiam em relação a clínicas ou consultórios médicos e dentários³³. A norma central, conforme se encontra prevista para as unidades de medicina nuclear (art. 6.º) as clínicas e consultórios dentários (art. 5.º) e para as clínicas médicas (art. 5.º, n.º 1) tem idêntica epígrafe, “seguro profissional e de actividade”, e redacção coincidente nos três casos. Prevê que as *unidades de medicina nuclear, clínicas ou consultórios dentários ou clínicas médicas* (conforme o caso) “devem contratar e manter em vigor um *seguro de responsabilidade civil e profissional* que cubra os *riscos inerente à respetiva atividade* e *exigir dos seus profissionais de saúde um seguro de responsabilidade profissional válido*”. No que concerne ao *exercício da medicina em consultório médico* (e não em clínica), o regime simplifica-se, cabendo ao *médico o dever de ter seguro de responsabilidade civil e profissional* válido (art. 5.º, n.º 2). Da redacção da norma central, que vale para *unidades de medicina nuclear, clínicas ou consultórios dentários ou clínicas médicas* decorre, numa abordagem linear, que *o dever passa a incumbir apenas às empresas de saúde*, e não aos *profissionais pessoas físicas*; e que esse dever *apenas se refere aos riscos relativos à actividade do próprio estabelecimento*, e não à actividade dos profissionais de saúde. Por contraposição com a redacção de 2012, *desaparece o dever das empresas de saúde de contratar seguro por conta dos profissionais de saúde*, i.e., para cobrir riscos de responsabilidade respeitantes apenas a estes.

³³ Cfr., respectivamente, a Portaria n.º 33/2014 (medicina nuclear), Portaria n.º 136-B/2014 (que alterou o regime vigente em matéria de clínicas e consultórios médicos) e Portaria n.º 167-A/2014 (que alterou o regime vigente em matéria de clínicas e consultórios dentários).

Por último, em 2019, um novo regime relativo aos laboratórios de patologia clínica ou análises clínicas afastou-se destes pressupostos³⁴. A norma aqui relevante (art. 7.º), também ela epigrafada “seguro profissional e de atividade” prevê que “os laboratórios de patologia clínica ou análises clínicas *devem contratar e manter em vigor um seguro de responsabilidade civil que cubra os riscos inerentes à respetiva atividade*, incluindo a atividade exercida nos postos de colheitas, o qual *deve abranger a atividade desenvolvida por qualquer profissional do laboratório, independentemente do vínculo*”. Detectamos aqui um regresso à orientação que valia em 2012 para as clínicas e consultórios médicos, obrigando a *empresa a contratar para cobertura dos riscos implicados pela própria actividade e ainda pela actividade dos profissionais de saúde*, o que pode implicar a contratação por conta alheia.

Este último regime parece claro, concorde-se ou não com as suas opções de fundo. O mesmo não se pode dizer dos outros dois modelos vigentes. Começamos pela análise do modelo introduzido em 2014.

Compreende-se que não se imponha à empresa a solução da contratação de seguro por conta dos seus profissionais — são claros os encargos de gestão e financeiros que tal importaria. Mas não se pode aceitar a solução que pareceria decorrer dos seus termos literais, apenas criando *um dever de contratação para a unidade de cuidados de saúde, e apenas em relação à sua actividade*.

Com efeito, como se deixou de certo modo aludido, os serviços prestados pelas clínicas e consultórios podem ou não abranger a prestação de cuidados de saúde aos pacientes, e podem abranger apenas parte dos cuidados de saúde prestados nas suas instalações. São *múltiplas as possibilidades de recorte das relações das empresas com os prestadores de cuidados de saúde, e de uns e outros com os pacientes*³⁵. Ora, caso o *dever de contratar*

³⁴ Portaria n.º 392/2019.

³⁵ Apenas para apresentar alguns exemplos, basta lembrar que as clínicas e consultórios podem surgir perante os pacientes como simples fornecedoras das instalações onde decorrem os cuidados, e os profissionais de saúde como prestadores; ou podem surgir como fornecedoras de todos os cuidados de saúde, num modelo de integração total (eventualmente com possibilidade de escolha de médico pelo paciente); ou podem surgir como fornecedoras das instalações e ainda de certos cuidados de saúde (vg., de enfermagem, ou de análises clínicas), ou dos serviços de alojamento

seguro apenas se referisse à *actividade das clínicas ou consultórios*, poderia, pois, deixar de fora a cobertura de riscos de responsabilidade profissional propriamente dita. Isso aconteceria quando não fosse a empresa, mas sim o profissional, a assumir para com os pacientes a prestação desta actividade. É bom de ver, que esta solução não seria aceitável, já que criaria arbitrariamente lacunas de protecção face ao terceiro lesado: o facto de *haver ou não seguro obrigatório a cobrir a responsabilidade profissional do prestador dependeria então do facto, alheio ao paciente*, da maior ou menor integração dos prestadores na actividade da clínica. Num argumento mais formal, não quadraria sequer com a epígrafe da norma, que se refere à responsabilidade pela actividade e também profissional.

Estas observações permitem-nos clarificar um outro ponto, relativo ao seguro que a unidade de cuidados *deve exigir ao prestador*: o de que se trata aqui de um *contrato sujeito ao regime dos seguros obrigatórios*. Este regime, que se espraia em normas contratuais e administrativas de controlo está, como vimos, *funcionalizado à tutela do terceiro lesado, conferindo-se uma densidade de protecção que não tem paralelo à luz das normas sobre seguro facultativo*. Seria, reitera-se, incompatível com esta finalidade protectiva que o seu alcance pudesse ser cerceado por razões arbitrárias, que o beneficiário da protecção não pode influenciar nem sequer, muitas vezes, descortina.

A questão seria agora a de saber porque não previu a norma, simplesmente, deveres de contratação autónomos para a unidade de cuidados de saúde e para os prestadores; ou porque, agora à semelhança do que fizeram as normas introduzidas em 2010, não se reportou ao menos ao dever de cobrir os riscos de actuação dos profissionais por seguro obrigatório, sem referir a quem caberia tal dever. A este respeito, parece ser pertinente considerar que o dever que estas normas criam *não serve apenas* para pôr em marcha o regime dos seguros obrigatórios. Com efeito, todas as porta-

e alimentação que compõem o internamento e de certos cuidados de saúde que o acompanhem, sendo outros profissionais de saúde implicados os prestadores face à sua actividade. Para a análise de várias possibilidades ao longo das grandes linhas divisórias seguidas na doutrina alemã, entre nós, já CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120, pp. 89 e ss.; na doutrina alemã recente, ERWIN DEUTSCH/ ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2014, pp. 82 e ss.

rias em causa tiveram por base legal o Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de Outubro, estabelecendo o regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento das unidades privadas de serviços de saúde, hoje substituído pelo Decreto-lei n.º 127/2014, de 22 de Agosto. À face destes diplomas, o dever de celebrar e manter válido contrato de seguro releva enquanto um dos requisitos de funcionamento das unidades de saúde privadas, cujo não cumprimento está sujeito desde logo à aplicação de contra-ordenações (cfr., respectivamente, os arts. 9.º e 16.º, n.º 1, b), do diploma de 2009, e os arts. 10.º e 17.º, n.º 1, a)-iii), do diploma de 2014).

A redacção das normas segundo o modelo de 2014 parece ter, pois, a virtude de clarificar que, para efeitos das *normas administrativas sobre funcionamento de unidades de cuidados de saúde privadas*, os deveres de garantir a cobertura por seguro de riscos de responsabilidade (seja celebrando directamente o contrato, seja exigindo a sua celebração) apenas incidem sobre a própria unidade de cuidados de saúde — e não já sobre o prestador. O entendimento será idêntico face à portaria que subsiste na versão de 2010, que se enquadra no mesmo contexto normativo.

IV) CONCLUSÕES

Vimos que, no tocante à cobertura de riscos de responsabilidade dos profissionais de saúde, a atenção específica do legislador se voltou para a criação de *seguros obrigatórios*, associados à prestação de cuidados através de *unidades de saúde privadas*. Não estando aqui o lesado acobertado pela consistência patrimonial própria das entidades que integram o sistema nacional de saúde, goza, não obstante, do valor da prestação seguradora, que lhe é tornada acessível ao abrigo de um regime especialmente funcionalizado aos seus interesses.

A protecção que assim se visaria conferir aos lesados fica, contudo, aquém da promessa — insuficiência para que contribui, mais do que o carácter questionável de uma ou outra solução de regime, a própria escassez de regime e incerteza quanto aos seus contornos, impedindo o lesado de descortinar a consistência da protecção que lhe é oferecida.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120
- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados”, in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. Moitinho de ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36
- BIGOT (COORD.), Jean, *Traité de Droit des assurances, Le contrat d'assurance, t. 3*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014
- BRAND, Oliver, “Vorbemerkung zu §§ 113 bis 124”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021)
- CAPELO, Maria José, “Segurador e causador do dano — Partes principais ou intervenientes acessórios à luz do artigo 140.º da Lei do contrato de seguro? “, *Julgar*, 43, 2021
- DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2014
- FONTAINE, Marcel, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 2016
- GERALDES, António Santos Abrantes, “O novo regime do contrato de seguro, Antigas e novas questões”, 2010, disponível em <http://www.trl.mj.pt/PDF/REGIME.pdf> (consultado pela última vez a 15.01.15)
- GOMES, Júlio Vieira, “Seguro de acidentes de trabalho, Para uma interpretação restritiva — ou mesmo a revisão — do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 10/2001 de 21 de Novembro de 2001”, *RMP*, 116, 2008, pp. 5-27
- GRAU, Juan Bataller/CHINER, Nuria Latorre/IGLESIA, Jesús Olavarría, *Encyclopedia of Laws, Insurance Law — Spain*, Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2014
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne/LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances, 14ª ed.*, Dalloz, Paris, 2017
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira, “Seguro e responsabilidade civil”, *BF-DUC*, 1, 2020, pp. 241-290
- MAYAUX, Luc, “Responsabilité civile et assurance”, in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 257-275
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (Conclusão)”, *RDE*, 6-7, 1980-1981, pp. 123-265

- , *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989
- Project Group Restatement of European Insurance Contract LAW, *Principles of european insurance contract law*, Sellier, München, 2015 (consultado em provas para publicação)
- REGO, Margarida Lima, “A ação direta nos seguros de responsabilidade civil: o sistema português”, *Revista de direito comercial/ Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos*, 2020, pp. 685-736
- ROCHA, Francisco Barros Ferreira Rodrigues, *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015
- SCHIMIKOWSKI, Peter, “Claims made — ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?”, *VersR*, 2010, pp. 1533-1541
- SCHNEIDER, Winfried-Thomas, “VVG § 115 Direktanspruch”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021)
- , “VVG § 117 Leistungspflicht gegenüber Dritten”, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, II*, C. H. Beck, München, 2017, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 11.02.2021)
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “Responsabilidade patrimonial”, *BMJ*, 75, 1958, pp. 5-410
- VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica (Uma imprescindível mudança de paradigma na jurisprudência)”, *Responsabilidade Civil Profissional*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf (consultado pela última vez a 11.02.21)

APUNTES COMPARATIVOS HISPANO- - PORTUGUESES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO*

Resumen: La autora de este trabajo realiza una comparación corta sobre el régimen de responsabilidad civil de las personas con discapacidad cognitiva, psíquica o psicosocial, entre el Derecho portugués y el Derecho español. En ambos casos se toman en consideración las reglas existentes antes y después de la modificación de ambos ordenamientos, con el fin de adaptarse a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de una esta modificación ya realizada en el Derecho portugués y está en discusión parlamentaria en el caso español.

Palabras-clave: personas con discapacidad; capacidad jurídica; apoyo en el ejercicio de la capacidad; responsabilidad; imputabilidad.

Abstract: The author of this paper carries out a comparative study on the civil liability regime for persons with cognitive, psychic or psychosocial disabilities, between Portuguese Law and Spanish Law. In both cases, the rules existing before and after the modification of both legal systems, in order to adapt them to the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities, are taken into consideration. This modification has already been made in Portuguese law and is under parliamentary discussion in Spanish law.

Keywords: persons with disabilities; legal capacity; support in exercising the legal capacity; liability; imputability.

* Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela.
Orcid.org/0000-0002-9368-5066

I. Introducción

No es la primera vez que en un Libro Homenaje me asomo al tema de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad. Tras la publicación del que entonces era en mi país el “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, escribí en el dedicado al Profesor Roca Guillamón un ensayo sobre el tratamiento de este asunto en el citado Anteproyecto, convencida de que su aparente escaso peso en el conjunto de la reforma, deducido del exiguo número de artículos que le eran dedicados, ocultaba en realidad un cambio rotundo en el sistema español de la responsabilidad civil¹.

Ya entonces puse de manifiesto que la cuestión de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad cognitiva, mental o psicosocial no había preocupado en exceso a los especialistas en Derecho de daños y tampoco había tenido una presencia jurisprudencial relevante hasta la fecha, al menos en el caso español. Sin embargo, mi convencimiento era y lo sigue siendo, que esta situación de irrelevancia relativa iba a cambiar en un futuro próximo.

A ello contribuirá, en primer lugar, el más que probable incremento de personas con discapacidad en los años venideros; por un lado, porque el aumento del número de personas ancianas acrecienta también el de quienes sufren demencias relacionadas con el envejecimiento; por otro, porque los avances científicos permiten alargar la vida a personas con características físicas y mentales generadoras de discapacidad que en otro tiempo conllevaban un seguro de muerte prematura.

Pero, además, una segunda y no menos importante razón sustenta la previsión señalada. Me refiero al cambio de paradigma sobre la discapaci-

¹ GARCÍA RUBIO, M^a P. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Libro Homenaje al Pr. Roca Guillamón, Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Pendiente de publicación en el momento de redactar este trabajo.

dad y su nuevo enfoque jurídico a raíz de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas hecha Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad² (en adelante CDPD). Como es bien sabido, se trata de un convenio internacional de derechos humanos que acoge el llamado “modelo social” de la discapacidad e impone a los Estados parte la obligación de respetar los derechos humanos de estas personas en las mismas condiciones que los de las demás. Entre esos derechos, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en su doble dimensión de titularidad de los derechos y de capacidad para ejercitarlos (artículo 12 CDPD)³,

² Ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007 y publicada en *BOE* de 23 de abril de 2008 y por la República portuguesa en 2009 (Resoluções da Assembleia da República nº56/2009 e nº57/2009 e Decretos do Presidente da República nº71/2009 e nº72/2009).

³ Sobre el significado y alcance del artículo 12 CDPD, GARCÍA RUBIO, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, curso 2017/2018, pp. 143-191, espec. pp. 150 ss; también GARCÍA RUBIO, M.^a P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, M.^a C. Gete Alonso (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 39-61. El complejo proceso de negociación de este precepto es explicado con todo detalle por TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, espec. pp. 25-117. El citado artículo 12 fue objeto de la *Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley* (NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1). El Comité es un órgano previsto en la propia CDPD (artículo 34), compuesto por un máximo de 18 miembros (artículo 34), que ejerce su función de seguimiento de dos maneras: por un lado, responde con sus observaciones finales a los informes periódicos emitidos por los Estados (artículos 35 a 37) -En el caso de España, hasta ahora han sido tres: en 2011 el primero y en 2019 los dos combinados, segundo y tercero — Por otro lado, el Comité puede ser requerido a través de comunicaciones individuales susceptibles de derivar en sugerencias y recomendaciones (artículos 1 a 6 del Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006). Hasta el momento el Comité ha elaborado también varias observaciones generales; la primera referida, como se ha dicho, al reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de

así como el derecho a su libertad y seguridad (art 14 CDPD) conllevan, sin duda, una mayor posibilidad de interacción de las personas con discapacidad con el resto de los seres humanos y, en consecuencia, mayor probabilidad de dañar y de ser dañados.

Como ya anticipé, las dos razones apuntadas hacen prever que en un futuro es más que probable que se incrementen los supuestos de daños extracontractuales causados por personas con discapacidad, así como las hipótesis en las que ellas puedan ser las víctimas lesionadas por otras personas.

El hecho de que en el tiempo transcurrido desde el escrito referido hasta ahora el Anteproyecto citado haya pasado a ser Proyecto de Ley⁴, en fase de enmiendas parlamentarias ya muy avanzada que hace prever su pronta aprobación, unido a que también en Portugal se ha operado un cambio legislativo para cumplir con los dictados del artículo 12 CDPD, a través de la Ley nº 49/2018, de 14 de agosto, *Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil*⁵, me han animado a seguir reflexionando sobre el tema de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, enfocándolo esta vez desde una nueva perspectiva: la que da la comparación corta de dos sistemas de responsabilidad civil vecinos, que en muchas cosas coinciden y en otras difieren de modo evidente. Sirva este diálogo hispano-portugués de pequeño homenaje al Profesor Sinde Monteiro, a quien conocí ya hace muchos años y con el que he mantenido una relación de profunda admiración profesional y entrañable amistad personal, aun en la distancia.

II. Punto de partida. El sistema de responsabilidad civil en Es-

igualdad (artículo 12 CDPD). Sobre el valor de los actos emitidos por este tipo de comités, que ha pasado en el ordenamiento español de su consideración como mero *soft law* a tener un valor vinculante tras la STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (RJ 2018\3555), en relación con el cauce procesal adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité creado por otro Tratado de derechos humanos de las NU, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁴ Publicado en el *BOCG. Congreso de los Diputados*, de 17 de julio de 2020.

⁵ *Diário da República*, 1.ª série — N.º 156 — 14 de agosto de 2018.

pañá y en Portugal

El Código civil español contiene una cláusula general de responsabilidad civil, heredada del artículo 1382 del CC francés⁶, que se recoge en el artículo 1902 CC, conforme al cual “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado”. A partir de este texto es habitual en la literatura jurídica española enumerar cuatro presupuestos de responsabilidad: acción u omisión, daño, relación de causalidad y criterio de imputación, que en el caso del artículo 1902 CC es, precisamente, la culpa del agente. Para la mayoría de la doctrina y de la práctica judicial el presupuesto “culpa o negligencia” (en el que se debe incluir también el dolo) implica la exigencia de “imputabilidad civil” del autor del hecho causante del daño, quien solo si la posee podrá incurrir en responsabilidad. Esto significa que se parte de un concepto subjetivo de culpa, basado en una idea moral subyacente, en la que en ningún caso puede incurrir quien no es consciente de la ilicitud de sus actos. En consecuencia, por ser inimputables en sentido civil, no responden de los daños que causen los menores de edad, al menos hasta que no lleguen a unas condiciones de madurez que les haga aptos para incurrir en culpa en el sentido indicado; tampoco responden las personas adultas que carecen de lo que algunos denominan “capacidad de culpa”, como puede ser una persona con un grado de discapacidad cognitiva o intelectual que le impida apreciar correctamente las consecuencias dañosas de su actuación⁷; en definitiva, se estima que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es moralmente.

⁶ “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. El precepto ha pasado a ser el artículo 1240 desde el 1 de octubre de 2016, fecha de entrada en vigor de la Ordonnance n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016. Además, según el antiguo artículo 1383 Code, actual 1241, “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”. Sobre el diferente significado de la “faute” en el CC francés y la “culpa” en el español, GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El concepto de faute en el Avant Projet de Loi réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés”, en *Culpa y Responsabilidad*, Prats Albertosa, L./ Tomás Martínez G. (Coord.), *Homenaje a Ricardo de Ángel*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 373-394.

⁷ MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIU, J., “Comentario al artículo 1902 CC”, en

La irresponsabilidad de los inimputables en Derecho español se aparea a la que, según el artículo 1903 CC, corresponde a los padres o tutores por los daños derivados de los actos cometidos por los menores o incapacitados que se encuentren bajo su guarda o autoridad. En concreto, en el caso de daños causados por personas sometidas a tutela, los tutores serán responsables de los perjuicios causados por sus pupilos menores o incapacitados “que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”. La doctrina discrepa sobre la posible extensión de esta responsabilidad directa del tutor por hechos del tutelado a otro tipo de situaciones de guarda, como la curatela o la guarda de hecho⁸, si bien se considera que,

Comentarios al Código civil, dir. Domínguez Luelmo, A, Lex Nova, Valladolid, 2010, 2051; ROCA TRÍAS, E./NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 119-120, mantienen que la persona inimputable civilmente por su escasa edad o por sufrir una enfermedad o deficiencia mental que le hace incapaz de entender y de querer las consecuencias de sus actos, no es responsable en los términos del artículo 1902 CC. En similar sentido, PARRA LUCÁN, M.ª A., *Curso de Derecho civil (II). Vol. II. Contratos y responsabilidad civil*, 5ª ed., 2020, 416-417, quien señala que el artículo 1902 no establece como presupuesto de imputación de la responsabilidad el de la capacidad del agente, pero añade que se debe partir del concepto de imputabilidad, es decir, de analizar en cada caso si el autor del daño tiene conciencia y voluntad, madurez de juicio suficiente como para conocer el significado de lo que es causar daño; si la respuesta es positiva, el autor debe responder. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: delimitación y especies. Efectos y consecuencias*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, p 279 y pp. 280-282, citando la ley IX tit. I, Partida Séptima y apoyándose en otros autores, estima que para que pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y de querer; no obstante el autor reconoce que el artículo 1902 no exige capacidad de obrar para que el que causa daño esté obligado a repararlo; añade que la capacidad que se precisa en el ámbito extracontractual no es la misma que en el contractual y termina considerando que existen suficientes razones para defender, al menos, una responsabilidad subsidiaria del incapaz para los casos en los que no existan guardadores o estos logren probar que actuaron con la debida diligencia para impedir el daño.

⁸ Respecto a si cabe incluir o no al guardador de hecho en el ámbito del artículo 1903, expone las posiciones encontradas en la literatura jurídica y práctica judicial españolas, BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C., *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a terceros*, Madrid, Reus, 2017, pp. 78 ss.

de no ser aplicable el 1903 CC, el curador negligente en su función de vigilancia y control o incluso el guardador de hecho o los familiares cercanos en caso de que el autor del daño no estuviese incapacitado⁹, respondería por su propia actuación de conformidad con el artículo 1902 CC. La diferencia entre ambos preceptos reside en que en el caso de la responsabilidad por hecho propio la prueba de la culpa corresponde a la víctima, mientras que, en la responsabilidad por hecho de otro, en nuestro caso la persona no imputable, será el curador o guardador quien ha de probar que ha empleado “toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por su parte el Código civil portugués contiene un principio general de responsabilidad civil, recogido en el artículo 483, según el cual: “ 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação ”. Claramente, la formulación es más limitada que la francesa o la española, en la medida en que pide que la lesión consista en la violación de un derecho subjetivo de otra persona o de cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos¹⁰, lo cual supone la exigencia expresa de ilicitud o antijuricidad de la conducta del agente. Además, se considera que la fórmula lusa reclama que esa conducta sea voluntaria¹¹ e imputable al agente a título de dolo o culpa¹². De este modo en

⁹ Desde hace algunos años en Derecho español se ha sustituido la expresión “incapacitado” por la de “persona con capacidad judicialmente modificada” en el convencimiento de que esta segunda, pero no la primera, es conforme con la CNU-DPD; no es esta mi opinión, pues la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y la posee toda persona en condiciones de igualdad con las demás; por lo tanto ni se puede excluir, ni limitar, ni modificar, ni siquiera judicialmente.

¹⁰ Po lo que el Derecho portugués adopta el criterio de los derechos o intereses jurídicamente protegidos, al igual que hace, por ejemplo, el BGB, aunque la formulación portuguesa es más amplia al abarcar en el ámbito de protección a cualquier derecho subjetivo, como señala MENEZES LEITÃO, L.M., *Direito das Obrigações, vol. I. Introdução. Da constituição das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 293, nota 593.

¹¹ En el sentido de que sea un acto de una persona y no un hecho natural, aunque no tiene por qué ser intencional.

¹² Con carácter general, porque en el 483.2 CC portugués se añade que “ Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”.

la literatura jurídica portuguesa se distinguen dos aspectos distintos en la actuación del causante del daño¹³: por un lado, la ilicitud, que encara el comportamiento del autor desde un ángulo objetivo, en cuanto supone la violación de valores defendidos por el ordenamiento; por otro, la culpa, que pondera el lado subjetivo de ese comportamiento, o sea, las circunstancias individuales concretas que lo envolvían, lo cual implica un juicio de censura sobre el agente en concreto¹⁴. Para que tal censura se produzca y se estime que concurre el requisito de la culpa es precisa la imputabilidad del agente, de forma que sin este requisito no hay responsabilidad; según el artículo 488 CC

- “1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”.
2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos”.

Se dice que la imputabilidad¹⁵ supone un juicio de apreciación según el cual la persona responsable “podía e devia ter agido de outro modo”, lo cual implica, como señalé para el caso español, una cierta ligazón de la responsabilidad jurídica con la responsabilidad moral¹⁶. En principio, todas las personas tienen capacidad y, por lo tanto, son imputables; sin embargo, la norma presume la inimputabilidad de los menores de siete años; cumple advertir desde ahora que hasta que la citada Ley nº 49/2018, de 14 de agosto modificó el segundo párrafo del artículo 488 CC, se mencionaban también como presuntamente inimputables a “nos interditos por anomalia psíquica”.

No obstante, en el sistema portugués los inimputables civiles pueden ser condenados a indemnizar el daño causado en ciertas ocasiones, pues

Para ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Almedina, 1998, p. 503, la responsabilidad civil, como regla, presupone la culpa, que se traduce en una determinada posición o situación psicológica del agente para con el acto; solo excepcionalmente la ley se contenta con la existencia entre acto y agente de un puro nexo material (artículo 483.2, por ejemplo); son los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo.

¹³ GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2007, p. 120.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, p. 503.

¹⁵ GONZÁLEZ, p. 123 la equipara a la incapacidad natural.

¹⁶ GONZÁLEZ, p. 120.

el Código civil pertenece al grupo de los que, como el alemán o el italiano, incluyen una indemnización por equidad¹⁷ conforme a la cual, pese a que los autores del daño carecen de capacidad de culpa, el perjudicado puede reclamar al inimputable una compensación cuando no pueda obtenerla de las personas a las que corresponde su vigilancia. Para esta indemnización por equidad se tomará en cuenta, entre otros factores, la condición económica de agente y víctima de la lesión y tiene ciertas limitaciones; en concreto, el artículo 489 CC., bajo la rúbrica “Indemnização por pessoa no imputável”, establece que

“1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

2. “A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos”

El Código civil portugués recoge, asimismo, la responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia o asistencia de los incapaces naturales y también en este caso se prevé una inversión de la carga de la prueba de la culpa, siendo estas personas encargadas las que han de probar que actuaron con diligencia o que lo daños se hubieran producido igualmente, en concreto, según el artículo 491 CC:

“As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.

Aunque no existe unanimidad en la interpretación del término “incapacidad natural” en el precepto reproducido, que algunos identifican con el inimputable y otros consideran más restringido¹⁸, se venía entendien-

¹⁷ Aunque parte de la doctrina portuguesa prefiere hablar en el caso de responsabilidad objetiva; así ALMEIDA COSTA, p. 505, nota 1; GONZÁLEZ, p. 125. En contra, MENEZES LEITÃO, p. 317.

¹⁸ MENEZES LEITÃO, p. 326, quien entiende que la responsabilidad del vigilante no presupone la inimputabilidad del vigilado, sino solo su incapacidad natural, con

do que, por lo menos, debe ser aplicado a los vigilantes de los menores y de los interdictos o incapacitados¹⁹.

En definitiva y como colofón a este apartado, cumple decir que los Derechos español y portugués asumen un concepto subjetivo de culpa del agente que conlleva la exigencia de imputabilidad (civil) para que este pueda ser declarado responsable de los daños que causa; cuando por carecer de capacidad de entender y de querer no ha podido evitar la comisión del acto ilícito, ambos sistemas excluyen la culpa del agente y con ello, su responsabilidad en virtud del principio general que regula la materia. Por consiguiente, ni uno ni otro siguen el modelo francés, neerlandés o del *common law*, en los que el hecho de que el autor del hecho dañoso haya sido una persona con dificultades mentales que le impiden comprender el alcance de sus actos no es obstáculo para que estas personas sean declaradas responsables civiles y estén obligados *prima facie* a indemnizar a los dañados²⁰. Sin embargo, el Código civil portugués, a diferencia del español, si contempla una indemnización por equidad a cargo del inimputable por los daños que pueda causar cuando no sea posible obtener la debida reparación de las personas encargadas de su vigilancia.

Finalmente, en ambos ordenamientos la persona encargada de la vigilancia y asistencia de otra cuya discapacidad mental, intelectual o psicosocial le impida conocer el alcance de sus actos (incapacidad natural en el Derecho portugués, sometido a tutela en Derecho español, cuando menos) responderá de los daños causados por esta última; en tal situación ambos sistemas presumen la culpa del encargado de la vigilancia o asistencia del agente.

III. Los cambios operados por las leyes que modifican el régimen jurídico de las personas con discapacidad

lo que el vigilad puede ser considerado imputable (ex. artículo 488) y responder solidariamente con el vigilante.

¹⁹ GONZÁLEZ, p 136.

²⁰ La exposición con cierto detalle de estos sistemas en GARCÍA RUBIO, 2021. Pendiente de publicación.

1. Líneas generales de las reformas española y portuguesa

Antes de entrar a analizar los respectivos regímenes de responsabilidad conviene resaltar algunos de los puntos centrales de las reformas española y portuguesa en materia de discapacidad, ambas realizadas con la intención de adaptar sus respectivos ordenamientos jurídicos, y en particular sus Códigos civiles, a la CDPD y, especialmente a su artículo 12; lo haré de una manera comparativa.

En primer lugar, el Proyecto de ley español no define la discapacidad ni a las personas con discapacidad. Esta falta de definición se hace de manera consciente, puesto que según la propia CDPD la discapacidad es un concepto social, que deriva del trato que las personas con deficiencias psíquicas, físicas o de otra índole reciben de su entorno. Se trata, por consiguiente, de un concepto dinámico que no admite una definición apriorística. No obstante, puesto que la reforma se dirige, principalmente, a asegurar la igualdad en el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de estas personas en la titularidad y el ejercicio de sus derechos, es evidente que su repercusión fundamental se produce en relación a quienes en los regímenes anteriores a la reforma han visto comprometida su capacidad de obrar, esto es, las personas con dificultades para tomar decisiones o para comprender el alcance de las que toman.

En este punto la Ley portuguesa de 2018 ha tomado otra opción al modificar el artículo 138 CC, que ahora pasa a definir, o cuando menos a describir, al adulto que precisa acompañamiento (*acompanhamento*); según el citado precepto

“O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”.

El legislador luso parte, pues, de la hipótesis de que la persona mayor de edad puede estar imposibilitada, por razones de salud, deficiencia o comportamiento, de la capacidad para ejercer sus derechos, por lo que ha de ser beneficiario de las medidas de acompañamiento previstas en la ley²¹.

²¹ Considera que el legislador estableció el ámbito de aplicación del instituto a través de la consagración de conceptos jurídicos indeterminados, PEREIRA, A. G.

En segundo lugar, en la proyectada ley española las medidas de apoyo son, por este orden, de naturaleza preferentemente voluntaria (medidas adoptadas por la propia persona con discapacidad, que pueden ser preventivas), fáctica o informal (guarda de hecho) y, solo de manera subsidiaria, judiciales (curatela o defensor judicial)²². Este planteamiento cohonesta con la idea general, dimanante del reiterado artículo 12 y de la Observación General Primera del Comité de seguimiento de la Convención, según la cual la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad deben de ser la guía de actuación de los legisladores nacionales. Con una aproximación diferente, parece a primera vista que la regla general en Derecho portugués va a ser el apoyo o acompañamiento de índole judicial (artículo 139 CC), aunque es cierto que a continuación se establece que la de medida judicial no tendrá lugar si el objetivo perseguido se halla garantizado por los deberes generales de cooperación y asistencia que correspondan en cada caso (artículo 140 CC)²³, lo que también parece conllevar el carácter supletorio o subsidiario de la medida judicial respecto de otras situaciones de cooperación y asistencia²⁴.

En tercer lugar, en el caso del Proyecto español ha desaparecido totalmente cualquier referencia al mejor interés o beneficio de la persona con

D., “O Maior Acompanhado e o Consentimento para Atos em Saúde”, in Monteiro, A. Pinto (Coord.), *O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2019, pp. 189-221, p. 198; “formulación amplia” es la expresión que utiliza PINTO MONTEIRO, P., “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, *Pensar, Fortaleza*, v. 24, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2019, espec. p. 7; para TÁVORA VÍTOR P. “Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída”, *Autonomia y capacitação. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Neto, L/ Cossta Leão, (Resp.), Biblioteca Red, Porto, 2018, pp. 125-145, espec., pp. 131-132, se trata de conceptos con contenido no solo indefinido, sino particularmente amplio, con lo que se corre el riesgo de incluir figuras que deben quedar al margen del acompañamiento.

²² Artículo 250 CC español, según previsión del Proyecto de Ley.

²³ Lo que apela a los deberes familiares, según PEREIRA, p. 201.

²⁴ Este carácter subsidiario de la medida judicial quedaba mucho más claro en la Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade, presentada en 2017, por el Centro de Direito da Família de la Faculdade de Direito de Coimbra, y que finalmente no fue tomada en consideración por el legislador portugués.

discapacidad; atendiendo de nuevo a la mentada Observación General Primera, se ha considerado que el principio general en la materia no es el interés objetivo o beneficio de la persona con discapacidad, sino el respeto a su voluntad deseos y preferencias en los asuntos que le concierne. De nuevo no ha sido esta la opción del legislador portugués, pues son varios los preceptos reformados que presuponen o aluden al interés o beneficio del mayor acompañado como principio general de actuación (así, por ejemplo, arts. 140.1 143.2 o 146.1 CC)²⁵.

En cuarto lugar, el Proyecto español trata de seguir en lo posible la literalidad del artículo 12 de la CDPD y la interpretación auténtica del mismo realizada en repetida Observación General Primera²⁶, de modo que se entiende que las medidas de apoyo no voluntarias²⁷ no pueden suponer la sustitución de la actuación de la persona por discapacidad por la de quien le presta apoyo; en consecuencia, ni el guardador de hecho ni el curador ni el defensor judicial son, como regla general, representantes legales de la persona con discapacidad. Cuando, por excepción, su actuación haya de ser representativa por la imposibilidad de la persona con discapacidad para decidir o transmitir su voluntad, la actuación del representante ni

²⁵ La influencia del criterio del *best interest* en los tres preceptos citados es percibida por FONTES DA COSTA, M., “O reconhecimento da proibição do excessso como crittério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência”, en *Autonomia y capacitação. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Neto, L/ Cossta Leão, (Resp.), Biblioteca Red, Porto, 2018, pp. 101-116, espec. p. 114. Para TÁVORA VÍTOR, p. 145, en el artículo 146.1 CC se apuesta por un patrón de naturaleza objetiva que se identifica con el *best interest*, y que es ajeno a las manifestaciones de autonomía del beneficiario.

²⁶ Además de las advertencias realizadas al respecto por el Estado español por el propio Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con los tres Informes presentados por España sobre la aplicación de la Convención en 2011 (primero) y 2018 (conjuntos, segundo y tercero), en todo los cuales se menciona la necesidad de abolir en el ordenamiento español los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, como recoge, LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias en relación con su patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 42 ss.

²⁷ En las voluntarias será la persona que las establece la encargada de especificar su contenido y límites, aunque hay que salvar, por supuesto, la posibilidad de un cambio de parecer por parte de la persona que las tomó.

puede ser sustitutiva ni puede estar guiada por el mejor interés de la persona con discapacidad, de modo que quien le preste apoyo ha de hacer todos los esfuerzos posibles por averiguar la voluntad hipotética de la persona con discapacidad²⁸. Por su parte, el legislador portugués, a pesar de reconocer que el acompañamiento ha de limitarse a lo necesario, lo cierto es que permite la actuación sustitutiva del acompañante, tanto en cuestiones de índole personal, como en las de naturaleza patrimonial (ad. ex. arts. 145, 1708, 1769, 1785, 1861 CC).

Finalmente, en ambos ordenamientos se produce un efecto *tsunami* o de ola expansiva de la nueva regulación que alcanza a todos los sectores y, muy en particular, al ámbito del Derecho civil²⁹. Como ya anticipé, me detendré en esa repercusión en el sector de la responsabilidad civil extracontractual.

2. Repercusión de los cambios normativos en el régimen de la responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de quienes le prestan apoyo

Ni la Ley española que está a punto de rematar su periplo parlamentario, ni la Ley portuguesa de 2018 que modifica el régimen jurídico del adulto acompañado, dedican demasiados preceptos a la cuestión de la responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad en las que se centran ambas reformas. Esto no significa que el cambio producido en esta materia sea intrascendente, ni mucho menos.

²⁸ Según el párrafo tercero del artículo 249 del CC proyectado: “En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no querer representación”.

²⁹ Me parece muy expresiva la frase de LÓPEZ BARBA, p. 96, quien dice que la reforma del concepto de capacidad debería originar en el ordenamiento el mismo efecto que si se lanzara una piedra en un estanque en calma.

Trataré a continuación de mostrar el alcance de ese cambio en ambos ordenamientos.

Comenzando de nuevo por el Derecho español, dos son los artículos del Proyecto de Ley que tienen incidencia directa en el tema que nos ocupa y que afectan al Código civil³⁰. El primero es el proyectado artículo 299 CC, a cuyo tenor:

“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”³¹.

El segundo de los preceptos citados hace referencia a la eventual responsabilidad de quienes presten apoyo a las personas con discapacidad. El Proyecto de Ley modifica el actual párrafo tercero del artículo 1903 CC, que pasa a estar limitado a la responsabilidad de los tutores de los menores de edad, en línea con la reserva de la tutela para estos que se hace en la reforma; además, y por lo que ahora interesa, añade un nuevo párrafo al artículo 1903 CC, que pasa a establecer lo siguiente:

“Los curadores con facultades de representación plena lo son [responsables] de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”.

Comentaré brevemente ambas disposiciones, respectivamente referidas a la responsabilidad civil de la persona con discapacidad y a la de

³⁰ En el Derecho español existe una poco afortunada duplicidad de normas, no armonizadas, sobre la responsabilidad civil, tema que se regula en el Código civil cuando el ilícito no está tipificado como delito o falta y en el Código penal cuando sí lo está. Tal situación, que se arrastra desde el siglo XIX, plantea una multitud de problemas que no puedo tratar aquí; baste señalar que para mantener la coherencia del nuevo régimen de la discapacidad el Proyecto de Ley de 2020 modifica, además del citado artículo 1903 del CC, el primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 y el número 1ª del 120, ambos del Código penal. Por razones de espacio, no me detendré en el análisis de estos dos preceptos.

³¹ En el curso de la tramitación parlamentaria varias enmiendas propusieron la sustitución de la remisión a los arts. 1902 y 1903 del Código civil, a lo establecido en el Capítulo II, del Título XVI del Libro IV del Código civil, esto es, al régimen jurídico de la responsabilidad civil contenido en el texto codificado; la modificación es técnicamente acertada, por lo que, con probabilidad rayana en la certeza, se incorporará al texto definitivo de la ley.

uno de sus apoyos, en concreto, el curador cuando posea facultades de representación plena.

El texto reproducido en primer lugar acaba con la exención de responsabilidad civil de las personas con discapacidad mental o psicosocial cuando esta les impida calibrar el eventual alcance dañoso de sus actos. En síntesis, con la norma propuesta en Derecho español se eliminará en este tipo de situaciones el requisito de la imputabilidad civil y, como consecuencia, se puede decir, sin asomo de duda, que se cambia radicalmente el concepto de culpa del artículo 1902 CC hasta ahora sustentado por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia. Curiosamente, el cambio radical se produce sin que este último precepto, que contiene la cláusula general de responsabilidad civil, haya sido modificado ni siquiera mínimamente.

Es cierto que a pesar de la interpretación de la culpa del artículo 1902 CC como una idea puramente subjetiva, sustentada hasta ahora por la mayoría de los autores, en puridad no existe obstáculo alguno para entenderla de otra forma³², incluso de una puramente objetiva; y ello sin necesidad de cambiar ni un ápice el tenor literal de la cláusula general³³. Basta para demostrarlo el contraste con el Derecho francés, cuyo Código civil mantiene como se ha dicho una cláusula general muy similar a la española, lo que no ha impedido la interpretación objetiva de la “*faute*” por parte de los autores y la jurisprudencia del país gallo. Además, inte-

³² No faltan indicios sobre que en el Derecho español la culpa se concibió como hecho generador de la responsabilidad y no únicamente como criterio de imputación a su autor; es significativa la Base 21 de la Ley de Bases de 1888, que estuvo en el origen del Código civil español de 1889, de conformidad con la cual “... se fijarán los efectos de la culpa o negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos a cuyo cuidado o dependencia estuvieran los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona”. Es notorio que las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otras por cualquier razón son aquí calificadas directamente de culpables.

³³ Así lo entiende PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”, *InDret*, 2017-3, pp. 9-14, quien cree que “categorías como la de la imputabilidad o, en general, la culpabilidad —tan firmemente arraigadas, con buen sentido, en el ámbito del Derecho penal— no tienen cabida en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual”. También abogan por la concepción objetiva de culpa SEUBA, J.C./FARNÓS, E./FERNÁNDEZ, A., “Daños causados por personas con trastornos mentales”, *Indret*, 2/2004, pp. 1-28.

resa resaltar que incluso en el Derecho español, sin haber alcanzado ni mucho menos el punto al que ha llegado Francia, pueden atisbarse trazas jurisprudenciales en el sentido de que la culpa mencionada en el artículo 1902 CC no solo apela al grado de discernimiento del autor del acto ilícito, sino que también conlleva un elemento comparativo entre el comportamiento realizado y el comportamiento debido en el sentido de exigido por el ordenamiento, incluso con independencia del autor, lo cual introduce un factor de objetivación de la citada culpa³⁴; todo ello, por supuesto, sin necesidad de modificar el sacrosanto artículo 1902 CC³⁵. Obsérvese, además, que se trata de una genuina regla de responsabilidad del agente culpable, basada en una concepción objetiva de culpa que la equipara a la conducta jurídicamente desaprobada con independencia de su autor; por consiguiente, no estamos ante una obligación subsidiaria de indemnizar por equidad, al modo portugués, alemán o italiano.

³⁴ STS de 18 de marzo 2016, RJ 2016\983, en la que se puede leer: “La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC”. A continuación, y esto es lo que me interesa ahora resaltar, la sentencia añade “La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...”.

³⁵ La jurisprudencia menor recoge varios casos en los que claramente se parte de un concepto objetivo de culpa, precisamente en daños derivados de explosiones o incendios causados por enfermos mentales o personas ancianas con discapacidad mental, y en los que se aprecia la culpa prevista en el artículo 1902; entre otras SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 y SAP Barcelona de 1 de febrero de 2012, ambas citadas y explicadas por BERENGUER ALBALADEJO, pp. 28 ss.

Con el nuevo texto la culpa en sentido jurídico se desgaja de la idea tradicional que la vincula con la culpa moral del autor que daña, para centrarla en una nueva moralidad que piensa, sobre todo, en las víctimas y conforme a la cual, en la medida de lo posible y sea quien sea el autor del comportamiento que da lugar al daño, todas las víctimas han de ser resarcidas³⁶.

Pero es que, además, en mi opinión y tomando en consideración el nuevo paradigma sobre la discapacidad que dimana de la CDPD, creo que este renovado concepto de culpa también encaja mejor que la visión más tradicional en los postulados éticos y jurídicos derivados del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en iguales condiciones que los demás, tal y como exige el artículo 12 del texto convencional³⁷. Hablo ahora de una ética no centrada en la víctima del daño, sino precisamente en su autor: la que deriva de que la persona con discapacidad sea tratada, también a efectos de responder civilmente de sus hechos dañosos, sencillamente como las demás; en definitiva, que la persona con discapacidad no sea ni estigmatizada ni discriminada incluso a efectos de responder de sus actos³⁸.

³⁶ Como dice CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la V République*, París, Forum Flammarion, 1996, p. 152.

³⁷ Aunque el citado artículo 12 CDPD alude a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de los derechos y no menciona expresamente ni las obligaciones ni la correlativa responsabilidad, la lectura de los trabajos preparatorios evidencia que el concepto de responsabilidad se ha de considerar también implícito en este precepto, como se explica con más detalle en TORRES COSTAS, M^a.E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, pp. 327 ss; GARCÍA RUBIO, 2021, pendiente de publicación. Pone de manifiesto la correlación entre capacidad (patrimonial) y responsabilidad (patrimonial), LÓPEZ BARBA, p. 95. Por su parte, MEDINA ALDOZ, M. "Persona protegida y responsabilidad civil. Reflexiones de *iure condito* y Propuestas de *iure condendo*", en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Pereña Vicente, M. (dir.), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 457-493, considera que si la regla es la capacidad de obrar de todas las personas, ha de concluirse también el reconocimiento de la responsabilidad civil por los daños causados.

³⁸ En palabras de un autor francés, aunque con una fórmula que para su entera aceptación precisaría de la correspondiente adaptación terminológica, que una concepción errónea de la responsabilidad civil por culpa no lleve "à amputer les

En síntesis, la explicación de un cambio tan radical en torno a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad me parece sencilla: si la persona tiene capacidad, ha de tener también responsabilidad por los daños que cause, siguiendo las mismas reglas aplicables a cualquier otra persona³⁹. Si se prefiere decir de otro modo, la persona con discapacidad es titular de derechos, pero también de obligaciones, pues no puede haber capacidad sin responsabilidad, como expresamente se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley⁴⁰.

Por lo que respecta a la responsabilidad de quienes apoyan a la persona con discapacidad causante de un daño a un tercero, el texto reproducido más arriba menciona únicamente a los curadores con facultades de representación plena, para declararlos directamente responsables de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. De darse ambas circunstancias de modo cumulativo los responsables lo serán de manera solidaria con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso. En este caso, en virtud del último párrafo del citado artículo 1903 CC, serán los mencionados curadores quienes habrán de probar la ausencia de culpa por su parte.

Conviene advertir que este tipo de apoyo en la que el curador tiene facultades de representación plena se configura en el Proyecto de Ley como una situación absolutamente excepcional, que únicamente se dará en aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pueda ma-

malades mentaux d'une partie de leur humanité" (BRUN, 2018, 205). si preferimos las palabras de una parte muy importante de la doctrina anglosajona "to deny responsibility for actions is to deny one's status as a person (BROMBERGER, 2010, 424, resumiendo el pensamiento, que no comparte, de otros reputados autores pertenecientes al ámbito del *common law*).

³⁹ Como muy bien dijo en 2018 el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de ley que sirvió de antecedente al Proyecto de 2020 "El reconocimiento de plena capacidad a las personas con discapacidad implica, por lo demás, la atribución de la correspondiente responsabilidad civil".

⁴⁰ Don de se dice: "Asimismo la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno".

nifestar de ningún modo su voluntad, deseos y preferencias, ni pueda ser interpretada dicha voluntad a pesar de haberse hecho para ello un esfuerzo considerable⁴¹; se trata, pues, de situaciones límite en las que la interacción social de la persona concernida será probablemente escasa, por lo que es previsible que serán muy pocos los casos en los que esta responsabilidad del curador representativo pleno entrará en acción.

Nada obsta para que cualquier otra persona encargada de prestar apoyo que actúe negligente o dolosamente en el desempeño de sus funciones responda también por los daños causados a la persona que preste apoyo (vid. proyectado artículo 294 CC), o por los que esta cause a terceros, ahora en virtud de la cláusula general del artículo 1902 CC, siempre que tal desempeño se haya producido con culpa, entendida del modo objetivo más arriba indicado.

Respecto a la posible exoneración de responsabilidad tanto de los curadores mencionados en el art 1903 CC como de todos quienes presten apoyo y puedan incurrir en responsabilidad en virtud del artículo 1902 CC, es de interés plantear el valor que pueda tener el rechazo de la persona con discapacidad a utilizar el apoyo que precisa. Al respecto mi postura es que a pesar de que el Proyecto no reconoce de manera explícita que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo, tal posibilidad es una derivación necesaria del sistema propugnado por la CDPD que hace primar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración; por lo tanto, el rechazo al apoyo es un derecho que debería incluirse de modo expreso en la nueva Ley⁴² y que, de producirse, exoneraría de responsabilidad al encargado de prestarlo.

Pasando ya al Derecho portugués, permítanme comenzar señalando que los preceptos modificados en materia de responsabilidad civil con motivo de la Ley de 2018 sobre el mayor acompañado todavía son más escasos que en el Proyecto español. En realidad, solo un artículo del régimen de responsabilidad civil se ha visto expresamente afectado; se trata del artículo 488 CC donde, como ya se ha expuesto, se reconoce el requi-

⁴¹ GARCÍA RUBIO, 2017/2018, p. 182.

⁴² GARCÍA RUBIO, 2021, pendiente de publicación. En el mismo sentido en relación al Anteproyecto de 2018 y con justificaciones prolijas, TORRES COSTAS, 2020, pp. 340 ss.

sito de la imputabilidad para apreciar la responsabilidad al establecer que no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien “no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”. Este primer párrafo ha permanecido inmutable en la nueva Ley, la cual se ha limitado a suprimir en el segundo párrafo, donde se recoge una presunción legal de inimputabilidad, la mención al interdicto por anomalía psíquica, de modo que a partir de la entrada en vigor de la reforma la presunción de inimputabilidad solo afecta a los menores de siete años⁴³.

Es cierto que la inimputabilidad tal y como se define en el precepto citado no se basa en la discapacidad del agente, sino en que “por cualquier causa” se esté incapacitado para entender o querer; pero también lo es que muchas personas con discapacidades mentales, psíquicas o psicosociales pueden encontrarse en esta circunstancia y, por tanto, serán considerados inimputables aunque para ello el mayor acompañado o su acompañante hayan de probar tal situación. No estoy en absoluto convencida de que la mera supresión de la presunción del párrafo segundo sea suficiente para estimar que el trato dado en este punto por el Derecho portugués a las personas con este tipo de discapacidad sea del todo conforme con las exigencias de la CDPD.

No parece que sea suficiente para argumentar en contrario que estas personas con dificultades para entender y querer que causan daño a otro de manera involuntaria pueden responder por equidad en los términos del artículo 489.1 CC, pues como ya hemos tenido ocasión de exponer, esta responsabilidad es subsidiaria en relación con la de sus vigilantes, que serán los acompañantes en el caso del mayor acompañado. Esto quiere decir que el trato que reciben no es idéntico al de las demás personas, quienes responden directa y no subsidiariamente y cuya res-

⁴³ En la ya citada Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade, presentada en 2017, por el Centro de Direito da Família, esta supresión de la mención al interdicto por anomalía psíquica, del párrafo 2 del artículo 488, era, igualmente, la única modificación propuesta en el régimen del responsabilidad civil del Código portugués.

ponsabilidad no se halla limitada en los términos del párrafo segundo del citado artículo 489⁴⁴.

Por lo que respecta a la responsabilidad del acompañante, la reforma ha mantenido inalterado el artículo 491 CC y con él la presunción de culpa del vigilante del incapaz natural; si el acompañamiento conlleva esta condición, como parece deducirse la más de las veces del reformado artículo 138 CC, será el acompañante quien habrá de responder de los daños causados por el mayor acompañado, presumiéndose además su culpa en la labor de acompañamiento.

IV. Conclusión

Tanto el legislador portugués como el español han abordado la reforma del régimen de las personas mayores de edad con discapacidad, si bien está todavía inconclusa en el caso español, que en el momento de escribir estas líneas está a punto de aprobar la Ley de modificación del Código civil y otras leyes que afectan a la cuestión.

En el caso español la reforma va a suponer un cambio profundo en el régimen de responsabilidad civil de las personas que causan daño a otro, aunque carezcan de la facultad de querer y de comprender el alcance de sus actos; estas personas pasan a responder de los daños causados en idénticas condiciones que los demás. Con ello se modifica radicalmente la idea de culpa prevista en la cláusula general del 1902 CC español, que ha de ser considerada a partir de ahora en un sentido puramente objetivo equivalente al comportamiento que se aparta del exigido por el ordenamiento, con independencia de su autor; desaparece pues, al menos para los mayores de edad, el criterio de la imputabilidad como exigencia de la culpa.

No sucede lo mismo en el caso portugués, donde se mantiene el criterio de la inimputabilidad de los que involuntariamente se hallan incapacitados para entender y querer. Si bien se ha suprimido la presunción legal de que las personas con una discapacidad de este tipo son inim-

⁴⁴ Conforme al cual “A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos”.

putables, lo cierto es que en un buen número de casos la prueba de que efectivamente lo son parece sencilla, con lo que se sigue consagrando su irresponsabilidad por culpa y, con ello, su tratamiento no igualitario con el de las demás personas. Sigue existiendo la indemnización por equidad que se contemplaba antes y después de la reforma, a la que pueden estar obligados los mayores acompañados y en general las personas con discapacidad mental, en caso de que la víctima del daño causado por estas no haya podido obtener la reparación por parte de las personas encargadas de su acompañamiento o vigilancia. En ambos sistemas los encargados del acompañamiento o apoyo responden cuando faltan a sus deberes de cuidado para con el mayor acompañado o con discapacidad.

En síntesis, con toda humildad, pienso que el sistema adoptado por el Proyecto de ley español es más acorde con los principios de la CDPD y, más en concreto, con su artículo 12, en la medida en que impone la responsabilidad *tout court* de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás, lo cual, con los matices que he indicado, no hace el legislador portugués.

Es posible que algunos sigan siendo de la opinión de que la exigencia de imputabilidad civil a los mayores de edad y, por ello, la exención de responsabilidad de las personas que no alcanzan a prever las consecuencias dañosas de sus actos debido a una discapacidad mental o psicosocial que altera su voluntad y la percepción de la realidad, es una regla que las favorece y protege y que, precisamente por ello, se debe mantener. A mi juicio, lo que sucede en realidad es que las estigmatiza y las discrimina; la exención puede llevar a pensar a muchos que estas personas suponen un peligro para la sociedad que esta no está en condiciones de evitar salvo marginándolas e incluso aislándolas; con este planteamiento lo más conveniente sería, tal y como se ha venido asumiendo en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁴⁵, no tratar con ellas o hacerlo lo menos posible, pues la relación con estas personas incrementaría el riesgo de sufrir un daño, para el que en buena parte de los casos no habría reparación o esta no sería integral. En fin, consecuencias, todas ellas, poco compatibles con la inspiradora CDPD.

⁴⁵ Como señala TÁVORA Vítor, pp.125-126, la respuesta que solían dar los ordenamientos jurídicos a las personas con problemas en su capacidad de entender y de querer, era la de su confinamiento y la tendencial paralización de su actuación jurídica que pretendía resguardarlas de su propia actuación nociva.

No debemos olvidar, además, que el fundamento último de la responsabilidad civil en los sistemas español y portugués está en el resarcimiento de la víctima del daño, fundamento poco compatible con la tradicional exoneración de los considerados civilmente inimputables. En definitiva y desde todos los puntos de vista, creo que la regla que suprime el requisito de la imputabilidad para los mayores de edad, equiparando a quienes tienen discapacidad con quienes no la tienen a efectos de responder de sus actos, es la que deriva del artículo 12 CDPD y es, por añadidura, la más coherente con los principios que sustentan la responsabilidad civil.

LA TRIPLE RACIONALIZACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL O “BAREMO”

MIQUEL MARTÍN-CASALS*

Resumen: El trabajo analiza el proceso de elaboración y seguimiento del nuevo “baremo” o sistema valorativo legal español del daño corporal y la racionalización conceptual, económica y legislativa del nuevo sistema. Da cuenta de la creación de la “Comisión de Seguimiento” del sistema, de la “Guía de Buenas Prácticas” elaborada por esta Comisión para acompañar la puesta en marcha del nuevo sistema y de las líneas generales del “Informe Razonado” o evaluación ex-post de los tres primeros años de su funcionamiento.

Palabras clave: Nuevo “Baremo” de valoración del daño corporal. Procedimiento de elaboración, seguimiento y evaluación ex-post

* Catedrático de Derecho civil, Universidad de Girona, España. El autor también ha sido presidente de la Comisión de Expertos que redactó el borrador de Ley del baremo actual, y en la actualidad es presidente de los grupos de trabajo Jurídico y de Evaluación ExPost de la Comisión de Seguimiento del baremo.

Instituto de Derecho privado europeo y comparado · miquel.martin@udg.edu

ORCID ID orcid.org/0000-0003-1743-780X

Abstract: The work analyses the process of elaboration and follow-up of the new “Baremo” or Spanish legal system for the assessment of compensation for personal injury and the conceptual, economic and legislative rationalisation of the new system. It gives an account of the creation of the “Follow-Up Commission” of the system, of the “Guide of Good Practices” prepared by this Commission to accompany the start-up of the new system and of the general lines of the “Reasoned Report” or ex-post evaluation of the first three years of its operation.

Keywords: New Spanish “Baremo” for assessing compensation for personal injury; procedure of elaboration; follow-up and ex post evaluation

I. Introducción

El pasado 1 de enero de 2021 se cumplieron cinco años de la entrada en vigor de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*¹. Se trata de una Ley que ha puesto al día el llamado popularmente “baremo de autos” o, simplemente, “baremo”, que es el sistema de valoración de daño corporal que introdujo la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, *de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*² para valorar las indemnizaciones correspondientes a los daños corporales causados por accidentes de circulación. Como es bien sabido, la importancia de este sistema de valoración ha ido más allá de su propósito original. Después de un rechazo inicial, los tribunales de todas las jurisdicciones lo han ido adoptando como criterio de referencia para valorar los daños corporales en todo tipo de accidentes y, por esa razón, en la práctica, se ha convertido en un sistema general de valoración del daño corporal.

El nuevo sistema no es una simple reforma del anterior, sino que introduce cambios muy significativos, tanto en los conceptos jurídicos que desarrolla como en los criterios de cálculo que utiliza. La elaboración del propio baremo, el seguimiento de su puesta en práctica y las recomendaciones sobre su futura reforma constituyen también una novedad que, sumada a las dos anteriores, puede resumirse diciendo que se

¹ BOE núm. 228, de 23/9/ 2015,

² BOE núm. 268, de 9/11/1995.

ha producido una triple racionalización, jurídica, económico-actuarial y técnico-legislativa del baremo.

II. La racionalización jurídica: la clarificación de las partidas o conceptos perjudiciales indemnizables

La nueva ley sobre el baremo se incorporó al Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRCSCVM)³ como un nuevo Título IV que, con una extensión total de 112 artículos, está subdividido en dos capítulos. El primero incluye las disposiciones generales y las definiciones de los principales conceptos fundamentales introducidos por la nueva Ley. El segundo contiene tres secciones que se ocupan, respectivamente, de la valoración del daño corporal en los supuestos de muerte, secuelas (lesiones permanentes) y lesiones temporales. Las reglas que se establecen en el articulado de la Ley “se reflejan” en el conjunto de tablas que se contienen en el Anexo o, dicho de otro modo, las tablas no tienen un valor normativo autónomo, sino que se limitan a cuantificar los conceptos perjudiciales establecidos en la Ley, de acuerdo con los criterios que ella misma dispone, y que completan y desarrollan las llamadas “Bases Técnicas Actuariales”, recogidas en documento aparte.

El sistema asigna números arábigos a cada uno de los daños (1, muerte; 2, secuelas, 3, lesiones temporales) y letras a cada categoría de perjuicio (A, B, C), y esa codificación sirve para ordenar las tablas que lo desarrollan. Así, en cada uno de esos supuestos distingue, en el marco de los perjuicios extrapatrimoniales, el “perjuicio personal básico” (tablas 1.A, 2.A y 3.A) y los “perjuicios personales particulares” (tablas 1.B, 2.B y 3.B). Por su parte, los perjuicios patrimoniales se abordan en las tablas “C”, de “perjuicio patrimonial”, (tablas 1.C, 2.C y 3.C), que se refieren tanto al daño emergente como al lucro cesante. La mayor parte de las tablas se subdividen a su vez en otras como, por ejemplo, la 1.C.1, relativa a las indemnizaciones por lucro cesante que corresponden al cónyuge

³ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (BOE núm. 267, de 5/11/2004).

de la víctima fallecida, la 1.C.3, referida a las que corresponden al progenitor, o la 1.C.4 referida a las que corresponden a los hermanos en el mismo caso. Lo mismo sucede en el caso de secuelas donde, por ejemplo, la tabla 2.A.1 contiene un “baremo médico”, que clasifica, puntúa y da un código a cada una de las secuelas, y la tabla 2.A.2, que contiene un “baremo económico”, que convierte en euros los puntos de secuela asignados por el baremo médico, con un criterio decreciente a medida que aumenta la edad del lesionado.

El nuevo baremo define y perfila cada una de las partidas o conceptos perjudiciales que son objeto de indemnización y para ello separa, de manera estricta, los perjuicios patrimoniales de los extrapatrimoniales (“principio de vertebración”, art. 33 LRCSCVM). La mezcla de ambos tipos de perjuicios en algunas partidas del sistema anterior comportaba un grave problema porque, al impedir determinar qué parte correspondía a cada tipo de perjuicio, imposibilitaba saber a ciencia cierta qué se estaba indemnizando.⁴

Destaca también en el nuevo baremo el cuidado con el que se delimitan los conceptos que utiliza la Ley, recogidos algunos de ellos en un apartado de definiciones⁵, y la especial atención que dedica a perfilar los conceptos perjudiciales resarcibles y a plasmar los criterios que rigen su cálculo, cuestiones todas ellas que en el sistema anterior se abordaban a menudo de modo insuficiente y confuso. Así, por ejemplo, respecto al concepto perjudicial de “ayuda de tercera persona”, que indemniza el coste de asistencia no sanitaria de otra persona que necesita el lesionado para poder realizar las tareas de la vida ordinaria, no contaba en el baremo anterior con ningún criterio que sirviera para su cuantificación, ya que se limitaba a fijar un tope o cantidad máxima de unos 384.000 euros. El sistema actual, en cambio, establece un conjunto de criterios para determinar el número previsible de horas necesarias de ayuda de tercera,

⁴ Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley al señalar que con el nuevo sistema “se sistematizan y dotan de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) que el actual Baremo prevé de un modo significativamente simplista e insuficiente”.

⁵ Así, por ejemplo, los conceptos de “pérdida de autonomía personal”, “actividades esenciales de la vida ordinaria”, “gran lesionado”, “pérdida de desarrollo personal”, “prótesis”, etc. (cf. arts. 50 a 60 LRCSCVM).

en función del tipo de secuela y de la edad del lesionado⁶. El criterio utilizado en el sistema anterior para el cálculo del lucro cesante por secuelas era todavía peor, ya que lo calculaba, no en función de la pérdida económica que sufría el lesionado por no poder trabajar, sino en función de un “factor de corrección”, que era un porcentaje del importe del perjuicio extrapatrimonial que le correspondía por sus lesiones. Partía así de la idea de que tenía que existir siempre una relación directa entre la gravedad de las lesiones y su incidencia en la capacidad laboral, olvidando que esa incidencia puede ser muy distinta según cual sea la profesión o el tipo de trabajo que se desempeñe. En el nuevo sistema se abandona ese “factor de corrección” y se parte de la pérdida efectiva de ingresos netos que sufre el lesionado, que constituye un multiplicando que, una vez multiplicado por un conjunto de coeficientes, que forman parte de un multiplicador, determina la indemnización correspondiente⁷.

El nuevo sistema introduce además conceptos perjudiciales nuevos, más amplios que los del anterior baremo. Así, por ejemplo, en los supuestos de muerte no solo amplía las “categorías de perjudicados”, sino que, a diferencia del sistema anterior, que solo indemnizaba a determinados familiares cuando no existían otros más cercanos, otorga a cada perjudicado un importe fijo con independencia de que existan otros perjudicados o no, con lo que, por ejemplo, los hermanos del fallecido ahora se consideran perjudicados siempre, existan o no otros familiares y sea cual sea la edad de los hermanos. El círculo de perjudicados se amplía con una nueva figura, el llamado “allegado”, que es una persona que, aunque tenga un vínculo familiar remoto o no tenga vínculo familiar alguno, tiene un vínculo afectivo con la persona fallecida que se considera relevante cuando haya convivido familiarmente con ella durante un mínimo de cinco años anteriores al fallecimiento⁸. También se regula la pérdida de la cualidad de perjudicado de personas que, hallándose dentro del círculo de perjudicados, han roto los lazos afectivos con el fallecido⁹, y se reconoce legislativamente la figura de los “perjudicados funcionales

⁶ Arts. 120 a 125 LRCSCVM.

⁷ Arts. 126 a 133 LRCSCVM.

⁸ Arts. 62 y 67 LRCSCVM.

⁹ Art. 62.2 LRCSCVM.

o por analogía”, referida a las personas que ocupan el lugar o ejercen las funciones propias de familiares incluidos en el círculo de perjudicados¹⁰.

En el marco de las secuelas, con la finalidad de evitar la atomización de los perjuicios que sufre la víctima en sus más diversas actividades en multitud de perjuicios particulares, se introduce el llamado “perjuicio moral por pérdida de calidad de vida”¹¹, que engloba diversos aspectos. Así incluye tanto la pérdida de autonomía personal, que afecta las actividades esenciales de la vida ordinaria (p.ej. comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse, acostarse, etc.)¹², como la pérdida de desarrollo personal, que afecta las actividades mediante las cuales el perjudicado se realizaba como persona, tanto en su dimensión individual como social, por lo que incluye actividades relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y a la práctica de deportes, a la formación, etc.¹³. Finalmente, dentro de este amplio concepto también se incluye el perjuicio extrapatrimonial o moral derivado de la imposibilidad de desempeñar un trabajo o profesión, ya que la Ley considera que el trabajo, además de ser un medio de procurarse la subsistencia, supone un instrumento de desarrollo personal que incide directamente sobre la autoestima de la persona, la mantiene activa y la hace sentir útil. La ley opta, pues, por una valoración global de estos perjuicios particulares dentro del concepto genérico de “pérdida de calidad de vida” y distingue distintos grados de perjuicio (“muy grave”, “grave”, “moderado y “leve”)¹⁴.

En el campo del daño emergente o gastos generados por las secuelas, constituye novedad el pago al sistema público de salud de los gastos de asistencia sanitaria futura¹⁵. Por lo que respecta a demás perjuicios, que se resarcen directamente al lesionado, son también novedad la indemnización de los gastos de reposición de todas las prótesis y órtesis que el

¹⁰ Art. 62.3 LRCSCVM.

¹¹ Art. 107 LRCSCVM.

¹² Art. 51 LRCSCVM.

¹³ Art. 54 LRCSCVM.

¹⁴ Arts. 108 y 109 LRCSCVM.

¹⁵ Art. 114 LRCSCVM.

lesionado necesite a lo largo de su vida¹⁶ o la sustitución del concepto “de adaptación del vehículo”, incluido en la ley anterior, por un concepto más amplio, denominado “incremento de costes de movilidad”¹⁷, que contiene dicha adaptación, pero que permite indemnizar el incremento de costes con independencia de que se repare o no un vehículo para que pueda conducirlo el lesionado.

En el ámbito de las lesiones temporales también se sustituyen los antiguos conceptos de días no impeditivos y días impeditivos, hospitalarios o no, por la distinción entre un “perjuicio personal básico”, que es el que sufre el lesionado desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo, o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela,¹⁸ y un “perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida” que, de un modo paralelo a como hace la ley en materia de secuelas, atiende también a cómo la lesión temporal afecta la autonomía personal y las actividades de desarrollo personal del lesionado¹⁹. Como perjuicios extrapatrimoniales se indemnizan además los perjuicios causados por las operaciones quirúrgicas a las que deba someterse el lesionado.²⁰

Con relación a los perjuicios patrimoniales en caso de lesiones temporales la Ley distingue entre “gastos de asistencia sanitaria”²¹ y el nuevo concepto de “gastos diversos resarcibles”, que se refiere a todos aquellos gastos necesarios y razonables que genere la lesión en la vida ordinaria del lesionado y entre los que la Ley destaca, a título de ejemplo, “el incremento de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera y, en general, los gastos necesarios para que queden atendidos el lesionado o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba”²².

¹⁶ Art. 115 LRCSCVM.

¹⁷ Art. 119 LRCSCVM.

¹⁸ Cf. art. 136 LRCSCVM.

¹⁹ Cf. arts. 137 a 139 LRCSCVM. La simetría con las secuelas no es perfecta, ya que en lesiones temporales no se incluye el perjuicio per pérdida de calidad de vida leve.

²⁰ Art. 140 LRCSCVM.

²¹ Art. 141 LRCSCVM

²² Art. 142 LRCSCVM.

En definitiva, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, la reforma comporta, desde el punto de vista jurídico una “mejora manifiesta” del sistema anterior²³.

III. La racionalización del cálculo de las indemnizaciones: la introducción del cálculo actuarial.

El cálculo de las cuantías también se ha racionalizado y se ha hecho más transparente gracias a que se fundamenta en las llamadas “bases técnicas actuariales del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” (en adelante BTA)²⁴, que fueron elaboradas por un equipo de trabajo del Instituto de Actuarios Españoles²⁵ y que se componen de tres documentos. El primero establece la metodología de cálculo de indemnizaciones por lucro cesante de los perjudicados que dependían económicamente de la víctima fallecida; el segundo la metodología correspondiente al cálculo del lucro cesante del lesionado por incapacidad permanente y el tercero la correspondiente al cálculo de indemnizaciones por necesidad de ayuda de tercera persona. También se incorpora a las BTA la metodología de cálculo de las tres tablas

²³ Así, señala que “La reforma supone, finalmente, una mejora manifiesta del sistema vigente, tanto desde la perspectiva de su consistencia jurídica y de su estructura como, en general, de las cuantías indemnizatorias que incorpora; supone también un apreciable progreso en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados por los accidentes de tráfico y, en los términos en que se formula, mejora sustancialmente el sistema legal vigente, por lo que puede sustituirlo de un modo más justo y cabal”.

²⁴ Las BTA puede encontrarse en el web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Junta%20consultiva/JCOrden12122014/Bases_Tecnicas_Actuariales__Baremo__IAE__20140606__VF.PDF#search=bases%20tecnicas%20actuariales (Fecha de consulta: 1.11.2020).

²⁵ La Comisión de Expertos que trabajaba en el Borrador de Ley del nuevo baremo encargó al Instituto de Actuarios Españoles unas BTA que elaboraron dos grupos de trabajo de dicho Instituto, el Grupo de Trabajo Actuarial y el Grupo Técnico y de Base de Datos. En dichos trabajos también participaron dos reputados actuarios, miembros de la Comisión de Expertos del Borrador de Ley, los Sres. Manuel Mascaraque Montagut y Luis María Sáez de Jáuregui Sanz, que presidió el Grupo de Trabajo Actuarial del Instituto.

técnicas previstas en la Ley: la tabla técnica de coeficientes actuariales para la conversión entre capitales y rentas vitalicias (TT1); la tabla técnica de esperanzas de vida (TT2) y la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y ortesis (TT3).

Las BTA deben ser interpretadas en el contexto del propio texto articulado de la Ley 35/2015, por lo que incorporan las hipótesis que señala la Ley y solo formulan nuevas hipótesis cuando son necesarias para el cálculo y no están establecidas en su texto articulado. Las hipótesis que contienen las BTA no pueden ser interpretadas separadamente o aisladamente, sino que deben ser interpretadas en su conjunto, y deberán ser revisadas cada cierto tiempo para adaptarlas a los cambios socioeconómicos que se produzcan en la sociedad española.

Al adoptar y completar las hipótesis de cálculo contenidas en la Ley, las BTA explicitan qué criterios se utilizan para el cálculo de las cuantías que constan en las distintas tablas de perjuicios que se incluyen en el Anexo de la Ley. Así, por ejemplo, para calcular las indemnizaciones por lucro cesante del lesionado en caso de secuelas, la Ley parte de un modelo actuarial en el que el “multiplicando” se refiere a los ingresos netos que deja de percibir el lesionado en función de su grado de incapacidad (absoluta, total o parcial), o al valor del trabajo no remunerado que llevaba a cabo, en el caso de que se dedicara a las tareas del hogar o, incluso, a una estimación del lucro cesante que tendrán en el futuro aquellas personas, como menores o estudiantes, que todavía no se han incorporado al mercado laboral²⁶. El multiplicador es un coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combinar diversos factores, como la duración del perjuicio, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la tasa de interés de descuento o la deducción de las pensiones públicas²⁷. Las cantidades que se expresan en las tablas correspondientes (2.C.4 a 2.C.8) son el resultado del cálculo actuarial realizado de acuerdo con la metodología usada en el segundo documento de las BTA que, además de hipótesis económico-financieras previstas en la Ley, como la de la edad de jubilación a los 67 años, utiliza otras hipótesis como, por ejemplo,

²⁶ Cfr. arts. 83 a 85 LRCSCVM, para fallecimiento, y arts. 129 a 131 LRCSCVM, para secuelas.

²⁷ Cfr. art. 86 LRCSCVM, para fallecimiento, y art. 132 LRCSCVM para secuelas.

la que considera que los ingresos netos anuales del lesionado crecerán un 1,5 % hasta su edad de jubilación (tasa anual de crecimiento de los ingresos netos anuales), o las referidas a las tasas anuales de crecimiento de las bases de cotización (1,5 %), de crecimiento de las pensiones de la Seguridad Social (0,5%) o de crecimiento del Índice de Precios al Consumo (IPC) (2%), a las que se añade la hipótesis del tipo de interés técnico (3,5 %).

En el caso de necesidad de ayuda de tercera persona, la Ley establece el importe de la indemnización de esta partida en función del número de horas de ayuda que necesita el lesionado y de la previsible duración de la ayuda en atención a su edad. Las cantidades que se expresan en la tabla 2.C.3, son el resultado del cálculo actuarial realizado de acuerdo con la metodología usada en el tercer documento de las BTA, que tiene en cuenta, además de tales parámetros, el coste por hora de ayuda de tercera persona (que el art. 125.3 LRCSCVM cifra en el equivalente a 1,3 veces la hora del salario mínimo interprofesional) y la tasa anual de crecimiento del coste de dichos servicios (1,5%), las prestaciones de dependencia que pueda percibir el lesionado y su tasa anual de crecimiento (0,5%) y el tipo de interés técnico (3,5%).

En el momento de escribir estas líneas, se han elaborado ya unas nuevas BTA actuariales que actualizan todos los valores y que están pendientes de ser convertidas en Orden Ministerial para su entrada en vigor.

IV. La racionalización técnico-legislativa: la elaboración participativa de la Ley, el seguimiento de su aplicación y su evaluación ex post.

1. Los trabajos de la llamada “Comisión de Expertos”

A diferencia del sistema valorativo legal anterior, que fue elaborado por las compañías de seguros en el más absoluto secretismo y que se convirtió en ley gracias a la captura del legislador de la época, el nuevo sistema ha sido elaborado por un reducido grupo de expertos, constituido en setiembre de 2010 a propuesta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSYFP), que además de abogados y académicos, ha incluido representantes de las Asociaciones de Víctimas y de las entidades aseguradoras (UNESPA). En julio de 2011, una Orden Comunicada de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia convertía formalmente este grupo, al que ya se habían ido sumando representantes

de ambos ministerios, de la Fiscalía de Seguridad Vial, y del Consorcio de Compensación de Seguros, en una “Comisión de Expertos”²⁸, con el objeto de “elaborar un informe sobre la modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que figura como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor” (art. 1 Orden Comunicada).

La Comisión de Expertos acordó acometer la tarea de su informe mediante la elaboración de un texto articulado que, tras numerosísimas reuniones de trabajo a lo largo de más de tres años, se entregó a la DGSYFP en 2014 como texto consensuado por todos los miembros de la Comisión. Tras su paso por el Congreso y el Senado, y con muy pocas modificaciones, el texto presentado se convirtió en la Ley 35/2015, con el añadido de última hora, por parte del Ministerio de Justicia, de materias ajenas a la valoración del daño corporal pero que afectaban a aspectos procedimentales de la oferta y la respuesta motivada, prevista en la misma ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y que eran necesarias debido a la reciente despenalización de las faltas.

La Comisión de Expertos, consciente de las muchas novedades que incluía la Ley, y previendo la posibilidad de que, por el desconocimiento inicial de la nueva normativa, se realizaría una aplicación abusiva que fuera contraria a los intereses de los perjudicados, decidió establecer en su Borrador de texto articulado de la Ley una Disposición Adicional (en adelante DA), que se mantuvo como DA Primera en el texto aprobado, que preveía que los ministerios implicados en la elaboración de la Ley crearían, en el plazo máximo de un año a partir de su aprobación, una “Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración”. Esta Comisión tendría por objeto “analizar su puesta en marcha, sus repercusiones jurídicas y económicas y el sistema de actualización” y, además de responder a consultas o formular sugerencias, emitiría en el plazo máximo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un “Informe Razonado” que incluiría el análisis del funcionamiento de la nueva nor-

²⁸ La Orden Comunicada que estableció la llamada “Comisión de Expertos” puede consultarse en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/> ORDENCOMUNICADA.pdf (Fecha de consulta: 1.11. 2020).

mativa durante sus tres primeros años de vigencia y formularía sugerencias para su reforma.

2. Los trabajos de la Comisión de Seguimiento

La Comisión de Seguimiento se constituyó finalmente en 2017²⁹ y se organizó inicialmente en dos Grupos de Trabajo, el Grupo de Trabajo Jurídico y Grupo de Trabajo Actuarial. Tras constatar problemas de mala praxis en la aplicación de la Ley, empezó a elaborar una “Guía de Buenas Prácticas” (en adelante GBP)³⁰, que contiene un conjunto de recomendaciones que, de nuevo, son resultado del acuerdo de los diversos colectivos que forman parte de la Comisión de Seguimiento y que intervienen en la aplicación de la nueva normativa. La Guía no tiene por objeto substituir la tarea interpretativa de los tribunales en la aplicación del sistema valorativo legal, sino que aspira ser una herramienta útil para los operadores jurídicos con el objeto de fomentar la colaboración, la buena fe y la transparencia generalizadas en la aplicación de la normativa. Sin fuerza de ley, las recomendaciones que contiene gozan, no obstante, del respaldo que les otorga ser el resultado de un proceso participativo en el que interactúan los representantes de todos los sectores. A lo largo de estos años la Guía ha ido incorporando nuevas recomendaciones y constituye ya un cuerpo de más de cien recomendaciones sobre diversos aspectos de la aplicación de la Ley que ha sido acogido favorablemente

²⁹ La Orden Comunicada que constituyó la llamada “Comisión de Seguimiento” puede encontrarse en <http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Normativa/Orden%20Comisi%C3%B3n%20de%20Seguimiento.pdf> (Fecha de consulta: 1.11.2020).

³⁰ La “Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del baremo de autos de acuerdo con el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante LRCSCVM)” puede consultarse en <http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Publicaciones/BUENAS%20PRACTICAS.pdf> (Fecha de consulta 1.11.2020).

por la doctrina³¹ y por los tribunales, que a menudo la han utilizado en sus sentencias³².

Los problemas que ha intentado resolver la Guía también han sido de gran utilidad en la elaboración del “Informe Razonado” que preveía la DA Primera de la Ley. Más que como un simple informe, ese “Informe Razonado” se ha concebido como una evaluación ex post de la Ley 35/2015 en la línea de lo que ahora establece el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*³³. Dicho precepto, al referirse a la evaluación normativa y a la adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación, dispone que “[L]as Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas” y añade que “[E]l resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”.

³¹ Así, Vicente Magro Servet, “Los nuevos criterios de la comisión de seguimiento del baremo de tráfico”, La Ley 11459/2020, reputado especialista en Derecho de la circulación y magistrado del Tribunal Supremo, considera que la actividad de la Comisión de Seguimiento mediante la creación de la Guía de Buenas Prácticas es “una de las mejores prácticas que estamos comprobando que existe tras la aprobación de una ley”.

³² Entre otras, las sentencias de la AP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) Sentencia núm. 30/2019 de 8 mayo (JUR 2019, 199623); AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) Sentencia núm. 2/2020 de 20 enero (JUR 2020, 136822); TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia núm. 464/2020 de 8 junio (JUR 2020, 246572) y de modo especial, las distintas Secciones de la Audiencia Provincial de Granada, AP de Granada (Sección 3ª) Sentencia núm. 908/2019 de 30 diciembre (JUR 2020, 127451); AP de Granada (Sección 4ª) Sentencias núm. 244/2018 de 14 septiembre (JUR 2019,26440), núm. 286/2019 de 25 octubre (JUR 2020, 59127) y núm. 68/2020 de 6 marzo (JUR 2020, 220838); y AP de Granada (Sección 5ª) Sentencia núm. 259/2020 de 24 julio (JUR 2020, 330477). Interesante también la Sentencia del JPII de Martorell (Provincia de Barcelona) de 10 marzo (JUR 2020, 303349)

³³ BOE núm. 236, de 02/10/2015.

Cuando se redactó la DA Primera de la Ley 35/2015 que establecía la necesidad de la emisión de un “Informe Razonado”, se creyó que esa tarea recaería sobre algún organismo especializado de la Administración. No obstante, la disolución de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (AEVAL) mediante Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, obligó a la Comisión de Seguimiento a plantearse la creación de un Grupo de Trabajo de Evaluación ExPost³⁴, que ha sido el encargado de llevar a cabo la evaluación.³⁵ La evaluación se ha basado fundamentalmente en encuestas realizadas a los distintos operadores jurídicos, en transcripciones de las intervenciones de más de cuarenta expertos organizados en siete paneles de especialización³⁶ y en los informes de seguimiento de la frecuencia y características siniestrales del nuevo baremo de automóviles de los años 2016, 2017 y 2018 proporcionados por TIREA (Tecnologías de la Información y Redes para las Entidades Aseguradoras) a petición de la Comisión de Seguimiento. El “Informe Razonado” fue publicado en julio de 2020 por los ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital³⁷.

³⁴ El Grupo de trabajo ha contado con la ayuda de un Grupo de Apoyo, compuesto fundamentalmente por docentes y alumnos de diversas universidades españolas, con la colaboración de la Red de Excelencia «Red Temática sobre Derecho de Daños (DER2016-81751-REDT)» y del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universidad de Girona (UdG), y con la financiación de OFESAUTO.

³⁵ Es de prever que el nuevo “Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas” (IEPP), adscrito a la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, creado por Real Decreto 307/2020 de 11 de enero, sirva para asumir en el futuro las tareas de evaluación que establece la ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³⁶ Paneles de responsables de daños corporales de entidades aseguradoras; miembros de asociaciones de víctimas; miembros de la abogacía; miembros de la carrera judicial y fiscal; médicos valoradores de daño corporal; médicos forenses y actuarios.

³⁷ Puede consultarse aquí: <http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Publicaciones/informe%20razonado.pdf> (Fecha de consulta: 1.11.2020).

3. La evaluación expost que realiza el “Informe razonado”

El “Informe Razonado” analiza el funcionamiento del nuevo sistema valorativo durante los tres primeros años de su aplicación, en sus diversos aspectos, procedimentales, jurídicos sustantivos, médicos, económicos y actuariales, examina cuál ha sido su impacto económico, y formula 50 recomendaciones, adoptadas por unanimidad por la Comisión de Seguimiento, y 4 recomendaciones particulares formuladas por algunos miembros y colectivos de la Comisión.

En lo que se refiere a su impacto económico, compara los datos obtenidos de la aplicación efectiva del baremo con las previsiones del análisis que acompañaba el Anteproyecto de Ley. Como es bien sabido, el impacto económico y presupuestario de la norma planificada constituye uno de los apartados más importantes de toda Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante MAIN), documento que necesariamente debe acompañar los anteproyectos de ley y otros proyectos de textos normativos³⁸. Como que la MAIN debe ser redactada por el ministerio o centro directivo encargado de elaborar el texto normativo, no es muy habitual que dicho centro disponga de los medios humanos y materiales para realizar un estudio económico en profundidad. No obstante, en el caso del sistema de valoración del daño corporal de la Ley 35/2015, la Comisión de Expertos consideró que era importante que se realizara un amplio estudio de impacto económico que previera qué incremento de costes podía comportar para el sector asegurador la conversión en Ley del borrador de normativa que elaboraba para determinar si era viable o si, como habían augurado algunos altos funcionarios, era tan solo un loable ejercicio académico de precisión conceptual que resultaría inviable en la práctica.

A tal efecto, el análisis de impacto ex ante que finalmente acompañó la MAIN del Anteproyecto de Ley³⁹ fue el encargado por la Comisión de

³⁸ En aquel momento estaba vigente el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (BOE núm. 173, de 18/07/2009) que a los pocos años de aprobada la ley del baremo fue derogado por Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. (BOE núm. 276, de 14/11/2017), vigente en la actualidad.

³⁹ La MAIN de la Ley 35/2015 puede consultarse en <http://www.congreso>.

Expertos a TIREA, y discutido ampliamente en el seno de la Comisión, que se realizó mediante el procesamiento y tratamiento de una muestra suficientemente representativa de siniestros de accidentes de tráfico correspondientes al periodo 2005-2011 aportados por las entidades aseguradoras. Estas entidades representaban una cuota de mercado del 62% y se tomó ese periodo porque recogía años de comportamiento diverso de la siniestralidad (anteriores y posteriores a la crisis económica de 2008) y porque los siniestros correspondientes a esos años, en la mayoría de los casos, se encontraban íntegramente tramitados y pagados. Dicho estudio estimó que el nuevo sistema comportaría un incremento de las indemnizaciones por fallecimiento de un 50%, mientras que el incremento de indemnizaciones por secuelas se estimó en el 35%. En lo relativo a las lesiones temporales, en cambio, consideró que comportaría una reducción del 2%. Con esos datos, se estimaba que el impacto económico global del nuevo sistema sería de un incremento de las indemnizaciones de un 16,2 % en relación con las correspondientes a los años 2005-2011, que se consideraba asumible.

El análisis de impacto ex post que incluye el “Informe Razonado”, se ha realizado con datos de las entidades aseguradoras que suponen un 87% de cuota de mercado, y se ha llevado a cabo mediante la comparación de los importes económicos indemnizados por los siniestros a los que ya se ha aplicado el nuevo baremo, ocurridos en 2016, 2017 y, en la medida de lo posible, 2018, frente a los importes indemnizados por los siniestros ocurridos en 2015, a los que se aplicó el baremo anterior. El análisis ex post, aunque ha utilizado una metodología distinta por la dificultad que comportaba reproducir la que se había utilizado para el análisis ex ante, ha confirmado en gran medida tal análisis previo. Así, constata que las indemnizaciones por fallecimiento se han incrementado en el 59%, mientras que las indemnizaciones por secuelas se han incrementado en el 5%. No obstante, en el caso de secuelas, se ha producido un cierto “balanceo” o compensación entre las indemnizaciones por secuelas más graves (de más de 50 puntos), que aumentan un 60%, y las correspondientes a secuelas más leves (hasta 6 puntos) que se reducen

un 28%. En el caso de secuelas moderadas (de más de 6 puntos y menos de 50) se ha producido un incremento menor (de un 28%). La acusada reducción de las indemnizaciones de lesionados con secuelas leves, vinculada por regla general a las reclamaciones por traumatismo menor de columna vertebral (lesión popularmente conocida como “latigazo cervical”), se produce debido a un desplazamiento de las indemnizaciones de secuelas de 1 o 2 puntos a indemnizaciones exclusivamente por lesiones temporales. Por esa razón, los lesionados han dejado de percibir el importe correspondiente a esas secuelas, pero han recibido indemnización por lesiones temporales, lo que ha comportado un incremento de las lesiones temporales en un 14%. En resumen, el nuevo baremo ha dado como resultado que el incremento de costes totales, al comparar los siniestros ocurridos en el ejercicio 2015 con los siniestros ocurridos en el 2016, ha sido de un 11%, un incremento algo menor que el previsto en la evaluación ex ante.⁴⁰

Respecto a las recomendaciones de mejora regulatoria contenidas en el “Informe Razonado”, algunas voces críticas han señalado que la ley se debió hacer muy mal cuando, tras menos de cinco años de vigencia, los mismos actores sociales que intervinieron en su elaboración proponen de modo unánime que se introduzcan al menos cincuenta modificaciones. No obstante, dada la complejidad y extensión de la ley, 50 propuestas no son muchas y, además, el hecho de que existen decenas de propuestas de reforma de la Ley se explica por varias razones.

En primer lugar, porque muchas de las recomendaciones se refieren a pequeños ajustes que, en una visión perfeccionista, tienen por objeto clarificar y mejorar algunos de los aspectos que la Ley regula. Así debe entenderse la primera y más general de las recomendaciones unánimes contenida en el documento⁴¹, que aboga por que se incorporen a la Ley, o a textos normativos de rango inferior, las propuestas de la “Guía de Buenas Prácticas” que, como se ha indicado, no suponen en una alteración del texto en vigor sino una simple clarificación de su contenido tras detectar malas prácticas en su aplicación. En el mismo sentido deben entenderse muchas otras recomendaciones, como las referidas a clarificar

⁴⁰ Cf. “Informe Razonado”, p. 127-141.

⁴¹ “Informe Razonado”, p. 147, nm 8.1.

y potenciar la actuación de los médicos forenses, a ampliar el apartado de definiciones de la Ley, o extender el uso de alguna tabla técnica a otros supuestos parecidos.

En segundo lugar, muchas de las propuestas constatan que, una vez analizado el impacto real de la normativa, no se han materializado muchos de los temores manifestados por el sector asegurador respecto a la debacle que podía comportar la implementación de algunos aspectos nuevos del sistema valorativo, por lo que no tiene ningún sentido mantener muchas de las cautelas introducidas en la Ley. Así, por ejemplo, para poder alcanzar el consenso sobre la introducción de la indemnización de la pérdida de capacidad de realizar trabajo doméstico se tuvieron que adoptar restricciones y cortapisas que no solo han desmerecido la calidad técnica de la Ley, sino que tras varios años de aplicación práctica se han mostrado innecesarias⁴². Con relación a este concepto perjudicial no se ha producido la temida proliferación de infinidad de casos de personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar que hubieran de ser indemnizadas, ya que, en cuanto a las secuelas, el número de casos se ha mantenido alrededor del 4.5% de todas las víctimas indemnizadas por lucro cesante⁴³ y, en el caso de lesiones temporales, alrededor del 5%⁴⁴. Algo parecido puede decirse de la indemnización del lucro cesante de aquellas personas que todavía no han accedido al mercado laboral⁴⁵, que inicialmente generó un fuerte rechazo por parte del sector asegurador, o de la introducción de los “allegados” como nueva categoría de perjudicados en

⁴² Tal vez la más ignominiosa de esas cautelas es la del art. 143.4 LRCSCVM, que en el caso de lesiones temporales limita el lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar a una mensualidad en el caso de curación sin secuelas o de secuelas inferiores a tres puntos, seguida, tal vez de otros preceptos como los arts. 88.4 y 132.5 LRCSCVM que para calcular el lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar en los casos de muerte y secuelas, respectivamente, aplican las mismas tablas que se aplican al trabajo remunerado, que descuentan unas pensiones que las personas dedicadas a las tareas domésticas no perciben, e intentan compensar la deducción con un incremento que resulta a todas luces insuficiente.

⁴³ “Informe Razonado”, p. 85, gráfico 15: 4,07% (2016); 4,76% (2017) y 4,28% (2018).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 99, gráfico 19: 5,45% (2016); 4,68% (2017) y 4,52% (2018).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 85, gráfico 15: 1,24% (2016); 2,30% (2017) y 2,09% (2018).

caso de muerte, que también suscitó numerosos recelos ante el temor a una eventual multiplicación del número de allegados que el análisis de la puesta en práctica del baremo ha demostrado infundado⁴⁶.

En tercero y último lugar, hay recomendaciones que, efectivamente, suponen un replanteamiento de algunas reglas, pero, sobre todo, una ampliación. Hay cuestiones que no resuelven directamente las recomendaciones, sino que éstas se limitan a indicar que deben ser objeto de estudio para su mejora, como la relativa al uso obligatorio de la plataforma SDPLEX de tramitación de reclamaciones⁴⁷, al reparto de las cuotas de lucro cesante por la muerte de un familiar que en ocasiones puede dar lugar a disfunciones⁴⁸, o la referida al reconocimiento del perjuicio sexual que, como víctima secundaria, sufre el cónyuge o la pareja estable de la persona lesionada⁴⁹. Otras, en cambio, manifiestan la necesidad de ampliar el alcance de la Ley, como la relativa a la necesidad de añadir el reconocimiento de algún perjuicio particular más en el caso de fallecimiento⁵⁰ o de modificar algunos parámetros en beneficio de las víctimas⁵¹. En general, se refieren pues, a simples matizaciones o ajustes menores de la normativa actual.

Una propuesta de modificación importante constituye la recomendación particular formulada por la presidencia del Grupo de Trabajo, y secundada por los abogados y las Asociaciones de Víctimas, que da lugar a una recomendación contraria del sector asegurador, que la rechaza. La recomendación particular propone suprimir o, como mínimo, considerar simplemente indicativos, los límites o topes (“caps”) que establece la Ley

⁴⁶ *Ibidem*, p. 43, gráfico 4: 2,71% (2016); 3,09% (2017) y 1,74 (2018).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 149, Recomendación 8.1.9, referida al “Estudio del uso de la plataforma SDPLEX”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 154, Recomendación 8.1.23, referida al “Estudio de la modificación del sistema de la variable relativa a la cuota del perjudicado establecido por el art. 87 LRCSCVM”.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 157, Recomendación 8.1.31, referida al “Perjuicio sexual de cónyuge o pareja de hecho del lesionado”.

⁵⁰ Así, por ejemplo, la Recomendación 8.1.19, p. 153, que propone añadir como perjuicio particular en caso de muerte el fallecimiento en el mismo accidente de dos o más perjudicados del art. 62 LRCSCVM, con la excepción de los allegados.

⁵¹ Así, por ejemplo, las Recomendaciones 8.1.12; 8.1.13; 8.1.28; 8.1.36; 8.1.37, etc.

en la indemnización de los gastos generados por secuelas, como los relativos a las prótesis y ortesis, ayudas técnicas, adecuación de vivienda, incremento de costes de movilidad, etc. Esos topes no existen en el caso de lucro cesante, como se encarga de confirmar la interpretación llevada a cabo por la “Guía de Buenas Prácticas”⁵² para disipar dudas reticentes. Esos topes en perjuicios patrimoniales establecidos en la Ley respecto a los gastos vinculados con las lesiones permanentes reflejan y ponen en práctica una creencia muy extendida en el sector asegurador, que considera que el baremo no es solo un sistema de valoración de perjuicios sino también de limitación de las indemnizaciones.

Esa naturaleza bifronte del sistema de baremos, en mi opinión, es una de las grandes debilidades del sistema, que hace que sea repudiado en muchos países europeos, a pesar del aplauso que el nuevo baremo español pueda suscitar en el sector asegurador de algunos de esos países. En mi opinión, la inclusión de topes a la indemnización de perjuicios patrimoniales no es necesaria para la pervivencia del baremo y, además, es claramente contraria al principio de reparación íntegra que establece la propia Ley (cf. art. 33 LRCSCVM). El tope no puede justificarse en un pretendido “principio de objetivación” de las indemnizaciones, ya que la “objetivación de las indemnizaciones” no es un tercer principio del sistema, sino el objetivo o la finalidad del mismo, después de haber respetado los dos únicos principios que reconoce la Ley. Así lo indica el propio art. 33.1 LRCSCVM al establecer que “[L]a reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los *dos principios* fundamentales del sistema [énfasis añadido] para la objetivación de su valoración [énfasis añadido]”.

El tema daría no solo para un artículo mucho más largo que este, sino para decenas de libros. En todo caso, si bien el camino recorrido desde el anterior baremo hasta el actual ha sido largo y tortuoso, la triple racionalización jurídica, actuarial y técnico-legislativa llevada a cabo ha

⁵² A diferencia de la regulación de las diversas partidas de daño emergente, que remiten a los topes que constan en las tablas, la Ley no contiene ninguna referencia a que exista límite alguno en caso de lucro cesante, porque ese no era su propósito. Por su necesaria finitud, las tablas de lucro cesante alcanzan a tabular solo hasta los 120.000 euros netos anuales y la GBP indica en su apartado 3:1:2 b) qué criterios deben aplicarse para calcular el lucro cesante cuando los ingresos netos superan esa cantidad tabulada.

sido importante. También ha sido notorio el incremento de las indemnizaciones en caso de fallecimiento y de secuelas, en especial, en los casos de secuelas graves, que, con seguridad, será todavía mayor cuando se adopten las nuevas BTA y las recomendaciones formuladas en el Informe. No obstante, más allá de esa racionalización o de las mejoras económicas, una de las aportaciones más relevantes del nuevo baremo ha sido demostrar que, con paciencia y tesón, en un país poco habituado a este tipo de prácticas, se puede elaborar por consenso una norma compleja en la que confluyen intereses muy contrapuestos. Esperemos que esta práctica se mantenga.

O DANO-MORTE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, PORTUGUESA E OS VINDICATORY DAMAGES

NELSON ROSENVALD*

Resumo: Neste artigo apresentamos o modelo jurídico do dano-morte em uma aferição comparativa entre o direito português – onde apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais o conceito já está desenvolvido e aplicado, - com o direito brasileiro, que rejeita a aplicação desta figura jurídica ou sequer a insere nos debates da responsabilidade civil. O artigo também se serve da experiência da Europa continental e, principalmente, do contributo do common law, para encontrar uma alternativa viável pelo desenvolvimento da indenização reivindicatória.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; dano-morte; indenização compensatória; dano moral

Abstract: In this article we present the legal model of damage-death in a comparative assessment between Portuguese law - where despite the doctrinal and jurisprudential divergences the concept is already developed and applied, - with Brazilian law, which rejects the application of this legal figure or even the inserts in civil liability debates. The article also uses the experience of continental Europe and, mainly, the contribution of the common law, to find a viable alternative for the development of vindicatory damages.

Keywords: Extracontractual liability; damage-death; compensatory damages; moral damage

* Professor do corpo permanente do doutorado e mestrado do IDP/DF. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-doutor em Direito Civil na *Università Roma Tre*. Pós-doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra. *Visiting Academic Oxford University*. Professor Visitante na Universidade Carlos III. Doutor e mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC)

Sumário: I. Introdução; II. O dano *post mortem*; III. O dano ao morto enquanto vivo; IV. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas — 1. O dano reflexo à morte — 2 O dano pré-morte; 3. O dano-morte como terceira via; V. O dano-morte para além da função compensatória da responsabilidade civil: *vindictory damages*; VI. A quantificação do dano-morte; VII. Conclusão

“Não tema a morte porque — se houver morte — você não está lá e — e se você estiver lá — não há morte”

(Epicuro)

I. Introdução

Sinto-me honrado em ser um dos coordenadores e autores de um livro que introduz um diálogo entre a responsabilidade civil na área da saúde, com a obra do Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro, dados os seus importantes contributos nesta área do direito em uma vida dedicada à cátedra e a produção científica.

No direito civil brasileiro não há previsão legal para o chamado *dano-morte*. O dano que provoca a morte de uma pessoa é escassamente discutido pela doutrina e sumamente ignorado pela jurisprudência. Contudo, esta não é originalmente uma lacuna brasileira. Há muito, importantes doutrinadores tentam dar uma explicação ao aforismo do filósofo Epicuro. A sua advertência é clara: se a pessoa não mais existe, consequentemente não existe compensação pela privação de sua vida.

É da natureza das coisas que o fato jurídico morte descortina o cenário do direito das sucessões, envolvendo a conexão entre o óbito e as situações jurídicas advindas da transmissão do seu patrimônio.¹ Porém, por muito tempo o direito negligenciou a repercussão do fato jurídico morte em termos de responsabilidade civil, decorrente de uma conduta de terceiro que se coloca como causa adequada para a abrupta interrupção de uma vida.

¹ Art. 1784, Código Civil Brasileiro: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

E pior, sem que se perceba, a evolução do ordenamento brasileiro, consistiu apenas na preocupação com o dano reflexo sofrido por aqueles que ficam. Em um primeiro momento através de uma indenização por luto e pela estipulação de alimentos aos dependentes e, mais recentemente, pela consagração do dano moral a uma classe de pessoas que presumivelmente mantinha relações afetivas com a vítima de uma conduta antijurídica.

Porém, assim como ultimamente evoluímos no planejamento sucessório mediante a gestão convencional dos efeitos jurídicos do fato jurídico morte, cremos que há espaço para visualizarmos a morte enquanto fato ilícito, e as suas consequências sobre a pessoa do morto, não mais como “de cujus” e sim como vítima de um ato que de forma anômala mitigou o seu tempo de vida. Isto é fundamental, *o dano não pode ficar com quem o sofre*, sendo a morte um fato que deve desencadear uma indenização autônoma, transferindo-se o dano ao patrimônio do ofensor.

Três são as questões que se colocam: primeiro, se para além dos danos morais sofridos pelos parentes próximos, o fato da morte da vítima primária dá lugar a um dano autônomo indenizável (seja ou não morte instantânea); segundo, se os herdeiros do falecido têm o direito de reclamar os danos que o falecido sofre durante o período de tempo que decorre entre o dano e a morte. Terceiro, qual seria a natureza jurídica de uma indenização pelo dano-morte

II. O dano *post mortem*

Qual é o cenário jurídico brasileiro atual? Inexiste indenização pelo dano-morte, diante da supressão ilícita de uma vida. O fundamento para tanto consiste na própria falta da pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, a indenização possa ser consolidada. O paradoxal é que, como veremos adiante, torna-se economicamente muito mais vantajoso matar uma pessoa instantaneamente do que lentamente e, de fato, mais barato matar rapidamente do que feri-la gravemente.

Face à impossibilidade jurídica da indenização pelo dano-morte, quais são as alternativas que se colocam? Antes de tratarmos propriamente dos danos que nascem da morte em si, cabe referenciar brevemente os danos decorrentes de atos ilícitos posteriores ao óbito e totalmente desvinculados do fato jurídico que ensejou a morte. Intitulo-os como “danos post mortem”.

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil² defere tutela *post mortem* aos membros da família pela ofensa à memória do falecido. Cuida-se de uma tutela póstuma da personalidade em atenção a bens jurídicos que não fenecem com o seu titular. Se é evidente que a morte é o marco temporal da extinção dos direitos da personalidade, o legislador reconhece a sua projeção em prol dos membros da família diante de uma violação da honra, bom nome e imagem do *de cuius*, após o seu passamento. Nesse primeiro plano não está em jogo um bem jurídico de titularidade originária do falecido transmitido por efeito hereditário.

O Enunciado 400 do Conselho de Justiça Federal bem situa o escopo da norma: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”. Por conseguinte, em razão do dano reflexo, nasce uma legitimação por direito próprio aos familiares, havendo ilegitimidade por parte do espólio para agir, pois como uma universalidade de direito, apenas atuará em questões patrimoniais.³ Apesar do rol taxativo dos beneficiários, é possível ampliar o círculo de legitimados, não apenas em favor de companheiros, porém, mesmo para pessoas que não tenham laços de parentesco, desde que na concretude do caso fique provado o real vínculo afetivo com o falecido. Como regra geral, tem-se que a reparação será *in re ipsa* para o grupo familiar, sendo necessária a prova da conexão afetiva para os demais casos.⁴

² Art. 12 Código Civil Brasileiro: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

³ Questões outras surgem sobre a indenização do dano *post mortem*. Ilustrativamente, o Enunciado 398 do Conselho de Justiça Federal proclama que “As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma”. Emerge a controvérsia sobre a natureza do rol é *numerus clausus* e a limitação subjetiva de beneficiários, bem como, se em simetria, pode-se também discutir se deve ser negada a indenização nas situações excepcionais em que se demonstre que apesar do vínculo legal familiar, não subsistem os laços de afeição, como no caso de abandono afetivo ou matrimônio com longa separação de fato.

⁴ Em relação a outras situações, o STJ tem afirmado que o valor pode variar, pois

III. O dano ao morto enquanto vivo

O legislador não disciplinou exclusivamente a *fattispecie* do dano *post mortem*. De acordo com o art. 943 Código Civil Brasileiro: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. O preceito se aplica as lesões e violações de caráter patrimonial ou extrapatrimonial que se verificaram enquanto a vítima vivia e não tiveram como efeito a morte. O óbito não guarda conexão com o fato ilícito que lhe antecedeu.

No final de 2020 o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 642, com o seguinte teor “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.⁵ O mérito da referida súmula consiste em fracionar as duas hipóteses que dão azo à compensação dos danos: quando a morte ocorre no curso da ação proposta pela vítima e, alternativamente, nos casos em que a morte se verifica sem que sequer o ofendido tenha ingressado com uma pretensão em juízo. Isso significa que no direito brasileiro, tanto o dever de ressarcir é transmissível através de herança, como o direito de exigir reparação (Art. 943, CC)⁶. Neste último caso, a meu juízo, excepcionar-se-ia tal possibilidade se a vítima expressamente renunciou a este direito em vida.⁷

o sofrimento pela morte do familiar atinge os membros do núcleo em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da indenização: “consoante a jurisprudência sedimentada nesta corte superior, são legitimados para a propositura de ação indenizatória em razão de morte de parentes, o cônjuge ou companheiro (a), os descendentes, os ascendentes e os colaterais, de forma não excludente e ressalvada a análise de peculiaridades do caso concreto que possam inserir sujeitos nessa cadeia de legitimação ou dela excluir”(STJ, AgRG no REsp 1.283.764).

⁵ STJ — Súmula 642, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2020, DJe 07/12/2020

⁶ Art 943. CC: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

⁷ No mesmo sentido, no DCFR os sucessores do falecido herdarão todos os direitos que o falecido poderia ter exercido em vida. Apontam, no entanto, uma exceção a esta regra geral, de modo que caso o falecido tenha declarado que não apresentaria qualquer pedido de indenização pelos danos, será entendido que re-

Com efeito, se a ação fora proposta e no seu curso o autor vem a falecer não parece haver dúvida sobre a possibilidade de os herdeiros darem continuidade à demanda, conforme sinalizado no parágrafo. 2, II, do art. 313 do CPC/15.⁸ Diferentemente de uma ação de divórcio, evidentemente intransmissível pela sua natureza personalíssima — o que dará ensejo à extinção do processo —, a pretensão compensatória ostenta natureza patrimonial, integrando o patrimônio do falecido que se transmite aos herdeiros.

Contudo, ainda que a demanda não tenha sido proposta em vida, dessume-se do já referido art. 943 CC a consagração legal da noção de que mesmo desconexa ao fato ilícito antecedente, a morte posterior da vítima extingue a sua personalidade e não o dano consumado, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Não cabe a aplicação da regra “*actio personalis moritur cum persona*”. O direito da personalidade da tutela a integridade psicofísica, não pode ser confundido com o direito à reparação dos danos sofridos em decorrência da lesão, pretensão de natureza patrimonial. Ainda que o ofendido, em vida, não tenha promovido a ação de ressarcimento, poderão os familiares iniciá-la se em vida se a vítima não tenha expressamente renunciado a essa pretensão.⁹ O direito de exigir re-

nunciou a esse direito, com o qual o pedido não passa para seus herdeiros como parte de seu espólio (Grupo de Estudo sobre um Código Civil Europeu ACQUIS GROUP] [2009, p. 3227]).

⁸ § 2º, ART. 313, Código de Processo Civil Brasileiro: “Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte: II — falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito”.

⁹ Apoiamos tal posicionamento, porém reconhecemos que os argumentos a favor da intransmissibilidade *mortis causa* do crédito indenizatório por dano moral são, fundamentalmente, os seguintes: o primeiro é o incumprimento da função reparadora da responsabilidade civil, na medida em que já não é possível indenizar o sofrimento da pessoa quem sofreu (o falecido). Assim, se a reclamação de tais danos fosse transferida *mortis causa* aos herdeiros, o responsável seria punido com o pagamento da referida indenização, não cabendo atualmente a função punitiva de responsabilidade civil no direito brasileiro. O segundo argumento é o caráter

paração é transmissível; é um crédito, embora ilíquido, a que os herdeiros fazem jus. Tem-se, aqui, a natural regra de que os direitos e ações da pessoa se transferem aos herdeiros no momento de sua morte.¹⁰

IV. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas

Apesar do dano-morte como modelo autônomo ser o propósito deste escrito, é inegável que, enquanto fato ilícito pluriofensivo, a morte consiste em um dano que acarreta outras repercussões, em maior ou menor medida acolhidas em diversos sistemas jurídicos. Em um primeiro nível, os familiares mais próximos sofrem danos extrapatrimoniais e os dependentes econômicos fazem jus a danos patrimoniais. Todavia, não podemos nos olvidar do dano experimentado pelo próprio morto, seja pela lesão à vida, como, eventualmente, pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a morte. Todas essas possibilidades serão discutidas a partir da exegese do artigo 948 do Código Civil.¹¹

1. O dano reflexo à morte

O art. 948 do Código Civil defere danos reflexos patrimoniais (explicitamente) e extrapatrimoniais (implicitamente) ao cônjuge e parentes, como um direito próprio dos familiares — não adquirido por via sucessória —, com base na lesão às suas esferas econômica/existencial, pela morte do entre querido. Discute-se ainda se a indenização aos familiares é devida apenas em caso de morte da vítima — hipótese expressa — o

altamente pessoal do direito à integridade psicofísica e com ele a dor que sua violação implica. Sustenta-se que a transmissão *mortis causa* aos herdeiros do falecido do direito de reclamar a reparação do dano que, na medida em que afete o interesse muito pessoal da vítima, pertence apenas à vítima.

¹⁰ O STJ reafirmou em 2018 que “de acordo com a jurisprudência dessa corte, o direito à indenização de danos morais ostenta caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível ao cônjuge e aos herdeiros do de cujus” (STJ, AgInt no AREsp 711.976).

¹¹ Art. 948 do Código Civil Brasileiro: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I — no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II — na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

igualmente quando a vítima sofra lesão grave de que não resulte a morte e que comprometa gravemente a vida pessoal e familiar dos que são próximos.¹²

Nada diferente do que ocorre nas jurisdições europeias quando fazem referência às vítimas secundárias (lesados indiretos) e discutem se serão ou não indenizadas em razão do ato antijurídico que provocou a morte do familiar, conforme questões de causalidade e o fim de proteção da norma: em concreto, coloca-se se o dano foi “causado” aos parentes pelo responsável e se a finalidade da norma infringida era a de tutela os direitos dos familiares.¹³

¹² Superior Tribunal de Justiça, Informativo nº 459: 6 a 10 de dezembro de 2010: “Trata-se de REsp em que a controvérsia é definir se os pais da vítima sobrevivente de acidente de trânsito têm legitimidade para pleitear compensação por danos morais, considerando-se que, na espécie, a própria acidentada teve reconhecido o direito a receber a referida compensação por tais danos. A Turma assentou que, não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido a ele ligados afetivamente postularem, conjuntamente com a vítima, compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. Observou-se que se trata, na hipótese, de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores, ora recorridos. Assim, são perfeitamente plausíveis situações nas quais o dano moral sofrido pela vítima principal do ato lesivo atinja, por via reflexa, terceiros, como seus familiares diretos, por lhes provocar sentimentos de dor, impotência e instabilidade emocional. Foi o que se verificou na espécie, em que postularam compensação por danos morais, em conjunto com a vítima direta, seus pais, perseguindo ressarcimento por seu próprio sofrimento decorrente da repercussão do ato lesivo na sua esfera pessoal, visto que experimentaram, indubitavelmente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa, como reconheceu o tribunal de origem, ao afirmar que, embora conste da exordial que o acidente não atingiu diretamente os pais da vítima, eles possuem legitimidade para pleitear indenização, uma vez que experimentaram a sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde familiar (REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andriighi, julgado em 7/12/2010).

¹³ Uma peculiaridade é o direito espanhol, pois a legitimação ativa de vítimas secundárias não se encontra referido no Código Civil, porém está expressamente previsto no artigo 113 do Código Penal, no que se refere à responsabilidade civil ex delicto:

Inicialmente, ao prever o pagamento das despesas com o tratamento da vítima e seu funeral, o inciso I do art. 948 se refere à compensação de danos patrimoniais relativos aos cuidados com o falecido no período entre a lesão e o seu enterro. Abrange todos os gastos para mantê-lo vivo (despesas hospitalares que surgem da tentativa frustrada de cura do falecido) e os desembolsos efetuados para as últimas homenagens. Incluímos ainda os lucros cessantes, como, por exemplo, a receita líquida que o falecido poderia ter obtido no exercício de sua profissão no intercurso entre o fato ilícito e o passamento. Isso significa que se houver um intervalo de tempo entre a lesão e a morte da vítima, e ela falecer antes do reconhecimento do crédito de indenização, nasce uma reparação em favor da vítima pelo dano sofrido durante esse intervalo, o qual é transmissível aos herdeiros. Contudo, não será assim se a morte for instantânea, caso em que os herdeiros só poderão reclamar as despesas do sepultamento. Não existindo definição quanto ao montante das despesas funerárias, considera-se que o mais adequado é que a jurisprudência aplique, em cada caso, o teste de razoabilidade, de modo que apenas as despesas consideradas moderadas sejam reparadas, jamais as luxuosas e extraordinárias.¹⁴

Em complemento, quando o inciso II do art. 948 se refere à “prestação de alimentos”, cuida da repercussão do dano experimentado pelo falecido na esfera material de alguém que dele era dependente e receberá uma pensão mensal, como espécie de lucros cessantes, cujo valor será fixado de acordo com as possibilidades econômicas do ofensor e as concretas necessidades dos dependentes do falecido. Portanto, lucros cessantes no período intermediário entre o ilícito e a morte beneficiam os herdeiros, enquanto lucros cessantes posteriores ao óbito apenas se direcionam aos dependentes econômicos. Ademais, o legislador consagra uma exceção ao princípio geral de que só ao titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado assiste direito a indenização, aí se abrangendo terceiros reflexamente prejudicados com o evento danoso. Contudo, esse direito não é de atribuição direta e automática às pessoas

“A Indenização por danos materiais e moral inclui não só as que foram causadas à vítima, mas também as que foram irrogadas a seus familiares ou terceiros”.

¹⁴ No mesmo sentido, o DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), cujo art. VI.-2: 202 (b) também indica explicitamente o mesmo critério de razoabilidade.

indicadas na norma. Só existirá se (e na medida em que) for demonstrada a facticidade em que necessariamente terá que assentar.¹⁵

Em matéria de danos reflexos extrapatrimoniais, duas são as possibilidades afirmativas, conforme a hermenêutica do art. 948. Podemos compreender a expressão “luto da família”, ao final do inciso I, como correspondente ao dano moral indireto, por direito próprio dos parentes pela morte do ente querido. Alternativamente, servimo-nos simplesmente do conceito jurídico indeterminado “sem excluir outras reparações”, que se encontra na parte derradeira do *caput* do art. 948, para compreendermos que o legislador dedicou os incisos I e II aos danos patrimoniais, mas não fechou as portas às emanações existenciais por “ricochete” do ilícito que redundava na morte.

A morte de uma pessoa configura uma lesão à personalidade dos que se integram em seu núcleo familiar, sendo explicada a questão imputacional pelo impacto que a morte de uma pessoa em seu seio familiar, pelo fato da pessoa não viver no isolamento. Como sinaliza Mafalda Miranda Barbosa¹⁶ “aquele que erige uma esfera de risco/responsabilidade pondo em causa a vida de uma pessoa, tem de ter aventado a possibilidade da lesão desses terceiros que com a vítima estabelecem uma plena união, porque com a morte daquele, é também uma parte do próprio familiar

¹⁵ Certamente, a maior garantia à preservação do mínimo existencial dos lesados indiretos será a prestação de alimentos, que serão pagos pelo ofensor ou responsável em prol daqueles a quem a vítima direta necessariamente os devia. Importante situação é a que envolve o falecimento de pessoa responsável pelo sustento do lar, especificamente a morte do marido, de quem dependia (economicamente) a esposa, ou vice-versa, a pensão não mais se estende até um limite rígido, tal e qual a data em que a pessoa falecida completaria 65 ou 70 anos, pois será preferível reconhecer que a idade de sobrevivência não é estanque, visto que se consideram vários elementos para sua fixação, como habitat, alimentação, educação e meios de vida. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça tem buscando um referencial para sua fixação por meio da adoção dos critérios da tabela de sobrevivência da Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Trata-se de presunção jurisprudencial construída acerca da sobrevivência provável que teria a pessoa se não tivesse sido atingida pelo dano. Ilustrativamente, Recurso Especial n. 1.311.402-SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, Publicada em 7/3/2016.

¹⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Considerações a propósito dos danos morais reflexos*. Cadernos de direito privado. Jan-Mar 2014, nº 45, p. 3-18.

que se perde irremediavelmente, mesmo tendo em conta o reencontro futuro numa outra forma de vida”.

Aliás, se considerarmos a expressão “luto da família” como relativa exclusivamente ao sentido psicológico de um “processo durante o qual um indivíduo consegue desligar-se progressivamente da perda de um ente querido”,¹⁷ não há razão para nos abstermos de um outro debate, qual seja, o fato de que o sofrimento inerente ao luto pode por vezes gerar um comprometimento psíquico duradouro. Embora estudos empíricos comprovem que a morte inesperada e súbita de um ente querido seja a mais frequente experiência traumática e uma importante questão de saúde pública, por razões desconhecidas não existe responsabilidade civil por acometimentos psiquiátricos causados pela perda repentina da pessoa próxima. Os tribunais ressaltam que a conduta ilícita é uma só, e suas consequências não podem variar de acordo com as particularidades de cada vítima que sofre o dano reflexo ou por ricochete.

Em reforço a este dado, ao contrário do que ocorre no direito alemão, no Brasil não se concede aos familiares do falecido o chamado “dano de choque nervoso” (“*schockschaden*”), que é fruto de uma interpretação elástica dos tribunais sobre o conceito de dano à saúde, contido no §823 do BGB.¹⁸ Ou seja, por aqui não contamos com uma reparação autônoma em favor de familiares que presenciaram o momento da morte e efetivamente sofreram um abalo psíquico pelo evento em si, fato que transcende a perda pelo falecimento do ente querido, igualmente experimentada pelos demais parentes ou pessoas de sua íntima relação. Enfim, em razão do receio quanto à indiscriminada abertura de comportas para múltiplas indenizações por danos consequentes à imediata verificação de um único evento, os tribunais optam por restringir o número de demandantes.¹⁹

¹⁷ in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/luto> consultado em 12-12-2020

¹⁸ Seção 823 — Responsabilidade por danos (1) A pessoa que, intencionalmente ou por negligência, lesar ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é responsável por indenizar a outra parte pelos danos daí decorrentes”.

¹⁹ “É certo que a solução de simplesmente multiplicar o valor que se concebe como razoável pelo número de autores tem a aptidão de tornar a obrigação do causador do dano demasiado extensa e distante de padrões baseados na

Se, ao contrário de outros sistemas,²⁰ é pacífica no Brasil a concessão do dano reflexo extrapatrimonial como decorrência da morte, foge ao escopo deste artigo a amplíssima discussão acerca da legitimação para a percepção da indenização. Dentre as inúmeras fontes de controvérsia poderíamos situar as seguintes: O dano moral para os parentes é *in re ipsa*, ou requer-se a prova da conexão espiritual? Como se dá o concurso entre os parentes do falecido: os mais próximos excluem os mais remotos? Seriam os beneficiados apenas os componentes do estrito grupo familiar ou haveria uma extensão àqueles com quem o falecido mantivesse forte laço afetivo? Como se não fosse bastante, todas essas questões não excluem o árduo enfrentamento da quantificação do dano extrapatrimonial reflexo. Certamente há a opção de intervenção legislativa para a resposta rígida a todas estas indagações.²¹ Nada obstante, na dupla alternativa entre um sistema inflexível e um sistema dúctil de reconhecimento da legitimidade dos lesados indiretamente para reclamar indenizações por danos não patrimoniais por morte, os textos europeus que elaboram princípios

proporcionalidade e razoabilidade. Por um lado, a solução que pura e simplesmente atribui esse mesmo valor ao grupo, independentemente do número de integrantes, também pode acarretar injustiças. Isso porque, se no primeiro caso o valor global pode se mostrar exorbitante, no segundo o valor individual pode se revelar diluído e se tornar ínfimo, hipóteses opostas que ocorrerão no caso de famílias numerosas. 6. Portanto, em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família da vítima, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor” (REsp 1127913/RS Relator p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão 4.T DJe 30/10/2012).

²⁰ O exemplo mais claro a esse respeito é a Alemanha. As disposições do BGB dedicadas a este assunto (§ 844 e segs.) Não preveem indenização por danos não patrimoniais a favor de uma parte indiretamente lesada devido à morte de outro membro da família. A referida norma passou incólume à reforma de 2002.

²¹ Por outro lado, ao contrário de outros ordenamentos, no domínio específico dos acidentes automobilísticos, no Brasil não há um sistema de escalas, que atue como um conjunto de normas convencionalmente estabelecidas para avaliar danos reflexos em que caberia ao legislador indicar, além do montante da indenização, quem são os lesados que podem reclamar o dano morais em caso de morte da vítima.

gerais para a harmonização do Direito Europeu de Danos sem dúvida optam pelo segundo deles (PETL e DCFR).²²

Uma última observação: tendo em consideração que a justificativa para a indenização é a relação de dependência entre a origem dos danos causados às vítimas secundárias e os causados à vítima primária — vez que os danos reflexos não existiriam se os danos diretos não existissem anteriormente — torna-se fundamental a questão da causalidade, na medida em que a contribuição do comportamento da vítima primária para o dano impactará na extensão da reparação solicitada pelas vítimas secundárias, mediante mitigação proporcional do *quantum* indenizatório.²³

2. O dano pré-morte

Superada a aferição dos danos reflexos à morte direcionados aos familiares e em antecedência ao exame do dano-morte diretamente sofrido pela vítima, pretendemos enfrentar uma terceira categoria de danos conexos à morte como fato ilícito: o dano pré-morte, isto é, danos vivenciados pelo *de cuius* antes do passamento.

No direito italiano, em recente caso julgado na *corte di Cassazione* (Sentenza 8580/2019), decidiu-se sobre a morte de um trabalhador que contraiu mesotelioma pleural, devido à inalação de fibras de amianto no trabalho. Nesta oportunidade, negou-se a indenização pelo dano tanatológico, pela falta da própria pessoa a quem a privação do bem se conectava. Porém, a mesma decisão condenou o empregador por outras duas

²² O Artigo 10: 301 (1) PETL estatui que “[...] dano imaterial também pode ser indenizado para aquelas pessoas próximas à vítima de um acidente fatal ou ferimento muito grave.” Por sua vez, o artigo 2: 202 (1) DCFR estabelece que os danos imateriais causados a uma pessoa física devido à morte de outra pessoa constituem um dano juridicamente relevante se, no momento da morte, essa pessoa estava em um relacionamento pessoal particularmente próximo da pessoa falecida.

²³ A art. 8: 101 (2) PETL trata expressamente da incidência da conduta ou atividade concorrente da vítima quando é solicitada indenização em caso de morte, concluindo que tal conduta exclui ou reduz a responsabilidade. Em complemento, o art. 5: 501 DCFR não se refere apenas à culpa concorrente, mas em geral às causas de exoneração que poderiam ter sido alegadas contra o falecido no caso de não ter morrido e que, em virtude disso, estendem-se as pessoas que têm certos direitos após a morte.

indenizações ao falecido e transmissíveis *jure hereditatis*: o chamado dano biológico terminal (“danno terminale”) — quando a morte ocorre após um período considerável da data do dano — e o dano moral terminal (“danno catastrofale”), consistente no sofrimento da vítima, que convive conscientemente com a iminência do fim da própria vida, no prazo entre o ato ilícito e a morte.²⁴ O dano biológico é um dano-consequência à saúde, consistindo nas sequelas debilitantes que caracterizam a real duração da vida do acidentado desde o momento da lesão até a morte. A avaliação da consequência do dano pressupõe que os efeitos prejudiciais realmente ocorreram, sendo necessário, para tanto, que tenha decorrido um “período de tempo apreciável” entre o fato lesivo e o momento da morte. Em contraposição, quanto ao denominado “dano moral” subjetivo denominado “dano catastrófico”, consiste no estado de sofrimento espiritual íntimo sofrido pela vítima que testemunha o desenvolvimento progressivo do perecimento de sua própria condição existencial até o fim da vida, demandando a indenização a prova da percepção consciente e lúcida da inevitabilidade do próprio fim.

O dano moral terminal do direito italiano se acerca da figura do *dano intercalar* no direito português, que consiste na conversão económica da dor e angústia sofridas pela vítima durante o período que medeia o fato ilícito e a morte. O dano intercalar seria uma espécie de dano pré-morte que se concretiza nos casos em que a morte é antecedida por um período de clausura hospitalar e dolorosos tratamentos que perspectivam o

²⁴ *Cassazione Civile, Sez. Lav., 27 marzo 2019, n. 8580 — Morte per mesotelioma pleurico* “A compensação por perda de vida está excluída. Na verdade, falta a pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, o prêmio em questão possa ser adquirido; Porém, aceita-se a reparação, considerando-se transmissível *iure hereditatis*, repartindo-se o dano imaterial nos dois componentes: 1. o dano biológico terminal: entendido como dano biológico decorrente de invalidez temporária absoluta, configurável caso ocorra a morte após um período de tempo considerável desde o dano; 2. Do dano moral terminal “ou catastrófico”, que consiste no sofrimento da vítima que conscientemente atende o fim da própria vida, quando houver prova da existência desse estado de ânimo no termo entre o ato ilícito e a morte, com a aquisição de direito à compensação que pode ser transmitido aos herdeiros”. Extraído em 8.12.2020 de https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=20128:cassazione-civile,-sez-lav-,-27-marzo-2019,-n-8580-morte-per-mesotelioma-pleurico&catid=16&Itemid=138

próprio óbito, causando angústia e medo. O dano que é aqui procurado reparar engloba não só a dor física como a consciência da eminência da morte,²⁵ sendo que a sua valoração tem em conta o tempo decorrido entre o evento e a morte, o estado de consciência da vítima, as circunstâncias de esta ter ou não tido presciência da morte e de ter ou não sofrido dores e a sua intensidade.²⁶

De um modo geral, o panorama do direito europeu é favorável a indenização do dano pré-morte (dano intercalar)²⁷, com as peculiaridades do “pain and suffering” do direito inglês²⁸.

²⁵ Sobre o dano intercalar, em recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, fundamentou-se “é pela vida concreta que se está a perder que se mede o dano, que se mede esta consciência da morte, ou seja, independentemente até do medo de morrer, é perceber-se a inelutabilidade da perda de tudo quanto faz parte da vida que a vítima tem, desde o corpo, a vitalidade e a esperança de viver ainda por muitos mais anos, à casa, ao lugar, ao País, à língua, e sobretudo, como é evidente no caso concreto, à companhia e ao amor da família, do marido, dos filhos e dos netos. É a preocupação com o futuro do marido, dela dependente. É, em cinco horas ou num relance, perder tudo” (726/16.7T8CSC.L1-6, Rel. Eduardo Petersen, 7.11.2019)

²⁶ Universidade Católica Portuguesa. *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*. Lisboa. Universidade Católica Editora, 2018, p. 365.

²⁷ No tocante à reparação dos danos morais gerados pela dor e sofrimento da vítima primária entre o ilícito e a morte, o artigo VI. -2: 202 (2) (a) do DCFR indica como regra geral a transferibilidade *mortis causa* aos herdeiros de tais danos (exceto a renúncia do falecido para reivindicá-los). Por sua vez, os comentários ao art. 10: 301 dos Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil (PETL) também consideram que se a morte não for instantânea, os danos não patrimoniais sofridos pelo falecido antes da morte devem ser transmitidos aos herdeiros, mas esclarecem que em qualquer caso isso é uma questão de Direito Processual.

²⁸ Na Inglaterra os herdeiros, regra geral, podem reclamar a indenização pelo “pain and suffering” vivenciados pela vítima antes da morte. Tal conceito de indenização se assemelha à versão do dano moral subjetivo como *pecunia doloris*, agregando a ideia do sofrimento em suas mais diversas variantes, como o medo, a preocupação e a incerteza quanto ao desenvolvimento da lesão, da cura futura etc. No entanto, o “pain and suffering” não será compensado em dois casos: primeiro, se o lapso de tempo entre o ilícito e a morte for muito curto. Em segundo lugar, não haverá compensação se a vítima estiver inconsciente ou em coma até o momento da morte. Isto quer dizer que o período de tempo entre o início da lesão corporal e a morte deve ser longo o suficiente para que um tribunal considere que a vítima sofreu, do ponto de vista jurídico, dano físico pelo qual a dor e o sofrimento possa

No Brasil inexistente uma *fattispecie* que materialize uma indenização pelo dano que antecede a morte, compreendendo o sofrimento psicofísico suportado diretamente das lesões sofridas, eventualmente de subsequentes tratamentos ou intervenções cirúrgicas e ainda, a inexorável angústia sentida com o aproximar do decesso. Creio que podemos fundamentar um modelo próximo ao dano moral terminal com base no art. 943 do Código Civil, que enuncia a transmissão com a herança do direito de exigir reparação. A lógica subjacente a este dispositivo é a de que a morte extingue a personalidade e não o dano consumado em vida, permitindo-se ao espólio ingressar com uma pretensão de reparação pelo “dano terminal”, mesmo que o falecido não tenha tomado essa iniciativa no caso de sua existência.

3. O dano-morte como terceira via

Transcendendo as já examinadas situações jurídicas do dano reflexo à morte (aos familiares) e do dano pré-morte — diretamente sofrido pela vítima — haveria espaço para a lapidação da indenização autônoma pelo dano-morte no ordenamento brasileiro? Em linha de princípio, a Constituição Federal do Brasil consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de proteção dos direitos da personalidade (art. 1, III, CF/88), enquanto o direito à vida se coloca como premissa necessária para que qualquer pessoa desfrute de sua privacidade, honra, imagem e tenha liberdade para o exercício de suas escolhas patrimoniais e existenciais. Portanto, embora natural, a cessação do ciclo vital jamais poderá ser ilicitamente abreviada por terceiros.²⁹

ser compensado. um curto período de dor consciente, desde que intensa e horrível, pode justificar a reparação do dano. Contudo, os tribunais ingleses também indenizam a perda dos prazeres sofridos pela vítima até o momento da morte (“loss of amenities of life”). Há uma diferença clara com relação à compensação pelo “pain and suffering”. Se a vítima estiver inconsciente ou em coma no período que vai da lesão até a morte, não é concedida à indenização por dor e sofrimento, mas, por outro lado, isso não impede a concessão de indenização aos herdeiros por perda das amenidades da vida.

²⁹ CAVALCANTE, Camila. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. “Sendo a dignidade humana substrato ético

Relativamente aos danos sofridos pela própria vítima ao ensejo do ilícito que lhe causa a morte, não apenas ignoramos a *fattispecie* do dano pré-morte como desconsideramos o dano-morte como um dano autônomo. Paradoxalmente, não podemos atribuir ao nosso sistema a pecha da disfuncionalidade, pois há quase uma unanimidade no sentido da rejeição à ideia do dano-morte, colocando-se Portugal como uma exceção.³⁰

O art. 496, 2. do Código Civil de Portugal prevê o dano-morte como um dano autônomo, de caráter extrapatrimonial.³¹ Conforme expressa Diogo Leite de Campos: “o dano da morte é um dano de caráter não patrimonial para o próprio; ao facto que deu origem à morte podem ser imputáveis outros danos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo falecido; sendo também imputáveis à morte danos para terceiros, de caráter patrimonial e não patrimonial; todos estes danos devem ser indenizados.”³² O que ainda se discute além-mar é se a eventual indenização

que regula a vida, a cessação do ciclo vital, embora natural, jamais pode ser abreviado por terceiros e, mesmo com estas nuances limitadoras ao pleno reconhecimento do direito à vida, não sobram resistências outras que impossibilitem/limitem a indenizabilidade do dano morte quando provocado por ato ilícito, imputável ao lesante, atendidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”. Revista IBERC, v.2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto/2019. www.responsabilidadecivil.org

³⁰ No entanto, os comentários ao artigo VI.-2: 202 (2) do Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR), texto preparado pelo Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e pelo Grupo de Investigação sobre Direito Privado da CE (Grupo *Acquis*) e coordenados pela VON BAR & CLIVE em 2009, destacam que o referido preceito, que regulamenta os danos que podem ser indenizados em caso de lesão corporal ou morte, decorre do princípio de que a morte não constitui dano juridicamente relevante pela responsabilidade civil. A vida não tem um valor monetário quantificável que possa ser atribuído pelo direito privado a herdeiros ou sucessores (p. 3227). As notas de Direito Comparado do referido texto indicam que esta tese é comum na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, exceto em Portugal (pp. 3229-3230).

³¹ Art. 496, 2. do Código Civil de Portugal: “Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representam”.

³² CAMPOS, Diogo Leite de. *Os danos causados pela morte e sua indenização*. In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol III, Das Obrigações. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p.133-137

será buscada por algum herdeiro que compõe um rol especial, ou, se pelo espólio, sendo posteriormente canalizado aos sucessores pela ordem de vocação hereditária.³³

No direito espanhol um setor doutrinário preconiza a viabilidade da indenização pelo dano causado pela própria morte, contrariando a tese do Direito romano de que a morte só deve ser questionada pela via penal. Indaga-se se a responsabilidade civil pode continuar a negar qualquer sanção por lesão do mais alto valor conhecido pelo sistema jurídico: a vida humana. Além disso, assinala-se que, atualmente, beneficia-se mais quem priva a vida de uma pessoa do que quem só causa lesões, visto que neste último caso há espaço para reparação à vítima. A isso se somam os argumentos econômicos, uma vez que a falta de valorização suficiente da vida humana impede a adoção de medidas de prevenção de riscos.³⁴

Já na Itália, ao longo do tempo os tribunais fixaram uma compensação autônoma, chamada de “danno tanatologico”, ou “dano pela perda de uma vida”. Esta condenação extrapatrimonial surge na sequência da causação da morte da pessoa, tornando-se parte de sua herança e transmissível aos seus herdeiros. Inicialmente, a figura foi acolhida pela Suprema Corte em uma decisão de 23/1/2014 (n.1361) no conhecido caso

³³ A tese da reparabilidade do “dano da morte”, embora discutida pelos tribunais nos primeiros anos de vigência do CC de Portugal, consolidou-se na jurisprudência desde o Ac. STJ 17.3.1971.

³⁴ GUITIÁN, Alma María Rodríguez. *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos ingles y español*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid; Barcelona, abril de 2015. Porém a autora reconhece que a opinião majoritária é “en contra de que la muerte sea en sí misma un daño moral reparable se encuentran, entre otros, los siguientes: primero, el momento de la producción del daño coincide con la extinción de la personalidad jurídica, de modo que la víctima no llega a adquirir un derecho por la pérdida de la propia vida que ingrese en su patrimonio. Segundo, la privación del bien “vida” va unida a la producción de un daño moral, de modo que sería, al menos discutible, que el derecho a la indemnización por tal daño sea transmisible mortis causa. En tercer lugar, la admisión de la legitimación activa a los herederos para reclamar la reparación del daño moral del fallecido conduciría a entender que la función de la responsabilidad civil es en este caso punitiva, ya que es imposible que aquí se cumpla la función reparadora al no poderse compensar ya a la víctima fallecida”, op. Cit, p. 6

“Scarano”.³⁵Previu-se uma compensação *ex se*, ou seja, a perda do bem da vida, objeto de um direito absoluto e inviolável, seria compensável em sua objetividade. Porém, em uma súbita mudança de rumo, em decisão do ano seguinte (15.350), o mesmo tribunal a rejeitou, As Seções Unidas especificaram que não é reembolsável a perda do bem jurídico vida se a morte ocorrer imediatamente ou após um período muito curto da ofensa, em virtude da ausência daquele a quem possa estar ligada a perda do bem e em cujo patrimônio possa ser adquirido o crédito de indenização, ou em caso de falecimento após pequena lapso de tempo, a falta de utilidade de um espaço de vida muito curto.³⁶

E quanto ao direito brasileiro? Uma resposta provocativa, seria a de que em nosso país sai mais barato matar uma pessoa do que feri-la gravemente. O paradoxo surge ao analisamos os arts. 949 e 950, do Código

³⁵ Com a sentença n. 1361/2014 (est. Scarano), o Tribunal de Cassação reconheceu explicitamente pela primeira vez o direito à indemnização por “danos à vida” como tal, ou pelos danos da própria morte da vítima que podem, portanto, ser transmitidos (*iure hereditatis*) para herdeiros, quaisquer que sejam, aos quais deve ser pago o equivalente. Sob este último aspecto, a referida sentença também confirmou a existência da tríade experimentada e testada constituída por preconceitos de natureza existencial, moral e biológica, ainda que não como categoria de dano a si mesmo, mas como aspectos descritivos, ainda que ontologicamente distintos (independentemente da nomenclatura utilizada), dos categoria única de dano imaterial, de acordo com as sentenças gêmeas conhecidas pelas Seções Unidas da *corte di cassazione* em 2008.

³⁶ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI: “La negazione di un credito risarcitorio della vittima, trasmissibile agli eredi, per la perdita della vita, seguita immediatamente o a brevissima distanza di tempo dalle lesioni subite, è stata ritenuta contrastante con la coscienza social e alla quale rimorderebbe che la lesione del diritto primario alla vita fosse priva di conseguenze sul piano civilistico (cass.n.1361 del2014),anche perché, secondo un'autorevole dottrina, se la vita è oggetto di un diritto che appartiene al suo titolare, nel momento in cui viene distrutta, viene in considerazione solo come bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività”. http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/07/Cass.-SS.UU_.danno-tanatologico-n.-15350-2015.pdf

Civil.^{37 38} Em ambos os casos, defere-se indenização pelos danos provocados à integridade física do lesado que não morreu com o fato danoso, incluída uma pensão atribuída a ele em caso de incapacitação para o trabalho. Esta indenização não afasta eventual dano reflexo em prol de familiares e dependentes econômicos. Soa incongruente que uma lesão que ofenda a integridade corporal acarrete uma indenização, sem que nenhuma referência se faça à uma compensação nos casos extremos em que a lesão física tenha levado à morte.

Todavia, retornando ao *caput* do art. 948 do Código Civil, frisa-se na parte final: “sem excluir outras reparações”. Surge aqui uma abertura para que os tribunais possam admitir a indenização do dano-morte como um dano autônomo nos casos em que o ilícito ceifou a vida da vítima, tendo como fundamento a ofensa corporal que cessou com a morte.³⁹ A tessitura da referida norma também permite que eventual indenização alcance o dano pré-morte.

O dano-morte é um dano a um bem supremo do indivíduo, objeto de um direito absoluto e inviolável garantido primariamente pelo ordenamento jurídico, e, portanto, prescinde da consciência do lesado sobre a sua morte. Ou seja, tanto faz se o fato ilícito acarretou a morte instantaneamente, ou se a vítima sobreviveu por tempo suficiente para

³⁷ “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

³⁸ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

³⁹ No mesmo sentido, sustente Camila Cavalcante que “No diploma cível brasileiro, expressamente, não se percebe, a uma primeira leitura, a possibilidade de compensação pelo decesso de uma pessoa que sofre com uma conduta, omissiva, ou comissiva, a ponto de perder sua vida. Bem assim, pela compreensão atenta do *caput* artigo 948, de onde se extrai, expressamente, “sem excluir outras reparações”, a abertura à indenizabilidade do dano morte como dano autônomo devido ao de cujus, pelo seu falecimento, como um direito próprio, sem excluir a já prevista possibilidade de compensação por danos morais *in re ipsa* aos familiares do lesado falecido”. Op,cit, p. 16.

pressentir a inexorável chegada da morte.⁴⁰ Exatamente como delimita Menezes Cordeiro⁴¹, não faz sentido existir um direito à vida e não o dotar da competente tutela aquiliana, a ponto de se considerar que a recusa do dano-morte conduz a resultados inaceitáveis “se não houver nenhum dos familiares, não há indenização? Chegar-se ia ao absurdo de ser mais barato matar do que ferir: o agente responsável deve indenizar o lesado ferido, mas se conseguir matá-lo nada paga”.

V. O dano-morte para além da Função Compensatória da Responsabilidade civil: *Vindictory damages*

A indenização pelo dano-morte é claramente distinguível da compensação pelo dano da perda da relação destinado ao cônjuge e parentes, assim como de um dano moral “terminal ou catastrófico”, ou seja, o dano que consiste no sofrimento da vítima que testemunha claramente a extinção de sua vida, quando houver prova da existência de um estado de consciência no intervalo entre o evento dano e morte, com a consequente aquisição de um pedido de indenização, transmissível aos herdeiros. Assim, o dano-morte só pode ser admitido dentro da *função compensatória* da responsabilidade civil como uma espécie de dano abstrato, isto é, uma exceção ao princípio da irreparabilidade do dano-evento e da reparabilidade exclusiva do dano-consequência, pois a morte tem como consequência o fim de tudo.

Uma forma de acomodação é a de compreender que em casos de homicídio com morte imediata, o evento fatal coincidiria com a ausência de vida. Se, portanto, o dano-evento e o dano-consequência coincidem, não se trataria mais de uma exceção ao princípio do dano-evento não reembolsável porque, estritamente falando, o dano consequential está sendo indenizado. Na mesma linha, Mafalda Miranda Barbosa chama a

⁴⁰ No mesmo sentido, o Artigo 2.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português* II, Direito das obrigações, Tomo III, p. 516. Coimbra, Almedina, 2010.

atenção para o fato de que a morte em si mesma — mesmo que instantânea e não precedida por um processo de agonia e não conscientizada — configura um dano cuja repercussão jamais poderá ser aferida, senão em termos aproximados. O Dano pré-morte e o dano reflexo dos familiares são mensuráveis, contudo, o mesmo não se diga do dano existencial que se traduz na supressão da própria vida, “É que, tratando-se da lesão da vida, ela própria coincide com o dano, não sendo necessário ao contrário do que é a regra, procurar determinar quais as repercussões negativas que a violação do direito comporta na esfera do lesado”.⁴²

Apesar do mérito do raciocínio acima exposto, precisamos avançar ainda mais. Em verdade, carecemos de uma linha argumentativa alternativa, diante da postura majoritária dos sistemas jurídicos, qual seja, a de que nos casos em que a morte ocorre no imediatismo do evento lesivo, a responsabilidade civil é ineficiente como remédio destinado ao reequilíbrio da posição patrimonial da vítima, pela ausência física de um sujeito com capacidade legal, que é *conditio sine qua non* para atrair qualquer direito ao seu “patrimônio” (incluindo o direito à compensação pela privação de sua existência). Se falta a pessoa natural, não haverá sequer uma entidade legal capaz de “consolidar” a si mesma e depois transmitir o direito à compensação por uma súbita privação da vida.⁴³

Portanto, se não quisermos raciocinar em termos de regra/exceção, parece-nos que a indenização pelo dano-morte não deva ser justificada pela função compensatória da responsabilidade civil, que se tornaria incoerente, diante da impossibilidade lógica de uma condenação pecuniária-

⁴² BARBOSA, Mafalda Miranda. *Considerações a propósito dos danos morais reflexos*. Cadernos de direito privado. Jan-Mar 2014, nº 45, p. 3-18.

⁴³ No Direito Português, Oliveira Ascensão considera que a compensação “nunca poderia funcionar como equivalente ou compensação para o lesado; por natureza, ele nunca poderia desfrutar desse bem. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil Sucessões*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1989. p. 50. Antunes Varela, afirma: “embora a obrigação de indemnizar assente sobre vários pressupostos, entre os quais figura, em regra, a prática do fato ilícito, não pode esquecer-se que a indemnização é, essencialmente, reparação de um dano (de terceiro). Se e enquanto não houver dano, embora haja fato ilícito, não há obrigação de indemnizar. No caso especial da lesão ou agressão mortal, a morte é um dano que, pela própria natureza das coisas, não se verifica já na esfera jurídica do seu titular.” VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina, 2014. p. 611

ria restituir a vítima falecida ao momento anterior ao ilícito.⁴⁴ Não se trata de dizer que não houve um dano, porém de se reconhecer que no paradigma reparatório, a vítima não sofreu um dano que o ordenamento justifique como compensável.

Também não nos parece que a indenização pelo dano-morte seja justificável como uma sanção punitiva, pois a pena civil requer um comportamento ultrajante por parte do infrator, enquanto o dano-morte se contenta com o ilícito, independentemente da gravidade da culpa.

Creemos que a lacuna legislativa e a própria oscilação quanto ao tema, convidam a doutrina brasileira a visitar uma diferente função da responsabilidade civil, discutida nas jurisdições da “*common law*”, e mais conhecida pelo rótulo de “*vindictory damages*”. Ao contrário da responsabilidade por “negligence” (*tort* primordial no mundo do *common law*), cuja essência reside no dano e em sua compensação — existem Ilícitos acionáveis *per se*, independentemente de danos, fundamentalmente ligados à reivindicação de direitos, que desempenham um papel fundamental na proteção de direitos fundamentais dos indivíduos, seja a liberdade em razão de prisões indevidas, a reputação em caso de difamação, o direito de propriedade protegido contra invasão ou direito a própria integridade psicofísica tutelado contra agressão.⁴⁵

⁴⁴ Como se extrai do Art. 10:101. do PETL (*Principles of European Tort Law*) “Indenização é um pagamento em dinheiro para compensar a vítima, ou seja, para restaurá-la, tanto quanto o dinheiro possa, na posição em que se encontraria se o ilícito não fosse cometido”.

⁴⁵ No sistema inglês afirma-se majoritariamente que a privação da vida em si não é um dano moral reparável e, portanto, o direito de exigir indenização não é transferível aos herdeiros. No *common law* tradicional, afirma-se que a morte como resultado de um ato negligente não pode dar origem a uma indenização, no que diz respeito à própria morte, nem em favor do próprio falecido, nem em favor de outras pessoas. Assim, em *Baker v. Bolton*, de 1808 Lord Ellenborough afirma que: ‘the jury could only take into consideration the bruises which the plaintiff had himself sustained, and the loss of his wife’s society, and the distress of mind he had suffered on her account, from the time of the accident till the moment of her dissolution. In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff’s wife, must stop with the period of her existence’. [1808] EWCC J38, [1808] EWHC KB J92, (1808) 1 Camp 493, 170 ER 1033

Em outros termos, quando se indaga sobre o propósito da responsabilidade civil na Inglaterra, prevalece o “loss model”, pela qual o demandado será responsabilizado pela causação do dano, exceto se houver uma boa razão em contrário. Contudo, outra explicação — o “rights model” — consiste em que o desiderato da responsabilidade civil é o de tutelar direitos e que as pretensões daí resultantes tendem a vindicar tais direitos, sendo a indenização um meio para tanto, oferecendo uma reparação para a sua violação. Conforme este modelo, na linguagem de Robert Stevens, ao invés de objetivar uma indenização consequencial a um dano (*consequential damages*), como compensação pela perda resultante da interferência em um interesse, a função vindicatória propõe uma indenização substitutiva (*substitutive damages*) à violação do próprio direito por parte daquele que ofendeu o demandante — quebrando o seu dever perante ele.⁴⁶

Em uma tradução aproximada, a “indenização reivindicatória”, não é uma condenação pecuniária que tenha como objetivo compensar danos, dissuadir ilícitos ou punir comportamentos ultrajantes. É algo diferente: trata-se de uma indenização cuja finalidade é a de reivindicar direitos que foram violados, independentemente de suas consequências. Tal como no direito romano — onde surgiu a figura da “*vindicatio*” de tutela à propriedade a despeito de qualquer prejuízo sofrido pelo seu titular —, no dano-morte a pretensão exercida contra o réu atua como um substitutivo para a violação ao direito. Isto é, ao se exigir que o autor do homicídio não apenas pague uma importância X pelos danos infringidos aos parentes do falecido (de natureza compensatória), mas que também seja condenado a uma soma y, por abreviar uma vida, a sentença se afasta do princípio da “*restitutio in integro*” e passa a exprimir o elemento moral do ordenamento jurídico.

Endossar a vindicação na responsabilidade civil não significa rejeitar a sua função compensatória. As duas funções coexistem. Todavia, *vindictory damages* atuam quando em certas circunstâncias a função primária

⁴⁶ STEVENS, Robert. *Tort and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. “The award is not intended to attempt to undo the wrong but rather to make it clear to the world, or more precisely to the two parties, that the wrong was a wrong and should never have happened”.

da *tort law* se distancia da recuperação de danos por uma perda factual, passando a exprimir a reação do sistema a uma interferência ilícita diante de um interesse protegido. Como explica o mais proeminente autor no campo dos *vindictory damages*, Jason Varuhas: “Para ilícitos onde a vindicação de direitos é a função primária, a indenização é deferida pelo fato da interferência indevida sobre o interesse protegido de *per se*. Esta indenização compensa por um dano que é “normativo” por natureza, objetivamente avaliado, e deferido ao demandante independente de seu sofrimento ou qualquer impacto psicológico negativo, ou mesmo efeitos econômicos decorrentes do ilícito”.⁴⁷

Ao contrário de indenizações por perdas materiais (*factual loss*), a indenização normativa compreende um dano construído abstratamente no mundo jurídico, sem correlação com os efeitos sentidos no mundo real. Desta maneira, a condenação sinaliza de forma tangível que o comportamento do réu foi um ilícito perante o falecido e que, ao mesmo tempo, o direito à vida não é apenas algo a ser exercido pelo “*de cujus*”, porém um direito fundamental que se afirma abstratamente contra qualquer um em sociedade e, concretamente, contra aquele ofensor que a ceifou por um ato antijurídico.⁴⁸

Enfim, surge uma excelente oportunidade de alargar as funções da responsabilidade civil, pela autonomização da finalidade de vindicação de direitos, perante a tradicional reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Até mesmo, pela própria complexidade do dano-morte, que simultaneamente apresenta aspectos existenciais e patrimoniais. Ao invés de corrigirmos as consequências do ilícito, retifica-se o próprio

⁴⁷ VARUHAS, Jason. *The Concept of ‘Vindication’ in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, Pages 253–293, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt036>

⁴⁸ James Edelman aponta precisamente que “The conflict is between one model, historically dominant, which sees the wrong — i.e. the violation of a right — as transparent in itself, the law looking to its factual consequences in order to compensate them, and an alternative model, increasingly influential in an age saturated with the language of rights, which sees the wrong itself as the compensable injury suffered by the claimant.” In, *Vindictory Damages*. TC Beirne School of Law conference ‘Private Law in the 21st century’ Stamford Plaza Hotel, Brisbane 15 December 2015

ato ilícito por uma indenização, a despeito do que teria acontecido se o ilícito não fosse produzido. No que tange ao dano-morte, independentemente de qualquer repercussão moral ou econômica na esfera de terceiros, o ilícito de abreviar a vida de alguém é uma violação a integridade psicofísica da própria vítima, por parte de quem intencionalmente ou não, omitiu o dever geral de cuidado, sendo a sua conduta a causa adequada para o abrupto decesso da vítima. Neste contexto a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana.

Podemos traçar um paralelo na função vindicatória da indenização, pela simetria entre o fim e o início da vida. De forma análoga ao dano-morte, na “*wrongful conception*”, também vislumbramos fundamento para uma indenização reivindicatória. Basta pensarmos na condenação de um médico a uma obrigação de indenizar por *mala praxis*, ou seja, a violação da *leges artis* por uma conduta negligente em processo de esterilização que acarretou gravidez e nascimento indesejado de filho. A indenização representará o reconhecimento da violação de um direito, a par de qualquer consequência negativa. A final, cogitar a vida de um filho como um dano em si ou uma fonte de danos, é uma ideia ruim e contradiz a própria intangibilidade da dignidade humana.⁴⁹

É compreensível e aceitável que os pais sejam indenizados por despesas adicionais que terão pela criação do filho. Para além do mencionado dano patrimonial, é defensável que sejam os pais compensados pelo dano da privação de sua autonomia, como oportunidade perdida de viver sua vida da maneira que se desejou e planejou. Percebam: a “perda da autonomia” não é uma perda no sentido consequencial. O nascimento de uma criança, não obstante uma fracassada tentativa de esterilização de um dos pais, não é idealmente uma consequência adversa. Portanto, uma indenização pela privação da autodeterminação dos pais atua como

⁴⁹ Justamente pelo fato de que a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana, podemos avançar ainda mais e indagar: e o dano morte do nascituro? Atualmente, a interrupção antijurídica da vida do nascituro é reconhecida como dano reflexo em favor dos progenitores, porém se a indenização pelo dano morte for reconhecida para os já nascidos, em um segundo momento a discussão fatalmente abarcará os ainda não nascidos, porém já nidados no útero.

um substitutivo à violação ao seu direito fundamental ao planejamento familiar. Se um filho vem ao mundo por uma falha em um método anticonceptivo, proporcionando um impacto maravilhoso sobre a vida da família, subsiste o direito dos genitores à uma indenização, posto privados de sua liberdade de escolha. Se compararmos o mundo como ele é agora, com o mundo como deveria estar, ausente o ilícito, posso não estar pior, mas ainda assim posso reivindicar os meus direitos.

No julgamento da Suprema Corte da Inglaterra do caso *Rees V Darlington Memorial Hospital*, a demandante, Karina Rees, pessoa com deficiência visual gravíssima, submeteu-se à esterilização pois temia dificuldades adicionais em exercer o papel de mãe. Contudo o procedimento foi negligente e tempos depois ela teve um filho, que nasceu saudável. Na decisão que concedeu a indenização, *Lord Bingham* descreveu que a sua finalidade não se pretende compensatória pelos custos de criação de um filho indesejado, por não se tratar de um produto de um cálculo decorrente de um filho como um dano. Porém não se trataria meramente de uma indenização nominal (*nominal damages*), como uma condenação irrisória. Pelo contrário, a indenização deve proporcionar alguma medida de reconhecimento pelo ilícito à autonomia reprodutiva dos demandantes em todo o espectro de casos de gravidez indevida.⁵⁰ O mérito deste precedente foi de reconhecer que o ilícito praticado contra os pais resultou em uma condenação a uma indenização substitutiva ao direito violado por interferência indevida, ao invés de danos consequenciais por se considerar o nascimento como um “defeito”.⁵¹

⁵⁰ House of Lords, SESSION 2002-03 [2003] UKHL 52. REES V DARLINGTON MEMORIAL HOSPITAL NHS TRUST: HL 16 OCT 2003. No julgamento, Lord Millet frisou o seguinte aspecto: “I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity, which is increasingly being regarded as an important human right which should be protected by law. The loss of this right is not an abstract or theoretical one”.

⁵¹ Mulligan, Andrea. *A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction*. Legal studies. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 64.

VI. A quantificação do dano-morte

Deve ser ponderada a específica natureza do dano sofrido para fins de quantificação, seja na valoração do sofrimento que antecede a morte (dano pré-morte), do dano reflexo dos familiares da vítima, como do dano da perda da vida. Especificamente no tocante à indenização pelo dano-morte, caso respaldada em nossos tribunais, seja na visão consequencialista da compensação de um dano, seja na alternativa de um ilícito indenizável como reação à violação de um direito, necessariamente o próximo passo será a avaliação quanto à extensão desta indenização. No dito popular, quando resolvemos um problema, sempre surge uma família de novos problemas. O debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.⁵²

O primeiro passo consistirá em compreender que a busca pelo atendimento ao princípio da reparação integral por vezes demandará três indenizações autônomas: a) o dano moral por direito próprio de cada ente familiar; b) o dano pelo direito à vida da vítima (dano-morte); c) eventualmente, o dano pelos sofrimentos da vítima no período que mediou entre o ato ilícito e a morte.

O primeiro aspecto que precisa ser considerado no âmbito do dano-morte é que o prejuízo que dá origem à indenização foi sofrido pelo falecido e não pelos herdeiros, logo, o valor deverá ser unitário, independentemente

⁵² Supremo Tribunal de Justiça — Portugal- 6/15.5T8VFR.P1.S1 — 3.11.2016: “V — A reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência, situando-se, em regra e com algumas oscilações, entre os € 50 000,00 e € 80 000,00, indo mesmo alguns dos mais recentes arestos a €100 000,00. VI — Ponderadas a idade da vítima (52 anos) e as circunstâncias em que ocorreu o acidente (sem qualquer culpa sua), considera-se ajustada, equilibrada e adequada a indemnização de €60 000,00, a título de dano morte. VII — Essa indemnização é atribuída, em bloco, às pessoas a quem cabe, nos termos do art.º 496º, n.º 2, do Cód. Civil, e repartida entre elas, mesmo que relativamente a alguma destas haja que operar redução, nos termos do art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil. VIII — A redução daí resultante deve repercutir-se na quota ou quinhão dos restantes titulares da indemnização.

da quantidade de herdeiros com direito à partilha. Quanto ao valor monetário, está muito claro que deverá ser bem superior ao valor fixado para a compensação de outros prejuízos extrapatrimoniais, já que a vida, como destacado, é o principal bem imaterial de que o ser humano é dotado.⁵³

Seja em Portugal (artigo 494, CC) como no Brasil (parágrafo único, art. 944, CC), o critério enunciado para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais é o da equidade, sendo atendíveis o grau de culpabilidade do responsável, a sua situação económica, a do lesado e do titular do direito à indenização e quaisquer outras circunstâncias especiais que no caso concorram. Contudo, o critério dominante da medida da compensação deverá ser o do dano, servindo estas circunstâncias especiais para, se for o caso, graduar o *quantum* em montante inferior ao daquele, o que já não acontece, como bem frisa Sinde Monteiro, quando “o dano esteja coberto pelo seguro, desaparece um dos fundamentos em que aquela redução se pode fundamentar: a consideração pela situação económica do lesante”.⁵⁴

Justamente por se tratar o dano morte de uma resposta a um ilícito que abrevia o ciclo vital de uma pessoa concreta, em suas circunstâncias, cada sentença alcançará um “quantum” conforme o grau de interferência ao direito à vida: com relação à vítima, fatores preponderantes serão a idade, condição de saúde, esperança de vida futura, atividade por ela desenvolvida, além de condições pessoais e familiares. Por certo, na consideração quanto à própria existência do dano-morte, inviável a sua recusa pela iminência da morte face à idade avançada da vítima, conforme uma escala de longevidade dentro da abstração da esperança média de vida de um certo país. A condição humana não pode ser reificada pela estatística. Eventualmente, se o contexto fático aponta que a vítima não era dotada de vitalidade psicofísica — por redução de capacidade de entendimento e de gestão da sua vida e de sua família — estamos no terreno da mitigação da extensão da indenização.⁵⁵

⁵³ PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues, O dano morte. A existência jurídica do “pretium mortis” Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

⁵⁴ J. SINDE MONTEIRO, Dano corporal (Um roteiro do direito português), RDE, 1989, n.º 15; pág. 372

⁵⁵ Não existe uniformidade de critérios. Segundo Diogo Leite de Campos, sendo

Ademais, ao enfrentar-se o dano-morte por um viés vindicatório e não compensatório de danos, abre-se caminho para investigação da extensão da culpa do demandado na busca por um *quantum* adequado, algo que seria despiendo em nível de pura função reparatória (art. 944, CC). Destarte, um ilícito intencional que ceifa uma vida repercutirá em uma indenização maior do que um ilícito culposo, resultante de uma negligência ou desídia, como comumente ocorre nos ilícitos de trânsito.

Em nível de políticas públicas, este debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.

A final, em um país em que as estatísticas de homicídio demonstram o desvalor da existência humana, o acolhimento de uma reivindicação de dano morte por um “arremedo monetário”, apenas confirmaria na esfera cível o “descrédito” que o mais importante dos bens jurídicos já recebe como resposta na esfera criminal.

VII. Conclusão

Em seu plano eficaz, eventualmente o fato jurídico morte produzirá consequências no plano da responsabilidade aquiliana como fato ilícito danoso pluriofensivo. Familiares próximos sofrem danos reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais, sem que tais danos indiretos, impeçam a compensação *mortis causa* pela via hereditária, dos danos sofridos pelo próprio *de cujus*, seja pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a morte, como pelo dano pela perda vida, o dano-morte.

a vida um valor absoluto e o prejuízo de sua perda igual para qualquer pessoa, o valor da indenização pelo dano morte não deve depender da idade, condição sociocultural, estado de saúde ou de outra circunstância atinente à vítima. Op. cit, 2007, p. 135.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE E SISTEMAS *NO-FAULT* DE RESSARCIMENTO DO DANO IATROGÉNICO

RUI MIGUEL PRISTA PATRÍCIO CASCÃO*

Resumo: O homenageado demonstrou, ao longo da sua obra, profundo interesse pelos sistemas alternativos de responsabilidade civil em medicina. Este contributo aborda os sistemas *no-fault* de ressarcimento do dano iatrogénico vigentes nos países escandinavos e na Nova Zelândia, modelo que, embora não tenha provocado uma mudança de paradigma, pautou e catalisou o debate da reforma da responsabilidade civil em medicina nas últimas décadas.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano iatrogénico; culpa; resolução alternativa de litígios

Abstract: The honouree has shown, throughout his work, a keen interest in alternative compensation systems in medical liability. This contribution focuses on the *no-fault* compensation systems for iatrogenic injury in force in the Scandinavian nations and in New Zealand. Although this model did not cause a shift of paradigm, it has set the tone and acted as catalyser in the debate on medical liability reform throughout the last decades.

Keywords: liability law; iatrogenic injury; fault; alternative dispute resolution.

* Doutor em Direito - Universidade de Tilburg; Investigador do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. INTRODUÇÃO

Uma das características da vasta obra do Professor Doutor Sinde Monteiro na área da responsabilidade civil em saúde é o estudo aprofundado que vem dedicando a novas ideias, dinâmicas, tendências e planos focais que caracterizam o devir desta disciplina ao longo dos últimos quarenta anos. É o caso, por exemplo, da análise económica do direito¹, do enquadramento contratual da responsabilidade civil do prestador de cuidados de saúde², do papel dos deveres de informação na relação entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente³ e em particular, no que mais directamente se relaciona com o cerne deste contributo, do seu profundo interesse pela temática do papel da culpa na responsabilidade civil⁴ e pelos sistemas de ressarcimento do dano corporal que prescindiram do requisito da culpa (sistemas *no-fault*)⁵.

Com os avanços da biomedicina, cada vez mais complexa e *high tech*, com a intensificação da colaboração entre profissionais de saúde de vários ramos e ainda o incremento dos níveis de actividade e dos riscos inerentes à prestação de cuidados de saúde, o paradigma clássico da responsabilidade civil, tradicionalmente baseado na culpa, demonstra fragilidades

¹ Sinde Monteiro, J., 1982. Análise Económica do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVII.

² Sinde Monteiro, J. & Figueiredo Dias, J., 1984. Responsabilidade Médica na Europa Ocidental: Considerações de lege ferenda. *Scientia Juridica*, Volume XXXIII, pp. 100-107.; Sinde Monteiro, J. & Figueiredo Dias, J., 1985. Medical Responsibility in Portugal. Em: E. Deutsch & H. L. Schreiber, edits. *Medical Responsibility in Western Europe*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, pp. 513-554.

³ Sinde Monteiro, J., 1989. Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Almedina.

⁴ Sinde Monteiro, J., 1998. Portuguese Report. Em: J. Spier, ed. *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, pp. 173-187.

⁵ Sinde Monteiro, J., 1988. Compensation for Personal Injury in Portugal — The Law and the Future: Considerations de lege ferenda à propos the discussion of the Swedish alternative. Em: C. Oldertz & E. Tiddefelt, edits. *Compensation for Personal Injury in Sweden and other Countries*. Estocolmo: Juristförlaget, pp. 381-392.

na sua adaptação a este admirável mundo novo, sendo alvo de fortes críticas⁶: a “crise do sistema da culpa”, nas palavras de André Dias Pereira⁷.

A responsabilidade civil médica clássica tem como funções principais o ressarcimento do dano sofrido por pacientes na sequência da prestação de cuidados de saúde (o dano iatrogénico⁸) e a prevenção de danos no futuro, dissuadindo os prestadores de cuidados de saúde de exercerem esses cuidados negligentemente, sob pena de virem a ser responsabilizados *a posteriori*⁹. Podem referir-se ainda, em determinados contextos, outras funções, designadamente uma função distributiva, uma função retributiva e o restabelecimento do sentido de justiça e moralidade¹⁰.

Na responsabilidade civil em medicina, são bem conhecidas as limitações do paradigma clássico baseado na culpa: é uma corrida de obstáculos dispendiosa, morosa, frequentemente judicial, em que há dificuldades em demonstrar o ónus da prova da negligência, do dano e do nexo de causalidade¹¹: uma autêntica “lotaria judicial” ou “lotaria indemnizatória”¹².

A relação médico-paciente entra em ruptura em consequência do carácter litigioso da dinâmica processual, o que torna mais difícil a descober-

⁶ Mason, J. et al., 2019. *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*. 11th ed. Oxford: Oxford University Press.; Laufs, A. & Uhlenbruck, W., 1999. *Handbuch des Arztrechts*. 2nd ed. Munique: C.H. Beck.; Merry, A. & McCall Smith, A., 2001. *Errors, Medicine and the Law, Cambridge, 2001*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁷ Dias Pereira, A. G., 2015. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora.

⁸ Dano decorrente da prestação de cuidados de saúde (etimologia: do grego, literalmente: causado por um médico).

⁹ Van Boom, W. & Faure, M. G., 2007. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*. Viena, Nova Iorque: Springer.

¹⁰ Dufwa, B., 2001. Development of International Tort Law till the Beginning of the 1990's from a Scandinavian Point of View. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41, pp. 89-181.

¹¹ A fronteira entre um evento adverso negligente e um evento adverso não negligente tem, por vezes, a “espessura de uma folha de papel”, segundo Brazier, M., 2003. *Medicine, patients and the Law*. 3.^a ed. London: Penguin, London.

¹² Atyah, P., 1997. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing.; Ison, T., 1967. *The Forensic Lottery*. London: Staples Press, Londres.

ta das circunstâncias radicais que levaram à produção do dano, tendendo este modelo a procurar um “culpado”: a face visível do problema (*name, blame & claim*)¹³. Quando o paciente não tem ganho de causa (e/ou durante a pendência do pedido), é este a suportar os custos derivados do acidente evento adverso (dano emergente, lucro cessante, despesas com hospitalização e cuidados de saúde subsequentes, dor e sofrimento, perda de faculdade ou função, perda de qualidade de vida, despesas com cuidadores, etc.). Em suma, um sistema “absurdo” e “ineficiente”, nas palavras de Calabresi¹⁴.

Por outro lado, a tão propalada função preventiva da responsabilidade civil, incentivando os potenciais lesantes a serem mais diligentes *ex ante* sob pena de virem a ser responsabilizados *ex post*¹⁵, encontra-se bastante desacreditada desde o *Harvard Medical Practice Study*¹⁶. Fora das situações mais manifestas de dolo e negligência grosseira, essa perspectiva de dissuasão externaliza-se negativamente no recurso a práticas de medicina defensiva, causadoras de desperdícios e custos acrescidos, sendo praticados actos médicos impertinentes, desnecessários ou de marginal utilidade, ou evitada ou recusada a prestação de cuidados de saúde de elevado risco a determinados pacientes¹⁷.

Os sistemas de ressarcimento do dano iatrogénico *no-fault* são uma alternativa que emergiu em alguns ordenamentos jurídicos para ultrapassar

¹³ (Dias Pereira, 2015); Cascao, R., 2004. A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 1(1), pp. 97-106.; Cascao, R., 2005. *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*. Haia: Boom Juridische Uitgevers.; (Merry & McCall Smith, 2001).

¹⁴ Calabresi, G., 1970. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale Academic Publishing.

¹⁵ (Van Boom & Faure, 2007).

¹⁶ Brennan, T. A. et al., 1991. Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard medical practice study. *The New England Journal of Medicine*, Volume 324, pp. 370-376.

¹⁷ Bishop, T., Federman, A. & Keyhani, S., 2010. Physicians' Views on Defensive Medicine: A National Survey. *Archives of Internal Medicine*, 170(12), p. 1081; Studdert, D. et al., 2005. Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment, vol. 293, 21, 2005; p. 2616; *Journal of the American Medical Association*, 293(21), p. 2616.

essas fragilidades. O primeiro destes sistemas surgiu na Suécia em 1975, como um compromisso meramente voluntário entre as companhias seguradoras, o Estado e as autarquias locais (responsáveis pela maioria dos hospitais públicos). Este bem-sucedido acordo de cavalheiros foi cristalizado legislativamente na Suécia pela “Lei de Danos aos Pacientes” (*Patientsskadelaag* 1996:799). Os outros países escandinavos implementaram também os seus próprios sistemas de seguro do paciente, seguindo este figurino: Finlândia (1986)¹⁸; Dinamarca (1991)¹⁹; Islândia (2000)²⁰ e Noruega (2001)²¹.

Geograficamente nos antípodas, o direito neozelandês é bastante inulgar, na medida em que aboliu, pura e simplesmente, a responsabilidade civil por dano corporal²². Com o *Accident Compensation Act* de 1972, aprovado por unanimidade no Parlamento neozelandês, foi consagrado um regime segundo o qual, regra geral, todo e qualquer dano corporal causado por um acidente, independentemente da sua origem, é ressarcido, de forma extrajudicial e independentemente de culpa, por uma entidade pública, a *Accident Compensation Corporation*²³. Desde a reforma de 2005, o dano iatrogénico (*medical treatment injury*) é indemnizado segundo um mecanismo *no-fault*²⁴.

Os sistemas *no-fault*, como modelo alternativo de (à?) responsabilidade civil vão sendo contemplados quer com entusiasmo reformador, quer com cepticismo, ou mesmo recusa frontal. Empiricamente, podemos observar que, de uma forma geral, os profissionais de saúde e os especialistas em direito biomédico (disciplina transversal e multidisciplinar) tendem a

¹⁸ *Potilasvakuutuslaki 948/2019* (versão consolidada).

¹⁹ *Bekendtgørelse af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet LBK nr 995 af 14/06/2018* (versão consolidada no capítulo 3.º da Lei).

²⁰ *Lög um sjúklingatryggingu, 2000 nr. 111 25. Maí.*

²¹ *Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).*

²² S. 317 (1) *Accident Compensation Act 2001.*

²³ Oliphant, K., 2007. Landmarks of No-Fault in the Common Law Tort and Insurance Law. Em: W. Van Boom & M. Faure, edits. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*. Viena, Nova Iorque.: Springer.; Schuck, P., 2008. Tort Reform, Kiwi-Style, 27:187. *Yale Law & Policy Review*, Volume 27, pp. 187-203.

²⁴ *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act 2005.* Vide nota n.º 38.

ver este modelo com bons olhos; os especialistas em direito civil tendem a encará-lo com cepticismo, como se de um corpo estranho que desafia a lógica e os fundamentos essenciais da sua disciplina se tratasse; por outro lado, actuários, economistas, administradores e seguradoras escrutinam o fenómeno através da frieza dos números numa folha de cálculo, enquanto os advogados de barra esconjuram-no, receando a perda de um segmento lucrativo do seu mercado.

É consabido que este instituto jurídico extravagante não germinou para além do seu *habitat* natural (países escandinavos e Nova Zelândia) e que a responsabilidade civil clássica continuou a ser o paradigma dominante... *Eppur si muove*... Será que os sistemas alternativos *no-fault* têm sido meramente um fogo fátuo no debate académico e político a nível internacional, uma “ave rara” comparatística? Ou, ao invés, são um paradigma credível que exerce pressão constante sobre a responsabilidade civil clássica, ameaçando refundá-la radicalmente, induzindo à sua evolução gradual no sentido de se adaptar às realidades específicas do dano iatrogénico?

II. O MODELO *NO-FAULT*

1. Características dos sistemas *no-fault*

Estes sistemas, apesar de haver diferenças significativas entre eles e de este ser um conceito deveras amplo, caracterizam-se por:

- a) Irrelevância da culpa como pressuposto do ressarcimento do dano;
- b) Socialização dos custos do dano corporal através de seguro;
- c) Resolução extrajudicial de litígios;
- d) Racionalidade administrativa e redução dos custos de transacção;
- e) Ressarcimento tendencialmente integral do dano corporal e recuperação dos pacientes lesados²⁵.

²⁵ Dentro da economia deste contributo e para evitar repetições desnecessárias de conteúdo, remetemos o leitor para as seguintes obras, para mais detalhes relativamente aos sistemas *no-fault*: Cascao, R., 2005b. Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente. Em: Coimbra Editora, ed. *Responsabilidade Civil dos Médicos*.

2. Evolução histórica

Nos países escandinavos, um paciente que sofre dano iatrogénico é ressarcido em primeira linha pela segurança social, podendo depois, se necessário, recorrer ao sistema de seguro *no-fault* do paciente, independentemente de culpa do prestador de cuidados de saúde, através de um procedimento extra-judicial gratuito. O modelo escandinavo de seguro do paciente foi fortemente influenciado pelo realismo jurídico escandinavo (*Escola de Uppsala*), que recusava a metafísica do direito e os seus “conceitos sobrenaturais e supersticiosos”²⁶. A culpa passou a ser encarada como um “*tû-tû*”, um tabu fetichista de tribos imaginárias do Pacífico Sul²⁷. Esta corrente de filosofia do direito caracteriza-se por uma perspectiva realista e objectiva do direito e da sociedade, entendendo que o direito deve centrar-se no objectivo de prosseguir o bem-estar social ao invés de uma ideia abstracta e metafísica de justiça.

Coimbra: AA.VV.; Cascão, R., 2005. *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*. Haia: Boom Juridische Uitgevers; Cascão, R., 2012. 1972, Para além da culpa no ressarcimento do dano médico. *Boletim da Faculdade de Direito*; (Dias Pereira, 2015); Raposo, V., 2016. A insustentável leveza da culpa: a compensação de danos no exercício da medicina. *Saúde e Sociedade*, 25(1); Kachalia, A., Mello, M., Brennan, T. & Studdert, D., 2008. Beyond negligence: Avoidability and medical injury compensation. *Social Science & Medicine*, Volume 66, pp. 387-402; Von Eyben, B., 2001. Alternative Compensation Systems. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41.

²⁶ Lundstedt, A., 1956. *Legal Thinking Revisited*. Uppsala: Almqvist & Wiksells.

²⁷ Ross, A., 1957. *Tû-tû*. *Harvard Law Review*, Volume 70: “*On the Noisulli Islands in the South Pacific lives the Noit-cif tribe, generally regarded as one of the most primitive peoples to be found in the world today. (...) This tribe (...) holds the belief that in the case of an infringement of certain taboos- for example, if a man encounters his mother-in-law, or if a totem animal is killed, or if someone has eaten of the food prepared for the chief- there arises what is called tû-tû. They also say that the person who committed the infringement has “become tû-tû”. It is very difficult to explain what is meant by this. Perhaps the nearest one can get to an explanation is to say that tû-tû is conceived of as a kind of dangerous force or infection which attaches to the guilty person and threatens the whole community with disaster. For this reason a person who has become tû-tû must be subjected to a special ceremony of purification*”.

Sinergeticamente, decorreu uma evolução bastante profunda do sistema de responsabilidade civil e do direito dos seguros por impulso do jurista sueco Ivar Strahl, que criticou as desvantagens da responsabilidade civil fundada quer na culpa quer no risco. Assumindo que a responsabilidade civil tem dois objectivos principais (prevenção e ressarcimento dos danos causados ao lesado), Strahl entende que ela não alcança satisfatoriamente qualquer deles, sugerindo a substituição, pelo menos parcial, da responsabilidade civil por um mecanismo de seguro como forma mais adequada para assegurar o ressarcimento do lesado, como alternativa às insuficiências da responsabilidade civil subjectiva e à proliferação de regimes de responsabilidade civil objectiva *ad hoc*²⁸. Strahl, propondo o seguro como mecanismo charneira da compensação de danos, impulsionou um debate jurídico que culminou com a aprovação da *Skadeståndslag* (1972:207), a Lei de Ressarcimento de Danos, que estabeleceu o regime geral do sistema sueco de responsabilidade civil. A responsabilidade civil foi assim refundada com a intenção de cobrir o dano corporal através de um sistema de seguro, sendo estabelecido um mecanismo modular de ressarcimento do dano corporal estruturado em três níveis: (i.) a segurança social; (ii.) os sistemas especiais de seguro colectivo, no caso em apreço, o *Patientförsäkring* (seguro do paciente) de 1975 e (iii.) o regime jurídico geral (baseado na culpa) da Lei de Ressarcimento de Danos, a título subsidiário^{29,30}.

Navegando de novo até aos mares do Pacífico Sul, a Nova Zelândia é tradicionalmente vista pelos anglo-saxões como um “laboratório social”, com uma longa tradição de uma política social progressista³¹. Antes da reforma de 1972, o regime geral da responsabilidade civil por dano corporal

²⁸ Strahl, I., 1959. Tort Liability and Insurance. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 3.

²⁹ Dufwa, B., 2003. Sweden. Em: B. Koch & H. Koziol, edits. *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*. Viena, Nova Iorque. Springer; (Dufwa, 2001); Hellner, J., 2001. Compensation for Personal Injuries in Sweden- A Reconsidered View. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41.

³⁰ Com o objectivo de reduzir a complexidade, tomamos como base o direito sueco, referindo os sistemas de outros ordenamentos jurídicos escandinavos quando tal seja oportuno.

³¹ (Oliphant, 2007).

baseava-se, no essencial, no *tort of negligence* da *common law*, que pressupõe a prova da culpa do lesante, a qual consiste na violação de um dever de diligência (*duty of care*)³².

Em 1967, foi publicado o *Woodhouse Report*, encomendado pelo Governo, que criticou a inadequação total da responsabilidade civil fundamentada no *tort of negligence* no que se refere à reparação do dano corporal, criticando o seu falso moralismo, o carácter aleatório e imprevisível do cálculo dos danos pelos tribunais de júri e os seus elevados custos de transacção³³. Propôs, ao invés, uma perspectiva holística e integrada para responder aos problemas colocados por um quadro jurídico “fragmentado e caprichoso” de ressarcimento do dano corporal, baseado numa “lotaria judiciária” que falhava flagrantemente em satisfazer as suas funções de forma socialmente aceitável. O estudo recomendou uma mudança radical do ordenamento jurídico, preconizando a abolição da responsabilidade civil em matéria de dano corporal, bem como a subtracção aos tribunais dos litígios daí emergentes, tendo como traves mestras o princípio segundo a qual a responsabilidade pelas consequências dos acidentes não deve recair apenas sobre o lesante, mas também sobre a comunidade (mormente nos casos em que as condutas potencialmente lesantes sejam levadas a cabo para a sua conveniência e utilidade) e ainda o princípio da equidade e igualdade no ressarcimento do dano corporal, independentemente da sua origem, não se devendo permitir regimes diferentes de indemnização do dano corporal em virtude da etiologia do facto causador³⁴. Consequentemente, foi aprovado, por unanimidade, o *Accident Compensation Act*, que entrou em vigor em 1974.

3. Características

³² Markesinis, B. & Deakin, S., 2019. *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford. 8th ed. Oxford: Oxford University Press.

³³ Woodhouse Commission, 1967. *Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury (Chairman Mr. Justice Woodhouse). Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry*, Wellington: Government Press.

³⁴ (Schuck, 2008).

A) Critérios de acesso

Nos sistemas escandinavos de seguro *no-fault* do paciente, o critério que define o acesso à compensação do dano é eticamente neutro, ou seja, não se exige que o lesante tenha actuado com culpa, violando qualquer dever de cuidado imposto pelas *leges artis*. É ressarcido o dano iatrogénico evitável (*oundviklighetskriteriet*) de acordo com um raciocínio retrospectivo (*facitbedömning*), se:

a. puder ser presumido que, com um grau razoável de probabilidade, se tivessem sido prestados os melhores cuidados de saúde especializados, o dano não se teria produzido (*specialistmålestokken*: regra do especialista)³⁵;

b. for possível presumir que, existindo uma terapêutica alternativa de eficácia equivalente à que foi empregue, tivesse essa terapêutica alternativa sido empregue, o dano não se teria produzido (*alternativregeln*: regra alternativa)³⁶.

O raciocínio retrospectivo *ex post facto* é crucial para a apreciação da evitabilidade do erro segundo estas regras. Para tal, o aplicador da regra reporta-se ao momento em que tem conhecimento do processo causal entre o acto terapêutico e o dano causado (e as suas consequências). Ao

³⁵ Num caso dinamarquês, um paciente foi compensado porque o seu pé ficou paralisado em virtude de uma sequela após uma cirurgia realizada num hospital provincial. Ficou provado que, se o paciente tivesse sido operado no departamento de neurocirurgia de um hospital central, o dano poderia ter sido evitado (*Vestre Landsrets dom 07.11.2001 (7. afd., B-2023-98)*).

³⁶ Noutro caso dinamarquês, um paciente, que padecia de osteoartrite progressiva, foi submetido a uma cirurgia prótica não cimentada na anca, tendo posteriormente desenvolvido uma reacção inflamatória que lhe causava dor intensa. O paciente foi submetido a nova cirurgia, sendo a prótese não cimentada substituída por uma prótese cimentada. O consórcio de seguro do paciente decidiu compensar o paciente, entendendo que, apesar de a cirurgia ter sido executada através de cuidados especializados, pode-se presumir que seria bastante provável que os danos causados ao paciente pudessem ser evitados se tivesse sido inicialmente introduzida uma prótese cimentada, considerada como terapia equivalente àquela que foi efectuada (*Cementeret hofteprotese med ligeværdigt alternativ, 95-1452 1996 Årsb.*).

inverso, a apreciação da culpa na responsabilidade civil clássica reporta-se ao momento em que o acto terapêutico foi executado.

É ainda indemnizado o dano iatrogénico:

c. produzido em virtude de defeito ou avaria de equipamento ou instrumentação médica (*apparaturregeln*: regra do equipamento), critério que é objectivo;

d. em algumas circunstâncias, mesmo o dano iatrogénico inevitável é ressarcível (*rimelighedregeln*: regra da razoabilidade), particularmente o dano resultante de infecção nosocomial ou quando haja uma desproporção manifesta entre a magnitude do dano sofrido relativamente ao baixo limiar de risco estimado da terapêutica empregue³⁷.

Na Nova Zelândia, o âmbito do *Accident Compensation Act* abrange praticamente todo o dano corporal causado por um acidente, independentemente da sua etiologia³⁸. No que se refere ao dano iatrogénico (*medical treatment injury*)³⁹, é ressarcido o dano iatrogénico que tenha

³⁷ Erichsen, M., 2001. The Danish Patient Insurance System, (2001). *Medicine and Law*; Oldertz, C., 1989. Compensation for personal injuries: the Swedish patient and pharma insurance. Em: R. J. Mann, ed. *No-Fault Compensation in Medicine*. Londres: Royal Society of Medicine Services; Pichler, J., 1994. *Die Patientenversicherungsrechte in Schweden, Finnland und Dänemark. Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich, Band 1*. Viena, Colónia, Weimar: Bohlau Verlag; (Kachalia, et al., 2008).

³⁸ S. 20 a 24 *Accident Compensation Act* 2001. Abrange (i.) acidentes pessoais; (ii.) acidentes profissionais e doenças ocupacionais; (iii.) acidentes desportivos; (iv.) acidentes de viação; (v.) dano provocado pela prestação de cuidados de saúde; (vi.) dano resultante de crime contra a integridade física ou liberdade e autodeterminação sexual; (vii.) suicídio. Ficam excluídas do âmbito do regime de indemnização as patologias que careçam denexo de causalidade com um acidente, nomeadamente aquelas que derivem do processo natural de envelhecimento.

³⁹ Até à reforma introduzida pelo *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act 2005*, o critério para o ressarcimento do dano médico era diferente (*medical misadventure*), exigindo-se a verificação de um erro médico “*medical error*” (critério idêntico ao da regra da culpa) ou de um “*medical mishap*”, ou seja, um acto médico (excluindo-se as omissões) não culposo que, pela raridade da sua verificação (definido pela lei como ocorrendo em $\leq 1\%$ dos casos), ou pela sua severidade (período prolongado de hospitalização, incapacidade significativa ou morte) justificasse o ressarcimento. Estes critérios revelaram-se, na *praxis*, problemáticos, sendo criticados pela sua incoerência com os princípios essenciais e o espí-

sido sofrido por um paciente em virtude de cuidados de saúde administrados por um profissional habilitado ou sob sua orientação, tenha sido causado pelos referidos cuidados de saúde e que não seja consequência necessária ou normal dos cuidados de saúde prestados, tendo em conta todas as circunstâncias em que estes foram prestados, nomeadamente o estado de saúde do paciente e o estado da ciência médica na altura em que os cuidados de saúde foram prestados. É excluído o dano sofrido em consequência do estado de saúde subjacente do paciente, exclusivamente como consequência de uma decisão clínica relativa à alocação de recursos ou em consequência de recusa ou adiamento injustificado de prestação de consentimento informado por parte do paciente. O facto de os cuidados de saúde prestados não terem alcançado o resultado esperado não se considera, por si só, dano médico⁴⁰.

rito do sistema do *Accident Compensation Act*, por introduzirem incerteza jurídica e morosidade no procedimento de ressarcimento, bem como por permitirem que uma determinada categoria de dano corporal não fosse totalmente coberta pelo mecanismo holístico de ressarcimento do dano corporal neozelandês. Para corrigir esses inconvenientes, a reforma de 2005 alterou os pressupostos da indemnização do dano iatrogénico estabelecidos na secção 32 do *Accident Compensation Act* 2001, substituindo a exigência de erro médico ou de *medical mishap* pelo conceito mais abrangente de *medical treatment injury*. Como consequência imediata, a proporção de pedidos de ressarcimento rejeitados baixou de 70,6% (2004-2005) para 35,5% (2008-2009) e o período administrativo necessário para a avaliação dos pressupostos do ressarcimento baixou de aproximadamente cinco meses para 37 dias. Por outro lado, os custos imediatos do subsistema de ressarcimento do dano médico duplicaram: Todd, S., 2001. Treatment Injury in New Zealand. *Chicago-Kent Law Review*, 86(3), p. 1177; (Oliphant, 2007); (Schuck, 2008).

⁴⁰ S. 32 e 33 *Accident Compensation Act* 2001. Na determinação da verificação do dano iatrogénico, entendem-se como compreendidos no conceito de prestação de cuidados de saúde a terapia, o diagnóstico, a decisão clínica sobre a terapia, a decisão clínica de não administrar qualquer terapia, a omissão terapêutica, a omissão de administrar os cuidados de saúde em tempo útil, a obtenção do consentimento informado, a profilaxia, a falha de equipamento ou prótese e logística e gestão da unidade de prestação de cuidados de saúde quando influenciem a qualidade da prestação de cuidados de saúde ao paciente.

B) Procedimento

Na Suécia, os litígios são dirimidos pelo consórcio do seguro do paciente (*Patientförsäkringen LÖF*⁴¹), de forma expedita (em média 8 meses por caso) e sem custos para o paciente, segundo um procedimento extra-judicial. Aproximadamente 45% dos procedimentos são decididos em favor do paciente (Finlândia: aproximadamente 30%; Dinamarca: 43%)⁴². Das decisões do consórcio cabe recurso para os tribunais ou arbitragem, apesar desse recurso ser raro (Suécia: 18%, Dinamarca: 20%), procedendo o recurso em aproximadamente metade dos casos (Suécia 47%, Dinamarca 43%)⁴³.

Na Nova Zelândia é proibido o acesso imediato aos tribunais para o pedido indemnizatório relativo ao dano corporal, uma proibição cuja validade foi confirmada pela jurisprudência⁴⁴. O procedimento de ressarcimento desencadeia-se por iniciativa do sinistrado, que se deve dirigir a um hospital ou a um prestador de cuidados de saúde devidamente homologado, o qual efectua a avaliação do dano corporal e remete o pedido de indemnização à *Accident Compensation Corporation (ACC)*, que demora em média três semanas a decidir da indemnização. Caso o sinistrado não fique satisfeito com a oferta de indemnização proposta pela ACC, pode requerer a sua reavaliação por essa instituição. Se ainda assim o sinistrado permanecer insatisfeito com a oferta de indemnização final da ACC, pode requerer a sua revisão por uma comissão independente e, em última instância, recorrer para o *District Court*⁴⁵.

⁴¹ Finlândia: *Potilasvakuutuskeskus (PVK)*; Dinamarca: *Patienterstatningen*; Noruega: *Norsk pasientskadeerstatning*.

⁴² Cascão, R. & Hendricks, R., 2007. Shifts in the compensation of Medical Adverse Events. Em: W. Boom & M. Faure, edits. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, Tort and Insurance Law, vol. 22*. Viena, Nova Iorque: Springer.

⁴³ (Dufwa, 2003); (Kachalia, et al., 2008).

⁴⁴ *Accident Compensation Act 2001*, S. 317 (1); *Queenstown Lakes District Council v. Palmer* [1999] 1 NZLR 549 (*Court of Appeal*); (Todd, 2001); (Oliphant, 2007); (Schuck, 2008).

⁴⁵ S. 133 ss. *Accident Compensation Act 2001*.

C) Cobertura

Na Suécia, o regime de segurança social cobre, nos termos da Lei da Segurança Social (*Socialförsäkringslag* 1999:799), as despesas imediatas relacionadas com os cuidados de saúde necessários e outras despesas, com um *plafond* de aproximadamente €35,000 (2020). Quando necessário, o lesado pode ainda accionar o seguro do paciente, de forma a obter o ressarcimento dos danos sofridos que, pela sua natureza, não estejam cobertos pela segurança social (os danos não patrimoniais), assim como os danos que excedam o seu *plafond*. Os danos são calculados nos termos Lei de Ressarcimento de Danos (capítulo 5), sendo ressarcido o dano emergente, o lucro cessante e ainda os danos não patrimoniais (*pain and suffering*, desfiguramento, invalidez, perda de amenidades e outros inconvenientes), ou, em caso de óbito do lesado, as despesas funerárias e alimentos aos dependentes sobreviventes. O montante compensatório máximo proporcionado pelo seguro do paciente sueco está, nos termos do artigo 10.º da Lei de Seguro do Paciente, plafonado em aproximadamente €930,000 (2020)⁴⁶. Note-se que na Finlândia e na Dinamarca não há plafonamento⁴⁷. As quantias que já tiverem sido desembolsadas pela segurança social são deduzidas da indemnização a pagar pelo consórcio de seguro do paciente. Da mesma forma, nos casos raros em que haja recurso ao tribunal, todas as quantias desembolsadas quer pela segurança social, quer pelo consórcio de seguro do paciente serão deduzidas da indemnização fixada pelo tribunal⁴⁸.

Também é fixada uma franquia de aproximadamente €230, com o objectivo de evitar pedidos bagatelares (como termo de comparação, a franquia na Dinamarca e na Noruega é mais elevada). Os montantes compensatórios que tenham sido pagos pela segurança social são deduzidos, nos termos do capítulo 5º, secção 3, da Lei de Ressarcimento de Danos.

⁴⁶ Strömbäck, E., 1999. Personal Injury Compensation in Sweden Today, vol. 39, 1999. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 39, p. 421.

⁴⁷ (Von Eyben, 2001).

⁴⁸ (Dufwa, 2003).

Na Nova Zelândia, a indemnização abrange apenas o dano corporal, cobrindo o custo dos cuidados de saúde, o dano emergente e o lucro cessante, apoio doméstico e reabilitação vocacional. Todavia, a indemnização do dano não patrimonial é bastante limitada, circunscrevendo-se a determinadas categorias de acidentes graves⁴⁹.

D) Custos do sistema

Os custos do sistema, como veremos adiante, são vistos como um dos calcanhares de Aquiles do modelo *no-fault*. Calabresi distinguiu, segundo uma análise económica, os custos derivados dos acidentes em três categorias: (i.) os custos primários, que consistem, neste contexto, no dano corporal sofrido pelo paciente; (ii.) os custos secundários, que consistem nas consequências da não indemnização do paciente e a sua eventual distribuição entre o lesado e a sociedade; e (iii.) os custos terciários, aqueles que derivam da tramitação burocrática e/ou judiciária necessária para a obtenção da indemnização do acidente⁵⁰.

Nos sistemas escandinavos, os sistemas de seguro do paciente são financiados pelos prémios de seguro pagos pelos prestadores de cuidados de saúde. Apesar de não ser cristalino que os custos globais dos sistemas escandinavos sejam mais elevados do que nos ordenamentos jurídicos que mantêm o paradigma clássico de responsabilidade civil, o custo marginal do ressarcimento dos pacientes é mais baixo, uma vez que os custos terciários são bastante mais baixos do que em sistemas de responsabilidade civil baseada na culpa⁵¹. Segundo Dufwa, é consabido desde tempos primordiais que a responsabilidade civil clássica tem custos terciários mais elevados do que outros sistemas de ressarcimento⁵².

⁴⁹ *Accident Compensation Act 2001*, S. 21 ss.; (Schuck, 2008).

⁵⁰ (Calabresi, 1970).

⁵¹ (Von Eyben, 2001); (Cascão, 2005); (Cascão & Hendricks, 2007); (Pearson Commission, 1978); Sénat de Belgique/Belgische Senaat, 2003. *Proposition de loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux sans faute médicale/Wetvoorstel tot schadeloosstelling van medische ongevallen zonder medische fout*, 3-213/1, 19/09/2003, Bruxelas.

⁵² (Dufwa, 2001).

Na Nova Zelândia, o sistema tem um modelo de financiamento complexo, provindo as suas receitas de prémios pagos pelas entidades patronais, pelos trabalhadores ou pelo Governo (caso o sinistrado esteja desempregado) e ainda por uma derrama sobre o imposto sobre os produtos petrolíferos e as taxas de licenciamento de veículos. O sistema vigente custa, por ano, 190 milhões de Dólares neozelandeses (aproximadamente 113 milhões de €, ou seja, aproximadamente 26€ *per capita*) a mais quando comparado com um cenário hipotético de responsabilidade civil baseada na culpa⁵³. Pelo que se pode concluir que o custo social agregado é mais baixo do que seria num sistema de responsabilidade civil baseado na culpa⁵⁴.

E) Prevenção de eventos adversos

Diversamente do que sucede na responsabilidade civil clássica o efeito preventivo da responsabilidade civil extracontratual não consiste na dissuasão (ou na retribuição, como em alguns ordenamentos jurídicos), mas ao invés em facilitar estratégias de *root cause analysis* e transparência clínica. Frequentemente, na Escandinávia, é o próprio médico que tratou o paciente quem o ajuda a preparar o pedido de ressarcimento ao consórcio de seguro do paciente⁵⁵.

Na Nova Zelândia, A ACC desenvolve estudos, com base nos dados obtidos através dos procedimentos de indemnização, para investigar as causas profundas dos acidentes e desenvolver medidas de prevenção de acidentes.

No entanto, há investigação recente que salienta que, sem serem implementados mecanismos adicionais aprofundados e eficientes de notificação de incidentes, aprendizagem com o erro e de prevenção de acidentes,

⁵³ PriceWaterhouseCoopers, 2008. *Accident Compensation Corporation New Zealand: Scheme Review*, Wellington. Note-se que o financiamento e os custos referidos abrangem todos os danos cobertos pelo *Accident Compensation Act 2001*, não apenas o dano iatrogénico.

⁵⁴ Montante no entanto bastante inferior ao valor social agregado acrescentado pelo actual sistema *no-fault* (o seu retorno social: participação mais alargada da população no mercado de trabalho, inclusão e coesão social, redução da pobreza, melhoria das condições de acesso a cuidados de saúde).

⁵⁵ (Kachalia, et al., 2008).

os sistemas *no-fault* não conseguem, só por si, assegurar a prevenção eficaz de eventos adversos, apesar do seu potencial⁵⁶.

III. CONCLUSÃO E REFLEXÕES DE IURE CONDENDO

Um pouco por todo o mundo, o espectro do modelo *no-fault* vem paulatinamente pautando o debate sobre a reforma da responsabilidade civil em medicina. É o caso do Reino Unido desde a *Pearson Commission* em 1978⁵⁷ até à actualidade, tanto em Westminster⁵⁸ como em Holyrood, tendo o Governo escocês realizado uma consulta pública que recomendou a introdução de um sistema *no-fault*⁵⁹.

Também em França, nos *travaux préparatoires* da *Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé*⁶⁰, o modelo *no-fault* escandinavo foi uma das principais linhas dinâmicas e inspiradoras do difícil parto desta lei. Não prevaleceu o figurino nórdico, sendo forjado um sistema *à deux voies*, em que a responsabilidade civil

⁵⁶ Wallis, K., 2017. No-fault, no difference: no-fault compensation for medical injury and healthcare ethics and practice. *British Journal of General Practice*, n.º de Janeiro, pp. 38-39.

⁵⁷ Pearson Commission, 1978. *Royal Commission of Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Cmnd 7054-1)*, Londres: The Stationery Office.

⁵⁸ Chief Medical Officer, 2000. *An Organisation with a Memory. Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS*, Londres: The Stationery Office; Chief Medical Officer, 2003. *Chief Medical Officer. Making Amends: A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Londres: The Stationery Office; House of Commons Committee on Public Accounts, 2017. *Managing the Costs of Clinical Negligence in Hospital Trusts (2017-2019) HC 397*.

⁵⁹ The Scottish Government, 2014. *Consultation Report- Consultation on Recommendations for No-Fault Compensation in Scotland for Injuries Resulting from Clinical Treatment*, Edimburgo: The Scottish Government/Riaghaltas na h-Alba.; Dyer, C., 2012. Scotland considers no fault compensation for medical injuries. *BMJ*, p. 345; Farrell, A. M., Devaney, S. & Dar, A., 2010. *No-Fault Compensation Schemes for Medical Injury: A Review*, Edimburgo: Scottish Government Social Research.

⁶⁰ Os *travaux préparatoires* desta reforma podem ser consultados na seguinte hiperligação: https://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/droits_des_malades.asp

fundada na culpa coexiste com um regime de indemnização colectiva das infecções nosocomiais e dos acidentes médicos mais graves⁶¹.

Refira-se ainda o caso da Bélgica, que teve um “flirt” inicial com o modelo escandinavo, consagrado na *loi du 15 mai 2007 relative à l’indemnisation des dommages résultant de soins de santé* (lei relativa à indemnização dos danos resultantes de cuidados de saúde), que previa um regime de ressarcimento *no-fault*. No entanto, esta lei nunca entrou em vigor, sendo muito criticada pela doutrina local, por não haver garantias de transparência, por receios relativamente aos custos operacionais e por não ser permitido o recurso aos tribunais judiciais. Esta lei foi posteriormente revogada apenas três anos depois pela *loi du 31 mars 2010 relative à l’indemnisation des dommages résultant de soins de santé*, a qual consagrou um regime idêntico ao referido modelo *à deux voies* francês, se bem que assaz influenciada pelo modelo escandinavo do ponto de vista técnico⁶².

Devem ainda ser mencionados os sistemas *no-fault* que vigoram na Virgínia e na Florida, nos Estados Unidos da América, cujo âmbito se limita à compensação de dano neurológico neonatal de elevada gravidade⁶³.

Apesar das vantagens apresentadas pelos sistemas *no-fault*, não houve substituição de paradigma dominante no que se refere ao ressarcimento do dano iatrogénico. Estes sistemas funcionam no seu contexto social, económico e político, tendo como objectivo ressarcir o máximo de pacientes lesados desejável com o menor custo marginal possível, bem como proporcionar maior coesão e inclusão social (melhorias na redução

⁶¹ *Code de la Santé Publique*, L1142-1 ss.; Lambert-Faivre, Y., 2015. Droit du dommage corporel — Systèmes d’indemnisation. 8.^a ed. Paris: Dalloz; Laude, A., 2002. L’indemnisation collective des accidents thérapeutiques. Em: Jourdain P, Laude, A., Penneau, J. & Porchy-Simon, S. Le Nouveau Droit des Malades. Paris: Litec.

⁶² Buelens, W., 2019. De (Belgische) Wet Medische Ongevallen en het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, Issue 4, pp. 120-135; Genicot, G., 2011. Le nouveau régime belge d’indemnisation des dommages résultant de soins de santé. *Revue Générale de Droit Médical*, vol. 38, Volume 38, pp. 269-293.

⁶³ *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act. 1987, c. 540. (Code of Virginia § 38.2-5000 ss.); Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Association (NICA) 1988, Cap. 766 Florida Statutes.*

da pobreza e das desigualdades, melhoria do estado de saúde da população); maior e melhor participação dos cidadãos na sociedade e no mercado de trabalho (menos pessoas doentes ou portadoras de incapacidades); melhor qualidade de vida das pessoas afectadas por dano corporal; redução, no longo prazo, das despesas de prestação de cuidados de saúde em virtude de um melhor e mais precoce acompanhamento médico do dano corporal sofrido; descongestionar os tribunais e ainda coadjuvar o alcance e a sustentabilidade da segurança social.

As razões que levam à manutenção do *status quo* da responsabilidade civil clássica são múltiplas: receios quanto aos custos operacionais do sistema, transparência da sua administração e acesso à justiça, resistências corporativas, dificuldades técnicas na definição dos critérios de acesso, dúvidas quanto à eficácia em sede de prevenção de eventos adversos, dúvidas quanto à sua capacidade para ressarcir integralmente o dano, ou ainda a poderosa metanarrativa “*tú-tú*” da culpa, fortemente enraizada nas várias tradições jurídicas⁶⁴. E provavelmente terão sido decisivas para a sobrevivência do paradigma clássico as estratégias adoptadas pelos vários ordenamentos jurídicos para flanquearem os seus defeitos sem os terem substituído totalmente: uma evolução na continuidade, feita de pequenos passos⁶⁵. Constatando as insuficiências do sistema tradicional de responsabilidade civil médica, vários ordenamentos jurídicos adoptaram, por iniciativa legislativa, evolução da jurisprudência, ou mesmo autorregulação, estratégias para corrigir as insuficiências observadas: resolução extrajudicial de litígios (mediação, conciliação, arbitragem); incentivos ou maior abertura dos prestadores de cuidados de saúde, sistemas de saúde e seguradoras a mecanismos amigáveis de resolução de litígio e à assumpção voluntária da responsabilidade; facilitação e inversão do ónus da prova da culpa e da causalidade em determinadas circunstâncias⁶⁶; *barèmes* (tabelas de cálculo de indemnização do dano corporal); mecanismos de segurança social; socialização de alguns riscos sanitários (e.g. infecções nosocomiais, acidentes de vacinação, instrumentos e dispositi-

⁶⁴ (Ross, 1957).

⁶⁵ (Cascão & Hendricks, 2007).

⁶⁶ Por exemplo, o §630h do BGB alemão, que cristaliza décadas de jurisprudência nesse sentido.

vos médicos, transfusões); flexibilização da responsabilização fundada na insuficiência do consentimento informado⁶⁷; mecanismos de desculpas⁶⁸; enquadramento contratual da responsabilidade civil⁶⁹, etc.

Não parece provável que surjam novos sistemas *no-fault* em larga escala num horizonte próximo. Para tal, *de iure condendo*, seria necessário um vasto consenso político, alinhamento entre as entidades públicas pertinentes e os interessados (corporações profissionais, seguradoras, etc.); transparência e realismo na análise dos custos operacionais; idoneidade, transparência e competência das instituições que administrem o sistema e que venham a dirimir o procedimento de ressarcimento; complementaridade com a segurança social e mecanismos de seguro com o objectivo de garantir o ressarcimento integral dos danos; equilíbrio na fixação de *plafonds* e franquias; garantias de acesso à justiça e, finalmente, a integração do sistema *no-fault* com estratégias eficazes de notificação, investigação e prevenção de eventos adversos.

Não obstante o modelo *no-fault* não ter logrado tornar-se no paradigma dominante de ressarcimento do dano iatrogénico, é simultaneamente *Leitmotiv* e “musa inspiradora” das metamorfoses da responsabilidade civil clássica baseada na culpa. O seu estudo é incontornável para o juscomparatista e para qualquer estudo sério de política legislativa nesta área.

⁶⁷ Segundo (Lambert-Faivre, 2015), o consentimento informado é um “falso alibi” para indemnizar o dano iatrogénico. Por outro lado, (Hellner, 2001) salienta ser muito raro que um paciente proponha uma acção de responsabilidade civil fundada na insuficiência do consentimento informado quando os cuidados de saúde correm bem.

⁶⁸ Por exemplo, em Hong Kong, de acordo com a *Apology Ordinance (Cap. 631)* de 13 de Julho de 2017, um lesante pode oferecer publicamente um pedido de desculpas a um lesado, sem que tal tenha consequências processuais a título de assumpção de culpa ou de responsabilidade.

⁶⁹ O enquadramento contratual da responsabilidade civil em medicina é mais frequente em ordenamentos jurídicos em que sistemas de saúde se baseiam no modelo *Bismarck*, como é o caso, *e.g.*, da Alemanha (*Behandlungsvertrag*: §630a-h do BGB) ou dos Países Baixos (*Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling*: Art. 7: 446 ss. do BW, Código Civil neerlandês).

A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — UMA BREVE VISÃO PANORÂMICA NO FIM DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI

RUTE TEIXEIRA PEDRO*

Resumo: Neste trabalho reflete-se sobre a aplicação da noção da perda de chance no âmbito dos casos em que se discute a responsabilidade civil médica. Nesta área, a reconstrução “ex post” facto do enquadramento causal dos factos coloca desafios difíceis de ultrapassar, na medida em que a ciência médica não oferece, frequentemente, a certeza que a operação jurídica de apuramento do nexa causal demanda, à luz do juízo em concreto da “conditio sine qua non”. Consequentemente, a autonomização das chances de cura e de sobrevivência para efeitos ressarcitório é uma perspectiva que deve ser considerada, como analisaremos neste trabalho, tendo em conta a evolução dos últimos anos.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; Perda de Chance; Dano; Nexa causal

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto, CIGE — Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1505-535X> · Email: rpedro@direito.up.pt

Abstract: This paper focus on the application of the notion of loss of chance to medical civil liability cases. Within this field, the *ex post facto* reconstruction of the causal chain of facts is a challenging mission, as the available medical knowledge does not offer the certainty legal reasoning demands namely to asses the “*conditio sine qua non*” requirement. As a consequence, the autonomous entitlement of surviving chances or healing chances for compensations purposes is a different perspective that is analyzed in this work, taking into account the evolution that has taken place in the recent past.

Keywords: Medical Liability, Loss of chance; Damage; Causal Link

I. Observações Introdutórias

Tendo-me sido dada a oportunidade de visitar a figura da perda de chance numa obra que se destina a homenagear o Doutor Sinde Monteiro, não poderia perder essa chance. É um tema que tenho vindo a acompanhar desde que, no início do século XXI, me deparei com ele e sobre o qual iniciei uma investigação no âmbito dos meus trabalhos de Mestrado. Volto, agora, mais uma vez, a ele, volvidas quase duas décadas sobre esse momento inicial.

À época em que iniciei o estudo, ainda não se encontravam muitas referências na Doutrina Portuguesa a esta figura que nasceu do labor jurisprudencial em outros ordenamentos jurídicos. Os trabalhos do Doutor Sinde Monteiro constituíram, a esse propósito, portanto, uma exceção. No seu profundo e incontornável estudo “Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações”, encontrei, observações muito importantes para o estudo que então iniciava. Na modalidade de ilicitude traduzida na violação de uma disposição legal de proteção, e considerando a questão do ónus da prova, o Doutor Sinde Monteiro reportava-se à figura da perda de chance, destacando a proximidade que a aplicação da “*perte d’une chance de guérison ou de survie*” feita pela jurisprudência francesa apresentava com a doutrina da atribuição da responsabilidade segundo o grau de elevação do risco¹.

¹ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 291 e ss, em especial pp. 297 e ss.

Colhi, aí, pois, ensinamentos preciosos que iluminaram o percurso de investigação e reflexão que então iniciei e que se vem prolongando até aos dias de hoje.

Com o intuito de dar o meu contributo para a merecida homenagem ao Doutor Sinde Monteiro, volto, agora, de novo à figura da perda de chance para, desta vez, em diálogo com a obra do homenageado, dar uma visão panorâmica da admissibilidade da ressarcibilidade dessa espécie de dano, entre nós, no momento em que escrevo.

II. O reconhecimento da ressarcibilidade do dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade Civil médica

A noção da perda de chance, que já se encontrava presente em arestos relativos a outras matérias desde o fim do século XIX², foi acolhida e o seu ressarcimento admitido, pela jurisprudência francesa, no âmbito da responsabilidade civil do médico, como perda de chance de cura ou de sobrevivência (“*perte d’une chance de guérison ou de survie*”), em meados da década de 1960³.

² Sobre este ponto, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 192 e ss.

³ Como afirmava já na década de 80 do século passado, J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações* cit., p. 298. A aceitação em França, pela Doutrina e pela Jurisprudência, manteve-se de forma persistente, verificando-se um crescente alargamento das situações em que se aceita o ressarcimento do dano da perda de chance, desde logo no âmbito da prestação de cuidados de saúde. Para além das situações a que nos referiremos na secção IV deste trabalho e que respeitam a perda de oportunidades de autodeterminação do doente (e que, como *infra* referiremos, nos parecem representar uma indevida aplicação da figura), chamamos à colação o Acórdão da *Cour de Cassation* (1.ª secção) de 26 setembro de 2018 (n.º 17-20.143), em que este Tribunal aceitou o reconhecimento do direito de uma parturiente a receber uma indemnização por parte da entidade detentora da clínica em que ocorreu o parto e que, tendo perdido o correspondente “*dossier médical*”, lhe fez perder, culposamente a “*chance de pouvoir réclamer aux professionnels de santé (obstétricien et/ou sage femme) la réparation de son préjudice corporel*” decorrente das incontínências anais e urinárias de que passou a padecer. O Acórdão está

Constituiu mais uma manifestação, na área da prestação de cuidados de saúde, do fenómeno, detetado no mesmo período, que se caracterizou pelo “enorme desenvolvimento das responsabilidades profissionais”⁴ e que se apelidou como um movimento de “democratização da responsabilidade profissional”⁵. Foi também uma reação, ocorrida no plano jurisprudencial, à constatação de que, à luz do modo de distribuição do ónus da prova mais comum e que, entre nós, se encontra vertido no art. 342.º do Código Civil⁶, o encargo probatório que recai sobre o doente lesado, quando peticiona uma indemnização, por um ato (sob a forma de ação ou omissão) de um médico, é um encargo muito pesado e que, em certos casos, pode mesmo revelar-se excessivo.

Na verdade, como consequência da posição particular (de superioridade) em que o médico (“*Die Konsequenz der ärztlichen Überlegenheiten*”) se encontra como profissional especialista perante o doente, há um desequilíbrio (“*Ungleichgewicht*”) que pode fazer perigar até a igualdade de armas processual

disponível in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037473934/>. Sublinhando a originalidade do caso vertente em que a perda de chance serviu para ultrapassar a dificuldade de afirmação donexo causalidade entre a “*faute d’organisation*” da clínica e a falta de reparação do dano sofrido pelo doente como consequência de um ato médico, ver PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, janeiro-março de 2019, p. 119 e ss.

⁴ J. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra : [s.n.], 1983, p. 26. O Autor aponta o “progressivo esbatimento dos privilégios ou imunidades (de direito ou de facto)” como fenómeno característico do século XX também em *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., p. 166.

⁵ CHRISTIAN VON BAR, *apud* FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 332, Janeiro de 1984, p. 21.

⁶ Advertimos, de imediato, que todas as normas que, neste trabalho, sejam citadas sem referência do diploma a que pertencem são normas do Código Civil Português, na versão vigente no momento presente.

(“*die prozessuale Waffengleichheit*”) entre as partes⁷, o que não pode ser ignorado pelo Direito⁸, como se foi reconhecendo transversalmente. Ora, segundo as já referidas regras da distribuição do ónus probatório cabe, em princípio, ao doente provar todos os factos constitutivos do direito à indemnização que reclama, o que faz com que ele se encontre numa situação de grave necessidade de prova (“*in grosse Beweisnot*”)⁹.

Constatou-se, aliás, que, em alguns litígios sob apreciação dos Tribunais, a prova carreada para o processo permitia dar por demonstrada a prática, pelo médico, de um ato ilícito e culposo e a concretização do resultado final desvantajoso (a morte, a consumação de uma incapacidade) que a intervenção do médico procurava evitar, ficando também provado que aquele ato tinha privado o doente das chances (todas ou algumas) que ele tinha de escapar àquele resultado desvantajoso. Ora, o problema com que os Tribunais se deparavam na administração da justiça nestes casos, era o de que, apesar de o ato eventualmente fundante de responsabilidade ser idóneo para a produção do dano final (a morte, a consumação da incapacidade) — apesar, portanto, de se poder afirmar a sua adequação para a produção de danos da espécie daqueles que se produziram —, não se conseguia dar por assente, com o grau de certeza demandado, que aquele ato tinha sido, em concreto, condição necessária para a produção daque-

⁷ O desequilíbrio referido, com reflexos na igualdade de armas que deve processualmente ser promovida, explica-se por várias razões (“*Die notwendige Waffengleichheit ist im Arzthaftungsprozess aus verschiedenen Gründen schwer herzustellen*”): seja pela dificuldade de reconstrução do encadeamento factual (“*Rekonstruktion des tatsächlichen Geschehens*”), por parte do doente que se encontra muitas vezes sem perfeita percepção do que lhe acontece até por força do seu estado de saúde ou por efeito de substâncias sedantes e, por vezes, com anestesia geral (“*bei Vollnarkose*”); seja pela falta de conhecimentos da área (“*Wissen der Spezialisten*”); seja ainda pela dificuldade de afirmação donexo causal entre o erro médico e as consequências sofridas pelo doente (“*ist selbst bei einem nachgewiesenen Arztfehler die Kausalität zwischen dem Fehler und dem Erfolg in vielen Fällen unklar*”). Assim JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Un-erlaubte Handlungen 1 — Teilband 2)*, Berlim, Sellier — de Gruyter, 2009, p. 457.

⁸ Acompanhamos em texto afirmações de JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, cit., p. 410.

⁹ JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, cit., p. 459.

le dano. Ora, entendendo-se que a afirmação da condicionalidade é uma exigência da afirmação do nexu causal, à luz do disposto nos arts.º 562.º e 563.º¹⁰, e falhando a sua demonstração, a decisão a adotar pelo Tribunal teria que ser no sentido de denegar a pretensão ressarcitória do paciente¹¹.

A título meramente exemplificativo, sublinha-se que esse era, pois, o resultado a que estavam votados os pedidos relativos ao atraso ilícito e culposo no diagnóstico de uma doença de que o doente viesse a falecer, sem que se pudesse afirmar que tal desfecho não ocorreria na hipótese de o diagnóstico ter sido corretamente feito no momento em que o deveria ter sido. E era assim, apesar de ficar demonstrado que o ato ilícito e culposo do profissional havia diminuído as possibilidades de o doente ter escapado àquele resultado final.

Falamos de situações como a que foi julgada pela sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015¹². Nesse caso, em extrema síntese, deu-se como provada a omissão ilícita e culposa de diagnóstico de uma pneumonia num primeiro momento em que a doente se havia deslocado a uma instituição hospitalar privada, com dificuldades respiratórias e um grave mal-estar generalizado sem que fosse realizado qualquer exame complementar de diagnóstico, como ficou assente que deveria ter ocorrido. Ficou também provado que, algumas horas mais tarde, quando a doente retorna ao mesmo estabelecimento, perante o agravamento do seu estado de saúde, depois de realizados vários exames, é-lhe detetada uma infeção generalizada

¹⁰ Sobre o nexu causal, *vide* J. SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pp. 379 e ss.

¹¹ A prova do nexu causal é a maior dificuldade colocada ao doente lesado, revelando-se a “autêntica pedra de toque da responsabilidade médica”, como afirma RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 124.

¹² Trata-se de uma sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, pela então Juíza (hoje Desembargadora) Dr.ª Hígina Castelo e transitada em julgado em 12 de Outubro de 2015. A sentença encontra-se disponível, na internet, no endereço http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.

(sepsis ou septicemia), diagnosticando-se-lhe uma pneumonia. A doente morre 16 dias depois, por choque séptico devido a essa pneumonia. Os dados fornecidos pela ciência médica e carreados, naquele caso, para o processo permitiam concluir que numa sépsis grave diagnosticada, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80% na primeira hora; de cerca de 40% decorridas 3 horas e de 20% passadas 12 horas. No entanto, não ficou provado que, se o diagnóstico inicial fosse correto, a doente teria sobrevivido. Assim, o nexo de condicionalidade entre a omissão ilícita e culposa e esse resultado final falhava, pelo que a pretensão compensatória pela perda da vida não podia proceder. Poderá, no entanto, a perda das chances de sobrevivência que, em juízo, ficou demonstrada, ser considerada para efeitos ressarcitórios?

A aceitação da reparação do dano de perda de chances de sobrevivência foi precisamente uma das respostas¹³ que se desenvolveu, no plano jurisprudencial, para o problema da dificuldade de demonstração do nexo de condicionalidade detetado em constelações fácticas como a que se acaba de expor. Constatando-se a necessidade de uma intervenção *pro damnato*¹⁴, essa resposta foi acolhida e desenvolvida nas últimas décadas, em especial¹⁵,

¹³ Não é a única. Ao lado da solução dita substancial que é a do reconhecimento do dano da perda de chance, apareceram mecanismos que foram apelidados de mecanismos processuais, a que nos referimos *infra* na nota 39. Apesar do funcionamento ser distinto e a natureza também, as distâncias não são assim tão grandes quanto aos objetivos e à base comum em que radicam. Assim, se percebe quando JOHANNES HAGER, referindo-se aos mecanismos de facilitação da prova em caso de erro grosseiro (“*Beweiserleichterungen aufgrund schwerer Fehler*”), afirma que para o seu funcionamento releva não uma informação dada pela “estatística, mas antes as chances de desenvolvimento no concreto paciente” (“*Es kommt nicht auf Statistiken, sondern auf die Chancen des Verlaufs beim konkreten Patienten an*”. J. von Staudingers, cit., p. 468.

¹⁴ Pelas razões expostas *supra* em texto e na nota 7 e a que, mais desenvolvidamente nos referimos, no nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, pp. 165 e ss.

¹⁵ Para além dos ordenamentos que são citados em texto, pode citar-se também o da Holanda como outro ordenamento no contexto europeu que reconhece a ressarcibilidade da perda de chance. Nesse sentido, veja-se o estudo que permite comparar o sentido da decisão judicial que seria adotada, em 16 jurisdições europeias diferentes, em caso de atraso culposo no diagnóstico de uma doença oncológica que determinou a redução das chances de sobrevivência do paciente de 70 para 30, VVAA, *Causation in European Tort Law*, Marta Infantino e Eleni Zervogianni (edi-

em França¹⁶, em Itália¹⁷ e em Espanha¹⁸.

E do estudo que vimos fazendo da figura, acompanhamos o entendimento do Doutor Sinde Monteiro quando afirmou, logo na década

tores), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 558 e ss.

¹⁶ Veja-se a Decisão da *Cour de Cassation* (1.ª secção), de 22 de março de 2012 (n.º 11-10935), que cassou e anulou a decisão da *Cour d'Appel* de Riom, por nela não ter sido considerada a reparabilidade do dano da “*perte de chances de guérison*”, no caso da “*perte de chance d'éviter la récidive de la pathologie*” do paciente. Na verdade, apesar de ter dado por assente “*le caractère fautif de l'absence de contention après traitement*”, por parte do profissional, e que essa omissão (ilícita e culposa) implicava “*nécessairement que la convention aurait pu, si elle avait été mise en place, avoir une influence favorable sur l'évolution de la pathologie*”, a *Cour d'Appel* de Riom não considerou aquela espécie de danos. Segundo a *Cour de Cassation* a *Cour d'Appel* não extraiu as consequências jurídicas das afirmações feitas (“*n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations*”). O Acórdão pode ser consultado <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025565880>.

¹⁷ Aceite pela jurisprudência italiana no fim da década de 80 no âmbito do direito do trabalho, foi acolhida no âmbito da responsabilidade médico-sanitária, como “*danno da perdita di chance di guarigione o sopravvivenza*” em 2004, com a Decisão da *Corte di Cassazione* (secção III) de 4 de março de 2004, n.º 4400, in *Foro Italiano*, vol. 127, N.º 5 (maio de 2004), pp. 1403 e ss. Veja-se MARCO ROSSETTI, *Il danno alla salute*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, 2017, pp. 1227 e ss e LUDOVICO BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 189 e ss. Considere-se a decisão da *Corte di Cassazione*, (secção III) de 18 de setembro de 2008, n.º 23846, in *Foro Italiano*, vol. 132, n.º 6 (junho de 2009), pp. 1813 e ss.

¹⁸ Também em Espanha se deu a aceitação da figura da “*perda de oportunidad*” de cura ou sobrevivência, tendo-se dado o seu acolhimento, pela primeira vez, pelo Supremo Tribunal Espanhol através da decisão de 10 de outubro de 1998 (STS 5788/1998), relativa a uma situação em que por um indevido (ilícito e culposo) acondicionamento de uma mão que havia sido amputada se perderam as chances de a mesma ser transplantada com sucesso. A decisão encontra-se disponível <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, sendo encontrada através do ID Cendoj 28079110011998101738. Sobre esta decisão e a evolução em Espanha, veja-se MIGUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, in *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 59. Por decisão de 3 de dezembro de 2012 (STS 8508/2012), o Supremo Tribunal Espanhol tornava claro o entendimento que dava por assente da aceitação da perda de chance como “*respuesta indemnizatória*”. Desta decisão está acessível no endereço *supra* referido, sendo encontrada através do ID Cendoj 28079130042012100816.

de 80 do século passado, a aceitação, entre nós, da ressarcibilidade do dano da perda de chance¹⁹, respeitadas que sejam os requisitos de que deve depender a sua aplicação e a que, sucintamente nos referiremos, na próxima secção.

Uma vez afirmada a ressarcibilidade do dano da perda de chance, a indemnização que seja concedida obedece ao princípio da indemnização integral²⁰: repara-se, pois, totalmente o dano que se está a reparar e que é o dano da perda de chance. O juiz deve é “ter em conta tanto a existência como o grau de álea que afecta a realização da chance *perdue*”, na fixação do *quantum* reparatório, como destacava Sinde Monteiro²¹.

Apesar da aceitação da figura também em Portugal nas últimas décadas ter crescido²², de haver, hoje²³, uma ampla reflexão doutrinal sobre a

¹⁹ Assim: “nada parece opor-se à sua ressarcibilidade” entre nós. J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 297.

²⁰ Sobre a forma de cálculo, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 227 e ss e 321 e ss ou o nosso “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? — a revisitação de um tema”, in *Direito da Saúde — Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, Vol. II. Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa (coordenadores), Almedina, 2016, pp. 94 e ss.

²¹ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 298.

²² Veja-se, nesse sentido, PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova. A incerteza na Responsabilidade*, Almedina-Colectânea de Jurisprudência, 2016, pp. 139 e ss.

²³ Podem, hoje, chamar-se à colação vários trabalhos em que a figura foi tratada. Sem pretensão de esgotar a enunciação até por razões de economia de trabalho, e para além da obra referida na nota anterior, considerem-se entre outras, JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 2, dezembro de 2012, pp. 17 e ss, NUNO SANTOS ROCHA, “A «perda de chance» como uma nova espécie de dano”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145.º, Março-Abril de 2016, pp. 174 e ss; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, 2013, Vol. IV, pp. 1301 e ss, e, do mesmo Autor, “A perda de chance — análise

mesma e de haver um abundante acolhimento jurisprudencial da reparação do dano da perda de chance noutros domínios²⁴, nomeadamente no da responsabilidade profissional do advogado, a reparação do dano da perda de chance de sobrevivência ou de cura é, entre nós, ainda muito rara. Destaca-se a esse propósito a já referida sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, que é exemplar na aplicação da noção no âmbito da prestação de cuidados de saúde.

No nosso entendimento, a noção — quando bem aplicada, como o foi no caso na sentença acabada de referir — consubstanciará tão só o reconhecimento, no plano ressarcitório, das chances que, ainda antes da sua perda por ato de terceiro, à luz de um pensamento radicado na dogmática tradicional, já eram mercedoras de tutela jurídica. Falamos, desde logo, de situações — tão comuns no âmbito da atividade médica, como na atividade do advogado — em que o devedor assume uma obrigação de meios. Decisivo parece-nos, pois, atentar-se com detenção nos contornos da figura e, portanto, nos requisitos de cuja reunião depende a reparação do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. É o que faremos sucintamente na próxima secção.

III. Os “*garde-fous*” a respeitar na ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência

Para o título desta secção, tomámos de empréstimo a expressão que o Doutor Sinde Monteiro empregava quando se referia à admissibilidade

comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O direito*, 144.º, 2012, pp. 29 e ss. Considerem-se, também, as observações reflexivas de CARNEIRO DA FRADA, *Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 103 a 105, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* cit., pp. 307 e ss, e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1103 e ss.

²⁴ Sobre a aplicação da perda de chance pela nossa jurisprudência, veja-se o nosso “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (e-book), Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 183 e ss.

da reparação do dano da perda de chance²⁵. O reconhecimento, no plano ressarcitório, da perda de chances por um ato fundante de responsabilidade civil fica, pois, dependente de um conjunto de requisitos que não podem ser postergados e que constituem, portanto, barreiras protetoras (“*garde-fous*”) contra um excesso de responsabilização, com os perigos que a mesma acarreta, desde logo em termos de fomento de uma medicina defensiva que a todos prejudicaria.

Perspetivando a perda de chance como um dano, como nos parece que pode ser perspetivada²⁶, não se nega, no entanto, que a figura serve para responder a uma dificuldade que se encontra no plano da aferição donexo causal. É, precisamente, a dificuldade que a presença de aleatoriedade na realidade e que a complexidade que o concurso causal — e que, paradoxalmente, o avanço da ciência e da técnica acentuam — geram que impede a afirmação do nexode condicionalidade²⁷, naquele plano, quanto ao dano traduzido na perda de resultado final. E é, precisamente, por isso, que a ressarcibilidade da perda de chance — como entidade intermédia funcionalizada à consecução do resultado final vantajoso (ou o mesmo é dizer, funcionalizada ao impedimento da concretização do resultado final desvantajoso, ie, a morte, a incapacidade) — é considerada, como defesa de segunda linha²⁸. Trata-se ao fim e ao cabo de acantonar a incerteza adveniente da álea presente — e que é inerente à atividade mé-

²⁵ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 297.

²⁶ Grassa a querela de saber se a perda de chance é um conceito operativo que se reconduz ao dano ou ao nexocausal. Veja-se a esse propósito, com indicações bibliográficas, o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 281 e ss.

²⁷ E que as outras ciências não aplicam. O problema manifesta-se particularmente quanto à recurso a prova científica que é probabilística por natureza (“*is explicitly probabilistic in nature*”). A análise dessas situações permite concluir que “*the relationship between legal and scientific approaches to causation and standards of proof is rife with misunderstandings and contradictions*”, como sublinha Gemma Turton, “Proof of Causation”, in *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 82.

²⁸ Do que se extraem consequências, como vimos no nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 383 e ss e 388-389.

dica — no bem jurídico lesado: as chances de sobreviver ou de se curar. Ora são precisamente essas chances que densificam a obrigação de meios que, em regra, recai sobre o médico. É o seu aproveitamento que corporiza, portanto, o núcleo do programa deveral²⁹ que nasce da celebração de um contrato de prestação de cuidados de saúde. É também o seu apro-

²⁹ Pensamos também, como já tivemos oportunidade de referir que “Considerando a obrigação que o médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, poderemos concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (*rectius, chances*) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado mediato — a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade. Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às *leges artis* — que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde”. Assim, “(...) se o médico dissipa as *existentes* possibilidades (*chances*) de sucesso final estará a impedir a satisfação do resultado devido — o resultado imediato (e conseqüentemente, a do mediato). Incumpre, pois, uma obrigação — a de não desperdiçar, por culpa sua, as chances de cura, de sobrevivência, ... — que condiciona, inviabilizando totalmente (se todas as chances se perdem) ou dificultando (se apenas algumas chances desaparecem), o cumprimento da obrigação principal — a de aproveitar essas possibilidades (que poderiam, ou não, vir a concretizar-se na produção do resultado final desejado). Aquela obrigação (a de não delapidar, por sua culpa, o pecúlio de chances de que o doente dispõe) poderá, então, ser qualificada como de resultado, independentemente da natureza desta obrigação de aproveitar aquele pecúlio, transformando a chance em realidade (na cura ou sobrevivência). Aquela obrigação constitui, portanto, o substrato desta — na medida em que traduz a manutenção das condições de cumprimento da segunda — devendo qualificar-se como uma obrigação secundária não autónoma”. *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 118 a 120. Acrescentámos depois que “Apesar de, em virtude da sua natureza instrumental, esta obrigação, em regra, não se emancipar da obrigação principal, pode essa emancipação justificar-se, em certas circunstâncias. Será o caso de a tutela jurídica predisposta para as hipóteses de incumprimento da obrigação principal se revelar infrutífera — o que ocorre, em muitas situações, em que se discute a responsabilidade do médico, devido às dificuldades inerentes à demonstração de todos os requisitos de que depende o reconhecimento de um direito indemnizatório, com base no incumprimento da obrigação principal assumida por aquele profissional. Parece-nos, aliás, que é um raciocínio desta espécie que subjaz ao acolhimento, no âmbito da responsabilidade civil do médico, da figura da perda de chance — que traduzirá, em suma, o reconhecimento da responsabilidade do médico, pelo incumprimento da obrigação instrumental referida.”. Op. cit., pp. 121-122.

veitamento que é visado pela previsão de normas de proteção aplicáveis no âmbito da saúde, podendo ser também considerado como postulado pela proteção delitual (contínua) dos bens pessoais, como sejam, a vida, a saúde e a integridade física.

Ora, em primeira linha, o ressarcimento da perda de chance de cura e sobrevivência pressupõe, portanto, que se demonstre a existência, no caso concreto, de chances que a atuação médica visava aproveitar no sentido de promover a verificação do resultado final (que o médico não garante, em regra, precisamente por causa da aleatoriedade presente). Pressupõe também que se demonstre que há um ato do profissional médico³⁰ que, reunindo os pressupostos exigidos para o efeito (em regra, os requisitos do art. 798.º, no plano obrigacional e os do art. 483.º no plano extra-obrigacional), pode considerar-se fundante da sua responsabilização civil pelo dano da perda de chance.

O primeiro requisito é, portanto, o da demonstração da existência, na situação *sub iudice*, de chances que o ato da pessoa que se equaciona responsabilizar (o profissional) fez perder ao doente. E as chances devem ser reais, sérias e consideráveis. É uma exigência que vemos ser posta pela nossa jurisprudência quando afirma a responsabilização do advogado pela perda de chances processuais³¹. Deve, portanto, também na área médica, quando se equaciona, a responsabilização por esta espécie de danos, aferir-se do grau de probabilidade que, em concreto, atendendo

³⁰ Vimo referindo-se ao médico, mas o raciocínio expendido pode aplicar-se à responsabilidade de outros profissionais de saúde e mesmo à das entidades detentoras de estabelecimentos hospitalares ou de prestação de cuidados de saúde que se sirvam de profissionais da área, como seus auxiliares (art. 800.º) no cumprimento das obrigações assumidas relativas à prestação de cuidados de saúde.

³¹ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2020 (Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1). No sumário afirma-se que: “no âmbito do denominado dano pela «perda de chance» ou de oportunidade, que ocorre quando uma situação omissiva faz perder a alguém a sorte ou a «chance» de alcançar uma vantagem ou de evitar um prejuízo, que permite a concessão de uma indemnização” é necessário que “fique demonstrado que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis”. Todos os Acórdãos Portugueses referidos neste trabalho estão disponíveis na base de dados que pode ser acedida através do endereço www.dgsi.pt e podem ser encontrados através de pesquisa com base no número de processo.

aos contornos da situação — nomeadamente considerando o momento em que foi praticado o ato ilícito e culposo que provocou a sua perda —, o doente teria de conseguir evitar o resultado desvantajoso. A aferição da existência e consistência das chances de cura ou sobrevivência pressupõe que se faça uma apreciação clínica, com base nos dados fornecidos pela ciência médica, daquele concreto sujeito, com as características particulares que ele apresentava. Trata-se do equivalente ao que, no âmbito da avaliação das chances processuais, constitui o “juízo dentro do julgamento”³², para averiguar se o resultado pretendido era possível e provável de ser alcançado naquela situação particular. Não valerão, portanto, juízos assentes em meros valores estatísticos. Esses dados são relevantes, mas deverá, a partir deles, pessoalizar-se, casuisticamente, a chance que se entende ter perdido³³. Revelar-se-ão, por isso, necessários conhecimentos técnicos e a prova pericial será de grande importância. Não se olvida que o ónus de demonstração da existência da chance (com as características *supra* referidas) e da sua perda recaem sobre o doente³⁴.

Cabe-lhe também a ele, em regra, provar todos os requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indemnizar³⁵. Valendo, aqui, a regra da responsabilidade subjetiva (art. 483.º, n.º 2), o doente tem o encargo de provar o facto ilícito e culposo do profissional médico, os danos traduzidos na perda da chance (cuja existência, como vimos, também tem o ónus de provar) que se frustrou, e o nexó causal entre aquele ato e estes danos.

³² Sobre esta operação, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2020 (Processo n.º 2036/17.3T8VRL.G1.S1).

³³ É um raciocínio semelhante ao que vale para a “*Anscheinbeweis*” na Alemanha: “*Eine Prozentzahl für die Wahrscheinlichkeit lässt sich nicht abstrakt angeben*”. JOHANNES HAGER, *J. von Staudingers*, cit. 463.

³⁴ Nesse sentido, veja-se, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2016 (Processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1).

³⁵ Sobre a aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil no âmbito da atividade do profissional médico, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 83 e ss e FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos — Ac. Do TRP de 11.9.2012.”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho/setembro de 2013, pp. 48 e ss.

Assim, parece-nos claro que a aceitação da ressarcibilidade da perda de chance no âmbito da prestação de cuidados de saúde, não provoca um fenómeno de *objetivização* da responsabilidade. A perda de chance só é ressarcível se ficar demonstrada a prática de um ato do profissional que mereça o juízo de desvalor traduzido na ilicitude e na culpa. Continua, pois, aqui, a vigorar o princípio do “*casum sentit dominus*” que ainda hoje continua a ser o “princípio fundamental” no âmbito da responsabilidade civil: “em princípio, o dano é suportado por aquele que o sofre e só pode ser exigido de outrem um ressarcimento quando para tal existe um fundamento jurídico”³⁶. E, portanto, esse princípio delimita, negativamente a responsabilidade do profissional médico, não havendo responsabilidade do mesmo sem que se demonstre que o seu ato ilícito foi também culposo. E, ressalvadas, aqui, as situações em que se possa considerar aplicável alguma presunção de culpa³⁷, caberá ao doente provar também esse requisito da responsabilidade civil.

Importa também sublinhar que, apesar de, na sua origem, se associar a uma dificuldade de afirmação do nexos de causalidade, a aplicação da noção da perda de chance não pode importar que se desconsidere nenhum dos vários requisitos de que depende a afirmação da responsabilidade civil, e, portanto, também o do nexos causal³⁸. Também, aqui, portanto, o nexos

³⁶ J. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, op. cit., p. 12. É o que acontece no ordenamento jurídico alemão. “*Bei allen Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht hat der Patient sein eigenes Lebensschicksal zu tragen*” pelo que, tal como no direito alemão, entre nós, “*Ersatz schuldet dieser [o médico, Arzt] bei einem von ihm oder seinen Hilfspersonen verschuldeten Fehler*”, na síntese de Johannes Hager, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 — Teilband 2), Berlin, Sellier — de Gruyter, 2009, p. 410.

³⁷ Mesmo que a culpa possa ser presumida em alguns casos. Pense-se nas situações em que se aplica o art. 799.º, no âmbito obrigacional, e o art. 493.º, n.º 1 e n.º 2, no domínio delitual. Vide J. SINDE MONTEIRO, “Medical Responsibility in Portugal”, in *Medical Responsibility in Western Europe*, E. Deutsch e H.-L. Schreiber, Springer-Verlag, Berlin, 1985, p. 537.

³⁸ A figura da perda de chance “não pode ser utilizada senão para medir um prejuízo, e já não para apreciar a existência de um nexos de causalidade”, nas palavras de J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*

causal tem que ser demonstrado, e o ónus da sua demonstração recai, em princípio, sobre o doente³⁹.

cit., p. 299. Aqui se revela um dos problemas que conduziu a que na doutrina francesa se distinguisse a doutrina verdadeira da perda de chance (como um dano), da doutrina falsa da perda de chance (como um aligeiramento donexo causal), a que já nos referimos *supra* na nota 26.

³⁹ A perda de chance não serve, portanto, para facilitar a demonstração do nexocausal. Outros mecanismos atuam sobre a tarefa probatória. Assim, na Alemanha, perante o pesado encargo probatório já exposto na secção 1 deste trabalho, foram-se desenvolvendo, a nível jurisprudencial, mecanismos de simplificação da tarefa ao doente (“*Erleichterungen für den Patienten*”). Por um lado, o recurso à prova de primeira aparência (“*Der Anscheinsbeweis*”), assente na verosimilhança (“*die Wahrscheinlichkeit*”) decorrente da tipicidade (“*Typizität*”) do encadeamento causal entre os efeitos danosos e o facto fundador de responsabilidade, no sentido em que “*Nach allgemeiner Lebenserfahrung muss das Schadensereignis eine typische Folge des festgestellten Haftungsgrunds*”, que não altera a repartição do ónus da prova. Por outro lado, o recurso a simplificações probatórias desencadeadas pela prova de um erro grosseiro (“*Beweiserleichterungen aufgrund schwerer Fehler*”) que podem ir até à inversão do ónus probatório (“*Umkehr der Beweislast*”). JOHANNES HAGER, *J. von Staudingers*, cit., pp. 462 e ss. Sobre estes mecanismos veja-se o nosso “A dificuldade de demonstração do nexocausalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico — Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (ISSN: 1645-829X), 1.º semestre de 2011, n.º 15, Lisboa, CEJ, 2013, pp. 27 e ss. Faz-se notar que FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO pronunciaram-se no sentido de que a prova por presunções devia “ser aceite neste domínio com alguma sobriedade”. “Responsabilidade médica na Europa Ocidental. Considerações de lege ferenda”, in *Scientia iuridica: revista de direito comparado português e brasileiro*, 1951, Tomo XXXIII, 1984, pp. 100 e ss. Sobre as técnicas de facilitação da prova e da inversão do ónus da prova, entre nós, veja-se PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova. A incerteza na Responsabilidade*, cit., pp. 176 e ss e Luís Filipe Pires de Sousa, O ónus de prova na responsabilidade civil médica, pp. e ss, in *DataVenía. Revista Jurídica Digital*, Ano 6, n.º 8, Junho de 2018, pp. 5 e ss. Quanto ao direito alemão, veja-se, hoje, a solução introduzida pela *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten* de 20 de fevereiro de 2013 e vertida no § 630h (5) do Código Civil alemão e que é relativa ao ónus probatório em caso de responsabilidade por erro no esclarecimento ou tratamento (“*Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*”) em que se prevê que “*Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen*”

A noção da perda de chance, surgida numa tendência de proteção do lesado, não conduz, portanto, se bem aplicada, ao franqueamento absoluto do caminho para que o doente veja a sua pretensão ressarcitória ser acolhida. A prova que se continua a demandar ao doente para que o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência seja reparado é exigente e, em muitos casos, muito difícil de concretizar. No ordenamento jurídico francês em que ela tanto floresceu, constata-se precisamente que “*en pratique, on observe que, pour des questions de preuve, la perte d’une chance est rarement réparée*”⁴⁰.

Não cremos, portanto, que o dano de perda de chance constitua uma “disrupção” à dogmática tradicional que não ignorou a presença de aléa, nomeadamente quando autonomiza a obrigação de meios, nem que constitua (se bem aplicado, sublinhe-se) um instrumento que importa o abrir desmesurado das comportas que contêm a responsabilidade civil. Não nos parece, portanto, que conduza a um aumento excessivo e injustificado do reconhecimento das pretensões ressarcitórias. Cremos, pelo contrário, que podendo ser ressarcida entre nós, sem beliscar o edifício da responsabilidade civil, será um instrumento que, em alguns casos, permitirá dar a proteção juridicamente devida ao doente, harmonizando, *de iure constituto*, os quadros jurídicos operativos à natureza dos conhecimentos que a ciência médica proporciona (não oferecendo, frequentemente, as certezas que o juízo de condicionalidade pressupõe). Permitirá também recomposição, no plano jurídico, de um desequilíbrio patente, dada a diferente natureza dos dois sujeitos intervenientes — um profissional e outro leigo.

hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre”.

⁴⁰ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 403.

IV. A perda de chance de autodeterminação do doente como uma manifestação do dano da perda de chance

Nas últimas décadas, a figura da perda de chance tem sido chamada também a resolver litígios em que o que está em causa é a ressarcibilidade de danos decorrentes de uma intervenção ou tratamento médico que não foi antecedido da necessária prestação de consentimento do doente ou que não foi antecedido pela necessária prestação de consentimento que revista todas as características⁴¹ que o mesmo deve revestir, nomeadamente no que respeita ao esclarecimento prévio do doente⁴².

⁴¹ Sobre a característica do esclarecimento, nomeadamente sobre o dever de esclarecimento e o conteúdo de informação a prestar, considere-se, entre nós, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 349 e ss.

⁴² Nas situações em que a intervenção médica, sem consentimento ou sem consentimento válido e eficaz, é concretizada por um profissional autorizado, em conformidade com as *leges artis*, prosseguindo uma finalidade terapêutica, discutiu-se qual o bem jurídico que deveria ser considerado atingido para efeitos de afirmação de responsabilidade civil e de nascimento de uma obrigação de indemnizar. A questão também se coloca no plano da tutela penal, mas não é a essa perspetiva que nos reportamos aqui, ainda que ela não deva seja ignorada. A problemática surge quanto a saber se, no caso referido, e no plano civilístico, se configuraria uma hipótese de violação do direito à integridade física consubstanciando essa ofensa uma lesão corporal ou se configuraria antes uma hipótese de violação do direito geral de personalidade (art. 70.º) consubstanciando um atentado à liberdade de autodeterminação do doente, o que se repercute no âmbito de danos que podem ser ressarcidos. J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações* cit., pp. 272 e ss. Este Autor, nesse diferendo, ainda que aceite que esteja em causa o “bem jurídico liberdade de determinação” e que essa “seja uma solução plausível *de iure condito*”, não se conforma em definitivo com essa resposta por dela resultar a “exclusão do dano patrimonial do âmbito de protecção material da norma” (*op. cit.*, p. 275). Sublinhando que a de obtenção do consentimento esclarecido do doente se exige não só por motivos éticos, mas também com o intuito de permitir ao doente que ele possa “decidir autorresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial”, caso em que os prejuízos patrimoniais devem ser incluídos no âmbito de protecção material, conclui, portanto que “a solução preferível do ponto de vista do direito civil” é a de qualificar a intervenção médica não autorizada como ofensa corporal (*op. cit.*, p. 276). Desenvolvidamente, sobre o direito ao consentimento informado, veja-se ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, cit.,

Tem sido constatada, aliás, a tendência de, não se conseguindo provar o comportamento ilícito e culposo do médico para a produção de um determinado resultado danoso que se associa causalmente à sua atuação, procurar responsabilizar o médico pela falta de prestação de informação quanto à possibilidade de ocorrência de uma situação da espécie da que aconteceu. Esta tendência tem sido, aliás, acompanhada de uma ampliação do âmbito e teor de informações que se entendem dever ser fornecidas ao doente para que ele preste esclarecidamente o seu consentimento⁴³.

Tratou-se de um fenómeno que, à semelhança do que aconteceu com a perda de chance de cura ou sobrevivência ganhou visibilidade em França. Na verdade, a Jurisprudência francesa tem vindo a apreciar e ressarcir, também as chances de o doente não se ter submetido à intervenção médica na hipótese de lhe ter sido fornecida a informação que lhe deveria ter sido facultada. Desde a década de 90 do século passado⁴⁴ que a jurisprudência

pp. 56 e ss (quanto à perspectiva histórica do enquadramento dogmático) e pp. 109 e ss (quanto aos bens jurídicos que através dele são protegidos).

⁴³ Sobre o dever de informação, nomeadamente sobre a necessidade de, em caso de repetição de intervenções, os esclarecimentos deverem ser atualizados considerando “designadamente, que os riscos se podem agravar com a passagem do tempo”, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018 (Processo 7053/12.7TBVNG.P1.S1)

⁴⁴ Ainda que tenham existido algumas oscilações na jurisprudência francesa, destacando-se uma tendência encarnada num Acórdão da (1.^a Secção) da *Cour de Cassation* de 3 de junho de 2010 (n.º 09-13.591), segundo a qual a violação do dever de informação por parte do médico causa um “*préjudice d'impréparation*”, no sentido em que, por não ter tido conhecimento do risco que veio depois a produzir-se, não pôde preparar-se para o resultado corporal que se concretizou. Surgiu, entretanto, a problemática de saber em que medida esse dano se relaciona com o dano da perda de chance de recusar a intervenção, entendendo-se que são danos independentes. Assim, o Conselho de Estado em decisão de 10 de outubro de 2012 (n.º 350426) e, subsequentemente, a *Cour de Cassation* (primeira secção) em decisões de 10 de abril de 2013 (n.º 12-14.813) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027304839/> — e de 23 de janeiro de 2014 (n.º 12-22.123) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028514413/>. Apesar de se afirmar a diferenciação dos danos, não ficou claro se poderiam ser reparados cumulativamente, o que veio a acontecer no Acórdão da *Cour de Cassation* (1.^a secção) de 25 de janeiro de 2017 (n.º 15-27.898) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/>

da *Cour de Cassation* francesa admite que a falta ou o déficit de informação prestada priva o paciente de uma “*chance de refuser l'intervention dommageable*”⁴⁵.

Faz-se refletir, aqui, o âmbito de informação que deve ser prestada e consequentemente a ampliação crescente do objeto do dever respetivo. As chances de evitar a intervenção medem-se em função dos riscos que ela importa e a que se poderia ter escapado. Nesse juízo, considera-se, por exemplo a gravidade que os riscos cuja possibilidade de verificação se omitiu apresentem (comparando nomeadamente a sua gravidade com a de outros riscos de que o doente foi, de facto, informado e que, apesar disso, não levaram a que ele deixasse de prestar o seu consentimento) e a existência ou não de uma alternativa terapêutica (quando ela não exista e o ato seja necessário ao tratamento do paciente, a jurisprudência francesa, concluindo que o doente, devidamente informado, teria consentido na realização do ato médico, e portanto denega a ressarcibilidade da perda de chance)⁴⁶.

Não acompanhamos, no entanto, estes desenvolvimentos. Como já advertíamos no nosso trabalho inicial sobre a matéria⁴⁷, entendemos que a aplicação da figura e a reparação do dano da perda de chance pressupõem a existência de uma aleatoriedade exógena⁴⁸. A incerteza do de-

huri/id/JURITEXT000033943617/—, em que o Tribunal aceitou o sentido de uma decisão em que se admitiu em que “*ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre indemnisés*”. Para críticas a essa decisão, veja-se PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 405.

⁴⁵ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 403.

⁴⁶ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, janeiro-março de 2017, 160. O Autor, em comentário a uma decisão do Conselho de Estado francês, critica o entendimento do mesmo na medida em que, na avaliação da perda de uma chance de recusar uma intervenção médica por omissão da informação sobre um risco grave, não valorou a incidência que a frequência de concretização daquele risco (no caso em apreço era, no máximo, de apenas 0,1%) teria na dimensão da chance perdida. *Idem*.

⁴⁷ *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 313 e ss.

⁴⁸ Uma aleatoriedade que impede que se aplique o juízo de condicionalidade ou

senrolar dos acontecimentos tem que ser inerente aos próprios acontecimentos, não podendo, pois assentar na dúvida sobre uma escolha que o próprio lesado teria feito na falta do facto ilícito e culposo daquele de cuja responsabilidade se trata⁴⁹. Como já o dissemos, nestes casos não é uma chance que se perde, é uma “*choice*” que se inviabiliza⁵⁰. Não nos parece, pois, que se deva aplicar a figura, nem, conseqüentemente, que a determinação do *quantum* reparatório se faça nos mesmos termos, com recurso à operação tripartida que a definição do montante indemnizatório por perda de chance pressupõe.

V. Observações Conclusivas

Atendendo à economia deste trabalho, cumpre concluir.

Parece-nos que a análise do funcionamento do edifício da responsabilidade civil no âmbito da responsabilidade civil do médico associado às regras de distribuição de ónus da prova permite diagnosticar uma *patologia* carecida de tratamento jurídico adequado.

Atenta a sintomatologia específica, a aceitação da reparação da perda de chance de cura ou sobrevivência revela-se uma possível terapia em casos circunscritos, quando certos requisitos se encontrem reunidos, como procurámos sintetizar.

o “*but-for test*”. MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, cit, p. 66.

⁴⁹ Neste sentido, entre outros, na doutrina francesa, MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations, Tome 2. Responsabilité Civile et quasi contracts*, 4.º ed., Presses universitaires de France, 2019, pp. 194 e ss. Na doutrina espanhola, MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, cit., p. 59 e Jordi Ribot Igualada, “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de Derecho Privado*, 2007, Ano 91, VI, pp. 38 e ss.

⁵⁰ Aliás, na doutrina anglo-saxónica desenvolveu-se o conceito de “*informed choice*”, em vez de “*informed consent*”, demarcando-se, assim, um perímetro mais amplo, ao reconhecer-se, também terminologicamente que “a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico”. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, p. 74.

Parece-nos, portanto, que podemos concluir, repetindo o que há quase duas décadas escrevemos: “Em síntese, citando o Doutor Sinde Monteiro, a perda de chance constitui uma «orientação defensável» e «há boas razões de justiça material e de equilíbrio jurídico para a defender, embora, no pormenor muita coisa permaneça em aberto.»”⁵¹ Hoje, acrescentamos apenas que, ao longo dos anos que entretanto passaram, a doutrina e a jurisprudência se ocuparam de, refletidamente, densificar os detalhes que então estavam ainda em aberto.

⁵¹ J. SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *in* *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 152. O Autor acrescentava ainda em abono da figura que a mesma era “um meio idóneo, de contrabalançar o carácter muito aleatório da prova.”

3.ª PARTE
CASOS ESPECIAIS DE RESPONSABILIDADE
EM SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS

EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO “AFFAIRE DU SIÈCLE” EN EL MARCO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

ALBERT RUDA GONZÁLEZ*

Resumen: El pasado mes de febrero de 2021, un tribunal administrativo de París condenó al Estado francés como responsable del cambio climático. El litigio ha causado un gran revuelo en los medios de comunicación y la opinión pública, donde se le ha denominado “El caso del siglo” (*L'affaire du siècle*). En este caso pionero, los jueces galos resuelven en contra de la República Francesa, por haber actuado de modo culposo o negligente, consistiendo esa culpa en no haber hecho lo suficiente para combatir el cambio climático y, por tanto, poner en peligro la salud de la población. La consecuencia que se deriva de esta condena es que el Estado francés está ahora obligado a reparar el llamado “daño ecológico” o “perjuicio ecológico” (*préjudice écologique*). En el presente trabajo se relaciona este caso con el debate jurídico preexistente alrededor de la litigación climática. Concretamente, se conecta con otro caso de este tipo que tuvo lugar en Holanda en el asunto Urgenda, verdadera *cause célèbre* de la justicia climática mundial. El trabajo analiza la importancia del nuevo hito jurisprudencial francés y su posible trascendencia práctica (o falta de la misma).

Palabras Clave: cambio climático; responsabilidad civil; daños ecológicos; protección del medio ambiente

* Facultat de Dret · Universitat de Girona · albert.ruda@udg.edu.

Proyecto de investigación núm. PID2019-104067RB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España).

Abstract: Last February 2021, an administrative court in Paris found against the French state and held the same liable for climate change. Such a decision has caused a great stir in the media and public opinion, where it has been labelled “The case of the century” (*L'affaire du siècle*). In this pioneering case, the French judges ruled against the French Republic, for having acted in a negligent or faulty way, that fault consisting of not having done enough to fight climate change and, therefore, having endangered the health of the population. The consequence that derives from this ruling is that the French State is now obliged to repair the so-called “ecological damage” or “ecological loss” (*préjudice écologique*). In the present work, the case under comment is put into the broader context of the preexisting legal discussion around climate change litigation. Specifically, the French court decision is connected with another case of this type that took place in the Netherlands, as is the *Urgenda* case, a true *cause célèbre* of climate change litigation. The present chapter thus analyzes the importance of the new French jurisprudential landmark and its possible practical significance (or lack thereof).

Keywords: climate change; tort law; ecological damage; environmental protection

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 3 de febrero de 2021, un tribunal administrativo de París condenó al Estado francés por el cambio climático.¹ El asunto ha sido conocido en los medios y opinión pública como “El caso del siglo” (*L'affaire du siècle*). Por primera vez, los jueces franceses sentencian en contra de la República Francesa, por su conducta negligente, consistente en no haber hecho lo suficiente para combatir el cambio climático y, por ende, poner en riesgo la salud de los ciudadanos. El corolario que de ahí se deriva es que el Estado francés tiene ahora la obligación de reparar el llamado “daño ecológico” o “perjuicio ecológico” (*préjudice écologique*).

¹ Tribunal Administratif de Paris (4ème section – 1ère chambre), Arrêt n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, de 3 février 2021. El texto de la sentencia se encuentra en Internet: <<http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/179360/1759761/version/1/file/1904967190496819049721904976.pdf>>. Todos los enlaces incluidos en ese trabajo están actualizados a fecha 15.2.2021.

En el presente trabajo se conecta este caso con el debate jurídico preexistente sobre la litigación climática, y transita la senda ya mostrada en Holanda en el caso *Urgenda*,² verdadera *cause célèbre* de la justicia climática mundial.³

En el año 2006, el autor de este capítulo presentó en la Universidad de Girona (España) una Tesis Doctoral sobre el llamado daño ecológico puro o daño ambiental como tal. El homenajeado en este libro, Prof. Jorge Sinde Monteiro, formó parte del tribunal de la tesis, en un momento en el que probablemente nadie había imaginado aún que pudiese dictarse una sentencia como la arriba referida. Así pues, en este trabajo se expone la importancia de la Sentencia judicial francesa, en el contexto de la llamada litigación por el cambio climático o “litigación climática”.

II. EL “CASO DEL SIGLO”

1. Descripción del caso

Resulta fundamental exponer las líneas generales del caso francés, aunque sea de modo muy resumido, como paso previo al análisis de su importancia en el contexto más amplio de la litigación climática. Un resumen del caso con toda la documentación pertinente puede encontrarse en la página en Internet de los impulsores de la iniciativa.⁴

En enero de 2019, el alcalde de la población de Grande-Synthe (región de Norte-Paso de Calais), Sr. Damien Carême, interpuso una demanda ante la jurisdicción contenciosa-administrativa francesa, sobre la base de la llamada “inacción climática” del Gobierno. A juicio del demandante, la pasividad gubernamental exponía a la comuna, situada en el litoral, a un riesgo por el eventual aumento del nivel del mar, aumento estimado

² *Hoge Raad* 20.12.2019, zaaknummer 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>>.

³ Puede verse al respecto Albert Ruda Gonzalez, “Perspectives de la litigació pel canvi climàtic arran del cas *Urgenda*”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2018, vol. 9, núm. 2, p. 1-43, con más referencias.

⁴ <<https://laffaireducycle.net>>.

en un metro hasta el año 2100. Con dicho aumento, correría peligro de inundación la central nuclear de Gravelines, situada en la misma zona. A dicha demanda se unieron cuatro entidades ecologistas, organizaciones no gubernamentales (ONG). Las mismas llevaron a cabo una recogida de firmas, de las que consiguieron ni más ni menos que 2,3 millones.

El Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) francés decretó en noviembre de 2020 que el asunto era admisible (*recevable*) y ordenó que el Gobierno adoptase las medidas necesarias para dar cumplimiento a los compromisos del Acuerdo de París, acuerdo que, como es bien sabido establece las medidas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI).⁵ Según dicho Acuerdo, el Estado francés se había obligado, como el resto de Partes en el mismo, a reducir sus emisiones de GEI en un 40% antes del año 2030 (respecto del año 1990). En cambio —según el órgano citado— el Estado había incumplido sistemáticamente los objetivos establecidos en los años inmediatamente anteriores. Lo que es peor, en el marco de la pandemia del coronavirus Covid-19, habían quedado en suspenso las medidas necesarias, a raíz de un Decreto del Gobierno.⁶ Así pues, el Consejo de Estado conminó al Gobierno a explicar, en el plazo de tres meses, cómo podía la dilación gubernamental ser compatible con la consecución de los compromisos recogidos en el citado Acuerdo.⁷

La decisión del Consejo de Estado no podía sorprender, ya que la desidia del Gobierno francés era flagrante. El Alto Consejo sobre el Clima (*Haut Conseil pour le climat*), un organismo independiente establecido

⁵ El Acuerdo fue adoptado por 196 Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en la COP21 en la capital francesa, en diciembre de 2015, y está en vigor desde el 4.11.2016. Puede verse, junto con un resumen informativo, en <<https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris>>. España ratificó el acuerdo el 23.12.2016. Véase el Instrumento de ratificación (Boletín Oficial del Estado [BOE] núm. 28, de 2.2.2017).

⁶ *Décret n° 2020-453 du 21 avril 2020 portant dérogation au principe de suspension des délais pendant la période d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19* (Journal officiel de la République Française [JORF] núm. 98, de 22.4.2020).

⁷ Véase Conseil d'Etat, Communiqué de presse. Émissions de gaz à effet de serre : le Gouvernement doit justifier sous 3 mois que la trajectoire de réduction à horizon 2030 pourra être respectée, 19.11.2020 <<https://www.conseil-etat.fr/content/download/157538/document/Com.%20presse%20-%20Cne%20de%20Grande-Synthe%20-%20Gaz%20C3%A0%20effet%20de%20serre%20v4.pdf>>.

en 2019,⁸ ya había concluido pocos meses antes que los objetivos de reducción de las emisiones de GEI estaban lejos de ser alcanzados por el Gobierno.⁹ Este último se defendió mediante un informe de contestación, en enero de 2020.¹⁰ Como resulta obvio, las explicaciones no resultaron convincentes.

En paralelo a lo anterior, una madre (de 52 años) y su hija (de 16) demandaron en 2019 al Estado francés por no hacer lo suficiente en materia de protección contra la contaminación del aire entre los años 2012 y 2016. Las dos habían tenido que mudarse desde Saint-Ouen a Orléans por prescripción médica, para poner fin a sus problemas respiratorios (bronquitis de la madre y asma de la hija). Solicitaban que se condenase al Estado a pagar una indemnización de 160.000 € y se reconociese la omisión culposa (*carence fautive*) del mismo por no hacer frente a la polución atmosférica en Ile-de-France. Un tribunal administrativo de la localidad de Montreuil desestimó la demanda,¹¹ al entender que no se había probado suficientemente el nexo causal entre la actuación estatal y las dolencias de las demandantes. Con todo, de la sentencia se desprende un reconocimiento, aun tímido, de que se excedieron los umbrales de polución atmosférica establecidos, lo que permite una lectura ambivalente de dicha resolución.

En el llamado “Caso del siglo” las demandantes son las asociaciones “Notre Affaire à tous”, “Fondation pour la nature et l’Homme”, “Greenpeace France” y “Oxfam France”. Nuevamente, la base de la demanda era un supuesto incumplimiento del Estado, como ya se ha

⁸ Puede verse su página en Internet <<https://www.hautconseilclimat.fr>>.

⁹ Haut Conseil pour le Climat, Rapport 2019 <<https://www.hautconseilclimat.fr/actualites/urgence-climatique-la-france-en-retard-sur-ses-objectifs>>. Puede verse la nota de prensa del mismo Consejo en <<https://www.hautconseilclimat.fr/actualites/urgence-climatique-la-france-en-retard-sur-ses-objectifs/>>.

¹⁰ Rapport du Gouvernement au Parlement et au Conseil Économique, Social et Environnemental suite au premier rapport du Haut Conseil pour le Climat, 10 janvier 2020 <<https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Rapport%20du%20Gouvernement%20-%20suites%20du%20rapport%20HCC.PDF>>.

¹¹ Tribunal administratif de Montreuil (8^{ème} Chambre), Arrêt n° 1802202 du 25 juin 2019 <<http://montreuil.tribunal-administratif.fr/content/download/163605/1653338/version/2/file/1802202.pdf>>.

apuntado. Las demandantes habían publicado en Internet una extensa reclamación previa (*démande préalable*) dirigida al Presidente del Gobierno, Emmanuel Macron.¹² Dicha reclamación concluía que el Estado había incurrido en una omisión culposa con respecto a su obligación de proteger el medio ambiente, la salud, y la seguridad humana, conforme a la Constitución y a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, entre otros textos jurídicos nacionales e internacionales.

Lo más destacable de la reclamación es que, lejos de quedarse en una mera exigencia de actuación política, las reclamantes pedían la reparación de los daños ecológicos sufridos a consecuencia de las faltas y carencias del Estado en materia de lucha contra el cambio climático. La protección de la salud es uno de los principales argumentos utilizados, algo que no puede sorprender, pues la vida y el medio ambiente están ligados indisolublemente.¹³

Antes de la presentación de la demanda en los juzgados, el Ministro francés de Transición ecológica, Sr. François de Rugy, se reunió con las entidades reclamantes. Como era previsible, aquel defendió la gestión llevada a cabo en su Ministerio. En un comunicado publicado por el mismo, señaló, a modo de excusa, que la acción gubernamental era esencial pero insuficiente para hacer frente al cambio climático.¹⁴ El 15 de febrero de 2019, pues, y tras haber subrayado el papel “pionero” de Francia en relación con la lucha contra el cambio climático, el Ministro rechazó las reclamaciones de las entidades referidas.

Ante la falta de entendimiento entre los dos bandos de la disputa, las cuatro ONG antes citadas elaboraron una memoria, con fecha 20 de

¹² El documento de 41 páginas, titulado “Démarche préalable indemnitaire”, puede encontrarse en <<https://cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2018/12/2018-12-17-Demande-pr%C3%A9alable.pdf>>.

¹³ Ya lo subrayó Karl Polanyi, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston: Beacon Press, 2011 (la 1ª edición data de 1944), p. 187.

¹⁴ Ministère de la Transition Écologique, “L’action en faveur du climat de l’État français”, 2019, <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Action_Climat_Etat.pdf>. El informe repite varias veces que es la acción de todos la que es necesaria para esa lucha (*C’est l’action de chacun qui est nécessaire...*) (*ibid.*, p. 2 y 10).

mayo de 2019, complementaria del documento anterior.¹⁵ Se trata de una lista de agravios por parte del Gobierno francés, en la que, a lo largo de 93 páginas, se enumeran prolijamente lo que las entidades redactoras consideran incumplimientos del Ejecutivo. El documento recoge las peticiones y la fundamentación de las mismas, que fueron presentadas ante el Tribunal administrativo de París con fecha 14 de marzo de 2019. En esta demanda, solicitaban en esencia lo siguiente:

- a) que el Gobierno pusiese un plazo máximo para cesar en los supuestos incumplimientos, a fin de hacer cesar el daño ecológico, y concretamente, en el plazo más breve posible, que adoptase las medidas necesarias para reducir las emisiones de GEI, en proporción a las emisiones mundiales y tomando en consideración la responsabilidad particular de los países desarrollados, dicha reducción tendría que hacerse a un nivel compatible con el objetivo de contener el aumento de la temperatura media del planeta por debajo del umbral de 1,5° C en relación con los niveles preindustriales, teniendo en cuenta el exceso de GEI emitido por Francia desde 1990 y los esfuerzos suplementarios que dicho objetivo implica; asimismo, que adoptase las medidas para permitir que se alcancen los objetivos de Francia en materia de reducción de las emisiones de GEI, de desarrollo de las energías renovables, y de aumento de la eficiencia energética, así como las medidas necesarias para adaptar el territorio nacional a los efectos del cambio climático, y las medidas necesarias para asegurar la protección de la vida y de la salud de los ciudadanos contra los riesgos del cambio climático;
- b) además de lo anterior, que se condenase al Estado francés a pagar a cada una de las reclamantes la suma simbólica de un euro en concepto de reparación del daño moral (*préjudice moral*) sufrido, y un euro más como reparación del daño ecológico.

Respecto de este último, el Gobierno francés sostuvo en el juicio que el daño ecológico no puede ser objeto de indemnización. A juicio

¹⁵ L’Affaire du Siècle, “Argumentaire du Memoire complémentaire”, 2019, <<https://laffairedusiecle.net/argumentaire-memoire-complementaire>>. En la misma dirección puede encontrarse un resumen ejecutivo.

del demandado, el hecho de que el daño ecológico esté previsto como tal en el Código civil francés (art. 1246-1252) lo hace inaplicable ante la jurisdicción administrativa. Aun en el supuesto de que el precepto sí fuese aplicable ante la misma, las demandantes no habrían acreditado ser titulares de la legitimación activa conforme al mismo Código civil (art. 1248). Finalmente, el Gobierno también esgrimió el argumento de que la demanda no había demostrado la culpa (*faute*) en que supuestamente habría incurrido el Estado ni que esta hubiese comportado un daño ecológico distinto del daño moral (*préjudice moral*) alegado.

Conviene recordar que el *Code* napoleónico fue modificado en el año 2016, con el objeto, precisamente, de introducir en él la regulación del daño ecológico.¹⁶ En particular, se estableció una nueva norma, en el art. 1386-19 (hoy, art. 1246),¹⁷ conforme a la cual “Toda persona responsable de un daño ecológico está obligada a repararlo”.¹⁸ Concretamente, el art. 1248 del *Code* dispone lo siguiente: “La acción de reparación del daño ecológico está abierta a toda persona que tenga calidad e interés en reclamar, tales como el Estado, la Oficina francesa de la biodiversidad, las entidades colectivas territoriales y las agrupaciones de las mismas el territorio de las cuales resulte afectado, así como los establecimientos públicos y las asociaciones autorizadas o creadas desde al menos cinco años desde la fecha de introducción de la solicitud que puedan tener por objeto la protección de la naturaleza y la defensa del medio ambiente.”¹⁹ El precepto tiene la

¹⁶ *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (Journal Officiel de la République Française [JORF] núm. 0184, 9.82016).

¹⁷ Como es sabido, la numeración de los artículos sobre Derecho de obligaciones cambió en ese mismo año. Véase *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (JORF núm. 0035, 11.2.2016). Resumidamente, sobre ello, puede verse Albert Ruda, “La ratificación de la reforma francesa del Derecho de contratos”, *Idibe*, 2018, <<https://idibe.org/tribuna/la-ratificacion-la-reforma-francesa-del-derecho-contratos>>.

¹⁸ *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.*

¹⁹ *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la*

redacción que le dio una reforma en 2019, cuyo objeto fue simplemente cambiar la referencia a la anterior Agencia francesa para la biodiversidad por otra a la Oficina referida.²⁰

Con esa regulación, el legislador francés vino a plasmar lo que ya había decidido la Corte de casación (*Cour de cassation*) francesa en el asunto *Erika*, en el sentido de reconocer la responsabilidad por los daños ecológicos puros en el marco de un proceso penal.²¹ Se trata de aquellos daños en los que resultan dañados recursos no apropiables por las personas.²² En la redacción actual, el *Code* define el daño ecológico como “la lesión no despreciable a los elementos o a las funciones de los ecosistemas o a los beneficios colectivos derivados por el hombre del medio ambiente”.²³ Resulta obvio que el Código no alude específicamente al cambio climático. El legislador civil francés no ha codificado la responsabilidad por el cambio climático como tal. En todo caso, habría que plantearse si el cambio climático constituye un daño ecológico puro, reparable conforme a ese Cuerpo legal.

Pues bien, esto es precisamente lo que ha decidido el Juez francés el pasado 3 de febrero de 2021. Con ello, ha dado una auténtica sorpresa, como la doctrina francesa ya ha puesto de relieve.²⁴ Según la sentencia que da origen a este trabajo, el Estado francés es responsable, no solo de un daño moral sufrido por las ONG demandantes, sino también por el

défense de l'environnement. Traducción del autor.

²⁰ *Loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement* (JORF núm. 0172, 26.7.2019).

²¹ Cour de cassation, Arrêt n° 3439, du 25.9.2012 (10-82.938) <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arret_n_24143.html>.

²² Véase Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5e éd., Paris: Presses Universitaires de France, 2021, p. 137.

²³ *Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement*.

²⁴ Véase Mathilde Hautereau-Boutonnet, “«Affaire du siècle»: le juge administratif condamne l'État pour son manquement en matière de lutte contre le réchauffement climatique”, *Le Club des Juristes*, 4.2.2021 <<https://blog.leclubdesjuristes.com/affaire-du-siecle-le-juge-administratif-condamne-letat-pour-son-manquement-en-matiere-de-lutte-contre-le-rechauffement-climatique>>.

daño ecológico, que el Estado está, por consiguiente, obligado a reparar, al menos en parte.

Al menos en parte, porque, como ya se ha dicho, las demandantes cuantifican el daño de una manera peculiar. Aunque en los últimos daños se han desarrollado diversos métodos o modelos para valorar el daño al medio ambiente,²⁵ las entidades demandantes no hacen esfuerzo de cuantificación alguno, sino que se limitan a exigir una indemnización simbólica. Dicha indemnización no es algo del todo novedoso, ya que precisamente las indemnizaciones simbólicas (el célebre *franc symbolique*, ya antes de la introducción del euro) son un aspecto habitual y característico del Derecho de daños francés.²⁶

Este aspecto, lejos de constituir una curiosidad o una anécdota, resulta fundamental. En efecto, las demandantes obtienen una doble condena del Estado francés, pero solo a título simbólico. Pero conviene precisar. En primer lugar, respecto del daño moral, el Juez condena al Estado demandado a pagar un solo euro, como indemnización simbólica. Empero, en cuanto al daño ecológico, el Juez rechaza la solicitud de indemnización simbólica, y la sustituye por la condena a la reparación *in natura*, unida a la adopción de medidas de prevención (*injonctions*) dirigidas a cesar la ulterior producción del daño. Este tipo de medidas está específicamente previsto por el Código Civil francés para los supuestos de daños ecológicos (art. 1252).

La condena así articulada no deja de producir cierta perplejidad. Es bien sabido que en materia de reparación medioambiental es preferible sustituir la condena pecuniaria por la obligación de restituir el medio ambiente dañado al estado que tenía antes de la contaminación (*status quo ante*). Así lo recoge claramente el Derecho de la Unión Europea. Concretamente, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental

²⁵ Puede verse Albert Ruda González, *El daño ecológico puro*, Cizur menor: Aranazdi, 2008, p. 439 ss., con más referencias.

²⁶ Puede verse, entre otros, Olivier Moréteau, "France", en Helmut Koziol (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, 1-96, p. 73 núm. 1/170.

en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales,²⁷ es marcadamente hostil a las indemnizaciones pecuniarias a la colectividad o “público”. En el Anexo II de la Directiva, se aprecia claramente la preferencia del legislador europeo por la reparación en especie (“reparación primaria”, etc.). De la misma manera, la Ley de transposición española, titulada de responsabilidad medioambiental,²⁸ se opone por sistema a las “compensaciones financieras al público” (nuevamente, Anexo II), con la terminología que obviamente hereda de la Directiva. Así pues, al menos en el Derecho español sería difícil que entidades demandantes análogas hubiesen obtenido una indemnización simbólica de ese tipo.

En cuanto al Derecho francés, igualmente el legislador se posiciona en contra de la indemnización por equivalente o pecuniaria. Según el art. 1249 I CC, “La reparación del perjuicio ecológico se efectúa prioritariamente en natura.”²⁹ Solo en caso de que ese modo de reparación sea imposible o insuficiente se permite la reparación por equivalente, y aun en ese caso, con una afectación en cuanto al destino, de modo que tenga que utilizarse la indemnización para reparar el daño (art. 1249 II CC).

Lo que no parece permitir el legislador francés es que el Juez sustituya un modo de reparación por el otro. La ley no parece preverlo de modo expreso, aunque ya se ha dicho que sí estatuye que la reparación sea *in natura* “par priorité” (art. 1249 I *i.f.* CC). Lo que puede llamar la atención es la posible falta de congruencia entre lo que las entidades demandantes solicitaban y lo que acaban obteniendo como condena. En efecto, se da la aparente paradoja de que las demandantes solicitan solo un euro simbólico como reparación del daño ecológico, y en cambio obtienen una condena a la reparación del mismo en natura. No queda claro, pues, el alcance de esta última condena, en el sentido de si la reparación en natura tiene que ser plena o solo por un importe equivalente a un euro.

El Juez francés parece dejar este aspecto en el aire, ya que no dispone o prevé las medidas que haya que adoptar en ejecución de la condena. Por ende, en caso de que la sentencia no sea recurrida y devenga firme, hará falta

²⁷ Diario Oficial de la Unión Europea L 143, 30.4.2004, p. 56-75.

²⁸ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (Boletín Oficial del Estado [BOE] núm. 255, de 24.10.2007).

²⁹ *La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature.*

una resolución judicial adicional (*supplément d'instruction*) para clarificar ese aspecto. Así pues, la base legal de la decisión adoptada por el Juez francés en este punto dista de ser clara.³⁰

2. Análisis

Como resulta lógico, las entidades demandantes han celebrado la victoria como un logro histórico.³¹ Algunos opinantes la han descrito como un “paso de gigante para el Derecho climático y el del medio ambiente”.³² Se trata de un triunfo indiscutible, y una muestra de que la elección de la vía judicial para defender el medio ambiente puede rendir frutos espectaculares. La sentencia puede encuadrarse, así, en la estrategia cada vez más extendida, de llevar a los tribunales la lucha por el medio ambiente y contra el cambio climático.³³ Se enmarca en un contexto de insistencia creciente ante la necesidad de hacer responder a Estados y sujetos privados por el cambio climático.³⁴ Ante la inactividad de los políticos y los Gobiernos, lo que consideran un fallo de la democracia, las iniciativas ciudadanas suscitan la problemática en sede judicial, como arena alternativa en la que librar la misma batalla.³⁵ El resultado es una judicialización

³⁰ Parecidamente, puede verse Christel Cournil / Marine Fleury, “De « l’Affaire du siècle » au « casse du siècle » ? Quand le climat pénètre avec fracas le droit de la responsabilité administrative”, *La Revue des droits de l’homme*, 2020, núm. 18 <<https://journals.openedition.org/revdh/11141>>, marginal núm. 40 ss.

³¹ Puede verse Clothilde Baudouin, “A historic decision in the Case of the Century: the French State is found liable for its insufficient climate action”, *Notre Affaire à Tous*, 2021 <<https://notreaffaireatous.org/pr-a-historic-decision-in-the-case-of-the-century-the-french-state-is-found-liable-for-its-insufficient-climate-action>>.

³² The Conversation, “Décryptage juridique de l’« Affaire du siècle »”, 11.2.2021 <<https://theconversation.com/decryptage-juridique-de-l-affaire-du-siecle-155053>>.

³³ Dicha estrategia está explicada por una de las entidades demandantes en la obra *Notre affaire à tous*, *Comment nous allons sauver le monde*, Paris: Massot, 2019.

³⁴ Véase Expert Group on Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, The Hague: Eleven, 2015; *id.*, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, 2ª ed., The Hague: Eleven, 2020.

³⁵ Un buen ejemplo es el libro de Roger H. J. Cox, *Revolution Justified. Why Only the Law Can Save Us Now*, Maastricht: Planet Prosperity Foundation, 2012,

de la gobernanza del cambio climático.³⁶ El trasfondo es una manifiesta desconfianza hacia los Gobiernos, que a pesar de su grandilocuencia han incurrido en una clamorosa dejación de responsabilidades. Los individuos quedan así algo más abandonados a su suerte,³⁷ y de ahí el recurso a los jueces como un último recurso. El caso que se comenta es, por ende, el fruto de una de estas iniciativas y se inserta sin duda entre los grandes éxitos de la llamada “litigación climática”.³⁸

Ahora bien. Si se deja de lado el inicial entusiasmo, si el “Caso del siglo” es realmente tal parece que está en realidad por ver todavía. Esto es así porque, obviamente, se trata de una sentencia de primera instancia, y por tanto recurrible. A diferencia de lo que ha sucedido en los Países Bajos, donde la condena del Estado ya es firme, tras haberla confirmado el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) de dicho país, en Francia puede que quede aún un largo camino por recorrer. Por tanto, hablar del caso del siglo es probablemente algo exagerado.

Sin embargo, conviene no despreciar tampoco la importancia del mismo. Se trata de la primera vez que el Estado francés resulta condenado por no haber hecho lo suficiente para combatir el cambio climático. No solo eso: salvo error u omisión, se trata del primer caso en el Derecho comparado en el que el Estado resulta condenado a pagar una indemnización de daños por dicho concepto.

En ese sentido, el caso parece doblemente importante. Primero, porque reconoce que las entidades demandantes, en tanto que ONG defensoras del medio ambiente, son víctimas de un daño moral. La sentencia constituye así un reconocimiento del daño moral ecológico. Este reconocimiento está lejos de ser algo evidente, pues implica un daño moral no

p. 190, 216 y 225.

³⁶ Puede verse sobre ello Mehrdad Payandeh, “The role of courts in climate protection and the separation of powers”, en Wolfgang Kahl / Marc-Philippe Weller (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München: Nomos/Hart/Beck, 2021, 62-80, p. 64 ss.

³⁷ La desprotección ciudadana por parte de los Estados es una de las notas del tiempo líquido de que habla Zygmunt Bauman, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge: Polity Press, 2007, p. 25.

³⁸ Al respecto, puede verse Christel Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, París: DICE, Confluences des droits, 2020 <https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd10_-_les_grandes_affaires_climatiques_2.pdf>.

solo de unas personas jurídicas (algo pacífico en el Derecho español, pero no en otros sistemas), sino también la indemnización de un daño moral colectivo que no se sabe exactamente en qué consiste. La repercusión pública de la condena por el cambio climático seguramente eclipsará esta primera faceta, que resulta clave.³⁹ Segundo, la misma sentencia condena al Estado a reparar en especie el medio ambiente. Rechaza que la indemnización pueda consistir simplemente en una suma de dinero a pagar a las demandantes, a pesar, como se ha dicho, de que estas se dediquen a la protección ambiental. La sentencia es pionera porque hasta el momento las demandas de este tipo se limitaban a solicitar el reconocimiento de que el Estado había incumplido con sus obligaciones, pero no iban acompañadas de una petición de condena de daños.

Este aspecto resulta fundamental, ya que por primera vez la judicatura francesa reconoce que el cambio climático constituye un daño en el sentido de la responsabilidad civil. En ese sentido, la sentencia y la demanda que le da pie se apoyan en la constatación por el Estado mismo de que el cambio climático está produciendo un daño ecológico. En particular, se encuentra apoyo en los informes del Observatorio nacional sobre los efectos del calentamiento climático (*Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique* [ONERC]).⁴⁰ La sentencia que se comenta afirma incluso que la pasividad del Estado agrava el daño ecológico ya causado por el cambio climático.⁴¹ Es importante destacar, asimismo, que se llega a dicho resultado mediante la aplicación de las reglas jurídico-civiles en sede contenciosa-administrativa. Así pues, el Juez se apoya en el *Code civil* para condenar al Estado por su inacción.

El Juez llega a la condena tras poner al descubierto las vergüenzas de la actuación pública (o ausencia de la misma). En efecto, la sentencia enumera, a partir de lo que ya habían expuesto las entidades demandantes, una larga serie de incumplimientos de deberes de protección medioambiental por parte del Estado francés. La consecuencia que puede extraerse resulta clara, en el sentido de que el Estado no puede irse

³⁹ Parecidamente, puede verse Cournil/Fleury, *op. cit.*, marginal núm. 35.

⁴⁰ Véase <<https://www.ecologie.gouv.fr/observatoire-national-sur-effets-du-rechauffement-climatique-onerc>>.

⁴¹ Apartado núm. 31 de su fundamentación. Véase la nota 2, más arriba.

comprometiendo a hacer una serie de cosas y luego no cumplirlas. En particular, se desprende de esta condena que el Estado es responsable civilmente por el incumplimiento de sus compromisos de reducción de emisión de GEI; si con su inacción convierte los compromisos internacionales y nacionales en papel mojado, será responsable ante los tribunales. La sentencia muestra una vía que podrían transitar otros muchos países, que se encuentran en una situación de flagrante incumplimiento comparable a la de Francia.

Interesa destacar que el incumplimiento estatal no procede de una aplicación genérica del deber general de no dañar a otro (*neminem laedere*), sino de una constatación concreta, cual es que el Estado se obligó a sí mismo y luego faltó a su palabra. En efecto, nadie había obligado al Estado francés a asumir los compromisos ecológicos que ha ido asumiendo durante todo este tiempo. Concretamente, en 2015 formuló una llamada Estrategia Nacional de Bajo-Carbón (*Stratégie Nationale Bas-Carbone* [SNBC]),⁴² en el marco de la Ley de transición energética para el crecimiento verde,⁴³ la cual resultó luego incumplida, como es evidente. Si se permite la expresión, el Estado se puso él solo la soga en el cuello.

Lo anterior es interesante si se analiza desde el punto de vista causal. El nexo causal entre el daño y la conducta pasiva u omisiva del Estado demandado estaba lejos de ser evidente. La sentencia constata, empero, que la pasividad en la lucha contra el cambio climático causa, en efecto, un daño ecológico. Esto importa porque la Directiva 2004/35/CE, antes referida, excluía en principio la indemnización de los daños difusos, como puede ser el cambio climático, al exigir para su indemnización que pudiese establecerse un vínculo causal con la conducta de operadores concretos (art. 4.5), algo realmente difícil. La Directiva ni siquiera se refería al Estado en tanto que responsable de la política medioambiental. Lamentablemente, el Juez francés es especialmente parco en el análisis del nexo causal, en el que apenas se detiene, siendo así que la causalidad

⁴² La citada Estrategia fue revisada en 2018-2019. Puede encontrarse en Ministère de la Transition Écologique, “Stratégie Nationale Bas-Carbone (SNBC)”, <<https://www.ecologie.gouv.fr/strategie-nationale-bas-carbone-snbc>>.

⁴³ *Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte* (JORF núm. 0189, 18.8.2015).

es uno de los aspectos que reclaman mayor atención –y acaso un replanteamiento—⁴⁴ en este ámbito. En todo caso, cabe deducir que el Estado no tiene que responder de todo el daño por el cambio climático sino solo por el causado por él, de modo que este es un aspecto clave que tendría que haberse analizado mejor.⁴⁵ Este es de hecho un problema recurrente de las sentencias dictadas en la litigación climática. Es conocido que el caso *Urgenda* ha sido criticado también por su pobre análisis del requisito causal.⁴⁶ En todo caso, la sentencia reconoce, aunque sea implícitamente, que el ser uno de muchos incumplidores no exonera al Estado francés.⁴⁷

Aunque, como se ha dicho, el caso constituye una primera victoria, no definitiva, parece incierto el eventual éxito de un recurso del Estado. A juzgar por lo que ha sucedido en Holanda, las perspectivas de que triunfe la posición del Estado en este juicio, en caso de que recurra, parecen bastante pequeñas. Ello es así porque ha quedado acreditado el incumplimiento, como ya se ha dicho. Además, el Código civil francés zanjó mediante la reforma legal ya referida el debate sobre si el daño ecológico puro es indemnizable, en el sentido afirmativo.

Con todo, desde una perspectiva práctica parece dudoso que la sentencia realmente cambie algo. Lógicamente parece digno de encomio que la justicia francesa aplique su legislación, así como resulta positivo que esta última proteja el medio ambiente y establezca reglas para luchar contra el cambio climático. Sin embargo, que una sentencia se limite a constatar que el Estado ha incumplido sus obligaciones aporta más bien poco desde un punto de vista jurídico. En los litigios climáticos se entrelazan a menudo cuestiones políticas con otras estrictamente jurídicas –esto es algo que, precisamente, provoca el rechazo de ciertos juristas, que lo ven como una inadmisibles judicialización de un tema político.⁴⁸

⁴⁴ Puede verse Marta Torre-Schaub, “Les dynamiques du contentieux climatique: anatomie d’un phénomène émergent”, en Marta Torre-Schaub *et al.* (eds.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, Paris: Mare & Martin, 2018, 111-137, p. 120.

⁴⁵ En esa línea puede verse Cournil/Fleury, *op. cit.*, marginal núm. 34.

⁴⁶ Referencias en Ruda, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁷ Parecidamente, al hilo del caso *Urgenda*, puede verse Olivier de Schutter, “Changements climatiques et droits humains : l’affaire Urgenda”, CRIDHO Working Paper 2020/1, 1-33 <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO-WP-2020-1_ODeSchutter_Urgenda-commentaire.pdf>, p. 29.

⁴⁸ Entre otros, puede verse Ewoud Hondius, “Naar een agenda van het recht”, en

Los más extremos sugieren incluso que se abre una peligrosa pendiente hacia el Gobierno por los jueces, una *dikastocracia*.⁴⁹ Como si los jueces no estuviesen simplemente aplicando la legislación existente ante un supuesto escandaloso de inacción del Poder Ejecutivo.⁵⁰ El caso que se está comentando sugiere, en fin, que la separación de poderes o *trias política* no va a constituir el escollo que acaso pareciera a primera vista, en relación con este tipo de reclamaciones.⁵¹

La sentencia sin duda tiene una importancia enorme desde el punto de vista político, ya que constituye la constatación oficial de que el Estado está faltando a sus promesas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico cambia las cosas poco o nada. El Estado sigue obligado exactamente igual como lo estaba siempre.

Ni siquiera las condenas de responsabilidad civil añaden algo, ya que se trata de condenas puramente simbólicas. No hace falta insistir en la crítica, ya conocida, de este tipo de condenas, que constituyen una auténtica pérdida de tiempo para los órganos judiciales y están lejos de permitirles cumplir su auténtica función de corregir los entuertos. Que se llame “caso del siglo” a un asunto en el que se condena al demandado a pagar un euro a la víctima resulta una ironía.

Así pues, cabe sugerir que la verdadera trascendencia de esta sentencia (o de las que la confirmen en vía de recurso) se podrá ver, en todo caso, en otros litigios que se puedan plantear más adelante, cuando los demandantes den un paso más y exijan una verdadera indemnización del daño consistente en el cambio climático. Entonces se plantearán en toda

Michael Faure / Ton Hartlief (eds.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer, 216, 223-226, p. 225 y Gerhard Wagner, *Klimahaftung vor Gericht*, München: Beck, 2020, p. 129.

⁴⁹ Puede verse al respecto B. M. Oomen, “Dikastocratie? Position paper hoorzitting/rondetafelgesprek 9 maart 2020”, Tweede Kamer (Holanda), 2020 <<https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=22dbc280-4bd7-4766-aff5-8f1fcabd29a4&title=Position%20paper%20B.%20Oomen%20t.b.v.%20hoorzitting/rondetafelgesprek%20%22Dikastocratie%3F%22%20d.d.%209%20maart%202020.pdf>>.

⁵⁰ En un sentido parecido, véase Geert Corstens / Reindert Kuiper, *De rechter grijpt de macht. En andere misvattingen over de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus, 2020, p. 87.

⁵¹ Puede verse al respecto Christian Huglo, *Le contentieux climatique: révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 197.

su dimensión las dificultades de indemnizar este daño más allá de la pura gesticulación y la teatralidad de este tipo de litigios, que más bien tienen un valor meramente simbólico o de caras a la galería. Hasta entonces, condenas como la de la sentencia francesa constituyen un auténtico brindis al sol, sin auténticas consecuencias jurídicas.

III. CONCLUSIÓN

El llamado caso del siglo constituye un hito más de la litigación climática mundial, en la línea ya inaugurada en Europa con el *leading case* holandés de *Urgenda*. Se trata de una “causa ciudadana”, manifestación de las nuevas formas de organización de la sociedad civil, en la que se lleva a los tribunales una cuestión de interés general y enorme complejidad científica y jurídica.⁵² El caso no ha acabado aún, y conviene seguirlo de cerca por sus profundas implicaciones para el Derecho del clima en particular y del medio ambiente en general, acaso también para toda la responsabilidad civil en su conjunto, ámbito en el que destacó particularmente el Homenajeado en este volumen.

Sin duda alguna, los potenciales demandantes extranjeros podrían encontrar inspiración en el caso francés.⁵³ En efecto, resulta previsible que el mismo sendero lo transiten otros países, entre los que muy bien podía encontrarse próximamente España, aunque los obstáculos no son precisamente pocos ni pequeños.⁵⁴

Ahora bien, a pesar de la obvia repercusión mediática y política del asunto francés, su importancia jurídica parece más discutible. Aun y siendo pionera en el reconocimiento del carácter indemnizable del daño moral ecológico y de que considere al cambio climático como un daño

⁵² Parecidamente, puede verse Marta Torre-Schaub, *Justice climatique. Procès et actions*, Paris: CNRS éditions, 2020, p. 9 y Judith Rochfeld, *Justice pour le climat!*, Paris: Odile Jacob, 2019, p. 7 ss.

⁵³ Como ya ha observado Hautereau-Boutonnet, *op. cit.*

⁵⁴ Al respecto, puede verse ahora Sofia Simou / Rosa Fernández Egea / Albert Ruda González, “Climate litigation in Spain”, en Francesco Sindico / Makane Moïse Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Springer, 2021, p. 557-574.

ecológico del que el Estado francés tiene que responder por su pasividad culposa, el hecho de que las condenas solicitadas fuesen simbólicas vacía de contenido la aparente victoria. Quedan también pendientes de analizar judicialmente en detalle múltiples cuestiones, como la reparación del daño, o la causalidad. En fin, el asunto en cuestión invita a replantear cómo los ordenamientos vigentes⁵⁵ afrontan el principal reto de la humanidad, cual es el cambio climático.

⁵⁵ Un buen ejemplo es el art. 45 de la Constitución española, que reconoce un “derecho” al medio ambiente adecuado que no es tal.

RESPONSABILIDADE CIVIL, GENÉTICA E RISCOS DESCONHECIDOS

GRAZIELLA TRINDADE CLEMENTE*

Resumo: O presente artigo tem, como propósito, a reflexão relativa aos desafios relacionados às novas tecnologias de edição genética, suas aplicabilidades, limitações e os impactos dos riscos futuros e desconhecidos associados à sua utilização. A discussão que se impõe diante do ineditismo tecnológico alcançado pela edição genética — técnica CRISPR/Cas9 —, implica em aprofundada discussão sobre a previsibilidade e causalidade dos riscos, pois, apesar de imperceptíveis de imediato, podem representar ameaça latente caracterizando riscos desconhecidos ou de causa ignota. A análise do tema perpassa a discussão sobre a importância dos princípios da prevenção e precaução,

* Pós-doutora em Direitos Humanos — Centro de Direitos Humanos — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Doutora em Biologia Celular e Mestre em Ciências Morfológicas — Universidade Federal de Minas Gerais.

Pós-graduada em Direito da Medicina — Centro de Direito Biomédico — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Centro Universitário Newton Paiva, Faculdade da Saúde e Ecologia Humana e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — IEC.

Email: graziella_trindadeclemente@yahoo.com.br

<http://lattes.cnpq.br/3260788004044527>

bem como do instituto jurídico da responsabilidade civil no enfrentamento dessa nova realidade.

Palavras-chave: Edição genética; Riscos desconhecidos; Responsabilidade civil.

Abstract: The purpose of this article is reflect upon the challenges that are related to new genetic editing technologies their applicability, filings and the impacts of future and as yet unknown risks associated with their use. The discussion that now prevails in the face of the technological novelty reached by the genetic-technical edition — CRISPR/Cas9 — implies an in-depth discussion about the predictability and causality of said risks because, although they are immediately imperceptible, they could represent a latent threat characterising unseen or unknown causes. The analysis of the theme permeates the discussion on the importance of the principles of prevention and of course precaution as well as of the legal institutes of civil liability in confronting this new reality.

Keywords: genetic editing; unknown risks; civil liability.

I. INTRODUÇÃO

Desde a descrição da estrutura molecular do DNA (J. Watson e F. Crick, 1953)¹ e, a partir da superação dos desafios decorrentes do sequenciamento do genoma humano (Projeto Genoma, 2003),² os cientistas têm se dedicado ao estudo e desenvolvimento de tecnologias que possibilitam a manipulação genética de células e organismos, com o intuito de promover a exclusão ou correção de mutações genéticas, desfazendo ou silenciando seus efeitos deletérios.

O recente anúncio do Nobel de Química 2020 tornou-se um marco histórico quando as cientistas Emmanuelle Charpentier e Jennifer Doudna receberam o prêmio pela descoberta da técnica de edição genética — CRISPR/Cas9, o que representou o reconhecimento científico de uma das mais importantes descobertas do século XXI.³ Essa tecnologia disruptiva,

¹ WATSON, J.D.; CRICK, F.H. — Molecular structure of nucleic acids; a structure for deoxyribose nucleic acid. *Nature*, 1953. 171(4356): p. 737-8.

² Disponível em: <https://www.genome.gov/human-genome-project>. Acesso em: 14/11/2020

³ THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES — Scientific Background on the Nobel Prize in Chemistry 2020. A tool for genome editing. p. 1-13.

ora reconhecida no mundo científico, representa um caminho sem retorno diante das evidências alcançadas, exigindo mudanças de paradigmas e criando desafios inéditos que suscitam adequações do sistema jurídico aos novos anseios.

Os estudos de Charpentier e Doudna comprovaram que a endonuclease Cas9, juntamente com uma molécula de RNA guia, poderia ser programada para clivar especificamente qualquer sequência de DNA, o que ampliou e generalizou a aplicabilidade do sistema CRISPR/Cas9.⁴ A partir de então, foi possível, com alta eficiência, facilidade e baixo custo, utilizar essa ferramenta nas pesquisas básicas, na biotecnologia e no desenvolvimento de novas alternativas preventivas e terapêuticas, representando uma revolução na pesquisa em biologia. Democratizou-se a edição do genoma.⁵

Entretanto, mesmo considerando os benefícios terapêuticos preventivos demonstrados nas pesquisas básicas e pré-clínicas, devido ao seu ineditismo e à possibilidade de promover mudanças permanentes no DNA, com eventual impacto sobre as futuras gerações, tais investigações justificam os intensos debates em torno da aplicabilidade dessa nova tecnologia, seja no que tange à necessidade de adequada regulamentação, seja no que se refere à ponderação relativa aos seus limites e potencialidades.⁶

No contexto da edição genética de embriões humanos ou de células da linhagem germinativa, discutem-se não somente dilemas éticos, mas, também, o impacto dos riscos futuros e desconhecidos aliados à incerteza quanto aos efeitos danosos decorrentes dessa nova tecnologia, no âmbito da responsabilidade civil. No campo da biotecnologia, não é rara a discussão em torno dos riscos potenciais ou, até mesmo, incertos quando se trata de ineditismo tecnológico como é o caso da técnica de edição genética — CRISPR/Cas9. Desse modo, é essencial que, nessas

⁴ GASIUNAS, G., [et al] Cas9-crRNA ribonucleoprotein complex mediates specific DNA cleavage for adaptive immunity in bacteria. *Proc Natl Acad Sci. USA*, 2012. 109 (39): p. E2579-86.

⁵ KNOTT, G.J.; DOUDNA, J.A. — CRISPR- Cas guides the future of genetic engineering. *Science*, 2018. 361(6405): p. 866-869.

⁶ CLEMENTE, G. T. — Avanços e desafios da edição gênica em seres humanos. In: Nicoletti, C. E. [et al] (Org.) *Biodireito, bioética e filosofia em debate*. São Paulo: Almedina, 2020. p.21-38.

situações, a discussão sobre a previsibilidade e causalidade dos riscos seja aprofundada, pois, apesar de imperceptíveis de imediato, podem representar ameaça latente caracterizando riscos desconhecidos ou de *causa ignota*. Como bem elucidado pelo Professor Sinde Monteiro, diante de certos tipos de prejuízos, justifica-se a utilização de critérios abstratos de avaliação do dano.⁷

Nesse sentido, como grande desafio na tentativa de apresentar alternativas no plano da reparação de danos, ampliação da confiança, solução e administração de conflitos de interesses, justifica-se o enfrentamento de temas relevantes como: a expansão da função precaucional da responsabilidade civil, a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, o cabimento da excludente de responsabilidade, a importância da regulação pública das externalidades negativas e a tutela geral da personalidade.⁸

II. POTENCIALIDADES E LIMITAÇÕES DA TÉCNICA EDIÇÃO GENÉTICA — CRISPR/CAS9

A técnica CRISPR/Cas9, que funciona como um “editor de texto genético”, promove a correção ou exclusão de genes portadores de mu-

⁷ “O ponto de partida do direito civil geral (diferentemente do direito do trabalho) é o de uma avaliação concreta do dano. Discute-se porém se em relação a certos tipos de prejuízos, v.g. os que se prendem com a impossibilidade de utilização de um veículo automóvel, não deverá ser aceito um critério abstracto de avaliação, com o que o conceito de dano deixará de ser puramente fáctico para se tornar normativo.

Na ordem do dia está a discussão sobre a criação de padrões europeus para a reparação do dano biológico, a ressarcibilidade dos danos morais das pessoas coletivas e a utilidade dos danos *punitive damages*, bem como a indenização por uma *wrongful life*.

No plano da política legislativa merece reanálise a opção do legislador de só permitir a fixação de uma indemnização sob a forma de renda mediante requerimento do lesado.” MONTEIRO, S. — Rudimentos da Responsabilidade Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.2, p. 349-390, 2005.

⁸ CLEMENTE, G. T. — Responsabilidade Civil, Edição Gênica e o CRISPR — In: Rosensvald, N.; Dresch, R. F. V.; Wesendonck, T. (Org.). *Responsabilidade Civil — Novos Riscos*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 301-317.

tações relacionadas a doenças possibilitando, assim, desfazer ou silenciar os efeitos deletérios das mesmas. Essa ferramenta apresenta dispositivos de “reconhecimento” que possibilitam sua aderência às sequências específicas de nucleotídeos do DNA-alvo, e, também, dispositivos de “clivagem”, que permitem seccioná-los.⁹

O processo de edição divide-se em etapas. A primeira está relacionada com o reconhecimento e a clivagem da molécula de DNA enquanto a segunda destina-se ao reparo da mesma. Uma vez seccionados os nucleotídeos, são acionados mecanismos celulares endógenos naturais de reparação do DNA. O processo de edição utiliza-se, então, desses recursos, para promover as modificações pretendidas. Assim, o reparo pode ocorrer por ligação de extremidades não homólogas (mecanismo útil quando se pretende silenciar a ação de genes) ou, também, ser dirigido por moldes. Nessa situação, é possível inserir nas células, juntamente com a ferramenta de edição, moldes de DNA externo. Assim, pode-se fornecer moldes externos, contendo genes selecionados, ao novo segmento de DNA a ser formado no local da clivagem¹⁰.

A edição gênica, quando aplicada em pesquisas básicas, oferece grande vantagem, uma vez que gera conhecimento científico amplo que poderá contribuir para a saúde e bem estar dos seres humanos. Nesse sentido, destacam-se como exemplos o esclarecimento dos mecanismos que

⁹ CRISPR/Cas9 — Trata-se de complexo formado por enzima do tipo endonuclease (Cas9) guiada até a região específica da molécula de DNA (gene marcado) que se pretende editar, por meio de uma molécula de gRNA, programada para reconhecer a sequência específica do DNA. Assim, procede-se à substituição do fragmento de DNA, que possui a mutação, por sequência normal possibilitando a correção da desordem. A molécula de gRNA pode ser personalizada para reconhecer sequências específicas do DNA por meio de alteração de apenas 20 nucleotídeos. Dessa forma, genes específicos podem ser alvo do gRNA e, conseqüentemente, da Cas 9, o que propicia modificações precisas dos mesmos. REYES, A.; LANNER, F. — Towards a CRISPR view of early human development: applications, limitations and ethical concerns of genome editing human embryos, *The Company of Biologists*, n. 144, p. 3-7, 2017.

¹⁰ ROYO, M.M; CLEMENTE, G.T. — Responsabilidade Civil nas técnicas de engenharia genética: uma análise do movimento “do-it-yourself biology” e da atuação dos *biohackers*. In: KFOURI NETO, M.; NOGAROLI, R. (Org.). *Debates contemporâneos em Direito médico e da Saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 93-122.

justificam a diferenciação celular em modelos humanos, a investigação do papel de alguns genes específicos nos momentos iniciais do desenvolvimento embrionário humano, a compreensão da gênese de doenças genéticas propiciando o desenvolvimento de terapias gênicas importantes no tratamento das mesmas, dentre outros. Já, com relação às pesquisas de aplicação clínica, é irrefutável a importância da edição gênica em embriões humanos possibilitando o desenvolvimento de técnicas preventivas de doenças genéticas (6% das crianças recém-nascidas apresentam problemas genéticos importantes).¹¹

O fato de tanto na técnica de fertilização *in vitro*, quanto na técnica de diagnóstico pré-implantação, ocorrer seleção prévia de embriões não afetados por doenças genéticas, faz com que muitos defendam que a edição gênica seria desnecessária. Entretanto, há uma série de situações em que a possibilidade de seleção de embriões viáveis é muito reduzida ou próxima de zero (casos em que há produção de apenas um embrião viável na fertilização *in vitro*, e, o mesmo, é portador de mutação monogênica; nas situações em que os pacientes são portadores de doenças genéticas autossômicas dominantes, apresentando duas cópias do gene com mutação; casos de doenças autossômicas recessivas, quando mesmo procedendo-se a seleção de embriões pela técnica de fertilização *in vitro* seguida de diagnóstico pré-implantação, não há como evitar a possível transmissão do gene com mutação para os descendentes do portador sadio). Na maioria desses casos, mesmo utilizando-se as técnicas de fertilização *in vitro* e o diagnóstico pré-implantação, seria necessário produzir quantidade significativa de embriões para garantir possível seleção de embrião saudável, e, mesmo assim, sem a garantia que tal embrião ficasse livre de ser portador da mutação podendo transmiti-la a seus descendentes. Além disso, em longo prazo, as pesquisas envolvendo edição gênica pode tornar-se importante ferramenta nos casos de doenças poligênicas, já que a técnica tem o potencial de promover múltiplas alterações gênicas simultaneamente. É fato, entretanto, que isso dependerá do avanço dos estudos, para deixar de ser apenas uma expectativa. A gênese dessas doenças ainda não foi totalmente delineada, por isso há necessidade de se pro-

¹¹ GYNGELL, C. [et.al.] — The ethics of germline gene editing. *J Appl Philos.*, n. 34(4), p. 498-513, 2017.

gredir com as investigações a fim de comprovar o possível potencial da técnica em reduzir sua incidência.¹² Até mesmo no âmbito das doenças infecciosas, a indicação clínica da edição gênica já é uma realidade, visto que, alguns genes podem garantir aumento da resistência do indivíduo à infecção por diferentes patógenos.¹³

Entretanto, apesar da potencialidade da técnica de edição gênica, ainda persistem limites quanto à sua efetividade como, por exemplo, a ocorrência do mosaicismismo e das mutações fora do alvo (*off-target*).¹⁴

O embrião mosaico resulta de um corte ineficiente do DNA pela nuclease e/ou por reparação inapropriada do mesmo.¹⁵ Assim, mesmo após edição, irão coexistir diferentes tipos de células, ou seja, as originais sem mutação (normais); as originais com mutação e as devidamente editadas (sem mutação). Logo, indivíduos mosaicos apresentam diferentes genomas. Isso pode impactar negativamente quando se trata da linhagem germinativa pois, nesse caso, o mosaicismismo, apesar de não determinar que o indivíduo seja afetado, não impede a transmissão dos genes com mutação para os descendentes. Entretanto, apesar do risco de ocorrência do mosaicismismo, resultados promissores de estudos laboratoriais inédi-

¹² CAVALIERI, G. — Genome editing and assisted reproduction: curing embryos, society or prospective parents? *Medicine, Health Care and Philosophy*, p. 1-11, 2017.

¹³ XU, L. [et. al.] — CRISPR/Cas9 — mediated CCR5 ablation in human hematopoietic stem/progenitor cells confers HIV-1 resistance *in vivo*. *American Society of Gene & Cell Therapy*, v. 25, n. 8, 2017.

¹⁴ Mutações *off-target* seriam aquelas não intencionais, que podem ocorrer no genoma em decorrência da ação não específica da enzima Cas9. Dessa forma, além do efeito pretendido, pode-se provocar também a mutação de algum outro gene de forma não esperada ou indesejada — BOEL, A. [et. al.] BATCH-GE: batch analysis of next generation sequencing data for genome editing assessment. *Sci Rep.*, n. 6, p. 30330, 2016.

¹⁵ “O mosaicismismo é a presença em um indivíduo ou em um tecido de ao menos duas linhagens celulares geneticamente diferentes, porém derivadas de um único zigoto. As mutações que acontecem em uma única célula após a concepção, como na vida pós-natal, podem originar clones celulares geneticamente diferentes do zigoto original porque, devido à natureza da replicação do DNA, a mutação irá permanecer em todos os descendentes clonais dessa célula.” THOMPSON & THOMPSON. — *Genética Médica: Padrões de herança monogênica*. Rio de Janeiro: Elsevier, p.107-132, 2016.

tos, utilizando-se guias de RNA mais sensíveis (CRISPR/Cas9/sgRNA), comprovam aumento significativo na efetividade preventiva desse efeito indesejável.¹⁶

Com relação às mutações fora do alvo, ou seja, não intencionais, técnicas recentes mais aprimoradas têm demonstrado eficiente capacidade de estimar o efeito mutagênico (ferramenta de bioinformática). Assim, uma vez realizada a edição e detectada a mutação, seria possível realizar a seleção do embrião pré-implantação. Dessa forma, não se estaria negando o risco de dano, mas evitando que esse dano torne-se moralmente significativo. Nesse sentido, outro aspecto também relevante, é o fato de que ao se efetuar a edição gênica-terapêutica, evitar-se-ia a produção de quantidades excessivas de embriões excedentários. É certo que, para reduzir os riscos de possíveis mutações fora do alvo, os pesquisadores têm-se dedicado ao aprimoramento tecnológico produzindo guias de RNA e endonucleases Cas9 mais específicas e com maior fidelidade. Esses avanços tecnológicos, com certeza, vêm contribuindo para maior segurança e acurácia da técnica de edição gênica. Efetivamente, o desenvolvimento de métodos que monitoram a ocorrência do mosaicismos e das mutações fora do alvo, e que definem a frequência de ocorrência das mesmas, no modelo humano, já constituem uma realidade.^{17 18}

Considerando-se as que as medidas de segurança/precaução em relação ao mosaicismos e às mutações fora do alvo estão em efetivo progresso, não tem como supor que tais riscos se intensifiquem em longo prazo. É inegável que toda pesquisa médica imponha riscos de danos previsíveis e imprevisíveis aos participantes, sendo esses rotineiramente considerados

¹⁶ HASHIMOTO, M. [et.al.] — Eletroporation of Cas9 protein/sgRNA into early pronuclear zygotes generates non-mosaic mutants in the mouse. *Dev Biol.*, n. 418, p. 1-9, 2016.

¹⁷ KLEINSTIVER, B. [et. al.] — High fidelity CRISPR-Cas9 — nucleases with no detectable genome-wide off-target effects. *Nature*, n. 529, p.490-495, 2016.

¹⁸ SLAYMAKER, I. [et. al.] — Rationally engineered Cas9 nucleases with improved specificity. *Science*, n. 351, p. 84-88, 2015.

sob o ponto de vista ético. Entretanto, nesse contexto, supor tolerância zero ao risco seria equivalente a impedir qualquer inovação clínica.^{19, 20}

Tendo em vista que a técnica de edição gênica-CRISPR/Cas9 seja utilizada com a finalidade única de corrigir defeitos genéticos e restaurar a saúde em futuras crianças, é difícil visualizar como isso poderia refletir, de forma negativa, na dignidade humana. Assim, dependendo da doença genética que se pretende evitar, o benefício para o indivíduo é existencial, já que, nesses casos, as limitações são tão graves que podem comprometer a qualidade ou a própria vida.^{21,22}

III. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DOS RISCOS DESCONHECIDOS E A TÉCNICA DE EDIÇÃO GENÉTICA — CRISPR/CAS 9

Na perspectiva de que a produção do conhecimento impõe um desenvolvimento técnico científico cada vez mais célere ampliam-se, não só, as discussões em relação aos dilemas bioéticos e riscos potenciais à saúde, bem como, as possibilidades de reparação de danos oriundos desses eventuais efeitos prejudiciais.

Tendo em vista os riscos potenciais que acompanham as técnicas tidas como inéditas, como no caso da técnica CRISPR/Cas9, torna-se oportuna a discussão sobre a possível previsibilidade e causalidade dos mesmos. Esses riscos seriam aqueles considerados como imprevisíveis e de

¹⁹ DE WERT, G. [et. al.] — Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE. *European Society of Human Genetics*, 2018.

²⁰ CLEMENTE, G. T.; ROSENVALD, N. — Edição Gênica e os limites da Responsabilidade civil. In: Martins, G.M.; Rosenvald, N. (Org.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 235-61.

²¹ GYNGELL, C. [et.al.] — The ethics of germline gene editing. *J Appl Philos.*, n. 34(4), p. 498-513, 2017.

²² CLEMENTE, G. T.; ROSENVALD, N. — Dano ao projeto de vida no contexto da edição gênica: uma possibilidade. In: Menezes, J.B; Dadalto, L.; Rosenvald, N. (Org.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 227-45.

causa incerta, ou seja, apesar de imperceptíveis de imediato, representariam ameaça latente caracterizando “riscos desconhecidos” ou de *causa ignota*.²³

Nos contextos da Europa Continental, o tema responsabilidade civil por riscos desconhecidos — *liability for unknow risks* — vem sendo amplamente discutido sendo considerado como desvantagens dos progressos técnicos que emergem da nanotecnologia, *softwares*, aplicativos e engenharia genética.²⁴

Nos casos em que estão envolvidos riscos desconhecidos há consenso firmado no sentido do não cabimento da responsabilidade subjetiva já que a previsibilidade do fato danoso é considerada requisito da culpa e a informação sobre o provável risco de dano não está disponível, ou seja, não se pode estimar quando seria possível prever tal risco. Situação diferente diz respeito àquela na qual o risco é conhecido, porém dificilmente controlável ou evitável. Nesse caso, a responsabilização por culpa somente poderia ser aventada caso o princípio da precaução não fosse respeitado, como ocorre nas situações de inadequação dos deveres de cuidado, proteção e informação, conforme as *legis artis*.

Por outro lado, de acordo com a teoria objetiva, a responsabilização por danos causados por riscos desconhecidos pode ocorrer quando os mesmos estão relacionados à causalidade incerta o que implica na distribuição do ônus da prova (se não for comprovada a causalidade ou na incapacidade de identificar o fato novo que interrompeu o nexo causal entre o dano e a atividade geradora do mesmo).

Considerado sob o ponto de vista pragmático, em que todo risco gerado é convertido em fator de imputação objetiva, a consequência inevitável é o comprometimento de qualquer avanço de livre-iniciativa e empreendedorismo das sociedades atuais. Portanto, na análise da responsabilidade civil, faz-se necessária a ponderação entre as linhas gerais estabelecidas pelo legislador e a atualização da norma construída com base na doutrina e jurisprudência. Assim, não se pretende o impossível (exclu-

²³ CLEMENTE, G. T. — Responsabilidade Civil, Edição Gênica e o CRISPR. In: ROSENVALD, N.; DRESCH, R. F. V.; WESENDONCK, T. (Org.). *Responsabilidade Civil — Novos Riscos*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 301-317.

²⁴ ROSENVALD, N. — *O Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2017, 205-207 p.

são do risco) mas a mitigação dos danos. Desta forma, é essencial conhecer o potencial de risco da atividade para que se justifique uma imputação objetiva de danos ao agente. Esse, sem dúvida, é o maior desafio.²⁵

De acordo com a cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro ao anunciar que a atividade implica risco “por sua natureza”, significa dizer que o risco é da essência da atividade sendo um aspecto preexistente e intrínseco da mesma (risco da atividade). Sendo assim, essa atividade gera, por si só alto índice de danosidade implicando que a pessoa que empreende seja a responsável pela reparação de forma objetiva. Trata-se, portanto, de risco especial capaz de induzir danos quantitativamente numerosos (probabilidade elevada de ocasionar danos) e qualitativamente graves (intensidade da ocorrência eventual). Ressalta-se que não se exige um perigo anormal dos meios, mas que o mais importante é a verificação da regularidade estatística com que o evento lesivo aparece em decorrência da atividade exercida.

Com base nesse contexto pode-se inferir que os riscos desconhecidos decorrentes da técnica CRISPR/Cas9, por não serem preexistentes, não poderiam ser considerados da essência da atividade. Nesse entendimento, para que um risco em potencial se manifeste sob a forma de dano, no plano da edição gênica, podem ser necessárias diversas interações com o ambiente o que muitas vezes, só ocorre ao longo do tempo, podendo ser detectáveis apenas em gerações futuras. Esse suposto dano depende, também, de diferenças individuais que podem tanto impedir quanto exacerbar o potencial lesivo da atividade e sofre a ação de inúmeras variáveis que, inclusive, limitam a possibilidade de se estimar o índice lesivo da atividade. Esse é um fator imprescindível na definição da probabilidade de manifestação do risco. Sabe-se que, em se tratando de manipulação genética, um dos principais determinantes do efeito lesivo é, exatamente, a frequência em que ele ocorre. Assim, diante de tantas peculiaridades, fica evidente que é a natureza da atividade que irá determinar, no caso concreto, a sua propensão na criação do risco.

Ainda, no contexto da imputação objetiva, destaca-se a indiscutível relevância da análise da causalidade. Ao autor do fato caberá responsabi-

²⁵ BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. — *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 631 p.

lização pela simples atribuição de um certo nexos de imputação como a responsabilidade pela segurança, garantia ou risco. Adota-se, portanto, a noção normativa do nexos de causalidade adequando-se a teoria da causalidade aos problemas oriundos da massificação e despersonalização dos sujeitos nas sociedades de risco. Entende-se que, por meio das teorias de causalidade, pretende-se, de certo modo, facilitar a reparação de danos injustos pela substituição de critérios causais, baseados em certezas, por critérios de probabilidade pelos quais considera-se a razoabilidade da ocorrência dos resultados. Essa concepção probabilística da responsabilidade civil baseia-se na análise jurídica da imputação de danos que se fará por meio da classificação da atividade como sendo estatística e tipicamente associada ao dano (dados de pesquisas, métodos científicos ou técnicos, laudos periciais). Assim, a teoria da causalidade adequada que possibilita análise abstratamente referida da probabilidade do evento danoso, destaca-se como opção preferencial. Nesse caso defere-se, ao julgador, o juízo de probabilidade no qual os fatos serão admitidos como presumidamente verdadeiros tendo, como base, a potencialidade e probabilidade do risco em relação ao dano garantindo-se, enfim, a reparação.²⁶ Portanto, por meio da teoria da causalidade adequada é possível proceder-se a análise apriorística da potencialidade danosa de certa atividade. Dessa forma, as constatações estatísticas referentes ao risco da atividade antecedem a ocorrência do dano, ou seja, vislumbra-se o risco irrazoável de certa atividade pela identificação de sua aptidão em gerar dano.

Analisando-se a hipótese na qual riscos desconhecidos emergem da utilização da técnica CRISPR/Cas9 alguns desafios na aplicabilidade da teoria da causalidade adequada se impõem. Destaca-se, temos a limitação referente a possibilidade de se realizar análise referida de forma abstrata, pois a mesma fundamenta-se na possibilidade de avaliação de uma multiplicidade de casos semelhantes. Assim sendo, de posse de elementos técnicos objetivos, pode-se inferir se determinado evento danoso é efeito esperado ou razoável de certa atividade. Outro aspecto relevante a ser considerado é o fato da casuística ser mínima em relação a técnica CRISPR/Cas9. Tal fato deve-se aos impedimentos ora impostos à

²⁶ MULHOLLAND, C. S. — *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, p. 283-285, 2010.

aplicabilidade da técnica, além de seu ineditismo e extremo dinamismo. Desde sua criação, o aprimoramento da técnica tem sido cotidiano, o que contribui para dificultar a utilização dos critérios de probabilidade e razoabilidade ao se estabelecer a vinculação entre aquela atividade que se coloca no início do dano e o dano injusto no caso concreto. Portanto, a ideia de que a análise jurídica da imputação de danos se fará por meio da classificação da atividade fica prejudicada.²⁷

Nessa mesma perspectiva argumentativa, para além dessa discussão, merece destaque a análise do princípio da precaução proposta, recentemente, por Koplin e colaboradores. É indiscutível que, no tocante à tomada de decisões em contextos em que as atividades apresentam ameaças incertas, mas potencialmente graves (como no contexto da edição gênica de células da linhagem germinativa), o princípio da precaução assume papel relevante. Entretanto, na análise pioneira e inovadora que esses autores propõem, além da ponderação sobre as várias nuances do princípio da precaução (negativa e positiva), a plausibilidade do “princípio da precaução suficiente” é também considerada. Assim sendo, o parâmetro de análise custo-benefício, até então utilizado, daria espaço ao enfrentamento mais específico dos riscos ou ameaças. Nesse contexto, não só os desafios do uso da técnica seriam analisados como, também, os riscos decorrentes de sua não utilização, principalmente no que se refere à saúde genética das gerações futuras.²⁸

²⁷ CLEMENTE, G.T.; ROSENVALD, N. — Dano ao projeto de vida no contexto da edição gênica... p. 227-45.

²⁸ “We have argued that, while negative precautionary principles can be pragmatically useful in some contexts, they have little to contribute to the policy debate surrounding reproductive GGE. Positive precautionary principles are more closely relevant. Positive precautionary principles recommend placing especial weight on avoiding certain kinds of threats, such as threats we are cognitively primed to undervalue, threats that are poorly understood, threats to the achievement of a sufficient level of well-being and threats to health security. While it is difficult to derive any straightforward policy recommendations from these positive versions of the precautionary principle, plausible versions of it would endorse GGE in at least some contexts — in particular, contexts where GGE could be used to correct otherwise catastrophic genetic mutations and/or to promote the long-term robustness of human populations. Given that the precautionary principle is generally deployed against GGE, we think this is an important insight.” KOPLIN, J. J.; GYNGELL, C.; SAVULESCU, J. — Germline gene editing and the precautionary

Sob a égide da imputação objetiva caberá, ainda, a análise do tema risco desconhecido com base no debate sobre risco do desenvolvimento. Mesmo antes da chegada do Código Civil de 2002, já se encontrava em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que consagra a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pelo chamado “acidente de consumo”. Portanto deduz-se, do exposto, que o CDC adota a doutrina de imputação objetiva em um viés específico: teoria do defeito do produto ou do serviço — ou seja: obrigação objetiva de indenizar sem fundamento no risco da atividade, como previsto no Código Civil/2002.²⁹

No Brasil, apesar da discussão sobre riscos desconhecidos não ter sido amplamente enfrentada, o debate sobre o risco do desenvolvimento (espécie do gênero “riscos desconhecidos”) é bastante difundido. Os denominados riscos do desenvolvimento referem-se aos efeitos negativos colaterais provenientes da utilização de produtos ou serviços que podem ocorrer após os mesmos terem sido fornecidos aos consumidores. Diante disso, a polêmica se instaura e se maximiza quando se trata de riscos que, apesar de inicialmente desconhecidos, tornam-se conhecidos a partir do avanço da ciência. Essa eventualidade, implicaria na aceitação da excludente de responsabilidade do fornecedor, pelo risco do desenvolvimento.³⁰

Por meio da Diretiva 85/374, a União Europeia enfrentou a questão do risco do desenvolvimento consagrando-o como causa excludente da responsabilidade objetiva. Entretanto, foi estabelecido, como requisito de admissibilidade, a prova, por parte do produtor, de que, no momento de colocação do produto no mercado, não era possível detectar a existência do defeito/efeito negativo colateral do produto, ou seja, o critério temporal seria o da colocação do produto no mercado e não o da verificação do dano. Definiu-se, ainda, que caberia à legislação interna de cada

principle. *Bioethics*. p. 1-11. 2019

²⁹ BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. — *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, p.640-642, 2018.

³⁰ ROSENVALD, N. *O Direito Civil em movimento*. Salvador: JusPODIVM, p. 206, 2017.

Estado-membro incorporar ou não a excludente do risco do desenvolvimento (*Development Risks Defence* — *DRD*).^{31, 32, 33}

Apesar de o legislador brasileiro não ter imposto, expressamente, a excludente de responsabilidade, seu silêncio, necessariamente, não precisa ser interpretado como exclusão da mesma. Para aqueles que defendem que tal excludente seja aceita, o principal argumento é que exigir tamanha cautela — assumindo-se riscos impossíveis de se prever ou inevitáveis àquele tempo — seria, de certa maneira, impedir o avanço científico e obrigando o fornecedor ao impossível.³⁴ Ainda nesse sentido, sustenta-se que o artigo 10 do CDC, ao estabelecer a vedação ao fornecedor de oferecer no mercado produtos que saiba ou devesse saber apresentar alto grau de periculosidade ou nocividade, exclui por interpretação em contrário a responsabilidade, já que não há, em relação aos riscos do desenvolvimento, um dever de conhecimento sobre o defeito, no momento em que o mesmo é introduzido no mercado.³⁵

Merece destaque que ao se tratar de riscos do desenvolvimento a questão de maior relevância é a imprevisibilidade desses riscos. Trata-se de danos imponderáveis quanto à sua ocorrência e extensão, razão pela qual a simples imputação de responsabilidade ao fornecedor romperia

³¹ DEL OLMO, P. — Unknown Risks and Civil Liability in Spain: A Study of Spanish Law with Some French/Italian Comparative Remarks. *JETL*, v. 7, n. 2, p. 168-197, 2016.

³² HOGG, M. A. Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective. *JETL*, v. 7, n. 2, p. 113-142, 2016.

³³ LOOSCHELDERS, D. — Liability for Unknown Risks in German Law. *JETL*, v. 7, n. 2, p. 143-167, 2016.

³⁴ ROSENVALD, N. — *O Direito Civil em movimento*. Salvador: JusPODIVM, p. 206, 2017.

³⁵ ULHÔA, F.C. — *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, p. 86, 1994.

com a lógica do sistema de admissão do risco, em face da possibilidade de sua previsão e internalização como custo da atividade negocial.^{36, 37, 38}

Ressalta-se que, na hipótese do risco desconhecido relacionado às inéditas técnicas de edição gênica, não haveria propriamente um “produto defeituoso”. A técnica CRISPR/Cas9 é, na verdade, um tipo de atividade prestada o que significa dizer um serviço prestado. O conceito de serviço defeituoso implica na atividade prestada com carência de segurança mas, para o direito interferir, é necessário que essa insegurança ultrapasse o limite da normalidade e que haja previsibilidade do risco. Esse fato é que caracteriza o defeito propriamente dito. Nos casos dos serviços de periculosidade adquirida pode-se falar em defeito. Entretanto, nesses casos, essas atividades não apresentam, em sua essência, risco inerente ou exagerado. Assim, quando o defeito surge (momento em que o dano se manifesta) ele será considerado imprevisível.³⁹

Nesse sentido, e na perspectiva da técnica CRISPR/Cas9, entende-se que a atividade não apresentando risco inerente, na hipótese de vir a desenvolver a periculosidade (serviço de periculosidade adquirida), será considerada como evento lesivo imprevisível ou desconhecido. A possibilidade da exclusão de responsabilidade com base no risco do desenvolvimento (DRD), assim como previsto de forma expressa na diretiva Europeia 85/374, pode ser então aventada nessas circunstâncias.⁴⁰

Diante do exposto, questiona-se a eficácia da responsabilidade civil, nos moldes tradicionalmente postos, em salvaguardar contra os efeitos nocivos de novas tecnologias que implicam, muitas vezes, em riscos desconhecidos e, até mesmo, imprevisíveis com potencial de afetar, inclusi-

³⁶ MIRAGEM, B. N. B. — *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 550-557, 2015.

³⁷ SALOMÃO, L.F.; TARTUCE, F. — *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, 783p.

³⁸ FAURE, M., VISSCHER, L., WEBER, F. — Liability for Unknown Risks — A Law and Economics Perspective. *JETL*, v. 7, n. 2, p. 198-228, 2016.

³⁹ BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. — *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, p.643, 2018.

⁴⁰ CLEMENTE, G.T.; ROSENVALD, N. — Edição Gênica e os limites da Responsabilidade civil. In: Martins, G.M.; Rosenvald, N. (Org.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 235-61.

ve, gerações futuras. Assim, torna-se essencial a discussão ampliada desse tema o que implica, necessariamente, em se conceber outras estratégias de enfrentamento dos desafios da responsabilidade civil frente aos “novos riscos”. Essas estratégias, certamente, incluem o “direito geral de personalidade” e a “internalização das externalidades negativas” ou socialização do risco.⁴¹

Considerando-se análise comparativa — Código Civil Português e Novo Código Civil Brasileiro,⁴² os direitos da personalidade correspondem, em sua maioria, aos direitos fundamentais que incidem sobre a personalidade humana globalmente considerada, quer quando incidem sobre aspectos ou modos de ser particulares da personalidade, quer quando dizem respeito à concepção de um “direito geral de personalidade”, com correspondência na cláusula da dignidade da pessoa humana e no direito ao desenvolvimento da personalidade. As relações sistemáticas de matérias dos direitos fundamentais com os vários diplomas legais, bem como com a Constituição, garantem sua eficácia nas relações jurídico-privadas e constitucionais. Assim, os direitos de personalidade desempenham função de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Em sistemas jurídicos nos quais está explicitamente prevista a cláusula de proteção ou “tutela geral da personalidade” — conceito indeterminado — permite-se, não apenas, a proteção de uma série de direitos especiais de personalidade não proclamados como, também, a fundamentação positiva do direito de personalidade ou, até mesmo, o reconhecimento de outras formas de proteção da pessoa. No direito brasileiro, embora não esteja explícita, a cláusula de tutela geral poderá considerar-se implícita, seja no reconhecimento dos direitos de personalidade, seja pela correspondência com o artigo 5º da Constituição/1988.

Assim, pode-se inferir que os direitos da personalidade não tutelam apenas um aspecto particular da pessoa humana, mas englobam, de forma ampla, os diferentes aspectos da personalidade humana abrangendo novas zonas de relevância. Além de abordar a pessoa sob o ponto de vista

⁴¹ CLEMENTE, G.T.; ROSENVALD, N. — Edição Gênica... p. 247.

⁴² MOTA PINTO, P.: *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais* — *Estudos*, 1ªed., Coimbra: GESTLEGAL, 2018. p. 332-341.

de um ser humano estático, considera-se também a perspectiva de seu desenvolvimento.⁴³

Nesse sentido, os direitos de personalidade, protegidos pela cláusula de proteção geral, têm, como objeto, considerar a personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais, futuras, previsíveis e imprevisíveis, sendo, então, referidos como “direito geral de personalidade”, concepção que vem se impondo na maioria das ordens jurídicas. Assim sendo, ele tem potencial mais amplo de proteção, abrangendo, inclusive, as situações de novas ofensas, que não são protegidas pelos direitos especiais, como é o caso das complexas questões envolvendo manipulação gênica humana.⁴⁴ Desse modo, a concepção de um “direito geral de personalidade” garante, por mecanismo distinto do direito privado, e de forma bem específica, a tutela de novos bens e o enfrentamento de novas ameaças, tendo sempre como referência o respeito pela personalidade, não apenas numa perspectiva estática mas, também, dinâmica que inclui de forma simultânea, a liberdade de desenvolvimento.^{45, 46, 47}

⁴³ CLEMENTE, G.T.; ROSENVALD, N. — Dano ao projeto de vida no contexto da edição gênica... p. 227-45.

⁴⁴ “O direito geral de personalidade pode, assim, como previsão ou “norma de recolha”, vir a abranger novas zonas de relevância da personalidade e proteger contra novas ofensas (pense-se apenas, por exemplo, nos complexos problemas hoje levantados pelas possibilidades de manipulação de material genético humano), não protegidas pelos direitos especiais. É, neste sentido, “aberto” sincrónica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens, e face a renovadas ameaças, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento.” MOTA PINTO, P. — *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais — Estudos*, 1ªed., Coimbra: GESTLEGAL, 2018. *Ibid.*, p. 338.

⁴⁵ PEREIRA, A. G. D. — *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, p.147, 2015.

⁴⁶ “(...) o direito geral de personalidade constitui direito-matriz ou direito-quadro no qual filiam certas manifestações particulares, os direitos especiais de personalidade. Esta concepção dinâmica e aberta à historicidade — especialmente relevante na sociedade de risco biotecnológico que vivemos”. SOUSA, R. C. — *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, p.88, 1995.

⁴⁷ Direito Geral de Personalidade constitui “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa

Não se pode negar que a proteção de bens, de forma ilimitada, requer novos instrumentos, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados⁴⁸. É, portanto, nesse sentido, que se concebe o “direito geral de personalidade” como estratégia de ampliação da proteção à pessoa diante dos novos riscos que a técnica de edição gênica pode acarretar.

É notório que a edição gênica, por caracterizar atividade complexa e com elevado potencial de riscos desconhecidos envolvidos, adequa-se ao contexto da “sociedade de risco.” Nessa circunstância, em que é árdua a demonstração de uma causalidade adequada diante dos danos anônimos e atemporais, a internalização das externalidades negativas se destaca como medida preventiva de notável eticidade. Assim, a responsabilidade civil torna-se apta a corresponder à multiplicidade de funções por ela exercidas na atualidade.^{49, 50} A reparação deixa de ser uma possibilidade, e torna-se uma certeza.⁵¹

mesma personalidade humana (vg. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.” SOUSA, R. C. — *O Direito Geral ...* p.88.

⁴⁸ “face ao caráter ilimitado, solidário e desconhecido dos bens integrantes da natureza humana, não parece que possa aprioristicamente fazer-se uma enumeração completa e discutível de tais bens”. *Ibid.*, p.152.

⁴⁹ BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. — *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *Ibid.*, p.671.

⁵⁰ “O atendimento à função primordial da responsabilidade civil — a adequada reparação dos danos — passa necessariamente pela difusão do dever de indenizar, ou seja, pela distribuição da responsabilidade por toda a comunidade, com a construção de uma autêntica responsabilidade social. Assume-se a responsabilidade civil como uma técnica de administração justa dos danos anônimos ou causais, mais justo parece ser a diluição desses danos por toda a sociedade, que a sua atribuição quase aleatória ao “culpado” ou “causador” mais próximo. A diluição de danos assegura a tutela da vítima sem lançar sobre o réu um ônus exagerado. Sob essa ótica, apresenta-se a responsabilidade civil como um renovado instrumento a serviço não de pretensões individuais, mas voltado à solução dos danos como problema coletivo social. SCHREIBER, A. — *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, p.234-235, 2013.

⁵¹ “suprime-se a necessidade do recurso à loteria da causalidade para se identi-

A possibilidade do seguro, social ou privado obrigatório, seria uma forma de garantir a reparação dos danos e conferir mais segurança às atividades de risco, já que minimiza as consequências maléficas do procedimento, diluindo seus efeitos e permitindo a cobertura dos danos na eventualidade de sua ocorrência, além de superar a inadimplência do agente responsável.^{52, 53}

Nessa esfera, torna-se inegável que a securitização da responsabilidade civil se converta em modelo viável da “sociedade de risco.” Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na orientação prospectiva e no cuidado.^{54, 55}

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos diferentes aspectos abordados em relação aos riscos inerentes às novas invenções e avanços tecnológicos no campo da genética, faz-se necessário identificar qual dever jurídico é violado em face da imposição de um risco. Sabe-se que risco é probabilidade de dano. Entretanto, como discutido anteriormente, isso nem sempre é suficiente para gerar obrigação de indenizar. Portanto, o fundamento dessa obrigação não seria somente o risco mas a violação de um dever jurídico. Tendo

car um “pagador” e, de certa forma, suprime-se o antagonismo entre um polo ativo e outro passivo de uma demanda judicial”. BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. — *Novo tratado de responsabilidade ...* p.672.

⁵² PEREIRA, P. M. F. L. — *Responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, p.158, 2019.

⁵³ KFOURI NETO, M. — *Responsabilidade Civil do Médico*. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.43, 2019.

⁵⁴ “De todo o modo, podemos considerar que se trata de uma experiência positiva no sentido de dar contributo jurídico para melhor prática da medicina (...) Por outro lado, a socialização de um risco tão grave e com consequências tão nefastas para a qualidade de vida da criança e das suas famílias revela-se uma opção louvável e humanista. PEREIRA, A. G. D. — *Direitos dos pacientes...* p.147.

⁵⁵ BRAGA-NETO, F.P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *Ibid.*, p.674.

em vista que a segurança é contraponto do risco, ela representa o dever jurídico a ser tutelado (tutela da segurança).

Assim, diante do cenário atual de uma sociedade exposta a diferentes riscos, questiona-se, cada vez mais, se a responsabilidade civil seria o caminho mais eficiente de salvaguardar contra os efeitos dessas novas tecnologias que implicam, muitas vezes, em riscos imprevisíveis com potencial de afetar, até mesmo, gerações futuras.

Nesse contexto, contribuindo para o enfrentamento dos desafios da responsabilidade civil destaca-se, como de extrema relevância o princípio da precaução. Garante-se, desse modo, o gerenciamento do estado de incerteza quanto ao risco e determina-se medida proativa no sentido de anteceder o dano.

A precária abordagem da função precaucional ora vigente face aos riscos potenciais impostos pelas avançadas técnicas de manipulação genética, torna essencial a discussão ampliada desse tema o que implica na necessidade de conceber estratégias de enfrentamento dos desafios da responsabilidade civil frente aos “novos riscos”.

Reforça-se, pois, a necessidade de contínuos diálogos interdisciplinares, imprescindíveis no sentido de se ponderar, delinear e estabelecer novos paradigmas objetivando promover as adequações pertinentes. Apesar das limitações até então impostas no âmbito das técnicas de edição genética, não há como negar a perspectiva de superação futura desses desafios, o que, certamente, determinará a indicação preventiva e/ou terapêutica, segura e viável da técnica.

DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS
MENORES POR NEGATIVA DE LOS PADRES
A SU VACUNACIÓN: ¿UN NUEVO CASO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL?

DAMAGE TO THE HEALTH OF MINOR CHILDREN
DUE TO THE PARENT'S REFUSAL TO THEIR
VACCINATION: A NEW CASE OF CIVIL LIABILITY?

JAVIER BARCELÓ DOMENECH

Resumen: Este trabajo analiza si existe responsabilidad civil de los padres por los daños causados a sus hijos como consecuencia de la negativa a vacunarlos.

Palabras-claves: vacunación; responsabilidad civil de los padres; dilemas bioéticos

Abstract: This work analyzes if it exists civil liability of parents for the damage caused to their children as a result of the refusal to vaccinate them

Keywords: vaccination; parents' civil liability; bioethical dilemmas

* Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alicante (España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4031-7427>. E-mail: j.barcelo@ua.es

I. NOTA INTRODUCTORIA. II. EL CASO DE GALICIA: ATRIBUCIÓN A UNO DE LOS PROGENITORES DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS. 1. El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo de 20 de noviembre de 2018. 2. El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 2019. III. POSIBLES ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES. 1. El consentimiento por representación. 2. Situaciones concretas. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA

I. NOTA INTRODUCTORIA

En las últimas décadas, han resurgido¹ con fuerza movimientos contra la vacunación², con especial incidencia en el caso de los hijos menores de edad, que es el ámbito concreto en el cual vamos a plantear este trabajo³.

¹ Desde la introducción de la primera vacuna contra la viruela, siempre ha existido escepticismo y actitudes críticas contra la vacunación; hay movimientos anti-vacunas importantes en Holanda y en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Al respecto, DUBÉ, E. / LABERGE, C. / GUAY, M. / BRADAMAT, P. / ROY, R. / BETTINGER, J.: «Vaccine hesitancy: an overview», *Hum Vaccin Immunother*, 2013 (9), págs. 1763 y ss (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3906279/>).

Desde la óptica actual, las nuevas causas del rechazo a la vacunación parecen vincularse paradójicamente al aumento de la cobertura vacunal y a la reducción de la incidencia de las enfermedades infecciosas, lo que conduce a que disminuya la percepción y la conciencia pública de poder enfermar, así como el hecho de difundir, sobre todo a través de las redes sociales, los efectos adversos de las vacunas, haciendo creer que hay mayor riesgo que beneficio (uno de los casos más conocidos fue la posible asociación entre la vacuna tripe vírica y el autismo).

Sobre la reticencia a la vacunación, como creciente de inquietud en Europa y en todo el mundo, puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Intensificación de la cooperación contra las enfermedades evitables por la vacunación, 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0029>

² En España, hay numerosas páginas en Internet contra la vacunación, describiendo, en particular, las creadas por asociaciones de afectados por las vacunas.

³ Con toda probabilidad, la enfermedad del Covid-19, que exige de manera urgente la producción de una vacuna eficaz, va a tener un efecto directo en términos

La disminución de las tasas de vacunación empieza a preocupar a las autoridades sanitarias⁴, que temen la pérdida de los beneficios de la «inmunidad del grupo» o del también denominado «efecto rebaño» (*herd immunity*)⁵, lo cual significa que aumenta tanto el riesgo individual como el comunitario de padecer una determinada enfermedad⁶, mucho más en un mundo globalizado como el actual, donde se han eliminado las fronteras y hay un flujo constante de bienes y personas, lo que puede desembocar, de manera inesperada, en casos importados de diferentes enfermedades infecciosas.

Durante mucho tiempo, vacunar a los hijos era algo incuestionable y, de hecho, la prevención de las enfermedades de la infancia constituye una de las grandes conquistas de la medicina al finalizar el siglo XX, salvando millones de vidas⁷. Ahora bien, como consecuencia del propio

de una importante pérdida de influencia de estos movimientos contra la vacunación, pues la epidemia de 2020 nos ha hecho recordar, y para mucho tiempo, la importancia que en materia de salud pública tienen las vacunas. A falta de la vacuna, los países se han visto obligados a introducir medidas de contención que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como recomendaciones sobre higiene.

Una reflexión sobre el Covid-19 y la vacunación puede verse en SCHAEFER, F.: «Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social. A possibilidade de responsabilização em caso de recusa à imunização», en *Coronavírus e responsabilidades civil: impactos contractuais e extracontractuais*, coords. ROSENVALD, N. / DO RÊGO MONTEIRO FILHO, C.E. / DENSA, R. / MARTELETO GODINHO, A. / PEREIRA BONNA, A., SP, Brasil, 2020, págs. 417 y ss.

⁴ Sobre las medidas adoptadas por la OMS y la Comisión Europea para afrontar el rechazo a la vacunación, *vid.* HORTAL, M. / DI FABIO, J.L.: «Rechazo y gestión en vacunaciones: sus claroscuros», *Rev Panam Salud Pública* 43, 2019, págs. 1 y ss.

⁵ Está demostrado que la inmunidad comunitaria reduce los riesgos de transmisión de los agentes infecciosos en el ambiente, evitando un nivel alto de cobertura vacunal posibles brotes epidémicos. Al respecto, JIMÉNEZ ALÉS, R. / SÁNCHEZ FUERTES, I.: «Dilemas en la atención a niños cuyas familias rechazan la vacunación», *Rev Pediatr Aten Primaria*, 2018, vol. 20, núm. 77, págs. 83 y ss.

⁶ Se han detectado ya en el territorio español algunos brotes de enfermedades prevenibles por vacunas y su posible relación con la falta de vacunación en algunas zonas, como es el caso del sarampión. Nos remitimos al caso de los 35 niños de Granada, al que nos referiremos más adelante al hablar de la vacunación forzosa en España.

⁷ El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es

éxito de las vacunas, se fue perdiendo en los primeros años del nuevo siglo, muchas veces de manera inadvertida, el temor a las enfermedades infecciosas, generándose, al mismo tiempo, la falsa sensación de que ya no son necesarias las vacunas.

La oposición de los padres a la vacunación causa un conflicto que trasciende el ámbito del ejercicio de la patria potestad, y entra de lleno también en la salud pública, que debe ser protegida como interés colectivo⁸. No solo está en juego la protección de la salud del menor, sino también evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en peligro la salud de los demás. Ocurre, sin embargo, que la vacunación no es obligatoria en España⁹, lo cual nos introduce en un escenario particularmente

un marco que ha sido aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la misión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se dice en él que hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas, añadiendo (pág. 5) que «a lo largo de los últimos decenios, la inmunización ha logrado muchas cosas, incluyendo la erradicación de la viruela, un logro que ha sido llamado uno de los mayores logros de la humanidad. Las vacunas han salvado incontables vidas, han reducido la incidencia mundial de la polio en un 99% y reducido la enfermedad, discapacidad y muerte a causa de la difteria, tétanos, el sarampión, la tosferina, *Haemophilus influenzae* de tipo b y la meningitis meningocócica». El documento del GVAP 2011-2020 se encuentra disponible en https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/DoV_GVAP_2012_2020/es/

⁸ Las vacunas son un claro ejemplo de lo que se ha llamado la doble naturaleza o dimensión de la salud pública. Al amparo de la proclamación del derecho a la salud pública, los ciudadanos son titulares de un derecho de prestación que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengan recomendadas por el calendario vacunal correspondiente y, al mismo tiempo, podría recaer sobre ellos el deber legal de vacunarse en orden a evitar la propagación de una epidemia con detrimento de la salud de la colectividad. Así se señala en *Comité de Bioética de España. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario* (19 de enero de 2016), pág. 12, disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

⁹ La vacunación en España es voluntaria, no incorporando nuestro ordenamiento expresamente el deber de vacunación, por lo que nadie puede ser obligado, en principio, a vacunarse. En coherencia con ese carácter voluntario, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben

complejo, pues permite que se puedan producir situaciones de rechazo de

recibir los niños desde su nacimiento hasta los 16 años, completándose dicho calendario con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias (la llamada vacunación sistemática).

Sin embargo, hay determinadas situaciones (fundamentalmente, en caso de epidemias) que permiten a los poderes públicos imponer la vacunación forzosa. Así, el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, permite declarar el estado de alarma en caso de «crisis sanitarias, tales como las epidemias...» y una vez producida esta situación establece el art. 12.1 que «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...», siendo una de las medidas posibles la vacunación forzosa. En la normativa sanitaria propiamente dicha, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, parte de la regla general de la voluntariedad en la actuaciones de salud pública en el art. 5.2, pero formula como excepción lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyos arts. 2 y 3 sí darían cobertura a la obligatoriedad de vacunarse, al disponer, respectivamente, que «las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» y que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Las medidas tienen que estar fundadas, según previene el art. 1, en razones sanitarias de urgencia o necesidad. En esta Ley 3/1986, basa la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía la solicitud de autorización judicial para proceder, ante la negativa de los padres y como consecuencia de un brote de sarampión, a la vacunación forzosa de 35 niños de un colegio público, con la finalidad de evitar los contagios; el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Granada autorizó la vacunación forzosa mediante Auto de 24 de noviembre de 2010 (ROJ: AJCA 3/2010), siendo ratificada posteriormente dicha resolución por STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Andalucía de 22 de julio de 2013 (ROJ: STSJ AND 8545/2013).

Una vía indirecta, que no es de vacunación obligatoria, pero resulta en la práctica bastante eficaz para lograr la vacunación infantil es la de exigir el cumplimiento del calendario de vacunas de la Comunidad Autónoma para acceder a la guardería o a la escuela. Esta situación ha trascendido ya al plano judicial, que ha validado la decisión de la Administración de exigir como requisito la vacunación del menor al que se pre-

un menor y/o sus padres a las vacunas, y entre los argumentos para adoptar dicha decisión se deslizará con total seguridad el carácter facultativo de la vacunación.

El tema, lo acabamos de decir, es muy complejo. Los estudios¹⁰ realizados revelan que la decisión concreta que adoptan los padres es siempre vista por ellos como la mejor decisión en interés del menor. Así, pueden agruparse en vacunadores, vacunadores selectivos/tardíos y no vacunadores. Los primeros conciben la vacuna como la medida preventiva más importante y más coherente con el ejercicio de la responsabilidad parental; los segundos consideran que proteger es singularizar cada caso, conforme las circunstancias del hijo y del contexto familiar, que habrán de ponderarse a la hora de tomar la decisión; y para los terceros, la vacuna es un riesgo y una amenaza para la salud del hijo.

Un dato para reflexionar es que, a pesar de las diferencias de cada grupo, todos tienen la convicción de que su decisión es la mejor para proteger a sus hijos y está guiada por los deberes de cuidado y asistencia. Otro dato, muy relevante también, es que hay dos grupos para los cuales la autonomía de los padres en las decisiones sobre la salud de sus hijos, incluyendo la vacunación o el rechazo a la misma, debe ser estrictamente

tende matricular. Al respecto, STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de marzo de 2000 (ROJ: STS CAT 4377/2000) y STSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de abril de 2002 (ROJ: STS LR 222/2002) y, más recientemente, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de Barcelona de 28 de diciembre de 2018 (*La Ley* 186901/2018), que inadmite el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la resolución municipal que deniega tramitar la inscripción en una escuela cuna del hijo menor de la actora, que había presentado la cartilla de vacunación en blanco; para el Juzgado, no vulnera la libertad ideológica de la recurrente en cuanto no se le impone la obligación de vacunar a su hijo ni se le pregunta sobre las razones para no hacerlo, añadiendo que el respeto a esa decisión unilateral y libremente adoptada no puede prevalecer sobre el derecho a la salud del resto de niños y familias usuarias de la escuela, que se verían obligados a asumir los riesgos derivados de una opción minoritaria y desaconsejada por las Administraciones Públicas y por los colectivos médicos y científicos.

¹⁰ COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L.: «Cuidar e (naó) vacinar no contexto de famílias de alta renda e escolaridade em São Paulo, SP, Brasil», *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2015, vol.20, n.1, págs. 105 y ss.

respetada, al considerar que el cuidado parental remite al ámbito de lo privado y no debe producirse interferencia alguna de los poderes públicos¹¹. Evidentemente, las perspectivas son muy diferentes cuando las confrontamos con la forma en que interrelacionan entre sí el ejercicio de la patria potestad y la intervención biomédica sobre el menor, sobre todo en aquellos casos en que se niega el consentimiento a una actuación cuya omisión puede generar un grave riesgo, y por ello mismo se descarta la voluntad de los padres, que es la posición que, como vamos a ver, adopta el ordenamiento jurídico español.

II. EL CASO DE GALICIA: ATRIBUCIÓN A UNO DE LOS PROGENITORES DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS.

Nos aproximamos, a partir de ahora y de la mano de un caso real, acaecido en Galicia hace un par de años, a la vacunación infantil desde la perspectiva del ejercicio de la patria potestad, viendo cómo se resuelve la atribución de la facultad de decidir sobre la vacunación de los hijos menores en un caso de desacuerdo (art. 156 C.c.) de los padres, que estaban divorciados. La decisión marca un antecedente importante¹², sobre

¹¹ El rechazo a la vacunación va en contra de las recomendaciones de salud pública. En el contexto actual, con la epidemia de Covid-19, esto ve con claridad, y para los que hayan vivido la situación perdurará durante mucho tiempo la percepción de que la vacuna aporta protección. Pero no por ello hay que dejar de reflexionar sobre los argumentos que manejan los padres no vacunadores, sobre todo pensando en que, una vez superada la epidemia, estos movimientos vuelvan a resurgir con fuerza. En el estudio de COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L.: *op.cit.*, págs. 111 y ss., se citan los siguientes: 1) La enfermedad está eliminada o controlada o es leve; 2) El miedo a los efectos adversos y la falta de confianza en la seguridad de las vacunas; 3) La composición de las vacunas; 4) Es más eficaz y duradera la inmunidad generada por la enfermedad que la generada por la vacuna; 5) La crítica al calendario de vacunación (edad precoz de inicio, elevado número de vacunas, etc.); 6) Condiciones socioeconómicas y estilo de vida que, si son buenos, hacen prescindibles las vacunas; 7) Ganancias e interés comercial de la industria farmacéutica.

¹² Hemos seleccionado el caso de Galicia, aunque no es el único, pues hay otros en los que también se decide atribuir la facultad de decidir sobre la vacunación a uno de

los progenitores, una vez constatado el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2018 (ROJ: AAP B 6504/2018), se acuerda atribuir al padre la facultad de decidir en relación a la administración de la vacuna VPH a la menor, habiéndose opuesto la madre por considerar que habían surgido casos de efectos secundarios adversos (concretamente, afirmaba la existencia de dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral). La Sala, confirmando el pronunciamiento de primera instancia, señala que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor, siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, «no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios».

Otro caso es el del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de abril de 2019 (ROJ: AAP Z 744/2019), que atribuye la facultad de decidir a la madre. El menor, de siete años de edad, ya escolarizado, no había recibido desde su nacimiento ninguna de las vacunas médicamente recomendadas. La Sala, confirmando la resolución de primera instancia, señala que la situación entraña un «verdadero riesgo» tanto para el menor como para sus compañeros, no existiendo contraindicación médica alguna respecto a su vacunación.

Hay otra referencia jurisprudencial, pero en lugar de atribuir la facultad de decidir a uno de los padres lo que se está solicitando es autorización judicial para proceder a la vacunación de dos menores, que se da, conforme habían interesado el padre y el Ministerio Fiscal, mientras que la madre se oponía. Nos referimos al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2019 (ROJ: AAP B 137/2019). En interés de los menores, la Sala confirma el Auto apelado, señalando que «es cierto que en España las vacunas no son obligatorias pero, como norma general, cuando se introduce una vacuna en el calendario oficial infantil es porque la comunidad médica ha valorado la existencia de un problema de salud pública que exige adoptar medidas de protección», añadiendo que «entendemos que la vacunación es un derecho sanitario básico y, aunque como todo acto médico tiene un riesgo, cumple una importante y doble función. De prevención general en la medida en que es el método más eficaz para controlar el brote de enfermedades o epidemias entre la población e incluso su erradicación, y también de prevención especial en cuanto que son mayores sus beneficios — protección de padecer graves y peligrosas enfermedades — que los riesgos, dada la baja probabilidad de efectos adversos y el hecho de que, de contraer la enfermedad, la consecuencia es muy grave e incluso puede ser letal», concluyendo que «ello es más evidente si cabe en la vacunación infantil —enmarcada en el cuidado médico necesario de los más pequeños— porque lo peligroso no es la infección en sí, sino el estado de vulnerabilidad de los niños cuando las sufren. Cuanto más pequeño es el paciente, más grave es cualquier proceso

todo si nos situamos en el tiempo en que se dicta, con los activistas en contra de la vacunación en un momento de auge. Además, nos permite entrever, más allá de las circunstancias concretas que son objeto de las resoluciones judiciales, otras posibles situaciones: el consentimiento por representación en el ámbito sanitario y las consecuencias que, dentro del campo de la responsabilidad civil, podría tener una decisión de rechazo que pusiese en grave riesgo la vida o salud de los hijos menores y, yendo un poco más lejos, la salud colectiva, por la vía del contagio.

1. El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo de 20 de noviembre de 2018.

El padre solicitó, por la vía de los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹³, que le fuese conferida la facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos menores, de 7 y 11 años, conforme al programa y calendario gallego de vacunación infantil, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo mediante Auto de 20 de noviembre de 2018¹⁴.

Para el Juzgado, la solución que mejor salvaguarda los prioritarios intereses de los menores es la de atribuir al padre la decisión sobre la administración de las vacunas a los hijos, y lo hace a la vista de la comparecencia de ambos progenitores, de las alegaciones vertidas y de los documentos aportados. La madre afirmó no ser «antivacunas», pues admitía la conveniencia de alguna de ellas y recordó, a este respecto, haber vacunado a su hijo mayor después de un accidente, pero relató sus dudas acerca de la seguridad de las vacunas, manifestando que el padre estaba, constante matrimonio, de acuerdo en no vacunar a los hijos, habiendo posteriormente cambiado de opinión. El Juzgado considera que las reticencias manifestadas por la madre no están avaladas por datos científicos

infeccioso y si la población infantil no recibe esa cobertura médica general de forma suficiente las enfermedades objeto de vacuna pueden reaparecer».

¹³ El art. 85 es la disposición común del expediente de intervención judicial en relación con la patria potestad, mientras que el art. 86 trata, en concreto, de la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

¹⁴ *La Ley* 247611/2018.

ni objetivos¹⁵ y atribuye la facultad de decidir al padre, tras invocar el interés de los menores.

2. El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 2019.

Notificada la resolución que acabamos de ver, la madre apeló, alegando que no se había tenido en cuenta el interés superior de los meno-

¹⁵ «El informe vía email del cirujano Dr. Enrique o los comentarios sobre la sentencia del TSJ de Asturias, aportados como documentos 4 y 5, no pueden desvirtuar el criterio de las autoridades sanitarias al aprobar el calendario de vacunación infantil, que efectivamente se somete a continuas modificaciones y que difiere de unas comunidades autónomas a otras, objeción también efectuada por la Sra. Luisa. Pero las variaciones en el calendario de vacunación obedecen a estudios e informes científicos que buscan una mejor protección de la población y no a meras arbitrariedades o errores», añadiendo que «como expresa la Resolución de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección Xeral de Saúde Pública: “Os calendarios de vacunación infantil son unha das medidas de probada efectividade no control das enfermidades transmisibles e os programas de vacunación, que facilitan que as vacinas se utilicen da maneira máis eficiente posible dentro de un punto poboacional, achegaron unha das principais contribucións ao benestar dos cidadáns, reducindo a incidencia das enfermidades fronte ás cales protexen así como a mortalidades asociada a eles”», para concluir que «por último, señalar que la falta de vacunación de los menores podría también ocasionar a los menores el perjuicio de que se les impide acceder a centros de enseñanza o instituciones deportivas. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 28 de marzo de 2000, sobre impugnación de la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) dejando sin efecto la matrícula de una menor en una Escola Bressol vinculada a la UAB por la negativa de los padres a que se le inoculara cualquier tipo de vacuna, entendió que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación; en igual sentido resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala Contencioso Administrativo en Sentencia de 2 de abril de 2002, sobre la impugnación de la Resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión. En ambos supuestos, si bien no se puede imponer la vacunación al menor cuyos padres no prestaron su autorización, se declaraba ajustado a Derecho no permitir la incorporación del menor no vacunado a la actividad educativa».

res, que ambos progenitores adoptaron de mutuo acuerdo la decisión de no vacunar a sus hijos y que la vacunación es voluntaria en España.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, mediante Auto de 22 de julio de 2019¹⁶, viene a confirmar la decisión de primera instancia, con una fundamentación mucho más amplia, aun cuando vuelve a reiterar como base del fallo el superior interés de los menores. Pasamos a ver los argumentos manejados por la Audiencia.

Empieza recordando la Sala que nos encontramos ante una materia en la que es criterio primordial el interés superior del hijo, debiendo indagarse lo que le resultará más beneficioso, no solo a corto plazo, sino en el futuro, con base en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Tras reconocer que la vacunación de los menores es una cuestión controvertida en los últimos tiempos y que la discrepancia entre los padres es la que lleva al presente procedimiento judicial¹⁷, el Auto se ampara en los criterios de la Organización Mundial de la Salud a favor de la vacunación¹⁸, concluyendo que «lo expresado lleva a enunciar que no

¹⁶ ROJ: AAP PO 1118/2019.

¹⁷ «No se discute el derecho de los progenitores a defender las creencias que estimen oportunas o el sistema de educación y vida de sus hijos que consideren más adecuados, pero siempre que no resulta perjudicial para los mismos. En el tema de la vacunación de los menores nos encontramos ante una cuestión que está resultando controvertida últimamente. Ciertamente en España no existe la obligación de vacunar, sí hay un calendario de vacunación que puede variar de una comunidad autónoma a otra y que es una simple recomendación, por lo que la decisión final sobre si vacunar o no a los hijos corresponde a sus padres, pero en este caso se plantea la discrepancia sobre esta cuestión entre ambos progenitores — aun cuando inicialmente la misma pudiera no haber existido — lo que llega al planteamiento del presente procedimiento judicial».

¹⁸ «En materia de vacunación la OMS — según se plasma en el apartado “Preguntas y respuestas sobre inmunización y seguridad de las vacunas” de su página web — declara que “Las vacunas son seguras. Todas las vacunas aprobadas son sometidas a pruebas rigurosas a lo largo de las diferentes fases de los ensayos clínicos, y siguen siendo evaluadas regularmente una vez comercializadas. Los científicos también siguen constantemente la información procedente de diferentes fuentes en busca de indicios de que una vacuna pueda tener efectos adversos. La mayoría de las reacciones a las vacunas son leves y temporales, tales como el dolor en el lugar de la inyección o la febrícula. Los raros efectos colaterales graves notificados son

solo no se ha acreditado desde el punto de vista médico que las vacunas causen perjuicio para la salud, sino que, por el contrario, la mayoría de los estudios científicos sobre la materia llevan a concluir que los beneficios de las vacunas son innegables tanto a nivel individual como poblacional, por lo que debemos concluir que el acuerdo adoptado en la instancia toma en consideración el superior interés de los menores, lo que nos lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar dicha resolución».

III. POSIBLES ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES.

1. El consentimiento por representación.

En realidad, la capacidad de decisión de los padres para el rechazo a la vacunación queda muy matizada, si entramos en el examen de la regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia

investigados inmediatamente”. Se afirma también que “Es mucho más fácil padecer lesiones graves por enfermedad prevenible mediante vacunación que por vacuna”, añadiendo que «de hecho la OMS publica una serie de documentos de posición en los que hace recomendaciones mundiales sobre las vacunas y la inmunización contra enfermedades que tienen repercusiones internacionales en la salud pública. Estos documentos siguen las recomendaciones del grupo de Expertos de la OMS en Asesoramiento Estratégico (SAGE) en materia de inmunización», y concluyendo que «en materia de Inmunización, Vacunas y Productos Biológicos la OMS aprobó un Plan de acción mundial sobre vacunas 2011-2020. El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es un marco que ha sido aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la visión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se señala en el plan que la misión indicada en el GVAP es sencilla: Mejorar la salud mediante la ampliación más allá de 2020 de todos los beneficios de la inmunización a todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, quienes son o dónde viven. La OMS llega a dicha conclusión al declarar que “Hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas”».

de información y documentación clínica¹⁹. Estamos dando un paso más respecto a la situación planteada en el caso de Galicia, por seguir con el ejemplo que nos sirve de desarrollo del tema, pues ya estaríamos ante un escenario de rechazo de un tratamiento, concretamente la vacunación de los hijos, siendo tal decisión adoptada por los dos progenitores y dentro del ámbito sanitario.

Tratándose de dos menores, de 7 y 11 años, se aplicaría el consentimiento por representación, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.3 c) LAP: «Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁰». Es decir, deciden los padres, pero los dos hijos menores deben ser oídos y escuchados en los términos del art. 9 LAP, en particular cuando prescribe en el número 2 que «se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos»²¹. Es cierto que, dada la edad de los menores (ninguno tiene 12 años), no

¹⁹ En adelante, LAP.

²⁰ En adelante, LOPJM.

²¹ Como ha señalado ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Pamplona, 2018, pág. 47, el art. 9.3 c) LAP establece con relación a los menores por debajo de 16 años atender a un criterio subjetivo de madurez para determinar si estos pueden o no prestar por sí solos el consentimiento a un determinado tratamiento médico, atendidas la trascendencia, efectos y riesgos de dicho tratamiento, así como las circunstancias del propio menor. En el caso de que no se le reconozca dicha capacidad, el consentimiento se prestará por los representantes legales, debiendo escucharse la opinión del menor desde que tenga suficiente madurez para ello (y siempre a partir de los 12 años), teniéndose en cuenta dicha opinión en la decisión que se adopte, conforme a su edad y madurez.

puede aplicarse la presunción, pero nada impide que se valore su madurez para ejercitar el derecho a ser oído y escuchado²².

De suma importancia, para el caso concreto que estamos analizando, es la previsión del art. 9.6 LAP, conforme al cual «en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal ... en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

A la vista de este art. 9.6 LAP, resulta difícil pensar en la hipótesis en que se lleve a efecto el rechazo a la vacunación cuando sea beneficiosa para el menor, porque el sistema prevé mecanismos para que pueda hacerse a pesar de la oposición del representante legal. El asunto se judicializa y, como demuestra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2019²³, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación, y queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de proceder a la vacunación. Llegamos, pues, a la conclusión de

²² Es lo que podría ocurrir con el hijo que tiene 11 años. Aunque el art. 9.2 LO-PJM presume la madurez a los 12 años, ello no implica que, por debajo de esa edad, se le pueda oír y escuchar si se considera que tiene madurez. Lógicamente, debe también el menor recibir información adaptada a sus capacidades de comprensión.

²³ ROJ: AAP B 137/2019. Como ya hemos visto, se autoriza judicialmente la vacunación de dos menores, con todas las vacunas recomendadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, conforme habían interesado el padre y el Ministerio Fiscal, frente al criterio de la madre, que pedía que se autorizasen solamente con previo análisis de los anticuerpos y si la analítica de recuento es negativa, en cuyo caso autorizaría la triple vírica y a partir de los 10 años y previo recuento las restantes.

que el inicial espacio para la autonomía de los padres se reduce²⁴ en la práctica por razón de la defensa del interés del menor (que se identifica con los bienes relativos a la vida y a la salud), pues el centro de decisión se traslada al ámbito judicial e incluso, en caso de urgencia, se resuelve dentro del sistema sanitario.

Además, y en clara relación con la medida del art. 9.6 LAP, el art. 17.10 LOPJM recoge como situación de riesgo, que habilita la intervención de la Administración Pública, «la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor», añadiendo que «en tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor».

Por tanto, los casos de rechazo a la vacunación pueden tener también la calificación de situación de riesgo, lo que implica la necesaria intervención de las autoridades sanitarias. Esta es la principal novedad de la última reforma de la LOPJM, pues el recurso a la autoridad judicial ya estaba previsto en el art. 9.6 LAP, que incluso va más allá al dispensarlo en las situaciones de urgencia, en que se da el protagonismo de la decisión al profesional sanitario.

Las limitaciones de las facultades de los padres son evidentes, a la vista de la regulación tanto del art. 9 LAP como del art. 17 LOPJM. Se ve claramente cómo la intervención de los poderes públicos matiza la capacidad de decisión de los padres respecto a la salud de sus hijos. No hay reglas específicas en torno a la vacunación, por lo que deberá valorarse la aplicación de estas reglas generales al caso concreto que pueda plantearse. Fuera de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Mate-

²⁴ Se reduce, pero no desaparece totalmente, porque seguiría existiendo la posibilidad de que los progenitores puedan acudir a la autoridad judicial cuando no estuvieran de acuerdo con esta solución. Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: *op.cit.*, pág. 60, aun cuando el art. 9.6 LAP no lo prevea expresamente, sigue siendo posible que el representante legal acuda al Juez cuando la medida que se quiere implantar (y cuya omisión podría poner en riesgo la vida o salud del paciente) no se considere la más acorde con dicho interés.

ria de Salud Pública, que permite, por razones sanitarias de urgencia o necesidad, la vacunación forzosa en determinados casos bastante extraordinarios (entre otros, epidemia o brote epidémico)²⁵, la vacunación obligatoria del menor vendrá justificada conforme a lo previsto en la LAP, a partir de constatar que el rechazo a la vacunación supone un grave riesgo para la vida o salud del menor.

2. Situaciones concretas.

Un hijo menor de edad que sufre daños en su salud como consecuencia de la negativa de los padres a ser vacunado, ¿puede demandarles en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil?²⁶ En un plano puramente teórico, cabe afirmar que tal demanda es posible²⁷, sobre todo cuando el menor no ha formado parte del proceso de decisión, pues, lógicamente, otra cosa sería que la decisión sobre la vacunación estuviese, por razones de madurez, dentro de la autonomía del menor en el ámbito sanitario. Si vamos al plano práctico, las cosas cambian, porque razones de carácter estrictamente patrimonial nos pueden hacer ver la nula utilidad de presentar la demanda, al margen de los problemas que puede plantear el corto plazo de prescripción de la acción. En realidad, pisamos un terreno sin explorar, sin decisiones judiciales que nos ayuden a situar las cosas en su justa medida.

Otra situación posible sería la de una demanda de uno de los progenitores contra el otro que tenía atribuida la decisión sobre la vacunación y optó por no vacunar, causando daño al hijo. Normalmente estaremos

²⁵ Nos remitimos a lo visto en la nota 8.

²⁶ Formulamos la pregunta desde la óptica del ilícito civil, pero no cabe duda que el incumplimiento del deber que tienen los padres de cuidar la salud de sus hijos (y, por ello, garantizarles que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria), puede también determinar, si es de mayor gravedad, la existencia de infracción penal.

²⁷ Si la demanda se dirige contra los dos padres, siendo todavía menor el demandante, habría que proceder al nombramiento de un defensor judicial. Al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2012, pág. 288.

ante padres que viven separados. El art. 156.III C.c. permite pensar en diferentes supuestos: «En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años». El progenitor que no ha causado el daño estaría ejerciendo la acción en representación del hijo menor que sufrió el daño. Conviene matizar, para no confundir los casos, que fuera del art. 156.III C.c. (atribución de la facultad de vacunar a uno solo de los progenitores), la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no excluye al otro de la decisión sobre la vacunación, debiendo prestar ambos el consentimiento.

En cualquiera de las dos hipótesis acabadas de ver, nos enfrentamos ante un problema de entidad, que no es otro que el margen de decisión concedido a los padres en un sistema en que la vacunación es voluntaria y no obligatoria. Si las cosas discurren correctamente dentro de los cauces del art. 9 LAP, hay mecanismos y recursos suficientes para que se evite el daño al menor, pues frente a decisiones equivocadas del menor y/o sus padres cabe acudir a la autorización judicial o incluso puede valer el criterio del profesional sanitario si hay razones de urgencia que impidan recabar tal autorización y, de hecho, expresamente la ley ampara la actuación del profesional sanitario dentro dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Hay que pensar, por tanto, en que la responsabilidad de los padres surge en circunstancias alejadas de una intervención médica y, consecuentemente, de la regulación del consentimiento de la LAP. Estamos ante un caso en que los hijos no son vacunados por decisión de los padres, al margen de todo control sanitario. Aquí sí podríamos visualizar, con una base sólida, una posible responsabilidad de los padres *ex art.* 1.902 C.c., e incluso tal responsabilidad se proyectaría más allá de los hijos, en la medida en que el rechazo a la vacunación es una decisión que

puede también afectar a la comunidad en general²⁸, siendo igualmente de aplicación el art. 1.902 C.c. para este daño causado a terceros distintos de los hijos. Los hijos o los terceros, que sufren daños en su salud, pueden accionar contra los padres no vacunadores si logran demostrar el daño, el nexo causal y la actuación culposa o dolosa.

Estamos, en definitiva, ante una hipótesis de responsabilidad de los padres por daños a la salud de sus hijos que merece ser considerada y no hay razón alguna para excluirla si se dan los presupuestos y requisitos del art. 1.902 C.c. Todo dependerá, sin embargo, de la valoración del caso concreto²⁹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA

Es necesario promover un debate serio sobre este problema de salud pública que representa el rechazo a la vacunación. También conviene

²⁸ Habría que probar el nexo causal, lo que no es nada fácil, sobre todo pensando en casos aislados. Otra cosa serían los daños producidos por un número significativo de personas que rechazan la vacunación y hacen que su decisión se convierta en un verdadero problema de salud pública.

²⁹ En este sentido, señala LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *op.cit.*, págs. 247 y ss., que «no siempre es fácil determinar si puede subsistir una responsabilidad de los padres por los daños sufridos por el hijo como consecuencia de la no sujeción a la vacuna; en concreto, podría considerarse legítima la conducta de los padres, con la consiguiente irresponsabilidad, en las hipótesis de rechazo ocasionado por un hecho objetivo que, en el caso particular, hiciera que la vacuna fuera peligrosa para el menor. Pero esta afirmación no justificaría una irresponsabilidad general, sino sólo en ese caso. En el resto habría que comparar la conducta de los progenitores con la del buen padre de familia que, atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, nos obligaría a descender algo más antes de apresurarnos a tomar una decisión en torno a la responsabilidad o irresponsabilidad de los padres. De entrada, si valoramos las circunstancias de lugar y tiempo, parece que en el momento actual un buen padre de familia seguiría las recomendaciones sanitarias y vacunaría al su hijo, máxime si se parte de una familia con un nivel socio educativo medio. Y si se atiende a las circunstancias personales, por ejemplo que el hijo sufriera alguna enfermedad que hiciera más aconsejable aún la vacuna, con más motivo los padres tendrían que responder en el caso de que el hijo les reclamara el resarcimiento de los daños, pues cualquier padre en esas circunstancias de tiempo, lugar y, sobre todo, personas, debería haber vacunado al menor».

analizar si contamos con una adecuada legislación, siendo fundamental, para dar respuesta correcta, conocer cómo se desarrolla en la práctica el importante papel que la LAP atribuye al profesional sanitario en estos casos jurídicamente complejos y acompañados de un fuerte componente emocional.

No puede caer en el olvido la influencia decisiva de la profesión médica y, más en particular, del pediatra, porque debe desplegar una importante función de información sobre las ventajas ofrecidas por las vacunas.

En un sistema de vacunación facultativa como el español, cobra especial relevancia toda acción basada en la educación y en la formación, para hacer frente a los discursos de los activistas en contra de las vacunas, que siempre han sido seductores. Aunque parezca que su influencia disminuye por efecto de la emergencia sanitaria del Covid-19, debemos seguir insistiendo en lo que hoy por hoy se considera recomendable, que es la vacunación. La negativa de los padres a la vacunación de los hijos plantea un conflicto de derechos: el de los padres a la crianza de sus hijos según sus opiniones, creencias y valores, y del hijo (y el de la sociedad en general) a la protección de salud. Entre la autonomía de los padres y el interés superior del menor, ligado a su vida y salud, hay que inclinar la balanza a favor de este último, teniendo, además, en cuenta que no solo se protege el interés individual, sino también el colectivo o comunitario, en una secuencia de este tipo: una bajada en las tasas de vacunación puede derivar en un brote y este a su vez en una epidemia. No parece cuestionable cuál es la primacía de valores y derechos en este conflicto; el art. 154.II C.c., dentro de las disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales, deja muy clara la solución: «La patria potestad, como responsabilidad parental, de ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental». Se puede considerar que cualquier forma de medicina preventiva, como lo es la vacuna, está dentro del ejercicio de la patria potestad en el mejor interés de los hijos.

Más allá de aplicar el art. 1.902 C.c. cuando el daño ya se producido, que sería la solución tradicional, en la línea con la función resarcitoria típica de la responsabilidad civil, convendría explorar otra posibilidad, la de la tutela civil inhibitoria, tema este que puede tener un campo de desarrollo en los casos de no vacunación de los hijos.

Nos encontramos, repito una vez más, fuera de los cauces de la LAP y de un tratamiento médico en curso en el que los padres se niegan a vacu-

nar y el asunto acaba teniendo solución en vía judicial o en la decisión del profesional sanitario si hay razones de urgencia.

A nuestro juicio, cabe plantear este otro escenario, poco explorado en España³⁰ en el que podría hacerse uso de la tutela inhibitoria ante la inminencia del daño que va a ser causado. Podría aplicarse este instrumento preventivo ante un daño amenazante, protegiendo así el derecho a la salud del menor y de la población en general³¹. Habría finalmente también una decisión judicial, pero instada fuera de los cauces de la LAP.

³⁰ Con alguna notable excepción, como la de LLAMAS POMBO, E.: «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2007, págs. 445 y ss.

³¹ Define LLAMAS POMBO, E.: *op.cit.*, pág. 469, la tutela inhibitoria como «una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado».

REVISITANDO AS ACÇÕES DE “WRONGFUL LIFE”: PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E “SELECTING FOR DISABILITY” — PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS

LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO

Resumo: O presente artigo versa sobre as acções de responsabilidade civil por *wrongful life* e, em concreto, por *wrongful disability*, no âmbito do direito de autodeterminação reprodutiva em sede de Procriação Medicamente Assistida e Diagnóstico Genético Pré-Implantação.

Palavras-Chave: Procriação Medicamente Assistida; Diagnóstico Genético Pré-Implantação; Escolhas Parentais; Problema da *Não Identidade*; *Wrongful Life*; *Wrongful Disability*; Responsabilidade Civil.

Abstract: This article deals with *wrongful life* and, in particular, *wrongful disability* tort liability actions, within the right of reproductive self-determination in terms of Assisted Reproductive Technology and Preimplantation Genetic Diagnosis.

Keywords: Medically Assisted Reproduction; Preimplantation Genetic Diagnosis, Reproductive Self-Determination; Parental Choice; Non-Identity Problem; Wrongful Life; Wrongful Disability; Tort Liability.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Investigador do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Enquadramento Temático e Regulação Legal

O escopo central que subjaz ao Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI), supondo a identificação e selecção de embriões não portadores de anomalia genética antes da sua implantação para o útero da mulher, está, à partida, confinado a casais com história familiar de doenças genéticas graves passíveis de ser transmitidas à descendência, *v.g.*, sendo portadores sintomáticos ou assintomáticos, ou, ainda, quando tenham conhecido anteriores interrupções de gravidez por motivos fetopáticos ou perdas fetais consecutivas, podendo estar, assim, inseridos num quadro de infertilidade ou de impossibilidade de procriação de modo natural¹.

Importa, por isso, deixar, a título introdutório, uma referência a *Sharon Duchesneau e Candy McCullough*, um casal Americano, do sexo feminino, com surdez, que gerou alguma surpresa na comunidade científica e mesmo no domínio da bioética, quando, após recusa dos bancos de gâmetas, recorreu à doação de esperma de um amigo, com cinco gerações de surdez na sua família, por forma a potenciar o nascimento de uma criança surda, que veio, efectivamente, a nascer em Abril de 2002².

O caso indicado foi paradigmático, pois, embora não tenha havido qualquer recurso a testes genéticos ou de DGPI, a realidade é que levantou questões prementes, sobretudo quanto à legitimidade e interesse dos pais em escolher que um filho nasça com determinadas deficiências e se tal, em certa medida, não poderá ser gerador de danos à criança, que possam, inclusive, determinar o apuramento de responsabilidade civil.

Temos, porém, que a circunstância em apreço se afigura pouco plausível de suceder em DGPI, não apenas porque o intento dos pais que dele se socorrem é o de, regra geral, e quanto muito, prevenir o nascimento de uma criança com deficiências e não o inverso, mas também, porque as

¹ Cfr. KAREN SERMON, ANDRÉ VAN STEIRTEGHEM, INGE LIEB-AERS, *Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *The Lancet*, Vol. 363, n.º 9421, 2004, págs. 1633 a 1641; V., também, JOYCE C. HARPER, *Introduction to Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Preimplantation Genetic Diagnosis*, (Coordenação de Joyce C. Harper), 2ª Edição, Cambridge University Press, 2009, págs. 1 a 47.

² Cfr. STEPHEN WILKINSON, *Choosing Tomorrow's Children, The Ethics of Selective Reproduction*, Clarendon Press, Oxford University, 2010, págs. 57 e 58.

disposições legais que regulam o DGPI se apresentam tendencialmente rígidas e, como tal, circunscritas às suas finalidades típicas, pelo que só por eventual negligência no procedimento selectivo é que poderia nascer uma criança com anomalias que, desde logo, se pretendiam evitar.

Com efeito, as expressões “*selecting for disability*” ou “*design for disability*”, apesar de não terem, em rigor, qualquer significado prático em Portugal, nos contornos, assim, definidos pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, e pela *ratio* que preside ao DGPI, merecem, todavia, ser objecto de análise em relação ao Reino Unido, que, por sua vez, dispõe de regulamentação específica sobre a referida matéria³.

De facto, a este respeito, o Human Fertilisation and Embriology Act (HFE Act) de 1990, revisto em 2008, dita, na Secção 13 (9), que, “Persons or embryos that are known to have a gene, chromosome or mitochondrion abnormality involving a significant risk that a person with the abnormality will have or develop (a) a serious physical or mental disability, (b) a serious illness, or (c) any other serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to have such an abnormality.”, podendo destacar-se, aqui, dois apontamentos distintos.

Por um lado, no que concerne à doação de gâmetas, quando se saiba que um dador é portador de anomalia genética, cromossómica ou mito-

³ Cfr. Art.º 28.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “1 — O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º 2 — É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA. 3 — É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. (...)”; Art.º 29.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “1 — O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência. 2 — As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.”.

condrial em que exista um risco significativo de que tal seja transmitido à descendência, e aí passível de desencadear patologia, física ou mental, ou condição médica *graves*, não poderá ser *preferido* relativamente a outros, que se desconheça possuírem qualquer uma daquelas alterações. Doutro passo, em específico no caso do DGPI, se, no processo selectivo, for do conhecimento que um embrião seja portador de anomalia genética, cromossómica ou mitocondrial, cuja respectiva transferência determinará o nascimento de uma criança com patologia, deficiência ou condição médica *graves*, mesmo de desenvolvimento tardio, que não seja *preferido* em detrimento dos restantes, em relação aos quais, não se tenham identificado as ditas alterações.

Ora, a conclusão que, de imediato, se retira da disposição acima destacada é que não existe um *impedimento expreso* quanto à doação de gâmetas anómalos ou à transferência de embriões anómalos, apenas se destacando que, sempre que tal situação seja *conhecida*, os mesmos não devem ser *preferidos* em relação aos demais, que, portanto, se supõem *saudáveis*.

E tal formulação, na verdade, parece vedar os casos de “*selecting for disability*”, já que aí existe, desde logo, uma *intenção deliberada e ciente* em seleccionar aquela concreta anomalia ou deficiência para o futuro filho.

Não obstante, segundo Emily Jackson, ficam em aberto específicas situações, como, por exemplo, aquelas em que, de entre todos os embriões objecto de análise, entenda-se num ciclo de tratamento regular, os considerados viáveis para transferência sejam portadores de determinada anomalia. Neste contexto, aparentemente, nada impediria que fossem implantados, porquanto não poderia ser aplicado, de facto, o critério da preferência, na medida em que eram *únicos*⁴.

Por outro lado, a autora indica, também, o caso, mais extremo, de uma doente com cancro do ovário que tenha procedido à criopreservação de embriões antes do respectivo tratamento oncológico, que veio a deixá-la infértil. Admitindo que, após análise dos embriões, todos os viáveis para transferência acusassem um tipo de gene que poderia ser responsável pelo

⁴ Ainda assim, nesta situação, salvaguardadas circunstâncias pontuais, mas certamente admissíveis na Procriação Medicamente Assistida (PMA), tangentes, *v.g.*, à saúde da mulher, o casal estaria, em princípio, em condições de optar por não transferir e reiniciar outro ciclo, se fosse do seu intento ter um filho saudável.

aparecimento futuro do seu tipo de cancro, ela não teria oportunidade de escolha senão entre prosseguir com a implantação ou desistir, de todo, de ter filhos (biológicos)⁵.

Finalmente, poder-se-iam ainda mencionar as hipóteses em que seja colocada à decisão do casal a opção entre um embrião, tido como, saudável e um embrião com determinada anomalia, que não seja grave e, destarte, caia fora do *telos* normativo a que preside a Secção 13 (9) acima citada.

Cumpre, todavia, salientar que estas posições, embora passíveis de ser levantadas na teoria, acabam, sempre, por merecer o crivo aferidor de outra disposição do HFE Act, de 1990, revisto em 2008, concretamente na sua Secção 13 (5), que plasma que, “A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth.”, ou seja, uma mulher não deverá beneficiar de nenhum tratamento sem que tenha sido tomado em linha de conta o bem-estar de qualquer criança que venha a nascer em seu resultado — incluindo a necessidade de suporte parental — e de qualquer *outra* criança que possa vir a ser afectada por esse nascimento⁶.

⁵ Cfr. EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010, págs. 804 e 805; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, 5ª Edição, Penguin Books, 2011, pág. 370, apontando algumas lacunas da disposição legal em apreço destaca que, “the Act does not ban implantation of the ‘deaf embryo’ — just that it cannot be selected if there are unaffected embryos created at the same treatment.”.

⁶ Por seu turno, o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 22 de Julho de 1976, que veio estabelecer o regime jurídico de responsabilidade civil por lesões pré-natais, relativamente a crianças nascidas (vivas) com deficiências em virtude de actos (ou circunstâncias) ocorridos em período pré-concepcional, na gravidez ou durante o seu nascimento, substituindo-se, neste terreno, à *Common Law*, compreende, ainda, a Secção 1A (3), aditada pelo *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990, nos termos da qual, os progenitores não terão direito de ver apurada responsabilidade civil pelo nascimento da criança portadora de deficiências, se antes da inseminação ou já da transferência do embrião, um ou ambos os progenitores sabiam do risco da respectiva anomalia congénita, prevenindo-se, aqui, destarte, qualquer possibilidade de *venire contra factum proprium*. Cfr. www.legislation.gov.uk.

2. O Entendimento da Bioética: O “Problema da não Identidade”

As situações que, no geral, configurem, voluntariamente, uma decisão dos futuros progenitores de assumir o risco de vir a ter uma criança portadora de deficiências ou, num sentido mais específico, da *escolha* ou *selecção* de um embrião portador de anomalia genética, têm motivado enormes considerandos, em termos morais e jurídico-filosóficos, quanto às respectivas implicações no bem-estar e qualidade de vida da criança que, assim, venha a nascer com a (s) inerente (s) patologia (s).

A colocação da questão assenta, desde logo, no conceito de “*Harm*” ou “*to Harm*” à criança e, *a latere*, na análise dicotómica de uma vida “*worth living*” e “*not worth living*”, daqui fazendo derivar implicações quanto à conduta (moral) certa ou errada dos progenitores na sua escolha⁷.

Neste permeio, tem sido frequente a remissão para o “*non-identity problem*” ou “*problema da não identidade*”, defendido, em sede distinta, por Derek Parfit, que indicava o exemplo de uma jovem de 14 anos que decide ter uma criança, sendo que a mesma, pela idade precoce da mãe, acaba, assim, por conhecer um início de vida difícil, que, embora possa vir a trazer-lhe repercussões na sua vida futura, esta continuará a ser, previsivelmente, valorosa. De facto, se a mãe esperasse ser adulta, teria uma outra criança,

⁷ Cfr. JOEL FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, New York: Oxford University Press, 1984, *pág.* 33, considera que a noção de “*harm*” surge intrinsecamente associada à violação de interesses de um indivíduo, ou seja, “(...) as the thwarting, setting back, or defeating of an interest.”; JOHN HARRIS, *Wonderwoman and Superman, The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, 1992, *pág.* 88, nota de rodapé 18, “A condition that is harmful (...) is one in which the individual is disabled or suffering in some way or in which his interests or rights are frustrated”; Propomos, neste ensejo, que “*to harm*” e “*harm*” tomem o sentido de *prejudicar* ou, mais restritamente, de *prejuízo*, embora a transposição deste “*prejuízo de interesses*” para um plano de Direito Privado e de responsabilidade civil nem sempre se revela fácil de compatibilizar, em pleno, com a noção de *prejuízo* ou *dano* estabelecido em sede de *consequências jurídicas* de um acto lesivo, ainda que, depois, na prática, as suas implicações tendam, via de regra, a coincidir; V., neste passo último, VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIX, n.º 21, 2010, *pág.* 82, nota de rodapé 72.

diferente, cujos primeiros anos de vida poderiam até revelar-se, comparativamente, mais vantajosos. Em todo o caso, só por si, este contexto não significa que a escolha da mãe tenha sido pior (*worse*), ou prejudicial, para o seu filho apesar deste ter experienciado tais vicissitudes, até porque se não tivesse decidido no sentido acima enunciado, ele não teria *nascido*.

Em acréscimo, destaca, ainda, que, perspectivando-se a seguinte questão, “If someone lives a life that is worth living, is it worse for this person than if he had never existed?”, a resposta deverá, aqui, ser negativa, facto esse que nos permite, assim, inferir, *a contrario*, que, uma vez considerado o pressuposto de que, *rectius*, aquela criança só poderia ter nascido nas ditas circunstâncias, porque senão estaríamos em face de outra, *diferente*, apenas existirá *prejuízo* (*harm*) se a sua vida, da sua própria concepção, se revele de tal forma penosa ou desvaliosa, que seria preferível não ter nascido e, portanto, não ter existido⁸.

Este entendimento foi sendo, progressivamente, alargado por autores como Allen Buchanan, Dan Brock, Norman Daniels e Daniel Wikler, que defendem que, “A life not worth living is not just worse than most peoples’ lives or a life with substantial burdens; it is a life that, from the perspective of the person whose life it is, is so burdensome and/or without compensating benefits as to make death preferable.”. Não obstante, e sob aquilo que designaram por “*N Principle*”, propugnam, que, um passo antes, “Individuals are morally required not to let any child or other dependent person for whose welfare they are responsible experience serious suffering or limited opportunity or serious loss of happiness or good, if they can act so that, without affecting the number of persons who will exist and without imposing substantial burdens or costs or loss of benefits on themselves or others, no child or other dependent person for whose welfare they are responsible will experience serious suffering or limited opportunity or serious loss of happiness or good”, fazendo, assim, entrever-se do seu parecer a conclusão de que, com respeito, *v.g.*,

⁸ Cfr. DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford University, 1984, págs. 358, 359 e ss.; ROSAMUND SCOTT, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, Hart Publishing, 2007, pág. 39, destaca que, “unless the child’s existence is so awful that there are no compensating benefits in being alive (and it therefore has what might be termed a ‘wrongful life’) then on balance its existence is a good for it.”.

aos futuros pais, lhes está, desde logo, incumbido um *dever moral* de prevenir ou evitar o nascimento de uma criança que venha a experienciar sofrimento ou uma vida infeliz⁹.

⁹ In ALLEN BUCHANAN, DAN BROCK, NORMAN DANIELS e DANIEL WIKLER, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, Cambridge University, 2001, págs. 224 e 249; Cfr., ainda, págs. 222 a 257; A posição de Buchanan *et al.*, embora complexa, pode configurar-se em duas situações distintas, no que tange à verificação de *prejuízo* (*harm*) a uma criança portadora de deficiências, nascida por escolha ou decisão dos seus progenitores: De um lado, reconhecem-se as situações de “*wrongful disability*”, nos termos das quais, se, da perspectiva da criança, a sua vida, ainda que com a deficiência, seja valorosa, não será possível identificar qualquer *prejuízo* (*harm*) a si provocado, uma vez que, em face da estrutura lógica que subjaz ao problema da “não identidade”, só poderia ter nascido com as ditas malformações ou, simplesmente, não nascer. Os autores entendem que esta será a conclusão imediata (intuitiva), que, aliás, se extrai a partir daquilo que definiram como “*M Principle*”, o qual reflecte uma abordagem de “*person-affecting*”, ou seja, atendendo àquela específica pessoa (indivíduo), “*distinct individual*”, que venha a experienciar a vida com deficiências, e, em relação à qual, sendo esta última para si “*worth living*”, não poderia ter sido feito mais por ela, nem se poderia exigir alternativa à actuação dos progenitores, salvo impondo ónus ou perdas a si próprios ou a terceiros. Na óptica de Buchanan *et al.*, este “*M Principle*” deixa de fora circunstâncias que tais, onde a actuação dos progenitores pode, no entanto, considerar-se como moralmente errada, devendo, portanto, ser *complementado* pelo citado “*N Principle*”, que espelha uma abordagem “*non-person affecting*”, e que se aplica, por seu turno, a “*classes of all persons who will exist in each of two or more alternative courses of action*”. Destarte, a questão deverá ser prefigurada com respeito a todas as pessoas (indivíduos) que *possam eventualmente* vir a existir, se figure (m), como tal, alternativa (s) na escolha a tomar pelos pais, estabelecendo-se um juízo comparativo entre, de um lado, aquelas que venham a experienciar uma vida mais infeliz ou com menos oportunidades, em virtude de padecerem de deficiências, e, de outro, as que conheçam situação inversa. Ante o exposto, esta perspectiva *impessoal*, que, segundo os autores, não deixa de merecer, *a latere*, um carácter *pessoal*, já que se supõe que a deficiência acaba por ser vivida por uma pessoa, parte do entendimento de que, para um mesmo número (“*same number*”) de diferentes pessoas (“*not the same person*”) que possam vir a nascer, será, moralmente, mais sensato ou preferível aquelas que venham a ter melhores perspectivas de vida.

Noutro passo, Buchanan *et al.* destacam, outrossim, as hipóteses, para eles mais raras, de “*wrongful life*”, certamente acompanhando uma posição de “*person-affecting*”, e que, ao invés das anteriores, correspondem aos casos em que a vida da criança portadora de deficiências se mostra, na sua própria concepção, de tal maneira

No mesmo traçado, Julian Savulescu avança com um *princípio de beneficência procriativa*, “*procreative beneficence*”, que se consubstancia no pressuposto de que “couples (or single reproducers) should select the child, of the possible children they could have, who is expected to have the best life, or at least as good life as the others, based on the relevant, available information”. Destarte, advoga que tal conduta é “morally required” e que, nesse passo, pode supor “moral persuasion”, mas não qualquer

sofrível e penosa, isto é, “*not worth living*”, que seria preferível nunca ter nascido, podendo, então, dizer-se que houve *prejuízo (harm)*.

Importa, desde já, referir que os ensinamentos defendidos pelos autores debruçam-se, *rectius*, em aferir do valor *moral* da conduta dos progenitores quanto às escolhas que possam implicar vir a ter um filho portador de deficiências.

Acontece, porém, que, no terreno da litigância civil, em sede de acções de “*wrongful life*”, que, em nosso entender, são casos *extremos* das apelidadas situações de “*wrongful disability*”, e que, na prática jurídico-processual, tendem, aliás, a absorvê-las, ainda que, atente-se, o problema da não-identidade possa aí não intervir, ou, pelo menos, não de modo directo, o chamado comparativo do *antes* e *depois* do prejuízo ou dano remetem, indefectivelmente, para a “não-existência” e a “vida indevida”, elementos esses, *inter alia*, que indeferem, por completo, a sua viabilidade legal; para mais desenvolvimentos, DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, *ob. cit.*, págs. 360, 361 e ss., que já antes tinha avançado com um conceito de “*Same Number Quality Claim*” ou “*Q*”, que se aproxima daquilo a que Buchanan *et al.* viriam a designar de “*N Principle*”. Nas palavras deste autor, “If in either of two possible outcomes the same number of people would live, it would be worse if those who lived are worse off, or have a lower quality of live, than the those who would have lived”. De todo o modo, Derek Parfit entende que o princípio “*Q*” não resolve, efectivamente, o “*problema da não-identidade*”, porque não abarca situações de “*different numbers of people*”, sugerindo, como tal, a busca por um princípio, nesse ensejo, mais amplo, que denomina de “*Theory X*”; MELINDA A. ROBERTS, *What is The Wrong of Wrongful Disability? From Chance to Choice to Harms to Persons*, in *Law and Philosophy*, Vol. 28, n.º1, Springer, 2009, págs. 6 e ss., que, ao invés de Buchanan *et. al.*, considera que, num cenário de “*wrongful disability*”, a posição de “*person-affecting*” é suficiente para concluir da existência de prejuízo à criança e/ou a outros, como, *v.g.*, os seus irmãos, o qual se apresentará “not in the form of the procreative choice’s *procreative* effect but rather in the form of its many entirely predictable *distributive* effects”. Por conseguinte, não hesita em considerar válidas eventuais acções legais de “*wrongful disability*”; V., ainda, DAN BROCK, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms — The Case of Wrongful Handicaps*, in *Bioethics*, Vol. 9, n.º 3-4, 1995, págs. 269 a 275; ERIC RAKOWSKI, *Who Should Pay for Bad Genes?*, in *California Law Review*, Vol. 90, n.º5, 2002, págs. 1367 a 1414.

tipo de coacção. Por conseguinte, o casal, atento o seu próprio juízo daquilo que sejam as melhores perspectivas de vida, é livre para tomar a decisão no processo selectivo. Finalmente, no caso concreto da surdez, embora extensível às demais deficiências, indica que só poderá considerar-se que a criança foi *prejudicada* (*harm*) pela escolha dos pais, quando aquela se revele de tal modo grave para a sua vida, tornando-a penosa¹⁰.

Colin Gavaghan, por sua vez, refere que o “*problema da não identidade*”, que prefere reconstruir sob o epíteto de “*non-identity principle*” ou “*princípio da não identidade*”, exige que a questão seja colocada de forma bipartida, cabendo, num lado, a vida com a deficiência, e, de outro, a não existência de todo daquela criança, ou seja, o facto determinante a ter em conta é o de que, se um casal decide, voluntariamente, ter um filho portador de específica deficiência, que é, portanto, critério indispensável, se não o fizesse, aquele não chegaria a nascer. De acordo com este raciocínio, refere que o “*princípio da não identidade*” mostra ser desprovido de sentido falar-se de *prejuízo* (*harm*) à criança nas hipóteses em que, “the ‘harmful’ act is an indispensable condition of the child’s coming into existence at all — a so-called ‘genesis act’; and the child has a minimally worthwhile quality of life”, sendo que, “It leaves open, however, the possibility that a child could be harmed by a ‘genesis act’ where that minimal standard of quality of life is not met.”¹¹.

¹⁰ Cfr. JULIAN SAVULESCU, *Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children*, in *Bioethics*, Vol. 15, n.º5-6, 2001, págs. 413 a 426, vislumbrando-se, no princípio defendido pelo autor, traços de uma posição “*non-person affecting*”; Deaf Lesbians, “*Designer Disability*”, and the *Future of Medicine*, in *The British Medical Journal*, Vol. 325, n.º 7367, 2002, págs. 771 a 773.

¹¹ In COLIN GAVAGHAN, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of Selecting The Next Generation*, Biomedical Law and Ethics Library, Series Editor, Sheila A.M. McLean, 2007, pág.76; Cfr., também, págs. 99 e 100, da mesma obra, em que o autor evidencia que a Secção 13 (5) do HFE Act de 1990, revisto em 2008, deverá merecer uma leitura que tome em linha de apontamento o “*princípio da não identidade*”, que se reveste de crucial relevo em fase pré-implantação, já que, certamente, as clínicas e médicos responsáveis pelo tratamento apenas recusarão a transferência de embriões cuja anomalia genética venha, previsivelmente, tornar sofrida a vida da futura criança, a ponto de tornar *preferível*, da sua própria auto-concepção, a não existência à existência.

De facto, vertendo os elementos ora destacados para o terreno concreto do DGPI, temos que a posição doutrinal que subjaz ao “*problema da não identidade*” parte, no geral, do entendimento de que a decisão tomada pelos prospectivos pais em seleccionar um embrião portador de anomalia só poderá constituir um acto lesivo à respectiva criança no pressuposto de que esta venha a ter uma vida de infelicidade e sofrimento dificilmente suportáveis, a ponto de que fosse preferível não ter existido, já que só poderia ter nascido naquelas — específicas — circunstâncias.

Ante o exposto, sem descartar eventuais considerações jurídico-filosóficas que possam ter lugar, entendemos que a aceitação do “*problema da não identidade*”, projectado, depois, tendencialmente, nas demais aceções e soluções defendidas, merece alguma cautela, desde logo, porque lhe está subjacente, ainda que de forma mediata, no âmbito de uma ampla, ou excessiva, autonomia reprodutiva aí conferida aos progenitores, e sob o manto de um dever moral de afiançar as melhores perspectivas de vida aos descendentes, uma certa *permeabilidade* ou *condescendência* para a escolha, aparentemente *isenta*, até certo ponto, de prejuízo (*harm*) à criança, de vir a ter um filho com (determinada) deficiência¹².

¹² Cfr. JULIAN SAVULESCU, *Deaf Lesbians, “Designer Disability”, and the Future of Medicine*, *ob. cit.*, pág. 772, que refere, “But what if a couple has in vitro fertilisation and preimplantation genetic diagnosis and they select a deaf embryo? Have they harmed that child? Is that child worse off than it would otherwise have been (that is, if they had selected a different embryo)? No — another (different) child would have existed. The deaf child is harmed by being selected to exist only if his or her life is so bad it is not worth living. Deafness is not that bad. Because reproductive choices to have a disabled child do not harm the child, couples who select disabled rather than non-disabled offspring should be allowed to make those choices, even though they may be having a child with worse life prospects.”; nesta matéria, SØREN HOLM, *Wrongful Life, The Welfare Principle and The Non-Identity Problem: Some Further Complications*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. McLean), Ashgate, 2006, pág. 419, “Accepting the argument that existence is almost always preferable to non-existence and that a complainant therefore cannot be said to have been harmed by being born in a disabled state (...) It leaves the door wide open for a whole range of harmful reproductive practices.”; K. W. ANSTEY, *Are Attempts to Have Impaired Children Justifiable?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, n.º5, 2002, págs. 286 a 288, que indica, numa posição radical, sob vários argumentos, de carácter ético-social, que não deverá ser permitido aos progenitores realizarem qualquer selecção (diagnósti-

3. A Abordagem da Questão no Âmbito da Responsabilidade Civil

Em nosso parecer, tomando como ponto de partida a função, *supra* enunciada, que, tradicionalmente, se reconhece ao DGPI, não se nos afigura, desde já, válida a pretensão de um casal em socorrer-se do mesmo para promover a selecção de um embrião portador de certa anomalia, sobretudo quando figurem, além desse, outros, tidos como, saudáveis, ou se admita a possibilidade de novo ciclo, operando, portanto, a existência daquela como *pré-requisito* ou *condição* exclusivos para o nascimento da criança.

Doutro passo, já nas circunstâncias em que, *apesar* da presença de anomalia em todos os embriões passíveis de ser seleccionados, a única possibilidade do casal vir a conceber um filho passa justamente por prosseguir com a escolha de um deles, temos que, na verdade, o resultado prático tenderá a ser, *a final*, igual ao anterior, uma vez que nascerá uma criança portadora de deficiências, pelo que, salvaguardadas situações muito próprias, aplicáveis, também, à generalidade do DGPI, de *anomalias não graves*, e mediante análise casuística, não lhes reconhecemos, igualmente, qualquer procedência.

Sucede, porém, que, em qualquer uma das hipóteses, se, uma vez *admitidas* ou *admissíveis* num Ordenamento Jurídico, quer no âmbito da respectiva regulamentação legal, quer pela ausência dela, o facto é que, a menos que exista negligência médica ou laboratorial no processo informativo, os prospectivos pais são devidamente aconselhados a não o fazer, por forma a prevenir-se o nascimento de uma criança portadora de determinada anomalia. E se o fazem, e a criança vem a nascer com a deficiência, nada impede que ela venha a demandar civilmente os pais pelos danos sofridos, num espaço eventualmente aproximado ou compaginável com as chamadas acções de *wrongful life* (vida indevida)¹³.

ca) para *identificar* ou mesmo *excluir* casos de *surdez*; V., também, MARTA NUNES VICENTE, *Wrongful Life Actions: The “Ethical Maze” Between Slippery Slopes and The Non-Identity Problem*, in *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 243 a 255.

¹³ Cumpre, aliás, referir que a expressão “*wrongful life*” surge, em 1963, num litígio dos EUA, *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill.App.2d 240, 190 N.E.2d 849 (App.Ct.), no Tribunal de Apelação de Illinois, reportando-se a um caso de vida insatisfatória

Na concepção mais rigorosa, ou *stricto sensu*, as acções de *wrongful life* são intentadas pela *criança*, em regra, com representação legal da autoridade parental, em virtude de uma falha do dever de informação, por parte dos médicos, clínicas ou laboratórios, acerca dos riscos de anomalia embrionária ou fetal (congénita), que privou a mãe (casal) de tomar uma decisão esclarecida, nomeadamente de não autorizar a implantação do embrião no útero, em DGPI, ou de interromper a gravidez, nos termos legais, em DPN, dando-se, assim, origem a uma “*vida indevida*” de uma criança, que, doutro passo, “*não existiria*”¹⁴.

Em todo o caso, cumpre indicar que tem sucedido, com frequência, incorporarem-se no espaço das acções de *wrongful life* as circunstâncias de Diagnóstico Pré-Natal (DPN) em que a mãe, ou o casal, ainda que devidamente informados, por via de aconselhamento genético, dos riscos de anomalia fetal, decide, por motivos variados, prosseguir com a gravidez, sendo que a criança, uma vez lesada, passa, desta feita, a dirigir a acção *directamente* contra os seus pais¹⁵.

ou (*dissatisfied life*), em que o filho (saudável) intenta uma acção contra o progenitor pelo facto de ter nascido de uma relação ilegítima, facto que o impediu de ter uma vida normal, “to have a legal father, to inherit from his father, to inherit from his paternal ancestors and for being stigmatized as a bastard.”. De todo o modo, apesar de não ter descartado eventuais danos na esfera jurídica do autor, o Tribunal julgou a acção improcedente. Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte I), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º4, Janeiro-Junho, Bilbao, 1996, *pág.* 110, nota de rodapé 13; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro de 2012, *pág.* 77.

¹⁴ Estas acções distinguem-se das de *wrongful birth*, que, mantendo o mesmo quadro conceptual, são, todavia, intentadas pelos *progenitores* contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios.

¹⁵ Cfr. FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não Existência, Direito a não Nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2006, *pág.* 132; MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º11, 2009, *pág.* 119; FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, *págs.* 84 a 113; ALLEN BUCHANAN, DAN BROCK, NORMAN DANIELS e DANIEL WIKLER, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, *ob. cit.*, *pág.* 237, defendem que as acções de “*wrongful life*”, res-

Destarte, também nas situações que ora tratamos, em DGPI, de *selecção de um embrião portador de anomalia*, existe um *esclarecimento prévio* aos progenitores, que, não obstante, decidem avançar na respectiva implantação, assumindo o risco do nascimento de uma criança com deficiência, pelo que o substrato da respectiva acção processual que venha a ter lugar, encontrará, certamente, arrimo nos fundamentos que, em geral, se elencam nas acções — clássicas — de *wrongful life*, podendo, assim, merecer igual designação¹⁶.

Destaque-se, todavia, que a posição doutrinal e jurisprudencial dominante tem caminhado no sentido de rejeitar a viabilidade destas acções, sendo no palco dos pressupostos de responsabilidade civil, entre nós contemplados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, que surgem os principais obstáculos¹⁷.

ervadas, na sua óptica, aos casos de vida “not worth living”, podem, certamente, ser interpeladas contra os pais “if they knew before conception that their child would have such a disease, or knew after conception of the risk or certainty that their fetus did have such a disease, and yet allowed it to come into existence in that condition.”.

¹⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., pág. 63; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 69, que, a este propósito, classifica as acções em que há uma escolha esclarecida por parte dos pais como de “responsabilidad por procreación irresponsable”, considerando que a patologia ou deficiência da criança é causada *mediatamente* pelos progenitores. Defende, igualmente, que o seu enquadramento a aproxima das acções de *wrongful life*.

¹⁷ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, Coimbra Editora, 2002, págs. 377 a 384; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não Existência, Direito a não Nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, ob. cit., págs. 131 a 138; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? — Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite —*, in *Pessoa Humana e Direito*, (Coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinnellato), Almedina, 2009, págs. 260 a 294; *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2006, pág. 91; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, 3ª Edição, Almedina, 2011, págs. 344 e ss.; MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de*

E, neste passo, vislumbram-se, desde logo, acrescidas dificuldades quanto à procedência de acções deste tipo se uma vez aplicadas aos casos de “*wrongful disability*”, aqui, em análise, em que não ocorre violação do consentimento informado, e aconteça serem *permitidos* ou *permissíveis* no plano jurídico-legal, já que entendemos que se manifesta impraticável decantar, em termos rigorosos, a existência de *ilicitude*.

Por outro lado, no que tange ao alegado “*direito a não existir*” ou à “*não existência*”, que surge, invariavelmente, no contexto da petição da

Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 117 a 141; CARLOS ALMEIDA RODRIGUES, *A Problemática Inerente às Wrongful Life Claims — A Sua (Não) Admissibilidade pela Jurisprudência Portuguesa*, in *Lex Medicinæ*, Ano 10, n.º19, 2013, págs. 171 a 188; em Direito Comparado, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 27, 2007, págs. 24 a 29; *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º12, Julho de 2009, págs. 189 e ss.; na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Relator: Pinto Monteiro; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Relator: Rui Vouga; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Relator: Filipe Carço; Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, Relator: Ana Paula Boularot; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Relator: Hélder Roque, in *www.dgsi.pt*; em sentido contrário, favoráveis à viabilidade das acções de “*wrongful life*”, GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2005, págs. 217 e ss.; FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, *ob. cit.*, págs. 96 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. 3, Coimbra Editora, 2007, págs. 915 a 946; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, *ob. cit.*, págs. 91 a 93; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC, Coimbra, 2012, págs. 235 a 248; em Direito Comparado, RICARDO DE ÁNGEL YÁ-GÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte II), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º5, Julho-Dezembro, Bilbao, 1996, págs. 153 a 155; na jurisprudência, Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, de 9 de Maio de 2011, Relator: Joaquim Cruzeiro, Processo n.º 533/97.

criança, não sendo aceite pelo nosso Ordenamento Jurídico, poderia, de igual forma, comprometer a viabilidade indemnizatória no domínio da responsabilidade civil.

Na eventualidade de existir *proibição legal expressa* da selecção de embriões portadores de anomalia (ou anomalia grave), o apuramento da *ilicitude* poderá estar, aparentemente, solucionado, embora, em casos que tais, a acção de responsabilidade civil poderá, outrossim, vir a ser intentada contra o médico que procedeu à implantação *in utero*¹⁸.

De todo o modo, conforme tivemos oportunidade de, noutra sede, nos posicionar, cremos que, no que respeita ao cumprimento dos demais pressupostos de responsabilidade civil, figuram, ainda, vários entraves, designadamente ao nível do apuramento de danos e do cálculo do respectivo *quantum indemnizatório*, factores estes que, no seu todo, condicionam, *ab initio*, a procedência das acções de *wrongful life* e, em concreto, de *wrongful disability*, sob pena de se conferir ao instituto da responsabilidade civil uma função *assistencial* e já não *reparatória*, consagrada nos art.ºs 562.º e 566.º, do Código Civil¹⁹.

¹⁸ Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, pág. 69, nota de rodapé 96, que, referindo o autor Thomas Mannsdorfer, destaca, nesta sede, o caso previsto no art.º 159.º, do Código Penal espanhol, relativo aos delitos de *manipulación genética*, quando os progenitores requeiram ao médico que manipule o genótipo de um “preembrión” por forma a que a futura criança venha a padecer de (determinadas) deficiências.

¹⁹ Cfr. LUÍS DUARTE MANSO, *Da Obrigação de Informar em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação — As Acções de “Wrongful Birth” e “Wrongful Life” e o Instituto da Responsabilidade Civil*, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 4, Almedina, 2016, págs. 129 a 142; ainda, *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal — O Caso das Acções de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18, 2012, págs. 161 a 182; para aprofundamentos em sede de responsabilidade civil, JORGE SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, págs. 349 a 380; *Responsabilidade Delitual. Da Illicitude*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 453 a 481.

4. Notas Finais

Quanto ao tema ora em estudo, entendemos que a *ratio essendi* do problema se encontra, na verdade, um passo atrás do litígio civil, devendo os respectivos Ordenamentos Jurídicos promover um esforço progressivo tendente a implementar a necessária regulamentação jurídica, que, de forma tipificada, vede, na sua completude, que as técnicas de PMA e DGPI sirvam fenómenos de “*selecting for disability*”, os quais, cremos, ultrapassam os limites éticos e jurídicos atendíveis no que concerne à autonomia que cabe aos pais no âmbito da sua liberdade reprodutiva e de planeamento familiar ²⁰.

Bibliografia

- ANSTEY, K. W., *Are Attempts to Have Impaired Children Justifiable?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, n.º5, 2002, págs. 286 a 288.
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999.
- BRAZIER, Margaret, & CAVE, Emma, *Medicine, Patients and The Law*, 5ª Edição, Penguin Books, 2011.
- BROCK, Dan, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms — The Case of Wrongful Handicaps*, in *Bioethics*, Vol. 9, n.º 3-4, 1995, págs. 269 a 275.
- BUCHANAN, Allen, BROCK, Dan, DANIELS, Norman, e WIKLER, Daniel, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, Cambridge University, 2001.

²⁰ Cf. JONATHAN GLOVER, *What Sort of People Should There Be?*, Penguin, 1984, *pág.* 48, indica que, “We already find it difficult to strike a satisfactory balance between protection of children and parental freedom to choose the kind of upbringing their children should have. But it is hard to accept that society should set no limits to the genetic choices parents can make for their children.”; VERA LÚCIA RAPOSO, “*Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião*” — *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4.º, n.º8, 2007, *pág.* 71, refere que, “(...) como os direitos que compõem o poder paternal são na verdade poderes/deveres, teleologicamente vinculados ao bem-estar dos filhos, também esta possibilidade de determinação genética deve estar pré-ordenada ao benefício e bem-estar dos filhos, e não aos caprichos pessoais dos pais.”.

- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, 3ª Edição, Almedina, 2011.
- FEINBERG, Joel, *Harm to Others, The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, New York: Oxford University Press, 1984.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2006.
- *A Própria Vida como Dano? — Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite* —, in *Pessoa Humana e Direito*, (Coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato), Almedina, 2009, págs. 259 a 294.
- GAVAGHAN, Colin, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of Selecting The Next Generation*, Biomedical Law and Ethics Library, Series Editor, Sheila A.M. McLean, 2007.
- GLOVER, Jonathan, *What Sort of People Should There Be?*, Penguin, 1984.
- HARPER, Joyce C., *Introduction to Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Preimplantation Genetic Diagnosis*, (Coordenação de Joyce C. Harper), 2ª Edição, Cambridge University Press, 2009, págs. 1 a 47.
- HARRIS, John, *Wonderwoman and Superman, The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, 1992.
- HOLM, Søren, *Wrongful Life, The Welfare Principle and The Non-Identity Problem: Some Further Complications*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. McLean), Ashgate, 2006, págs. 407 a 419.
- JACKSON, Emily, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010.
- MANSO, Luís Duarte, *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal — O Caso das Acções de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º 18, 2012, págs. 161 a 182.
- *Da Obrigação de Informar em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação — As Acções de “Wrongful Birth” e “Wrongful Life” e o Instituto da Responsabilidade Civil*, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 4, Almedina, 2016, págs. 129 a 142.
- MONTEIRO, António Pinto, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, Coimbra Editora, 2002, págs. 377 a 384.
- MONTEIRO, Fernando Pinto, *“Direito à não Existência, Direito a não Nascer”*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2006, págs. 131 a 138.

- MONTEIRO, Jorge Sinde, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, págs. 349 a 380.
- *Responsabilidade Delitual. Da Illicitude*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 453 a 481.
- MORILLO, Andrea Macía, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 27, 2007, págs. 3 a 37.
- *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º12, Julho de 2009, págs. 167 a 206.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2005.
- PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford University, 1984.
- PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC, Coimbra, 2012.
- PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. 3, Coimbra Editora, 2007, págs. 915 a 946.
- RAKOWSKI, Eric, *Who Should Pay for Bad Genes?*, in *California Law Review*, Vol. 90, n.º 5, 2002, págs. 1345 a 1414.
- RAPOSO, Vera Lúcia, *“Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião” — Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º8, 2007, págs. 59 a 84.
- *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIX, n.º 21, 2010, págs. 61 a 99.
- *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro de 2012, págs. 71 a 125.
- ROBERTS, Melinda A., *What is The Wrong of Wrongful Disability? From Chance to Choice to Harms to Persons*, in *Law and Philosophy*, Vol. 28,

- n.º1, Springer, 2009, págs. 1 a 57.
- RODRIGUES, Carlos Almeida, *A Problemática Inerente às Wrongful Life Claims — A Sua (Não) Admissibilidade pela Jurisprudência Portuguesa, in Lex Medicinæ*, Ano 10, n.º19, 2013, págs. 171 a 188.
- SAVULESCU, Julian, *Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children, in Bioethics*, Vol. 15, n.º5-6, 2001, págs. 413 a 426.
- *Deaf Lesbians, “Designer Disability”, and the Future of Medicine, in The British Medical Journal*, Vol. 325, n.º 7367, 2002, págs. 771 a 773.
- SCOTT, Rosamund, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, Hart Publishing, 2007.
- SERMON, Karen, STEIRTEGHEM, André Van, LIEBAERS, Inge, *Pre-implantation Genetic Diagnosis, in The Lancet*, Vol. 363, n.º 9421, 2004, págs. 1633 a 1641.
- VICENTE, Marta Nunes, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche, in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º11, 2009, págs. 117 a 141.
- *Wrongful Life Actions: The “Ethical Maze” Between Slippery Slopes and The Non-Identity Problem, in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 243 a 255.
- WILKINSON, Stephen, *Choosing Tomorrow’s Children, The Ethics of Selective Reproduction*, Clarendon Press, Oxford University, 2010.
- YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad (Parte I), in Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º4, Janeiro-Junho, Bilbao, 1996, págs. 105 a 117.
- *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad (Parte II), in Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º5, Julho-Dezembro, Bilbao, 1996, págs. 141 a 156.

Sites Consultados:

www.dgsi.pt

www.legislation.gov.uk

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ¹

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA ^{*}

Resumo: No atual contexto da pandemia da Covid-19, a pesquisa clínica envolvendo seres humanos, em especial, a que abrange a atividade de investigação e desenvolvimento de vacinas e que passa por quatro fases, tem papel primordial na promoção da saúde em escala global, trazendo inúmeros benefícios para a coletividade. Mas a que custo? Ao mesmo tempo em que os ensaios clínicos de vacina podem propiciar a proteção do organismo contra doenças, expõe os participantes de pesquisa a diversos riscos e, incertezas, podendo lhes acar-

^{*} Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Advocacia Pública pela PGE-CEPED-UERJ. Especialista em Direito Médico pela Universidade de Coimbra-PT. Professora do Instituto de Direito da PUC-Rio. Membro da Comissão da OAB-RJ de Direito Civil e de Órfãos e Sucessões. Coordenadora Adjunta de Direito Civil da ESA-RJ. Advogada. paula@francesconilemos.com.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5276030017603037>

¹ O artigo está atualizado até o dia 31 de dezembro de 2020.

retar danos incalculáveis, pelo que precisam de proteção. Por isso, a importância do instituto da responsabilidade civil como instrumento mais idôneo a suportar e, gerir os riscos do processo experimental. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro necessário se faz definir os contornos da responsabilidade civil em virtude da inexistência de um regime jurídico próprio previsto em lei, cabendo ao aplicador do direito realizar o processo hermenêutico de forma sistemática à luz da legalidade constitucional.

Palavra-chave: Ensaio clínico; participante de pesquisa; vulnerabilidade; responsabilidade civil.

Abstract: I the current Covid-19 pandemic context, the clinical research, involving human beings, in special the one which comprehends the investigation activity and vaccine development and that goes through four phases, has a main role in global scale health promotion, bringing countless benefits to collectivity. But at what cost? At the same time that clinical trials of vaccine may provide protection to the organism against diseases, they expose participants of research to several risks, uncertainties, may cause them uncalculable damage, for what they need protection. Thus the importance of the institution of the liability as the most suitable instrument to be supported, manage the risk of the experimental process. Therefore, the Brazilian legal system is necessary, if it defines the outlining of liability, due to the non existence of a proper legal regime to carry out the hermeneutic process, in a systematic way, in the light of constitutional legality.

Keywords: Clinical Trial; research participant; vulnerability; liability.

Sumário: 1. Ensaios clínicos de vacina para Covid-19 e os eventos adversos. 2. A regulação, a estrutura e função dos ensaios clínicos no Brasil. 3. O regime jurídico da responsabilidade civil em ensaios clínicos de vacina à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

1. Ensaio Clínicos de Vacina para Covid-19 e os Eventos Adversos

Desde que foi declarado o estado de pandemia do novo coronavírus pela Organização Mundial de Saúde; e decretado no Brasil o estado de calamidade e emergência na saúde pública pela Portaria nº 188 de 03/02/2020 do Ministério da Saúde² e pela Lei nº 13.979/2020, nunca se falou tanto nas mídias e veículos de comunicação ao redor do mundo acerca dos ensaios clínicos.

A busca urgente da cura da Covid-19 virou prioridade global e tem desencadeado diversas pesquisas clínicas para desenvolvimento de novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos. Diversos ensaios clínicos já foram iniciados por entes públicos e privados em toda parte do mundo, porém ainda cercados de incertezas quanto aos seus resultados, eficácia e segurança.

No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA aprovou no ano de 2020 quatro principais estudos clínicos para vacina da Covid-19: i) o primeiro, em 02/06, referente a uma vacina desenvolvida pela Universidade de Oxford, no Reino Unido, e solicitado pela empresa Astrazeneca do Brasil Ltda. para determinar a segurança, a eficácia e a imunogenicidade da vacina ChAdOx1 nCoV-19, denominada AZD1222, dose única, que usa um vetor viral baseado em uma versão enfraquecida do resfriado comum (adenovírus) contendo o material genético da proteína spike Sars-CoV-2. Trata-se de estudo controlado randomizado de fase III em adultos³; ii) o segundo, em 03/07, relativo a vacina, que será feita a partir de cepas inativadas do novo coronavírus, desenvolvida pela empresa Sinovac Research & Development Co., Ltd (Sinovac Biotech Co., Ltd), sediada na China, e em parceria com o Instituto Butantan (SP). O estudo será feito fase III, duplo-cego, randomizado, controlado com placebo, com cerca de 9 mil pessoas no país, em vários estados do Brasil como nos estados de São Paulo, Rio Grande do

² Normas disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 31 dez. 2020.

³ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 10 agosto 2020.

Sul, Minas Gerais e Paraná, além do Distrito Federal com participantes profissionais da saúde.⁴; iii) o terceiro, em 21/07, que envolve o estudo de dois tipos de vacinas para Covid-19, a BNT162b1 e BNT162b2, baseada em ácido ribonucleico (RNA), que codifica um antígeno específico do vírus Sars-CoV-2, e que estão sendo desenvolvidas pelas empresas BioNTech e Pfizer (Wyeth). O estudo é feito nas fases 1/2/3 concomitantemente e utiliza o método controlado com placebo, randomizado, cego para o observador, de determinação de dose, com a previsão de participação de cerca de 29 mil voluntários adultos, sendo 1.000 deles no Brasil, e para estágio 3, distribuídos nos estados de São Paulo e Bahia.⁵; e iv) o quarto, em 18/08, referente ao estudo clínico de uma potencial vacina denominada Ad26.COV2.S, cuja autorização foi solicitada pela Jansen-Cilag (a divisão farmacêutica da Johnson & Johnson). O ensaio clínico trata de estudo fase 3, com utilização de placebo e duplo cego para avaliar a eficácia e a segurança da vacina na prevenção da Covid-19, com a participação de até 60 mil voluntários, sendo sete mil no Brasil, distribuídos em diversas regiões do País (nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Norte), e que receberão uma dose única da vacina ou placebo. O estudo das fases 1/2 com a vacina candidata foi iniciado em julho nos EUA e na Bélgica.^{6 7}

No Brasil, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), órgão independente ligado ao Conselho Nacional de Saúde (CNS), é composta por membros de várias áreas do saber, tanto das Biomédicas, como das Ciências Humanas e Sociais. Entre suas atribuições, é responsável pela aprovação da ética das pesquisas envolvendo seres humanos. Além disso, de forma frequente divulga o número de protocolos de pesquisas científicas relacionadas ao novo coronavírus, sendo que até a data

⁴ Disponível em <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em 10 agosto 2020.

⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 10 agosto 2020.

⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/nota-anvisa-e-astrazeneca-tratam-de-uso-emergencial> Acesso em 31 dez. 2020.

⁷ O acompanhamento do andamento da análise das vacinas no Brasil podem ser feito pelo site: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/andamento-da-analise-das-vacinas-na-anvisa> Acesso 31 dez. 2020.

em que foi finalizado este artigo, foram divulgados 248 estudos experimentais/intervencionais relacionados ao coronavírus e/ou à Covid-19 e 535 estudos observacionais em andamento aprovados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa — Conep; envolvendo 73 instituições proponentes.⁸ Estes estudos iniciados no Brasil envolvem a participação de cerca de 107.424 participantes de ensaios clínicos, sendo 48.074 o total geral de participantes de pesquisa em protocolos relacionados às vacinas, o que por si só já demonstra a importância não só da atividade de pesquisa em si, como da proteção que deve ser dada aos participantes.

No início de setembro de 2020, um alerta quanto aos riscos que as pesquisas clínicas apresentam se revelou na prática com a informação de que um participante do estudo clínico de vacina da Universidade de Oxford e da farmacêutica AstraZeneca contra o coronavírus sofreu evento adverso grave, e que seria um caso de mielite transversa — uma síndrome inflamatória que afeta a medula espinhal e pode ser provocada por vírus (inclusive pelo coronavírus em si), o que deu ensejo à suspensão dos estudos.⁹ No entanto, a pesquisa foi retomada, inclusive no Brasil, após permissão da Anvisa, que avaliou junto a agência reguladora britânica (Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency — MHRA), o Comitê Independente de Segurança do estudo clínico e a empresa patrocinadora do estudo, a AstraZeneca, e concluiu que “a relação benefício/risco se mantém favorável”.¹⁰ Até o momento não foram revelados mais dados acerca dos danos sofridos pelo participante e do nexo de causalidade entre os efeitos e a vacina, o que acaba gerando inseguranças quanto ao processo e a própria confiabilidade na vacina em geral, como bem destacou a microbiologista Nathalia Pasternak, que por outro lado ressaltou que os testes existem justamente para evitar que algo ruim chegue à população.¹¹

⁸ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/images/comissoes/conep/img/boletins/Boletim-EticaemPesquisa-ED53.pdf> Acesso em 31 dez. 2020.

⁹ Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-o-que-a-suspensao-do-estudo-com-a-vacina-de-oxford-significa/> Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 31 dez. 2020.

¹¹ Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/a-hora-da-ciencia/post/teste-clinico-nao-e-frescura.html> Acesso em 31 dez. 2020.

Em 12 de outubro de 2020, o estudo com a vacina contra a Covid-19, desenvolvida pela Johnson & Johnson's, foi pausado devido a uma doença inexplicada em um participante nos Estados Unidos, ocasião em que no Brasil doze voluntários brasileiros, todos do Rio de Janeiro, já haviam participado dos testes (tomando a vacina ou o placebo, uma substância inativa). Em novembro os estudos foram retomados, inclusive com autorização da Anvisa, que avaliou os riscos e os benefícios da pesquisa.¹²

Além do caso acima, em novembro de 2020 foi noticiado que ocorreu evento adverso grave, morte, de um participante de ensaio clínico da vacina CoronaVac, desenvolvido pelo laboratório chinês Sinovac em parceria com o Instituto Butantan, ligado ao governo de São Paulo. Neste sentido, acarretou-se a suspensão temporária do estudo clínico pela Anvisa, sendo ele retomado alguns dias depois.¹³ De acordo com as informações veiculadas, o participante não teria morrido em virtude dos testes.

Em 12 de dezembro de 2020, foi publicado que o Instituto Nacional de Saúde peruano decidiu suspender os ensaios clínicos da vacina desenvolvida pelo laboratório chinês Sinopharm para prevenir a Covid-19, como medida de precaução após terem sido detectados problemas neurológicos em um dos participantes da pesquisa, e que teria causado dificuldades para mexer as pernas, devido a fraqueza. Os sintomas poderiam corresponder a uma complicação conhecida como “Guillain-Barré”¹⁴

Todos esses casos relatados de eventos adversos demonstram de forma exemplificativa que o processo de desenvolvimento científico de vacinas não está alheio a riscos, aos revés, esses são incalculáveis e imprevisíveis e podem causar danos patrimoniais e extrapatrimoniais aos participantes. Por isso, é fundamental um olhar atento de todas as pessoas envolvidas na

¹² Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2020-11/covid-19-retomados-testes-de-vacina-da-johnson-johnson-no-brasil> Acesso em 31 dez. 2020.

¹³ Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2020/11/09/anvisa-suspende-temporariamente-ensaio-clinico-da-coronavac.ghtml>

<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/11/11/anvisa-autoriza-retomada-de-testes-da-coronavac.htm> Acesso em 31 dez. 2020.

¹⁴ Disponível em: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-12-12-Covid-19.-Peru-suspende-ensaios-clinicos-de-vacina-chinesa-apos-problemas-neurologicos>. Acesso em 31 dez. 2020.

pesquisa, como as autoridades, os órgãos competentes para aprovação os profissionais de saúde até mesmo para suspensão do estudo se necessário.

O instituto da responsabilidade civil será o instrumento para defesa do participante da pesquisa, seja na forma preventiva, seja na forma reparatória, e para melhor definir seu papel não há como se afastar da base sólida e dogmática dos ensinamentos de Jorge Sinde Monteiro que atribui a função da responsabilidade civil: a “distribuição dos danos que se produzem no contrato social.”¹⁵

A responsabilidade civil reparatória não elimina, evidentemente, o risco dos ensaios clínicos, e tampouco evita a ocorrência de eventos adversos. No entanto, permite distribuir os prejuízos advindos, facilitando o ressarcimento às vítimas e reduzindo o custo social.

O gerenciamento de riscos, o fornecimento de informações (prevenção e precaução), a imputação da responsabilidade a todos os agentes, e a socialização dos riscos pelo seguro de responsabilidade civil (social, obrigatório e privado) são instrumentos para a efetivação da proteção do participante de pesquisa.

O foco do presente estudo é tratar do regime jurídico da responsabilidade civil em ensaios clínicos no ordenamento jurídico brasileiro, que se difere da responsabilidade civil médica, em razão das peculiaridades de cada atividade e regramentos específicos. E, restringe-se às fases I, II, e III do ensaio clínico, que são prévias à aprovação do uso de vacinas para toda população. Exclui-se, portanto, a análise dos danos decorrentes de vacina já aprovada pelos órgãos competentes.

As pesquisas clínicas em seres humanos, no Brasil, não são reguladas por lei específica,¹⁶ mas por um emaranhado de normas de cunho ético-jurídico-administrativo, o que demanda um estudo sistemático e voltado para tutela dos participantes de pesquisas científicas. Para isso, parte-se do enquadramento jurídico das relações jurídicas decorrentes das pesquisas clínicas, com ênfase na sua estrutura, que contempla os agentes

¹⁵ MONTEIRO, Jorge Sinde. Rudimentos da Responsabilidade Civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I — 2005, p. 349.

¹⁶ Está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7082/2017, que dispõe sobre a pesquisa clínica com seres humanos e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa Clínica com Seres Humanos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125189> Acesso em: 31 dez. 2020.

participantes, o vínculo jurídico estabelecido e a sua função voltada para o desenvolvimento científico, sem se afastar dos cuidados dos participante, a fim de melhor definir o regime jurídico da responsabilidade civil. Tudo de forma a preservar os interesses jurídicos merecedores de tutela dos participantes de pesquisa, que tanto contribuem de forma solidária para o progresso científico e toda a coletividade.

2. A Regulação a Estrutura e Função dos Ensaios Clínicos no Brasil

A pesquisa clínica tem amparo na legalidade constitucional, que concede *status* de direitos e garantias fundamentais à liberdade científica (inciso IX do artigo 5º da CF)¹⁷ e garante a livre iniciativa (art. 1º, IV, e artigo 170 da CF), enquadrando a ciência como atividade individual e de interesse coletivo, e abrindo todo um capítulo autonomizado referente à Ciência, Tecnologia e Inovação (capítulo IV do título VIII — artigos 218 e 219 da CF, Lei nº 10.973/2004), além de conferir direitos e garantias fundamentais aos envolvidos na pesquisa (arts. 1º, III; 5º, II, III e 196).

Se, por um lado, o Estado deve promover a ciência e permitir a liberdade científica, até mesmo pelas vantagens decorrentes do progresso técnico-científico no terreno da biologia e da medicina, por outro lado, deve garantir que esta sirva à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, assegurando os direitos dos sujeitos submetidos às pesquisas e sua dignidade humana, de forma a afastar qualquer invalidez jurídica e preservar a vida.

A lei civil brasileira consagra os direitos de personalidade, que são intransmissíveis e irrenunciáveis (artigo 11 do Código Civil Brasileiro — CCB) e estão diretamente relacionados à participação da pessoa em experimentação, que deve consentir livremente, pois versa sobre o direito à disposição do próprio corpo, em especial os artigos 13 e 15 do CCB.

No Brasil, tem prevalecido a regulação das pesquisas em seres humanos por meio de resoluções, portarias, normas deontológicas e diceológicas.

¹⁷ Guilherme Oliveira trata da liberdade científica em: OLIVEIRA, Guilherme de. Direito Biomédico e Investigação Clínica. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 130, n. 3881, dez 1997, p. 231-239.

cas que impõem aos médicos, pesquisadores e patrocinadores determinadas condutas, direitos e deveres, do ponto de vista ético e administrativo. Essas normas, apesar de não se enquadrarem no conceito de lei *stricto sensu*, gozam de força normativa, legitimando, inclusive, sua punição disciplinar decorrente do poder de polícia administrativa conferido pelo Estado, o que, por sua vez, não afasta as sanções cíveis (responsabilidade civil) e penais (responsabilidade penal),¹⁸ tudo em prol do interesse público e privado. Aplicam-se aos ensaios clínicos as normas emanadas de órgãos independentes, vinculados ao Ministério da Saúde (MS) e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que compõem a administração direta e indireta da União Federal; o Conselho Nacional de Saúde (CNS), instância máxima de deliberação do SUS; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia federal, que edita normas de cunho ético-administrativo-procedimental (Lei nº 9.782/99) e os Conselhos Profissionais, tal como o Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia federal, que orienta a conduta dos médicos que realizam pesquisa.

A Resolução nº 466/2012 do CNS regula as pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil e engloba vários ramos do saber, mas em alguns pontos se refere diretamente à pesquisa biomédica (item III.3, V.1, b). Além dela, há a Resolução nº 251/97 do CNS que é específica para a regulação das pesquisas que envolvem seres humanos com novos fármacos, medicamentos, vacinas e diagnósticos. Ambas preveem vários direitos para os participantes e estabelecem as obrigações aos agentes envolvidos no processo de pesquisa, a saber: o dever de assistência imediata e integral à saúde dos voluntários e o direito à indenização, ao ressarcimento, entre outros. Essa regulação, no entanto, não afasta a leitura à luz da constituição e da lei civil, que protege os direitos da personalidade (art. 11, 13 e 15 do Código Civil), e disciplina o regime da responsabilidade civil (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Da mesma forma, o Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018 do CFM,

¹⁸ A respeito do assunto: PASCHOAL, Janaína Conceição. Experiências com seres humanos: estamos carentes de tutela penal?. *Ciências Penais*, v. 14, p. 207-226, 2011. ALMEIDA, Rosalvo; FIDALGO, Sónia; REIS, Rafael Vale e. Comissões de ética para a saúde. O seu papel no âmbito da Directiva 2001/20/CE. *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa do Direito da Saúde*, ano 1, n.º 1, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004/2005, p. 107-119.

que em seu Capítulo I, inciso XXIV, impõe o dever de respeitar as normas éticas nacionais, bem como proteger a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa, estabelecendo a proibição de algumas condutas que violam a ética em pesquisa e a dignidade da pessoa humana sujeita à pesquisa (artigo 99 a 110).

A incidência das normas nacionais não afastam as internacionais em matéria de pesquisa, destacando os Guias de Boas Práticas, as diretrizes e princípios do Código de Nuremberg, de 1947; as Declarações Universais e os Pactos Internacionais, entre outras.

No entanto, critica-se a fragilidade do marco regulatório da pesquisa em seres humanos no Brasil, ocasionada por diversos motivos, sendo eles: a possibilidade de revogação das normas postas por simples portarias; a dificuldade de obter decisões uniformes por parte dos diversos Comitês de Ética existentes; e a ausência de respostas para questões que transpassam o aspecto ético e adentram na seara jurídica. Por outro lado, em razão do fato de uma disciplina rígida, fechada, confrontar os constantes avanços biotecnológicos na ciência médica que necessita de maior flexibilidade, o enquadramento legislativo da investigação clínica por si só não solucionaria os problemas. Deve haver um equilíbrio entre os avanços da medicina e os interesses individuais dos participantes dos ensaios.

A pesquisa pode ser realizada tanto no âmbito privado como no público, ou por ambos em parceria, mas no presente artigo serão analisados apenas os ensaios clínicos realizados pelas pessoas privadas, tanto os patrocinadores quanto as instituições de pesquisas, pois isso influencia na normativa aplicável.

Independentemente de toda as normas acima mencionadas, se aplicam aos ensaios clínicos os princípios bioéticos da autonomia; da beneficência; da não maleficência; da justiça; da prevalência do interesse do indivíduo sobre os interesses da sociedade e da ciência; da responsabilidade ética; da solidariedade; da prevenção; da precaução; e da proteção. Ademais, há os princípios constitucionais que norteiam as pesquisas em seres humanos e que guardam similitude com os princípios bioéticos: i) o princípio da dignidade da pessoa humana; ii) o princípio da autonomia; iii) o princípio da solidariedade social; iv) o princípio da precaução; v) o princípio da prevenção; vi) o princípio da inalienabilidade do corpo humano; vii) o princípio da responsabilidade; e viii) o princípio da liberdade científica e da livre iniciativa. São os princípios que darão a base protetiva do participante e orientaram os limites e amplitude das pesquisas em seres humanos.

Dos ensaios clínicos nasce uma multiplicidade de situações jurídicas que envolvem diferentes pessoas, naturais ou jurídicas (participantes, agentes de pesquisa — promotor, patrocinador, investigador, instituição de pesquisa), órgãos administrativos, e que integram a grande cadeia decorrente do processo de experimentação. O vínculo estabelecido entre os integrantes dos ensaios clínicos pode influenciar diretamente no instituto da responsabilidade civil. Atualmente, esse mecanismo é uma medida efetiva para propiciar a reparação de eventuais danos sofridos pelos participantes de ensaios clínicos.

A situação jurídica decorrente dos ensaios clínicos deve ser interpretada por seu perfil funcional, considerando o quadro axiológico constitucional.

Os ensaios clínicos, apesar da busca legítima e constitucionalmente assegurada do progresso científico e de todo interesse mercadológico das grandes indústrias farmacêuticas, que movimentam bilhões de dólares e visam cada vez mais o lucro, não podem ser lidos sob o viés patrimonialista no que diz respeito ao participante da pesquisa. Trata-se de situação jurídica existencial atinente aos direitos da personalidade, que possibilita a intervenção no corpo humano, dentro da legalidade constitucional. Isso se verifica tanto para os ensaios clínicos terapêuticos, em que os participantes buscam o tratamento de doenças a que estão acometidos, quanto para os que se submetem à pesquisa por mero altruísmo e solidariedade, chamados ensaios não terapêuticos. O centro de interesse em qualquer tipo de ensaio clínico é, em definitivo, a própria pessoa humana, que se coloca em estado de vulnerabilidade, independente de outras vulnerabilidades secundárias prévias (crianças, idosos, incapazes, pessoas com deficiência, presos, grávidas, etc.).

O principal elo que liga os agentes de pesquisa e legitima o experimento é o termo de consentimento livre e esclarecido, principal instrumento que compõe o protocolo de pesquisa, por meio do qual o participante aceita se submeter ao estudo clínico.

O consentimento é uma autorização, uma declaração unilateral de vontade concedida pelo participante da pesquisa para que o pesquisador realize estudos científicos com a administração de substâncias em seu corpo. A esse ato se aplica o disposto no Código Civil acerca dos

negócios jurídicos,¹⁹ observadas suas peculiaridades em razão de seu caráter existencial e alguns elementos quanto ao conteúdo da informação, voluntariedade e capacidade de consentir do participante,²⁰ necessários para conferir validade à autorização. O consentimento deve se dar de maneira livre, sem qualquer vício e após o participante ser plenamente esclarecido acerca de toda a pesquisa, riscos e benefícios, e até mesmo para o uso de seus dados pessoais e sensíveis (Lei Geral de Proteção de Dados — Lei nº 13709/2018), sob pena de afastar a legitimidade do estudo e dar ensejo à responsabilidade civil dos agentes de pesquisa e agentes de tratamento de dados, inclusive pelos danos morais causados,²¹ entre outras sanções.

Na seara dos direitos da personalidade, a integridade psicofísica, colocada em risco por intervenções no corpo, de cunho médico ou científico, cede ao direito da personalidade, à vida, à liberdade. No que diz respeito à submissão do corpo humano e às pesquisas clínicas, não há certeza quanto aos riscos aos quais a integridade física do participante estará sujeita. Ele pode, portanto, ter sua saúde e vida afetadas. Mas,

¹⁹ Nesse sentido: PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil, 9, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. OLIVEIRA, Guilherme de. Direito Biomédico e Investigação Clínica. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 130, n. 3881, dez 1997, p. 231-239. RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente). Editora: Coimbra Editora, 2001.

²⁰ Cf. VALE, Maria do Carmo Jardim Pereira do. *Ensaio Clínicos em Populações Vulneráveis*. Disponível em: <<http://www.ihmt.unl.pt/docs/Ensaio-Clinicos-em-Populacoes-Vulneraveis.pdf>>

OLIVEIRA, Guilherme; VALE, Maria do Carmo. In: *Consentimento Informado em Menores*. Disponível em: <http://www.ceic.pt/portal/page/portal/CEIC/Documentos/DOCUMENTOS_REFLEXAO/Consent%20Inf%20Menores%20Eu%20e%20GO%20CEIC.pdf>

²¹ Sinde Monteiro trata da violação do direito geral de personalidade do doente, e sua liberdade de determinação caso não observe o consentimento e a configuração de dano moral, o direito e dever de informar ganha relevo. MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Informações ou Recomendações*, Almedina, Coimbra, 1990,, p. 273.

para que ocorra a pesquisa, é necessário que haja autorização para que o pesquisador a realize no participante, o que, por si só, não afasta o dever de indenizar caso o participante sofra danos em decorrência da pesquisa (Res. 466/2012 do CNS e Diretrizes éticas — CIOMS).

Ao pesquisador é atribuída a tarefa de informar, esclarecer ao participante tudo sobre a pesquisa, seus benefícios e riscos, e obter o consentimento, para que este decida se participará voluntariamente; agir com cuidado; adotar medidas imediatas e seguras para garantir a segurança e o bem-estar dos participantes e protegê-los de qualquer risco iminente em caso de eventos adversos graves ocorridos durante a condução do ensaio clínico.

O patrocinador, geralmente, não tem uma relação direta com o participante da pesquisa, e não celebra com ele um negócio jurídico específico, limitando-se a formalizar contratos com as instituições de ensino e os pesquisadores, o que não significa que não exista um vínculo jurídico entre o patrocinador e o participante da pesquisa. O patrocinador controla a experiência, eventuais desvios existentes, avaliando os dados coletados, bem como garante sua guarda e sigilo. Ele financia, realiza as contratações necessárias para viabilizar a pesquisa, a infraestrutura, elege o pesquisador responsável e fornece o produto objeto de teste.

Em regra, as instituições de pesquisa também não celebram negócio jurídico com o participante, mas com o patrocinador e pesquisador, podendo este já figurar no seu quadro de empregados ou prestadores de serviços — se instituição privada — ou servidor público — se instituição pública. No entanto, pode haver uma prestação de serviços por parte da instituição de pesquisa aos participantes, que fornece toda a infraestrutura médico-hospitalar e que deve observar seus direitos e assegurar a qualidade de suas instalações, dos serviços de hotelaria e, quiçá, médicos incluídos, além da proteção dos dados e propiciar acesso aos cuidados de sua saúde. Além disso, pode ter um contrato de prestação de serviços entre a instituição de pesquisa e o participante referente a outros serviços por eles fornecidos, como os médico-hospitalares, que já eram prestados até mesmo antes da pesquisa. Um bom exemplo são os pacientes que já estão internados ou que fazem tratamento ambulatorial e que depois são incluídos no estudo clínico.

Após identificar as situações jurídicas decorrentes dos ensaios clínicos, compreender de que forma os agentes envolvidos no processo de pesquisa se relacionam e o papel exercido por cada um, é possível traçar parâmetros jurídicos que, juntamente com os éticos já existentes, definirão os cânones da responsabilidade civil em sede de ensaios clínicos.

3. O Regime Jurídico da Responsabilidade Civil nos Ensaio Clínicos de Vacina no Ordenamento Brasileiro

A atividade de pesquisa é cercada de riscos que, dependendo do seu nível e potencial, podem impedir sua realização. Contudo, mesmo quando admitida a pesquisa, observados todos os critérios éticos e procedimentais e após ter passado pela ponderação entre os riscos e benefícios envolvidos e pelo filtro dos princípios da prevenção e precaução, os participantes podem sofrer danos, de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial, dano moral, e que devem ser reparados, o que fora relatado nos casos acima noticiados envolvendo ensaios clínicos de vacina para Covid-19. Nesse quadro vários questionamentos podem ser feitos: (i) quais são as normas aplicáveis?; (ii) quem seriam os agentes responsáveis?; (iii) quais são as causas que geram o dever de reparar?; (iv) haveria responsabilidade, já que os riscos são informados ao participante de pesquisa ao conceder o consentimento livre?; e (v) seria possível excluir a responsabilidade em alguma hipótese?.

A definição do regime jurídico da responsabilidade civil incidente em ensaios clínicos no sistema jurídico brasileiro depende, em um primeiro passo, da averiguação quanto à normativa jurídica aplicável: se é o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor; do tipo de risco que envolve a pesquisa clínica e dos perfis de responsabilidade de acordo com os agentes envolvidos: patrocinador, pesquisador responsável e instituição de pesquisa, observado o vínculo com os participantes de pesquisa, o dever de assistência, de indenizar e de ressarcir.

O Código de Defesa do Consumidor se aplica às prestações de serviços e fabricação de produtos inseridos no mercado de consumo, que apresentam caráter econômico e são colocados à disposição de consumidores que utilizam os produtos e serviços como destinatários finais para atender a uma necessidade própria, observados os conceitos de consumidor e fornecedor, cuja abrangência é tratada pelas teorias maximalista, finalista e finalista aprofundada (artigos 2º, 17, 29, 3º, todos do CDC).

A atividade de pesquisa clínica não está inserida no mercado de consumo; cuida-se de fase preliminar, considerando as fases I, II, e III, em que se colocam em teste a eficácia, a tolerância e a segurança de um tratamento farmacológico sobre a pessoa humana. O produto administrado neste momento não é um bem de consumo presente no mercado; ao revés, a autorização de uso é exclusiva para fins de pesquisa, não poden-

do ser empregado fora dos limites do estudo clínico. Não há de se falar, sequer, em cadeia de produção e fornecimento de serviço massificado. Dessa forma, se não há colocação do produto no mercado, afasta-se a responsabilidade civil por fato ou vício do produto prevista nos artigos 12, § 3º, I, e 18 a 20 do CDC.²²

Aplicar-se-á aos ensaios clínicos, portanto, a legislação civil quando as partes envolvidas são da área privada, observando-se as normas de direito público no que diz respeito à regulação da atividade, bem como quando o Estado assumir a promoção da pesquisa (artigo 37, § 6º, da Constituição da República e 43 do Código Civil), o que não será enfrentado no presente artigo.

A conclusão de que o Código Civil se aplica às situações jurídicas em tela não soluciona o problema enfrentado. Impõe-se, ainda, divisar o tipo de responsabilidade civil em sede de pesquisa clínica, o que dependerá de critérios hermenêuticos equacionados em relação ao disposto nos artigos 186, 187, 392, 927, *caput* e parágrafo único, 931, 932, 933, 934, 942, 944, 949, 950 e 951 daquele Código. Nessa direção, há de se avaliar a natureza da atividade desenvolvida, o tipo de risco envolvido e a responsabilidade de cada ator envolvido na pesquisa.

A atividade de pesquisa é organizada, e envolve riscos elevados e incomensuráveis, pelo que se aplica o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Afasta-se o disposto no art. 931 do Código Civil, que também entabula cláusula geral de responsabilidade objetiva, eis que não há produto posto em circulação, pois a substância está em fase de teste, sua farmacêutica e seu acondicionamento são diversos dos colocados no mercado, além de seu uso ser limitado, restrito ao âmbito da pesquisa, acessível apenas às pessoas autorizadas e sem permissão para serem comercializados.

Entre os diversos tipos de riscos jurídicos existentes, como por exemplo: mitigado e integral; proveito e criado; empresa e profissional; peri-

²² A respeito da não aplicação do CDC em estudo clínico de uso de medicamento: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020090346, da 9ª Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Porto Alegre, 26 set. 2007. Em sentido contrário: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047615703, da 10ª Câmara Cível. Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, Porto Alegre, 23 de maio de 2013.

go e administrativo, os ensaios clínicos se inserem na categoria de risco integral, afastando-se do conceito de risco inerente, que excluiria a responsabilidade civil dos danos causados aos participantes e do risco de desenvolvimento.²³

Em se tratando de vacinas, é possível prever duas situações diversas: (i) reações adversas sofridas pelos participantes de pesquisa durante o estudo clínico da vacina em teste (fases I, II, ou III); (ii) reações adversas sofridas pelas pessoas que recebem a vacina já aprovada pela ANVISA, distribuição no mercado de consumo e utilizada em políticas públicas de imunização.

A aplicação de vacina depende da aprovação por parte da ANVISA, nos termos da Lei nº 6.360/76, regulamentada pelo Decreto nº 8.077/2013, e observa o Programa Nacional de Imunizações (PNI) criado pela Lei n.º 6.259/1975, regulamentado pelo Decreto nº 78.231/1976, por iniciativa do Sistema único de Saúde que estabelece ao Ministério da Saúde a competência para elaboração do PNI (Lei n.º 6.259/75, arts. 6º, § 2º, 15 e 16 da Lei nº 8.080/90), incluindo os casos de vacinações obrigatórias (art. 27). No caso de criança e adolescente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 14) estabelece a obrigatoriedade com sanções aplicadas aos pais pelo descumprimento.²⁴ Apesar do movimento hoje existente anti-vacinação, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela obrigatoriedade.²⁵

Por outro lado, já há um movimento de pressão por parte das indústrias farmacêuticas de vacinas contra a Covid-19 junto a União Europeia

²³ No que tange ao risco do desenvolvimento cabe a definição de : BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Eds.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 208-209.

²⁴ SCHAEFER, F. Autoridade Parental e Vacinação Obrigatória. In: Luciana Dadalto; Ana Carolina Brochado Teixeira. (Org.). *Autoridade Parental: Dilemas e Desafios Contemporâneos*. 1ed. Indaiatuba: Foco, 2019, v. 1, p. 245-262.

²⁵ O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.” Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462> Acesso em 31 dez. 2020

para que haja uma isenção de responsabilidade civil para seus membros se as vacinas contra o novo coronavírus, que estão sendo desenvolvidas em tempo recorde, causarem danos.²⁶ No Brasil, o presidente da República questionou cláusula do contrato da Pfizer que diz que o laboratório não se responsabiliza pelos efeitos colaterais da vacina.²⁷ Todavia, não é objeto de análise a responsabilidade civil nessa fase, pois se trata de vacina já testada, aprovada pelos órgãos competentes, mesmo que de forma emergencial,²⁸ distribuída e ministrada em laboratórios, postos de saúde, clínicas, entre outros locais e não as fases I, II, III ora em análise. Nesses casos doutrina²⁹ e jurisprudência³⁰ já têm se posicionado acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil quando da ocorrência de eventos adversos pós-vacinação. Esse tema também pode ser objeto de controvérsias, seja quanto aos agentes responsáveis, pois apesar do envolvimento do Estado, com atuação do SUS em campanhas, e dos outros entes federativos, as vacinas podem ser produzidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado (laboratórios particulares), o que interfere na normativa aplicável (Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor); seja em relação aos eventos adversos passíveis de ressarcimento na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, pois há os previsíveis e imprevisíveis; e até mesmo quanto à possibilidade de incidência da

²⁶ Disponível em: [https://www.ictq.com.br/industria-farmaceutica/1960-industria-quer-protecao-legal-se-vacinas-contracovid-19-derem-problemas#:~:text=Laborat%C3%B3rios%20produtores%20de%20vacinas%20contra,o%20Financ%20Times%20\(FT\)](https://www.ictq.com.br/industria-farmaceutica/1960-industria-quer-protecao-legal-se-vacinas-contracovid-19-derem-problemas#:~:text=Laborat%C3%B3rios%20produtores%20de%20vacinas%20contra,o%20Financ%20Times%20(FT).). Acesso em 31 dez. 2020.

²⁷ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/12/28/bolsonaro-cobra-de-laboratorios-documentos-para-aprovar-vacina> Acesso em: 31 dez. 2020.

²⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/vacinas-covid/vacinas-uso-emergencial> Acesso em: 13 abril 2021.

²⁹ A respeito do tema merece a leitura: MENEZES, Joyceane Bezerra de; SERPA, J. A. . Responsabilidade civil da União pelos danos causados pela vacina contra a influenza — Síndrome Guillain-Barré (SGB). *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, p. 1-18, 2020.

³⁰ Cabe a consulta dos seguintes julgados: STJ, Recursos Especiais, RESP nº 1.514.775 /SE, RESP 1.618.887 / RS, STF, Recurso Extraordinário, RE 1171785.

teoria do risco de desenvolvimento (art. 12, parágrafo 1º, III, do CDC)³¹ e do risco administrativo quando envolve o Estado.

Na fase dos ensaios clínicos, afasta-se o risco de desenvolvimento, pois este se verifica após a fabricação do produto e sua introdução no mercado de consumo. E, como as fases do ensaio clínico ora estudadas são as I, II e III, ou seja, antes da comercialização do medicamento, da vacina, e justamente durante a aferição do conhecimento científico, não será esse risco o preponderante para caracterizar a atividade de pesquisa clínica. Ao que parece, o risco integral exsurge como o mais adequado para a situação em análise.

O risco integral, todavia, não se confunde com a responsabilidade integral, definida pela doutrina como a que independe de nexos de causalidade para caracterizar o dever de indenizar e que afasta as excludentes de responsabilidade. O risco integral em ensaios clínicos significa a causalidade pura, na qual basta o nexo e a presença de eventos adversos decorrentes da pesquisa que causem danos indenizáveis para gerar a responsabilidade. Esse risco abarca os acontecimentos já previstos, conhecidos em virtude do avanço da ciência, da pesquisa pré-clínica ou de outras fases de estudos, e expressos no termo de consentimento livre e esclarecido, como também os não conhecidos e descobertos durante ou após concluída a experimentação, e que gerem danos ressarcíveis, já que é possível haver dano não indenizável (evento adverso leve). Não precisará restar caracterizado o defeito do produto ou da prestação do serviço de pesquisa, pois o risco por si só já será suficiente para dar ensejo à responsabilização civil.

Além disso, não se admite em sede de ensaios clínicos a possibilidade de afastar a responsabilidade por qualquer previsão no termo de consentimento livre e esclarecido dos riscos, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social e princípios bioéticos (Res. 466/2012, item IV.4, “c”). Dessa forma, afasta-se qualquer argumento de que os agentes não respondem, já que os participantes assumiram os riscos. A não aplicação do instituto da responsabi-

³¹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/332131/na-torcida-por-uma-vacina-uma-nota-sobre-os-riscos-do-desenvolvimento> Acesso em: 31 dez. 2020.

dade civil depende apenas da falta de um dos seus elementos ensejadores (dano e nexo de causalidade).

A responsabilidade em ensaios clínicos é, portanto, objetiva³² para todos os agentes de pesquisa (patrocinador, pesquisador,³³ instituição de pesquisa), se diferenciando da responsabilidade civil do médico,³⁴ mesmo com sua atuação como pesquisador,³⁵ já que a responsabilidade se configura independentemente de dolo ou culpa, motivo pelo qual não se fará juízo de censura da conduta do agente. Esse regime de responsabilidade civil ajuda o participante vulnerável a obter a reparação com mais facilidade e tem amparo nos pressupostos que deram ensejo à mudança do eixo da culpa para o risco, na distribuição dos danos sofridos entre a coletividade que se beneficia da pesquisa e do progresso científico, socializando os riscos, o que não afasta a necessidade de criar e utilizar mecanismos que assegurem não só a prevenção, mas também a reparação e a compensação dos danos (seguro).³⁶

³² Em Portugal, a Lei nº 21/2014, de 16 de abril, estabelece no artigo 15º, 1, a responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, de forma solidária do promotor, bem como do investigador. “Responsabilidades objectivas estão ainda previstas a favor das pessoas que aceitam sujeitar-se a ensaios clínicos ou a doar órgão, riscos que assumem voluntariamente.” MONTEIRO, Jorge Sinde. Rudimentos da Responsabilidade Civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I — 2005, p. 358.

³³ Em sentido contrário e pela aplicação da responsabilidade subjetiva: FERNANDES, Márcia Santana *et al.* A responsabilidade civil do pesquisador “responsável” nas pesquisas científicas envolvendo seres humanos e a Resolução CNS 466/2012. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 5, 2015, p. 97-118.

³⁴ C.f. MONTEIRO, Jorge Sinde. Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, pp. 134-152.

³⁵ C.f. BARBOSA, Carla. Responsabilidade civil dos médicos nos ensaios clínicos. *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. 2, p. 53-70, 2004.

³⁶ Esse foi o posicionamento defendido na seguinte obra: PEREIRA, Paula Moura Francesconi Lemos. *A responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. 1. ed. São Paulo: Foco, 2019.

Em Portugal, a Lei nº 21/2014, de 16 de abril, seguindo até mesmo o Regulamento (EU) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano (artigo 76º), impõe de forma obrigatória a contratação de seguro de responsabilidade civil para cobrir os danos causados por ato do promotor e do investigador nos ensaios clíni-

São pressupostos ensejadores da responsabilidade civil: i) exercício da atividade de pesquisa; ii) dano reparável, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, resultante da pesquisa; e iii) nexos de causalidade entre o dano e a pesquisa.

A responsabilidade civil em pesquisa clínica pode incidir em diversas hipóteses, tais como: i) violação do sigilo das informações e confidencialidade dos dados sensíveis dos participantes e inerentes à atividade (monitoramento, rastreabilidade, propagação);³⁷ ii) falha na obtenção do consentimento livre e esclarecido necessário para validar a submissão do participante à pesquisa; e iii) ocorrência de eventos adversos durante ou após a pesquisa, os quais acarretam danos de várias espécies, como será indicado a seguir.

A responsabilidade civil pode, ainda, ser contratual ou extracontratual, apesar da mitigação dessa diferenciação na prática. Essa classificação vai depender de cada agente e se os danos resultantes dos ensaios clínicos decorrem de uma situação negocial ou não, podendo um mesmo fato resultar em um concurso de responsabilidade.

A multiplicidade de agentes envolvidos e de atos que cercam o processo de pesquisa clínica acarretam dúvidas acerca da imputação da responsabilidade civil. No entanto, a responsabilidade frente ao participante de pesquisa deve recair em todos os agentes envolvidos, independentemente do ato diretamente causador do dano.

A responsabilidade entre os agentes de pesquisa é, portanto, solidária e decorre da lei (artigo 942 do Código Civil), o que implica na possibilidade de o participante de pesquisa pleitear a reparação de qualquer agente, bastando a verificação do nexos de causalidade entre o danoso e a pesquisa. Os agentes responderão, mesmo que o ato não tenha sido por ele diretamente

cos, nos termos do artigo 6, 1, “e”, e artigo 15º, 2, cabendo à CEC se pronunciar em seu parecer sobre esse seguro (artigo 16º, 7, “d”).

³⁷ Acerca da proteção de dados merece a leitura: TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato, FRAZÃO, Ana. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18)*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, set./dez., 2018, p. 159-180.

praticado e independentemente se houve ou não uma relação negocial com o participante, sendo-lhes facultada a ação regressiva contra o responsável direto, observado o disposto nos artigos 934, 884, 932, III e 933, todos do Código Civil.

A aplicação da solidariedade entre os agentes de pesquisa³⁸ está em consonância com a própria função da responsabilidade civil, que é possibilitar a reparação do dano injusto. A *ratio* da solidariedade na obrigação de indenizar é facilitar a reparação e acautelar a vítima contra o risco da insolvência de algum dos obrigados.

Como dito, o dever de os agentes indenizarem os participantes de pesquisa depende da comprovação donexo de causalidade, pelo que se admite as hipóteses de incidências das excludentes de responsabilidade, seja pela quebra da causalidade por fortuito externo, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior, ou falta do elemento dano indenizável. São exemplos de fatos que afastam o dever de reparar: (i) evento adverso leve, que, apesar de ser um fortuito interno, gerou dano não ressarcível pelo juízo de ponderação; (ii) evento adverso decorrente de fortuito externo, como da própria doença do participante (iatrogenia), que já era utilizado pelo participante; (iii) fato exclusivo do participante, que não observou deveres de conduta e acarretou o dano; e (iv) caso fortuito e força maior.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de concorrência de causas, que não afastarão a responsabilidade dos agentes de pesquisa, mas poderão intervir no *quantum* indenizatório a ser pago pelos responsáveis.

Em tempos de pandemia, de novos riscos, de crescimento tecnológico acelerado na maior busca de proteção e tutela da dignidade da pessoa, em especial na área da saúde, diversos desafios surgem. Por isso, é preciso que os ensaios clínicos observem as fases necessárias para o desenvolvimento de uma vacina segura, com eficácia comprovada, e que exponha minimamente os participantes de pesquisa, e também toda a população. O instituto da responsabilidade ético-jurídica deve ser corretamente apli-

³⁸ A Resolução nº 466/2012 do CNS estabelece a responsabilidade tanto do patrocinador, quanto do pesquisador e da instituição de pesquisa pelos danos dela decorrentes de forma ampla, incluindo os danos previstos ou não previstos no termo de consentimento livre e esclarecido (item II.7, V.6, V.7 e XI.1).

cado, observado os seus elementos caracterizadores para que seja de forma efetiva um instrumento de proteção da pessoa contra o dano injusto, pulverizando os riscos sociais pela solidariedade e reparação integral.

AINDA A INDEMNIZAÇÃO POR “NASCIMENTO INDEVIDO” (*WRONGFUL BIRTH*) E “VIDA INDEVIDA” (*WRONGFUL LIFE*)

PAULO MOTA PINTO

Resumo: Tendo em conta o decurso de duas décadas sobre a primeira decisão do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de ações de indemnização por vida indevida, revisita-se a matéria, designadamente dando conta de algumas posições e das decisões jurisprudenciais relevantes, com destaque para a análise da argumentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2001 e para o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016. Depois de analisar alguma argumentação contrária à concessão da indemnização, procede-se a uma revisitação, reforço e precisão de alguns dos argumentos a favor, e que sustentam a posição favorável a essas ações, defendida já desde 2008.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; Wrongful birth; Wrongful life

Abstract: two decades after the first decision of the Portuguese *Supremo Tribunal de Justiça* in a wrongful life action (denying the ground for such an action), the subject deserves to be reviewed again, to consider the relevant legal literature and court decisions. The decisions of the *Supremo Tribunal de Justiça* from 16 June 2001 and from the Constitutional Court from 2016 (No. 55/2016) both deserve a special attention. After an analysis of the arguments that have been put forward in the literature and case law against damages in wrongful life actions, the grounds for these actions are revisited. Some of the arguments in favor of damages awards in those actions are reinforced and refined with a view to support their admission, already defended by the author in 2008.

Keywords: tort law; medical liability; wrongful birth; wrongful life

* Faculdade de Direito · Instituto Jurídico · Universidade de Coimbra
Email: paulomotapinto@gmail.com

A possibilidade de obter uma indemnização em casos ditos de “nascimento indevido” (“*wrongful birth*”) ou de “vida indevida” (“*wrongful life*”) tem sido discutida entre nós, pelo menos desde o final do século passado¹. Cumprem-se em 2021 duas décadas sobre a primeira decisão dos nossos tribunais superiores sobre a matéria². É adequado dedicar breves reflexões atualizadoras sobre o problema a um dos mais reconhecidos Mestres portugueses da responsabilidade civil nas últimas décadas, tratando-se de problemas que consabidamente põem em causa as fronteiras e os requisitos da responsabilidade civil³, e cruzam o regime desta e dos direitos de personalidade com o regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez e com argumentos éticos e pragmáticos

Nota-se, antes de mais, que a questão da indemnização em casos ditos de *wrongful life* e *wrongful birth* tem vindo a ser tratada profusamente pela doutrina nacional nas últimas décadas⁴.

¹ V. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1999, n.º 3898, págs. 6-19 (também em *Temas de direito da medicina*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, págs. 203-223), JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, n.º 45, págs. 380-3, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 84 e segs., 96-100.

² Acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 (relator FERNANDO PINTO MONTEIRO), publicado e anotado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO em *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 377 e segs. Sobre esta decisão, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer? Anot. ao Ac. STJ de 19/6/2001”, in *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 377 e segs., e na *Revista do IASP — Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 10, n.º 19, 2007; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 131-138.

³ V. JORGE SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *RFDUP*, ano II, 2005, págs. 349390.

⁴ Além das obs. cit. nas n. anteriores, e do nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth*) e (*wrongful life*)”, in *Nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais — Estudos em homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, V. Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 915-946, também in *Lex Medicinæ*, n.º 7, Coimbra, 2007, págs 5-25, e em *Direitos de personalidade e direitos fundamentais — Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, págs. 735-772 (por onde se cita), v., sem pretensões

de exaustividade: MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, in *Direitos fundamentais e direito privado : uma perspectiva de direito comparado*, orgs. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 305-326, idem, “A própria vida como um dano? dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 68, n.º 1 (jan. 2008), págs. 215-253; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 2004, págs. 375-391, idem, “Deliberações éticas e deliberações jurídicas. A responsabilidade civil por danos causados por médicos que atuaram com violação das *leges artis* no âmbito da medicina pré-natal”, em curso de public. em MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES/CAMILA VASCONCELOS (orgs.), *Deliberações (bio)éticas e decisões jurídicas*, obra colectiva luso-brasileira, 2021; VANESSA CARDOSO CORREIA, “Wrongful life action : comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n.º 2 (2004), págs. 125-131, idem, “Wrongful birth e wrongful life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar”, *Sub iudice. Justiça e sociedade*, Coimbra, n.º 38 (jan.-mar.2007), págs. 101-108, idem, “Vida: dano indemnizável? A responsabilidade médica nas acções por wrongful birth e wrongful life”, in *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, coord. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA, Coimbra, Almedina, 2016; VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano 19, n.º 21 (dez. 2010), págs. 61-99, idem, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 33, n.º 132 (out.-dez. 2012), págs. 71-125; idem, “Processos judiciais indevidos? Há espaço para indemnização nas acções de wrongful birth e de wrongful life contra profissionais de saúde?”, in *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, coord. por CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, CLÁUDIA MONGE, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, págs. 96-125; idem, *O direito à imortalidade. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, págs. 581-612; LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n.º 16 (2011), págs. 135-157; idem, “Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal: o caso das acções de wrongful birth”, in *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n.º 18 (2012), págs. 161-182; idem, “Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação: as acções de ‘wrongful birth’ e ‘wrongful life’ e o instituto da responsabilidade civil”,

in *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, coord. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA, Coimbra, Alameda, 2016, vol. 4, págs. 129-142; idem, *Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva: a ginecologia-obstetrícia. Os deveres de informação e documentação profissional*, Coimbra, diss. de doutoramento, 2014, págs. 282-317; SARA ELISABETE GONÇALVES DA SILVA, “Vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência”, *Lusitana Direito*, 14 (2015), págs. 123-155; idem, “Responsabilidade civil dos progenitores pela sua vida indevida: direito a nascer saudável”, *Maia Jurídica. Revista de Direito*, Maia, ano 8, n.º 1 (jan.-jun. 2017), págs. 57-74; MARTA NUNES VICENTE, “Wrongful life actions: the ethical maze between slippery slopes and the non-identity problem”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n.º 17 (2012), págs. 243-25; idem, “Algumas reflexões sobre as acções de *Wrongful life*: a jurisprudência *perruche*”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 6, n.º 11 (2009), págs. 117-141; FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida? As acções por *wrongful life* e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review*, 2010, vol VIII, n.º 13, págs. 187-203; LUSA CORREIA DE PAIVA, *Pretensões de wrongful life. Uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?*, diss., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011; CARLOS E. ALMEIDA RODRIGUES, “A problemática inerente às *wrongful life* claims: a sua não admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 10, n.º 19 (2013), págs. 171-188; FERNANDA ALMEIDA, “*Cogito ergo (non volleo) sum*. Reflexões em torno das acções por nascimento e por vida indevidos”, diss. Instituto Superior Bissaya-Barreto, Coimbra, 2013; MARTA SANTOS SILVA, “Sobre a (in)admissibilidade das acções por ‘vida indevida’ (*Wrongful life actions*) na jurisprudência e na doutrina; o *Arrêt Perruche* e o caso André Martins”, in *Direitos de personalidade e sua tutela*, coord. por MANUEL DA COSTA ANDRADE, Lisboa, Rei dos Livros, 2013, págs. 119-150; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014; LUÍS GUIMARÃES PINTO, “Acções *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil”, *Lusitana. Direito*, Lisboa, seg. 2, n.º 12 (1.º e 2.º semestre 2014), págs. 357-387; ANTÓNIO GONÇALVES DE QUEIRÓS, “As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões”, diss. de Mestrado, Coimbra, 2016; PAULA NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas *wrongful life actions* ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação”, *Julgar* online, novembro e 2018, págs.1-21; DIOGO COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, *Revista de direito comercial*, 2020, págs. 353-399.

1. Grupos de casos

Importa recordar brevemente os grupos de casos em causa e o estado da questão nas nossas jurisprudência e doutrina.

Cruzando os critérios do evento lesivo e da titularidade da ação, podemos distinguir três categorias de ações relacionadas com danos verificados em caso de conceção ou de nascimento indesejados de uma criança.

Há hipóteses em que está em questão desde logo uma conceção indesejada ou “indevida” (“*wrongful conception*”), também ditas de “gravidez indevida” (“*wrongful pregnancy*”). O que pode acontecer por erro médico ou similar (por exemplo, o emprego errado ou o mau funcionamento de meios de diagnóstico ou contraceptivo, errada prescrição de um medicamento ou a sua errada dispensa por um farmacêutico, falta de informação ou informação errada sobre os riscos reprodutivos), mas também, mais amplamente, noutros casos de violação da liberdade reprodutiva⁵ (negativa) — por exemplo, pela conceção de uma criança indesejada em caso de violação. A criança concebida pode ser saudável ou pode padecer de uma deficiência, por exemplo não tendo os pais sido informados — ou tendo sido incorretamente informados — sobre os seus riscos genéticos⁶.

⁵ Sobre a “autodeterminação reprodutiva”, v. a interessante análise de JÖRG NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, *AcP*, 214 (2014), págs. 459-510.

⁶ Não tratamos especificamente das hipóteses de eventual responsabilidade pelo recurso, ou pela impossibilitação do recurso, à edição genética tornada possível pela tecnologia CRISPR, em casos em que essa edição não fosse legalmente possível, ou, inversamente (e futuramente) em que estaria acessível (por exemplo, para evitar uma doença ou deficiência), mas o médico não informou sobre essa possibilidade. Cf., por ex., EDUARDO A. FIGUEIREDO, “‘Believe me, we have enough imperfection built-in already’ Breves reflexões sobre as denominadas ações de ‘wrongful genetic makeup’”, *Julgar online*, maio de 2020, págs. 1-54, GRAZIELLA T. CLEMENTE, “Responsabilidade civil, edição gênica e o CRISPR”, NELSON ROSENVALD / RAFAEL DRESCH / TULA WESENDONCK (orgs.), *Responsabilidade civil — novos riscos*, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, págs. 301-317, GRAZIELLA T. CLEMENTE / NELSON ROSENVALD, “Edição gênica e os limites da responsabilidade civil”, G. M. MARTINS / N. ROSENVALD (orgs.), *Responsabilidade civil e novas tecnologias*, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2020, págs. 235-61, DOROTA KREKORA-ZAJAC “Civil liability for damages related to germline and embryo editing against the legal admissibility of gene editing”, in *Palgrave Commun* 6, 30 (2020), in <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0399-2>.

Diversamente, noutros casos está em questão apenas o “nascimento indevido” (“*wrongful birth*”), relevando o facto de o evento lesivo ter conduzido a um nascimento indesejado. Nestes casos, ou há um nascimento em resultado de uma situação de *wrongful conception*, ou, tendo a concepção sido desejada, veio a verificar-se um nascimento na sequência de um erro médico (também em sentido lato) que retirou à mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou a interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido. A atuação do lesante afetou, pois, também a autodeterminação reprodutiva dos pais. Interessa notar, também, que esta lesão se pode verificar mesmo que o feto não tenha qualquer deficiência⁷, em situações em que os eventos ilícitos originaram simplesmente uma concepção ou um nascimento indesejados (ou indesejados naquelas condições). Pode, em consequência dessa lesão, pretender-se tanto a indemnização de um normal “dano de planeamento familiar” (o “*Familienplanungsschaden*”), que é dano patrimonial correspondente ao acréscimo de despesas com mais um filho, como, nas hipóteses de criança com deficiência, do dano *resultante de uma deficiência* da criança nascida — *rectius*, do prejuízo correspondente às necessidades acrescidas (ao “*Mehrbedarf*”) pelo facto de ter nascido com uma deficiência.

Já nas hipóteses ditas de ações por “vida indevida” (“*wrongful life*”)⁸, é igualmente interposta uma ação com fundamento no facto de ter nascido

⁷ Incluímos aqui tanto a malformação congénita do feto como qualquer doença grave, e congénita, de que o nascituro vem a sofrer. Sobre o sentido da indicação embriopática ou fetopática que justifica a interrupção voluntária da gravidez nos termos do art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, vol. I, Coimbra, 1999, art. 142, §§ 32 e segs., págs. 184 e segs.

⁸ Designação infeliz, não só por sugerir à partida muito mais do que aquilo que real e concretamente pode estar em causa nos litígios respectivos, como por intuitivamente impelir logo a uma resposta negativa sobre a admissibilidade destas ações. Empregamos essa expressão, porém, por se ter tornado comum na doutrina para designar as hipóteses em questão. É certo, aliás, que a expressão “criança como dano” (“*Kind als Schaden*”, “*bébé préjudice*”), que também por vezes se encontra, ainda são mais criticáveis, pois não é a própria criança, em si, que é o dano, antes este consiste no aumento de despesas com o seu sustento (ou, para os danos não patrimoniais, no sofrimento ligado à gravidez e nascimento, nos termos em que ocorreram, e, eventualmente, também às deficiências da criança).

uma criança indesejada — designadamente, uma criança com uma grave deficiência —, mas a ação é interposta *pela própria criança* em causa (ou pelos seus representantes em seu nome), pedindo uma indemnização como que “por ter nascido”.

2. Estado da questão

A posição dominante na nossa *jurisprudência* orienta-se no sentido de *admitir* as ações por “nascimento indevido”, interpostas pelos progenitores relativamente a danos sofridos por estes, mas *rejeitar* as ações de *wrongful life*, em que é pedida uma indemnização à própria criança, por danos sofridos por esta.

O Supremo Tribunal de Justiça rejeitou estas últimas ações logo no citado Acórdão de 16 de junho de 2001, entendendo que estaria em causa um “direito à não existência”⁹, e que, em qualquer caso, uma tal ação apenas poderia ser exercida pelo próprio filho, e não pelos pais em sua representação¹⁰. Em 2013 o nosso tribunal superior rejeitou de novo uma ação de *wrongful life*¹¹, com fundamentação em parte semelhante, e procurando argumentos adicionais nesse sentido¹². Esta é também a posição defendida por grande parte da *doutrina*¹³.

⁹ Como notámos, este direito, pela contradição que encerra em si mesmo, remete logo o julgador para uma atitude negativista. Mas não é esse direito que está em causa nessas ações, como diremos. Também criticamente, com razão, V. CARDOSO CORREIA, “Wrongful Life Action”, cit., págs. 128 segs.: “não é a vida, em si, que consubstancia o dano, mas sim a vida com deficiência”.

¹⁰ V. *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 376, col. direita, 377, final da col. esquerda.

¹¹ Acórdão de 17 de janeiro de 2013 (relatora: ANA PAULA BOULAROT), proc. 9434/06.6TBM.TS.P1.S1.

¹² Como diremos, entendemos, porém, que também nesse aditamento a fundamentação do aresto é manifestamente claudicante. Este Acórdão tem duas declarações de voto, uma das quais favoráveis à concessão da indemnização à criança, embora só por danos não patrimoniais.

¹³ Contra as ações de *wrongful life*, cf. A. PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer?”, cit., F. PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, cit., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil — IV: Parte Geral. Pessoas*, 5.ª ed., com a colaboração de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2019, págs. 357 e segs., 363-364 (a solução estaria no alargamento dos escopos

Já as ações intentadas pelos progenitores, de *wrongful birth*, têm sido admitidas pela jurisprudência. Em 2012, o Tribunal da Relação do Porto rejeitou a indemnização por danos da própria criança¹⁴, mas aceitou a indemnização dos pais, por danos não patrimoniais e por danos patrimoniais, correspondentes às despesas adicionais causadas pelo nascimento de uma criança deficiente¹⁵. O Tribunal da Relação de Lisboa aceitou

da responsabilidade civil e da tutela da confiança na execução dos contratos, mas reconhecendo uma indemnização apenas aos pais por violação do contrato e do dever de informar), M. CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, cit., LUÍS MANSO, *Responsabilidade civil médica...*, cit., MARTA SANTOS SILVA, “Sobre a (in)admissibilidade das ações por ‘vida indevida’ (*Wrongful life actions*)...”, cit., C. ALMEIDA RODRIGUES, “A problemática inerente às *wrongful life claims*: a sua não admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 10, n.º 19 (2013), págs. 171-188, MARTA N. VICENTE, obs. cit., J. ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth wrongful life*, cit., págs. 88-89, D. COSTA GONÇALVES, “*Wrongful life actions* em Portugal, 20 anos depois”, cit.

A favor, além do nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth*) e (*wrongful life*)”, cit., GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, cit., pág. 12, n. 14, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 84 e segs., 96-100, FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida?...”, cit., LUSA PAIVA, *Pretensões de wrongful life...*, cit., ANTÓNIO QUEIRÓS, “As ações de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões”, cit., P. NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos...”, cit., SARA GONÇALVES DA SILVA, obs. cit., FERNANDA ALMEIDA, “Cogito ergo (non volleo) sum...”, cit. Tendencialmente a favor também A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado...*, cit., idem, “Deliberações éticas e deliberações jurídicas”, cit., VERA L. RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, cit., págs. 609 e segs. Menos claramente, cf. LUÍS GUIMARÃES PINTO, “Ações *wrongful birth* e *wrongful life*. Uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil”, *Lustada Direito*, 12 (2014), págs. 357-387, VANESSA CARDOSO CORREIA, “*Wrongful life action* : comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n.º 2 (2004), págs. 125-131.

¹⁴ Acórdão de 1 de março de 2012 (relator FILIPE CAROÇO, proc. 9434/06.6TB-MTS.P1), com o arg. de que o dano em causa não tem consagração legal, e de que seria inadmissível por não se poder considerar preferível o “não-ser” ao ser, de que o nascimento é um ato de vontade dos pais, e não do feto, pelo que este é produto de uma decisão dos pais.

¹⁵ Também admitindo a ação de *wrongful birth*, cf. a decisão em matéria de prova no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de junho de 2012

depois, em Acórdão de 29 de abril de 2014, a existência de responsabilidade em caso de *wrongful birth*, dizendo que, apesar de o dano não residir na impossibilidade de decidir em determinado sentido (de efetuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão, tais ações só serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que não proíbam o aborto fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal. No entanto, não considerou provado o dano e o nexo de causalidade no caso concreto, por falta de manifestação de vontade da mãe em interromper a gravidez¹⁶. Em 2015, o mesmo Tribunal concedeu de novo uma indemnização aos pais de uma criança nascida com uma malformação, em caso de erro de diagnóstico, admitindo as *wrongful birth actions*, também num caso de responsabilidade contratual, tendo o tribunal admitido que existe nexo de causalidade relevante entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, mesmo que outros fatores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita¹⁷.

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça admitiu também, em Acórdão de 12 de março de 2015¹⁸, uma indemnização aos pais que, em caso de nascimento de uma criança com deficiência, reagem contra o médico, e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, tendo sido impedidos de optarem pela interrupção da gravidez. Tratava-se também de um caso de responsabilidade contratual, tendo sido considerados ressarcíveis danos não patrimoniais e patrimoniais, mas apenas se incluindo nestes últimos os relacionados com a deficiência, a partir de uma comparação entre os

(relatora ROSA TCHING, proc. 1212/08.4TBBCL.G1) — tal como o anteriormente cit., disponível em *www.dgsi.pt*.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014 (relator ROQUE NOGUEIRA, proc. 57/11.9TVLSB.L1-7).

¹⁷ Acórdão de 30 de abril de 2015 (relatora CATARINA MANSO, proc. 2101-11.0TVLSB.L1-8).

¹⁸ Relator HÉLDER ROQUE, proc. 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

custos de criar uma criança nessas condições e as despesas inerentes a uma criança normal (pois os pais aceitaram voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo).

É indispensável também notar que o Tribunal Constitucional, em recurso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça por último citado, se pronunciou sobre a conformidade constitucional — em particular com a proteção constitucional da vida humana — da norma aplicada no aresto citado do Supremo. Decidiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 55/2016¹⁹ “não julgar inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual — no quadro de uma ação designada por nascimento indevido (por referência ao conceito usualmente identificado pela expressão *wrongful birth*) —, uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções”. A fundamentação desse Acórdão n.º 55/2016 é particularmente relevante, designadamente pelas considerações que o levaram a contrariar a suposta relevância da contradição ou “paradoxo da não identidade”, a incompatibilidade ética ou com o direito à vida das ações de *wrongful birth*, ao situar a questão, corretamente, no plano abstrato do apuramento da contrafactualidade relevante, e não da violação concreta da vida humana já existente. E isto, igualmente com relevância para a avaliação das ações de *wrongful life*, de tal sorte que ficaria necessariamente incompleto um balanço da evolução da questão nas últimas duas décadas sem considerar a fundamentação desse aresto²⁰.

¹⁹ Relator TELES PEREIRA; disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁰ É, porém, o que faz D. COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, *passim*.

3. Argumentação contrária à indemnização

Em 2008, pronunciamo-nos²¹ a favor da admissibilidade da indemnização quer nas ações de *wrongful birth*, quer nas ações de *wrongful life*. Como referimos, esta posição, acompanhada nalguma doutrina, não logrou convencer a nossa jurisprudência superior, que (como aliás em muitos países europeus) continuou a negar a indemnização por *wrongful life*, bem como grande parte da doutrina. Não podemos, nesta sede, analisar aprofundadamente toda a argumentação desenvolvida na questão, mas apenas tratar de algumas das objeções que mais parecem impressionar a posição que nega a indemnização.

a) *A alegada irrelevância civilística da perda da possibilidade de interromper a gravidez*

Alguma doutrina entende que a perda da possibilidade, pelos progenitores, de interromper a gravidez nunca pode constituir um ato lesivo, uma vez que considera que está em causa a prática de um ato que, embora não seja punido, continuaria a ser *ilícito para o direito civil*²².

É certo que, como notámos já em 2008, o campo de possibilidade de uma indemnização em casos de “nascimento indevido” ou de “vida indevida” é *delimitado pela licitude da interrupção da gravidez* que foi impedida: o problema só se põe na medida em que, se tivessem sido cumpridos corretamente todos os deveres do lesante, a interrupção da gravidez não tivesse sido ilícita. Caso contrário, a violação dos deveres, em hipóteses em que não seria admitida a interrupção da gravidez, como ato lícito, não é, ob-

²¹ Primeiro em *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, 2008, vol. I, págs. 738 e segs., n. 2095; depois no artigo cit., “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth* e *wrongful life*)”.

²² Defendendo a ilicitude jurídico-civil do aborto, aparentemente sem restrições, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*)”, in *Revista de direito civil*, III (2018), 3, págs. 583-614, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspetiva do direito civil”, *BFD*, Coimbra, 92, n. 1 (2016), págs. 23-72 (35 e segs.).

viamente, suscetível de fundar qualquer obrigação de indemnização pelo nascimento ou pela deficiência, mas apenas, quando muito, pela conceção indevida (nos casos em que o evento lesivo foi causa dessa conceção).

No direito português, porém, além de a interrupção da gravidez não ser punida quando for efetuada, nas primeiras 10 semanas de gravidez, por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e por opção da mulher grávida, ela também não é punida quando se verificarem certas indicações: a indicação *médica* (artigo 142.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do Código Penal: quando constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, ou para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez); a indicação *embriopática* (alínea *c*) da mesma norma: quando houver “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”); e indicação baseada na proteção da *liberdade sexual negativa* (alínea *d*): quando a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas).

Concordamos, também, na recusa de qualquer dever dos progenitores, baseado na mera licitude penal da interrupção voluntária da gravidez. Seria a nosso ver valorativamente contraditório com a proteção constitucional da vida humana e da paternidade aceitar um dever dos pais, no sentido da destruição de vida humana pré-natal (mesmo que apenas como ónus de não agravamento ou “mitigação” dos danos, para efeitos de valoração da uma “culpa do lesado”).

Isto não significa, porém, que em todos os casos referidos — designadamente, naqueles em que a lei penal admitiu a existência de indicações concretas que justifiquem a conduta — a interrupção voluntária da gravidez continue a ser um ato ilícito civil. A fundamentação desta ilicitude numa ideia de “capacidade jurídica parcial”²³, para além de não

²³ D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial”, cit.

ter base legal (cf. os artigos 66.º, n.º 1, e 67.º do Código Civil), contraria a ideia de ilimitabilidade da personalidade humana, e parece-nos mesmo encerrar alguns perigos, para além de não ser imposta para a proteção da vida humana pré-natal²⁴. Nos casos de risco de morte ou risco grave para a saúde da mãe, de grave doença ou malformação congénita, ou de gravidez resultante de violação, não é, a nosso ver, aceitável a qualificação do aborto como um ato ilícito civil, e apenas não punível.

São, aliás, injustificadas — ou têm outros fundamentos — as consequências que alguma doutrina procura retirar²⁵ da alegada ilicitude civil da interrupção voluntária da gravidez. Assim, o eventual direito do pai a um ressarcimento caso discorde da interrupção, a existir, deverá poder basear-se nos seus próprios direitos. E temos por muito duvidoso, pelo menos, o pedido do pai de decretamento de providências para evitar a interrupção da gravidez e forçar o nascimento, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, do Código Civil, quando está em causa o aborto por opção da mãe nas primeiras 10 semanas de gravidez — afigurando-se mesmo repugnante nos casos em que a interrupção se baseia numa indicação específica²⁶.

Não consideramos, pois, que a interrupção voluntária da gravidez seja um ato ilícito civil, pelo menos nos casos em que existe uma indicação como aquelas que a lei penal considera para a despenalização do aborto mesmo depois das 10 semanas de gravidez²⁷. No caso de crian-

²⁴ As soluções em que se procura fundamentar tal “capacidade jurídica parcial” — como a possibilidade de ressarcimento de danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro devido ao falecimento do progenitor antes do seu nascimento — também não a impõem, a nosso ver.

²⁵ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, in *Forjar o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 229-252 (231), RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág. 162, D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial...”, cit., pág. 612, M. MIRANDA BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspectiva do direito civil”, cit., pág. 47

²⁶ Ninguém nunca terá defendido essa possibilidade, tanto quanto sabemos, quando o requerente for o violador.

²⁷ Outras consequências práticas não dependem da ilicitude civil do aborto. É o caso: da inviabilização da invocação pelo pai da criança que nasceu contra sua vontade que a mãe poderia ter abortado, para se eximir das suas responsabilidades

ças que vêm a nascer com malformações, na ação de indenização é normalmente invocada a perda da possibilidade de abortar com base na indicação embriopática²⁸, prevista na citada alínea *c*) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.

A perda da possibilidade de interromper a gravidez, por violação dos deveres médicos ou similares, não é, pois, a perda da possibilidade de prática de um ato ilícito. Antes pode relevar como lesão à liberdade reprodutiva da mãe, nos casos e limites em que esta podia ser exercida licitamente.

b) A alegada inaceitabilidade ético-jurídica

São, depois, dirigidas algumas objeções no plano *ético-jurídico* nos casos que consideramos.

É de rejeitar, claramente — e foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional — a alegação de que tais ações seriam incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e com a proteção ou com a inviolabilidade da vida humana²⁹. Na verdade, é claro que não se questiona a inadmissibilidade

paternais; da existência de uma lesão do direito geral de personalidade, ou direito à liberdade, se for exercido “terror psicológico” sobre a mãe para que aborte; ou da ilicitude da publicidade a serviços de interrupção voluntária da gravidez, que nada tem a ver com a alegada ilicitude civil destes serviços (aliás, prestados pelo Serviço Nacional de Saúde, por exemplo, no caso de risco de morte ou para a saúde da mãe ou de violação). Cf., porém, aparentemente querendo retirar daqui a ilicitude civil do aborto, D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial...”, cit., pág. 612. Cf. também Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, pág. 369.

²⁸ Poderá questionar-se a justificação, e até a legitimidade constitucional, desta indicação, com fundamento na discriminação das pessoas com deficiência. Por esta razão, ela foi eliminada no direito alemão. Mas não foi essa a ponderação do nosso legislador penal, que considerou a probabilidade da existência de grave doença ou malformação congénita incurável como razão justificativa da interrupção voluntária da gravidez, para fins penais. E cremos que, se e enquanto não for revista, a mesma ponderação deverá valer no direito civil.

²⁹ Contra uma indenização da mãe por danos não patrimoniais em resultado de uma gravidez indesejada, por incompatibilidade com a dignidade humana e o direito à vida da criança, v. KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldre-*

de de uma qualquer “reconstituição natural”, consistente na eliminação da criança deficiente, ou sequer o sancionamento da eficácia jurídica de um ato tendente à disposição sobre a vida. E não se vê como pode a indisponibilidade da vida humana ser afetada por se reconhecer uma indemnização à própria criança (ou aos seus pais).

Recordemos o que se disse no citado Acórdão n.º 55/2016, do Tribunal Constitucional, sobre esta matéria:

- nas referidas ações, a qualificação do nascimento como “indesejado” “traduz-se numa afirmação reportada à caracterização de um facto passado que se tornou num dado imutável do presente e cuja abordagem indemnizatória se esgota na fixação de uma indemnização em dinheiro”, não estando em causa “qualquer modificação de uma realidade física existencial, tudo se passando no domínio da abstração, relativamente àquilo de que se fala a respeito da ‘interrupção da gravidez, esgotada na argumentação em plano hipotético, equacionando algo que poderia ter acontecido mas que, efetivamente, não aconteceu; trata-se de uma operação intelectual de fixação dos pressupostos com base nos quais se determinará qual o comportamento que era devido pelos médicos, no sentido da realização de um exame de diagnóstico pré-natal no quadro do relacionamento contratual estabelecido com os pais da criança”;
- assim, “não procede, na discussão da viabilidade das ações por *wrongful birth*, o modelo argumentativo traduzido na rejeição da indemnização em virtude de a reposição da situação hipotética que pressuporia a ausência de dano conduzir a algum tipo de afirmação retrospectiva (enquanto correspondência à situação de ausência de dano) da ‘não existência’ do sujeito em função do qual a verificação do dano é afirmada, em virtude da (hipotética e não efetivamente verificada) interrupção da gravidez”;
- a construção referida — o “problema da não existência” ou “pa-

chts, II — *Besonderer Teil*, 2. *Halbband*, 13.^a ed., München, 1994, § 76, II, pág. 383. Pondo o problema dos fundamentos da posição a adotar no plano da conceção da vida humana em termos subjetivistas (existencialistas) ou como valor objetivo, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano...”, cit., págs. 321 e segs.

radoxo da não existência” — contribuiu para, inicialmente, a jurisprudência rejeitar as atribuições indemnizatórias nas *wrongful birth claims*, no sentido em que a observância do comportamento lícito teria conduzido os pais, tivessem estes sido informados a tempo da deficiência do filho em gestação, à prática de um aborto e, assim, à supressão da vida em função da qual a indemnização é (depois) pedida, pelo que a afirmação da existência de um dano conduziria a uma contradição valorativa insuperável; noutra plano, “por referência ao carácter inviolável da vida humana, a negação da possibilidade de que um dano possa ser construído com esta base assentaria na recusa de encarar a vida de alguém, mesmo no quadro de uma mera operação intelectual contrafáctica, como um *dano*”;

- estas reservas podem ser afastadas “desvalorizando-se o sentido do paradoxo da não existência, por via da caracterização da realidade em causa nessas ações como substancialmente distinta nos seus pressupostos da afirmação hipotética contida na formulação do paradoxo”, tratando-se, “pelo contrário, de fixar uma indemnização, necessariamente fora de qualquer quadro de ‘reconstituição natural’, por danos atuais imutáveis, sempre atribuída em função de uma efetiva situação de existência e sempre estabelecida por referência a desvalores decorrentes das peculiaridades da atividade de médicos agindo no quadro de um diagnóstico pré-natal”;
- subjacente a esta posição “está a consideração de não se justificar deixar fora da tutela indemnizatória a má-prática médica nestas situações, vistas como correspondentes a obrigações de resultado, e de não ser justo, igualmente, não conferir essa tutela aos destinatários da informação contida nesse tipo de diagnóstico” — a “circunstância de assentarem, de alguma forma, numa construção contendo algo de paradoxal, pouco ou nada muda nessa essência reparatória de danos sofridos por pessoas determinadas em resultado do desvaler da conduta de outras pessoas”;
- assim, “mesmo colocando-se o acento tónico na questão da não existência, prevalece a circunstância de esta se esgotar numa construção intelectual, sem qualquer repercussão efetiva na existência de alguém, enquanto dado de facto que não sofre alteração alguma com o estabelecimento de uma indemnização em dinheiro”.

O Tribunal Constitucional concluiu, assim, que o direito à vida, no contexto do n.º 1 do artigo 24.º da CRP, não exclui, no quadro da afirmação da sua inviolabilidade, “que a aferição da existência de um dano envolva uma operação intelectual de cariz contrafactual que identifique, como hipóteses não verificadas, as várias opções que se colocariam aos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, da qual não foram informados durante a gestação, caso essa informação — da qual eram contratualmente credores — lhes tivesse sido fornecida em determinadas circunstâncias de tempo”.

Subscrevemos este percurso argumentativo. A afetação ou degradação do valor da vida só seria possível se a concessão de uma indemnização nas ações em questão *pressupusesse um juízo sobre esse valor*, sobre o valor da existência humana comparada com a “não-existência”. Mas tal pressuposto assenta num equívoco, potenciado em parte pelas designações da problemática, que convidam à entrada numa “ladeira escorregadia”. Antes pelo contrário: no julgamento dos casos em apreço “ser ou não ser *não* é a questão”, nem há, sequer, que “desempenhar o papel de Hamlet”³⁰.

Do que se trata não é (pelo menos enquanto não estiverem em causa danos não patrimoniais pelo mero facto do nascimento de uma criança saudável) da *vida como valor ou desvalor*, mas antes, realmente, dos sofrimentos e das necessidades causadas, designadamente, pela deficiência³¹. Como se disse na decisão holandesa do caso “*baby Kelly*”, “a perspectivação implícita do nascimento de uma criança seriamente deficiente como ‘dano’ não leva obviamente pressuposto qualquer juízo sobre a consideração do valor dessa criança, ou da sua existência, como pessoa, e ainda menos implica que a própria vida de Kelly seja marcada como um dano”.

³⁰ Assim, ANNE MORRIS/SEVERINE SAINTIER, “To Be or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions”, in *Medical Law Review*, 11, 2003, págs. 167-193, e EWOUT HONDIUS, “The Kelly Case — Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment”, in J. K. M. GEVERS/E. W. HONDIUS/J. H. HUBBEN, orgs., *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden-Boston, 2005, págs. 105-116, 113 e segs. (“*Human Dignity and Embarking on a Slippery Slope: To Be or Not To Be is Not the Question*”); e já o nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth* e *wrongful life*)”, cit., pág. 761, nota.

³¹ Neste sentido, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pág. 224, com mais indicações de doutrina alemã.

E mesmo a reparação de danos não patrimoniais dos pais “não implica que a existência de Kelly seja para eles uma fonte de sofrimento, antes se baseia exclusivamente em que o médico cometeu uma falta tão grave, perante um direito tão fundamental dos pais, que isso tem de ser reconhecido na forma de uma reparação pela qual se dê aos pais uma satisfação segura pela falta cometida”.

Salvo o devido respeito, nota-se mesmo no argumento *ex adverso*, que invoca a seu favor a dignidade da pessoa humana, retórica a mais e lógica ou análise a menos — traços semelhantes aos da objeção dirigida, em tempos, à categoria dos direitos de personalidade, em nome da impossibilidade de degradação da personalidade humana à condição de objeto de direitos, esquecendo que tal categoria não restringe efetivamente a tutela da personalidade. Cumpre, na verdade, perguntar³² se “se respeita mais a dignidade humana quando se recusa a indemnização, ou, pelo contrário, não será precisamente o *respeito pela pessoa humana* a exigir que se lhe reconheça esse direito *a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade?*” A nossa resposta mantém-se claramente neste último sentido³³. Também a indemnização *aos pais* não conflitua com a dignidade da criança como pessoa, não nega o seu direito à existência ou afirma, implicitamente, que teria sido preferível a não-existência a uma existência tal como a que se verifica: “antes pelo contrário, é também no interesse da criança [e da criança tal como existe, acrescentamos] que os pais não podem ser privados da possibilidade de exigir, no interesse de toda a família, incluindo a nova criança, uma compensação pelo custos” acrescidos do seu sustento³⁴. Tal não significa, porém, que haja que dei-

³² Como faz A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383.

³³ V. tb. E. HONDIUS, ob.cit., pág. 115. Negando a contradição entre a indemnização por *wrongful life* e o valor supremo da vida humana, tb., por ex., CHRISTOPH HERRMANN/GISELA KERN, “‘Wrongful Life’ claims and the Absolute Value of Human Life — A Contradiction?”, in GERT BRÜGGEMEIER/ AURELIA COLOMBI CIACCHI/GIOVANNI COMANDÉ (orgs.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. Vol. II.: Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge University Press, a publicar em 2008.

³⁴ Assim, o *Hoge Raad* holandês, decisão de 21 de fev. de 1997 (aceitação da indemnização pelos custos de educação e pela perda de rendimentos por uma gravidez indesejada na sequência da remoção de implante contraceptivo intra-uterino, sem

xar a criança dependente dessa exigência pelos pais, negando-lhe a ela própria indemnização, quando os pais a não exijam ou (já) não existam.

Não vemos, aliás, como é que a atribuição de uma indemnização *também* à própria criança atinge a sua dignidade, pois essa pretensão indemnizatória *não tem de assentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa* do que a não-existência. Ao atribuir uma indemnização à própria criança que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito está-se, pelo contrário, justamente a promover a dignidade humana da criança³⁵.

Reconhece-se, sem dúvida, que a solução da atribuição de uma indemnização à criança pelo facto de ter nascido com uma deficiência que não teria sido possível evitar depois de ter sido detetada é contraintuitiva. Mas impõe-se aqui uma reanálise, ou um refinamento, das primeiras intuições em jogo, centrado nos *resultados práticos* em questão, e não em problemas abstratos, que não estão em causa, como os do valor comparativo da vida e da não-vida ou da dignidade humana. É preciso distinguir claramente as interpretações de certos princípios abstratos dos resultados práticos, por vezes verdadeiramente inversos dos proclamados pelos valores em nome dos quais os críticos da indemnizabilidade assumem as suas posições.

Na verdade, e como salientámos já em 2008, a negação de uma indemnização com fundamento na inadmissibilidade de uma bitola “contrafactual”, ou hipotética, a que aquela criança que formula a pretensão possa almejar, envolve mesmo, nos *resultados* a que chega (que são evidentemente o teste decisivo), como que um *renovada afirmação* da ofensa que lhe foi feita: não só a criança nasceu com uma grave defi-

substituição e sem informação à paciente), anotada por FERNAND KEULENEER, ISMENE ANDROULIDAKIS-DIMITRIADIS e BARBARA POZZO (resp. nas perspectivas belga, grega e italiana), in *ERPL*, 1999, 2, págs. 241-256.

³⁵ Como também salientou o *Hoge Raad* holandês, “antes se lhe possibilita, tanto quanto um pagamento pecuniário o consegue, que leve uma existência, na medida do possível, de acordo com a dignidade humana. Kelly seria antes prejudicada se, por causa daquele ilícito, tivesse não só que viver uma vida com deficiência como, além disso, de ser privada de todo o tipo de compensação monetária com base num argumento que se baseia na situação — de não existência — que teria existido se à mãe tivesse sido tornado possível o exercício do seu direito à escolha, o que não aconteceu devido ao ilícito cometido”. Cit. decisão de 2005 (“*baby Kelly*”), n.º 4.15.

ciência, como, na medida em que *não teria podido existir de outro modo*, é-lhe vedado *sequer comparar-se* a uma pessoa “normal”, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico. Não pode resistir-se a comparar a proclamação do valor da dignidade como fundamento da negação da indemnização, por um lado, e o resultado “pouco digno” de dizer à criança que, qual “*Untermensch*”, não pode *sequer comparar-se* a um ser humano completamente funcional porque nunca poderia ter concretamente existido de outra maneira... Temos por claro que, mesmo que individualmente não fosse possível o nascimento daquela criança sem deficiência, *existe* um padrão contrafactual de comparação — que é o da pessoa humana sem malformações e regularmente funcional. Para evitar o referido resultado, é a esse padrão que há que recorrer³⁶.

O que se impõe em nome da dignidade humana, pelo contrário, é aproveitar, também aqui (e não só no direito sucessório ou para a proteção contra lesões sofridas no ventre materno), todas as potencialidades da ideia clássica de que “*nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur*” (“tenha-se o nascituro por nascido, na medida em que se trate dos seus interesses”), como salientou já Orlando de Carvalho³⁷, não no sentido de uma personalidade jurídica parcial, no que favoreça os interesses do nascituro, mas no sentido de que “a personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento é à medida da respetiva personalidade humana”³⁸.

³⁶ Assim, também H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, cit., pág. 285. V., para a discussão e rejeição do referido contraargumento “contra-factual”, v. já JOEL FEINBERG, “Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming”, in ID., *Freedom and Fulfillment*, Princeton, Univ. Press, 1992, págs. 3-36, SEANA V. SHIFFRIN, “Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, vol. 5, 1999, págs. 117 e segs., F. ALLAN HANSON, “Suits for Wrongful Life, Counterfactuals and the Nonexistence Problem”, *S. Cal. Interd. LJ*, 5, 1996, págs. 1-24.

³⁷ *Teoria geral do direito civil (sumários desenvolvidos)*, 1980-81, reimpressão em *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, págs. 172, e já idem, *Teoria geral da relação jurídica — bibliografia e sumário desenvolvido*, Coimbra, policop., 1970, pág. 28.

³⁸ *Ibidem*.

c) *A fundamentação da jurisprudência que nega a indemnização por wrongful life*

Em qualquer caso, a fundamentação da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça — em particular no último Acórdão, de 2013, sobre a matéria — deixa a desejar, por comparação com a profundidade do debate que o tema suscitou. Esse Acórdão de 17 de janeiro de 2013 chega mesmo a afirmar que “qualquer solução em contrário” da negação da indemnização fere a “*proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana*” — o que (quanto às ações de *wrongful birth*, mas de modo inteiramente aplicável às ações de *wrongful life* no que tange ao alegado desvalor para a dignidade humana e para a vida da indemnização pelo nascimento indevido) foi contrariado de forma convincente pelo já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016.

Afirma-se, ainda, nesse aresto de 2013, que existiria “completa inexistência de *ilicitude, culpa e nexos de causalidade*” entre a atividade dos demandados e as malformações do demandante, porque “estas não foram devidas a qualquer ação ou omissão daqueles”, antes este “nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão” dos demandados a provocá-las. Ora, é claro que a lesão em questão, que competia ao tribunal ajuizar, não era uma lesão dos médicos à integridade física do nascituro, mas antes a violação do contrato, ou de deveres de tutela da saúde do nascituro, que impendiam sobre aqueles, pelo comportamento censurável e contrário às *leges artis* daqueles.

A consideração de que os pais *poderiam ter optado por não interromper a gravidez*, que é exata, é, no entanto, inteiramente inepta para afastar a pretensão indemnizatória. Esta assentava, justamente, na remoção ilícita dessa possibilidade pelo comportamento dos médicos, e, portanto, que eles teriam pelo menos tido essa opção — caso os demandantes tivessem agido do mesmo modo, claro que não poderia ser pedida qualquer indemnização³⁹. E a comparação com a possibilidade de ação do filho diri-

³⁹ O que se verificou, como já vimos, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014, que por isso considerou não estar demonstrado o nexos de causalidade.

gida contra os pais, ou com uma suposta obrigação destes de interromper a gravidez, é nada menos do que manifestamente improcedente⁴⁰.

O referido aresto de 17 de janeiro de 2013 invoca, também — como, aliás, já o de 2001 —, o facto de alegadamente a solução oposta levar a questionar “outras situações paralelas tais como a eutanásia e o suicídio”, apesar de se não poder chegar “à conclusão que afinal poderá existir um “direito à não vida”. A questão da *eutanásia não tem, porém, paralelo relevante* com a ação de *wrongful life*, em que ninguém pede para uma vida concreta ser eliminada⁴¹.

⁴⁰ Dela se distancia aliás (por faltar qualquer ato ilícito), na sua declaração de voto no cit. Acórdão de 2013, a Cons. Maria dos Prazeres Beleza, apesar de acompanhar a negação da indemnização por entender que esta “implicaria necessariamente o reconhecimento da titularidade de um direito à não existência”, rejeitado pela ordem jurídica.

Com efeito, não só a indemnização a pedir pela criança se não baseia num seu “direito à não-existência”, ou, sequer, à interrupção da gravidez da qual veio a nascer, como é claro que uma ação *contra os pais* envolve a convocação de dimensões qualitativamente diversas daquelas que estão em causa na apreciação das consequências de um erro médico (para E. HONDIUS, “The Kelly Case...”, cit., pág. 114, o arg. da ação contra os pais seria “o próximo passo na ladeira escorregadia” — e o Acórdão do STJ de 2013 não deixa de o dar). Há aqui que ter em conta também razões específicas do direito da família (HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.^a ed., Tübingen, Mohr, 2003, pág. 337), e, sobretudo, o conflito com o exercício da liberdade reprodutiva dos próprios pais.

⁴¹ Sobre essa questão, recorde-se, em todo o caso, que no acórdão de 16 de fevereiro de 2020, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que: “o direito geral de personalidade (art. 2, I, em conjugação com art. 1, I, da Lei Fundamental) inclui, como expressão de autonomia pessoal, um direito à morte autodeterminada (*“selbstbestimmtes Sterben”*)”, que “o direito à morte autodeterminada inclui a liberdade de se tirar a própria vida”, e que “a decisão do indivíduo de, em conformidade com o seu entendimento da qualidade e sentido da vida, pôr termo à própria existência, deve à partida ser respeitada pelo Estado e pela sociedade como ato autónomo de autodeterminação”. E foi mais longe, decidindo que “a liberdade de se tirar a própria vida inclui também a liberdade de para o efeito procurar ajuda junto de terceiros e de aceitar ajuda na medida em que for oferecida”. Daqui concluiu o *Bundesverfassungsgericht* pela inconstitucionalidade da incriminação do incentivo profissional ao suicídio (§217, I, do Código Penal alemão). V. a decisão em *NJW*, 2020, págs. 905-21. Como se salientou em comentários à decisão (STEFAN MUCKEL, “Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung”,

E o mesmo deve dizer-se do tratamento penal do *suicídio*⁴².

Nem sequer pode, aliás, concluir-se sobre as ações de indemnização por *wrongful life* por causa da rejeição de um pretensão “direito à não vida”, que também parece impressionar o citado aresto de 2013. Pois não é esse direito que é invocado ou que está em causa nessas ações. A questão da fundamentação da ilicitude — e a rejeição da violação de um tal direito — parece, aliás, ser também considerada um obstáculo relevante às ações de *wrongful life*. A citada decisão de 2013 do Supremo Tribunal de Justiça não conseguiu fundamentar essa ilicitude contratual “pois o Autor não foi parte no contrato” entre os médicos e os seus progenitores e não poderia estar em causa um direito de um nascituro. A transposição da responsabilidade perante os pais para o filho exigiria, assim, uma “ficção jurídica responsabilizante a título, *quicá*, humanitário, permitindo ao Autor uma indemnização que lhe permitisse levar uma existência na medida do possível de acordo com a dignidade humana”. E também não poderia recorrer-se ao “contrato com eficácia de proteção para terceiro”, porque não poderia considerar-se como terceiro o feto, “inexistente enquanto ser humano — em gestação apenas — face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66.º, n.º 1” do Código Civil: o nascituro não poderia “ser parte interessada num contrato havido entre

JA, 2020, pág. 473-6, MICHAEL SACHS, “Grundrechte: Recht auf selbstbestimmtes Sterben”, *JuS*, 2020, págs. 580-2), o Tribunal Constitucional alemão reconheceu um *novo direito de personalidade*, ou uma *nova dimensão* do direito geral de personalidade constitucionalmente garantido: o direito à morte autodeterminada. V., já antes, na doutrina, por ex.: FRIEDHELM HUFEN, “Selbstbestimmtes Sterben — Das verweigerte Grundrecht”, *NJW*, 2018, págs. 1524-8, UDO FINK, *Selbstbestimmung und Selbsttötung – verfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Selbsttötungen*, Köln, Heymann, 1992.

A questão tem sido, como é sabido, discutida entre nós, tendo o Tribunal Constitucional declarado inconstitucional o decreto que descriminalizava a morte medicamente assistida, no seu Acórdão n.º 123/2001, de 15 de março de 2021, por indeterminabilidade da noção “lesão definitiva de gravidade extrema segundo o consenso científico”.

⁴² O facto de este não poder ser punido, quando consumado, é, aliás, contra o que se diz no cit. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2013, irrelevante, pois sempre poderia ser punido quando tentado, o que também não é o caso. O tratamento penal do suicídio nada releva, porém, para a questão que nos ocupa.

aqueles que a conceberam, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica”, sem prejuízo de a lei lhe atribuir alguns direitos⁴³.

Não há, porém, *qualquer obstáculo*, nem muito menos é “paradoxal” a inclusão do nascituro no âmbito de proteção do contrato celebrado entre os progenitores e os médicos, antes do nascimento daquele. São perfeitamente configuráveis deveres contratuais, e legais, dirigidos à proteção da saúde de pessoas não nascidas (e até não concebidas), as quais, como é evidente, não podem ser parte nesses contratos. No entanto, caso venham a nascer, adquirirão a proteção resultante das disposições contratuais e legais em causa — não existindo, aliás, qualquer taxatividade dos direitos que podem ser atribuídos ao nascituro, que os adquirirá depois do seu nascimento. Isto, sendo certo que a indemnização atribuída aos progenitores pode ser insuficiente, quer por poder consumida nas suas despesas (ou dívidas), quer por estes poderem já não existir, ou estar disponíveis, quando a criança necessita de meios patrimoniais⁴⁴.

⁴³ “A defesa de uma aplicação analógica das regras de proteção de terceiros, em sede estritamente obrigacional, à situação que nos ocupa, de acção por *wrongful life* (...) é no mínimo paradoxal, pelo menos em casos flagrantes, como o que apreciamos, em que as partes não conceberam tal hipótese como abrangida no plano negocial previamente estabelecido, nem o ‘terceiro’, no caso o então nascituro J, podia interagir com os contraentes, porque terceiro ainda não era para os sobreditos efeitos”

⁴⁴ Em declaração de voto, o Cons. Pires da Rosa defendeu a concessão da indemnização à criança, mas apenas a título de danos não patrimoniais, e só destes, “porque a completa ausência de autonomia atual e futura fez recair na autora sua mãe a necessidade de patrimonializar por completo em si própria a indemnização de que, por toda a vida, necessitará para garantir a dignidade mínima da vida de seu filho”, embora “devendo ficar bem claro que a quantia que vier a receber a esse título será, em absoluto, constringida às necessidades do J” [a criança demandante]. O facto de o montante da indemnização ter de ser gerido pelos progenitores representantes do incapaz (como o património de qualquer incapaz) não é, porém, argumento contrário à concessão da indemnização. E além de não existir base legal para a distinção, com negação da indemnização à criança dos seus danos patrimoniais, mas concessão de uma compensação por danos não patrimoniais, não existe também previsão legal para assegurar a proteção da indemnização em relação a atos de disposição, ou, por exemplo, aos credores dos progenitores, salvo se se tratar de prestações alimentares. Mas neste caso o dano que os pais podem liquidar corresponde às prestações alimentares do seu filho a que ficam sujeitos, enquanto para este está em causa o acréscimo de despesas devidas à deficiência.

4. Posição defendida

Como já recordámos, defendemos em 2008 a concessão de uma indemnização *aos pais*, pelos seus danos patrimoniais (designadamente, o “dano do planeamento familiar” resultante do não cumprimento de um contrato) ou não patrimoniais em resultado do nascimento da criança indesejada, salvo, no caso dos danos não patrimoniais, quando se pretenda uma compensação tão-só pelo nascimento de uma criança saudável. Além disso, defendemos que, nos casos de nascimento de uma criança com uma *deficiência*, deve também aceitar-se o ressarcimento *da própria criança*, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais — embora podendo discutir-se se esse pedido deve poder ser deduzido pelos pais, enquanto a criança for menor (pelo menos nos casos em que ela, provavelmente, não necessitará desse suprimento da incapacidade natural por toda a vida).

Reexaminando a questão, entendemos que a posição então adotada deve ser mantida, não tendo encontrado, nos contributos para o debate ocorrido desde então, argumentos relevantes para a alterar. As *objeções*, quer à indemnização dos pais (“*wrongful birth*”), quer à indemnização pedida pela própria criança (“*wrongful life*”), são, a nosso ver, superáveis, e sem que se tenha de sair do plano da responsabilidade civil, desde que se atente nas consequências *práticas* da solução que se procura, não nos deixando enredar em *pretensos* obstáculos lógicos, éticos ou jurídicos, que, na realidade, não o são.

Referimos de seguida apenas alguns pontos aparentemente mais controversos.

a) *Ilicitude*

Não parecem decisivos os argumentos que se procuram situar no plano da *ilicitude* — embora no problema da “*wrongful life*” se note também uma certa “flutuação” dos pressupostos contestados entre a *ilicitude*, a noção de dano e o nexo de causalidade

Deve notar-se que, apesar de o campo da admissibilidade das ações por *wrongful birth* e por *wrongful life* ser delimitado pela *licitude* da interrupção da gravidez, não pode dizer-se que a *ilicitude* do comportamento do responsável médico resulte, nos casos em questão, da *violação* da norma que torna apenas *justificada* a interrupção voluntária da gra-

videz, ou que prevê os requisitos para ela (artigo 142.º, n.ºs 1, alínea *c*), e 2 do Código Penal). Não sendo da sua violação que resulta a eventual responsabilidade civil nos casos de “*wrongful birth*” ou de “*wrongful life*”⁴⁵, não é decisiva a questão de saber em benefício de quem se prevê tal justificação, e os seus requisitos — ou seja, a questão de saber qual é o *fim de proteção* dessas mesmas normas.

A ilicitude da conduta do responsável pode resultar tanto da violação de um *contrato* (e a nosso ver será até desejável que se aproxime deste modelo, mesmo em relação aos cuidados de saúde prestados em instituições públicas), cuja validade não é de pôr em causa, referido, por exemplo, a uma operação de esterilização ou a uma interrupção voluntária de gravidez (evidentemente, apenas nos casos e nos termos em que não é punida).

Quando está em causa a reparação dos prejuízos sofridos pelos pais pelo nascimento de uma criança saudável, isto é, o normal “dano de planeamento familiar”, a ilicitude pode resultar também da violação de um direito subjetivo: a liberdade ou *autodeterminação reprodutiva* (negativa) dos pais⁴⁶, que é sem dúvida um aspeto integrante, se não do seu direito à liberdade, pelo menos do direito geral de personalidade.

⁴⁵ A interpretação teleológica (com determinação do “fim de proteção”) do art. 142.º, n.º 1, al. *c*), do Código Penal, não nos parece decisiva porque apenas torna justificada a interrupção voluntária da gravidez, mas não impõe um dever específico ao médico; e, por sua vez, o n.º 2 prevê *requisitos para aquela justificação* (para a “verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez”), mas a eventual responsabilidade civil do médico que pode estar em causa nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life* não resulta da violação dessa norma (que só pode ter lugar pela realização da interrupção da gravidez sem preenchimento dos requisitos em causa), mas antes de outros deveres (v. a seguir, no texto). Cf., porém, MIQUEL MARTÍN CASALS/JOSEP SOLÉ FELIU, comentário cit. à sentença do *Tribunal Supremo* de 18 de maio de 2006, n.º 2.1., considerando decisivo o facto de a possibilidade de interrupção da gravidez apenas visar proteger os progenitores, e não o nascituro.

⁴⁶ V. a análise já cit. de JÖRG NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, *AcP*, 214 (2014), págs. 459-510. V. também, em geral sobre os direitos reprodutivos como direitos fundamentais, entre nós VERA L. RAPOSO, *O direito à imortalidade. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, cit., esp. págs. 41-376.

Mas a ilicitude da conduta médica pode ainda resultar da violação de um *dever professional*, integrante das *leges artis* (cf. os arts. 142.º, n.º 1, al. c), e 150.º do Código Penal, e o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, na 2.ª modalidade de ilicitude), dever para com os pais, mas que visa também proteger a futura criança dos ónus (pelo menos dos financeiros) de viver com uma pesada deficiência, tendo de ser sustentada toda a vida, possibilitando para tal uma decisão dos seus pais⁴⁷. Nada impede, aliás, que existam também deveres jurídicos delituais dos profissionais médicos para com pessoas futuras, com o sentido de os obrigar a atuar para prevenir que sejam concebidas com uma doença hereditária ou genética, ou que nasçam com graves limitações à saúde⁴⁸.

Mantemos a ideia de que não é útil, para fundamentar a ilicitude, trabalhar com um pretensão direito subjetivo “*a não nascer*”, ou com um “direito à não existência”⁴⁹, que logo remete para uma atitude negativista. Esta noção cria confusões, dando a entender que a posição da criança se tem de fundamentar num tal “direito”, e obscurece a problemática *substantial* e os resultados *práticos* que estão em causa⁵⁰.

⁴⁷ V., por ex., ERWIN DEUTSCH/ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 5.ª ed., Berlin-Heidelberg-NewYork, Springer, 2003, pág. 224 (para os quais “a decisão da mãe para a interrupção da gravidez pode interromper a sua vida, mas preserva-o de deficiências que são, pelo menos, financeiramente onerosas”), e a cit. decisão do HR holandês de 2005 (“*baby Kelly*”), n.º 4.13: a clínica e o médico “invocaram que Kelly não tem (também contra eles) qualquer direito à própria não existência ou à interrupção da gravidez da sua mãe. Porém, tal é improcedente pois o médico está vinculado por força do seu dever de cuidado (...), existente primariamente para com a mulher grávida, mas também para com o seu filho ainda por nascer, a realizar o diagnóstico pré-natal exigido nas circunstâncias, e, se for o caso, a consultar um geneticista clínico para examinar melhor o fruto da gravidez (...). Se o médico falhar no cumprimento destes deveres para com a mulher, actua também para com o nascituro em violação de regras não escritas”, vigentes na prática social para os profissionais.

⁴⁸ HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht: eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, pág. 284.

⁴⁹ Criticamente, com razão, tb. V. CARDOSO CORREIA, “Wrongful Life Action”, cit., págs. 128 segs.

⁵⁰ No que, aliás, parece ser mais uma expressão dos inconvenientes da utilização da forte “linguagem dos direitos” quando estão em causa problemas éticos e jurídicos de fronteira. Sobre esse inconveniente, v. F. ARAÚJO, ob. cit., págs. 16-8, 94 e segs.

Acresce que, apesar de o nascituro não ser parte no contrato com o médico (ou o outro profissional responsável), é claro que em regra a mãe o inclui (tal como ao pai) no âmbito de proteção do contrato de tratamento⁵¹, pelo que pode aplicar-se aqui a figura do “contrato com eficácia de proteção para terceiros”⁵². O risco do profissional é intensificado pela consideração da criança como objeto de proteção pelo contrato, mas tal não é obstáculo a um contrato com eficácia de proteção para terceiros. Os requisitos deste contrato consistentes na relação de sustento do credor (os pais) com a criança e na sua proximidade reconhecível ao credor, bem como a sua necessidade de proteção, estão evidentemente verificados⁵³. Apenas poderia questionar-se se o dever violado tem como finalidade a proteção da criança: da perspetiva desta, ser-se-ia tentado a negá-lo, pois foi a violação do dever que conduziu ao nascimento e a não existência daquela não pode ser considerada uma alternativa superior. Mas, como nota Neuner⁵⁴, não é determinante para a direção dos deveres dos médicos a perspetiva da criança, antes aquilo que o tratamento médico tem como objetivo. Este objetivo tem uma dimensão pessoal e uma dimensão patrimonial: por um lado, deve ser impedida uma criança com deficiências graves; por outro lado, não devem surgir as necessidades financeiras acrescidas causadas por uma criança nessa situação. Os pacientes que concluem um contrato de diagnóstico ou tratamento não querem apenas ter a possibilidade de se decidir contra o nascimento de uma criança com

⁵¹ Como, perante a dificuldade suscitada no cit. acórdão do STJ de 19 de jun. de 2001, de desconformidade entre a causa de pedir e o pedido, notou também A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, págs. 382-3.

⁵² Também neste sentido, v., por exemplo, na doutrina alemã, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., págs. 220 e segs., n.º 344, págs. 223 e segs., GOTTFRIED SCHIEMANN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, § 249, n.º 209 (cit. como STAUDINGER/nome do autor), STAUDINGER/HAGER, § 823, n.º 51, e JOHANNES HAGER, “Das Recht der unerlaubten Handlungen”, in *J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, págs. 819-76, 827-8, J. NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, cit., págs. 481 e segs.

⁵³ J. NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung”, cit., pág. 482.

⁵⁴ Ob. cit., págs. 482-483.

graves deficiências, mas também proteger-se contra os custos significativos que isso traria⁵⁵. Não é, por isso, decisivo saber se na perspectiva da criança seria “melhor viver ou não viver”. Decisiva é antes a preferência manifestada pelos progenitores no contrato de diagnóstico e tratamento, no sentido de terem a opção da não existência. Não é relevante para isso saber se a criança já existia e podia ser parte contratual, ou apenas virá a surgir (ou até a ser concebida) no futuro. Nem é decisivo saber se as partes realmente acordaram expressa ou tacitamente tal eficácia de proteção a favor da criança, ou se ela apenas é obtida pelos critérios de integração negocial (segundo a vontade hipotética ou a boa fé — artigo 239.º do Código Civil).

b) Dano

Continuamos a ter por claro — logo fenomenologicamente — que quando se dá, em consequência de erro médico, um nascimento de uma criança deficiente, o primeiro e mais direto visado é a própria criança (pelo menos pelas suas necessidades acrescidas). Isto é, o primeiro lesado não são os pais (que só são lesados indiretamente, enquanto puderem e deverem ocupar-se da criança), mas antes a própria pessoa que nasceu com uma deficiência severa, e que tem despesas acrescidas para ser sustentada e ajudada, eventualmente toda a vida.

Contra isto não vale argumentar que a existência da criança só era concretamente concebível naquelas condições, e, portanto, dependente da assistência paterna. Mesmo partindo da necessidade de um parâmetro contrafactual para sua determinação, entendemos, como vimos, que é inaceitável a negação da invocação pela concreta criança já nascida de um parâmetro de “normalidade”, para efeitos da determinação do dano, apenas porque ela nunca poderia ter existido de outra maneira. Tal limitação afigura-se-nos, ela sim, contrária à dignidade da pessoa humana. Não é, pois, inultrapassável a contra-argumentação que incide na própria impossibilidade de se configurar um *dano*, o qual exigiria uma (impossível) avaliação “contrafactual” da situação do concreto lesado, ou que

⁵⁵ *Ibidem.*

pressuporia que se considerasse preferível a morte (ou o não nascimento) a uma vida com deficiência.

O mesmo vale, como vimos, para a argumentação lógica (ou de “lógica pragmática”), no sentido de que nos casos de “*wrongful life*” a criança não tem uma pretensão indemnizatória contra aquele sem cujo comportamento errado não teria de todo chegado a vir ao mundo, seja porque tal esbarraria com um “problema de não-identidade” entre a vítima que formula a pretensão e a não existência da vítima, que sem o evento lesivo não teria sido criada⁵⁶, seja porque, noutra formulação, envolveria uma autocontradição “pragmática”, ou mesmo “performativa”, “pela qual de certa forma se põe em causa retroativamente a base sobre a qual assenta a possibilidade de invocação da pretensão”⁵⁷.

Vimos já que o nosso Tribunal Constitucional aprofundou e rejeitou de forma convincente estas objeções. Quanto ao argumento da autocontradição, ele envolve, por sua vez (como grande parte da argumentação baseada na “contradição performativa”), a imputação, ao conteúdo proposicional do próprio pedido de indemnização, da destruição dos pressupostos que tornam possível a realização de tal pedido. Mas tal destruição está longe de ter de ser inevitável, pois a existência da criança é um *dado* real, que evidentemente não é nem pretende ser afetado pela formulação do pedido. A existência da criança é um *dado* que não pode estar em causa, para efeitos da sua legitimidade.

Não aceitamos, além disso, a consequência, a que leva a rejeição de uma indemnização à própria criança, de acrescentar à dependência *natural* e geral desta uma *dependência*, para obter indiretamente uma reparação, no plano *jurídico*, do exercício pelos pais do direito a uma indemnização e do cumprimento do seu dever de alimentos, bem como

⁵⁶ V. indicações em F. ARAÚJO, ob. cit., págs. 97-8, e n. 169 e seg., referindo modos de rebater aquele problema — designadamente, notando que a objeção filosófica e valorativa poderia ser resolvida recorrendo à noção de “potencialidade” do ser em questão, que se vai tornando, no devir presente, uma identidade.

⁵⁷ Assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht — Eine Zwischenbilanz*, BerlinNew York, de Gruyter, 1999, pág. 67, n. 207 (na trad. port., *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 96-7, n. 208); e já DIETER MEDICUS, *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, Beck, 1985, págs. 13 e seg.

logo da própria existência destes⁵⁸ — ou de mecanismos de segurança social que podem ser de duvidosa eficácia. Para além dos efeitos perversos desta solução⁵⁹ (recusar à criança “o direito à indemnização conduzirá, muitas vezes, a que os tribunais aumentem a indemnização dos pais, incluindo nos danos destes os danos do filho deficiente”), ela não parece ser a melhor “até porque os pais podem descurar o acompanhamento da criança, por negligência, por qualquer vicissitude conjugal ou até por falecerem”⁶⁰. Como se notou na nossa doutrina, existe uma contradição interna entre reparar os danos aos pais, mas rejeitar reparar os do filho, quando uns e outros *resultam do mesmo comportamento* culposos, sendo certo que a indemnização aos pais poderia suscitar uma objeção semelhante, pois a alternativa à vida do filho deficiente seria uma não-vida⁶¹.

c) Causalidade

O nexos de causalidade fundamentadora deve estabelecer-se entre a conduta do profissional em causa e o evento lesivo consistente na perda de faculdade de optar, em exercício da autodeterminação reprodutiva, pela interrupção da gravidez. Quando estiverem em causa informações, o principal problema de causalidade entre a violação do dever de infor-

⁵⁸ V., porém, por ex., HERMANN LANGE, *Schadensersatz*, 2.^a ed., Tübingen, Mohr, 1990, pág. 337: “consequência a aceitar é a de que a criança já nada recebe depois da morte dos pais”.

⁵⁹ Que, entre nós, são referidos por A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383 (“porque é que isso haverá de repugnar, se for o filho a pedir a indemnização, e já não repugna se forem os pais a pedirem essa indemnização?!”), A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., IV, cit., pág. 364 e seg. (contradição de valorações).

Improcedente é também a invocação de possíveis prejuízos *psicológicos para a criança*, para contrariar a possibilidade de uma indemnização dos pais pelo nascimento do filho, saudável ou não (no primeiro caso, pelo menos por danos patrimoniais). O ato de planeamento familiar (a prevenção do alargamento da família “anónimo”, isto é, com membros ainda desconhecidos) é bem diverso do da aceitação eventual de uma criança depois de ter nascido e de ter passado a integrar a família, e trata-se de matéria que deve em primeira linha ser deixada à apreciação dos pais, que podem fazer ver à criança que é errada qualquer impressão de não ser desejada.

mação e as consequências da falta de informação — por exemplo, um diagnóstico pré-natal ou a falibilidade de uma vasectomia — reside na prova do comportamento do destinatário da informação, caso os deveres tivessem sido cumpridos. A jurisprudência alemã ajuda nestes casos o credor da informação com uma *presunção de que se teria comportado de forma adequada tendo em conta a informação* (“*Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*”), pelo que não teria deixado de adotar as correspondentes condutas (por ex., a interrupção da gravidez, a abstenção de relações sexuais)⁶².

d) *Cômputo do dano*

Quanto aos danos *patrimoniais* (dos pais ou da criança) os problemas não têm estado na sua existência em si mesma, ou no seu cômputo como correspondendo às despesas de sustento (obrigação de alimentos), normais ou acrescidas pela deficiência, consoante os casos — mas antes na compatibilização de tal indemnização com valores (constitucionalmente protegidos) de maior nível. Vale, porém, o regime geral da obrigação da indemnização, incluindo a possibilidade de fixação da indemnização “equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”

⁶² Para CLAUS WILHELM CANARIS (“Die Vermutung ‘aufklärungsrichtigen Verhaltens’ und ihre Grundlagen”, FRANZ HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadling zum 70. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2004, págs. 3-24), a decisão sobre a conduta a adotar não dispondo da informação, isto é, uma decisão não *informada*, é um resultado diverso, na sua configuração concreta, da decisão que o interessado teria tomado com informação, pelo que tem de afirmar-se a causalidade entre a violação do dever de informação e este resultado, consistente na concreta decisão não informada, ligando-se depois esta à lesão sofrida segundo as regras gerais da causalidade. Cabe, assim, ao devedor provar que um tal resultado diverso não teria (decisão não informada) conduzido ao mesmo dano (v. tb. págs. 17-8, para uma justificação alternativa, com fundamento em que é ao devedor que invoca o comportamento alternativo lícito — isto é, o devedor da informação que invoca que o credor se teria comportado de igual modo se ele o tivesse informado, isto é, se se tivesse comportado licitamente — que incumbe a prova das consequências deste). V. também o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., II, págs. 1385 e segs.

(artigo 494.º), e o regime da *compensatio lucri cum damno*, designadamente para a indemnização de danos patrimoniais, e desde que os benefícios sejam igualmente suscetíveis de avaliação pecuniária (patrimoniais)⁶³.

⁶³ A discussão da “compensação de vantagens” na indemnização tem tido uma relevância menor, nos casos de “*wrongful birth*” e de “*wrongful life*”, do que as condicionantes constitucionais e éticas logo à própria admissibilidade de um dano resarcível. Mas há uma aproximação quando se discute o problema de saber se as vantagens, materiais ou imateriais (a “alegria com a criança”), de um nascimento não sobrelevam as desvantagens materiais do seu sustento, e se, portanto, uma indemnização, pelo menos por *wrongful conception* de uma criança saudável, não deveria ser correspondentemente diminuída. Há quem o afirme (assim, decisivamente, já o *Landsgericht* de Düsseldorf, 2 de Dez. de 1993, in *NJW*, 1994, págs. 805-7, 806), para as vantagens imateriais, enquanto outros apenas concedem relevância no quadro de uma reparação de danos não patrimoniais (v. GREGOR THÜSING, *Wertende Schadensberechnung*, München, Beck, 2001, págs. 37-8, 58, GERDA MÜLLER, “Fortpflanzung und ärztliche Haftung”, in ERWIN DEUTSCH, org., *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1995, págs. 355-72, 364). E, para as vantagens e danos patrimoniais, já o BGH, na cit. decisão de 18 de Março de 1980 (*NJW*, 1980, págs. 1455-6), mandou deduzir aos custos com o sustento da criança nascida de uma esterilização falhada o abono de família (*Kindergeld*) recebido pelo seu nascimento (v. tb. mais tarde, por ex., a decisão de 19 de Jun. de 1984, in *NJW*, 1984, págs. 2625-6). Sobre o problema, v., no direito italiano, G. CASSANO, “Nascita indesiderata e ‘*compensatio*’ (nota a Trib. Venezia, sez. III civ., 10 settembre 2002)”, *D&G — Dir. e Giust.*, 2002, f. 39, pág. 68, e ANTONINO D’ANGELO, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, Giuffrè, 1999, págs. 84, segs.

Entendemos que o problema da “compensação de vantagens”, nos casos referidos no texto, é, no domínio do *dano não patrimonial*, um problema de *avaliação* deste, e se, para os *danos patrimoniais*, é de admitir nos termos gerais a compensação com vantagens patrimoniais (como um “abono de família”, mas não, prestações alimentares), para vantagens imateriais não defendemos a possibilidade de “compensação” (a que a jurisprudência norte-americana manifesta abertura — v. G. THÜSING, *Wertende...*, cit., págs. 188 e segs., e, criticamente, págs. 477 e segs.).

Nem nos parece que a redução da indemnização por danos patrimoniais resultantes da gravidez e do nascimento (“dano do planeamento familiar”), ou das necessidades de uma criança gravemente deficiente, deva ter lugar atendendo apenas a aspetos *específicos* destes casos, tais como possíveis objeções éticas a que do nascimento de uma criança possam resultar danos. Antes defendemos, apenas, a possibilidade de recurso, também nestes casos, ao mecanismo geral do art. 494.º, desde que não exista dolo do lesante, e podendo entre as outras circunstâncias do caso contar-se a evolução subsequente, não só da situação económica, mas dos po-

Aliás, quanto ao caso de nascimento de uma criança saudável, se os danos patrimoniais resultantes de um nascimento podem ser computados, por exemplo, quando a gravidez resultou de uma violação (e não se vê que não o possam ser), não se vê por que não é possível calculá-los nos casos de *wrongful conception* ou de *wrongful birth*.

Encontram-se por vezes também objeções relativas à impossibilidade de avaliação do dano resultante do nascimento com deficiência, quando a única alternativa teria sido a interrupção da gravidez⁶⁴. Mas essa não é, a nosso ver, a alternativa relevante para o cômputo do dano. Antes este dano consiste no acréscimo de custos, dos pais ou da própria criança, devidos à deficiência, em relação ao que teriam de gastar em caso de inexistência desta, e é perfeitamente calculável tendo como referência o padrão dos gastos normais com uma criança que não esteja nessa situação. Isto, sendo certo, porém, que, se se provar que, sem a falta médica, teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas despesas *acrescidas* pela deficiência, mas *todas* as despesas com o seu sustento e educação.

A problemática da fixação da indemnização da criança — mas não só — parece, aliás, apresentar proximidade com a das lesões pré-natais

sicionamentos dos pais, incluindo as vantagens imateriais que possam resultar para eles da criança (já, porém, a circunstância de os pais passarem a ter direito a uma eventual prestação de alimentos pelo filho não parece que possa ser relevante, salvo em hipóteses excepcionais). Essas vantagens, quando existirem realmente, devem ser relevantes no quadro do art. 494.º, mas não podem, evidentemente, deixar de ser apreciadas em termos estritamente *individuais* e *concretos*, e não “objetivos” ou generalizantes — tal como não é de acompanhar certa jurisprudência alemã para a qual bastaria uma melhoria geral da situação económica dos pais para que o dever de indemnização desaparecesse (isto, pelo menos, quando as razões económico-sociais não constituírem só por si indicação suficiente para legitimar a interrupção da gravidez, como acontece entre nós, e diversamente do direito alemão, em que, por isso, se defende que o dever de alimentos sai do âmbito de proteção do dever violado quando uma apreciação superveniente vem a tornar injustificada tal indicação — v. a decisão do BGH de 7 de Maio de 1985, in *BGHZ*, vol. 95, págs. 199-212, *NJW*, 1985, págs. 2752-5, e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.ª ed., 2003, pág. 334).

⁶⁴ Cf., perguntando como se “*confronta* a vida de alguém deficiente com uma não-vida dessa mesma pessoa”, v. A. PINTO MONTEIRO, anot. ao ac. do STJ de 19 de Jun. de 2001, *RLJ*, cit., pág. 384.

que o feto vem a sofrer, quer durante a gravidez, no ventre materno, quer mesmo já antes da concepção ou nesta mesma⁶⁵. E, como se sabe, a nossa lei concede tutela ao nascituro contra tais lesões, no artigo 66.º, n.º 2, do Código Civil.

e) O limite imposto pela necessidade de evitar contradições valorativas (pela compensação de danos não patrimoniais alegadamente devidos apenas ao nascimento de uma criança saudável)

Mantemos, também, a posição de que há que fazer uma restrição à compensabilidade dos danos não patrimoniais quer dos pais quer da própria criança, para evitar uma contradição valorativa com a proteção da vida humana — um limite como que correspondente ao “núcleo duro” em que a intuição subjacente à solução dominante se afigura procedente, e que não é mais discriminatório em relação à situação dos pais confrontados com a concepção ou o nascimento de uma criança deficiente do que outras escolhas valorativas do legislador (como a admissão da indicação embriopática, no artigo 142.º, n.º 1, alínea *c*), do Código Penal).

Na verdade, não pode aceitar-se uma compensação de danos *não patrimoniais* baseada no *mero facto* do nascimento da criança *saudável*, quer tal compensação seja pedida pelos pais, quer pela própria criança (embora neste último caso o problema raramente se deva pôr), pois tal seria contraditório com a proteção da vida humana como valor. Não distinguimos, aqui, entre a possibilidade de os pais ou a criança pedirem indemnização, nem excluímos em geral a compensação dos danos não patrimoniais *da própria criança* por *wrongful life*. A nosso ver, também os pais não deverão poder obter uma indemnização baseada no *mero facto*

⁶⁵ Cf. tb. E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pág. 225 (mesmo a ação contra o profissional devido à sua concepção não deveria estar vedada à própria criança, apesar de não estar ainda concebida à data do evento lesivo, tal como a criança deve ter direito a ser indemnizada pela infeção da mãe e do filho com uma doença sexualmente transmissível, antes ou depois da concepção, ou por uma lesão sofrida no ventre materno), e, agora, H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., pág. 336 (“a problemática a discutir não é tão distante da das lesões pré-natais, e sobretudo da das lesões antes ou na concepção, que seria por isso adequada uma valoração totalmente diversa”; mas o paralelismo não é incontestado na doutrina alemã).

do nascimento de uma *criança saudável*, e, inversamente, a criança que nasceu com uma deficiência deve poder obter a compensação também dos seus danos não patrimoniais⁶⁶, mesmo que a deteção pré-natal apenas tivesse conduzido a uma interrupção da gravidez.

Há que distinguir cuidadosamente os danos em causa: apenas limitamos a possibilidade de obtenção de uma compensação por danos *não patrimoniais*, e desde que não resultantes de *outros* sofrimentos, como os relacionados com a gravidez, o parto (ou, até, a educação da criança, considerando, por exemplo, eventuais limitações ou deficiências dos pais) ou com a deficiência da criança, antes alegadamente decorrentes *apenas do nascimento de uma criança saudável*. Só a afirmação de tais danos não patrimoniais *apenas pelo surgimento de vida humana* envolveria, a nosso ver, uma *contradição valorativa inultrapassável* com os valores subjacentes às normas que protegem o direito à vida e o bem jurídico “vida em formação” (ou “vida humana pré-natal”). Mas a rejeição, nesta medida, do pedido de compensação pode enquadrar-se, sem dificuldade, no requisito de que os danos não patrimoniais sejam tais que “pela sua gravidade, *mereçam a tutela do Direito*”, formulado no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, sendo que a inexistência de uma deficiência grave pode e deve ser considerada em tal juízo sobre o merecimento de tutela⁶⁷.

⁶⁶ Diferentemente, segundo A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado...*, cit., pág. 391, “o dano moral da própria criança (pensando numa ação de *wrongful life*) afigura-se de mais difícil apreciação jurídica” (do que o dos pais, que poderiam exigir a compensação dos danos não patrimoniais resultantes da “privação da possibilidade de praticar a interrupção da gravidez não punível, autodeterminando-se na sua paternidade e maternidade”).

⁶⁷ O facto de apenas excluirmos o direito à compensação por danos não patrimoniais baseado *apenas no nascimento de uma criança saudável* não é mais discriminatório (entre crianças saudáveis e crianças deficientes) do que a admissão da indicação embriopática para a interrupção da gravidez — que pode discutir-se, mas é admitida na nossa lei. E corresponde também, sem dúvida, sociologicamente a uma diferença nas consequências não patrimoniais para os progenitores, que não deve ser ignorada pelo Direito — devendo embora ser combatida veementemente qualquer discriminação no tratamento das pessoas em causa, em função da deficiência. O facto de toda a vida humana nascida gozar de dignidade plena não é obstáculo a isto. Antes, a nosso ver, a negação da indemnização pelo nascimento de um filho com deficiência, com tal fundamento, é de novo retórica a mais, mas análise, e sensibilidade aos factos a regular, a menos.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DOS FILHOS NASCIDOS ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA CONHECEREM SUA ORIGEM GENÉTICA.

WLADEMIR PAES DE LIRA¹

Resumo: O presente texto tem o objetivo de analisar o confronto dos direitos fundamentais dos pais ao estabelecimento de filiação através da inseminação artificial heteróloga, do doador de material genético ao anonimato e dos filhos gerados por essa técnica de conhecer sua origem genética, e se, no caso da impossibilidade destes ter acesso a sua história biológica, pode gerar danos indenizáveis a serem suportados pelos pais.

Palavras-Chave: Direito fundamental à filiação; Inseminação artificial heteróloga; Origem genética; Responsabilidade civil.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Doutorando pela Universidade de Coimbra, Juiz de Direito, Professor da Universidade Federal de Alagoas e da Escola Superior da Magistratura de Alagoas, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões em Alagoas — IBDFAM/AL e Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil — IBERC, e-mail: wplira@uol.com.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3908553455424357>

Abstract: This text aims to analyze the confrontation of the fundamental rights of parents to establish affiliation through heterologous artificial insemination from the donor of the genetic material to anonymity and also from the children generated by this technique that allows them to know their genetic origins. Therefore, this article will examine the civil liability of the parents in case that the children can't have access to their biological history.

Keywords: Fundamental right to affiliation; Heterologous artificial insemination; Genetic origin; Civil liability.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Primeiramente gostaríamos de ressaltar nossa satisfação em termos de sermos convidados para participar desta obra em homenagem ao Ilustre Senhor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, eminente professor da Universidade de Coimbra, destacado estudioso da responsabilidade civil, que para nossa honra é nosso Orientador no doutoramento.

O planejamento familiar através da filiação é um importante interesse para a concretização do projeto de vida de muitas pessoas, várias delas não podendo concretizar tal projeto pelas vias tradicionais de reprodução, surgindo, além da adoção, a possibilidade de que a filiação seja concretizada através de técnicas de reprodução humana assistida, quer utilizando material genético dos pretendentes², quer de doadores.

Nesta apertada síntese, procuraremos analisar como compatibilizar esse direito fundamental à filiação, através da inseminação heteróloga, com o direito do doador do material genético ao anonimato e o direito do filho fruto dessa técnica, ao conhecimento de sua origem genética.

A hipótese que se pretende responder ao final, é se a impossibilidade dos filhos frutos de inseminação artificial heteróloga, em conhecer sua origem genética, pode gerar danos indenizáveis e se os pais podem ser responsabilizados civilmente por tais danos.

² Utilizaremos no presente texto as expressões “pretendente” e “pretendentes”, para indicar a pessoa ou as pessoas que pretendem o estabelecimento de uma filiação, através de técnicas de reprodução assistida, evitando confusões semânticas.

I. DIREITO À FILIAÇÃO ATRAVÉS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

1. Direito à inseminação artificial e sua previsão legal.

Tanto na Constituição brasileira, artigo 226, § 7^o³, quanto a Constituição portuguesa, artigo 26^o, inciso 3.⁴, o direito ao planejamento familiar, no qual se enquadra o direito à filiação e por via de consequência, o direito à fertilização através das técnicas de reprodução humana assistida é direito fundamental, como concretizador do macro princípio norteador do sistema constitucional que é a dignidade da pessoa humana, cuja centralidade e valorização no constitucionalismo global é um avanço civilizatório, como destaca Daniel Sarmiento⁵.

O planejamento familiar, antes visto como uma intervenção estatal sobre a procriação, à liberdade reprodutiva da mulher e controle de natalidade, como lembra Nathalie Cândido⁶, hoje impõe ao Estado garantir “o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”⁷, assim como, garantir o direito à constituição familiar através da filiação.

³ BRASIL, Constituição Federal, Art. 226 (...).§ 7^o Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴ PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa: “Art. 26^o (Outros direitos pessoais). 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e ne experimentação científica.”

⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana — Conteúdo, Trajetória e Metodologias*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.15.

⁶ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga: Distinção entre Filiação e Origem Genética*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>, acessado em 10/11/2020, às 15:00 hs.

⁷ DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 8.

Nessa perspectiva, a inseminação artificial heteróloga atende ao direito à filiação e vem sendo regulada no Brasil por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, 2.013 de 2.013, 2.121 de 2015 e 2.168 de 2017, e em Portugal pela Lei nº 32/2006, alteradas pelas leis 59/2007, 17/2016, 25/2016, 58/2017, 49/2018 e 48/2019.

Acerca da discussão sobre a força normativa das resoluções do CFM⁸, entendemos que embora não possuam força de lei, vinculam os profissionais médicos que atuam no processo da reprodução humana assistida. Não havendo lei específica no Brasil sobre o tema, é a resolução que regula a matéria em relação aos médicos, o que implica dizer que os médicos só podem fazer os tratamentos de acordo com os critérios por elas estabelecidos, vinculando de forma reflexa os particulares⁹, tendo sido utilizadas, inclusive, como razão de decidir em várias decisões¹⁰.

O juiz só pode desconsiderar a aplicação da resolução se esta ferir lei (ilegalidade), ou esteja em desacordo com a Constituição (inconstitucionalidade), o que acaba vinculando também o juiz.

A liberdade constitucionalmente protegida, se estende ao planejamento familiar e por consequência, ao direito à filiação, como lembra Olga Krell.¹¹¹²

O direito à concretização do projeto de filiação através de inseminação artificial, inclusive heteróloga, é direito fundamental, máxime quan-

⁸ *Idem, ibidem*, p. 28 a 30.

⁹ FROENER, Carla & CATALAN, Marcos. *A Reprodução Humana Assistida na Sociedade de Consumo*, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 39.

¹⁰ A título de exemplo a decisão TJRS no AgInst 70052132370, oitava Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil, data 044/04/2013, disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa, acessado em 10/11/2020 às 12:15.

¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil — Princípios Éticos e Jurídicos*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 102 a 109.

¹² No mesmo sentido, entendendo o direito à filiação como liberdade constitucional, v.g. AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87-93.

do “o casal reputa fundamental para a sua felicidade e harmonia familiar a constituição de prole”¹³¹⁴.

2. O consentimento informado.

De acordo com § 3º, do artigo 15, do Código de Ética Médica, é vedado ao médico “praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”¹⁵, em consonância com o que já orientava a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em seu artigo 6º, alínea “a”¹⁶, o que impõe que a informação seja a mais completa possível inclusive acerca das consequências jurídicas daquela filiação. As informações não devem se restringir às questões médicas, cumprindo as regras do biodireito¹⁷ mas também as questões jurídicas, como o direito do futuro filho de ter acesso a sua origem biológica, para que permitam, inclusive, a apuração de possíveis responsabilidades.

Como ensina na Itália Concetta Parrinello, a autodeterminação na escolha do projeto de filiação, exige do médico que esclareça a pessoa de questões relevantes e que garanta o respeito à dignidade de todos os envolvidos.¹⁸

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 638.

¹⁴ No mesmo sentido, no México, MARTÍN, Nuria González. Adopción Internacional, Gestación por Sustitución e Interés Superior del Menor en el Derecho Mexicano, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13, agosto 2020, p. 632.

¹⁵ BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.931/09, disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>, acessado em 28/10/2020, às 16:00 hs.

¹⁶ Disponível em http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf, acessado em 29/10/20, às 16:30.

¹⁷ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

¹⁸ Cf. PARRINELLO, Concetta. Autodeterminazione nelle Scelte Procreative e Responsabilità del Medico, in *La Responsabilità Civile nel Terzo Milleio*, a cura de Raffaele Tommasini, Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 88: “(...) diritto alla procreazione, consentindo un’interpretazione sempre attuale di concetti ampi come

Não basta o consentimento, havendo, outrossim, o dever de esclarecer, como lembram André Dias Pereira¹⁹ e Eduardo de Oliveira Leite²⁰.

Como lembra Flaviana Rampazzo²¹ em recente trabalho, não basta o médico estar tecnicamente apto para o procedimento, ele e sua equipe têm que estar em condições de fornecer ao paciente todas as consequências que envolvem o procedimento, inclusive, entendemos nós, as consequências jurídicas.

Todas as informações fundamentais para o consentimento, além de dever legal e ético do médico é direito fundamental dos pretendentes.²²

3. A regularização e as consequências jurídicas em relação aos filhos nascidos através de inseminação artificial.

No Brasil, o Código Civil trata de inseminação artificial quando prevê as hipóteses de presunção de paternidade no casamento, presumindo que são filhos das pessoas casadas, os decorrentes de “concepção artificial homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”, no artigo 1.597, incisos VI e VII, respectivamente, não prevendo a situação de filiação dos casais que vivem

dignità, persona, salte, maternità nell ottica di operarei l bilanciamentofra posizioni parimenti protette a livello cosntitzzionale (valore da persona in formazione, rispetto dela dignità, diritto ala própria individualità, princípio di autodeterminazione).”

¹⁹ Cf. PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidades Médicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 398: “Já em 1889, O Tribunal de Liège afastava a ideia de consentimento como uma “carta branca” dada ao médico. Na verdade, depois de se exigir o consentimento, *o dever de esclarecer* veio para as luzes da ribalta do direito.” (destaques do original).

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito, Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 334.

²¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consentimento do Paciente no Direito Médico — Validade, Interpretação e Responsabilidades*, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 159.

²² PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 66, *apud* DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 50.

em união estável, pessoas que não possuem conjugalidade, mães ou pais que têm projeto de filiação como parte parental exclusiva, assim como, a situação da gestação por substituição.

Tal previsão demonstra a ênfase aos filhos nascidos de uma relação de casamento, os ditos filhos matrimoniais, classificação até bem pouco tempo ainda sustentada, como menciona em importante trabalho sobre o tema, o Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³, porém hoje com pouca relevância, com a difusão da descoberta da filiação biológica através do DNA.

Optaremos, portanto, em classificar as formas de filiação em função dos vínculos entre os filhos e as partes parentais, para enquadramento dos filhos nascidos através de reprodução humana assistida, deixando a questão da presunção como análise subsidiária. Nessa perspectiva, diferenciamos as espécies de filiação em função dos vínculos que podem gerar a relação paterno/materno filial, com suas consequências jurídicas.

Primeiramente, convém realçar, a doutrina brasileira já vem diferenciando genitor de pai²⁴, sendo o primeiro com quem se tem um vínculo genético, e o segundo com quem se estabelece uma relação de paternidade-filiação, podendo acontecer que o genitor não tenha vínculo de paternidade e o pai não tenha vínculo biológico com o filho.

A filiação biológica ou natural ocorre quando o pai possui com o filho o vínculo biológico, o que acontece em geral quando se busca a paternidade de quem não registrou o filho espontaneamente, que se comprova pelo exame de DNA, e na presunção de paternidade dos filhos nascidos no casamento, e em relação às mães, a presunção se dá em relação à mulher que deu a luz à criança.

A adoção é o que se denomina de filiação civil²⁵, quando não existindo vínculo biológico, se estabelece a filiação mediante processo próprio e através de provimento judicial constitutivo.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 426 a 435.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 370 e 371.

²⁵ WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 197.

Embora qualquer que seja a espécie de filiação, ela só gera efeito quando devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais, ou seja, quando se converte em filiação registral, esta expressão pode ser também utilizada em relação aos filhos que são registrados, porém não possuem vínculo biológico com o pai ou com a mãe e não passaram por um processo formal de adoção. É a hipótese de registrar como seu filho que sabidamente não tem vínculo biológico, o que, embora ocorra em diversos países, é conhecido, injusta e pejorativamente, como adoção à brasileira²⁶. Neste caso, gera todos os efeitos jurídicos, enquanto não for desconstituída.

Exclusivamente no Brasil, ainda existe a possibilidade de se reconhecer uma relação de paternidade/maternidade socioafetiva, ou seja, verificando a posse de estado de filho, pode tal relação ser reconhecida como filiação, ser registrada e gerar os mesmos efeitos de qualquer outra forma de filiação. A construção teórica da filiação socioafetiva se iniciou no Brasil através de importante trabalho de João Baptista Vilela²⁷, desenvolvido depois por autores como Edson Fachin²⁸ e Paulo Lôbo²⁹.

No que concerne aos filhos nascidos através de métodos de reprodução medicamente assistida, tem-se que, sendo homóloga a inseminação, ou seja, com a utilização de material genético tanto da mãe quanto do pai pretendentes, o vínculo entre o filho e os pais é o biológico, não havendo muitas controvérsias acerca do registro de tal filiação.

Na inseminação heteróloga, quando se utiliza material genético de outras pessoas que não os pretendentes, grandes discussões surgiram na doutrina acerca de que forma esses filhos poderiam ser registrados em nome dos pretendentes.

A questão ganha ainda outro complicador, quando se utiliza a gestação de substituição ou cessão de útero, conhecida também como “barriga de

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil — Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246.

²⁷ VILELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade, in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 11, n. 132, Belo Horizonte, 1978, p. 401-418.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 169.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Afetividade na Filiação, in *A Família na Travessia do Milênio*, Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 245-253.

aluguel³⁰, o que tem causado discussões na doutrina acerca do estabelecimento de filiação, tendo em vista a possibilidade de arrependimento por parte de quem cedeu o útero, mesmo após o nascimento da criança, como decidiu o Tribunal Constitucional Português, como analisou o Professor André Pereira³¹.

Na Alemanha, o Código Civil³² disciplina como se estabelece a filiação quer seja em relação aos pais quer às mães³³.

Wilfried Schlüter destaca a controvérsia que surgiu na Alemanha pela opção do legislador mesmo depois de diversas reformas do Código Civil Alemão, ter mantido o estabelecimento da maternidade para a mãe parituriente, mesmo que a mãe pretendente tenha sido a doadora do óvulo³⁴.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de que em relação ao pai, a inseminação homóloga caracteriza filiação biológica, estando o homem casado ou não com a mãe pretendente, sendo ou não utilizado a gestação de substituição, desde que previamente autorizado pelo pai pretendente.

No caso da inseminação heteróloga, embora não possua vínculo biológico com a criança, o pai que autorizou a inseminação é o pai, pois promoveu o nascimento do filho como seu projeto de filiação, não podendo buscar a negatória de paternidade, assim como, o doador não possui vínculo de paternidade, não podendo se valer do vínculo biológico para tal fim.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745-746. Neste caso, pode acontecer quando se utiliza o material genético dos pretendentes; com utilização do sêmen do pretendente e o óvulo da *gestatrix*; e utilização do óvulo da *gestatrix* e sêmen de doador.

³¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Conflitos Éticos nas Leis de Procriação Assistida: O Anonimato do Dador e a Gestação de Substituição em Experiências Recentes em Portugal*, texto que nos foi encaminhado pelo próprio autor em novembro de 2020.

³² ALEMANHA, German Civil Code — BGB, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>, acessado em 30/10/2020, às 9:30.

³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Procriação Artificial, in *Revista de Direito privado*, vol. 59/2014, p. 251-259, jul/set 2014.

³⁴ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão — Direito de Família — BGB — Familienrecht*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 340-342.

Com relação à mãe, sendo ela a que gestará o filho, sendo seu o óvulo, não há qualquer controvérsia acerca da maternidade. Sendo o óvulo da doadora e a gestação feita pela pretendente, aplica-se tanto a presunção de maternidade, por ter dado à luz, quanto por ter sido a promovente do projeto de filiação através da técnica utilizada. No caso do óvulo ter sido da pretendente mas a gestação ter sido por outra pessoa, cessão de útero, embora não se possa aplicar a presunção de maternidade por ter dado à luz, o vínculo genético se soma ao projeto de filiação, para garantir à mãe pretendente a maternidade. Mesmo nos casos em que é usado o óvulo da mãe que cede o útero, embora mais complexo, tem se entendido que prevalece o projeto de filiação, em relação ao vínculo biológico entre a criança e mãe que tem vínculo biológico e que promoveu a gestação. Essa conclusão, ao nosso ver acertada, não está livre de muitas críticas.

De qualquer sorte, tanto no caso da paternidade, quanto na maternidade, através das técnicas de reprodução assistida, tem se utilizado no Brasil o fundamento da socioafetividade. Embora a socioafetividade seja uma relação que se verifica de fato, através da convivência entre pais e filhos, no caso da inseminação artificial, existe o que entendemos ser uma relação socioafetiva anterior à concepção. Aquele filho faz parte de um projeto de filiação, ou seja, um projeto de vida familiar, que começa muito antes da própria fecundação, fazendo com que se estabeleçam fortes laços afetivos entre os pais pretendentes e a criança que está por vir.

Como regularização da filiação estabelecida por qualquer que seja a técnica de reprodução assistida no Brasil, esta se dará através do registro no cartório de registro civil, diretamente pelas partes ou mediante ordem judicial, não sendo necessário, em nenhum dos casos, que haja prévio processo de adoção.

Devidamente identificada e cabalmente registrada, a filiação surte todos os efeitos jurídicos de filiação, sem qualquer tipo de discriminação, como prevê o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

II. ANONIMATO DO DOADOR E DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA.

1. O direito fundamental do doador ao anonimato.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos³⁵, em seus artigos 7º e 9º, e a Declaração do Genoma Humano e dos Direitos Humanos³⁶, da UNESCO, de 1997, no artigo 14º, alínea (d), estabelecem a confidencialidade dos dados proteômicos humanos e amostras biológicas de modo a só ser identificado os doadores desses materiais, em casos excepcionais através de previsão legal do país onde foi feito o tratamento.

Tal previsão foi incorporada na Resolução do Conselho Federal de Medicina, 2.168/2017, que prevê o anonimato do doador, cuja identidade só pode ser revelada em situações especiais.

As situações excepcionais que em regra permitiam a quebra do sigilo do anonimato do doador, estavam vinculadas às questões de saúde, quer para verificar o histórico genético, em função de diagnóstico de possíveis doenças hereditárias, quer para aumentar a possibilidade de descobrir pessoas compatíveis para efeito de doação de órgãos.

Alinhamo-nos aos que defendem³⁷, que o anonimato é direito fundamental enquadrado no artigo 5º, inciso X, que trata do direito à intimidade.

³⁵ Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, disponível em [http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm#:~:text=Artigo%201%20%2D%20O%20genoma%20humano,sua%20dignidade%20e%20diversidade%20inerentes.&text=a\)%20todos%20r%C3%AAm%20o%20direito,independentemente%20de%20suas%20caracter%C3%ADsticas%20gen%C3%A9ticas,](http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm#:~:text=Artigo%201%20%2D%20O%20genoma%20humano,sua%20dignidade%20e%20diversidade%20inerentes.&text=a)%20todos%20r%C3%AAm%20o%20direito,independentemente%20de%20suas%20caracter%C3%ADsticas%20gen%C3%A9ticas,) acessado em 03/11/2020, às 16:325 hs

³⁶ Declaração Internacional Sobre dados Genéticos Humanos, disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf, acessado em 03/11/2020, às 16:30 hs.

³⁷ BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Origem Genética e Direito ao Sigilo do Doador de Material Genético: Fronteiras, *Revista do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Ano 2 (2016), nº 1, 1-17. P. 9.

A doação de material genético, tanto no Brasil como em Portugal, é feita gratuitamente, agindo os doadores apenas com o objetivo de ajudar a viabilização de projetos de filiação de pessoas que não podem, por algum motivo, reproduzir pela via convencional.

O consentimento do doador, como regra, está condicionado ao anonimato, até porque, sua intenção não é, certamente, a de ser incomodado com repetidas ações judiciais que visem estabelecer vínculo genético entre ele e as crianças que nasceram em decorrência da sua doação, estando no âmbito de seu direito à privacidade.³⁸

2. O direito do filho de conhecer sua origem genética, também como direito fundamental.

Se, por um lado, o doador tem direito ao anonimato, como garantia de direito fundamental, por outro, o filho originado através de técnica de reprodução humana assistida tem direito ao conhecimento da sua origem genética, o que também se enquadra como direito de personalidade, portanto, direito fundamental.

Embora tratando da desnecessidade de vínculo biológico para caracterização da filiação, no México, Nuria González lembra que no caso da inseminação artificial heteróloga, deve se garantir o superior interesse do filho.³⁹

A questão que se coloca em análise, *a priori*, e parece causar equívocos de interpretação, é diferenciar paternidade de vínculo genético, isto é, genitor de pai. Em função dessa confusão, se utiliza a investigação de

³⁸ RODRIGUES, Cássio Nonteiro. Notas Sobre a Reprodução Assistida Heteróloga no Brasil: a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o Mercimento de Tutela do Anonimato do Doador de Gametas, *in Biodireito — Tutela Jurídica das Dimensões da Vida*, Heloisa Helena Barbosa, Lívia Teixeira Leal e Vitor Almeida, Coordenadores, Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020, p. 29.

³⁹ Cf. MARTÍN, Nuria González. Adopción Internacional, Gestión por Sustitución e Interés Superior del Menor en el Derecho Mexicano, *in Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13*, agosto 2020, p. 631: “(...) *la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior*”.

paternidade inadequadamente, quando o que se busca, algumas vezes, é exclusivamente a declaração de existência ou inexistência de vínculo genético entre duas pessoas. Paulo Lôbo⁴⁰ é um dos que tem chamado a atenção para esse equívoco.

A pretensão de identificar paternidade persiste mesmo sem a prova do DNA, pois paternidade pode ser provada por outros meios, inclusive pela presunção, para os casos de quem se nega a se submeter ao exame de DNA. Já a origem genética só se prova através da prova técnica, impondo, por consequência, um outro tipo de análise dos direitos fundamentais envolvidos em cada demanda específica, como adiante se verá.

Rodrigo da Cunha Pereira ao comentar a decisão do STF, ao julgar o ARE 900521, de MG, que teve como Relator o Ministro Edson Fachin, destacou que “a identidade genética da pessoa humana é um bem jurídico tutelado, e é uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Daí tratar-se de um direito da personalidade, direito fundamental”.⁴¹

O direito à identidade pessoal, não se resume à identidade civil, sendo relevante a possibilidade do conhecimento da historicidade biológica.⁴²

Após a decisão do TC português acerca da inconstitucionalidade do anonimato mitigado, da mencionada lei, através do AC 225/2018, pode haver a identificação do doador por interesse do filho maior, o que foi incorporado ao sistema normativo através da lei 48/2019. A vigente Reso-

⁴⁰ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito à Origem Genética como Direito da Personalidade, sem Vínculo com o Estado de Filiação*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica/3>, acessado em 03/11/2020, às 16:00 hs: “Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Consequentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.”

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Identidade Genética é Direito Fundamental, STF Reforma Decisão Sobre Investigação de Paternidade sem Exame de DNA*, disponível em <https://www.rodrigodacunha.adv.br/identidade-genetica-e-direito-fundamental-stf-reforma-decisao-sobre-investigacao-de-paternidade-sem-exame-de-dna/>

⁴² FERREIRA, Aline Damásio Damasceno. Bioética e Filiação: Direito à Identidade Pessoal, Direito a Conhecer a Origem Genética, in *Direito & Justiça*, v. 35, jan/jun-2009, p. 28-36.

lução brasileira, prevê a garantia do direito do doador ao anonimato, que pode ser mitigado por razões de saúde.

Com a alteração no artigo 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, que prevê que “o adotado tem direito de conhecer sua origem genética”, este também passou a ser utilizado como fundamento para reconhecer que o filho gerado por inseminação heteróloga também ter direito a essa informação, tanto pela doutrina⁴³, quanto pela jurisprudência⁴⁴.

3. A ponderação entre o direito fundamental do anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética pelo filho.

A controvérsia inicialmente trazida à discussão era acerca do direito do filho à paternidade e do suposto pai de não ter sua integridade física violada e de não ser obrigado a produzir prova contra si próprio.

Dentro desse limite que a postulação se resumia, o STF, no julgamento do HC-71.373-RS (DJ de 22.11.96), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu que obrigar o réu a se submeter à coleta de material para exame de DNA feria a dignidade humana, por ir de encontro aos princípios da intimidade, da intangibilidade do corpo humano e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer.

O STJ passou a entender que, se por um lado não se pode obrigar o réu a se submeter ao exame de DNA, por outro, caso o réu se negue a participar da produção da prova, pode ser aplicado a ele a sanção de presunção, que aliada a qualquer outra prova, como a testemunhal, poderá

⁴³ V.g. DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 112; MELO, Álisson José Mais & ROCHA, Maria Vital da. Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas no Brasil, in *RIDB*, ano 3, nº 4, 2014, p. 2913.

⁴⁴ BRASIL, STJ, REsp 876.434/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012.

levar a procedência da ação investigatória⁴⁵, entendimento consolidado na Lei 12.004/09.

Já na ação declaratória de descendência genética ou de origem genética, não se pode aplicar a decisão do STF como forma de impedir que seja o réu compelido à realização do exame. Neste caso o confronto de direitos fundamentais não são os mesmos. Na referida ação a prova pericial é indispensável para o deslinde da questão, sem a qual, não há o que se falar em garantia do direito.

Nesse caso o confronto de direitos fundamentais⁴⁶ toma uma proporção diversa, já que os direitos fundamentais do réu, neste caso vão se confrontar com o direito fundamental do autor em conhecer a sua origem genética, que pode estar vinculado ao direito à vida, à saúde, ou simplesmente ao direito de conhecer sua história genética. Nestes casos, é plenamente possível que o réu seja compelido, coercitiva ou coativamente, a fornecer o material biológico necessário ao exame de DNA.

Para o doador de sêmen ou para a doadora do óvulo, o raciocínio é o mesmo, ou seja, o direito ao anonimato, para garantir a intimidade, não pode se sobrepor ao direito da pessoa que nasceu através de reprodução assistida de conhecer sua origem genética.⁴⁷

Prevalecer o direito do doador de gameta ao anonimato em detrimento ao direito do filho gerado por inseminação heteróloga significa coisificar este,

⁴⁵ BRASIL, STJ, Súmula 301.

⁴⁶ ALEXYS, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*.

⁴⁷ Cf. LÔW, Diana Ayala. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas Frente ao Anonimato do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga*, Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dez/2005, p. 35: “Nesse sentido, resta claro que o direito ao conhecimento das origens biológicas enquadra-se dentro daquilo que se define como Direitos da Personalidade, a exigir uma proteção digna a um componente tão essencial ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto parte da historicidade pessoal de cada um. Em razão disso, pois, é que se demonstra a grande necessidade de observação e ponderação sobre o tema no Brasil, bem como de tudo aquilo que ele envolve e das consequências futuras da utilização da técnica de inseminação mantendo-se o anonimato do doador.”

ferindo seu direito relevante, atrelado à vida, à saúde ou à própria identificação biológica, como lembra Cássio Rodrigues⁴⁸.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA PELO FILHO.

1. Danos pela impossibilidade de se conhecer a origem genética.

Questão crucial para responder a hipótese proposta no presente texto, é analisar se a impossibilidade dos filhos nascidos através de técnicas de reprodução humana assistida, de conhecer a sua origem genética, gera dano, e, em caso positivo, que espécie de dano, identificando se este pode ser indenizável e se os pais podem responder pela indenização e/ou compensação.

Não trataremos da terminologia genérica de dano moral, como ferimento a qualquer dos direitos de personalidade⁴⁹. Para todos os danos extrapatrimoniais, utilizaremos a ideia da maior especificação do dano extrapatrimonial como gênero, tendo espécies, o dano biológico, o dano estético, o dano existencial e o dano moral *stricto sensu*⁵⁰, ou como específica ainda mais Flaviana Rampazzo⁵¹, que constrói a classificação dos

⁴⁸ RODRIGUES, Cássio Nonteiro. Notas Sobre a Reprodução Assistida Heteróloga no Brasil: a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o Merecimento de Tutela do Anonimato do Doador de Gametas, in *Biodireito — Tutela Jurídica das Dimensões da Vida*, Heloisa Helena Barbosa, Livia Teixeira Leal e Vitor Almeida, Coordenadores, Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020, p. 35.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade/2>, acessado em 13/11/2020, às 11:00 hs.

⁵⁰ Como defendem, apenas a título de exemplos, na Itália CHINDEMI, Domenico & CECCHINI, Giorgia. *Danni Endofamiliari: Casi, Quesiti, Soluzioni*, Milano: Altalex Editore, 2011, p. 67 e no Brasil FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 300-304.

⁵¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*,

danos extrapatrimoniais como dano moral puro, dano à identidade da pessoa, à vida privada, à intimidade, à imagem, à integridade intelectual, à honra, à saúde (dano biológico) e dano derivado da morte, o que facilita a quantificação dos danos, que muitas se acumulam no mesmo fato.

Se a origem genética compõe a identificação da pessoa, indicando o “modo de ser no mundo genético”, que ao lado do mundo afetivo e do mundo ontológico⁵², formam a plenitude do sujeito em relação a si e às outras pessoas, representa o pilar principal do direito de personalidade e o que venha a impedir a concretização desse direito deve ser coibido, sob pena de ocorrer um dano.

Não trataremos das funções preventivas e precaucionais como sendo ou não funções autônomas da responsabilidade⁵³, antes da ocorrência do dano. Entendemos que, em regra, as medidas oferecidas pelo Direito para evitar que danos são medidas necessárias e representam o objetivo maior de um sistema jurídico, quer previstas no direito material, como garantias, depósitos, previsão de astreintes, etc., quer no direito processual, tutelas inibitória, acautelatória ou antecipatória, por exemplo. No entanto os “princípios da precaução e da prevenção não chegam ao ponto de transformar a essência da responsabilidade civil, que continua tributária a um dano concretamente existente”⁵⁴.

Verificado o dano, é indispensável saber se tal dano é indenizável ou compensável, já que a responsabilidade civil tem a função de identificar “entre o incontável número de eventos danosos que se verificam todos os dias, aqueles em que ao lesado há de ser permitido repercutir o dano sobre o lesante”, como ensina o Professor Sinde Monteiro⁵⁵, os chamados danos anormais e especiais.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 97-112.

⁵² WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 100.

⁵³ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil — A Reparação e a Pena Civil*, São Paulo: Saraiva, 2017, *passim* e ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em Movimento*, Salvador: JusPodivm, 2019, p.208-214.

⁵⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil sem Dano: Uma Análise Crítica*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 64.

⁵⁵ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: 1983, p. 13.

Essa necessidade de se verificar a anormalidade e especialidade do dano para efeito de indenização na relação familiar se torna muito mais evidente, diante da necessidade de se diferenciar as relações familiares de outras relações sociais. Se de um lado não pode haver imunidade em relação aos danos ocorridos na relação familiar⁵⁶, por outro, nem todo dano indenizável numa relação social comum pode ser estendido automaticamente para a relação familiar, diante de suas especificidades⁵⁷.

Apesar do retrocesso ocorrido na Espanha em função o Ac. do TS de 13/11/2018⁵⁸, essa responsabilidade tem se difundido muito rapidamente em todos os países ocidentais.

No caso do dano pela impossibilidade do conhecimento da origem genética, por filhos nascidos através de técnicas de reprodução assistida, como direito fundamental que é e pela importância na esfera jurídica da pessoa, quer por questões de saúde, quer por questões existenciais — em sentido *lato* —, deve sim ser considerado um dano que impõe ao lesante o dever de reparação ou compensação.

Não trataremos da possibilidade de responsabilização das empresas, dos médicos e do Estado, pelo possível dano ora estudado.

⁵⁶ Os ultrapassados fundamentos da *immunity interpousal e unit interpousal*, do direito anglo-saxônico, já relativizado em muito nos países que os defendiam, assim como a “fragilidade da garantia”, do direito português, como destaca CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9.

⁵⁷ Sobre o tema: ROSENVALD, Nelson. A Singularidade do Ilícito Endofamiliar e da Responsabilidade Civil na Conjugalidade, in *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 38 (mar/abr), Belo Horizonte: IBDFAM, p. 09-17.

⁵⁸ Essa decisão modificou as decisão do mesmo Tribunal de 1999 que possibilitaram a indenização para o marido no caso da ocultação da paternidade dos filhos por parte da mulher, como foi analisado pelo Professor de Alicante Javier Domenèch, em Congresso Virtual promovido pela Universidade Federal de Alagoas, de 15 a 18 de junho de 2020.

2. A possibilidade de responsabilização dos pais pelos danos em função da impossibilidade do filho conhecer sua origem genética.

Assim como não se aplica mais a imunidade conjugal, para afastar responsabilidade civil entre cônjuges, não se aplica a imunidade parental para impedir a reparação de danos causados pelos pais aos filhos ou vice-versa.

Porém, como dito acima, a responsabilidade civil nas relações familiares exige, além da anormalidade e especialidade do dano, a análise da peculiaridade da relação onde o dano ocorreu.

Não há o que se falar, para o presente caso, no dano de ter nascido, pois entre os direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana, o direito à vida é o mais importante deles. Pode-se até falar em indenizações por parte dos filhos que nascem com graves problemas de saúde, em decorrência das atitudes da mãe durante a gestação, mas não a indenização por ter nascido, como comenta Giuseppe Cassano⁵⁹

No projeto de filiação, principalmente nos que são utilizadas técnicas de reprodução humana fora da convencional, como a inseminação caseira⁶⁰ e as técnicas medicamente assistidas, os pretendentes devem ter o cuidado de preservar todos os direitos dos futuros filhos, quer do ponto de vista da saúde, quer na perspectiva de, querendo, conhecer sua origem genética.

Quando os pais descumprem esse dever de garantir a possibilidade de conhecimento da origem genética por parte dos filhos, eles podem responder civilmente pelos danos que porventura os filhos venham sofrer.

É nessa perspectiva que as constituições ao tempo em que garantem o direito dos pais ao planejamento familiar, estabelecem para eles o dever

⁵⁹ Cf. CASSANO, Giuseppe. *Manuale dei Danni in Famiglia*, Milano: CEDAM, 2011, p. 304: “*Tale condotta non può ritenersi antigiuridica non solo perché non è contr ius, né non iure (trovando um aggancio costituzionale nell’art 13 Cost) ma anche perché non esiste nel nostro ordenamento um principio secondo cui la “vita disagiata non há dignità di vita”*”. (destaques no original).

⁶⁰ Que ocorre quando a mulher recolhe o sêmen do homem, num preservativo, por exemplo, e com uma seringa, injeta o sêmen na vagina, possibilitando a fecundação.

de exercer a maternidade/paternidade com responsabilidade em relação aos filhos.

Portanto, a responsabilidade civil dos pais surge quando participam diretamente de um processo reprodutivo, em que se tenha de antemão a impossibilidade de se descobrir futuramente a origem genética do filho, desde que presentes os requisitos e pressupostos dessa responsabilidade.

Frise-se que não se trata, como ensina o Professor Marcos Ehrhardt⁶¹, de simplesmente “valorar economicamente questão existencial, fixando-lhe um *quantum*”, mas permitir que se dê proteção plena aos direitos fundamentais mitigados em função de atos praticados por familiares.

3. Requisitos e pressupostos para responsabilização dos pais e quantificação dos danos.

Para que se possa falar em responsabilização dos pais, em função da impossibilidade dos filhos de conhecerem sua origem genética, primeiramente, há de evidenciar a comprovada ocorrência do dano. Como leciona o Professor Sinde Monteiro, a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, exige a existência de um fato danoso⁶².

Os danos podem ser patrimoniais ou materiais quando os filhos sofrem prejuízos financeiros para custear despesas médicas, que não existiriam se houvesse a possibilidade de conhecimento de sua origem genética.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, imaginemos que em função de algum problema de saúde, o filho se veja diante de uma doença que lhe cause dano biológico, que poderia ser curada se possível fosse a identificação das pessoas que com ele possuem vínculo genético. Nesse caso, o desconhecimento pode levar, inclusive, ao dano de perigo de vida ou dano morte.

⁶¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves Notas Sobre a Responsabilidade Civil no Direito das Famílias, in *Direito das Relações Familiares Contemporâneas — Estudos em Homenagem a Paulo Liz Netto Lôbo*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 386.

⁶² SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: 1983, p. 8.

O fato de não ter condições de identificar sua origem genética, quem e de onde são seus ancestrais, quais as pessoas com as quais possui vínculos biológicos, pode causar também um dano indenizável.

Acerca do enquadramento de tal dano, embora não nos parece questão fundamental para a responsabilização, se utilizarmos os conceitos clássicos das espécies de danos extrapatrimoniais, não se trataria de dano existencial, pelo menos do sentido que foi desenvolvido na doutrina, de dano de relação ou dano à vida em sociedade, como defende em Portugal, Mascarenhas de Ataíde⁶³, na Itália Giuseppe Fotti⁶⁴, e no Brasil, Flaviana Rampazzo⁶⁵.

Por outro lado, o dano à identidade da pessoa, que segundo conceitua Flaviana Rampazzo⁶⁶, seria o dano cometido por quem utiliza indevidamente ou quem impede a utilização da identidade de uma pessoa, não se aplica, também, ao dano que impede o conhecimento à identidade genética.

Para quem entende que os danos extrapatrimoniais se resumem ao dano biológico, estético, dano existencial e moral *stricto sensu*, não vemos problemas no enquadramento do dano em comento como dano existencial, pois a existência não pode ser vista apenas na perspectiva da vida em sociedade, mas na relação da pessoa com ela própria. Para os

⁶³ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho Mascarenhas. Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 357 E 358.

⁶⁴ Cf. FOTTI, Giuseppe. Confini Giuridici e Naturalistici nel Danno non Patrimoniale della Persone Fisiche, in *La Responsabilità Civile nel Terzo Millennio — Linee di Una Evoluzione*, a cura di Raffaele Tommasini, Torino: G. Giappichelli Editore, 200, p. 277: “Il danno esistenziale importa inevitabilmente il confronto entre un riempito di comportamenti realizzativi (o forsanco semplicemente favorevoli se messi in relazione com i comportamenti successivi sostitutivi?) dela persona — la vita antecedente all’illecito, il prima — ed um tempo vuoto o parziale, ridimensionato o privo dei comportamenti preesistenti — la vita successiva all’ilecito, ili dopo.”

⁶⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano Existencial no Direito Italiano e no Direito brasileiro, in *Novos Danos na Pós-Modernidade*, Gustavo Borges e Maurílio Casas Mais (org.), São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 161.

⁶⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100.

que entendem que a classificação dos danos extrapatrimoniais alberga outros danos específicos como a Flaviana Rampazzo⁶⁷, embora não se enquadre como dano à identidade pessoal, pelo conceito acima, parece ser possível falar em um dano específico.

Na teoria do direito italiano acerca do dano evento e dano consequência, aquele ocorrendo com o próprio fato em si, e este como consequência futura do fato, como ensina Guido Alpa⁶⁸, o dano em estudo é um dano consequência, que por impossibilidade conceitual de enquadrá-lo como um dano já tratado na doutrina, trataremos como dano à identidade genética. Não se trata de alargar em demasia as especificidades dos danos extrapatrimoniais, mas simplificar seu enquadramento e consequentemente sua quantificação quer isoladamente, quer quando ocorre juntamente com outros danos.

Os pais ao promoverem, por conta própria ou através de alguma técnica de reprodução assistida, um projeto de filiação, têm que garantir os direitos fundamentais do filho que será gerado, quer em relação à filiação em si, considerando neste caso a impossibilidade de arrependimento, quer na questão ligada à possibilidade dele vir a precisar obter informação acerca da sua origem genética.

Nestes casos, todavia, os danos devem ser comprovados, quer sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Não parece ser possível a aplicação do dano presumido ou *in re ipsa*, para os casos dos danos extrapatrimoniais, primeiramente, porque temos o entendimento que os danos extrapatrimoniais nas relações familiares, inclusive os danos morais *stricto sensu*, precisam ser comprovados, com exceção dos que o próprio fato enseja o dano, como ensinam Mafalda Barbosa⁶⁹ e Giuseppe Cassano⁷⁰.

⁶⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano Existencial no Direito Italiano e no Direito brasileiro, *in Novos Danos na Pós-Modernidade*, Gustavo Borges e Maurílio Casas Mais (org.), São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 157.

⁶⁸ ALPA, Guido. *La Responsabilità civile — Principi*, Milano: UeT, p. 315.

⁶⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a Ilícitude e o Dano, *in Desafios da Nova Responsabilidade Civil*, Mafalda Miranda Barbosa, Nelson Rosendal e Francisco Muniz (coord), São Paulo JusPodivm, 2019, p. 266.

⁷⁰ CASSANO, Giuseppe. *Manuale dei Danni in Famiglia*, Milano: CEDAM, 2011, p. 327.

Não se trata de exigir a “prova diabólica”, para qual o filho nunca terá acesso. Pelo contrário, através de uma avaliação médica ou psicológica, poder-se-á comprovar um dano biológico e/ou existencial sofrido pelo filho pela impossibilidade de conhecer sua origem genética, sem grandes dificuldades. A comprovação cabal é exigida, principalmente, quando se trata de ação indenizatória contra os próprios pais.

Por outro lado, a responsabilidade civil para esses casos é subjetiva, tendo que ser comprovado o dolo, embora este dificilmente ocorra, ou a culpa dos pais, sem necessidade de se entrar no mérito da culpa leve ou grave, pois mesmo a culpa leve pode ensejar à necessidade de indenizar.

Importante ressaltar que várias situações podem excluir a culpa dos pais, principalmente o descumprimento por parte do médico ou da empresa que realizou o método de reprodução assistida, dos deveres de armazenamento dos dados dos doadores e de prestar aos pais todas as informações acerca de como será possível identificá-los no caso de necessidade.

Podemos resumir da seguinte forma: são responsáveis civilmente os pais se: a) no caso da inseminação caseira, não identificar e guardar os dados do doador em arquivo que permita sua identificação; b) no caso da inseminação artificial medicamente assistida, promover a reprodução mesmo sendo informada cabalmente de que o médico ou o laboratório não tem condições de identificar futuramente o doador; e c) na dúvida acerca dessas condições, não exigir que eles prestem declaração expressa neste sentido.

Para que haja a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil aos pais, deve estar evidenciado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão quando do procedimento de reprodução e os danos suportados pelo filho.

Questão polêmica que sempre cerca a responsabilidade civil é a quantificação dos danos, principalmente na especificidade das relações familiares. Diferentemente do que ocorre na responsabilidade civil geral, não se pode aplicar para os danos patrimoniais a regra de que o valor do dano será sempre o valor do prejuízo sofrido. A aplicação direta dessa regra pode, nas relações parentais, gerar incoerências absurdas.

No caso do dano patrimonial, se a condenação recair integralmente com base no valor do prejuízo sofrido, pode se chegar a situação em que os pais serão condenados a um montante que os tornarão insolventes, o que desaguará na necessidade do próprio filho ter que se responsabilizar pelo sustento deles, em função do dever de assistência, o que seria ilógico.

Mesmo raciocínio se aplica aos danos extrapatrimoniais, que além da previsão legal que deve ser levada em consideração a capacidade financeira do lesante, no caso das relações familiares, ainda precisa levar em consideração a situação de dependência entre as partes envolvidas.

Temos como aplicável a esses casos a regra de que a fixação do quantum indenizatório não deve ser irrisória ao ponto de que o lesante não sinta qualquer efeito patrimonial na condenação, nem ser de tal forma exorbitante que venha inviabilizar financeiramente o lesante ou promover enriquecimento injustificado por parte do lesado.

Entendemos, portanto, ser possível condenar os pais a responderem civilmente pelos danos causados aos filhos, pela impossibilidade de conhecer sua origem genética, desde que os danos e os demais pressupostos da responsabilidade civil estejam devidamente comprovados, devendo a quantificação levar em conta as peculiaridades que norteiam as relações familiares.

Seria imprescritível a possibilidade de ressarcimento? Pensamos que não. A questão é que o prazo prescricional deve sempre ser contado a partir da maioridade, por imposição legal, e a partir da ocorrência do dano que surge quando da necessidade do conhecimento da origem genética e da confirmação de que tal informação não está disponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As sucintas conclusões que podemos tirar do tema abordado é que existe, tanto no sistema jurídico brasileiro quanto no português, o direito fundamental à filiação, cuja concretização permite que pessoas que não possuam condições de gerar filhos pela via tradicional, possam se utilizar de técnicas de reprodução humana não convencional, inclusive utilizando doação de material genético de terceiros.

O doador do material genético, por sua vez, também possui direito fundamental à intimidade, o que indica que ao fazer a doação, deve-se ter resguardada sua identidade.

Porém, qualquer técnica que venha a ser usada na geração de um filho deve levar em consideração os direitos fundamentais da criança que irá nascer, o que engloba, além dos direitos ligados à saúde, o direito de ter acesso, caso necessite, às informações sobre sua ascendência genética.

Ao realizar um projeto de filiação, os pais devem atentar para que seja garantida a possibilidade do filho conhecer sua história genética, pois

a impossibilidade de obtenção de tal informação pode gerar danos aos filhos, quer patrimoniais quer extrapatrimoniais.

Estando evidenciado o dano ao filho, inclusive o dano existencial por não ter condições de conhecer sua histórica genética e seus vínculos biológicos, se tal dano foi causado por ação ou omissão dos pais, de forma culposa, estes podem ser responsabilizados civilmente, considerando, todavia, para a fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades da relação familiar, inclusive a necessidade de preservação da possibilidade dos pais em manter o sustento da estrutura familiar, o que deve ser apreciado individualmente de acordo com o caso concreto.

SÃO COSME E SÃO DAMIÃO, SAÚDE(S) E RESPONSABILIDADE(S)

ALGUMAS NOTAS EM REGISTO DE POSFÁCIO

JOÃO CARLOS LOUREIRO¹

Resumo: A partir de um quadro que retrata S. Cosme, S. Damião e um paciente, capa deste livro de homenagem, consideram-se tópicos como a responsabilidade em geral e a responsabilidade civil em particular, especialmente no campo da medicina, privilegiando o diálogo com a obra de Jorge Sinde Monteiro. Percorrem-se ainda algumas salas de um Museu da Saúde, num percurso entre memória e desafios, resultantes, nomeadamente, da inteligência artificial.

Palavras-chave: Responsabilidade; responsabilidade médica; inteligência artificial; risco; S. Cosme; S. Damião

Abstract: Topics such as responsibility in general and civil (medical) liability in particular are considered, mostly in dialogue with Jorge Sinde Monteiro's works, and drawing upon the cover picture of this tribute book, portraying Saints Cosmas and Damian with a patient. Some of the rooms pertaining to a fictional Health Museum are also visited, in a travel between memory and some challenges, namely those resulting from AI.

Keywords: Responsibility; medical liability; Artificial Intelligence; risk; Saint Cosmas; Saint Damian

¹ Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Orcid ID 0000-0003-1371-1285.

“(…) hoje em dia, no campo da responsabilidade civil, há várias soluções possíveis e defensáveis, mas não há nenhum dogma”

Jorge Sinde Monteiro²

Neste momento de festa de homenagem académica ao Senhor Doutor Jorge Sinde Monteiro, sejam-me permitidas algumas palavras a partir da pintura da capa da obra, abrindo para o domínio de um museu. O texto está organizado em três andamentos, a saber:

- a) São Cosme e São Damião: dos santos da medicina e da cirurgia aos profissionais que erram (“pecadores”);
- b) Museu da Saúde: um itinerário de responsabilidade;
- c) De novo Cosme e Damião: ensaio sobre a saúde.

I. São Cosme e São Damião: dos santos da medicina e da cirurgia aos profissionais que erram (“pecadores”)

Numa obra de direito da saúde, importa começar por referir os gémeos São Cosme e São Damião retratados no exercício da profissão. O primeiro — São Cosme — é apresentado como médico e o seu irmão como cirurgião³. Viveram numa zona remota do Império Romano, em território sírio, e foram martirizados no quadro da perseguição aos cristãos, por volta do ano 300. Considerados exemplos de virtude, cruzaram a sua formação em medicina — compreendida como uma conjugação

² Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica”, *Revista de Direito e Economia* 6/7 (1980) 344.

³ Há uma extensa obra que lhes é dedicada: Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil. História das Sociedades Médicas Portuguesas*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1928. Não sendo a obra requisitável para leitura domiciliária, o encerramento das salas de leitura das bibliotecas universitárias impediu que, num primeiro momento, pudéssemos ter acesso direto à obra. No entanto, quase no limite do prazo, conseguimos colmatar parcialmente esse défice, dando conta, em nota, de alguns aspetos e páginas pertinentes.

de arte e ciência (*technè*)⁴ — com a sua fé cristã. O saber médico grego, a começar pelo *corpus* hipocrático, conheceu uma relevante recepção e depois significativos desenvolvimentos no Império⁵.

Operavam segundo um paradigma do dom, da gratuidade, não cobrando honorários. Com a viragem religiosa no Império, a sua veneração adquiriu grande importância e transformaram-se em padroeiros de associações no campo da medicina e da cirurgia, como, no caso francês, a *Confrerie et College de Saint Côme*, fundada em 1226. Embora pensemos hoje a cirurgia no quadro da medicina, diferente é o retrato que emerge de um rápido voo histórico. Na tradição hipocrática, proibia-se aos médicos a operação dos que sofriam do mal da pedra, pois tal requeria um bom uso das mãos (*cheira*), próprio do domínio da prática e não da medicina em sentido próprio. Havia, na verdade, uma trilogia profissional que assentava na distinção entre médicos, cirurgiões e parteiras⁶. O conflito entre os dois primeiros grupos vai estender-se ao longo dos séculos, no quadro de uma diferença entre medicina e cirurgia.

Esta tensão espelha-se na própria história da Universidade de Coimbra. Num artigo publicado em 1876, em *O Correio Médico de Lisboa*, Alves Branco dá conta de diversos aspetos relativos à formação na Faculdade de Medicina e à atitude para com os cirurgiões⁷. Começa assim:

“Tem sido tenaz e prolongada a guerra que os médicos, ou para falar com mais exatidão, os filhos das faculdades de medicina têm feito aos cirurgiões”⁸.

Recorda as lutas seculares que a Confraria de S. Cosme teve com a Universidade de Paris, dizendo que aos cirurgiões estava vedado prescrever um clister, pois “só o podiam aplicar debaixo da direção dos douto-

⁴ Jacques Jouanna, “La naissance de l’art médical occidental”, in Mirko D. Grmek, *Histoire de la pensée médicale en Occident, 1, Antiquité et Moyen Âge*, Paris: Seuil, 1995, 26.

⁵ Pedro Laín Entralgo, *Historia de la medicina*, Barcelona: Masson, 1998, 63-65.

⁶ Sobre este ponto, vd. a síntese de Francesco D’Agostino, *Bioetica: questione di confine*, Roma: Edizioni Studium, 2019, 13.

⁷ Alves Branco, “Faculdade de Medicina de Coimbra”, *O Correio Medico de Lisboa* 5 (1876/23) 265-267.

⁸ Alves Branco, “Faculdade de Medicina de Coimbra”, 265.

res”⁹. Mencionando a Escola de Cirurgia fundada por D. Manuel I em 1498, no Hospital de Todos os Santos, em Lisboa, refere a existência precisamente de uma Confraria de S. Cosme e S. Damião¹⁰.

Na reforma pombalina, lê-se nos *Estatutos*:

“(…) o divórcio entre a medicina e a cirurgia tem sido mais do que todas as outras causas prejudicial aos progressos da Arte de curar, e funesto às vidas dos homens, não sendo possível que seja bom médico quem não for ao mesmo tempo cirurgião, e reciprocamente”¹¹.

São Cosme entrelaça-se com a história da Universidade de Coimbra. Na verdade, o Hospital Real de Nossa Senhora da Conceição, administrado pela Faculdade de Medicina e fundado por D. Manuel I, foi inicialmente dedicado a S. Cosme e a S. Damião¹². Também na Sé Velha, no retábulo do Mestre Olivier de Gand¹³, encontramos a presença dos gémeos.

Em Lisboa, a abertura da Real Escola de Cirurgia foi feita no dia 27 de setembro (1835), dado ser o dia em que se celebrava S. Cosme e S. Damião¹⁴. Desde 1989, o dia 26 de setembro — houve uma pequena

⁹ Alves Branco, “Faculdade de Medicina de Coimbra”, 265.

¹⁰ Alves Branco, “Faculdade de Medicina de Coimbra”, 265.

¹¹ *Estatutos da Universidade de Coimbra do Anno de MDCCLXXII, Livro III que contém os Cursos das Sciencias Naturaes e Filosoficas*, Lisboa: Regia Officina Typographica, 1773, 29-30.

¹² L. de Vilhena Barbosa, “Cidade de Coimbra”, *Archivo Pittoresco — Semanario Illustrado* 9 (1866) 297-299, 299. Acrescenta-se que, ainda no século XIX, se pagariam 480 réis aquando do registo do diploma em medicina que reverteriam para a Irmandade dos referidos Santos (<https://www.portalsaofrancisco.com.br/calendario-comemorativo/dia-de-sao-cosme-e-sao-damiao>). Contudo, não conseguimos confirmar esta informação, que consta de alguma bibliografia brasileira (por exemplo, Luis da Câmara Cascudo, *Dicionário do folclore brasileiro*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1962 *apud* Júlio César Tavares Dias, *Cosme e Damião: aproximações e tensões no campo religioso brasileiro*, Juiz de Fora, 2017, 61).

¹³ Veja-se a ficha do IMC — Institutos dos Museus e da Conservação, disponível em <http://www.matriznet.dgpc.pt/MatrizNet/Entidades/EntidadesConsultar.aspx?IdReg=68161&EntSep=5#gotoPosition>.

¹⁴ J. Martins e Silva, “Anotações sobre a história do ensino da medicina em Lisboa, desde a criação da Universidade Portuguesa até 1911 (2.ª parte e conclusão)”, *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa* 7 (2002/6) Série III, 305-314, 310.

mudança no calendário litúrgico quanto à data da festa¹⁵ — passou a ser considerado o Dia do Farmacêutico, por decisão da respetiva Ordem¹⁶.

Esta pintura que ilustra a capa é particularmente adequada à obra, unindo os participantes dos três países representados. Quanto a Portugal, mostrámos já alguns exemplos da sua relevância¹⁷. Acresce que uma outra representação da cena — *El milagre de los Santos Cosme y Damián*, que integra o acervo do Museu do Prado¹⁸, em Madrid — ilustrou e serviu de ponto de partida para um dos primeiros Colóquios do Centro de Direito Biomédico, realizado em março de 1993, em Coimbra. Guilherme de Oliveira¹⁹ procedeu a uma tentativa de leitura da questão das transplantações convocando a intervenção de S. Cosme e S. Damião: o universo de significações que percorre foca-se nesse ponto, pois este era o mote do Congresso de 1993. Já então foram suscitadas várias questões relevantes para o mote deste livro, desde o (in)cumprimento das *leges artis* ao problema do consentimento do dador e a informação, entre outras. E Guilherme de Oliveira deixou uma pista sobre o lugar do jurista no retrato, respondendo que este era... o doente²⁰.

Em relação a Espanha, o quadro mencionado do Museu do Prado já apontaria para uma relevância de S. Cosme e S. Damião²¹, mas uma breve análise mostraria outras representações e que são também oragos de

¹⁵ O dia 27 de setembro era o que constava do Calendário Tridentino.

¹⁶ <https://www.ordemfarmaceuticos.pt/pt/diadowfarmaceutico/>.

¹⁷ Em termos de relatos hagiográficos, vd. Fr. António-José de Almeida O.P., “Os santos médicos Cosme e Damião nos ‘Flos Sanctorum’ quinhentistas”, *Cem — Cultura, Espaço e Memória* 5 (2014) 133-154.

¹⁸ Fernando del Rincón (1491-1525), *Milagro de los santos médicos Cosme y Damián*: “[s]e representan dos milagros de estos gemelos que difundieron la medicina y el cristianismo: la reposición de una pierna gangrenada tomando una sana de un difunto, y la extracción de una serpiente de la boca de un segador”. (<https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/milagros-de-los-santos-medicos-cosme-y-damian/bfdb052e-4eb4-4aeb-9167-d1e2b247bb8d>):

¹⁹ Guilherme de Oliveira, “Introdução”, in *Transplantações: Colóquio Interdisciplinar (25 de março de 1993)*, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 1993, 11-18, 13-18.

²⁰ Guilherme de Oliveira, “Introdução”, 16-18, 18.

²¹ Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, refere a multiplicidade de sítios com celebrações aos santos.

profissões no campo da saúde. Aliás, Augusto da Silva Carvalho avança com a possibilidade de o quadro do Museu Machado de Castro ser espanhol, pois “reproduz muito fielmente o alto relevo que existe no Museu de Valladolid”²². Assinale-se a existência em Saragoça de um Colégio onde pontificavam estes santos, a quem foi sucedido, pelo Rei Fernando, o Católico, o privilégio perpétuo “para abrir e anatomizar algun cuerpo muerto”²³.

Quanto ao Brasil²⁴, a história remonta quase à chegada de Pedro Álvares Cabral e à Carta de Pedro Vaz de Caminha que dá conta desse acontecimento maior. Na verdade, logo em 1530, construiu-se em Igarassu, em Pernambuco, uma capela que lhes é dedicada, que teve de ser mais tarde reconstruída e que, durante o chamado Brasil holandês, foi pintada por Frans Post. Há várias povoações com o nome dos santos²⁵ (também em Portugal, se assinala, entre outra atestação geográfica²⁶, a existência da freguesia de S. Cosme e S. Damião²⁷, no concelho de Arcos de Valde-

²² Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, em nota relativa à p. 13 (publicada na p. 330).

²³ Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, 4. Encontrámos o documento transcrito em M. Jiménez Catalán y J. Sinués y Urbiola, *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, II, Zaragoza, 1923, 347-348: “Nos Ferdinandus, etc. Que placia a la Magestad del señor Rey otorgar privilegio a la cofraria de Sant Cosme y Sant Damián de la Ciutat de Zaragoza las cosas infrascriptas: Primo, que toda vegada que por los metges y cirugianos de la dicha cofraria, o por los metges y cirugianos que visitaran en el Spítal de Sancta María de Gracia, será deliberado abrir o anatomizar algún cuerpo muerto en el dicho Spítal, lo puedan abrir o anatomizar todo o en parte agora sea de hombre, agora de muger, tantas veces en cada un any a ellos será visto, sin incurrer en pena alguna. Empero que en tal obra hayan de ser clamados los metges y cirugianos de la dicha cofraria para que hi sean los que hi querran ser, y contribuir si algunos gastos acerca de aquello se hauran de facer; y que en tal anatomización ninguna persona, de cualquier estado o condición sea, no presuma, ni ose poner empacho alguno so pena de 1000 sueldos”.

²⁴ Sobre o Brasil, vd., com outras indicações, Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, 54-58.

²⁵ Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, 54.

²⁶ Vd. também a Paróquia de S. Cosme e S. Damião de Besteiros, Paredes.

²⁷ Agora União das Freguesias de Vilela, São Cosme e São Damião.

vez²⁸) e continua a ser dia de festa, recebendo as crianças rebuçados (balas) e doces²⁹. No quadro de um sincretismo religioso, de que Salvador é exemplo primeiro, celebram-se dois orixás (Ibejis), de origem africana, comendo-se um prato típico, o caruru.

Na interessante paleta de questões que lançaram pistas para os trabalhos do Colóquio³⁰, Guilherme de Oliveira não limitou as suas considerações ao domínio da responsabilidade civil, antes tratou de problemas que se movem no campo da responsabilidade pública pelo acesso aos cuidados públicos de saúde, face à escassez que não é apenas de dadores, mas também de recursos humanos e materiais. Para além da racionalização, da utilização dos meios disponíveis de acordo com as exigências do princípio da eficiência, tem-se discutido crescentemente as escolhas no quadro do racionamento³¹, devendo a escassez ser tomada a sério. Para os Santos em causa, não haveria problemas, pois, tal como a sua prática em vida, a operação terá sido sem custos, sem oneração orçamental e evitando-se as dores de cabeça resultantes de uma sobrecarga em termos de pretensões face aos recursos públicos disponíveis.

Padroeiros de médicos e farmacêuticos, recenseia-se ainda impacto no campo da veterinária. Com efeito, em Póvoa de S. Cosme, Ervedal da Beira, o orago aparece como “o protetor dos animais, especialmente dos suínos, motivo esse que fazia com que as ofertas de línguas, orelheiras, chouriças e presuntos pela altura das matanças se tornassem uma tradição local”³². Desta forma abre-se também uma ponte simbólica em termos

²⁸ Na Diocese de Coimbra, na Póvoa de S. Cosme, Ervedal da Beira, Oliveira do Hospital, há uma Irmandade de S. Cosme e S. Damião.

²⁹ Vd. a referida dissertação de Júlio César Tavares Dias, *Cosme e Damião: aproximações e tensões no campo religioso brasileiro*, onde se lê: “[a] distribuição de balas é justificada pelo povo afirmando-se que Cosme e Damião ao tratarem das crianças, para convencê-las a tomar os remédios, às vezes amargos, ofereciam balas” (108).

³⁰ Guilherme de Oliveira, “Introdução”.

³¹ Alfred Bossmann, “Rationierung medizinischer Leistungen”, *MedizinRecht* (1996) 456-458; Luís Meneses do Vale, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, 2007, 3 vol.; sinteticamente, Idem, “Access to health care between rationing and responsiveness: problem (s) and meaning(s)”, *Boletim da Faculdade de Direito* 88/1 (2012) 105-188.

³² *Visitar Portugal: Enciclopédia das Localidades Portuguesas* (<https://www.visitarportugal.pt/coimbra/oliveira-hospital/povoa-sao-cosme/historia-fotos>).

de objeto, dado que, ao contrário do mais restrito direito da medicina, o direito da saúde compreende este vasto campo³³.

Jorge Sinde Monteiro ocupou parte da sua vida académica a considerar questões de responsabilidade civil no campo da saúde. Mas também, com especial ênfase, dedicou-se à temática dos acidentes de trânsito³⁴. Olhando para a pintura, sabemos apenas que o sacristão necessitou de uma perna nova, mas desconhecemos a causa da perda do membro. Talvez tenha sido atropelado numa movimentada rua de Roma. Não sabemos se, como num caso que Sinde Monteiro anotou³⁵, não foi um cão que se atravessou, obrigando o condutor da quadriga a desviar-se, tendo então colhido o pobre do sacristão. Curiosamente, há notícia da invocação dos referidos santos para proteção dos que tinham de fazer grandes viagens³⁶. Nos dias que correm, se um pintor quisesse proceder ao *aggiornamento* da representação e um escritor reelaborar a narrativa, o traumatismo poderia ser também o resultado de um acidente rodoviário.

³³ Sobre o objeto do direito da saúde, vd. “Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s)”, in: João Carlos Loureiro/ André Dias Pereira/ Carla Barbosa (Coord.), *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, I, *Objeto, redes e sujeitos*, Coimbra: Almedina, 2016, 13-47, 35, 37.

³⁴ Mais recentemente, vd. “AC. STJ de 8 novembro de 2018 (ECLI:PT:STJ:2018:770.12.3TBSXL.L1.S1.AD)” *Revista da Universidade Lusófona do Porto* (2018/12), 114-148 (quanto à anotação, com o título “Breves observações”, cf. 142-148).

³⁵ Jorge Sinde Monteiro, “Acidente na autoestrada provocado por atravessamento de um animal: anotação” Anotação ao Acórdão de 12 de novembro de 1996, do Supremo Tribunal de Justiça (texto da decisão: 41-48), *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 131, nº 3887 e 3888 (1998) 48-50; nº 3889, 106-113; nº 3897, 378-381; 132, nº 3898 (1999), 28-32; nº 3899, 60-64; nº 3900, 90-96. No Ano 133.º, numa anotação a outro aresto do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 17 de fevereiro de 2000, n.º 3910, 17-20) e a uma sentença do Tribunal de Comarca de Santo Tirso (21-27) — no primeiro caso, estava-se perante o arremesso de pedras para a autoestrada, no segundo, de novo um cão na faixa de rodagem como causa de acidente rodoviário —, volta ao tema, começando por recordar a anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 1996 (27; o texto desta anotação está publicado nas p. 27-32 e 59-66.

³⁶ Augusto da Silva Carvalho, *O culto de S. Cosme e S. Damião em Portugal e no Brasil*, 58, referindo-se a algumas povoações minhotas.

rio resultante de veículos onde o tradicional automobilista, que Pierre Daninos satirizou em *Os cadernos do Major Thompson*³⁷, deu lugar a um sistema de pilotagem automático e “autônomo”, abrindo um campo de reflexão não apenas à denominada ética das máquinas³⁸, mas a relevantes questões jurídicas³⁹ resultantes da aplicação de uma nova geração de inteligência artificial.

Acresce que, colocando-se sob o signo de dois santos que, como é próprio dos mortais, pecaram em vida, embora a história não reporte erros na sua prática clínica, os médicos não escapam ao “pecado”, em sentido estrito e numa aceção ampla, também no exercício da sua profissão, da sua *vocatio* (recorde-se que *Beruf*, em alemão, tem na sua composição *Ruf*, precisamente chamamento ou vocação⁴⁰). Ora, de alguns desses erros curou e cura Sinde Monteiro, privilegiando as categorias juscivilísticas.

³⁷ Trata-se de escrita humorística e irónica em que se utiliza a tradicional técnica de convocar um estrangeiro (neste caso, não da Pérsia, como em Montesquieu, mas um inglês, o Major Thompson) para a crítica da sociedade francesa. Em relação ao que nos importa, lembra-se uma conhecida proposição de Daninos: “[i]l y a deux sortes de Français: les à-pied et les en-voiture” e um naco de prosa: “[i]l y a, au fond de beaucoup de Français, un Fangio qui sommeille et que réveille le simple contact du pied sur l’accélérateur. Le citoyen paisible qui vous a obligeamment invité à prendre place dans sa voiture peut se métamorphoser sous vos yeux en pilote démoniaque. Jérôme Charnelet, ce bon père de famille qui n’écraserait pas une mouche contre une vitre, est tout prêt à écraser un piéton au kilomètre pourvu qu’il se sente dans son droit”.

³⁸ Catrin Misselhorn, *Grundfragen der Maschinenethik*, Ditzingen: Reclam, 2018. Entre nós, vd. agora o artigo de Ana Elisabete Ferreira, “Moralidade humana, moralidade maquinal: *A Programming Machine Ethics* como problema jurídico”, *ULP Review/Revista de Direito da ULP* 14 (2020) 27.53.

³⁹ Vd., por exemplo, o dossiê, com diferentes contribuições, constante de Stéphane Prévost/ Erwan Royer (coord.), *Intelligence artificielle — Édition 2019*, Paris: Dalloz, 251-304. Entre nós, vd. Paulo Mota Pinto, “Problemas jurídicos dos veículos autónomos”, *Estudos de Direito do Consumidor — Direito e Robótica: Actas do Congresso* 16 (2020) 93-153 (quanto à responsabilidade civil, vd. 106-127).

⁴⁰ No texto, não nos centramos, contudo, na marca religiosa sublinhada por Max Weber em *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, Oeiras: Ad astra et ultra, 2010, que sintetiza: “[p]arece agora evidente na palavra alemã *Beruf*, bem como no termo inglês *calling*, uma conotação religiosa: uma tarefa imposta por Deus” (75).

O quadro que ilustra a capa integra-se, pois, num domínio que não escapou ao nosso homenageado. Na sua análise, manifesta-se a argúcia de quem, seja-nos permitido o trocadilho, soube pôr-se à capa, isto é, espreitar com atenção os desenvolvimentos da responsabilidade civil nestes campos, trazendo para o debate, por exemplo, desde logo as experiências neozelandesa ou sueca. Pelo seu saber, mereceu as insígnias doutorais, adornando a capa, respondendo à comunidade jurídica com um “riquíssimo espólio bibliográfico sobre a responsabilidade civil”⁴¹.

Partindo desta inspiração artística, e a propósito da temática da responsabilidade, poderíamos pensar num tratamento museológico dessas matérias ou até do direito em geral. Na língua portuguesa, o ir para o museu traz, não raro, uma carga pejorativa. Basta consultar o *Dicionário Houaiss* para se ver que “musealizado” aparece com o alcance de “transformado em peça de museu (‘coisa do passado’)”⁴². Ora, a responsabilidade não é coisa do passado, ainda que ciclicamente se pretenda eliminá-la, dizendo que não há, afinal, liberdade humana. Esta não passaria de uma grande ilusão, condenada a desaparecer do discurso e a arrastar consigo também a responsabilidade. As neurociências estariam a contribuir para a desmontagem de uma certa imagem do homem, juntando mais elementos ao processo elaborado pelos “mestres da suspeita” (Marx, Nietzsche, Freud). Mas mesmo não descendo aos alicerces antropológicos, não negando a autonomia e a autodeterminação, surgiram propostas no sentido de deixar cair a responsabilidade civil, abraçando caminhos de proteção social, abordagem que despertou um particular interesse a Sinde Monteiro. Em termos musicais, seria o tempo de requiem pela responsabilidade em geral e pela responsabilidade civil em particular⁴³,

Contudo, percorrendo a pista epistemológica, descobrimos que museu filia-se no grego *mouseion*, “templo das Musas (...); lugar onde al-

⁴¹ Assim, Filipe Albuquerque Matos, “Palavras proferidas na ‘última’ lição do Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, em 22 de maio de 2015”, *Boletim da Faculdade de Direito* 92/1 (2016) 423-444, 426.

⁴² *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa: Círculo de Leitores, 2003, 2574.

⁴³ Filipe Albuquerque Matos, “Palavras proferidas na ‘última’ lição do Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, em 22 de maio de 2015”, 434, fala precisamente de “um requiem de responsabilidade civil”.

guém se exercitava na poesia, nas artes; escola”⁴⁴. Ou seja, o tempo do museu conjuga-se no passado, mas também no presente e no futuro. Como o *Angelus Novus*, de Paul Klee, olha para trás e para a frente. Espera-se que, ao espreitar o passado, e sem prejuízo de não se esquecer das vítimas (uma *memoria passionis*⁴⁵), não se depare com “uma catástrofe sem fim, que incessantemente acumula ruínas sobre ruínas”⁴⁶.

Olhando para o mundo, a criação de um Museu do direito, com um alcance e riqueza de museus promovido por entidades representativas da profissão⁴⁷ ou não⁴⁸, poderia ser um caminho. Inclusivamente, seria pensável um museu consagrado à responsabilidade civil. Sinde Monteiro, um candidato por excelência para assumir as vestes de consultor, poderia fornecer não apenas preciosas informações, mas conselhos e mesmo recomendações. Não por acaso, a sua dissertação de doutoramento versou sobre este magno tema⁴⁹.

Um Museu da Responsabilidade Civil seria uma proposta interessante. Nos Estados Unidos, há, aliás, um *American Museum of Tort Law*, em Winsted, Connecticut⁵⁰, fundado por Ralf Nader, ativista norte-americano em domínios como o ambiente e os direitos dos consumidores, antigo candidato à Presidência dos EUA. No entanto, visando fazer universidade, chamando a terreiro as suas diversas Faculdades e sendo a saúde um bem protegido de convergência, afigura-se mais interessante a construção um outro museu. Concretizemos.

⁴⁴ José Pedro Machado, *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, IV vol., 7.^a ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1995, 186, que recorda ainda que museu “era a designação do palácio de Alexandria onde Ptolomeu I havia reunido os mais célebres sábios e filósofos para lhes permitir entregar-se à cultura das Ciências e das Letras”, onde, aliás, se encontrava a célebre Biblioteca.

⁴⁵ Relembre-se Johann Baptist Metz, *Memoria passionis: una evocación provocadora en una sociedad pluralista*, Maliaño: Sal Terrae, 2007.

⁴⁶ Walter Benjamin, *O anjo da história*, Lisboa: Assírio e Alvim, 2010, 13.

⁴⁷ <https://www.thelawmuseum.org/>

⁴⁸ <https://lawenforcementmuseum.org/>.

⁴⁹ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989.

⁵⁰ <https://www.tortmuseum.org>.

II. Museu da Saúde: um itinerário de responsabilidade

Ostentando Coimbra o título de capital da saúde, não sei se pela via onírica — adormeci por certo tendo na cabeça o relato sobre o sacristão e a visita em sonhos de S. Cosme e S. Damião —, imaginei que a Universidade decidira criar, em parceria com a Câmara Municipal, um Museu da Saúde, onde caberiam os diferentes saberes universitários, e com polos temáticos: tecnologia e saúde, literatura e saúde, geografia e saúde, direito e saúde, matemática e saúde, religiões e saúde, medicina e saúde, etc. Um museu em rede e por módulos, uma espécie de cidade museológica, constituída por grandes espaços com uma multiplicidade de submotes. Naturalmente, o Centro de Direito Biomédico assume um papel central nessa tarefa e um dos consultores dedicados ao projeto é, sem dúvida, Jorge Sinde Monteiro. Criaram-se rotas no âmbito da cidade museológica e admitiu-se que a responsabilidade devia ser um fio condutor, percorrendo a pluralidade de ordenamentos que tecem a história e a regulação da medicina.

Conseguiu-se uma generosa cedência da pintura constante do acervo do Museu Nacional Machado de Castro que assume um lugar central na organização do espaço. Na sala inteiramente dedicada ao quadro, começaram por colocar em destaque a ficha museológica:

“Séc. XVI. 2º quartel/ cedência do MNMC 2540

Datável de 1530-32, esta tábua apresenta uma iconografia muito próxima das descrições da vida e milagres dos dois irmãos médicos que terão sido martirizados no séc. III. Milagre póstumo, é descrito por exemplo na Legenda Aurea (c. 1260) de Jacques de Voragine: o sacristão da sua igreja de Roma, tinha uma perna gangrenada; enquanto dormia, os Santos amputaram-lhe a perna doente e substituíram-na pela de um etíope recém sepultado, curando-o. A perna negra é aqui evidente por comparação com as restantes carnações do moribundo. Outro dado cativa a atenção do observador: a composição descentrada, que pode ter origem numa mutilação antiga desta obra”.

Usando técnicas multimédia, apresentam-se outras representações do milagre, a começar pela pintura que integra o espólio do Museu do Prado. Reforçando a dimensão interativa, e tomando a sério uma nota da ficha técnica — “composição descentrada, que pode ter origem numa mutilação antiga desta obra” —, propõe-se ao visitante que, recorrendo a um banco de dados, reinvente o quadro. Num painel gigante, pode proceder a um *aggiornamento* da composição, com uma paleta que

compreende médicos trajados a rigor ao longo da sua evolução histórica e uma panóplia de instrumentos trazidos pela possibilitação do tempo. São muitos os polos e as salas previstas; além disso, o Museu da Saúde cruza um friso temporal com fios temáticos (como a responsabilidade) que permitem uma visita seletiva do espaço. Limitamo-nos aqui a dar conta de alguns aspetos da exposição, em três pontos: a) Responsabilidade(s): guião da exposição de homenagem a Sinde Monteiro; b) outras salas temáticas; c) *Forum Sibelius*: bosquejo de alterações da nova lei finlandesa sobre o seguro do paciente, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2021.

1. Responsabilidade(s): Guião da exposição de homenagem a Jorge Sinde Monteiro

Ao visitante e ao leitor propomos uma primeira reflexão sobre esta categoria maior que é a responsabilidade, que na verdade se diz no plural e de forma adjetivada (civil, penal, política, constitucional, etc.)⁵¹.

1.1. Responsabilidade(s): origens e diferenciação

Num corte (pré-)histórico, deparamo-nos com um processo de hominização marcado pela violência⁵². Nesse quadro, através de um desejo mimético (de imitação), que se diz em termos triangulares e não numa simples relação com o objeto, abrem-se portas para um conflito que resulta da intensificação das rivalidades (no limite, um choque de todos contra todos). A superação do conflito mimético passa pelo bode expiatório, que (re)constitui a unidade por via de uma ação de todos contra um. Em termos que não podemos aprofundar aqui, a violência gera a cultura e o

⁵¹ Para o esboço de uma teoria da responsabilidade, centrada na sua dimensão prospetiva (*Verantwortung, responsibility*), remetemos para o que escrevemos em João Carlos Loureiro, intitulada *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003, vol. I, Parte I.

⁵² No ponto que se segue, somos tributários da obra de René Girard (vd., por exemplo, *La violence et le sacré*, Paris: Hachette, 2002).

sagrado⁵³, instituindo-se um conjunto de crenças (mitos), práticas (ritos) e interditos (nomeadamente, deveres). Este mecanismo do bode expiatório será repetido ao longo da história e tem clara expressão na literatura⁵⁴. O outro — não raro o estrangeiro — é visto como o responsável pelo mal sofrido pela comunidade, mas a sua morte traz um bem que levará à sua sacralização e a geração de mecanismos que contém⁵⁵ a violência. Com o tempo-eixo (tempo ou idade axial)⁵⁶ alarga-se o horizonte de reflexão, assistindo-se à “emergência e institucionalização das novas conceções ontológicas básicas sobre o hiato entre a ordem transcendente e a ordem mundana”⁵⁷, que marca decisivamente a conformação das comunidades políticas. Destarte, trilha-se um caminho que abre as portas ao direito em sentido estrito, compreendido como um projeto marcado pela diferenciação (em relação ao político e ao religioso), com uma específica intencionalidade, traduzida na validade e que não se confunde com a ética⁵⁸. Com efeito, esta remete-nos para o “absoluto intencional”⁵⁹, para a interpelação

⁵³ Este sagrado não deve confundir-se com a *mimesis* positiva expressa na santidade: sobre a diferença, vd. a síntese de Michel Serres, *Le tragique et la pitié: discours de réception de René Girard à l'Académie française et réponse de Michel Serres*, Paris: Éditions Le Pommier, 2007, 95-96.

⁵⁴ Cf., na obra de Girard, por exemplo, *La violence et le sacré*.

⁵⁵ Na dupla aceção, recorrente entre autores de matriz girardiana, de limitar a violência e de recorrer à violência.

⁵⁶ Mobilizamos um conceito avançado por Karl Jaspers. Embora sendo referida a obra *Vom Ursprung und Ziel des Geschichte*, publicada em 1947, Jaspers já tinha considerado a questão no ano anterior, em 1946, no primeiro dos Encontros Internacionais de Genebra (*Rencontres Internationales de Genève*). Com uma análise mais extensa do conceito, vd. Jan Assmann, *Achsenzeit: eine Archäologie der Moderne*, München: C.H. Beck, 2018.

⁵⁷ S.N. Eisenstadt, *Fundamentalismo e modernidade: heterodoxias, utopismo e jacobinismo na constituição dos movimentos fundamentalistas*, Oeiras: Celta Editora, 1997, 3.

⁵⁸ Somos tributários da obra de António Castanheira Neves (vd., por exemplo, “O ‘jurisprudencialismo’ — Proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, in *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Salvador: Faculdade Baiana de Direito/ Editora Juspodivm, 2012.

⁵⁹ António Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’ — Proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, 43.

do rosto (uma “verdadeira epifania”⁶⁰ e forma qualificada de socialidade⁶¹) e só assim se pode enquadrar a mobilização que Levinas faz, a partir do caráter não simétrico da relação intersubjetiva (em termos éticos), da conhecida afirmação de Dostoievsky: “Somos todos culpados de tudo e de todos perante todos, e eu mais do que os outros”⁶².

Há que distinguir entre responsabilidade prospetiva e responsabilidade retroativa “histórica”⁶³. A última convoca, normalmente, a categoria de «culpa», isto é, um determinado agente é culpável por uma certa ação. É no campo da segunda que se move, em primeira linha, a responsabilidade civil, sem prejuízo de não esquecer também efeitos prospetivos, sublinhando a doutrina o seu papel de prevenção⁶⁴, também numa ótica económica⁶⁵.

⁶⁰ Sobre a “epifania do rosto” na obra de Emmanuel Levinas, vd. Michaël de Saint-Cheron, *Entretiens avec Emmanuel Levinas 1992-1994*, Paris: Le Livre de Poche, 2006, 63-65. Neste quadro, é a “carne que se faz verbo” (*Caro verbum facta est*), op. cit., 66.

⁶¹ Emmanuel Levinas (*Transcendência e inteligibilidade*, Lisboa: Edições 70, 1991, 24): “[...]a socialidade (...) já não é um simples visar, mas responsabilidade para com o próximo (...). Socialidade que, por oposição a todo o saber e a toda a imanência — é relação com o outro enquanto tal e não com o outro, pura parte do mundo” (24; em itálico no original).

⁶² Emmanuel Levinas, *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*, Lisboa: Edições 70, 1988, 90. No entanto, como esclarece, não se deve ler esta afirmação em termos de “culpabilidade efetivamente minha, por causa de faltas que tivesse cometido; mas porque sou responsável de uma responsabilidade total, que responde por todos os outros e por tudo o que é dos outros, mesmo pela sua responsabilidade. O eu tem sempre uma responsabilidade *a mais* do que todos os outros”.

⁶³ Peter Cane, *Responsibility in law and morality*, Oxford/ Portland (Oregon): Hart Publishing, 2002, 31.

⁶⁴ Sobre a dimensão de prevenção em sede de responsabilidade civil e de seguro, vd. agora Maria Inês de Oliveira Martins, “Seguro e responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito* 96/1 (2020) 241-290. No quadro das conclusões, afirma “que a perseguição de finalidades por via dissuasora cabe principalmente à responsabilidade civil” (288-289).

⁶⁵ Entre nós, vd. Miguel Carlos Teixeira Patrício, *Análise económica da responsabilidade civil médica*, Lisboa: AAFDL/ Lisbon Law Editions, 2017, que sintetiza: “[a] leitura económica do sistema de responsabilidade civil obedece a um objetivo fundamental (...): o da redução ou da minimização dos *custos sociais* da prevenção” (31; itálico no original). Sobre as relações entre as duas funções (preventiva e reparadora) da responsabilidade civil, vd. 69-87.

De um ponto de vista dogmático, no quadro do instituto da responsabilidade, assistiu-se:

- a) Primeiro, a uma expansão do campo da responsabilidade civil ao admitir-se, ao lado da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade pelo risco. O desenvolvimento da técnica⁶⁶ abriu portas para esta figura enquanto expressão do brocardo *ubi commodā, ibi incommodā*;
- b) A um alargamento do âmbito pessoal do instituto, na medida em que se abriu a sua aplicação a grupos profissionais que estavam tradicionalmente subtraídos. Sinde Monteiro convoca Christian von Bar para falar de “democratização da responsabilidade profissional”⁶⁷ e refere especificamente a responsabilidade médica;
- c) A uma transformação da prática médica que, durante séculos e séculos, se estruturou numa relação rosto a rosto — médico/paciente. Entre os elementos essenciais dessa mudança contam-se, desde logo a multiplicação de equipas, o plural no exercício da medicina, acentuando-se as dimensões organizacionais no campo da saúde (em sede de responsabilidade, pense-se na *faute de service*⁶⁸). Neste universo marcado pela complexidade, assumem peso a *clinical governance* e a *clinical risk management*, com impacto também, no que ora nos importa, na responsabilidade civil e na segurança do paciente⁶⁹;

⁶⁶ Articulando-a com a sociedade de massas, veja-se, mais de meio século depois da primeira edição (1969), o brilhante texto de Rogério Ehrhardt Soares, *Direito público e sociedade técnica*, 2.ª ed., Coimbra: Tenacitas, 2008.

⁶⁷ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 166.

⁶⁸ Sobre a falta do serviço, vd., em síntese, Mário Aroso de Almeida, *Teoria geral do direito administrativo*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 636-640, quer se trate de falta coletiva quer anónima. No campo da saúde, Ana Raquel Moniz, “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa”, in João Carlos Loureiro/ André Dias Pereira/ Carla Barbosa (Coord.), *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, II — *Profissionais de saúde e pacientes — responsabilidades*, Coimbra: Almedina, 2016, 97-145, 124-129.

⁶⁹ Mas não se esgotando nelas: vd., por exemplo, “What is risk management

- d) Quanto ao parâmetro de avaliação, verificou-se uma profunda aceleração do conhecimento médico e a tendência que se desenha é o recurso a sistemas de apoio à decisão baseados em inteligência artificial (por exemplo, o robô Watson), a que crescem as dimensões de personalização (medicina personalizada) possibilitadas, desde logo, pela genómica.

1.2. Socialização de riscos

Consideremos agora um tópico que comparece recorrentemente na obra de Sinde Monteiro: socialização de riscos. Na doutrina, refere-se a presença de uma trilogia responsabilidade, seguro e solidariedade⁷⁰ (neste caso, impondo-se precisões, dado que o seguro não é alheio a uma certa forma de solidariedade⁷¹). De passagem, diga-se que, no ano em que se

in healthcare?” *NEJM Catalyst Innovations in Care Delivery* (2018): “ERM [Enterprise Risk Management] includes traditional aspects of risk management including patient safety and medical liability and expands them with a “big picture” approach to risk across the organization” (<https://catalyst.nejm.org/doi/full/10.1056/CAT.18.0197>). Em geral, sobre a *clinical governance* e a *clinical risk management*, vd. Daniele Rodriguez/ Alessia Arseni, “*Clinical governance e clinical risk management*”, in Andrea Belvedere/ Silvio Riondato (a cura di) *La responsabilità in medicina (Trattato di biodiritto)*, Milano: Giuffrè Editore, 85-111).

⁷⁰ *Responsabilité et socialisation du risque*, Paris: La documentation française, 2005, 205.

⁷¹ Esta dimensão de solidariedade do seguro é, aliás, expressamente reconhecida no texto citado na nota anterior (205). Meret Bauman (*Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, Zürich/Basel/ Genf, 2008) avança com um modelo de solidariedade assente na tridimensionalidade (135-145). Importa não olvidar que também o nível primário da solidariedade (a chamada “solidariedade do seguro” — 135) está presente nos seguros comerciais. Na verdade, qualquer seguro pressupõe uma solidariedade no risco em relação aos outros afetados, ainda que se considere que não ser este o uso mais adequado do princípio. Kaiser Ernest (“Les possibilités et les limites d’une solidarité conçue dans le cadre des générations et des revenus”, *Revue à l’intention des caisses de compensation* (1971), p. 219 *apud* Meret Baumann, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, cit., p. 144): “[s]i l’on parle de solidarité, on en vient à ne plus penser à celle qui, dans toute communauté d’assurance, est inhérente au risque. Sur un plan tout à fait général et dans le sens classique du terme, on entend par *solidarité toute dérogation au principe de l’équivalence individuelle*”. Já o segundo grau ou nível de

assinala o cinquentenário da publicação de *A theory of justice*, de John Rawls⁷², um título que também está em destaque neste Museu (juntamente com as suas aplicações em sede de sistema de saúde — pense-se, por exemplo, na obra de Norman Daniels⁷³), a socialização de riscos tem expressão quer em sede de teoria da justiça⁷⁴ quer na dimensão institucional (Estado social)⁷⁵. Uma pista de trabalho, que não pode ser prosseguida aqui, passa por (re)ler Sinde Monteiro (por exemplo, a discussão em torno do modelo neozelandês) a partir da diferença proposta por Amartya Sen, em sede de “ideia de justiça”, entre o institucionalismo transcendental — que frisa a pergunta pelas “instituições perfeitamente

solidariedade — não com todos os potenciais afetados, mas sim com grupos de risco —, relativiza o princípio da equivalência, o que, aliás, também acontece no terceiro nível de solidariedade — em que a solidariedade se verifica com os economicamente débeis. Neste último caso, a relativização da equivalência verifica-se, desde logo, em relação à contribuição, que não é calculada de acordo com o risco de cada um, nem corresponde a um valor unitário, mas, em regra, determinada a partir de uma percentagem sobre o salário (Meret Baumann, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, 142).

⁷² John Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., 1971.

⁷³ V.g., Norman Daniels, *Just health care: meeting health needs fairly*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995; Idem, “The Genome Project, individual differences and just health care”, in: Timothy F. Murphy/ Marc A. Lappé, *Justice and the Human Genome Project*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1994, 110-132; Idem, “Justice as a value in the life sciences”, in *Justiça e bioética/ Justice and bioethics — Seminário Nacional CNECV 20 maio 2016*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2019, 49-57. Entre nós, vd., em jeito de comentário, a leitura de José Joaquim Gomes Canotilho, “Olhar com paixão a imunologia da esperança”, in *Justiça e bioética/ Justice and bioethics*, 29-36, 31-33.

⁷⁴ Importaria, desde logo, ter aqui presente o texto matricial de Aristóteles — *Ética a Nicómaco* (Lisboa: Quetzal Editores, 2009), que distingue entre justiça distributiva e corretiva (vd. o Livro V).

⁷⁵ Categoria que está sob fogo, falando parte da doutrina já em Estado pós-social: criticamente e para outras indicações, vd. o que escrevemos em *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora; Wolters Kluwer, 2010.

justas”⁷⁶ (“centrada em arranjos”)⁷⁷ — e a “comparação centrada em realizações”⁷⁸, que privilegia a efetivação e a resolução de questões concretas.

1.2.1. *Responsabilidade médica e acesso aos cuidados de saúde*

A responsabilidade médica pressupõe resolvido o problema do acesso, o chegar aos cuidados necessários. Na verdade, tradicionalmente e apesar da existência de sistemas de socorros públicos/ assistência social, muitos não conseguiam ter acesso às prestações de saúde. No século XIX, a par da questão da pobreza (*Armutfrage*), recortou-se a questão social, operária ou dos trabalhadores (*Arbeiterfrage*). Uma resposta essencial ao problema passou pela construção da figura dos seguros sociais, nomeadamente os de doença, visando obviar à perda de rendimentos e ao aumento de encargos suscitados pela enfermidade. Trata-se de responder a um risco social⁷⁹ que, na dogmática do direito da segurança social, aparece nas vestes de eventualidade⁸⁰. Durante a II Guerra Mundial, Beveridge⁸¹ propôs uma reforma profunda do campo da segurança social e um Serviço Nacional de Saúde, num quadro marcado pela universalidade quanto aos destinatários (âmbito subjetivo) e a generalidade em relação às prestações (âmbito material). Esta revolução no acesso, conjugada com a revolução biomédica no século passado⁸², permitiu um significativo au-

⁷⁶ Amartya Sen, *A ideia de justiça*, Coimbra: Almedina, 2012, 47.

⁷⁷ Amartya Sen, *A ideia de justiça*, 44.

⁷⁸ Para uma síntese das diferenças entre estas perspetivas, vd. Amartya Sen, *A ideia de justiça*, 42-48.

⁷⁹ Sobre a noção de risco social, vd., com outras indicações bibliográficas, João Carlos Loureiro, *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra Editora: Coimbra, 2014, esp. 42-44.

⁸⁰ Ilídio das Neves, “Eventualidade”, in Idem, *Dicionário técnico e jurídico de protecção social*, Coimbra, 2001, 337.

⁸¹ William Beveridge, *Social insurance and allied services: presented to Parliament by command of His Majesty*, November 1942, London. Em português, vd. William Beveridge, *O plano Beveridge*, Lisboa: Editorial Século, 1943.

⁸² Repare-se que mesmo a medicina como ciência é recente. João Lobo Antunes (*A nova medicina*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, 10) refere o fim do século XIX e cita a designação dada por Lewis Thomas (*the youngest science*);

mento da esperança de vida e uma ênfase na qualidade de vida. O Estado social surge como elemento decisivo neste processo de possibilitação e o seu êxito, menor ou maior consoante os países, gerou riscos de “segunda ordem”⁸³, ou seja, resultantes do sucesso desta socialidade, entre os quais se contam o disparar a despesa relativa à dependência e a de cuidados de saúde. Ora, não se deve desconhecer a escassez como elemento da realidade que tem de ser tomada a sério em sede de políticas públicas.

Assim sendo, há um cruzamento entre o acesso aos cuidados (quer por via de um serviço nacional de saúde quer de seguros sociais)⁸⁴ e a responsabilidade médica. Na verdade, perante uma panóplia de possibilidades importa não olvidar que as escolhas políticas relativas à afetação de meios têm impacto no que pode ser exigível do médico. Num escrito de um grupo de trabalho sobre “*standards* da saúde”, o direito da responsabilidade (no caso, médica) é apresentado como um “meio de ordem secundário”⁸⁵. Explicitando a ideia: a avaliação do cuidado devido na esfera micro — classicamente, na relação médico-paciente (hoje, muitas vezes entre a equipa médica e o enfermo) — não pode servir de correção às decisões tomadas a montante no que toca à afetação de recursos, mantido que seja um “limiar básico irrenunciável”⁸⁶. Temos assistido a um aumento crescente de custos, explicado pela articulação de fatores demográficos (envelhecimento), a acelerada revolução biomédica, e ain-

umas páginas à frente, depois de referir o “primeiro grande tratado de medicina — *The principles and practice of medicine*, de William Osler, cuja primeira edição é de 1892) e de assinalar as limitações da farmacologia disponível, dá conta de palavras de Lewis Thomas que apontam para uma história mais breve da medicina como ciência: por volta de meados do século XX.

⁸³ Trata-se de uma expressão de Leisering que colhemos em Carsten G. Ullrich, *Soziologie des Wohlfahrtstaates: eine Einführung*, Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2005, 66.

⁸⁴ Sobre a questão do acesso, vd. Luís Meneses do Vale, “Access to health care between rationing and responsiveness: problem (s) and meaning(s)”; desenvolvidamente, Idem, *O problema jurídico do acesso à saúde: entre a solidariedade e a responsividade: contributo para uma teoria constitucional sobre a realização do direito público social*, Coimbra, 2018.

⁸⁵ *Gesundheit nach Maß?: eine transdisziplinäre Studie zu den Grundlagen eines dauerhaften Gesundheitssystems*, Berlin: Akademie Verlag, 2004, 185.

⁸⁶ Para este ponto, louvamo-nos em *Gesundheit nach Maß?*, 186.

da a chamada medicina defensiva, em virtude do receio de ser responsabilizado (também penal e disciplinarmente).

1.2.2. *Socialização de riscos: noção e tipologia*

Um elemento extremamente importante passou pela chamada socialização de riscos⁸⁷, colocando nas luzes da ribalta os lesados. O discurso das vítimas tem vindo a receber um crescente fôlego, nalguns casos, não isento de críticas⁸⁸. É notável a preocupação das nossas sociedades com elas⁸⁹, que se projeta em direitos humanos e fundamentais, na esteira de um processo de desmontagem do “mecanismo” do bode expiatório. E, num Museu da Saúde, recordam-se palavras de René Girard:

“A preocupação com as vítimas afirma-se, ao que penso pela primeira vez, nessas instituições religiosas a que se chama de caridade. É aí que tudo começa, ao que parece, com o hospício, essa dependência da Igreja que em breve se torna hospital. O hospital acolhe todos os estropiados, todos os doentes, sem distinção de pertença social, territorial ou mesmo religiosa. Inventar o hospital é dissociar, pela primeira vez, a noção de vítima de qualquer pertença concreta, é inventar a noção moderna de vítima.

As culturas ainda autónomas cultivavam toda a espécie de solidariedades familiares, tribais, nacionais, mas não conheciam a vítima sem si, a vítima anónima e desconhecida (...)”⁹⁰.

⁸⁷ Neste sentido, vd. este sentido, vd. *Responsabilité et socialisation du risque*: “[c]e n’est pas vraiment le risque qui est socialisé, ce sont ses conséquences dommageables et leur indemnisation. Le terme «risque» n’est pas non plus nécessairement le plus apte à décrire, en toute rigueur, des aléas, des dangers ou des menaces ne se prêtant pas à une évaluation a priori”.

⁸⁸ Por exemplo, na sua obra, René Girard mostra que a preocupação legítima com as vítimas radicalizou-se, fazendo da vitimização um dos sinais do tempo (cf., por exemplo, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, 222-223, que fala, inclusivamente, de um “outro totalitarismo”).

⁸⁹ René Girard, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, 207, afirma inclusivamente que “[a] força de transformação mais eficaz não é a violência revolucionária, mas a preocupação moderna com as vítimas”.

⁹⁰ René Girard, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, 206.

Angelo Scola, em *La buona salute e i luoghi della cura*⁹¹, título cuja capa, com a mestria de Fra Angelico (também conhecido como Beato Angelico)⁹², ilustra outra intervenção de S. Cosme e S. Damião (a cura de *Palladia*, desenganada pela medicina do tempo), realça a ideia de Hospital como “lugar de acolhimento integral”⁹³.

Retornando à responsabilidade civil, num mundo com complexidade acrescida, revelaram-se zonas de desfasamento entre a atividade dos facultativos e danos do lesado. Na verdade, há danos iatrogénicos que não advêm de uma violação das *leges artis*, que não são imputáveis a qualquer negligência do profissional de saúde, não resultando de erros de tratamento relevantes em termos de responsabilidade civil⁹⁴. João Lobo Antunes, que anuncia o “controlo do erro (...) [como] uma das conquistas mais louváveis da Nova Medicina”⁹⁵, recorda, precisamente, a existência de acontecimentos adversos que não são erros.

A centralidade das vítimas estimula mecanismos de socialização de riscos. Desde logo, pense-se, em termos previdenciais, na figura do seguro social dos sistemas bismarckianos. Acresce a intervenção por via de seguros, que podem ser pensados quer como de substituição da responsabilidade civil (*Haftungersetzende Versicherungslösungen*) quer a título complementar (*Haftungsergänzende Versicherungslösungen*)⁹⁶. Este percurso pode ser comprovado na Sala da Segurança Social e do Serviço Nacional de Saúde, que tem como mote “Vai fermosa e segura?”⁹⁷.

Precisando o conceito de socialização de riscos, notamos que é englobante, compreendendo quer as hipóteses em que a indemnização de danos é separada da responsabilidade, bem como aquelas em que “le

⁹¹ Angelo Scola, *La buona salute e i luoghi della cura*, Siena: Edizioni Cantagalli, 2002.

⁹² Sobre a pintura, vd. <https://www.nga.gov/collection/art-object-page.41613.html>.

⁹³ Angelo Scola, *La buona salute e i luoghi della cura*, 20.

⁹⁴ Sobre este ponto, Jasmin Thüß, *Rechtsfragen des Critical incident reportings in der Medizin*, Berlin/ Heidelberg, 2012, 13.

⁹⁵ João Lobo Antunes, *A nova medicina*, 39. Em 1992, proferiu uma palestra que incidiu sobre o erro médico: vd. João Lobo Antunes, “Sobre o erro”, in Idem, *Um modo de ser*, 4.ª ed., Lisboa: Gradiva, 1997, 77-89.

⁹⁶ Dominique Püster, *Entwicklungen der Arzthafpflichtversicherung*, Berlin/ Heidelberg: Springer, 2013, Cap. VI, com significativo desenvolvimento.

⁹⁷ A inspiração é aqui camoniana.

financement de cette indemnisation est, soit *a priori* soit *a posteriori*, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage"⁹⁸. Na síntese de Sinde Monteiro, significa que a “socialização da responsabilidade” é compreendida como uma “despersonalização”:

“(…) passa de individual a coletiva. Ela deixa de gravar, pesada e isoladamente, um património individual, para se diluir no seio de um património coletivo formado pelos contributos de todos os potenciais responsáveis”⁹⁹.

Nesta Sala, encontramos um conjunto de pistas para a proteção social. Do ponto de vista histórico, estabelece-se um percurso desde as caixas de previdência até ao Serviço Nacional de Saúde. Sinde Monteiro, em artigo em coautoria com Jorge de Figueiredo Dias¹⁰⁰, apresenta os aspetos fundamentais do sistema de saúde, não descurando a organização e confrontando-se depois com o problema de saber se a responsabilidade contratual pode ser aplicada aos hospitais públicos. Algumas páginas são dedicadas aos “esquemas de seguro”¹⁰¹. Recuperando um estudo anterior — *Responsabilidade por culpa, responsabilidade objetiva, seguro de acidentes*¹⁰² —, discute-se, como já tinha feito, a “substituição da responsabilidade pela proteção do seguro”¹⁰³. Convoca o direito da segurança social, tratando da proteção no caso de acidentes de trabalho¹⁰⁴ e de doença. Em

⁹⁸ *Responsabilité et socialisation du risque*, 205.

⁹⁹ Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Suplemento XLIX)*, 1972, 26.

¹⁰⁰ Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça* (1984/332) 21-79, 48-51.

¹⁰¹ Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, 54-58.

¹⁰² Publicado em Jorge Sinde Monteiro, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, citado em Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, 55.

¹⁰³ Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, 55.

¹⁰⁴ Sobre estes, vd. logo o tratamento da questão em Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, n.º 12. Em regra, refere-se a

relação aos primeiros, recorda que, em Portugal, estes continuam cobertos, na sequência da opção legislativa de 1913, por seguros privados¹⁰⁵, diferentemente doutros países europeus e do que continua consagrado na Lei de Bases da Segurança Social¹⁰⁶. Defende a extensão a outros acidentes — a sua conversão em “autêntico seguro de acidentes”¹⁰⁷ e aflora o problema organizacional, propendendo para “a criação de um organismo central de indemnização, sobretudo para as prestações respeitantes a incapacidades permanentes”.

Na verdade, em relação a acidentes de trabalho, para além desta dimensão privada, outro era e é ainda o modo de tutela, para quem integre o agora denominado sistema de proteção social convergente¹⁰⁸. Falamos da proteção social de base administrativa, mas não contributiva¹⁰⁹, própria do que era tradicionalmente conhecido como regime de proteção social da função pública.

Neste guia elaborado para a Festa de homenagem, vê-se que Jorge Sinde Monteiro se socorre de uma classificação tripartida no que toca à socialização, a saber: a) socialização indireta da reparação; b) socialização semidireta da reparação; c) socialização direta da reparação¹¹⁰. Antes de

Arbeiterversicherungsgesetz, de 15 de junho de 1883, que integrou o pacote de seguros sociais de Bismarck.

¹⁰⁵ Vd., sobre a génese, J.M. Vilhena Barbosa de Magalhães, *Seguro contra acidentes de trabalho*, I, Lisboa, 1913.

¹⁰⁶ A Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, no art. 107.º, limita-se a remeter o regime jurídico da proteção obrigatória em caso de acidente de trabalho para a disciplina legal. No entanto, no art. 52.º, relativo ao âmbito material do sistema previdencial, refere expressamente que os acidentes de trabalho integram o leque de eventualidades [art. 52.º/1/d)].

¹⁰⁷ Jorge Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, 56.

¹⁰⁸ Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro.

¹⁰⁹ Ilídio das Neves, *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 810-811. A Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro, prevê, no seu art. 16.º/1 que “[p]ara efeitos do direito às prestações sociais relativas às eventualidades referidas nas alíneas a), b), c) e d) do artigo 13.º, o exercício de funções dos trabalhadores é equiparado a carreira contributiva”.

¹¹⁰ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade civil. I — Introdução”, *Revista de Direito e Economia* 4 (1978), 313-415, 335, convocando Geneviève Viney. Já antes em Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, 26, n. 2.

analisarmos esta trilogia, assinalemos que a socialização é, desde logo, modo de expressão do social em sentido amplo, como diria Hans Zacher¹¹¹, compreendendo também respostas que se inscrevem no social (em sentido estrito), isto é, que se reconduzem à segurança social que visa responder a défices de rendimentos e de cuidados. A socialização aparece aqui como um elemento que conduz à passagem de uma resposta individual a uma resposta coletiva.

Começando pela socialização ou coletivização indireta da reparação, deparamo-nos com os seguros privados, que mudam o eixo da resposta, passando-se do indivíduo a uma comunidade de segurados. Sinde Monteiro sublinha que, neste caso, o peso do seguro cresce, “ofuscando a responsabilidade e a pessoa do responsável”¹¹². “Ofuscando”, mas não apagando, traço que se revela decisivo na avaliação a que se procederá. Já quanto à socialização semidireta (por via de fundos de garantia) da reparação, abrem-se as portas para uma espécie de seguro complementar que acresce ao seguro de responsabilidade, mas que opera a título subsidiário.

Na socialização direta da reparação há um corte com a figura da responsabilidade, pelo que, no limite, movemo-nos já num campo que se conforma como uma alternativa ao instituto. Sinde Monteiro apresenta, como ilustração de um campo típico desta última, precisamente a segurança social, convocando um caso da esfera previdencial¹¹³. Se pegarmos no seu exemplo — acidentes de trabalho — e olhando para a experiência alemã, verificamos que, na lei consagrada aos acidentes de trabalho, operam dois princípios, a saber: a) o da proteção social, onde há compensação de danos independentemente de negligência própria ou alheia¹¹⁴; b) o princípio da substituição da responsabilidade (*Haftungersetzungsprinzip*), não havendo lugar a responsabilidade civil do empregador. Esta separação entre responsabilidade (civil) e reparação também se pode ver,

¹¹¹ Vd., por exemplo, Hans Zacher, “Globale Sozialpolitik: einige Zugänge”, in: *Staatsrecht und Politik: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München: Beck, 2009, 537-558.

¹¹² Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade civil. I — Introdução”, 335.

¹¹³ Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade civil. I — Introdução”, 335.

¹¹⁴ Wolfgang-Spellbrink, “Unfallversicherung”, in Ruland/ Becker/ Axer (Hrsg.), *Sozialrechtsbandbuch*, 6.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2019, 842-843.

por exemplo, no domínio da compensação, reparação ou indemnização social (*soziale Entschädigung*), hipótese onde, no plano da comunidade política, se entende haver uma “responsabilidade acrescida”¹¹⁵, relevando mecanismos que têm como escopo precisamente essa reparação¹¹⁶. Estes não se confundem nem com os seguros, nem com a previdência, nem com a ajuda social. Em relação aos primeiros — seguros privados —, fala-se, no caso da indemnização social, de “dívidas da coletividade”; quanto à previdência, não há aqui nenhuma relação prévia de vinculação; finalmente, ao contrário da regra da ajuda social, o acesso à prestação social não está dependente da verificação da condição de recursos¹¹⁷.

Francesco D’Agostino¹¹⁸, sublinhando a experiência de fragilidade que marca a condição humana, intrínseca à corporeidade, recusa a visão épica¹¹⁹ e fala da tragédia da finitude. Quanto a nós, preferimos dizer que, neste “grande teatro do mundo” (Calderón de la Barca), a vida tem uma estrutura dramática, que, às vezes, pode ser trágica¹²⁰. Na verdade, *Totus mundus agit histrionem*¹²¹. Numa análise da figura da indemnização

¹¹⁵ Bertram Schulin, *Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs*, Köln: Heymanns, 1981, *apud* Francis Kessler, *Droit de la protection sociale*, 7.^a ed., Paris: Dalloz, 2020, 673,

¹¹⁶ Francis Kessler, *Droit de la protection sociale*, 674.

¹¹⁷ Precisamente neste sentido, Francis Kessler, *Droit de la protection sociale*, 154.

¹¹⁸ Francesco D’Agostino, *Bioetica: questioni di confine*, Roma: Edizioni Studium, 2019, 38.

¹¹⁹ A esta visão épica pode associar-se o “mito da autorrealização total” (*mythe van de totale zelfontplooiing*): sobre este e criticamente, vd. E. N. Bouwman, “«Elk mens mag er zijn». Over het juridische en het ethische in de geneeskunde”, Sytse Strijbos (red.), *Nieuwe medische ethiek*, Amsterdam: Buijten & Schipperheijn/ Maarssen : Stichting voor Reformatorische Wijsbegeerte, 1985, 78-86, 81-82.

¹²⁰ Recordar-se também as escolhas trágicas na esfera dos cuidados de saúde associadas à questão da escassez. Por exemplo, Guido Calabresi/ Philip Bobbitt, *Tragic choices*, New York/ London: W.W. Norton & Company, 1978, escrevem: “(...) we study scarcities which make particularly painful choices necessary. These choices are sometimes tragic and sometimes not”.

¹²¹ John of Salisbury *apud* Aidan Nichols, *No bloodless myth: a guide through Balthasar’s dramatics*, Edinburgh: T. & T. Clark, 2000, 12.

social, estabelece-se o liame com “une situation particulière considérée comme particulièrement tragique”¹²².

O Museu, abrindo-se a visitantes de muitos países e incentivando o estudo comparado, recolhe exemplos de diferentes fundos: por exemplo, no caso francês, dá-se conta da Lei n.º 2002-303, de 4 de março, relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de cuidados¹²³, cobrindo “un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale”¹²⁴ e abrindo portas à solidariedade nacional. Também a Suécia, a que Jorge Sinde Monteiro dedicou especial atenção, merece acolhimento. Por exemplo, em *Aspectos particulares da responsabilidade médica*¹²⁵, propõe-se olhar para um seguro do paciente “do tipo [aí] introduzido”, que não se traduz numa abolição da responsabilidade civil¹²⁶. A “alternativa sueca”¹²⁷ na esfera da reparação de danos pessoais aparece-lhe como “um método civilizado de resolver os problemas”¹²⁸.

Em Portugal, na sequência de um conjunto de incêndios trágicos ocorridos em 2017, foi criado um Fundo (Fundo REVITA), que, tendo

¹²² Francis Kessler, *Droit de la protection sociale*, 153. Pela manifesta insuficiência de espaço e pela natureza deste escrito, em registo de posfácio, não é possível proceder aqui a outros aprofundamentos e precisões, tarefa que pensamos empreender noutro lugar.

¹²³ Francis Kessler, *Droit de la protection sociale*, 699. Entre nós, vd. André Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 852-854.

¹²⁴ *Code de la santé publique*, art. L. 1142-1-II.

¹²⁵ Jorge Sinde Monteiro, “Aspectos particulares da responsabilidade médica (seguro do doente, responsabilidade dos agentes do Estado, perte de chance)”, in *Direito da saúde e bioética*, Lisboa: Lex, 133-152, 135).

¹²⁶ Jorge Sinde Monteiro rejeita a tese abolicionista: “não pensamos (...) que a total supressão da ação de responsabilidade civil nos casos de danos pessoais seja uma boa solução” e entende que seria, aliás, incompreendida pelo cidadão comum [cf. “Reparação dos danos pessoais em Portugal: a lei e o futuro (considerações de *lege ferenda* a propósito da discussão da «alternativa sueca»”, *Colectânea de Jurisprudência* 11 (1986/4) 15-29, 10]. Na verdade, no seu entender, uma ação de indemnização continuaria a ter cabimento no caso de negligência grave, permitindo ao lesado a indemnização integral dos danos (10).

¹²⁷ Jorge Sinde Monteiro, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, 135. Também Idem, “Reparação dos danos pessoais em Portugal: a lei e o futuro”.

¹²⁸ Jorge Sinde Monteiro, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, 137.

embora como objetivo “fins de carácter social”¹²⁹, é atípico em relação às soluções do campo da compensação ou indemnização social. Na verdade, embora baseado na solidariedade nacional (e até internacional)¹³⁰, o financiamento é resultado dos contributos de pessoas singulares e coletivas, e a intervenção do Estado passa pela gestão do referido fundo¹³¹.

Ainda a propósito dessa tragédia, recorde-se que Jorge Sinde Monteiro, juntamente com Mário Tavares Mendes e Joaquim Sousa Ribeiro, integrou o Conselho criado, por Resolução do Conselho de Ministros, relativo ao regime excecional de compensações a pagar pelo Estado nos casos de morte imputável causalmente aos incêndios, ocorridos nos dias 17 a 24 de junho e 15 e 16 de outubro de 2017¹³².

1.2.3. *Socialização: limites a partir da ideia de responsabilidade*

Assistimos ao que já foi designado como “corrosão da doutrina da culpa” no Estado social¹³³, embora importe não esquecer, como se sublinhou, a insustentabilidade do paradigma individualista tradicional¹³⁴. Castanheira Neves, na *Nótula*¹³⁵ que antecedeu a republicação, no *Bo-*

¹²⁹ Art. 2.º/2, do Decreto-Lei n.º 81-A/2017, de 7 de julho (Cria o fundo de apoio à revitalização das áreas afetadas pelos incêndios ocorridos no mês de junho de 2017 nos concelhos de Castanheira de Pera, Figueiró dos Vinhos e Pedrógão Grande).

¹³⁰ Vd. o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 81-A/2017, de 7 de julho.

¹³¹ Lê-se no Preâmbulo: “criar um fundo, de âmbito social, com o objetivo de gerir donativos entregues no âmbito da solidariedade demonstrada”.

¹³² “Relatório do Conselho constituído pelo Despacho N.º 9599-B/2017 (ao abrigo da RCM N.º 157-C/2017) nos termos e para os efeitos da RCM N.º 179/2017”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política — Universidade Lusófona do Porto* (2018/11) 214-228.

¹³³ Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, 156.

¹³⁴ Jorge Sinde Monteiro/ André Dias Pereira, “Surety protection in Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito* 81 (2005) 727-746, 731: “there is no longer a liberal, individualistic civil Law, typical of the 19th century”.

¹³⁵ António Castanheira Neves, “Nótula a propósito do Estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 1.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 475-482, 480. Também sobre o tema da responsabilidade, na linha do pensamento de Castanheira Neves, vd. o excuro de Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 13.ª lição, 502-526.

letim da Faculdade de Direito, do *Estudo sobre a responsabilidade civil*, de Guilherme Moreira, adverte, contudo, para a necessidade de não se sustentar um modelo abolicionista da responsabilidade civil. Escreve:

“não deverá irreleva-se, a favor das soluções lineares e de simplificações técnicas, a imputação pessoal da responsabilidade sempre que as relações ético-sociais possam (e devam) reafirmar-se, quer pela via do regime de regresso, quer distinguindo e responsabilizando a culpa grave, quer diferenciando a culpa do erro”.

Quanto a estes pontos, remete para o texto do nosso homenagem¹³⁶, e, na grande maioria de caminhos seguidos, não se verifica a irrelevância da responsabilidade civil enquanto expressão da responsabilidade da pessoa. Desde logo, porque a existência de soluções de responsabilidade que prescindem da culpa (*no-fault compensation*, *Nichtverschuldenshaftung*)¹³⁷ não apaga a eventual responsabilidade criminal, que continua a afigurar-se como uma imprescindível dimensão da responsabilidade dos profissionais de saúde. Além disso, como refere Castanheira Neves na passagem citada, nem por isso desaparecem algumas figuras que se conectionam diretamente com a responsabilidade pessoal. Já em *Reparação dos danos em acidentes de trânsito*, Sinda Monteiro defendia que, no quadro do “desenvolvimento dos mecanismos de reparação coletiva (...) é duvidoso (...) que a melhor maneira de salvaguardar o substrato do instituto

¹³⁶ No caso, Jorge Sinda Monteiro, *Responsabilidade civil*. Registe-se que Sinda Monteiro critica também noutros trabalhos soluções “radicais”, considerando que se “a noção de culpa não deve relevar propriamente como critério de seleção dos danos ressarcíveis (função reparatória), mas sobretudo como um critério de sanção e fator de prevenção” (cf. “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (Propostas de alteração ao Código Civil e ao D.L. n.º 408/79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito (Conclusão)”, *Revista de Direito e Economia* 6/7 (1980/1981) 123-265, 218. Sobre este ponto, vd. ainda Maria Inês de Oliveira Martins, “Seguro e responsabilidade civil”, 286-287.

¹³⁷ Uma solução desse tipo para vítimas de prestações no domínio dos cuidados de saúde foi defendido por Albert A. Ehrenzweig: cf. “Negligence without fault”, *California Law Review* (1966) 54, 1422-78, datando a proposta de 1951 (cf., sobre este ponto e a sua receção, a síntese de Dieter Giesen, *International medical malpractice law: a comparative law study of civil liability arising from medical law*, Mohr Siebeck: Tübingen/ Martinus Nijhoff: Dordrecht/ Boston/ London, 1988, 531).

— a responsabilidade individual — resida na sua conservação sob as formas tradicionais”¹³⁸. E, retomando este ponto na parte final, acentua a importância dos valores em causa e opõe-se claramente a “uma sociedade de cidadãos satisfeitos e... irresponsáveis”¹³⁹. Explicita:

“Se o que está fundamentalmente em jogo é separar o que deve pertencer ao direito dos seguros, do papel que deve ser conservado às noções de culpa e responsabilidade individual, temos para nós que ao mundo das culpas graves ou caracterizadas deve ser assinalado um estatuto que não só não destrua, como, pelo contrário, venha recolocar no lugar que lhe é devido o pensamento da responsabilidade individual”¹⁴⁰.

Um caminho alternativo passa por mudar o eixo do fundamento da responsabilidade própria enquanto dimensão da dignidade da pessoa humana para o plano dos efeitos, convocando a Análise Económica do Direito (AED). Relembre-se que também Sinde Monteiro não ignorou esta grelha teórica¹⁴¹; contudo, deixou claro que pode ser “uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito”¹⁴². Entre nós, dissentindo de

¹³⁸ Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Suplemento XIX)*, 1972, 14-15.

¹³⁹ Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, 143.

¹⁴⁰ Jorge Sinde Monteiro, “Reparação dos danos em acidentes de trânsito”, 143.

¹⁴¹ Jorge Sinde Monteiro, “Análise económica do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito* 57 (1981) 245-250. Entre nós, Castanheira Neves procedeu a uma crítica sistemática da AED (por exemplo, em síntese, *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, 45-46), obrigando-nos a revisitarmos as “alternativas ao direito” (*v.g.*, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, in António José Avelãs Nunes/Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Orgs.), *O direito e o futuro, o futuro do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 9-82, 80-82). Na verdade, o “pós-direito” é uma possibilidade (cf. José Manuel Aroso Linhares, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”, in *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, 109-172, 114).

¹⁴² Jorge Sinde Monteiro, “Análise económica do direito”, 249, explicitando, nessa mesma página e a propósito da discussão com a obra de Calabresi, que o “valor-justiça assim considerado não se identifica com aquele que os juristas têm em conta nas suas análises; para estes, a justiça, além de princípio constitutivo é também um princípio regulativo do direito, que os há de iluminar na busca das soluções, não um mero *facto empírico*”.

Mafalda Miranda Barbosa¹⁴³, Miguel Teixeira Patrício convocou a Análise Económica do Direito para defender que esta permite chegar a propostas de sistemas de *no-fault* (ainda que “porventura mitigados”)¹⁴⁴, “viáveis e humanistas, não pondo em causa (antes pelo contrário) os valores éticos e jurídicos prezados por qualquer bom cultor do direito”. Apesar de o argumento de ameaça à função preventiva do direito da responsabilidade civil ter sido mobilizado para a oposição a este tipo de soluções, tem-se realçado que uma série de erros resulta de desatenções e esquecimentos para os quais não parece que a dimensão de dissuasão opere de modo efetivo¹⁴⁵.

2. (Algumas) áreas e salas temáticas

Nesta verdadeira cidade museológica em que se concretiza o projeto, há uma multiplicidade de áreas e salas, muitas das quais relevam para este percurso comemorativo que homenageia Jorge Sinde Monteiro e a sua obra. Não poderemos, por exemplo, percorrer a Sala Experimenta-

¹⁴³ Cf. Mafalda Miranda Barbosa, “A recusa de conformação do jurídico pelo económico: breves considerações a partir da responsabilidade civil”, *Boletim de Ciências Económicas* 57/1 (2014) 633-670, 648-650, que, aliás, sublinha, a partir de uma contraposição entre o pensamento de Calabresi e Posner, o facto de a AED estar longe de ser “um todo unitário” (648). Numa síntese que colhemos em Marcelo Corrales Compagnucci (*Big Data, databases and ‘ownership’ in the cloud*, Springer Nature: Singapore, 2020, 80-84), haveria que identificar três grandes linhas, a saber: direito positivo e economia, no quadro da Escola de Chicago; direito normativo e economia, que nos reenvia para Yale; finalmente, a Escola funcional do Direito e Economia, apontando para a Virgínia. Entre nós, já antes, Jónatas Eduardo Mendes Machado, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 203, sublinha também a “significativa diversidade de posições” (203); também Paulo Mota Pinto, “Sobre a alegada ‘superação’ do direito pela análise económica (ilustrada com a análise das medidas de indemnização contratual)”, in Idem, *Direito civil: estudos*, Coimbra: Gestlegal, Coimbra, 2018, 623-669, 625, n. 2.

¹⁴⁴ Miguel Carlos Teixeira Patrício, *Análise económica da responsabilidade civil médica*, 353.

¹⁴⁵ Assim, Jasmin Thüß, *Rechtsfragen des Critical incident reportings in der Medizin*, 186.

ção (*Neuland*) e a Sala *Pharmakon* (entre Galeno e a Indústria 4.0.¹⁴⁶). Ou ainda a *Sala da dor e do sofrimento* (sobre a pessoalidade), que ocupa um lugar importante no Museu da Saúde. Também aqui se recolhem depoimentos e casos de pacientes que passaram tormentos como Job¹⁴⁷. Nesta área de exposição, um cartaz que se socorre de Sinde Monteiro explica o que é o “dinheiro da dor” (*Schmerzengeld*), para convocarmos a impressiva fórmula alemã. Além disso, numa articulação com a memória recente, recordam-se, neste espaço, os incêndios de 2017 que afetaram particular e tragicamente habitantes da Região Centro do país. E, a propósito dos danos não patrimoniais, transcrevem-se considerações da referida Comissão, também integrada por Jorge Sinde Monteiro, que fundam a sua posição a partir da ideia fundante de dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada e de posições jusfundamentais referentes à integridade pessoal e à saúde:

“Nas situações, como esta, em que está em causa uma lesão corporal, tende a reconhecer-se hoje — ainda que com divergências doutrinárias e jurisprudenciais de enquadramento — que a violação da integridade pessoal da vítima, a nível físico (orgânico, funcional ou sensorial) ou psíquico — o comumente designado “dano biológico” — deve ser valorado em si mesmo, independentemente da sua repercussão negativa na esfera patrimonial do lesado, ocupando um lugar central ou “primário”, no que toca à compensação pelo dano não patrimonial sofrido pela vítima. Os tradicionais tipos particulares de dano não patrimonial (prejuízo estético, sexual ou respeitante a atividades de lazer, dores graves), ainda que, sem margem para dúvida, devam ser tidos em conta, a benefício de uma reparação integral, apresentam, nesta perspetiva, um carácter derivado”¹⁴⁸.

Tirando um espaço ou outro, teremos de nos contentar com algumas pincladas. Se o Museu se limitasse estritamente à responsabilidade, uma das hipóteses de trabalho passaria por considerar a trilogia avançada

¹⁴⁶ Sobre esta, vd. Klaus Schwab, *A quarta revolução industrial*, Lisboa: Levoir, 2017.

¹⁴⁷ Para a jurisprudência portuguesa sobre responsabilidade médica, vd. agora, por todos, Nuno Pinto de Oliveira, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2019.

¹⁴⁸ “Relatório do Conselho constituído pelo Despacho N.º 9599-B/2017 (ao abrigo da RCM N.º 157-C/2017) nos termos e para os efeitos da RCM N.º 179/2017”, 219.

por Castanheira Neves num Congresso sobre o presente e o futuro da responsabilidade civil, no ocaso do século passado (1995)¹⁴⁹. Olhando para a história da responsabilidade civil, propõe quatro etapas (que não podemos tratar agora), a saber: modelo arcaico, modelo romano da responsabilidade, modelo de responsabilidade em sentido ético e modelo de responsabilidade de sentido social¹⁵⁰.

2.1. Responsabilidade médica: antecedentes ou Oriente

Na sala onde se inicia um dos itinerários propostos, rumamos a Oriente¹⁵¹. A terra da Aurora, onde o sol nasce, tem exercido um fascínio sobre o Ocidente. Estão previstos módulos museológicos relativos a religiões orientais e saúde — com a cooperação da Academia para o Encontro de Culturas e Religiões (APECER-UC) —, dando conta dos contributos para os saberes médicos e as conceções de saúde, desde o hinduísmo ao budismo, passando pelo confucionismo e xintoísmo, não esquecendo o jainismo. Interculturalidade não é palavra vã neste Museu, onde também se consideram os limites, decorrentes do direito internacional dos direitos humanos e de direitos fundamentais, da reivindicação da realização de certas práticas (*v.g.*, mutilação genital feminina, ainda que em contexto hospitalar¹⁵²) em nome de especificidades culturais. Também se prevê, num cruzamento que recorda as andanças dos portugueses pelo mundo, a abertura de salas sobre a presença portuguesa na Índia, em Macau e Timor, para além de outros pontos na Ásia (a antiga Ceilão, agora Sri Lanka) e Malaca, por exemplo. Na Índia, mereceria lugar de destaque,

¹⁴⁹ Vd. António Castanheira Neves, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6 (1996/1) 9-43.

¹⁵⁰ António Castanheira Neves, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 11-15.

¹⁵¹ Sobre o Oriente enquanto entrada no campo da bioética, vd. Francesco D’Agostino, *Parole di bioetica*, Torino: Giappichelli Editore, 2004, 129-135.

¹⁵² No nosso ensino, temo-nos oposto aos que admitem práticas de mutilação genital feminina, desde que, tendo em vista a redução de riscos, sejam realizadas em contexto hospitalar. Também Augusto Silva Dias (*Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2018, 332, n. 929) é inequívoco, recusando a equiparação dessa prática com a circuncisão, e a sua prática, ainda que “medicalizada”.

desde logo, o *Colóquio dos Simples e Drogas da Índia*¹⁵³, de Garcia da Orta, primeira obra a ser impressa no Oriente relativa à temática¹⁵⁴. João Rui Pita, da Faculdade de Farmácia, também ele membro do Centro de Direito Biomédico, Coordenador e Diretor, juntamente com André Dias Pereira, do *Curso de Pós-graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento*, alargaria a recolha de farmacopeias (abrindo-se, aliás, a outros textos relevantes para a história da saúde), dando continuidade à série (por si dirigida) que a Imprensa da Universidade, com o patrocínio da *Bluepharma*, tem vindo a editar.

No domínio da literatura de expressão portuguesa, não se olvidam olhares como o de um antigo aluno da Faculdade de Direito, Camilo Pessanha, que, na sua obra, mobiliza elementos da medicina (por exemplo, o “frio escalpelo” que encontramos no poema *Estátua*) e que figurarão em sala. Também uma seleção de obras sobre a saúde publicadas em Macau, como as *Noções de Hygiene e Medicina Pratica para uso dos alumnos do Seminario Diocesano de Macau*¹⁵⁵.

O Oriente de que aqui tratamos é o Próximo Oriente, aquele que fica ao “lado”, e o tema que agora destacamos é a responsabilidade médica. Olhemos para a Antiguidade Oriental e percorramos a Mesopotâmia, entre o Tigre e o Eufrates. A Babilónia trouxe-nos o chamado “Código”¹⁵⁶ de Hamurábi (*Hammurabi*), na sua maior parte uma compilação de direito consuetudinário, resultante do trabalho de um conjunto de escribas-juris-

¹⁵³ <https://digitalq.arquivos.pt/details?id=4614066>.

¹⁵⁴ Palmira Fontes da Cunha, “1563 — *Colóquios dos Simples* ou a globalização da imprensa de caracteres móveis e do conhecimento”, in Carlos Fiolhais/ José Eduardo Franco/ José Pedro Paiva (Dir.), *História global de Portugal*, Lisboa: Temas e Debates, 2020, 391-395, 391-392. Trata-se da quinta obra a ser impressa na oficina do Colégio de S. Paulo, em Goa.

¹⁵⁵ *Noções de Hygiene e Medicina Pratica para uso dos alumnos do Seminario Diocesano de Macau*, por um professor do mesmo Seminario, publicado em 1899, Macau: Typographia do Seminario, 1899

¹⁵⁶ Apesar da designação corrente, não se pode falar de código. Na síntese de José Nunes Carreira (*Filosofia antes dos gregos*, Mem Martins: Publicações Europa-América, 1994, 263), “[o]s Antigos Mesopotâmios, assim como não tinham nenhum termo equivalente a «lei», não quiseram elaborar nenhum código”.

tas¹⁵⁷. No centro da sala, colocaríamos uma reprodução do original da estela que está no Museu do Louvre, mas com os preceitos relativos à ligação entre responsabilidade e medicina em destaque. São eles¹⁵⁸:

a) Quanto à obrigação de pagar os custos de assistência médica:

206º — Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar: “eu não [lhe]o bati de propósito”, e pagar o médico”.

b) Em matéria de honorários médicos:

“215º — Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos. 216º — Se é um liberto, ele receberá cinco siclos. 217º — Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos”. 221º — Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos. 222º — Se é um liberto, deverá dar três siclos. 223º — Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.

c) Finalmente, quanto à responsabilidade médica, assinalem-se os seguintes preceitos:

“218º — Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos. 219º — Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo. 220º — Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço”.

Assinale-se ainda a existência de disposições sobre a atividade veterinária:

“224º — Se o médico dos bois e dos burros trata um boi ou um burro de uma grave ferida e o animal se restabelece, o proprietário deverá dar ao médico, em pagamento, um sexto de siclo. 225º — Se ele trata um boi ou burro de uma grave ferida e o mata, deverá dar um quarto de seu preço ao proprietário”.

¹⁵⁷ José Nunes Carreira, *Filosofia antes dos gregos*, 264.

¹⁵⁸ Versão em língua portuguesa disponível em <http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>.

2.2. *Responsabilidade médica em Roma*

Para os juristas, a Sala Império Romano assume particular enlevo, dado o lugar que o direito romano desempenhou e ainda desempenha na construção de uma civilização juridicamente conformada. Os aspetos do saber médico são museologicamente tratados, ainda que Roma não atinja, nesta matéria, o mesmo peso que a Grécia¹⁵⁹. Aliás, os médicos gregos gozam de um prestígio enorme em Roma¹⁶⁰.

Na parte relativa à responsabilidade médica pode ler-se, no grande painel da entrada, uma máxima de Ulpiano: “sicut medico imputari eventus mortatis non debet: ita quod per imperitiam committit imputari ei debet”¹⁶¹. Na Sala, encontramos entre outras, cópias de preceitos da *Lex Aquiliana* (III a.C.) e da *Lex Cornelia de Sicariis* (II a.C.)¹⁶².

2.3. *Sala Século XVIII (Ilustração)*

Com um salto abissal, deixando para trás parte do friso temporal, passando sem nos determos na Sala Idade Média e na Sala Renascença, olhámos apenas para uma pequena parte da área do Iluminismo. Entre outras notas, encontram-se referências tão variadas como a reprodução da capa de *O homem-máquina*, de La Mettrie¹⁶³, a utilização terapêutica do magnetismo; enfatiza-se o papel da higiene, privilegia-se a estatística num tempo de cameralística, na tentativa de garantir a saúde pública¹⁶⁴. Destaque ainda para a primeira vacinação contra a varíola, em 1796.

¹⁵⁹ Jean-Charles Sourina, *História da medicina*, Lisboa: Edições Piaget, 1995, 57: “[e]m Roma, dá-se pouca importância ao ofício de médico e à sua prática. Os patrícios confiam esse cuidado àquele dos seus escravos que consideram competentes, outras vezes a um barbeiro” (57).

¹⁶⁰ Jean-Charles Sourina, *História da medicina*, 57-63.

¹⁶¹ D. 1,18, 6.

¹⁶² Vd. Jean-François Lemaire/ Jean-Luc Imbert, *La responsabilité médicale*, Paris: PUF, 1985, 14-15. Com outras pistas bibliográficas, vd. Miguel Carlos Teixeira Patrício, *Análise económica da responsabilidade civil médica*, 332-333, n. 609.

¹⁶³ La Mettrie, *O homem-máquina*, Lisboa: Editorial Estampa, 1983.

¹⁶⁴ Jean-Charles Sourina, *História da medicina*, 197-223.

Também a relação entre literatura e medicina não é esquecida, mas permitam-nos assinalar aqui o espaço dedicado a António Nunes Ribeiro Sanches, médico com grande projeção na Europa, que antes de abraçar essa vocação, iniciara estudos na Faculdade de Leis, em Coimbra, antecessora, juntamente com a de Cânones, da Faculdade de Direito¹⁶⁵.

Na Sala Século XVIII, dá-se conta do primeiro caso de *medical malpractice* de que há memória no então ainda território britânico que está na génese dos Estados Unidos. Falamos de *Slater v. Baker and Stapleton*, decidido em 1767, apresentado como o caso pioneiro de *American malpractice law*¹⁶⁶. Nele consideram-se dois aspetos importantes: a questão da experimentação terapêutica e a falta de consentimento do paciente para embarcar nesta intervenção que acabou mal¹⁶⁷.

2.4. Sala Século XIX

Visualizemos agora a Sala Século XIX. Propomos, desde logo, uma antecâmara onde se introduz a tensão entre direito e medicina através da construção do direito da responsabilidade médica e se dá conta de alguns casos paradigmáticos neste domínio em oitocentos em França e noutros países europeus e ainda do continente norte-americano. Mas no espaço dedicado a Portugal, recuperamos, desde logo, um texto paradigmático de meados do século, publicado na *Revista Universal Lisbonense*, que se

¹⁶⁵ A fusão resultou de um Decreto datado de 5 de dezembro de 1836. Sobre a criação da Faculdade de Direito, vd., por todos, Paulo Merêa, *Estudos de história do ensino jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, 108-109.

¹⁶⁶ “Arina Evgenievna Chesnokova, “Health law and medical malpractice”, *AMA J Ethics*. 2016;18(3):197-200. doi: 10.1001/journalofethics.2016.18.3.fred1-1603 (<https://journalofethics.ama-assn.org/article/health-law-and-medical-practice/2016-03>).

¹⁶⁷ Vd. John J. Elwell, *A Medico-legal treatise on malpractice and medical evidence comprising the elements of medical jurisprudence*, New York: John S. Voorhies, 1860, com outros subsídios e de onde retiramos este trecho do caso: “this was the first experiment made with this new instrument; and although the defendants in general may be as skillful in their respective professions as any two gentlemen in England, yet the Court cannot help saying that in this particular case they have acted ignorantly and unskillfully, contrary to the known rule and usage of surgeons” (palavras do Lord Chief-Justice, 114).

intitula precisamente “Sobre a responsabilidade médica”, assinada por um médico, Thomaz de Carvalho¹⁶⁸. Poríamos em destaque no painel introdutório localizado à esquerda o seguinte trecho, com que fecha o artigo:

“(…) [C]remos haver demonstrado que essa teoria da responsabilidade legal, aplicada ao exercício da arte de curar, é mais uma invenção maligna dos fautores da nova inquisição, não tendo nem podendo ter fundamento algum em direito racional nem na legislação que nos rege.

Por isso protestamos com toda a energia, que em nossas forças cabe, contra a introdução na prática médica de semelhantes e tão deploráveis princípios, chamando a atenção da classe para um objeto que interessa particularmente à sua dignidade”¹⁶⁹.

Para o audioguia, que poderia ter um botão especial para juristas e médicos, seríamos tentados a escrever uma súmula dos argumentos. O artigo abre com uma citação em francês que nos diz que quem “exerce consciemment sa profession (...) n’a d’autre juge que Dieu et sa conscience”¹⁷⁰.

Refere-se a uma *Sociedade de Facultativos e Pharmaceuticos*, que terá vindo defender princípios de responsabilidade médica e a sua efetivação.

Não vai ser esse o caminho que prevaleceu. A doutrina portuguesa não deixa de considerar a questão, inclusivamente a partir da profissão médica. Por exemplo, Custódio José Duarte, Cirurgião-médico pela Escola do Porto apresentou uma tese intitulada *Responsabilidade medico-cirurgica*, em 1865.

Estamos a considerar a questão na perspectiva do exercício legal da medicina. Diferentemente se passavam as coisas no caso de prática médica sem se estar legalmente habilitado para tal. José Ferreira de Macedo Pinto, em *Medicina administrativa e legislativa*, escrevia, na parte dedicada à polícia higiénica, que, nessa hipótese, além da punição por violação dos regulamentos sanitários, devem ser “obrigados a indemnizar os enfermos dos prejuízos que lhes causaram”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Thomaz de Carvalho, “Sobre a responsabilidade médica”, *Revista Universal Lisbonense collaborada por muitos escriptores distinctos e redigida por Sebastião José Ribeiro de Sá*, Segunda Série, T. II, 9.º ano, 1849-1850, 256-257 (trata-se do n.º 22, datado de 7 de março de 1850).

¹⁶⁹ Thomaz de Carvalho, “Sobre a responsabilidade médica”, 257.

¹⁷⁰ Thomaz de Carvalho, “Sobre a responsabilidade médica”, 256.

¹⁷¹ José Ferreira de Macedo Pinto, *Medicina administrativa e legislativa: obra*

Já quanto aos facultativos legalmente habilitados para o exercício da profissão considera que:

“são responsáveis pelas faltas e erros que cometeram por ignorância, negligência, imprudência e embriaguez”¹⁷².

Sem prejuízo de uma investigação que possa ajudar a selecionar casos, convoquemos também um caso onde se discutiu a responsabilidade do farmacêutico. Abrindo o *Correio Medico de Lisboa*, de 13 de julho de 1878¹⁷³, deparamos com um artigo assinado por Miguel Bombarda que dá conta da comunicação do Senhor Boaventura Martins à *Sociedade de Sciencias Medicas de Lisboa*¹⁷⁴. Estamos perante situações em que se verificaram “erupções escarlatiniformes e papulo vesiculosas e de edemas devido ao uso do arsénico”¹⁷⁵. No entanto, na ótica da responsabilidade civil em matéria de saúde interessa-nos um caso em que a causa não foi o arsénico que o facultativo prescreveu, mas sim o facto de estar inquinado outro medicamento sendo o subnitrato de bismuto que gerou os referidos sintomas. Num exercício da tradicional farmácia galénica, houve um erro na preparação do medicamento.

Miguel Bombarda escreve umas linhas extremamente significativas para o nosso tema (responsabilidade). Assim:

“Nós limitamo-nos a admirar que uma inquinação tão conhecida, de há tanto revelada e contra a qual todos os livros da especialidade mandam acautelar os farmacêuticos, ainda não seja prevenida por estes — devendo-se demais notar que o produto usado no caso do sr. Martins provinha de uma farmácia importante da capital.

Relativamente a este ponto sentimos não acompanhar a opinião do sr. Sousa Martins e pensamos que se deveria fazer recair a responsa-

destinada para servir de texto no ensino d'esta sciencia e para elucidar os facultativos civis e militares, os pharmaceuticos, os magistrados administrativos, os directores de estabelecimentos de industria e de educação literária, etc, nas questões de hygiene pública e policia médica e sanitária, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1863, 804.

¹⁷² José Ferreira de Macedo Pinto, *Medicina administrativa e legislativa*, 804.

¹⁷³ *O correio médico de Lisboa* 7 (1878/12),

¹⁷⁴ M. Bombarda, “Sociedade das Sciencias Medicas de Lisboa: comunicação do Sr. Boaventura Martins”, *O correio médico de Lisboa* 7 (1878/12), 141-142.

¹⁷⁵ M. Bombarda, “Sociedade das Sciencias Medicas de Lisboa: comunicação do Sr. Boaventura Martins”, 142.

bilidade plena e completa do facto censurado sobre o farmacêutico, que — pelo menos — tem o dever de fazer um ensaio tão importante como é o do arsénico no subazotato de bismulho, ensaio para o qual não são precisos aparelhos custosos nem especiais. Por outra forma, permitindo que «a brandura dos nossos costumes assim modifique as leis», estão as vidas e a saúde dos nossos clientes quase completamente à mercê do primeiro industrial a quem convenha falsificar um medicamento. Não esperemos que um desastre conhecido — porque os ignorados é possível que se tenham já produzido numerosos — venha tornar forçosa, porém então inútil para os factos passados, a efetividade de uma resposta ordenada pela lei”¹⁷⁶.

Também a *Revista da Sociedade de Instrução do Porto* (fundada em 1880), 1884 dá conta de Lições na Escola Médico-Cirúrgica do Porto onde se versa a questão da responsabilidade médica, fazendo o estado da arte, merecendo também ser exposta.

Na terceira lição, diz-se que responsabilidade médica “é a obrigação de responder pelas ações praticadas, como perito e como clínico, em factos do foro médico”¹⁷⁷. Faz-se assim o levantamento dessa responsabilidade, incluindo a penal. Em matéria de responsabilidade civil, a que nos importa sublinhar agora, convocam-se os artigos 2361.º, 2362.º, 2363.º a 2366º.

No entanto, é interessante a passagem onde se lê:

“Tem-se querido impor ao medico a responsabilidade dos resultados desfavoráveis dos seus remédios; houve mesmo em França decisões de tribunais em conformidade com isto. Ninguém pode, porém, sustentar que o medico tenha o dom de prever os efeitos do medicamento, quando estes dependem de condições particulares e individuais.

A opinião mais geral é nesses casos favorável ao médico, exceto quando a culpa é manifestamente sua, caso que se compreende nos artigos 368 e 369 do Cód. Penal. O indivíduo, que como médico, se dedica pelos seus semelhantes não pode ser responsável por quaisquer consequências não previstas dos seus serviços. Se o fosse, criar-se-ia um obstáculo perigoso contra os impulsos científicos e humanitários com o receio do rigor da lei; haveria até quem especulasse com isso para culpar o médi-

¹⁷⁶ M. Bombarda, “Sociedade das Sciencias Medicas de Lisboa: comunicação do Sr. Boaventura Martins”, 142.

¹⁷⁷ José Fructuoso Ayres de Gouvêa Osorio, “Exames medico-legaes: Lições na Escóla Medico-Cirurgica do Porto”, *Revista da Sociedade de Instrução do Porto* 12 (1884) 177-184.

co por qualquer interesse menos louvável. *Este deve ser completamente irresponsável pelos atos que pratica como clínico; mas também é certo que não pode nem deve eximir-se à responsabilidade, quando por imperícia ou negligência for causa de dano para o seu cliente*¹⁷⁸.

Uma das formas de sanção da má prática médica era, segundo o *Almanach de Lembranças para 1851*¹⁷⁹, que deve figurar também no Museu, aplicável na Turquia, convocando vergonha e funcionando como aviso sobre a incompetência do médico, protegendo, dir-se-ia hoje, os consumidores:

“OS MEDICOS TURCOS. — 0) exercício da medicina estava sujeito antigamente, e talvez ainda hoje, na Turquia, a uma responsabilidade das mais singulares. Quando morria um doente por ignorância do médico, era este condenado a trazer ao pescoço duas tábuas, em ar de goliilha, comum umas poucas de campainhas à roda. Passeavam-no assim pelas ruas bastante tempo; por cada vez que pedia para descansar, era obrigado a pagar certa quantia. As campainhas serviam para dar a saber a todos que ia passando um médico ignorante, e para que ninguém deixasse de ir vê-lo, para fugir d’ele em caso de moléstia”.

2.5. *Sala das (epi)(pan)demias*

Naturalmente, neste museu não pode faltar um polo dedicado às epidemias/pandemias, que vai desde a explicação dos vírus a uma parte histórica. Os Colegas de antropologia criaram uma zona temática dedicada à ligação entre epidemias e bode expiatório, para qual também concorrem investigadores das clássicas e de estudos literários. Com efeito, face às epidemias, desenvolvem-se conflitos miméticos que levam a escolher vítimas, sejam elas o estrangeiro ou o judeu, por exemplo¹⁸⁰.

No caso dos Santos Cosme e Damião, são propostos como modelos que estruturam a profissão e devem contribuir para a boa prática. Na analítica de René Girard, estamos perante um caso de mediação exter-

¹⁷⁸ José Fructuoso Ayres de Gouvêa Osorio, “Exames medico-legaes: Lições na Escóla Medico-Cirurgica do Porto”, 182.

¹⁷⁹ *Almanach de Lembranças para 1851 por Alexandre Magno de Castilho*, 2.^a ed., Lisboa: Imprensa de Lucas Evangelista, 1853, 268.

¹⁸⁰ Vd. René Girard, *Le bouc émissaire*, Paris: Le Livre de Poche, 2018, esp. Cap. I e II; vd. também Idem, “The plague in literature and myth”, *Texas Studies in Literature and Language* 15 (1974/5), 833-850.

na, ou seja, uma daquelas situações em que o modelo e o imitador não estão no mesmo plano. Cosme e Damião não surgem como rivais aos olhos dos cirurgiões, pois estes estão na terra e os primeiros estão no céu. Abrem-se aqui portas para uma *mimesis* positiva que reside em seguir o exemplo dos santos, embora haja um risco de rivalidade e conflitos entre os que os imitam, que já estão num plano de paridade e, no caso, deste lado de cá, gerando-se processos de mediação interna. Na sua dimensão mimética positiva, possibilita-se, diz René Girard¹⁸¹, um caminho de devoção para com os outros.

2.6. *Polo das instituições*

No polo das instituições, encontramos uma plêiade de candidatos, desde as Escolas dedicadas à formação até às Ordens profissionais. Acresce uma Sala dedicada à Organização Mundial de Saúde e à sua ação. E há também uma Sala conhecida por um número (1988), sem que se pretenda copiar a solução norte-americana em termos de ruas (entre nós, mimetizada em Espinho), antes referir este *annus mirabilis* para o direito da saúde e a bioética em Portugal. Com efeito, em Coimbra, na Faculdade de Direito, nasceu o Centro de Direito Biomédico (CDB)¹⁸² e logo no primeiro encontro internacional organizado por esta instituição esteve presente em Erwin Deutsch¹⁸³, com quem trabalhou Jorge Sinde Monteiro; em dezembro, foi formalmente constituído o Centro de Estudos de Bioética (CEB)¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sobre a santidade no pensamento de Girard, vd. Randall S. Rosenberg, *The givenness of desire: concrete subjectivity and the natural desire to see God*, Toronto/ Buffalo/ London: University of Toronto Press, 2017, Cap. 7.

¹⁸² Guilherme de Oliveira, “Centro de Direito Biomédico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, in Maria do Céu Patrão Neves (Coord.), *Comissões de ética*, 2.ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002, 93-97.

¹⁸³ *Genome analysis: legal rules, practical application: reports of the workshop*, Coimbra, 1992. A reunião foi, aliás, organizada em parceria com o *Institut für Arzt und Arzneimitteltrecht*, da Universidade de Gotinga.

¹⁸⁴ Jorge Biscaia, “Centro de Estudos de Bioética (CEB)”, in Maria do Céu Patrão Neves (Coord.), *Comissões de ética*, 75-81.

2.7. *Polo saúde e digitalização*

Nesta visita por saltos ao museu, entrámos no último conjunto de salas, onde se trata da digitalização na área da saúde, mas cruzando o tema com a defesa, anterior aos desafios da sociedade digital, de mecanismos alternativos de compensação¹⁸⁵ de danos¹⁸⁶, além do desenvolvimento de plataformas para notificação de incidentes e eventos adversos.

Repare-se que o espaço dá conta do impacto da inteligência artificial no exercício da medicina, mostrando desde aplicações (*apps*) de saúde até imagens de robôs médicos, como Watson. Aliás, no domínio da saúde é já amplo o leque de robôs utilizados (por exemplo, robôs de cirurgia, de prestação de cuidados e de reabilitação¹⁸⁷). Também se dá conta do processo em que a medicina da evidência, centrada na abstração que é o paciente médio, é desafiada pela singularidade dos doentes. É aqui que entram programas que permitem introduzir na avaliação especificidades do paciente¹⁸⁸. A utilização das chamadas *smart machines* não deixa de

¹⁸⁵ Usamos a fórmula em sentido amplo, compreendendo quer a indemnização (referida os danos não patrimoniais) e a compensação em sentido estrito (relativa a danos não patrimoniais), distinguindo esta função de compensação *lato sensu* das finalidades de prevenção. Em “Dano corporal (um roteiro do direito português)”, *Revista de Direito e Economia* 15 (1989) 367-374, Jorge Sinde Monteiro apresenta alguns subsídios para o dano corporal, registando (e a inclusão desta nota só pode ter justificação atendendo ao facto de parte dos destinatários deste livro não ser portuguesa) que o art. 496.º/1 Código Civil fala de indemnização ao referir-se aos danos não patrimoniais.

¹⁸⁶ Sobre este ponto, vd., com outras indicações, André Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 831-870. Merece ainda especial relevo o trabalho, neste campo, de Rui Cascão: vd., entre outros, “Os sistemas escandinavos de seguro do paciente”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 499-511; Idem, “1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico”, *Boletim da Faculdade de Direito* 87 (2011) 691-728.

¹⁸⁷ Sobre este ponto, com indicações também no plano jurídico, vd. Roberto García Portero, “Los robots en la sanidad”, in Moisés Barrio Andrés (Dir.), *Derecho de los robots*, Madrid: Wolters Kluwer, 2018, 203-228 (quanto a uma tipologia de robôs no âmbito da saúde, vd. 207-210).

¹⁸⁸ Fazal Khan, “Medicine in the age of smart machines: legal liability challenges”, in F. Xavier Olleros/Majlinda Zhegu (ed.), *Research handbook on digital transformations*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, 63.

suscitar questões em sede do padrão para verificar se o médico teve a diligência devida, discutindo-se uma paleta de caminhos que vão da sua pura e simples desconsideração na determinação do *standard of care* à qualificação, *prima facie*, como negligência do desvio em relação ao proposto pela máquina¹⁸⁹. Nesta última hipótese, se o médico seguisse outra via, teria um encargo de fundamentação a partir do circunstancialismo do caso, à singularidade do paciente¹⁹⁰.

A este propósito, no audioguia para juristas, referem-se três problemas, a saber:

- a) Uma alternativa aos meios assentes na responsabilidade civil (sistemas centrados no dano¹⁹¹);
- b) Uma limitação da utilização de meios probatórios, se for desenvolvido um sistema (dual) em que os elementos notificados relativos a incidentes e eventos adversos no sistema não poderão ser convocados num litígio relativo a responsabilidade civil, em termos que podemos agora concretizar¹⁹²;
- c) Um alargamento da personalidade jurídica (sujeitos), com a questão da personalidade eletrónica.

¹⁸⁹ Fazal Khan, “Medicine in the age of smart machines: legal liability challenges”, 73.

¹⁹⁰ Fazal Khan, “Medicine in the age of smart machines: legal liability challenges”, 73-74.

¹⁹¹ Em geral, sobre as alternativas aos sistemas de responsabilidade, vd. Daniel Jutras, “Alternative compensation schemes from a comparative perspective” in M. Bussani /A.J. Sebok (eds.), *Comparative tort law*, Cheltenham: Elgar, 2015, 151-170 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2815642> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2815642>). Trata-se de uma importante síntese destas alternativas que, sobretudo por razões de espaço, não podemos aprofundar aqui. Acaba de ser publicada uma nova edição.

¹⁹² Para uma síntese, vd. João Carlos Loureiro, “Beyond confession(s): risk, constitution and health(y) reporting systems of error. A case for a dual model approach within the healthcare field”, in: *Fourth European Conference on Health Law: Book of abstracts*, European Association of Health Law, Coimbra, 9-11 October 2013, 68-69. Entre nós, e em geral, vd. Paula Bruno, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

2.7.1. *Sala Kiwi: Nova Zelândia e proteção por via de seguro, ou mais além da responsabilidade civil*

Na antecâmara, em jeito de transição, convoca-se uma solução de *no-fault*. Dado que o museu realça o contributo nacional para a discussão, vemos uma fotografia do nosso homenageado e encontramos, no painel da direita, uma referência à substituição da tutela do sistema de responsabilidade pela proteção por via de seguro. Com efeito, Sinde Monteiro tratou desse tema e integrando-se o Museu na rede da Universidade de Coimbra reproduz-se a capa da *Revista de Direito e Economia*, com uma brevíssima referência ao Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos. Embora a caminho dos 50 anos — entrou em vigor a 1 de abril de 1974 —, o *Accident Compensation Act* continua a marcar terreno.

Na Nova Zelândia, assistiu-se a um fortíssimo encolhimento do *Tort Law*, que sobrevive fora do campo de aplicação do *Accident Compensation Act*. Trata-se de consagrar um modelo de substituição da responsabilidade (*Haftungersetzung durch Versicherungsschutz*), sendo a compensação independente da culpa, exigindo-se apenas um dano pessoal (não patrimonial) enquadrado como *Personal Injury by Accident*¹⁹³. Trata-se de um sistema público de compensação¹⁹⁴. No canal do audioguia para juristas, encontramos uma síntese dos princípios em que assenta o sistema, a saber¹⁹⁵: a) responsabilidade comunitária (*community responsibility*); b) universalidade e generalidade, respetivamente quanto ao âmbito pessoal e ao âmbito material (*comprehensive entitlement*); c) reabilitação integral (*complete rehabilitation*); d) compensação real (*real compensation*); e) eficiência administrativa (*administrative efficiency*).

Desenvolveu-se uma categoria conhecida como *medical misadventure*¹⁹⁶ que não se confunde com a doença (*disease*). No fórum interativo,

¹⁹³ Kerstin Rohde, *Haftung und Kompensation bei Straßenverkehrsunfällen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und neuseeländischem Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 20-26.

¹⁹⁴ Vd. agora também Maria Inês de Oliveira Martins, “Seguro e responsabilidade civil”, 278-288.

¹⁹⁵ Petra Butler, “Medical misadventure”, in *Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Berlin/ Heidelberg: Springer, 2009, 69-83, 70.

¹⁹⁶ Petra Butler, “Medical misadventure”, 69-

encontram-se argumentos contra o sistema, no que toca aos acidentes rodoviários, apontando-se para um aumento da mortalidade, pelo que a conclusão é a de que a responsabilidade é um elemento que obtém melhores resultados do que a solução neozelandesa no que toca à regulação dos comportamentos¹⁹⁷.

2.7.2. Sala CD: Cosme e Damião, Robôs

A Sala CD — Cosme e Damião apresenta-se como uma expressão pós-secular. Nas paredes, anuncia-se uma conferência com Jochen Taupitz e Luisa Mühlböck, que acabam de publicar um texto sobre “responsabilidade por danos” resultantes da aplicação de inteligência artificial (IA) no campo da medicina¹⁹⁸. Na sua síntese, no rol do elenco de questões relevantes em sede de responsabilidade civil que têm na base a utilização da IA contam-se, desde logo, os riscos da técnica. Estamos num tempo em que se discutem algoritmos e as suas implicações, para lá da questão da responsabilidade civil, considerando-se dimensões de justiça que vão muito para lá deste campo (pense-se, por exemplo, a ligação entre constituição e algoritmos de distribuição e de reconhecimento¹⁹⁹).

A ideia de caixa preta (*black box*) que se associa à inteligência artificial pode levar a uma “dissolução da responsabilidade” (*Verantwortungsauflösung*)²⁰⁰. Fala-se de uma revolução paradigmática expressa na passagem para o anonimato do lesante²⁰¹. Para lá das soluções que exploram os ca-

¹⁹⁷ Jens-Uwe Franck, *Marktordnung durch Haftung: Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, 60.

¹⁹⁸ Luisa Mühlböck/ Jochen Taupitz, “Haftung für Schäden durch KI in der Medizin”, *Archiv für die civilistische Praxis* 221 (2021) 179-218.

¹⁹⁹ Sobre esta tipologia de algoritmos e pertinentes ilustrações, vd. Jamie Susskind, *Future politics: living together in a world transformed by tech*, Oxford: Oxford University Press, 2018, 257-278.

²⁰⁰ Luisa Mühlböck/ Jochen Taupitz, “Haftung für Schäden durch KI in der Medizin”, 197-198.

²⁰¹ Henrique Sousa Antunes, *Direito e inteligência artificial*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, 35-38; também Idem, “Inteligência artificial e responsabilidade civil”, in Manuel Lopes Rocha/ Rui Soares Pereira (Coord.), *Inteligência artificial e*

minhos do direito da responsabilidade, há lugar para se fazer uma ponte com a sala anterior e considerar como alternativa a constituição de um “fundo público” de compensação de danos causados²⁰². Ou seja, não só se diria adeus à culpa (*no-fault*), o que, só por si, não significaria o abandono dos esquemas de responsabilidade civil, como também o mecanismo de garantia seria agora público. Neste caso, a pergunta que se impõe é a de saber quem contribuiria para o fundo, apontando as respostas para produtores e utilizadores profissionais das soluções de AI²⁰³. Isto vale, evidentemente, no caso de utilização de robôs e estes, apesar da homonímia — Cosme e Damião, já não têm a garantia em termos de comportamento virtuosos, bem assim como os seus produtores. Estes, face a uma socialização do risco, veem reduzidos — embora não eliminados, dada a importância da reputação e os reflexos no mercado — os estímulos para redução dos riscos. A doutrina aponta para uma solução que passa pela possível diferenciação em termos de valores de contribuição para o fundo²⁰⁴.

2.7.3. *Personalidade eletrónica?*

Discute-se crescentemente a questão da personalidade jurídica dos robôs²⁰⁵. Há muito que tratámos este tópico, mas a partir de uma con-

direito, Coimbra: Almedina, 2020, 19-35, 21, que sublinha a necessidade de repensar os “pressupostos clássicos da responsabilidade civil”, apresentando uma paleta de problemas (nexo de causalidade, presunções neste domínio, culpa, etc.).

²⁰² Entre nós, Henrique Sousa Antunes, “Inteligência artificial e responsabilidade civil”, refere a transferência de responsabilidades por via de seguros ou até mecanismos de segurança social (21). Do ponto de vista do financiamento, aponta para que, no essencial, sejam as empresas produtoras das novas tecnologias pertinentes a alimentar o sistema (22).

²⁰³ Luisa Mühlböck/ Jochen Taupitz, “Haftung für Schäden durch KI in der Medizin”, 213.

²⁰⁴ Luisa Mühlböck/ Jochen Taupitz, “Haftung für Schäden durch KI in der Medizin”, 213.

²⁰⁵ Uma síntese recente, com uma série de pistas bibliográficas, que não podem ser aprofundadas aqui (*v.g.*, a visão de “agente eletrónico” de Gunther Teubner), pode ver-se em Ugo Ruffolo, “La «personalità eletrónica»”, in *Idem* (a cura di), *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 213-234.

ção de pessoa e procurando recortar o *proprium* do ser humano²⁰⁶. A discussão mais recente conheceu um novo impulso com a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017²⁰⁷, envolvendo também a doutrina nacional²⁰⁸.

²⁰⁶ João Carlos Loureiro, *Constituição e biomedicina*, I, Parte I.

²⁰⁷ Ponto 59, f) da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Assinale-se a intensa atividade da União Europeia nesta área: por exemplo, Comissão Europeia, *Livro Branco sobre a Inteligência Artificial — uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, Bruxelas 19.02.2020, COM (2020) 65 final. Registrem-se outras resoluções do Parlamento Europeu: Resolução, de 12 de fevereiro de 2020, sobre processos automatizados de tomada de decisões: assegurar a proteção dos consumidores e a livre circulação de bens e serviços (2019/2915(RSP)); Resolução, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas (2020/2012(INL)). Para a abordagem da União Europeia à inteligência artificial, vd., com outras indicações que não é possível considerar *hic et nunc*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>. No campo da responsabilidade civil, vd. EPRS — European Parliamentary Research Service, *Civil liability regime for artificial intelligence: European added value assessment*, Brussels: European Union, 2020, onde se procede a um levantamento da legislação de 19 Estados-membros ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU\(2020\)654178_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf)).

Em geral, Andrea Amidei, “La governance dell’ Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell’ Unione Europea”, in Ugo Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l’etica*, 571-588.

²⁰⁸ Vd., desde logo, António Pinto Monteiro, “«*Qui facit per alium, facit per se*» — será ainda assim na era da robótica?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 148 (2019) 200-211. Henrique Sousa Antunes, *Direito e inteligência artificial*, 31-32, considera a questão da personalidade eletrónica, sublinhando que “o reconhecimento da personalidade eletrónica pode (...) constituir um instrumento eficaz de tutela dos lesados, sem prejudicar a responsabilidade patrimonial dos sujeitos que controlem o sistema de inteligência artificial. Estabelece-se uma adição de responsabilidades, excluindo a subtração de imputações, através dos regimes da solidariedade e do direito de regresso” (32). Vd. ainda Mafalda Miranda Barbosa, “Inteligência artificial, *E-Persons* e direito: desafios e perspectivas”, *Estudos de Direito do Consumidor — Direito e Robótica: Actas do Congresso* 16 (2020) 57-90. Também a Resolução sobre processos automatizados de tomada de decisões, de 2020, suscitou o comentário de Mafalda Miranda Barbosa, “O futuro da responsabilidade civil

Do ponto de vista da titularidade, a resposta é negativa: nem os robôs são como nós, nem valem como nós. Contra Günther Anders²⁰⁹, não há que subscrever aqui a tese da “vergonha” e a “obsolescência” do humano. Por ora, em relação aos chamados veículos “autónomos” e outros casos similares está por ver qual a vantagem que poderá resultar da atribuição de personalidade jurídica (numa ótica funcional) e qual o fundamento material para esse tratamento. Entre nós, equaciona-se a eventual responsabilidade dos robôs, a título quer de responsabilidade objetiva quer mesmo de responsabilidade subjetiva²¹⁰, bem como problemas na efetivação (por exemplo, em matéria de prova)²¹¹.

No entanto, o futuro está aberto e não sabemos o que nos reserva, discutindo-se pós-humanismos e a emergência do novaceno²¹². Robert Alexy²¹³ parte de *Star Treck (Caminho das Estrelas)* e confronta-se com o caso de Data, uma máquina capaz de raciocinar, mas também de sentir, como comprovam o holograma da amada que transporta consigo. Num dos episódios (*The measure of man*), pretendem desmontá-lo e, no julgamento que antecede a decisão, discute-se a questão tradicional, já aplicada à espécie humana — basta pensar na discussão teológica quanto aos índios no Novo Mundo — sobre ter ou não alma. Alexy propõe-se

desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *Revista de Direito Civil* 5 (2020/2) 261-305, 271.

²⁰⁹ Günther Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*, Bd. 1: *Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, München: Verlag C.H. Beck, 6.ª ed., 1983.

²¹⁰ Henrique Sousa Antunes, “Inteligência artificial e responsabilidade civil”, 20.

²¹¹ Henrique Sousa Antunes, “Inteligência artificial e responsabilidade civil”,

²¹² James Lovelock, *Novaceno: o advento da era da hiperinteligência*, Lisboa: Edições 70, 2020.

²¹³ Robert Alexy (*Data und die Menschenrechte: positronisches Gehirn und doppeltriadischer Personenbegriff*), Beitrag im Rahmen der Ringvorlesung des Instituts für Neuere Deutsche Literatur und Medien zur Erforschung von Populärkultur am Beispiel von STAR TREK, de 8.2.2000, Universidade de Kiel, disponível em <http://www.uni-kiel.de/alexystartrek/index.htm>; há tradução espanhola, com um estudo introdutório de Alfonso García Figueroa (*Star Trek y los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007). Para uma síntese, remetemos para João Carlos Loureiro, “Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do *Fernrecht* e da *Fernverfassung* em diálogo com Castanheira Neves”, *Boletim da Faculdade de Direito* 86 (2010), p. 15-47, 26-28.

analisar quem é titular de direitos e, partindo de uma posição duplo-triádica, responde positivamente ao desafio da inclusão de Data.

2.8. *Sala Big Brother?: (des)proteção de dados*

A Sala *Big Brother?* — e importa não perder o ponto de interrogação — recupera o romance de George Orwell para o aplicar ao campo de saúde de uma forma que é uma provocação. Com efeito, aqui não se trata de uma concentração autocrática de dados, mas de muitos cidadãos que, à maneira do *reality show* com o mesmo nome que polui pantalhas em vários países, abdicarem da sua privacidade, embora não em nome de efémera fama, mas de um controlo da saúde. Na verdade, a multiplicação de aplicações (*apps*) e dispositivos permitiu a Carolina Cunha falar de “doentes sem horário”²¹⁴. Face à anunciada mudança do perfil médico, que passará a ser um crescente controlador de alertas, pode pensar-se se não passaremos a ter também um acompanhamento médico sem horário.

A Sala *Big Brother* permite um outro roteiro seletivo de visita ao museu, que passa pelos espaços de utopia e distopia. Na sala de Frankenstein, ao lado de uma reprodução de uma conhecida obra de Goya — *El sueño de la razón produce monstruos* —, encontra-se a capa da primeira edição da obra de Mary Shelley, bem como uma mostra das traduções em português e uma minigaleria para visionamento de filmes²¹⁵. Tendo presente que o subtítulo da obra é o moderno Prometeu, remete-se para a Sala que tem o nome deste titã e reflete-se sobre a sua receção ao longo da história. Nesta zona do museu, na parede contrária ao relato encontramos a capa da obra *Contra Prometeu*, de Carlos Diaz²¹⁶, que critica uma certa leitura

²¹⁴ Carolina Cunha, “O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na saúde”, *Estudos de Direito do Consumidor — Direito e Robótica: Actas do Congresso* 16 (2020) 43-55.

²¹⁵ A sétima arte desempenha um papel muito relevante na discussão bioética e jurídica. Vd., para algumas sugestões, por exemplo, Sagrario Muñoz/ Diego Gracia, *Médicos en el cine. Dilemas bioéticos: sentimientos, razones y deberes*, Madrid: Editorial Complutense, 2006.

²¹⁶ Utilizamos a edição italiana: *Contro Prometeo*, Milano: Jaca Book, 1984. Uma análise do princípio Prometeu pode encontrar-se em Hans Urs von Balthasar (cf. *Apokalypse der deutschen Seele: Studien zur einer Lehre von letzten Haltungen*, Bd.1:

do Progresso e dá conta da santificação de Prometeu por Karl Marx “o santo e mártir mais ilustre do calendário filosófico”²¹⁷. Cruzando-se com uma área de investigação do Instituto Jurídico, toma-se a sério a questão da vulnerabilidade e da interdependência. De uma forma didática, num quadro dá-se conta de noções básicas como capacidade e incapacidade.

A tendência panótica do controlo de dados abre as portas também para um discurso sobre a responsabilidade civil. No espaço europeu em que nos movemos, recorde-se o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD). Aproveitando o facto de os internautas passarem a ter um aviso e pedidos de consentimento, criou-se no museu um Ateliê dedicado à proteção de dados, com o apoio da União Europeia e da Comissão Nacional de Proteção de Dados. Na área jurídica, encontra-se em grande destaque a reprodução do art. 82.º/1 (Direito de indemnização e responsabilidade) do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)²¹⁸:

“1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos”.

Acresce que, no ecrã interativo, se encontra ainda o texto do artigo 33.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto²¹⁹. Também lugar para tratar de

Der deutsche Idealismus, Freiburg: Johannes Verlag, 1998). Hans Urs von Balthasar acentua um processo de passagem “from Hegel’s total theory to Marx’s total practice of man’s self-creation” (Hans Urs von Balthasar, *Truth is symphonic: aspects of Christian pluralism*, San Francisco: Ignatius Press, 1987, 179).

²¹⁷ Karl Marx, *Differenz der demokratischen und epikureischen Naturphilosophie*, 1841 (trata-se da dissertação de doutoramento): “Prometheus ist der vornehmste Heilige und Märtyrer im philosophischen Kalender” (<http://www.zeno.org/Philosophie/M/Marx,+Karl/Differenz+der+demokratischen+und+epikureischen+Naturphilosophie/Vorrede?hl=prometheus+marx>).

²¹⁸ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

²¹⁹ Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre

megadados (*Big data*), de dados alojados na nuvem (*cloud*), entre outras que relevam no domínio da chamada saúde digital²²⁰.

3. Forum Sibelius: as alterações do quadro legislativo finlandês, em vigor desde 1 de janeiro de 2021

Embora museu também signifique lugar de estudo, preferimos, no seu interior, autonomizar um espaço intitulado *Forum*, onde há um centro de conferências e de debate, para além de, noutra zona, haver um *speaker's corner*, que permite a qualquer cidadão falar de questões de saúde. Lugar central também para a discussão no espaço público, evocando, além do mais, o mundo judicial, abre-se, em grande pátio interior, no coração do edifício central. No tema deste mês, na linha de um projeto da área *Vulnerabilidade e Direito*, mas que passou fronteiras temáticas, temos mais uma sessão do *Direito na hora*²²¹, a *Aktuelle Stunde* do Max-Planck Institut (MPI). Hoje tratamos do projeto de alterações do quadro normativo finlandês relativo aos pacientes. De acordo com a marca da iniciativa, trata-se de apresentar as linhas fundamentais de uma reforma, seguindo-se um debate, tudo respeitando uma apertada hora. O programa do museu abre-se à música e assim se convocou o nome de Sibelius.

Em relação à intervenção — neste texto só podemos entrever algumas linhas e não considerar pormenorizadamente as opções e as suas

circulação desses dados. Art. 33.º (Responsabilidade civil): “1 — Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições do RGPD ou da lei nacional em matéria de proteção de dados pessoais, tem o direito de obter do responsável ou subcontratante a reparação pelo dano sofrido. 2 — O responsável pelo tratamento e o subcontratante não incorrem em responsabilidade civil se provarem que o facto que causou o dano não lhes é imputável. 3 — À responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas é aplicável o regime previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho”.

²²⁰ José Mendes Ribeiro, *Saúde digital: um sistema de saúde para o século XXI*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

²²¹ Sobre este, vd. João Carlos Loureiro, “O direito n(um)a hora: explicitação breve de uma iniciativa”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 12 (2015/22/23), 165-167.

mudanças no quadro do círculo nórdico —, anda paredes meias com o trabalho do homenageado, que estudou atentamente, como vimos, o enquadramento normativo sueco. Na Finlândia²²², recordamos que: a) o eixo da responsabilidade civil do médico, normalmente acautelada por um seguro de responsabilidade, moveu-se para um sistema de seguros de paciente; b) a lei prevê sete categorias de incidentes, cobrindo a generalidade dos danos; c) abandonou-se a culpa como fundamento da compensação de danos sofridos, embora este elemento se mantenha em pano de fundo na relação entre seguradoras e profissionais de saúde, não apenas nos casos de dolo, mas também de negligência grave, hipótese em que se prevê o direito regresso²²³. Deste modo, ao conservar esta dimensão, ainda que a título excepcional, não rompe com a ideia responsabilizante de pessoa humana própria do sistema jurídico, mantendo-se a intenção axiológica específica do direito. Na verdade, ao próprio paciente não fica precluído o uso dos meios específicos do direito de responsabilidade²²⁴. Do ponto de vista organizacional, foi criado um centro de compensação de danos (o Centro de Seguro do Paciente²²⁵) que, de uma forma centralizada, gere o sistema de compensações.

Procedeu-se à reforma da legislação existente²²⁶, tendo sido aprovada uma *Lei do Seguro de Paciente (Patientförsäkringslag)*, que substituiu a

²²² Vd. Lars Fallberg/ Mervi Kattelus, “The Ombudsman in Finland”, in Stephen MacKenney/ Lars Fallberg (ed.), *Protecting patient’s rights? A comparative study of the ombudsman in healthcare*, Oxon: Radcliffe Medical Press, 2004, 25-31, 25-26. Mais desenvolvidamente, vd. Martti Mikkonen, “The nordic model: Finnish experiences of the patient injury act in practice”, *Medicine and Law* 20 (2001/3) 347-354. Para a legislação finlandesa, vd. <https://www.finlex.fi>, estando alguns diplomas disponíveis em versão inglesa.

²²³ Nesta síntese, louvamo-nos em Lars Fallberg/ Mervi Kattelus, “The Ombudsman in Finland”, in Stephen MacKenney/ Lars Fallberg (ed.), *Protecting patient’s rights? A comparative study of the ombudsman in healthcare*, Oxon: Radcliffe Medical Press, 2004, 25-31, 25-26.

²²⁴ Vide Ulfbeck/ Mette Hartlev/ Marten Schultz, “Malpractice in Scandinavia”, in Ken Oliphant/ Richard W. Wright (eds.), *Medical malpractice and compensation in global perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2013, 382.

²²⁵ <https://www.pvk.fi/en/>

²²⁶ <https://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2018/20180298.pdf>. Vd. também <https://www.eu-healthcare.fi/know-your-rights/legislation/>

anterior lei (*Patientsskadelagen*), ou seja a palavra dano deu lugar ao termo seguro. Na fundamentação da Proposta de Lei que o Governo apresentou ao Parlamento (*Riksdag*)²²⁷, sublinha-se que

“a proposta de lei não contém nenhuma alteração significativa da estrutura fundamental do seguro, como o âmbito de aplicação, a obrigatoriedade do seguro ou a efetivação”.

Indica-se como motivação para as mudanças a supressão de “certas deficiências na legislação” e o reforço das posições jurídicas em causa, incluindo também a das vítimas²²⁸.

No dia 11 de março de 2019, o *Riksdag* aprovou a Lei de Seguro de Paciente (*Patientförsäkringslagen* — 948/2019)²²⁹, no quadro de um pacote legislativo²³⁰, em vigor desde 1 de janeiro de 2021. No seu Relatório anual²³¹, o Centro de Seguro do Paciente apresenta vários dados relativos ao funcionamento do sistema. Assim, em 33 anos, foram decididos cerca de 220.000 casos, tendo 73.000 originado indemnizações.

Uma das alterações trazidas pela Lei²³² deu-se no campo da telemedicina, que tem modificado práticas no campo da saúde e permitiu, por

²²⁷ *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till patientförsäkringslag och till visa lagar som har samband med den propositionens huvudsakliga innehåll*. https://www.eduskunta.fi/SV/vaski/Kasittelytiedot/Valtiopaivaasia/Sidor/RP_298+2018.aspx

²²⁸ *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till patientförsäkringslag*, 1.

²²⁹ Utilizamos aqui a versão em sueco (uma das línguas do país, com estatuto constitucional: art. 17.º — para o texto constitucional, vd. <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>) — Lei de Seguro do Paciente (*Patientförsäkringslag* : <https://finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2019/20190948>).

²³⁰ O pacote compreende também outras duas leis: *Lagen om Patientförsäkringscentralen* — 949/2019 (*Act on the Patient Insurance Centre*) e *Lagen om trafik- och patientskadenämnden* — 959/2019 (*Act on the Traffic Accident and Patient Injury Board*), que entraram em vigor a 1 de janeiro de 2021.

²³¹ Patientförsäkringscentralen, Årsrapport 2019, Helsingfors, 4.3.2020 (<https://www.pvk.fi/document/91084/C943631A9B15CF-CD7CC7C665BC8DD349C9C314C7A11471071E8BAFC452FC808B>); está disponível versão em inglês: <https://www.pvk.fi/document/91083/DC22FBB4EDE2E5701C59753A865A4F1466B18D237ADE16E6151BBCF9B1DD8D1D>

²³² Para uma síntese em língua inglesa, vd. <https://www.pvk.fi/en/patient-insurance-2021/patient-insurance-from-2021-onwards/>. Aí encontram-se outros exemplos, que, desde logo por razões de espaço, não serão considerados nesta simples ilustração.

exemplo, atenuar algum do impacto da pandemia no que toca ao acesso aos cuidados de saúde. Se uma das partes estiver no estrangeiro (*v.g.*, o paciente em férias), a nova Lei abre, nalgumas hipóteses, a possibilidade de a situação cair no âmbito espacial de aplicação do referido diploma²³³. Além disso, é possível agora assegurar a cobertura de danos resultantes de tratamentos no estrangeiro, desde que se trate das hipóteses em que o paciente foi enviado por um prestador público de saúde, por não ser possível prestar os cuidados necessários (por exemplo, em relação a algumas doenças raras) na Finlândia, pelo menos em tempo útil²³⁴.

III. De novo a pintura de Cosme e Damião: ensaio sobre a saude

Voltámos à Sala inicial que é também Sala do fim — mais no sentido de *telos* (fim) do que final. Na imponência do vidro que permite ver o Mondego sobre o qual se debruça o edifício — afinal, também neste Museu se celebra o clínico, aquele que etimologicamente se inclina sobre o paciente —, torna-se claro que o vidro é uma outra metáfora da fragilidade da condição humana. Na Sala Génesis, vimos em pintura e estatuária a materialização da ideia de barro, de “vasos de barro” que, às vezes, rimam com olhos rasos de água da dor e do sofrimento e recordamo-nos de Pascal: somos “canas pensantes”²³⁵. Numa reinterpretação artística do ser humano, ele aparece agora feito de cristal, deixando pistas para a Sala

²³³ Na referida síntese: “the scope of application of the Act is interpreted to include situations in which either the patient or the healthcare professional providing the treatment is temporarily staying abroad for non-treatment related reasons and the treatment is arranged with a remote connection. This is typically the case when the treatment relationship has started when both parties are in Finland and, after the treatment visit and examinations, further treatment is agreed upon during telephone consulting or using electronic communication equipment. The fact that the patient has travelled abroad for a vacation after the treatment visit and answers their physician’s call during their vacation, has no effect on their patient security”.

²³⁴ Vd. *Detaljmotivering*, 57-58 e a referida síntese em inglês.

²³⁵ ‘L’homme n’est qu’un roseau, le plus faible de la nature; mais c’est un roseau pensant. Il ne faut pas que l’univers entier s’arme pour l’écraser: une vapeur, une goutte d’eau suffit pour le tuer. Mais quand l’univers l’écraserait, l’homme serait encore plus noble que ce qui le tue, parce qu’il sait qu’il meurt, et l’avantage que l’univers a sur lui, l’univers n’en sait rien’.

Procriação, que se coloca sob o signo de um conhecido trecho do *Fausto* de Goethe sobre o homúnculo:

“Agora há esperanças/ De, a partir de centenas de substâncias,/ E por mistura — que é isso que conta! —/ Compor lentamente a humana matéria/Numa retorta bem fechada/Corretamente destilada,/ E assim a Obra em silêncio se acaba/ (...) Nós ousamos co’a razão experimentar,/ E o que ela organicamente criava,/Nós fazemos cristalizar”²³⁶.

Não apenas de cristal na fragilidade e na vulnerabilidade — o vidro fende e quebra-se como a corporeidade —, mas construído literalmente *in vitro*. Num computador de apoio, lemos textos sobre a polémica em torno do nome — *procriação* ou reprodução medicamente assistida. Sabe-se que o legislador português acolheu a expressão Procriação Medicamente Assistida (PMA)²³⁷, num diploma armado de sanções (sobretudo no plano da responsabilidade criminal), mas estando em causa um conjunto de ações e omissões suscetíveis de gerar responsabilidade civil. Numa das galerias que rasgam (o) espaço, deparamo-nos com o Golem, uma das invenções da cabalística que alimenta o imaginário judaico e que nos abre também para a rota das cidades da saúde, onde se encontra Praga (que o digam, mais recentemente e prosaicamente uma série de médicos portugueses que, desta forma, conseguiram saltar as barreiras do *numerus clausus*). Numa inspiração à Mia Couto, no território designado “desfronteiras”, encontrámos, com o patrocínio da União, uma lista dos direitos dos pacientes em termos de liberdade de circulação e de proteção nos diferentes países que a integram.

Num dos pontos desse espaço, sentimos um vento que recorda o *ruah* criador e onde se divertem as crianças. Percorrido um corredor, a Sala *Génesis* desemboca na *Genética*, com a estrutura de ADN (a famosa dupla hélice) ao centro. Em expansão está a zona dedicada à Revolução GNR (Genética, Nanotecnologia, Robótica)²³⁸, quando se desenha uma apoca-

²³⁶ Johann W. Goethe, *Fausto*, Lisboa: Relógio D’Água Editores, 1999, 346 (6849-6854; 6858-6860).

²³⁷ Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Também na CRP se fala de “procriação assistida” [art. 67.º/2/e) CRP].

²³⁸ Vd. Ray Kurzweil, *The singularity is near: when humans transcend biology*, New York: Viking Penguin, 2005; também o que escrevemos em *Saúde e constituição: a revolução GNR*, Curso de especialização em Direito da Medicina, Coimbra: Centro

lítica antropológica. Ouvem-se algumas vozes de contestação providas da ala dedicada aos Prêmios Nobel da Medicina, da Sala Egas Moniz, cuja inclusão no Museu continua a ser contestada por quem confunde tempos e critérios²³⁹, contrastando com a tranquilidade da Sala Pedro Hispano (João XXI, português e único Papa médico), onde se destacam o *Liber de conservanda sanitate*²⁴⁰ e o *Thesaurus Pauperum*²⁴¹, este abrindo também para os pobres e a pobreza, um dos desafios (também na área da saúde) que não devemos ignorar.

Vemos entrar Sinde Monteiro, com o seu saber, para mais uma das Conversas no Museu, que crescem ao seu Curso livre sobre responsabilidades médicas, para o qual convoca outros investigadores do Centro de Direito Biomédico e do Instituto Jurídico. O tema — responsabilidade médica — é poliédrico e uma tarefa contínua e ele um dos seus rostos vivos²⁴², capaz de o dizer, para além do maternal português, também noutros idiomas, entre os quais o universal inglês, língua franca, e o alemão que lhe permitiu ponte também com Erwin Deutsch (1929-2016). Precisamente hoje, Jorge Sinde Monteiro organiza a conferência Deutsch, um Professor de excelência que também dialogou connosco em Coimbra, que escreveu na *Lex Medicinæ*²⁴³.

de Direito Biomédico, 2021; para a sua aplicação, por exemplo no caso da *CRISPR/Cas*, vd. Eduardo Figueiredo, *Desagrilhoar Prometeu? Direito(s), genes e doença(s): desafios constitucionais na era da engenharia genética*, Lisboa: Petrony, 2020.

²³⁹ Em defesa de Egas Moniz, vd. João Lobo Antunes, “Psicocirurgia — uma história”, in Idem, *Numa cidade feliz*, Lisboa: Gradiva, 1999, 225-248, que, lapidariamente, afirma: “[n]ão é lícito julgar a intervenção que Moniz propôs à luz dos princípios da ética médica correntemente aceites” (225). Aliás, deplora “[a] feroz cruzada dos bem pensantes e politicamente corretos contra a psicocirurgia, em particular contra Egas Moniz” (226). Vd. ainda João Lobo Antunes, “Egas Moniz hoje”, in Idem, *O eco silencioso: ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2008, 97-109, 104-108.

²⁴⁰ Pedro Hispano, *Liber de conservanda sanitate. Livro sobre a conservação da saúde. Compendium of the preservation of health*, Lisboa: Heartbrain, 2008.

²⁴¹ Pedro Hispano, *Thesaurus Pauperum. Tesouro dos pobres. Treasury of the poor*, Lisboa: Heartbrain, 2011.

²⁴² Registe-se também a disponibilização, em português, de textos referentes à responsabilidade na área da medicina: cf. Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica”, 344-348.

²⁴³ Erwin Deutsch, “The Protection of the Person in Medical Research — As

Antes de sair, no enorme átrio feito bazar do museu, onde encontramos desde esqueletos (ao contrário da canção dos *Cabeça no Ar*²⁴⁴, a anatomia não “cabe na palma da mão”) a uma recheada livraria onde vejo, em destaque, uma obra que tem na capa uma reprodução da pintura quinhentista que foi ponto de partida e de chegada. Leio: *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Coimbra, 2021, com a indicação de que inclui versão digital, descarregável para um dispositivo, um(a) *tablet(e)* de genuíno chocolate intelectual. Percorro também rapidamente os textos de um dos meus Professores de *Direito das Obrigações*. Vem-me à memória a origem latina: *obligatio* e a ligação entre devedor e credor. Sinde Monteiro é credor do nosso reconhecimento e nós somos devedores das lições que aprendemos. Aliás, o modo primeiro da vida é encontrarmo-nos num mundo em registo de dádiva e de dom. Não escolhemos nascer — uma felicidade²⁴⁵, quando já se anuncia o “desnascimento”²⁴⁶ como projeto — e entramos num mundo onde encontramos línguas e culturas. É no diálogo e não no monólogo que aprofundamos ideias e nos vamos (re)constituindo. A *traditio* é o

exemplified by the International and German Law”, *Lex Medicinæ* 4 (2007/8) 5-15; já antes, assinou uma recensão: “David G. Owen, Products liability law, Hornbook Series, Thomson-West, St. Paul (Minnesota) 2005; David Owen, Jerry Philipps, Products liability in a nutshell, Ed. Thomson-West, St. Paul (Minnesota) 2005”, *Lex Medicinæ* 3 (2006/6) 169-172.

²⁴⁴ Cabeças no Ar, *A seita tem um radar!*: “As ciências naturais/ Cabem na palma da mão”.

²⁴⁵ Vd., respondendo a uma pergunta onde se lia “Ninguém é ouvido para nascer”, António Barbosa de Melo, “Da vida à morte: depoimento de um jurista”, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, *Da vida à morte*, Coimbra, 1988, 272. Disse então: “[e]u pessoalmente estou muito grato a quem, tendo colaborado no meu nascimento (desde logo os meus pais, mas não só eles, decerto), se dispensou de me perguntar a tempo se queria, ou não, nascer: se mo perguntavam, não podia ter dito que sim e não teria cá chegado... (...) Por mim, estou muito feliz por ser assim, até porque, apesar de tudo, eu gosto da vida e sinto-me bem por só a Deus a dever agradecer!”.

²⁴⁶ Sobre o “desnascimento”, vd. o que escrevemos em “Sobre(s), trans(ces) y post(r) (e)(s): de la carne del nacimiento al ciber de la fabricación? Breves notas en torno a tecnología, derecho(s) y cuerpo(s) en diálogo con Hannah Arendt”, in: António José Sánchez Sáez (Coord.), *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 383-440.

corrimão onde nos apoiamos na escrita da nossa vida e é a partir daí que podemos ensaiar, nalgumas ocasiões, o “pensar sem corrimão”²⁴⁷. Escutámos e, felizmente, continuamos a escutar a voz de Sinde Monteiro, uma das partidas imprescindíveis para pensar a responsabilidade médica. Mas no direito há uma multiplicidade de moradas e conseqüentemente de partidas. Aprendemos num clássico ibérico — *Siete Partidas*, originalmente *Libro de las Leyes*, composto no reinado de Afonso X —, que são, pelo menos, sete e que, sem prejuízo da sua importância e vigor, o direito civil não esgota a esfera da juridicidade e a abordagem à responsabilidade, que é um dos corolários da dignidade da pessoa humana, pressupõe um ir mais profundo. A responsabilidade (*Verantwortung*, *responsibility*) é anterior à responsabilidade civil (*Haftung*, *liability*), que a pressupõe. Experimentámos no ensino de Sinde Monteiro uma responsabilidade antropológica — a pedagogia é, na verdade, e apesar do uso, uma palavra inadequada, pois o estudante universitário é suposto não ser uma criança²⁴⁸ —, traduzida no seu ensino de que fomos e somos beneficiários. Num registo português, evocamos com saudade o tempo em que nos sentávamos nos *Gerais* a ouvir os nossos Professores, ainda quando formalmente não eram ainda doutores, por não terem cumprido até então o rito de ascendente dos Capelos. Já tivemos oportunidade de atrevidamente discordar de D. Duarte, quando escreve, no *Leal Conselheiro*, que a saudade (suidade²⁴⁹) é “sentido do coração que vem da

²⁴⁷ Para convocar Hannah Arendt, *Pensar sem corrimão*, Lisboa: Relógio D'Água, 2019, 7: “[e]m alemão, «*Denken ohne Geländer*». Ou seja, à medida que subimos ou descemos umas escadas podemos sempre agarrar-nos ao corrimão para não cairmos. Mas nós perdemos esse corrimão. É assim que eu vejo a coisa. E é isso, com efeito, o que tento fazer”.

²⁴⁸ Sobre este uso, vd. o que escrevemos em João Carlos Loureiro, “Direito(s) e pobreza(s): sobre o(s) método(s). Antropagogia(s) no quadro da paideia ou Cronos, espaço e Hermes”, *Boletim da Faculdade de Direito* 95/1 (2019) 523-561.

²⁴⁹ É esta o termo utilizado no original, correspondendo a saudade. Em D. Duarte: *introdução e selecção de textos de Afonso Botelho. Edição comemorativa dos 600 anos do nascimento do rei*, Lisboa/ São Paulo, 1991, 88, onde se reproduz esta passagem, indica-se em nota que “a forma moderna *saudade* deve-se à influência de *saudar*”. Pinharanda Gomes, que abre o artigo dedicado à saudade no *Dicionário de Filosofia Portuguesa* (Lisboa: D. Quixote, 2003, 289) precisamente com esta citação afirma que, sem prejuízo de referências anteriores, “[e]sta parece constituir a mais antiga definição ontológica de *saudade*”.

sensualidade, e nom da razom”²⁵⁰. Para nós, a razão é cordial²⁵¹, capaz de escutar as vítimas (também as dos infortúnios da medicina), de fazer unidade e projetar, mesmo cientes de riscos e incertezas. Não estando nós, ao contrário de S. Cosme e S. Damião, na dimensão de pleno encontro, de experiência de Páscoa e comunhão sem a deformação do espelho, só nos resta agradecer a todos os que contribuíram e contribuem para nossa (in)formação. E ter saudades, mas do futuro...

²⁵⁰ D. Duarte, *Leal Conselheiro*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1998, Cap. XXV, 98.

²⁵¹ Cf. Adela Cortina, *Ética de la razón cordial*, Oviedo: Editorial Nobel, 2007.