

## **A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM PORTUGAL. CONSENTIMENTO ESCLARECIDO E RESPONSABILIDADE CIVIL**

The provision of medical services in portugal. Informed consent and liability

FERNANDO DIAS SIMÕES  
Doctor en Derecho  
Universidade de Macau  
[fernandodsimoos@umac.mo](mailto:fernandodsimoos@umac.mo)

### **Resumo**

A realização de qualquer intervenção médica deve ser necessariamente precedida de um consentimento informado por parte do paciente, sob pena da prática de um facto ilícito, gerador de responsabilidade civil e criminal. O principal objectivo da imposição do dever de informação é o de permitir que o paciente faça a sua opção de forma consciente. O tema da responsabilidade por erro médico coloca-se com cada vez maior acuidade no contexto mundial. Em Portugal não existe um regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos. Serão aplicáveis, deste modo, as disposições gerais do Código Civil sobre responsabilidade civil, de natureza subjectiva. Este artigo analisa algumas questões centrais na disciplina da responsabilidade civil médica: a natureza contratual ou extracontratual da relação que se estabelece entre médico e paciente; que tipo de obrigação é assumida pelo médico; e a qual das partes cabe fazer a prova de violação das regras da ciência médica.

**Palavras chave:** Consentimento informado, dever de informação, responsabilidade civil médica, obrigação de meios, ónus da prova.

### **Abstract**

Any medical intervention must necessarily be preceded by informed consent by the patient; otherwise an illicit fact may take place, generating civil and criminal liability. The main purpose of the imposition of the duty of disclosure is to allow the patient to make a conscious decision, knowing its costs, consequences and risks. The issue of medical malpractice arises with increasing acuity in the global context. In Portugal there are no specific legal rules on liability for medical malpractice. The general provisions of the Civil Code concerning civil liability, of subjective nature, are therefore applicable. This article examines some key issues in the regulation of medical malpractice: the contractual or non-contractual nature of the relationship established between physician and patient; what kind of obligation is assumed by the physician; and which party has the burden of proof of the breach of medical science rules.

**Key words:** Informed consent, duty of disclosure, medical malpractice, best effort duties, burden of proof.

## SUMARIO

1. O consentimento esclarecido.- 1.1. O direito à autodeterminação do paciente.- 1.2. Conteúdo do dever de informação.- 2. A responsabilidade civil médica.- 2.1. A responsabilidade por erro médico.- 2.2. Responsabilidade contratual ou extracontratual?- 2.3. Obrigação de meios ou de resultado?- 2.4. O ónus da prova.- 2.4.1. Posição maioritária: ónus da prova do lesado.- 2.4.2. Posição minoritária: presunção de culpa do médico.- 2.4.3. Proposta: repartição do ónus da prova.- 2.4.4. Proposta: inversão do ónus da prova.- 3. Bibliografía.

## SUMMARY

1. The informed consent.- 1.1. The right to self-determination of the patient.- 1.2. Contents of the duty of disclosure.- 2. Medical liability.- 2.1. Liability for medical malpractice.- 2.2. Responsibility contractual or not?- 2.3. Obligation of means or result?- 2.4. The burden of proof.- 2.4.1. Position majority: the burden of proof from the victim.- 2.4.2. Position minority: presumption of fault of the doctor.- 2.4.3. Proposal: burden of proof.- 2.4.4. Proposal: reversing the burden of proof.- 3. Bibliography.

## 1. CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

### 1.1. Direito à autodeterminação do paciente

A realização de qualquer acto médico deve ser necessariamente precedida de um consentimento informado (*informed consent*) por parte do paciente, sob pena da prática de um facto ilícito, gerador de responsabilidade civil e criminal. O exercício da actividade médica já não se funda, nos nossos dias, na arcaica tradição hipocrática que configurava o paciente como um incapaz, um ente sem firmeza de julgamento e de vontade. A tomada de consciência sobre a necessidade de elevar o estatuto do paciente permitiu a afirmação deste como um parceiro visível, livre e consciente no âmbito da prestação de cuidados de saúde. O “paternalismo clínico” deu lugar ao respeito pela autonomia do doente: a Medicina deixou de ser vista como uma “arte silenciosa”<sup>1</sup>.

O ponto de partida para este processo de valorização da autonomia do paciente foi dado em 1957, quando um tribunal da Califórnia utilizou pela primeira vez a expressão *informed consent*<sup>2</sup>. Em 1981 a Associação Médica Mundial, na “Declaração de Lisboa”, afirmou que o doente tem o direito de

---

<sup>1</sup>G. FALCÃO DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 105 e ss.

<sup>2</sup>A. DIAS PEREIRA, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 436.

aceitar ou recusar tratamento após ter recebido informação adequada<sup>3</sup>. A Carta Europeia dos Direitos do Paciente, redigida em 2002 pela Rede de Cidadania Activa (*Active Citizenship Network*), proclama catorze direitos fundamentais do paciente, entre os quais se encontram os direitos à informação e ao consentimento livre e esclarecido<sup>4</sup>. Mais recentemente, o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “os direitos do paciente” afirmou o direito ao consentimento livre e esclarecido como “direito à participação dos pacientes nas decisões que lhes dizem respeito”. De acordo com o Comité, “isto não significa que a responsabilidade do médico é transferida para o paciente, significa antes que deve ser considerada a interacção entre ambos numa perspectiva de aliança terapêutica, mantendo cada um o seu papel, com os seus direitos e o seu perímetro de responsabilidade”<sup>5</sup>.

A exigência de um consentimento livre e esclarecido é hoje um postulado axiológico e normativo vigente em vários ordenamentos jurídicos, apresentando fortes alicerces no Direito positivo português.

Desde logo, o n.º 1 do art. 25º da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece que “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Este direito, guindado à natureza de direito fundamental, possui eficácia imediata, seja qual for o tipo de relação jurídica em causa, nos termos do art. 18º da Lei fundamental (“os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”). O dever do médico obter o consentimento do paciente não se funda, deste modo, na existência de uma eventual relação contratual entre as partes mas sim no direito à integridade física e moral do indivíduo. Estamos perante um direito inato de personalidade e não um direito que resulte de qualquer contrato<sup>6</sup>.

O direito à informação encontra-se consagrado no art. 37º da CRP. De acordo com o n.º 1 deste preceito, “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. O n.º 2 do mesmo art. prescreve que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”. As infracções cometidas no exercício deste direito ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação

---

<sup>3</sup>Disponível no sítio <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/l4/index.html> (versão inglesa).

<sup>4</sup>A Carta pode ser acedida, na sua versão em língua inglesa, no site [http://www.activecitizenship.net/images/stories/media/EuropeanCharter/europeancharter\\_integrale\\_ing.pdf](http://www.activecitizenship.net/images/stories/media/EuropeanCharter/europeancharter_integrale_ing.pdf)

<sup>5</sup>Parecer 2008/C 10/18, ponto 3.3.1, *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* C 10, de 15 de Janeiro de 2008, p. 69.

<sup>6</sup>FALCÃO DE OLIVEIRA: *op. cit.*, p. 63.

respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei (n.º 3 da mesma norma).

Ao nível do Direito Civil, o consentimento informado encontra o seu fundamento no n.º 1 do art. 70º do Código Civil português (CC), que consagra a tutela geral da personalidade: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Note-se, no entanto, que existem no ordenamento jurídico português diplomas específicos que disciplinam aspectos específicos do consentimento. É o que acontece, por exemplo, com a realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano (Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto), com o regime da esterilização (Lei n.º 3/84, de 24 de Março) e com a colheita e transplante de órgãos e tecidos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril).

No âmbito penal, o legislador português introduziu, em 1982, um novo tipo legal de crime: o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no art. 156º do Código Penal (CP). De acordo com o seu n.º 1, “as pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”<sup>7</sup>. O n.º 2 da mesma norma estabelece algumas causas de exclusão da ilicitude. Assim, “o facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”.

O bem jurídico protegido no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias é a liberdade, como se confirma pela própria inserção sistemática deste tipo legal de crime (Capítulo IV, relativo aos “Crimes contra a Liberdade Pessoal”, do Título I da Parte Especial do Código Penal). O bem jurídico tutelado não é o corpo, a saúde ou a vida do paciente, pelo que a sua violação não integra um crime de ofensas à integridade física ou de homicídio. Diversamente, a incriminação protege uma específica dimensão da liberdade pessoal, que pode ser definida como “o livre direito de

---

<sup>7</sup>De acordo com o n.º 1 do art. 150º do CP (“intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos”), “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”.

autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo”<sup>8</sup>. A intervenção médico-cirúrgica realizada nos termos do art. 150º do CP não lesa o bem jurídico integridade física. No entanto, quando esta for realizada sem o consentimento do paciente estamos perante um crime contra a liberdade do paciente, uma vez que viola o seu direito à autodeterminação. E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte<sup>9</sup>.

Deste modo, o médico pode ser punido a dois títulos diferentes: por ofensa à integridade física, no caso de ter havido violação das *leges artis* (art. 150º do CP), ou por ofensa à liberdade (direito de autodeterminação nos cuidados de saúde) no caso de, tendo agido de acordo com as regras da profissão, não ter esclarecido devidamente o paciente e obtido o seu consentimento informado (art. 156º do mesmo Código).

No âmbito do direito à integridade física e à saúde o direito à informação deve considerar-se um direito reforçado, fazendo parte da estrutura do acto médico e da consequente responsabilidade médica. Os médicos estão vinculados a informar os seus pacientes sobre o seu estado de saúde e sobre os meios que de harmonia com a *leges artis* entendem ser os adequados, esclarecendo-os das terapêuticas, dos riscos e das expectativas de cura. O médico deve obter do paciente o consentimento informado e a partir daí encetar a sua acção clínica. Este dever funda-se no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo uma das facetas mais relevantes da sua protecção.

O principal objectivo da imposição do dever de informação é o de permitir que o paciente faça a sua opção de forma consciente, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos, consequências e riscos, assumindo-se como senhor do seu próprio corpo. É o “direito à autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde”<sup>10</sup>. Só a existência de um acordo eficaz retira ao tratamento a qualificação de arbitrário. O consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico. Assim, o cumprimento do dever de esclarecimento é condição necessária para a obtenção de um consentimento válido e eficaz.

## 1.2. Conteúdo do dever de informação

Para traçarmos os contornos do dever de informação, cujo cumprimento é condição necessária à obtenção de um consentimento esclarecido, podemos lançar mão de diversos normativos.

---

<sup>8</sup>M. COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 380.

<sup>9</sup>M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 450.

<sup>10</sup>G. FALCÃO DE OLIVEIRA: *op. cit.*, p. 113.

O art. 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa dispõe: “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”<sup>11</sup>.

O art. 157º do CP português estabelece: “(...) 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, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) possui várias disposições em matéria de consentimento<sup>12</sup>. Embora seja discutível o valor jurídico-normativo das normas deontológicas, entendemos que estas podem ser de grande valia, nomeadamente aduzindo importantes subsídios para a concretização dos critérios de apreciação da culpa e da ilicitude da conduta do médico<sup>13</sup>.

O art. 44º do CDOM prescreve que o doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença (n.º 1). O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspectos relevantes de actos e práticas, dos seus objectivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência (n.º 2). 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 (n.º 3) tendo em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural (n.º 4). O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e dando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar com decisão consciente (n.º 5).

O art. 45º do mesmo diploma trata do consentimento do doente. De acordo com o n.º 1, o consentimento do doente só é válido se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação

---

<sup>11</sup>Esta Convenção, aberta à assinatura em Oviedo a 4 de Abril de 1997, foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, publicado no *Diário da República*, I Série-A, n.º 2/2001, de 3 de Janeiro, tendo entrado em vigor na ordem jurídica portuguesa no dia 1 de Dezembro de 2001.

<sup>12</sup>Regulamento n.º 14/2009, publicado no *Diário da República*, 2ª série, n.º 8, de 13 de Janeiro de 2009.

<sup>13</sup>Sobre o valor das normas deontológicas em matéria médica vide A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101 s.

relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais. Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se (n.º 2). O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências (n.º 3).

Quanto às formas de consentimento, o art. 48º estabelece o princípio da liberdade de forma, podendo assumir a forma oral ou escrita. O consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico (n.º 2). No caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente (n.º 3).

Em nome do princípio da autonomia da pessoa humana, o Direito exige o consentimento do paciente sempre que este tenha capacidade de entendimento sobre as alternativas propostas. No caso dos maiores de idade que estejam na posse das suas faculdades intelectuais, devem ser os próprios a exercer o seu direito ao consentimento. No caso dos menores e dos adultos incapazes deverá ser feita uma análise casuística da situação, tendo em conta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no n.º 1 do art. 26º da CRP<sup>14</sup>.

O art. 46º do CDOM prescreve que no caso de menores ou de doentes com alterações cognitivas que os torne incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível (n.º 1). Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa (n.º 2). A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles (n.º 3). A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer (n.º 4). Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade (n.º 5). Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente (n.º 6).

---

<sup>14</sup>Cfr. A. DIAS PEREIRA: *últ. op. cit.*, pp. 214 e ss.

Não existe uma resposta unívoca quanto à amplitude do dever de informação<sup>15</sup>. É hoje consensual que o médico deve informar acerca dos *riscos frequentes* e dos *riscos graves previsíveis*. Graves são os riscos que afectam de forma séria e duradoura a vida do paciente, nomeadamente a paralisia e no limite a morte. De acordo com a teoria dos riscos significativos, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos.

A informação deve ser prestada pelo médico responsável pela intervenção médico-cirúrgica, não podendo ser delegada noutros profissionais de saúde que não sejam médicos (enfermeiros, paramédicos, pessoal auxiliar). No entanto, a doutrina aceita que, no âmbito do exercício em equipa da medicina, seja um assistente ou um médico menos graduado que o chefe de equipa a acompanhar o processo de informação e esclarecimento. De qualquer modo, o médico deve certificar-se de que o paciente está devidamente informado antes de iniciar a intervenção.

O titular do direito à informação é o paciente. É a este que compete o exercício do direito ao esclarecimento, e não à sua família. Isto não impede que os pacientes autorizem a revelação de informações pelo médico aos familiares ou que, sendo a família quem acompanha o tratamento, esta deva ser informada no âmbito do chamado esclarecimento terapêutico. As informações e esclarecimentos devem ser transmitidos na consulta e, tratando-se de cirurgia electiva (ou seja, não se tratando de uma emergência) com uma antecedência adequada, para que o paciente possa ponderar as vantagens e riscos da intervenção<sup>16</sup>. O n.º 4 do art. 50º do CDOM estabelece que o diagnóstico e prognóstico só podem ser dados a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente, sem prejuízo do disposto no art. 89º (precauções que não violam o segredo médico).

O conteúdo da informação a prestar não é idêntico para todos os pacientes e em todas as situações. A sua amplitude pode variar em função da capacidade de compreensão e da cultura médica do paciente, do risco que envolve o tratamento, dos efeitos que pode ter e da própria necessidade de tratamento. Por outro lado, embora a informação deva ser compreensível para o paciente, a linguagem ou os termos utilizados não serão necessariamente iguais para todos os pacientes.

Na hipótese de existir uma informação insuficiente, não se deve concluir automaticamente pela responsabilidade do médico pelas consequências negativas da intervenção. Isso corresponderia a transformar a

---

<sup>15</sup>Vid. G. FALCÃO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 66 ss.

<sup>16</sup>Seguimos aqui de perto A. DIAS PEREIRA, "Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público", disponível *online* em <https://estudogeral.sib.uc.pt/dspace/handle/10316/2525>, pp. 6 e ss.

responsabilidade pela violação do consentimento informado numa forma de responsabilidade objectiva pelo dano. O juiz deverá ter em conta o âmbito de protecção da norma, a existência de um consentimento hipotético e a causalidade hipotética<sup>17</sup>.

Existem basicamente três excepções ao dever de esclarecimento: o caso da *emergência*, o chamado *privilégio terapêutico* e o *direito a não saber*.

A *emergência* verifica-se nos casos em que o consentimento só pode ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde. A este propósito, a al. a) do 47º do CDOM considera como casos de *consentimento implícito*, em que o médico deve presumir o consentimento do doente, as situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade.

Quanto ao *privilégio terapêutico*, a parte final do artigo 157º do CP afasta o dever de comunicar factos ou circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. Seria mais correcto falar num *princípio humanitário*, já que mais que um privilégio para o médico é um dever de humanidade de não prestar informações ao paciente quando estas, em si mesmas, lhe possam causar graves danos à saúde ou conduzi-lo ao suicídio. O *princípio humanitário* não justifica porém a mentira ou que se omitam esclarecimentos para que o paciente não se afaste do tratamento proposto<sup>18</sup>.

O *direito a não saber* encontra-se consagrado no n.º 2 do art. 10º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa: "qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada"<sup>19</sup>. O art. 50º do CDOM refere, no seu n.º 1, que o diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia. A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar (n.º 2). No entanto, a revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar (n.º 3).

O médico também poderá estar dispensado da obrigação de obter o consentimento do paciente quando exista uma *autorização legal*. As autorizações legais são normas que podem justificar as acções médicas que,

---

<sup>17</sup>Vid. A. DIAS PEREIRA, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, cit., pp. 458 e S.

<sup>18</sup>A. DIAS PEREIRA: *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Op. cit., pp. 460 e ss.

<sup>19</sup>*Idem*, 467 e ss.

embora portadoras de uma finalidade mais ou menos directa de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente pré-ordenadas à promoção de interesses jurídicos supra-individuais<sup>20</sup>. Nesta hipótese a lesão da liberdade do paciente é excepcionalmente justificada em nome da dimensão social dos direitos fundamentais. Como exemplos podem ser apresentados os casos de vacinação obrigatória, o internamento compulsivo ou a realização de exames médicos em medicina do trabalho.

A jurisprudência portuguesa, embora fértil em casos de responsabilidade civil médica, é parca na análise dos requisitos do “consentimento informado”. A este propósito, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009<sup>21</sup> lembrou que o Estatuto do Paciente se consolidou, nos últimos anos, “nas vertentes de dignidade, visibilidade e parceiro total e igual, no binómio paciente - médico, sobretudo após o estabelecimento da doutrina do consentimento informado ou informed consent, donde resultou a vinculação do paciente ao dever de colaboração com o médico e o direito de obter deste o dever de prestar toda a informação sobre a natureza, características, técnicas a usar no exercício do acto médico, alternativas e riscos”. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Março de 2010<sup>22</sup> sublinhou que “o consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou”. No caso em análise estávamos perante a prestação de serviços médicos por uma clínica privada. O aresto considerou que tal circunstância introduzia uma *nuance* com relevo na determinação da amplitude do consentimento: “tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha”. Este entendimento parece-nos algo criticável. Com efeito, não nos parece que o conteúdo e amplitude do dever de informação varie em função da natureza pública ou privada do prestador do serviço, ou de o prestador ser ou não livremente escolhido pelo paciente. Não é aceitável que se infira qualquer aceitação tácita de uma orientação ou opção médica apenas porque o paciente escolheu o médico. Caso assim fosse, estaríamos a fazer depender o direito à autodeterminação informativa do paciente de este ter seleccionado o médico de forma aleatória (porque este lhe foi atribuído), e a comprimir este direito quando tivesse sido objecto de uma escolha ponderada (por exemplo, com base no historial ou reputação do médico). Não nos parece que este seja um entendimento defensável. O

<sup>20</sup>M. COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, cit.*, pp. 391 s.

<sup>21</sup>Processo 08B1800, *in* www.dgsi.pt.

<sup>22</sup>Processo 301/06.4TVPR.T.P1.S1, *in* www.dgsi.pt.

conteúdo e amplitude do dever de informação deve ser o mesmo em ambos os casos.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

### 2.1. A responsabilidade por erro médico

A medicina é, como se sabe, uma actividade de risco. O tema da responsabilidade por erro médico (*malpractice*) coloca-se com cada vez maior acuidade no contexto português e mundial. Os médicos deixaram de estar imunes à crítica e encontram-se cada vez mais sujeitos à exposição mediática e ao banco dos réus. No entanto, e apesar de ser tema recorrente na imprensa, não são muitos os casos de responsabilidade médica julgados pelos tribunais portugueses, atendendo à dificuldade de prova da culpa do agente e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

A responsabilidade civil médica é uma das matérias mais difíceis no âmbito da responsabilidade pelo exercício de profissões liberais. Em Portugal não existe um regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos. Serão aplicáveis, deste modo, as disposições gerais do CC sobre responsabilidade civil, de natureza subjectiva. Excepcionalmente, alguns diplomas consagram casos de responsabilidade objectiva em algumas matérias, como por exemplo na exposição a radiações (Decreto-Lei n.º 348/89, de 12 de Outubro), na colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril) e na realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano (Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto)<sup>23</sup>.

No âmbito penal, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem ofensas à integridade física – não sendo, deste modo, puníveis – desde que se preencham os requisitos previstos no n.º 1 do art. 150º do CP português. De acordo com este preceito, “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”. docView.jsp?seç Como resulta deste normativo, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, ofensas à integridade física. Para tanto, é necessário que se verifiquem dois requisitos de natureza subjectiva e dois requisitos de natureza objectiva.

---

<sup>23</sup>C. GONÇALVES, “A responsabilidade médica objectiva”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 371 ss. Incorreu por isso em lapso o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2011 (processo 209/06.3TVPR.T.P1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) quando referiu que “no que toca à responsabilidade civil médica, não prevê a lei casos de responsabilidade objectiva ou de responsabilidade por factos lícitos danosos, tão só admite a responsabilidade contratual e a extracontratual ou aquiliana”.

Quanto aos requisitos de natureza subjectiva, é necessário, por um lado, que o agente seja um “médico ou outra pessoa legalmente autorizada”; e, por outro, que o sujeito actue com finalidade terapêutica (isto é, que os tratamentos sejam empreendidos “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”).

No que tange os requisitos de natureza objectiva, é necessário, em primeiro lugar, que a intervenção seja realizada por indicação médica; e, em segundo lugar, que seja realizada com o respeito pelas *leges artis*, isto é, que se trate de intervenções e tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrem indicados e sejam levados a cabo de acordo com as *leges artis*.

Conforme se extrai do enunciado do art. 150º do CP, as intervenções médico-cirúrgicas realizadas por médico segundo as *leges artis* e com *animus curandi* não preenchem a factualidade típica das ofensas corporais. E isto tanto é verdade nos casos em que a intervenção ou o tratamento sejam bem sucedidos, como naqueles em que não o sejam. Por outro lado, para a exclusão das intervenções médico-cirúrgicas da factualidade típica das ofensas corporais é irrelevante a existência ou não de consentimento do paciente.

As *leges artis* (*medical standard of care*, na expressão anglo-saxónica) podem ser definidas como “regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica” e como “gerais deveres de cuidado do tráfego médico”<sup>24</sup>. Traduzem o conjunto de saberes acumulados pela actividade médica, através dos quais se define o modo usual e comprovado de realizar a actividade. Deste modo, correspondem a um “complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”<sup>25</sup>. O art. 4º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina refere: “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”. Este preceito, apesar de não utilizar expressamente o conceito de *leges artis*, pode contribuir para a sua definição.

O art. 5º do CDOM estabelece, no seu n.º 1, um princípio geral segundo o qual “o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à protecção da saúde das pessoas e da comunidade”. O art. 9º estabelece um dever de actualização e preparação científica: “o médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

---

<sup>24</sup>M. COSTA ANDRADE, *últ. op. cit.*, p. 312.

<sup>25</sup>A. GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – estudo dos pressupostos sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 54.

O princípio geral disciplinador das relações entre o médico e o paciente é fixado no art. 31º: “o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. De acordo com o art. seguinte, o médico só deve tomar decisões ditadas pela ciência e pela sua consciência (n.º 1), tendo liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutica mas devendo abster-se de prescrever desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos ou de realizar actos médicos supérfluos (n.º 2).

Nos termos do art. 34º, o médico é responsável pelos seus actos e pelos praticados por profissionais sob a sua orientação, desde que estes não se afastem das suas instruções, nem excedam os limites da sua competência (n.º 1). Nas equipas multidisciplinares, a responsabilidade de cada médico deve ser apreciada individualmente (n.º 2).

Por fim, o art. 35º estabelece que o médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis* (n.º 1). Exceptuam-se desta proibição os actos não reconhecidos pelas *leges artis* mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os actos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.

## 2.2. Responsabilidade contratual ou extracontratual?

Na maior parte das vezes a relação que se estabelece entre médico e paciente corresponderá a um contrato celebrado entre as partes, podendo o incumprimento ou cumprimento defeituoso do mesmo gerar responsabilidade contratual. Este contrato, através do qual o paciente solicita ao profissional a realização de um acto médico, poderá ser meramente consensual, não se exigindo qualquer forma especial. A realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, será subsumível, em princípio, à definição que consta do art. 1154º do CC – contrato de prestação de serviços. Por outro lado, é necessário ter em conta que cada vez mais a prestação de serviços médicos assume caracteres mais complexos, uma vez que a prática quotidiana envolve frequentemente vários intervenientes – clínicas, consultórios, sociedades de médicos, companhias de seguros, entidades empregadoras, etc<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>A propósito dos contratos de prestação de serviços médicos celebrados entre clínicas privadas e pacientes, C. FERREIRA DE ALMEIDA distingue três tipos de contratos: o “contrato total”, em que a clínica assume directa e globalmente as obrigações correspondentes ao

A responsabilidade civil médica terá natureza contratual quando assente na existência de um contrato de prestação de serviços. Será o caso mais frequente<sup>27</sup>. TEIXEIRA DE SOUSA sustenta que a responsabilidade civil médica será contratual quando existe um contrato, correspondendo a violação dos deveres médicos gerais simultaneamente a um incumprimento dos deveres contratuais. Diversamente, a responsabilidade será extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico ou a clínica e o paciente, não podendo, deste modo, falar-se de qualquer incumprimento contratual mas apenas da violação de direitos ou interesses alheios, como o direito à vida e à saúde<sup>28</sup>.

Existem situações em que teremos de recorrer aos quadros da responsabilidade extracontratual, porque não existe consentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem directamente, nem através de um representante seu. Isto acontece na ausência de contrato (paciente inanimado ou incapaz sem representante legal), nos casos de nulidade do contrato (por exemplo, prática de aborto ilícito) e nos casos de responsabilidade do médico perante terceiros (por exemplo, a emissão de um atestado falso)<sup>29</sup>.

Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001 subscreveu a concepção dualista (ou pluralista) de responsabilidade civil dos médicos, entendendo que esta responsabilidade não é unitária e que, ao lado de um quadro contratual, que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza extracontratual da responsabilidade é

---

contrato de internamento e ao contrato de prestação de serviços médicos; o “contrato dividido”, em que a clínica só assume as obrigações correspondentes ao contrato de internamento; e o “contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos”, em que a clínica assume, e só assume, as obrigações correspondentes ao contrato de prestação de serviços médicos (sem internamento). Nestas situações, o serviço médico é realizado na clínica em regime ambulatorio e consiste em consultas, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico. Enquanto o “contrato dividido” exige uma relação contratual directa entre médico e paciente, o “contrato total” e o “contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos” não a exigem: o médico, não sendo parte no contrato, não se obriga directamente perante o paciente. Vide C. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 90 ss. Quanto à qualificação da responsabilidade do médico auxiliar da clínica como responsabilidade contratual ou extracontratual, vide N. PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 135 ss.

<sup>27</sup>Veja-se, por exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013 (processo 9434/06.6TBMTS.P1.S1), de 15 de Novembro de 2012 (processo 117/2000.L1.S1) disponível online in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>28</sup>M. TEIXEIRA DE SOUSA, “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 127.

<sup>29</sup>A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil, cit.*, pp. 39 ss.

absolutamente indiscutível<sup>30</sup>. O acórdão do mesmo tribunal de 27 de Novembro de 2007 recordou que, embora a responsabilidade civil decorrente de actos médicos possa ter natureza contratual, também pode apresentar natureza extracontratual, nomeadamente quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas modalidades de responsabilidade civil<sup>31</sup>. Mais recentemente, o mesmo tribunal referiu que, em regra, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão, sendo irrelevante que o mesmo tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado. Este acórdão reconhece que na actividade médica, como em tantas outras situações da vida, pode ou não haver um contrato prévio e que, por isso o acto médico pode ser exercido sob responsabilidade de natureza contratual ou extra contratual<sup>32</sup>. FERREIRA DE ALMEIDA conclui: “não merece (...) contestação séria, pelo menos nos países de *civil law*, que a responsabilidade por danos causados no exercício da medicina se funda numa dualidade de fontes: o delito e o contrato”<sup>33</sup>.

Relativamente às relações que se estabelecem no âmbito dos hospitais públicos, a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que estamos perante uma relação de serviço público, não se podendo falar de um verdadeiro contrato entre as partes<sup>34</sup>. Não existe uma relação contratual entre médico e paciente uma vez que o médico faz parte do Serviço Nacional de Saúde, cumprindo uma função do Estado Social. A prestação de cuidados de saúde à população assume a natureza de atribuição do Estado, nos termos do disposto no art. 64º da CRP. O Serviço Nacional de Saúde corresponde a um *serviço público de assistência*, de amparo da colectividade a cada um dos seus membros quando este não possa, pelos seus próprios meios, ocorrer a dificuldades temporárias ou permanentes<sup>35</sup>.

O médico, quando exerce a sua profissão num hospital público, é um funcionário público e exerce uma actividade de gestão pública<sup>36</sup>. Estamos perante actos materiais que correspondem ao exercício da chamada “função técnica do Estado”, isto é, ao conjunto de actividades que, correspondendo ao exercício da função administrativa enquanto dirigidas à prossecução do

---

<sup>30</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, 2001, tomo II, pp. 166 ss.

<sup>31</sup> Processo 07A3426. Disponível online in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>32</sup> Acórdão de 15 de Outubro de 2009, processo 08B1800. Disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>33</sup> *Op. cit.*, pp. 81 s.

<sup>34</sup> G. FALCÃO DE OLIVEIRA: *op. cit.*, pp. 61 s.

<sup>35</sup> M. CAETANO: *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 219.

<sup>36</sup> Vide R. VALE E REIS, “Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos de saúde – origens históricas”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 292 ss.

interesse público, tem por núcleo a realização de actividades materiais<sup>37</sup>. A relação em causa é uma relação especial de Direito administrativo, uma relação de serviço público que investe o doente (o utente) numa posição estatutária, com os inerentes direitos e deveres específicos<sup>38</sup>. O utente não está sujeito ao pagamento de uma contraprestação mas sim de uma taxa. Deste modo, estamos perante um acto de gestão pública, regulado pelo Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro<sup>39</sup>.

Refira-se, por outro lado, que a prestação de serviços médicos no âmbito de hospitais públicos também pode gerar a aplicação de um regime de responsabilidade semi-objectiva, como resulta do n.º 1 do art. 11º do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”. Em qualquer caso, os tribunais competentes serão os tribunais administrativos, de acordo com as als. g), h) e i) do n.º 1 do art. 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

Outra corrente, embora minoritária, defende a tese da responsabilidade contratual dos hospitais públicos. Há quem fale na existência de um contrato de adesão, enquanto outros consideram que estamos perante relações contratuais de facto, na sua vertente de relações de massas, resultantes de um comportamento social típico<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup>M. REBELO DE SOUSA, A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III. Actividade administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 379; M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999, p. 10.

<sup>38</sup>J. SÉRVULO CORREIA: “As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 21 ss.

<sup>39</sup>Neste sentido, entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Abril de 1999, processo n.º 044467, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Vide M. CORTEZ, “Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 263 ss. O regime será o mesmo ainda que o hospital em causa adopte uma gestão empresarial – vide A. GONÇALVES MONIZ, “Aspectos processuais da responsabilidade médica: as questões colocadas pelos Hospitais S.A. quanto ao âmbito da justiça administrativa”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 317 ss.

<sup>40</sup>J. FIGUEIREDO DIAS, J. SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Separata, n.º 332, Janeiro de 1984, p. 33; J. ÁLVARO DIAS, “Procriação assistida e Responsabilidade Médica”, *Studia Iuridica*, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 238 ss. Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Julho de 1985, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, pp. 529 ss.

Embora o regime contratual seja relevante para regular tipicamente a relação que se estabelece entre médico e paciente, não podemos prescindir do regime extracontratual, desde logo atendendo ao peso decisivo que o Serviço Nacional de Saúde tem na prestação de cuidados médicos em Portugal.

Os elementos constitutivos da responsabilidade civil são os mesmos, quer esta derive da prática de um facto ilícito ou da violação de um contrato: o facto (controlável pela vontade do homem), a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. A responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, tem sempre subjacente a ilicitude de um acto praticado, consistindo esta na infracção de um dever jurídico.

Na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, existe um denominador comum incontornável – a exigência de uma actuação que observe os deveres gerais de cuidado. De uma forma frugal podemos dizer que para o juízo a fazer acerca da violação das *leges artis* há que confrontar a conduta e os procedimentos seguidos pelo médico com a conduta e os procedimentos que ele devia ter tido. Este deve ser o critério valorativo da correcção do acto clínico. Como sublinhou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2008, “o serviço médico, pela sua natureza de meio de prevenção da doença ou da recuperação da saúde das pessoas deve pautar-se pela diligência, atenção e cautela, na envolvimento das boas práticas da profissão e dos conhecimentos científicos existentes. A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado é susceptível de implicar a ilicitude dos actos médicos envolventes e a censura ético-jurídica dos seus agentes, ou seja, a ilicitude e a culpa conexas com o dano decorrente para os pacientes. A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, susceptível de fundar a sua obrigação de indemnização do dano causado ao paciente”<sup>41</sup>.

Quer tenha natureza contratual quer extracontratual, a responsabilidade civil assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o n.º 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual *ex vi* n.º 2 do art. 799º, ambos do CC. No que se refere à responsabilidade civil do médico, diversamente, deve atender-se a um sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade – aquilo que os autores anglo-saxónicos apelidam de *reasonable doctor*. O médico deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada<sup>42</sup>. Deste modo, o médico deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os

---

<sup>41</sup>Processo n.º 08B2654. Acórdão disponível online *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>42</sup>J. MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Jvridica*, Tomo XXI, n.º 116/117, p. 332.

padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo, exigindo-se-lhe que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo "ofício", agindo em circunstâncias semelhantes<sup>43</sup>.

Por outro lado, os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual apresentam vários pontos de divergência. Desde logo, cumpre notar as diferenças relativas ao ónus da prova. Enquanto na responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (n.º 1 do art. 799º do CC), na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (n.º 1 do art. 487º do CC).

Alguns Autores sustentam que em alguns casos pode coexistir a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. O mesmo facto poderá, deste modo, constituir uma violação do contrato e um facto ilícito<sup>44</sup>. PINTO MONTEIRO, embora reconhecendo que a questão é "delicada e controversa não tendo sido objecto entre nós (tal como de resto, na generalidade dos sistemas) de regulamentação específica", entende 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, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha"<sup>45</sup>. A jurisprudência tem aceite a tese da admissibilidade do concurso de responsabilidades, embora não de forma declarada, como resulta de algumas decisões em que, apesar da natureza contratual da responsabilidade, são invocados princípios e normas da responsabilidade extracontratual<sup>46</sup>.

### 2.3. Obrigação de meios ou de resultado?

O acto médico é geralmente definido como um acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas. A prestação de serviços médicos pode envolver para o médico uma *obrigação de meios* ou uma *obrigação de resultado*. Para distinguir as duas figuras é importante ponderar a natureza e escopo do acto médico. Deve atentar-se, caso a caso,

---

<sup>43</sup>J. ÁLVARO DIAS, "O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos", *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 393 ss.

<sup>44</sup>Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, J. SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 322 s.

<sup>45</sup>A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 430 s. Contra, M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 546 ss.

<sup>46</sup>Vide, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Novembro de 1980, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 301, p. 404.

ao objecto da prestação solicitada pelo paciente, para saber se estamos perante uma *obrigação de meios* – que exige apenas uma actuação prudente e diligente segundo as *regras da arte* – ou perante uma *obrigação de resultado* – em que o médico se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do paciente.

É comum considerar-se que a prática de um acto médico envolve da parte do médico apenas a assunção de uma obrigação de meios. Neste sentido, referia ANTUNES VARELA: “quando o médico se obriga a tratar do enfermo ou o advogado a patrocinar certa causa, nem o médico se compromete a curar o cliente, nem o advogado a ganhar a questão: um e outro se obrigam apenas a empregar a diligência requerida para obter a cura do doente ou defender os legítimos interesses do mandante”<sup>47</sup>. A obrigação a que o médico se vincula consiste, deste modo, em proporcionar ao paciente os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, de acordo com a sua aptidão profissional, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados ao tempo da prestação<sup>48</sup>.

No sentido da qualificação dos deveres contratuais dos médicos como obrigações de meios, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Outubro de 1998 entendeu que um mau resultado não prova, sem mais, um mau tratamento. O médico pode não obter o resultado pretendido. Isso não lhe é censurável, se actuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica<sup>49</sup>. Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001 refere que o médico não se obriga a curar o doente, apenas se comprometendo a proporcionar-lhe cuidados conforme as *leges artis* e os conhecimentos científicos. Deste modo, trata-se de uma mera obrigação de meios, e não de uma obrigação de resultado; incumbindo ao doente o *burden of proof* da invocada inexecução desse contrato por parte do profissional médico<sup>50</sup>. Mais recentemente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2011<sup>51</sup> lembrou que “se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga,

---

<sup>47</sup>J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 86, nota 2.

<sup>48</sup>Neste sentido, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006, processo 06A1503, disponível online in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>49</sup>*Colectânea de Jurisprudência*, 1998, tomo III, pp. 130 s.

<sup>50</sup>*Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça*, 2001, tomo II, pp. 166 ss. Também no sentido da qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013 (já citado).

<sup>51</sup>Já citado.

apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar". Assim, "importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado".

FERREIRA DE ALMEIDA opõe-se à qualificação dos deveres contratuais dos médicos como obrigações de meios, apresentando dois argumentos.

Em primeiro lugar, a qualificação do dever de prestação do médico como "obrigação de meios" conflituaria com a qualificação do contrato entre médico e paciente como contrato de prestação de serviços. O art. 1154º do CC define o contrato de prestação de serviços como aquele "em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual, com ou sem retribuição". O Autor coloca as duas qualificações em alternativa: ou se qualifica o contrato como contrato de prestação de serviços, ou se qualifica o dever contratual do médico como uma obrigação de meios. Quem afirmasse que o contrato entre médico e paciente é um contrato de prestação de serviços deveria afirmar que o médico se obriga "a proporcionar ao paciente certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual" e deveria negar que o dever contratual do médico é uma obrigação de meios; quem afirmasse que o dever contratual do médico é uma obrigação de meios deveria por imperativos de coerência negar que o médico se obrigasse "a proporcionar ao paciente certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual". Ou seja: deveria negar que o contrato entre médico e paciente fosse um contrato de prestação de serviços<sup>52</sup>.

Em segundo lugar, essa (eventual) qualificação do dever de prestação do médico como "obrigação de meios" não alteraria o critério de distribuição do ónus da prova da culpa do art. 799º do CC. Ainda que se aceitasse a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, não se evitaria o seguinte dilema: "ou se considera que o tratamento defeituoso é desconforme com os 'meios' que deveriam ter sido usados, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair o encargo da prova da culpa sobre o lesado, violando ostensivamente a referida presunção legal de culpa"<sup>53</sup>.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008 sublinhou, em nosso entender de forma bastante acertada, que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a

---

<sup>52</sup>*Op. cit.*, p. 111.

<sup>53</sup>*Op. cit.*, p. 118. Uma crítica a estes argumentos pode ser encontrada em N. PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 206 ss.

*prioristicamente*<sup>54</sup>. Com efeito, existem situações em que se pode dizer que o médico está vinculado à obtenção de um resultado concreto<sup>55</sup>. Serão os casos da cirurgia estética em que o médico se obriga a um resultado (cirurgia estética de embelezamento), da transfusão sanguínea em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, da odontologia, da vasectomia, *etc.* Pelo contrário, a cirurgia estética reconstrutiva é geralmente considerada com exemplo de uma simples obrigação de meios.

O referido acórdão do Supremo Tribunal distingue dois tipos de intervenções cirúrgicas. Em primeiro lugar, aquelas em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas apenas atenuar o sofrimento do doente. Nesta hipótese, impende sobre o médico apenas uma obrigação de meios. Diferentemente, se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, deve entender-se, até por razões de justiça distributiva, que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado. No entender deste aresto, as análises clínicas são um dos casos de obrigação de resultado, atendendo ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, uma vez que a margem de incerteza é praticamente nula. Assim, se se vier a confirmar *a posteriori* que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então teremos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 2009 também se pronunciou sobre esta matéria<sup>56</sup>. Do seu sumário retiram-se duas conclusões importantes. Primeiro, que “em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”. Em segundo lugar, que, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor. No entanto, como salienta ao voto de vencido do Conselheiro CUSTÓDIO MONTES, se grande parte da doutrina já contesta a classificação das obrigações como obrigações de meios ou de resultado, muito mais o faria se se admitisse um *tertium genus* – “obrigação de quase resultado” – como se defende nos fundamentos do acórdão.

No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2011 admitiu, ainda que em termos genéricos, que, traduzindo a obrigação do médico, em regra, uma obrigação de meios e não de

---

<sup>54</sup>Processo n.º 08A183, disponível *online in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>55</sup>Vide C. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 363, nota 9.

<sup>56</sup>Processo 544/09.9YFLSB, disponível *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

resultado, tal não impede que dos contornos concretos do contrato de prestação de serviços celebrado entre um doente e um médico ou clínica médica, nomeadamente, no campo das especialidades clínicas, possa resultar que o médico se obrigou em termos de garantir um resultado concreto.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 2012<sup>57</sup> lembrou que a qualificação da obrigação contratual, como obrigação de meios, é bastante vincada na generalidade dos contratos que envolvem a prestações de serviços médicos e, de forma ainda mais acentuada, prestação de serviços médico-cirúrgicos. De acordo com este aresto, “é nos cuidados de saúde que relevam de vínculos contratuais que se encontram os exemplos mais paradigmáticos de obrigação de meios, por oposição a obrigações de resultado”. No entanto, o mesmo acórdão sublinha que vem sendo questionada a aplicabilidade da qualificação como obrigação de meios quando se trate de intervenções cirúrgicas ditadas unicamente por razões de ordem estética, designadamente operações de lifting ou de emagrecimento ou intervenções cirúrgicas de implantes mamários por motivos de ordem puramente estética. O aresto acabou por entender que, considerando a especificidade da cirurgia estética, apesar de se situar na vertente da cirurgia voluntária, sem efeitos curativos necessários, não nos deve desviar da rigorosa qualificação da obrigação assumida como obrigação de meios (prestação dos meios clínico-cirúrgicos) e não de resultado (assegurar o efeito concretamente pretendido).

Na doutrina portuguesa, Carla Gonçalves refere um “forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas”<sup>58</sup>.

## **2.4. O ónus da prova**

Da classificação da obrigação do médico como obrigação de meios ou de resultado podem derivar diferentes posições relativamente ao ónus da prova. A questão que se apresenta é a seguinte: a quem cabe fazer a prova nas acções de responsabilidade civil médica? No Direito português existem diferentes posições sobre o assunto.

### **2.4.1. Posição maioritária: ónus da prova do lesado**

A generalidade da doutrina e da jurisprudência considera que a presunção de culpa do devedor (art. 799º, n.º 1 do CC) não tem lugar no domínio da responsabilidade civil médica, uma vez que não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado. Deste modo, o ónus da prova da culpa será determinado exclusivamente pelo regime da

---

<sup>57</sup>Já citado.

<sup>58</sup>*A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 29.

responsabilidade extracontratual<sup>59</sup>. Na responsabilidade aquiliana, como se sabe, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão (art. 487º, n.º 1 do CC).

Esta posição arranca da distinção entre obrigação de meios e de resultado, considerando que o médico está (apenas) adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data da intervenção, não assegurando a cura. Assim, por força desta especificidade, tal como na responsabilidade extracontratual, seria o credor que teria de provar em juízo a desconformidade entre a conduta do devedor e aquela que, em abstracto, proporcionaria o resultado pretendido.

TEIXEIRA DE SOUSA defende a interpretação restritiva (ou a redução teleológica) do critério de distribuição do ónus da prova do n.º 1 do art. 799º. Apesar de a presunção de culpa do devedor se compreender plenamente “na generalidade das obrigações”, ela não se justificaria na área da responsabilidade médica, dado que “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que (...) não deve atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato”. No entender do Autor “a posição do médico não deve ser sobrecarregada através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem poderia garantir”. Deste modo, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Verificando-se a existência de um concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, a relação entre as regras do n.º 1 do art. 487º e do n.º 1 do art. 799º do CC configurar-se-ia como uma relação de *consumpção*: o ónus da prova da culpa do médico determinar-se-ia exclusivamente pelo regime da responsabilidade delitual, pelo que este último absorveria a inversão característica da responsabilidade contratual<sup>60</sup>.

ÁLVARO DIAS coloca a questão nos seguintes termos: “dispondo os diversos sistemas jurídicos que ‘incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua’, facilmente se compreende a delicadeza da posição – sob o ponto de vista processual – em que o médico ficaria

---

<sup>59</sup>Assim, J. RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, pp. 115 ss; TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 140. Vide também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001, *Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça*, 2001, tomo II, pp. 166-170.

<sup>60</sup>*Op. cit.*, p. 137.

colocado, vendo-se sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor, passaria a recair<sup>61</sup>.

A resolução do problema passaria pela distinção entre as relações obrigacionais em que o resultado tem "carácter aleatório", em que o devedor se vincula tão-somente ao cuidado ou à diligência "que favoreçam a sua realização" (obrigações de meios); e aquelas relações obrigacionais em que o resultado tem carácter "rigorosamente determinado", encontrando-se o devedor adstrito a alcançá-lo (obrigações de resultados). Enquanto nas obrigações de meios o paciente teria o ónus de alegar e provar que a actuação do devedor infringiu as regras de conduta "susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado"; nas obrigações de resultado o paciente não teria esse ónus: "a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) [faria] presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este todavia provar o contrário)"<sup>62</sup>.

Uma vez que o dever contratual do médico se situa entre as obrigações de meios, o credor teria o encargo de demonstrar a existência de culpa do médico. No entender do Autor, fazer recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecer a produção de um certo resultado equivaleria a uma "quase autêntica impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida"<sup>63</sup>.

A excepção a esta regra será constituída pelos casos em que sejam utilizados, no decurso do acto médico, coisas ou instrumentos perigosos, tais como a aplicação de "raios x", ondas curtas ou ressonâncias magnéticas<sup>64</sup>. Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007 entendeu que uma transfusão de sangue é uma actividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados<sup>65</sup>. De acordo com o n.º 2 do art. 493º do CC, "quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir". Neste caso, incumbe ao médico que usou meios perigosos provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias. O médico será responsável a não ser que afaste a presunção de culpa que sobre si impende. Não estamos perante um caso de responsabilidade objectiva mas sim de responsabilidade quase-objectiva, apoiada na inversão do ónus da prova.

---

<sup>61</sup> *Procriação assistida e responsabilidade médica, cit.*, p. 223.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, p. 225.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, pp. 224 e ss.

<sup>64</sup> J. ANTUNES VARELA: *op. cit.*, p. 595; M. ALMEIDA COSTA: *op. cit.*, p. 587.

<sup>65</sup> Processo n.º 07A96, disponível *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

#### **2.4.2. Posição minoritária: presunção de culpa do médico**

Num sentido diverso, uma parte da doutrina e da jurisprudência entende que, estabelecendo-se entre médico e paciente um contrato, sobre o médico recai, por força do regime da responsabilidade contratual, a presunção de culpa do art. 799º do CC<sup>66</sup>. O ónus da prova da diligência recairá, deste modo, sobre o médico, desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso. O médico presume-se culpado, mas para que haja presunção de culpa cabe ao lesado a prova do facto ilícito (não cumprimento da prestação ou cumprimento defeituoso), como elemento constitutivo do seu direito à indemnização. Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, uma vez que este disporá, em princípio, de excelentes meios de prova no seu arquivo (ficha clínica), para além do seu acervo de conhecimentos técnicos. A facilidade da prova neste domínio está do lado do médico<sup>67</sup>.

HENRIQUES GASPAS entende que o critério de distribuição do ónus da prova da culpa da responsabilidade contratual deve ser convenientemente entendido no campo da responsabilidade médica. A infracção dos deveres contratuais do médico configurar-se-á essencialmente como cumprimento defeituoso ou imperfeito; o ónus da prova da existência do defeito recairá sobre o credor e o ónus da prova da inexistência de culpa sobre o devedor. No entender do Autor, o n.º 1 do art. 799º do CC apenas estabelece que se presume que o defeituoso cumprimento procede de culpa do devedor. No entanto, pressuposto desta presunção será o próprio defeito do cumprimento que terá, naturalmente, de ser provado por quem o invoca. Estando em causa obrigações de meios, o paciente deverá demonstrar que o médico não empregou todos os meios, não praticou todos os actos normalmente necessários para a prossecução daquela finalidade<sup>68</sup>. FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO e FERREIRA DE ALMEIDA concordam com este entendimento: o paciente lesado deverá demonstrar a tipicidade, alegando e

---

<sup>66</sup>Neste sentido, A. VAZ SERRA, "Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes", *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, 1955, p. 99; A. HENRIQUES GASPAS, "Da Responsabilidade Civil do Médico", *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, tomo I, pp. 344 s; J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, *op. cit.* p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 117; M. CARNEIRO DA FRADA, "Contrato e deveres de protecção», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, *Separata do vol. XXXVIII do Suplemento*, 1994, p. 193. Neste sentido, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 2002 (processo n.º 02A4057), de 22 de Maio de 2003 (processo n.º 03P912), de 18 de Setembro de 2007 (processo n.º 07A2334) e de 27 de Novembro de 2007 (processo n.º 07A3426), todos disponíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>67</sup> Neste sentido, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 2002 (processo n.º 02A4057) e do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro de 2007 (processo n.º 6307/2006-7), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>68</sup>*Loc cit.*

provando a desconformidade objectiva entre a conduta adoptada e as leis da arte e da ciência médica; o médico lesante deverá demostrar a inexistência de culpa alegando e provando que, naquelas circunstâncias, não podia ou não devia ter agido de outra forma<sup>69</sup>.

DIAS PEREIRA adopta a distinción entre obrigação de medios e de resultado, mas separa na obrigação de medios entre a violação das *leges artis* (ilicitude), cujo encargo probatório incumbirá ao paciente e, por outro lado, o juízo de censurabilidade (a culpa médica), que é presumida nos termos do n.  1 do art. 799.  do CC. Operando deste modo, caberá ao médico o ônus da prova da culpa, ou seja, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia nem devia ter agido de forma diferente<sup>70</sup>. Esta posição reconece as dificultades que se apresentam ao lesado, as mais das veces impossibilitados de fazer a prova cabal dos pressupostos da responsabilidade civil, defendendo que, muito embora caiba ao demandante o ônus da prova da ilicitude, a culpa deve ser presumida, cabendo ao médico.

Quando se invoque o cumprimento defeituoso   necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto practicado e as *leges artis*, são depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente. Consequentemente, quando se invoque tratamento defeituoso para efeito de obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade contratual   necessário provar a desconformidade entre os actos practicados e as *leges artis*, bem como o nexos de causalidade entre defeito e dano. Feita a prova da desconformidade, então sim, funciona a presunção de culpa, a impor ao médico, como condição de libertação da responsabilidade, que prove que a falta de conformidade não se deveu a culpa sua, por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. O médico está dispensado de provar, diferentemente, que o evento danoso se produziu por causa estranha à sua actuação. Por outras palabras, presume-se a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo. É neste sentido que se tem pronunciado a jurisprudência mais recente<sup>71</sup>.

No entender de PINTO OLIVEIRA, o alcance da presunção de culpa deverá ser diferente na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de resultado e na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de medios. Na primeira, o n.  1 do art. 799.  do CC deverá ser combinado com um critério de tipicidade/ilicitude referido ao resultado, pelo que exonera o credor do ônus de alegar e de provar a omissão do cuidado (exterior ou interior); na segunda, ele combina-se com

---

<sup>69</sup>J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 117.

<sup>70</sup>*O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, cit.*, pp. 422 ss.

<sup>71</sup>Vide, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiç a de 18 de Setembro de 2007 (processo n.é 07A2334), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

um critério de tipicidade/ilicitude referido à conduta, pelo que não exonera o credor do ónus de demonstrar a omissão da mais elevada medida de cuidado exterior<sup>72</sup>.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009 expendeu importantes considerações sobre este tema<sup>73</sup>. No entender dos Conselheiros, deve aplicar-se à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no n.º 1 do art. 799º do CC, dado não existirem nessa situação razões específicas que justifiquem o afastamento dessa regra. E isto é assim, quer se entenda estar-se perante uma obrigação de meios ou de resultado. No entanto, o aresto sublinha que a presunção se refere somente à culpa. A prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competirá sempre ao Autor. A este caberá fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual, cabendo a prova da diligência ao médico, por força da presunção do art. 799º do CC. Pronunciando-se sobre a natural dificuldade da prova por parte do paciente, o acórdão defende que o mais que pode acontecer é fazer-se uso da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação).

### 2.4.3. Proposta: repartição do ónus da prova

Levando esta última posição um pouco mais longe, uma corrente doutrinal propugna pelo recurso a mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova, salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas mesmas dificuldades. Assim, embora não seja possível, de *iure constituto*, inverter o ónus da prova com o argumento da especial dificuldade na sua realização, será possível compensar o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo art. 342º do CC através da liberdade de apreciação de prova realizada pela parte (art. 656º do Código de Processo Civil)<sup>74</sup>. A este propósito, CARNEIRO DA FRADA entende que, consoante os casos, serão de admitir facilitações de prova (prova *prima facie*) e inversões do ónus de

---

<sup>72</sup>*Op. cit.*, p. 245.

<sup>73</sup>Processo n.º 08B1800, acessível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>74</sup>Recorde-se que de acordo com o n.º 1 do art. 342º do CC “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”. “A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita” (n.º 2). “Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito” (n.º 3). Nos termos do n.º 1 do art. 655º do Código de Processo Civil, “o tribunal colectivo aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”. “Mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada” (n.º 2 da mesma norma).

prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa, mas abarcando ainda, em função do grau de elevação do perigo produzido, o próprio nexo entre o facto responsabilizador e o dano sofrido pelo paciente<sup>75</sup>.

Esta posição, movida pela necessidade de suavizar a rigorosa exigência de uma prova completa dos factos a cargo do demandante que, em regra, é um paciente não dotado de conhecimentos médicos, defende que o julgador na apreciação da prova deve levar em consideração as naturais dificuldades da sua realização e, nessas circunstâncias, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto<sup>76</sup>. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO defendem que, ao invés de fazer recair a prova da culpa sobre o lesado, o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas presunções judiciais, que se inspiram nas máximas da experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos dados da intuição humana<sup>77</sup>.

Esta posição pode ter consequências relevantes não só ao nível da culpa mas também no que concerne ao preenchimento de um outro requisito da responsabilidade civil: o nexo de causalidade. A chamada “prova de primeira aparência” pode assumir importância determinante nesta matéria, uma vez que se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a um acto médico, será de presumir que, em princípio, a intervenção foi adequada a produzir aquele dano segundo “a normalidade das coisas” e a “experiência comum”<sup>78</sup>.

#### 2.4.4. Proposta: inversão do ónus da prova

Alguns Autores vão mesmo mais longe, defendendo que as dificuldades na realização da prova deverão, de *iure constituendo*, justificar a inversão do ónus da prova a favor do paciente. Esta é uma solução coincidente com a adoptada na Proposta de Directiva comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços, apresentada em 9 de Novembro de 1990<sup>79</sup>. Está em causa a alteração do paradigma tradicional, escorado nas regras sobre a distribuição do ónus probatório fixadas no art. 342º do CC, radicando nas dificuldades que se apresentam ao lesado.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009, a que já nos referimos, expôs as principais debilidades desta tese. Para além de carecer (por enquanto) de apoio legal, de não ter suporte na realidade moderna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente, a alteração das regras gerais da responsabilidade civil,

---

<sup>75</sup> *Direito Civil - Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 116.

<sup>76</sup> Vide TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 140 e M. ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 69 ss.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, pp. 21 ss.

<sup>78</sup> ROSÁRIO NUNES, *op. cit.*, pp. 58 ss.

<sup>79</sup> COM (90) 482 final. Vide ROSÁRIO NUNES, *op. cit.*, pp. 79 ss.

nomeadamente ao nível da repartição do ónus da prova, poderia provocar um forte abalo na confiança e certeza do Direito, com uma conseqüente e quase inevitável prática da medicina defensiva.

A nossa sociedade – formada por homens que, por muito que a ciência e a técnica evoluam, serão sempre falíveis e nunca entes perfeitos ou divinos – é, por natureza, uma sociedade do *erro*. Num tempo em que os pacientes deixaram de imputar os danos sofridos à Divina Providência ou ao seu “triste fado”, clamando por Justiça, terão de ser repensados os esquemas oferecidos pela Ordem Jurídica para tutela do lesado, dando razão àqueles que renunciavam que o Direito do século XXI seria o “Direito da vítima”. Deste modo, a responsabilidade civil por acto médico continuará a ocupar um lugar de destaque, preocupando legisladores, juristas e médicos e interessando a todos.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA COSTA, M.: Direito das Obrigações, Coimbra, Almedina, 2008.
- ÁLVARO DIAS, J.: Procriação assistida e Responsabilidade Médica, *Studia Iuridica*, n.º 21, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- ÁLVARO DIAS, J.: «O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos», *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 387-433.
- ANTUNES VARELA, João de Matos: *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.
- CAETANO, M.: *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999.
- CAETANO, M.: *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003.
- CARNEIRO DA FRADA, M. A.: «Contrato e deveres de protecção», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento, 1994.
- CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Direito Civil - Responsabilidade Civil. O método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006.
- CORTEZ, Margarida: «Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde», *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 257-273.
- COSTA ANDRADE, M.: *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- COSTA ANDRADE, M.: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- DIAS PEREIRA, A. G.: *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- DIAS PEREIRA, A. G.: «O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica», *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 435-497.
- DIAS PEREIRA, A. G.: *Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*, <https://estudogeral.sib.uc.pt/dspace/handle/10316/2525>.
- FALCÃO DE OLIVEIRA, Guilherme: *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição aumentada, 2005.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C.: «Os contratos civis de prestação de serviço médico», *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996, pp. 75-120.
- FIGUEIREDO DIAS, J.; SINDE MONTEIRO, J.: «Responsabilidade médica em Portugal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Separata, n.º 332, Janeiro de 1984.
- GOMES RODRIGUES, A.: *Responsabilidade Médica em Direito Penal – estudo dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007.
- GONÇALVES, C.: «A responsabilidade médica objetiva», *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 359-385.
- GONÇALVES, C.: *A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- GONÇALVES MONIZ, A.R. : «Aspectos processuais da responsabilidade médica: as questões colocadas pelos Hospitais S.A. quanto ao âmbito da justiça administrativa», *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 317-331.
- HENRIQUES GASPAR, António Silva: «Da Responsabilidade Civil do Médico», *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, tomo I.
- MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos: «A responsabilidade civil do médico e o seu seguro», *Scientia Jvridica*, Tomo XXI, n.º 116/117.
- PINTO MONTEIRO, António: *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2003.
- PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel: «Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa», *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 127-255.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André: *Direito Administrativo Geral. Tomo III. Actividade administrativa*, Lisboa, Dom Quixote, 2007.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areais: «Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, pp. 115-195.
- ROSÁRIO NUNES, Manuel António do: *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra, Almedina, 2007.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel: «As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde», *Direito*

da Saúde e Bioética, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pp. 11-74.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel: «O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica», Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pp. 121-144.

VALE E REIS, Rafael: «Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos de saúde – origens históricas», Responsabilidade civil dos médicos, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 290-316.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: «Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes», Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 47, 1955.

#### **4. DOCUMENTAÇÃO**

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL: «World Medical Association Declaration on the Rights of the Patient», <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/I4/index.html>.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU: «Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “os direitos do paciente”» (2008/C 10/18), Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 10, de 15 de Janeiro de 2008, pp. 67-71.

REDE DE CIDADANIA ACTIVA (Active Citizenship Network): «Carta Europeia dos Direitos do Paciente», [http://www.activecitizenship.net/images/stories/media/EuropeanCharter/europeancharter\\_integrale\\_ing.pdf](http://www.activecitizenship.net/images/stories/media/EuropeanCharter/europeancharter_integrale_ing.pdf)