





Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Margarida da Silva Ferreira

A Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da

**Professora Doutora Anabela Susana de Sousa
Gonçalves**

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Ao longo da elaboração do presente trabalho de investigação contei com o apoio de diversas pessoas que ajudaram a tornar mais leve este longo caminho e às quais devo um sincero agradecimento. Algumas merecem mesmo uma referência expressa, sendo certo que as palavras que lhes dedico não são suficientes para agradecer o seu contributo, pelo qual serei eternamente grata.

Desde logo, à minha orientadora, a Professora Doutora Anabela Susana de Sousa Gonçalves, pela sabedoria e experiência na orientação da presente investigação, sem as quais o percurso seria certamente mais ríspido e o resultado final de menor qualidade. Um grande obrigada pela abertura e disponibilidade que sempre demonstrou.

Ao meu afilhado, Lucas, e ao Mateus por, sem saberem, aparecerem no momento em que mais precisei e serem a minha válvula de escape.

À minha família, e em especial à minha mãe e à minha madrinha, pelo incentivo e estímulos constantes que sempre deram para que alcançasse os meus objetivos e por serem o meu pilar e o meu porto seguro durante todo o percurso – e em boa verdade, durante toda a vida.

Por último, agradeço ao universo, por me ter mostrado que o paraíso existe e por me ter permitido conhecê-lo ainda durante este percurso.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA ESTÉTICA

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como tema e objeto de estudo a responsabilidade civil médica em cirurgia estética e pretende analisar o estado da arte da responsabilidade médica no ordenamento jurídico português, em particular, nas questões que se têm levantado em relação à cirurgia estética e possibilidade de responsabilização do cirurgião plástico estético por falhas médicas.

A cirurgia estética é, nos dias de hoje, uma área da atuação médica em clara ascensão, por conseguir concretizar no corpo do paciente o ideal de beleza que o mesmo projeta para si e que de outro modo nunca alcançaria. Não obstante, como em qualquer outra área da medicina, a cirurgia estética não se apresenta isenta de riscos, o que, aliado ao facto de mexer com bens jurídicos fundamentais, como a integridade física e, até mesmo, a vida, a leva a suscitar diversos problemas ao nível jurídico.

Ganhando cada vez mais sensibilidade para as problemáticas inerentes às intervenções estéticas, cuja necessidade de reflexão é patente nas decisões jurisprudenciais, a doutrina tem vindo gradualmente a dar atenção a esta questão. Neste sentido, o presente trabalho tem em vista contribuir um pouco mais para a reflexão das problemáticas levantadas pela especialidade da cirurgia estética.

MEDICAL CIVIL LIABILITY IN COSMETIC SURGERY

ABSTRACT

The theme and object of study of this master's thesis is the medical civil liability in the domain of cosmetic surgery and it aims to analyse the current regime of medical liability in the Portuguese legal system, particularly, in the matters that have been surrounding cosmetic surgery and the possible plastic surgeon's accountability for medical failures.

Nowadays, aesthetic surgery is a medical domain whose popularity has been increasing significantly due to the ability of fulfilling the patient's dream by achieving their perfect body image which otherwise would be out of reach. However, as in any other medical domain, cosmetic surgery cannot be performed without any risks, which, along with the fact that it affects fundamental legal assets, such as physical integrity and even life itself, leads to various legal issues.

The doctrine has gradually paid attention to the problems inherent in aesthetic procedures, since they evidently require a reflection in jurisprudential decisions. Therefore, the purpose of this thesis is to provide further contribution to this consideration in reference to the problems caused by the sphere of cosmetic surgery.

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDHBioMed – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Coord. – coordenador(es)

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LDC – Lei da Defesa do Consumidor

Et. Al. – E outros(as)

N.º – número

Ob. cit. – obra citada

Proc. – processo

Ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Vol. – volume

MODO DE CITAR

As obras citadas pela primeira vez são referidas pelo nome do autor, iniciado pelo apelido em maiúsculas pequenas, seguido do título da obra, número da edição ou reimpressão (se aplicável), local de publicação, editora, ano, volume (se aplicável) e páginas. Nas posteriores referências apenas se faz menção ao nome do autor, iniciado pelo apelido em maiúsculas pequenas, obra e às páginas, sendo que a obra citada será identificada por “*ob. cit.*”, a não ser quando se faz referência a mais do que uma obra do mesmo autor, situação em que, nas posteriores referências à primeira citação, a obra será identificada com as primeiras palavras do título. Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo nome do autor, iniciado pelo apelido em maiúsculas pequenas, título do artigo ou livro, nome do/s organizador/es ou coordenador/es (se aplicável), número da edição (se aplicável), local da publicação, editora, ano, volume (se aplicável) e páginas.

As citações de jurisprudência são feitas através da indicação do tribunal, data e relator.

Na bibliografia final, as obras são referidas pelo nome do autor, iniciado pelo apelido em maiúsculas pequenas, título de livro, número da edição ou reimpressão (se aplicável), cidade, editora, ano e volume (se aplicável). Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo nome do autor, iniciado pelo apelido em maiúsculas pequenas, título do artigo ou livro, nome do/s organizador/es ou coordenador/es (se aplicável), número da edição (se aplicável), local da publicação, editora, ano, volume (se aplicável), primeira e a última página. A ordenação das obras pertencentes ao mesmo autor assenta num critério de ordem cronológica, iniciando-se da obra mais recente para a mais antiga.

Na lista de jurisprudência final as decisões jurisprudenciais são referidas através da indicação do tribunal, secção (se aplicável), data, número do processo entre parênteses, identificação do relator em maiúsculas pequenas, sítio da Internet onde se encontra disponível e data da consulta. As decisões serão organizadas por ordem alfabética do tribunal e dentro do mesmo tribunal por ordem cronológica da mais recente para a mais antiga.

ÍNDICE

RESUMO - A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	v
ABSTRACT - MEDICAL CIVIL LIABILITY IN COSMETIC SURGERY	vi
ABREVIATURAS	vii
MODO DE CITAR	viii

INTRODUÇÃO

1. Objeto da investigação	12
2. Objetivos da investigação	15

CAPÍTULO I - A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. O ato médico	17
2. A natureza da responsabilidade civil por atos médicos	20
2.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual	22
2.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	25
2.2.1. A atividade médica como atividade perigosa.....	28
2.2.2. A culpa da organização	30
3. Concurso de responsabilidades	31
3.1. Diferenças de modalidades.....	32
3.2. Propostas de resolução	37
3.3. Posição do Supremo Tribunal de Justiça	41

CAPÍTULO II - A CIRURGIA ESTÉTICA

1.	Requisitos de licitude criminal das intervenções médico-cirúrgicas	43
1.1.	Qualificação do agente.....	46
1.2.	Finalidade terapêutica	47
1.3.	Indicação médica	50
1.4.	<i>Leges artis</i>	51
2.	A natureza da relação médico-paciente.....	52
2.1.	Modalidades contratuais	54
2.2.	O contrato médico enquanto contrato de prestação de serviços.....	56
2.3.	Características do contrato médico	59
2.4.	Obrigações decorrentes do contrato médico.....	61
3.	O consentimento livre e esclarecido.....	66
3.1.	Dever de informar	69
3.1.1.	O <i>quantum</i> de informação	73
3.1.2.	Comunicação dos riscos raros e graves	74
3.2.	Forma do consentimento	78
4.	Natureza da obrigação do cirurgião plástico.....	82
4.1.	Acolhimento nacional da distinção	83
4.2.	Aplicabilidade à responsabilidade médica	87
4.3.	A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética.....	90
4.4.	Posição do Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão de 17 de dezembro de 2009...	94
4.5.	Utilidade da distinção	96

CAPÍTULO III - A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO EM CIRURGIA ESTÉTICA

1.	A falha médica no caso de cirurgia estética.....	102
1.1.	Violação das <i>leges artis</i>	104

1.2.	Violação do dever de informar	107
1.3.	<i>As leges artis</i> como ponto de partida	110
2.	Imputação subjetiva dos danos à conduta médica	111
2.1.	A presunção de culpa do artigo 799.º n.º 1 do Código Civil	114
3.	Os danos e o nexo causal entre eles e o ato médico	117
3.1.	O dano.....	118
3.2.	O nexo de causalidade	121
CONCLUSÕES		121
BIBLIOGRAFIA		134
JURISPRUDÊNCIA		141

INTRODUÇÃO

Sumário: 1. Objeto da investigação. 2. Objetivos da investigação

1. OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

Nesta investigação propomo-nos a tratar o tema da responsabilidade civil médica, em especial no caso de cirurgia estética. O tema da responsabilidade civil médica, só por si, constitui uma área do Direito que tem assumido maior destaque nos últimos anos, muito embora já venha sendo tratada há algum tempo. Em todo o caso, só mais recentemente os pacientes se têm apercebido de que não precisam de conformar-se com o resultado médico como sendo este um fado que tem de se incontestavelmente aceitar. Esta mudança de mentalidade tem levado a que muitos pacientes, insatisfeitos com o resultado produzido, contestem judicialmente a conduta médica, no sentido de obter a responsabilização do médico pela sua (possível) incorreta atuação.

Por outro lado, sendo o tema da responsabilidade civil médica um tema tão vasto, optamos por tratar a questão da cirurgia estética, a qual tem levantado mais controvérsias nos últimos tempos, dada a afluência no recurso à mesma, consequência das tendências surgidas após a virada do século que incitam ao melhoramento da aparência física e correção de aspetos que, à luz do atual padrão de beleza, constituem defeitos. Também aqui há que limitar o objeto de investigação, ao que optamos, portanto, pelo estudo apenas das cirurgias de finalidade meramente estética¹.

O recurso às cirurgias com finalidade unicamente estética como modo de alteração e aperfeiçoamento corporal tem vindo a vulgarizar-se, principalmente entre o público feminino. A afluência exponencial que se tem verificado a estes procedimentos tem levantado questões jurídicas, às quais é necessário dar resposta. Estas consubstanciam questões que, num primeiro impacto, podem parecer problemas puramente teóricos, mas que na prática dos tribunais, como

¹ Nesta área da Medicina, que é a cirurgia plástica, existem duas vertentes: a cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica reparadora. A Ordem dos Médicos integra um Colégio de Cirurgia Plástica Reconstructiva e Estética, no qual o médico deve estar inscrito enquanto especialista da área, para que possa exercer como cirurgião plástico. Todavia, se na Medicina as duas vertentes surgem sempre juntas, no Direito é necessário separá-las, pelas diferentes finalidades que revestem e por traduzirem, aliás, diferentes soluções ao nível das implicações jurídicas, como veremos adiante.

veremos, marcam toda a diferença para o paciente e para o médico-cirurgião que pretendem fazer valer a sua posição. A fase embrionária em que se encontra o desenvolvimento jurídico dos problemas atinentes à cirurgia estética é patente nas decisões dos nossos tribunais superiores – em especial do STJ –, o que torna gritante a necessidade do seu debate na doutrina.

Desde logo, coloca-se a questão de saber se o médico-cirurgião, numa cirurgia estritamente estética, se obriga a utilizar todos os meios existentes e adequados a satisfazer a pretensão do paciente ou, pelo contrário, se se obriga a atingir o resultado por aquele pretendido. De outro modo, é necessário perceber se a obrigação assumida pelo médico-cirurgião se consubstancia numa obrigação de meios ou numa obrigação de resultado. Esta questão constituiu o ponto principal da Dissertação de Mestrado que nos propomos elaborar, e cuja resposta irá influenciar toda a análise subsequente de uma possível responsabilização do cirurgião por falhas médicas invocadas pelo paciente.

Esta não se trata de uma questão linear ou com uma resposta evidente, já que, como diz CARLA GONÇALVES², enquanto em alguns domínios da medicina é bastante que o médico faça tudo o que esteja ao seu alcance para ir de encontro às pretensões do paciente, noutros revela-se necessária a produção de um resultado em si. Com base nesta ideia, analisaremos a natureza da obrigação do médico-cirurgião em cirurgia estética, procurando saber se a prestação a que o mesmo se obriga é o resultado ou são os meios.

Nesta senda, pretendemos abordar em que termos o médico se obriga à prestação do serviço acordado e, não sendo cumprida a obrigação com que se compromete, isto é, havendo falha médica, quais são as implicações que daí advêm, em termos da sua responsabilização e compensação do paciente lesado. Isto porque, não podemos esquecer-nos que as situações de responsabilidade médica exigem um grande cuidado no que concerne ao equilíbrio dos interesses existentes de ambos os lados. Se é compreensível que os danos sofridos pelos pacientes não merecem ser desconsiderados, é também compreensível que não podemos onerar os médicos de forma excessiva. Correríamos com isto o risco de surgir desinteresse pelo exercício destas profissões, dada a falta de segurança e apreensão com que os profissionais de saúde desenvolveriam a sua atividade.

² GONÇALVES, Carla – A responsabilidade médica objetiva. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11. P. 363.

Adicionalmente, parece-nos que no referente à responsabilidade civil médica – e previamente à análise da questão específica da cirurgia estética – é importante proceder à análise de algumas questões transversais a toda a temática, como seja o problema do concurso de responsabilidades, problema basilar da responsabilidade civil médica, que se coloca pelo facto de, em certas situações, poder ser aplicável o regime da responsabilidade civil contratual e o regime da responsabilidade extracontratual simultaneamente. Para esta questão a doutrina tem encontrado diferentes respostas e, mesmo na jurisprudência, não há ainda uma solução tão clara quanto se necessita. Com base nisto, faremos referência às possíveis soluções e seus aspetos contra e a favor, de modo a perceber qual a solução que melhor se encaixará na responsabilidade médica especificamente.

Esclarecidas estas questões – da natureza da obrigação do médico cirurgião e da solução adequada ao concurso de responsabilidades –, que são as problemáticas estruturais da investigação a que nos propomos, estaremos aptos a avançar para o tema da responsabilização propriamente dita do médico-cirurgião. Trataremos nesta fase de analisar os requisitos da responsabilidade civil com referência concreta à cirurgia estética e tendo por base as conclusões obtidas quanto às problemáticas anteriores.

De referir apenas que, para além de se tratar este de um tema útil e com relevância prática, parece-nos tratar-se também de um tema original e de interesse, já que as matérias da responsabilização médica em cirurgia estética não são ainda alvo de suficiente investigação autonomizada. Esta trata-se, pois, de uma situação específica e distinta daquela da responsabilidade médica em geral, devido à natureza própria da cirurgia estética, a qual, quando efetuada com uma finalidade meramente estética (e não reparatória), levanta questões muito próprias. Foram tais especificidades, cumuladas ao nosso interesse pelas matérias da responsabilidade civil, que nos levou a escolher este tema como objeto da Dissertação de Mestrado que aqui nos propomos realizar.

Acresce que, mais do que tratar estes assuntos de forma meramente teórica, interessamo-nos nesta investigação dar um verdadeiro contributo para a resolução destas questões que, na prática, sabemos que são situações melindrosas e complexas, não apenas ao nível das questões jurídicas.

2. OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO

Com a presente investigação pretendemos dar resposta às principais questões colocadas no âmbito da responsabilidade civil médica em cirurgia estética, tendo como ponto de partida os temas anteriormente referidos, que agora iremos enunciar em maior detalhe.

Tendo em atenção o tema por nós adotado, é incontornável a necessidade de fazer uma primeira abordagem, ainda que circunscrita apenas aos aspetos mais relevantes, da responsabilidade civil médica em geral, de modo a contextualizar o leitor e a fornecer os aspetos basilares da problemática específica que de seguida passaremos a analisar, que é a das cirurgias estéticas. Assim, principiaremos por fazer referência ao ato médico, figura crucial para a análise de tudo o que se seguirá, dado que é a partir da existência de um ato médico que se poderá falar de uma responsabilização. Importa também fazer referência ao paradigma atual da responsabilidade civil médica, expondo a problemática do concurso de responsabilidades, questão controversa e estrutural da responsabilidade civil médica à qual, como dissemos, urge dar resposta antes de avançar, dado a cirurgia estética ser um campo fértil para o surgimento do problema do concurso de responsabilidades.

Feita esta primeira análise à responsabilidade médica em geral, que pretendemos curta e de cunho introdutório, será altura de entrar no tema concreto que aqui nos traz, que é a responsabilidade civil médica em cirurgia estética. Atentaremos, deste modo, nos requisitos de licitude das intervenções médico-cirúrgicas, esclarecimento sem o qual não nos poderíamos aprofundar no estudo da cirurgia estética, já que a prática médica que não respeite esses mesmos requisitos poderá constituir uma ofensa à integridade física, situação que queremos, desde o início, acautelar.

Parece-nos igualmente incontornável a necessidade de análise da natureza da relação entre o médico e o paciente. Como tal, abordaremos o contrato que entre ambos se estabelece, fazendo referência aos direitos e deveres que dele surgem para o médico e para o paciente. Isto com especial enfoque no direito à informação, que assume, em nosso ver, um papel primordial na cirurgia estética, pelo facto da informação moldar as opções do paciente e as suas convicções quanto ao que pode esperar da intervenção médica – estando subjacente à prestação do consentimento livre e esclarecido do paciente. O respeitante ao contrato que é celebrado entre o médico e o paciente adquire ainda importância a outros níveis, na medida em que, não raras

vezes, o contrato é celebrado, não com o médico, mas com uma clínica, ou com o médico e com a clínica. Tal terá, obviamente, implicações quanto à questão de saber quem tem legitimidade passiva (e em que termos) numa possível ação de responsabilidade civil médica.

Tratadas estas questões, é momento de abordar a natureza da obrigação do médico-cirurgião, que, como dissemos, constitui a problemática predominante da Dissertação que nos propomos a elaborar, e cuja resposta irá moldar toda a investigação subsequente. A este propósito parecem-nos úteis as palavras de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES³ ao dizer que “o médico, não tendo o dever jurídico de curar o doente, tem — isso sim — o dever de empreender o tratamento que de acordo com as regras da ciência e do actual estado dos conhecimentos, seja considerado adequado à cura”. Ora, se na responsabilidade civil médica em geral assim o é, conforme é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, o mesmo pode não se passar no caso da cirurgia estética, cujas idiossincrasias pedem, em muitos pontos, diferentes soluções em relação à responsabilidade civil médica em geral.

Não obstante ser esta a problemática central da Dissertação de Mestrado que nos propomos desenvolver, o estudo da responsabilidade civil médica em cirurgia estética não ficará completo sem que seja feita referência a todos os pressupostos do instituto da responsabilidade civil, já que é deste que o nosso trabalho trata em última instância. Por este motivo, continuaremos a nossa indagação pelos temas da falha médica e violação das *leges artis* pelo cirurgião plástico, tratando, por isso, dos pressupostos do facto voluntário e ilicitude. Referiremos, por último, os pressupostos da culpa, dano e nexo de causalidade, aquando do estudo dos danos e da sua imputação à conduta médica.

Tudo isto será feito a partir da análise da doutrina e jurisprudência existentes a respeito, ao que, à medida que se for revelando pertinente, vamos dando a conhecer a posição da doutrina em relação à problemática suscitada e analisando a jurisprudência existente a respeito, verificando o caminho por ela seguido.

³ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal, uma joia preciosa no direito penal médico. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 21 (2013), p. 11.

CAPÍTULO I

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Sumário: 1. O ato médico. 2. A natureza da responsabilidade civil por atos médicos. 2.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. 2.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva. 2.2.1. A atividade médica como atividade perigosa. 2.2.2. A culpa da organização. 3. Concurso de responsabilidades. 3.1. Diferenças de modalidades. 3.2. Propostas de resolução. 3.3. Posição do Supremo Tribunal de Justiça.

1. O ATO MÉDICO

A definição do que seja o *ato médico* reveste grande importância nesta matéria, dado tratar-se de um conceito que acarreta relevantes implicações práticas. Desde logo, este conceito tem um papel de destaque no que diz respeito ao aferimento da falha médica, já que a falha médica só ocorre quando estejamos perante um ato médico. Neste sentido, é crucial compreender os limites do ato médico, para se conseguir aferir da existência de um erro ou falha médica.

Trata-se, pois, de saber quais condutas de um médico poderão ser consideradas para efeitos de uma possível responsabilização por ocorrência de efeitos adversos (decorrentes dessas condutas), os quais poderão consubstanciar uma potencial falha médica. E, bem assim, compreender se tais condutas médicas poderão constituir uma violação das *leges artis*, permitindo-se a sua recondução a um regime de responsabilização, como de resto explica ANA AMORIM⁴.

Antes de mais, podemos encontrar a definição (ainda que não expressa) de ato médico no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, mais precisamente no seu artigo 26.º. Estabelece este preceito que “[o] Médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e

⁴ AMORIM, Ana – *ob. cit.*, pp.120-122.

delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do Ser humano”.

Não obstante, na Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, é também reconhecida a importância da definição deste conceito quando se prevê que o mesmo deve ser concretizado por lei. Ora, tal lei veio a ser realizada pela Assembleia da República em 1999, nomeadamente através da proposta de Lei do Ato Médico, que não chegou a ser publicada por motivos extrínsecos ao conceito de ato médico em si. Previa-se neste diploma que “constitui ato médico a atividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades”, acrescentando-se que podem exercer atos médicos os “licenciados em Medicina regularmente inscritos na Ordem dos Médicos”⁵.

O certo é que, até agora, a obrigação de definir o conceito de ato médico não foi ainda legalmente cumprida, como ordena a Lei de Bases da Saúde. De todo o modo, podemos retirar destas definições que, como explica JOÃO CARLOS GRALHEIRO, o ato médico implica uma relação pessoal, um objeto e um fim⁶. Isto porque, conforme aclara o Autor, o ato médico pressupõe sempre uma relação entre o médico⁷ e uma pessoa, quer seja individualmente, em grupos ou em comunidades, cujo objeto é a avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas, das quais o fim é a referida promoção ou restituição da saúde, suavização dos sofrimentos e prolongamento da vida.

Daqui podemos, desde já, retirar a conclusão de que não revestem o carácter de ato médico as atuações médicas em que, embora existindo a relação pessoal entre um médico e uma pessoa, sua paciente, não se verificam o objeto e fim do ato médico, por não haver diagnóstico ou prognóstico de uma patologia, ou prescrição de medidas terapêuticas, no intuito de suavizar sofrimentos por aquela causados e restituir a saúde. Nesta linha de pensamento ficam de fora, assim, situações como as intervenções meramente estéticas, que não se enquadram numa

⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 13.

⁶ GRALHEIRO, João Carlos – O ato médico é uma empreitada? Porto: Edições Esgotadas, 2018, p. 29.

⁷ Muito embora, como lembra MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA: “Outros profissionais de saúde – v.g. enfermeiros, técnicos de diagnóstico e terapêutica – também prestam cuidados de saúde, o que justifica um olhar sobre a situação jurídica que enforma a sua relação com os pacientes”. Em Direito da Saúde: Lições. Lisboa: Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4, p. 185.

conceção de medicina curativa, mas de medicina voluntária⁸. Quer isto dizer, que o facto de ser um profissional licenciado em Medicina e regularmente inscrito na Ordem dos Médicos a praticar certos atos, não é condição suficiente para que possamos estar na presença de atos médicos. Esta delimitação do ato médico pode colocar algumas dúvidas quanto à sua aplicabilidade à cirurgia estética, as quais é imperativo que se afastem antes de avançar na investigação. Vejamos.

A verdade é que, apesar das distintas finalidades da conduta encetada pelo médico cirurgião – que sendo finalidades terapêuticas, não visam, contudo, o tratamento de uma patologia –, a mesma visa a realização de um tratamento, mas este de um descontentamento do paciente para com a sua aparência física. Termos em que, como também entende FERNANDA GALHEGO MARTINS, os incómodos estéticos, cuja alteração é pretendida pelo paciente, podem adquirir relevo tal comparável a uma patologia ou a deformações congénitas, afetando gravemente a sua qualidade de vida⁹. Acresce que o cirurgião “não deixa de ser um profissional médico apenas pelo facto de exercer uma atividade (...) que não comporta as finalidades previamente enunciadas”¹⁰. Com a realização de uma cirurgia estética o médico está a colocar em prática as qualificações técnicas adquiridas no âmbito da sua formação enquanto profissional da saúde.

Além do mais, se se considera que existe ato médico numa cirurgia estética reparatória, por que não haveria de considerar-se que o mesmo existe aquando da realização de uma cirurgia de finalidade unicamente estética? Por que motivo uma situação constituiria um ato médico e outra não, se em ambas um mesmo médico cirurgião procederia do mesmo modo, enquanto profissional médico, utilizando das mesmas técnicas e procedimentos (intrinsecamente médicos)?

Não podemos olvidar que estes se tratam de procedimentos intimamente ligados à prática médica e a nenhuma outra. Não são estes casos iguais aos do médico que faz uma depilação ou uma tatuagem, os quais, como bem lembra JOÃO CARLOS GRALHEIRO¹¹, não são considerados atos médicos, visto não estarem a ser utilizados procedimentos ou técnicas inerentes exclusivamente à atividade médica.

⁸ GRALHEIRO, João Carlos – *ob. cit.*, pp. 30 e ss.

⁹ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 80.

¹⁰ Como refere ANA AMORIM a propósito do médico perito, em AMORIM, Ana – *ob. cit.*, p. 121.

¹¹ GRALHEIRO, João Carlos – *ob. cit.*, p. 31.

Assim, é importante fazer a clara destrição entre as cirurgias estéticas, que exigem “a prática de uma atividade a realizar por um médico”¹², e outros procedimentos estéticos que podem ou não ser levados a cabo por um médico.

Destaque merece o entendimento de ato médico avançado por ANDREIA DA COSTA ANDRADE¹³, segundo o qual tem o ato médico a “intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental”. Está aqui incluída a circunstância de um paciente que pretende neutralizar ou atenuar um desconforto corporal e, para tal, recorre à cirurgia estética.

Em síntese, dúvidas não restam de que a cirurgia de cunho meramente estético consubstancia a prática de atos médicos, conceito basilar para efeitos da aferição da existência de falha médica. Apesar da definição de ato médico pretendida com a proposta da Lei do Ato Médico poder originar algumas dúvidas por não se encaixar milimetricamente nas situações de cirurgia meramente estética, e tendo em conta o que consta do CDOM, não nos parece gerar grandes controvérsias a consideração da mesma como ato médico. Em todo o caso, concluímos ser a realização de uma cirurgia estética um ato médico, tendo ela ou não um “móbil terapêutico”¹⁴ para afastamento de lesões e defeitos de nascença.

2. A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS MÉDICOS

O médico, no exercício da sua atividade profissional, pode incorrer em diversos tipos de responsabilidade: disciplinar, deontológica, civil e até mesmo penal. Quer isto dizer que um ato médico pode originar mais que uma sanção, como sejam, por exemplo, a aplicação de uma sanção penal e de uma sanção disciplinar ao nível da sua ordem profissional, bem como a condenação no pagamento de uma indemnização por aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil. Em todo o caso, o nosso foco será exclusivamente direcionado para a responsabilidade civil, muito embora, como se disse, esta possa surgir em simultâneo com outras responsabilizações do médico.

¹² AMORIM, Ana – *ob. cit.*, p. 122.

¹³ ANDRADE, Andreia da Costa – Atipicidade da conduta médica?: tentativa de (re)compreensão. Vila Franca de Xira: Petrony, 2018, p. 32.

¹⁴ Expressão utilizada por FERNANDA GONÇALVES GALHEGO MARTINS. Em *ob. cit.*, p. 80.

No ordenamento jurídico português não existe um regime específico da responsabilidade civil médica, pelo que qualquer conflito que tenha origem na prática de atos médicos e do qual se pretenda uma responsabilização civil, deverá pautar-se pelo regime geral previsto no nosso Código Civil. Ora, este regime surge como uma fonte das obrigações, cujo princípio basilar é o de que os danos são suportados por quem os sofreu (*casum sentit dominus*), a não ser nos casos em que tais danos ultrapassem o risco geral da vida e, preenchendo os pressupostos legais para tal, devam ser suportados por quem os provocou. Neste caso, estamos perante situações em que os danos provocados na esfera jurídica do lesado terão de ser indemnizados pelo lesante. Assim surge o regime da responsabilidade civil, que disciplina os pressupostos desta deslocação dos danos de quem os sofreu para quem os provocou.

A responsabilidade civil tem, por isso, uma principal função reparatória ou ressarcitória, que surge independentemente da vontade das partes¹⁵. Os seus pressupostos podem ser encontrados no n.º 1 do artigo 483.º do CC, que estabelece que, para ser aplicável este instituto, é necessário que exista um facto voluntário, ilícito, que ocorra por culpa do lesante (quer seja com dolo ou negligência), provocando na esfera jurídica do lesado um dano, o qual tem de compreender um nexo de causalidade para com a conduta ilícita.

De uma forma sumária, é necessário que se encontre em causa um facto voluntário, isto é, “um facto *dominável* ou *controlável* pela vontade”¹⁶ do agente. Tal pode verificar-se através de uma ação ou omissão, conforme haja um dever de agir ou um dever do agente se abster da prática de determinada conduta. Além disso, o facto tem de ser ilícito, na medida em que viola normas que protegem interesses ou viola uma conduta que é devida. É necessário, ainda, que exista culpa por parte do lesante, que pode revestir a forma de dolo ou negligência, sendo a culpa um juízo de censura subjetivo sobre o agente, que podia e devia ter agido de forma a evitar o dano. Além disso, é necessária a existência de um dano, que se traduz na lesão de um bem ou interesse pelo ordenamento jurídico protegido, o qual será o motivo da pretensão indemnizatória. Por último, recorrendo à teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, é necessário que se verifique um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

¹⁵ Não obstante se poder falar de outras funções, também apontadas pela doutrina, como sejam uma função punitiva ou sancionatória e uma função preventiva.

¹⁶ VARELA, João de Matos Antunes – Das Obrigações em Geral, 10.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-1389-3. Vol. I, p. 527.

Ora, a responsabilidade civil por um ato médico ocorrerá quando o profissional médico, ao desenvolver a sua profissão, e preenchendo todos aqueles requisitos, pratica atos próprios da sua atividade suscetíveis de causar danos a outrem, constituindo-se, assim, na obrigação de os indemnizar quando ocorram. Como já ensinava HEINRICH HÖRSTER, “[a]ssumir responsabilidade e ser responsabilizado são, por isso, prerrogativas e ónus do homem”¹⁷, independentemente do contexto em que se inserem.

2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

No ordenamento jurídico português encontramos aquilo a que a doutrina chama de sistema dualista¹⁸ de responsabilidade civil por coexistirem dois sistemas de responsabilidade: contratual e extracontratual. Importa, por isso, analisar ambos os sistemas e perceber como se aplicam à responsabilidade médica. Desde logo, encontramos a modalidade prevista nos artigos 483.º e ss. do CC, que dizem respeito à responsabilidade civil extracontratual, e depois a prevista nos artigos 798.º e ss. do CC, que respeitam à responsabilidade civil contratual¹⁹. Vejamos.

Para perceber a aplicabilidade de uma ou outra modalidade de responsabilidade a uma situação concreta devemos verificar “se nos encontramos perante um universo marcado pela nota do anonimato”, situação que nos remete de imediato para o regime da responsabilidade civil extracontratual, “ou se, ao invés, nos deparamos face a um contexto relacional dominado pela marca da proximidade sócio-existencial”, situação em que existe um vínculo entre as partes e à qual, em princípio, será de aplicar antes o regime contratual²⁰. Assim, como diria GALVÃO TELLES, enquanto a segunda pressupõe “a falta de cumprimento de uma obrigação”, a primeira poderá

¹⁷ HÖRSTER, Heinrich Ewald – A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, 2.ª Reimpressão da edição de 1992. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 972-40-0710-3, p. 70.

¹⁸ Conferir PEREIRA, André Gonçalo Dias – Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-972-32-2309-5, p. 702. e AMORIM, Ana – *ob. cit.*, pp. 164-165.

¹⁹ Independentemente do que segue, não nos podemos esquecer que existe no instituto da responsabilidade civil uma “unidade conceptual” que, apesar das diferenças que se traçam entre modalidades, se baseia na existência de “situações de violação de direitos e deveres correspondentes”. Conforme lembra MATOS, Filipe de Albuquerque – 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, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 21-22. Ano 11. Coimbra: Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro/dezembro de 2014, p. 18.

²⁰ Fazendo uso das palavras de MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 18.

“determina-se por exclusão de partes”, já que, não havendo relação contratual pré-existente – motivo que exclui o regime contratual – será a aplicável²¹.

Ora, a responsabilidade contratual tem subjacente a ideia de existência de um contrato entre lesado e lesante (para nós, entre o paciente e o médico), no qual ocorre um incumprimento ou cumprimento defeituoso, através da violação de direitos e deveres pelo contrato atribuídos a ambas as partes. Encontramo-nos aqui, pois, perante a violação de direitos *inter partes* por parte do lesante (ou devedor), em que o mesmo desrespeita “o vínculo que o adstringia”²² ao lesado, e bem assim, lhe causa danos. Por conseguinte, a responsabilidade extracontratual não pressupõe a existência de qualquer vínculo entre lesado e lesante, prévio à ocorrência do facto danoso, ao que nos encontramos aqui perante a violação de direito absolutos ou *erga omnes*, que são aqueles oponíveis a toda e qualquer pessoa, não obstante poder haver responsabilidade civil extracontratual no âmbito de uma relação contratual, por violação de um direito absoluto.

Deste modo, as regras da responsabilidade civil extracontratual serão as aplicáveis na “ausência de contrato”²³. Tal significa que esta modalidade de responsabilidade se aplica às relações que, como se disse, não tenham a sua origem num contrato, ou então, tenham origem num contrato que seja nulo^{24 25}. Isto porque, sendo o contrato nulo, em boa verdade, nenhum contrato existirá.

Face ao exposto, facilmente se compreende que o regime contratual apenas será aplicável se existir uma relação prévia entre as partes, em regra, um contrato, ao passo que o regime extracontratual será o aplicável nas situações em que não haja contrato, bem como nas situações em que, havendo, ocorra a violação de um direito *erga omnes*.

Aquele vínculo prévio entre as partes pode ter na sua base, não só um contrato, como também um negócio jurídico unilateral ou uma obrigação decorrente da lei, como sejam a gestão

²¹ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7.ª Ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN972-32-0771-0, p. 212.

²² TELLES, Inocêncio Galvão – *ob. cit.*, p. 212.

²³ Utilizando as palavras de PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 746.

²⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 746. O autor dá como exemplos a prática de um aborto ilícito ou um contrato de disposição do corpo humano em que, apesar da intenção das partes em contratar, tratam-se, pois, de negócios nulos aos olhos da lei. De facto, nestas situações apesar de se pretender uma contratação, tais contratos não chegam a formar-se efetivamente, pelo que não será de aplicar o regime da responsabilidade civil contratual.

²⁵ Como lembra o autor, também caberão aqui os casos em que, muito embora haja um contrato, “o dano não deriva da inexecução do contrato” ou afeta alguém que é terceiro ao contrato. PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 747.

de negócios ou o enriquecimento sem causa²⁶. Mais se diga que, em regra, a responsabilidade contratual pressuporá a prática de um ato negativo (omissão), na medida em que surge da violação de um dever positivo, isto é, de fazer algo que se estipulou no contrato, ao passo que a responsabilidade extracontratual terá a sua origem num ato positivo (ação), ocorrendo a violação de um dever negativo de abstenção da prática de certa conduta.

A propósito da responsabilidade civil médica levantam-se diversos problemas quanto ao regime de responsabilidade a aplicar para a resolução de questões suscitadas neste âmbito. Poderá entender-se que a responsabilidade civil médica tem natureza contratual ou extracontratual conforme exista ou não contrato celebrado entre o médico e o paciente.

Quanto a isto, refira-se que se tem entendido que quando se trate de ato médico praticado numa instituição pública de saúde, não ocorrendo a celebração de qualquer contrato entre o paciente e o médico ou a instituição de saúde, e havendo antes uma relação de serviço público, é de aplicar o regime da responsabilidade civil extracontratual²⁷. Acrescente-se que, estando em causa um ato de gestão pública²⁸, será de aplicar à situação o regime previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, relativo à responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas²⁹.

Em todo o caso, não são estas as situações que estão na base do nosso estudo, pelo que apenas lhes fazemos uma breve referência. O que realmente para nós tem interesse, são as situações em que um ato médico é praticado numa instituição privada de saúde, já que o Sistema Nacional de Saúde português apenas dá cobertura a cirurgias plásticas reparatórias. O que significa que a realização de cirurgias de cunho unicamente estético ocorre apenas em instituições privadas de saúde, em que o paciente recorre às mesmas procurando e escolhendo um

²⁶ Por este motivo existem críticas às designações de responsabilidade “contratual” e “extracontratual” parte da doutrina. Veja-se o que a este respeito diz GALVÃO TELLES, quando defende serem as designações de “responsabilidade obrigacional” e “responsabilidade extraobrigacional” as mais corretas. Em seu entender é incorreto falar em responsabilidade contratual, já que os contratos são apenas uma das fontes de obrigações que podem levar à responsabilização. Assim, muito embora os contratos sejam a maior fonte de responsabilidade civil, defende o autor que o mais correto é falar em responsabilidade obrigacional, não se devendo tomar “*a espécie mais significativa pelo género*”. Em *ob. cit.*, pp. 211-213.

²⁷ Ver a este propósito MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 28. Também MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA – *ob. cit.*, p. 293.

²⁸ Veja-se o Ac. STJ de 14/7/2010, relatado por RODRIGUES DA COSTA, onde há a necessidade de se esclarecer serem os atos materiais de prestação de cuidados de saúde em hospital público atos de gestão pública.

²⁹ Para mais detalhes quanto à responsabilidade civil em instituições de saúde públicas ver o que escreve CORTEZ, Margarida – Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 978-972-32-1369-0, pp. 257 e ss.

profissional de acordo com os seus critérios e preferência, que realize a modificação de finalidade unicamente estética que procura, e bem assim, celebrando um contrato de prestação de serviços médicos³⁰.

Ora, nestas situações é pacífico o entendimento de que é aplicável o regime da responsabilidade civil contratual³¹. Na base desta ideia está o facto de entre o paciente e o médico ou clínica se celebrar um verdadeiro contrato de prestação de serviços médicos, cujo incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações contratualmente assumidas facilmente se percebe que terá de ser dirimido pela aplicação do regime da responsabilidade civil contratual. Tal não se revela tão linear se a violação de uma obrigação contratual se traduzir também na violação de um direito absoluto, como é frequente na cirurgia estética, o que origina um problema de concurso de responsabilidades, o qual trataremos mais adiante.

Esta distinção tem repercussões ao nível da competência jurisdicional³², na medida em que, sendo o ato médico praticado numa instituição pública de saúde serão competentes para dirimir o litígio os tribunais administrativos e fiscais³³. Em sentido inverso, se o ato médico for praticado numa instituição privada de saúde serão competentes os tribunais judiciais.

2.2.RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Uma outra distinção que importa ser feita é aquela entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Ao contrário do que se possa pensar, a fronteira entre estas não é linear. Na verdade, esta distinção tem na sua base o pressuposto da culpa, sendo que a responsabilidade objetiva é aferida independentemente de haver ou não culpa do agente, ao passo que na responsabilidade

³⁰ Tal contrato pode ser celebrado diretamente com o médico, que posteriormente se socorrerá dos serviços de uma clínica privada para exercer a atividade ou pode ser celebrado com a própria clínica. Iremos abordar esta questão mais adiante, no Capítulo II.

³¹ Contudo, nem sempre assim foi. Tal como explica FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, inicialmente o entendimento era o de que “os bens vida, saúde e integridade física não podem constituir objecto de relações jurídicas contratuais, e as *operae liberales* não são suscetíveis (...) de constituir o *quid* de um acordo negocial, uma vez que se traduzem na expressão máxima da liberdade de quem as exerce”. Em “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual: o caso particular da responsabilidade civil médica”. Ademais, lembra o autor que a decisão da Cour de Cassation de 20.05.1936, foi a primeira vez em que se “deu guarida à tese da natureza contratual da responsabilidade destes profissionais de saúde”. Em *ob. cit.*, pp. 11-12.

³² Para mais desenvolvimentos ver AMORIM, Ana – *ob. cit.*, p. 175.

³³ Nos termos do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro.

subjetiva é necessário o preenchimento desse pressuposto³⁴. A responsabilidade subjetiva por factos ilícitos é a regra no nosso ordenamento jurídico, ao que sobre o lesante recairá a obrigação de indemnizar quanto tenha agido culposamente, quer tenha atuado com dolo ou negligência.

Apesar disto, a lei prevê situações em que não é necessário o preenchimento deste pressuposto. Tratam-se estas de situações ou atividades em que, pela sua perigosidade ou pelo risco que comportam, há uma alta probabilidade de provocarem danos a terceiros, apesar do agente ter agido de forma lícita e não culposa. São situações de responsabilidade objetiva em que se prescinde do requisito da culpa, pois se considera “razoável conferir às vítimas com um esquema mais facilitado de recomposição de danos”³⁵.

A responsabilidade objetiva tem carácter excecional nos termos do n.º 2 do artigo 483.º do CC, em que o legislador nos diz que só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos legalmente previstos.

Quando falamos em responsabilidade objetiva devemos referir a responsabilidade pelo risco, que representa a mais vasta categoria de situações de responsabilidade objetiva, nas quais, apesar da licitude da conduta e da ausência de culpa do lesante, o mesmo é obrigado a indemnizar danos que tenha provocado a terceiros na decorrência de atuação perigosa ou de risco por si encetada. Quer isto dizer que a responsabilização do agente é aferida desconsiderando se o mesmo atuou ou não com culpa e de forma ilícita.

Na base deste entendimento encontra-se a teoria do risco³⁶ da qual resulta o dever de indemnizar por parte do responsável de uma conduta perigosa³⁷. De facto, existem “certas actividades humanas que envolvem o risco de causar prejuízos a terceiros, mas que a lei não proíbe em virtude de serem socialmente úteis ou, quando menos, não reprovadas pelo consenso geral”³⁸. Assim, por retirar lucros de tal atividade, é justo que o agente seja responsabilizado pelos danos que dela possam advir.

³⁴ Há doutrina que defende também não ser a ilicitude um pressuposto da responsabilidade objetiva. Para maior detalhe conferir GONÇALVES, Carla – A responsabilidade médica objetiva. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11, p. 368.

³⁵ GONÇALVES, Carla – *A responsabilidade médica objetiva...*, p. 368.

³⁶ Lembremos o princípio *ubi commodum, ibi incommodum*, que nos diz que onde estão as vantagens, também estão desvantagens.

³⁷ COSTA, Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed. Revista e atualizada, 2.ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4033-2, p. 613.

³⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed. Revista e atualizada, 2.ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4033-2, p. 613.

Em todo o caso, tal como se refere no Acórdão do STJ de 22/3/2018, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO, “a lei não prevê responsabilidade médica objetiva ou por factos lícitos danosos”. No entanto, há quem defenda a “importância do desenvolvimento de mecanismos de responsabilidade objetiva, a criação de fundos de garantia ou a adoção de sistemas de seguros” no âmbito da responsabilidade médica³⁹.

Existe, no entanto, doutrina que entende dever a atividade médica estar legalmente prevista no regime da responsabilidade pelo risco, nos termos do já mencionado n.º 2 do artigo 483.º do CC. Veja-se o que a este propósito diz ANA AMORIM, defendendo a alteração da lei de modo a fazer incluir a atividade médica nas situações de responsabilidade pelo risco, devido à perigosidade que comportam alguns atos médicos⁴⁰.

Ora, apesar de serem situações muito específicas e pouco abundantes na responsabilidade médica, o certo é que podemos encontrar entre nós algumas situações em que o legislador se viu obrigado a “olhar mais para a posição dos lesados, e não apenas para a situação psicológica do lesante”⁴¹, consagrando um regime de responsabilidade objetiva. Referimo-nos aos casos de ensaios clínicos, aos casos de doação de órgãos ou tecidos em vida e aos casos de exposição a radiações para fins de tratamentos médicos⁴².

De qualquer modo, é importante lembrar que se, por um lado, não podem ser ignorados os danos sofridos pelo paciente, por outro lado, também não se pode onerar desmesuradamente o médico, sob pena de este progressivamente se inibir de exercer a sua profissão. Ao que podemos concluir que não se deve proceder a uma exacerbada recondução da atividade médica à responsabilidade objetiva, devendo-se apenas utilizá-la na justa medida em que a responsabilidade assente na culpa não consiga proceder a uma justa repartição dos prejuízos produzidos com a convivência em sociedade.

Diferentes das situações de responsabilidade objetiva são, porém, aquelas em que a lei prevê presunções de culpa, as quais constituem uma “zona de fronteira entre a responsabilidade

³⁹ ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 50. Também acerca disto COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, pp. 535-536.

⁴⁰ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 155.

⁴¹ GONÇALVES, Carla – *A responsabilidade médica objetiva...*, p. 366.

⁴² Situações previstas nos Decreto-Lei n.º 46/2004. De 19 de agosto, Lei n.º 12/93, de 22 de abril e Decreto-Lei n.º 348/89, de 12 de outubro, respetivamente.

subjetiva e a objetiva, dependendo da jurisprudência o fazer delas casos de “responsabilidade subjetiva agravada” ou de “responsabilidades objetivas atenuadas”⁴³. Veja-se o seguinte caso.

2.2.1. A ATIVIDADE MÉDICA COMO ATIVIDADE PERIGOSA

No âmbito da responsabilidade subjetiva por factos ilícitos existem alguns casos em que pode existir obrigação de indemnizar dependente de culpa, mas sendo esta presumida, como é o caso do artigo 493.º n.º 2 do CC, em que se prevê que “[q]uem 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”.

Estas são situações distintas da responsabilidade objetiva, pois, como se disse, apenas se estabelece uma presunção de que quem exerce uma atividade perigosa fica obrigado a indemnizar se não conseguir demonstrar que utilizou de todos os meios exigíveis para prevenir os danos causados.

Assim, importa perceber se a atuação médica se trata de uma atividade perigosa. A doutrina⁴⁴ e jurisprudência tem entendido não ser a atividade médica (em geral) uma atividade perigosa pela sua própria natureza e pela natureza dos meios que são utilizados, muito embora admita que certos atos médicos, como poderá ser o caso da cirurgia, alvo do nosso estudo, revestem alguma perigosidade.

Tal leva a que o recurso àquela norma pareça ter algum fundamento, ainda mais, tendo em conta que a mesma estabelece uma “presunção de culpa de quem exerce a atividade perigosa e dela retira lucro ou benefício, cabendo ao agente lesante afastar tal presunção através da demonstração de que tomou todas as providências necessárias ao caso concreto, com vista a evitar a produção do dano”⁴⁵. Sabemos que a relação médico-paciente é uma daquelas típicas relações jurídicas em que existe uma parte em desvantagem, que neste caso é o paciente. Deste modo, é justo que o maior peso em termos probatórios recaia sobre o profissional, o qual se

⁴³ ALARCÃO, Rui – *ob. cit.*, p. 201.

⁴⁴ Ver AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 155 e também DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde – Responsabilidade médica em Portugal. In *Separata do «Boletim do Ministério da Justiça»*. Lisboa, 1984, p. 38. Defendem estes últimos que “como no decurso de tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas se utilizam com frequência coisas e instrumentos perigosos, tem plena aplicação esta presunção”.

⁴⁵ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 153.

encontra em melhores condições do que o paciente para demonstrar que agiu conforme o que se podia esperar para prevenir os danos.

Além disso, o certo é que o n.º 2 do artigo 493.º do CC se refere a atividades perigosas, pela sua natureza ou meios utilizados, o que abre portas à aplicação desta norma a quaisquer atividades que preencham tais condições, como o são determinados atos médicos, e bem assim, a atividade médica.

Em posição discordante encontramos na doutrina FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, que entende que não se pode assumir a atividade médica como uma atividade perigosa, explicando que não lhe parece sequer que tenha sido intenção do legislador fazer cair nesta norma a atuação médica. Isto, muito embora reconheça que podem existir determinadas operações médicas que possam ser dotadas de alguma perigosidade e possam, por isso, suscitar a aplicabilidade desta norma⁴⁶.

Ainda assim, explica o Autor que, a seu ver, não faz sentido querer enquadrar a atuação médica nesta norma se a relação entre o médico e o paciente é reconhecidamente uma relação contratual. Assim, querer recorrer ao regime da responsabilidade extracontratual quando o regime contratual já oferece uma grande facilidade probatória da culpa ao paciente através da presunção de culpa do artigo 799.º n.º 1 do CC, não faz sentido^{47 48}. Esta posição torna-se ainda mais evidente se tivermos em conta que a aplicação desta última presunção é na generalidade aceite pela doutrina como aplicável à responsabilidade médica, ao passo que a presunção oferecida pelo n.º 2 do artigo 493.º do CC não o é.

Deste modo, verificamos que a aplicação do artigo 493.º n.º 2 do CC à atuação médica é muito controversa. Mas a verdade é que, apesar de não se entender a atividade médica em geral como uma atividade perigosa, esta norma tem vindo a ser aplicada a práticas médicas concretas, de entre elas a atividade médico-cirúrgica⁴⁹, alvo do nosso estudo. Todavia, embora a aplicação

⁴⁶ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, pp. 27-28. O autor dá o exemplo da broca do dentista.

⁴⁷ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 28.

⁴⁸ Utilizando também esta argumentação, mas a propósito do problema do concurso de responsabilidades, veja-se o Ac. do STJ de 26/4/2016, relatado por SILVA SALAZAR.

⁴⁹ Veja-se a este propósito o Ac. STJ de 9/12/2008, relatado por MÁRIO CRUZ e o Ac. TRC de 6/5/2008, relatado por JAIME FERREIRA., que admitem a atividade médico-cirúrgica em geral como atividade perigosa. Em sentido contrário veja-se o Ac. do TCAN de 30/10/2020, relatado por HELENA RIBEIRO ou o Ac. Do STJ de 23/3/2017, relatado por TOMÉ GOMES, onde o tribunal afirma que “não existem elementos para reputar, sem mais, as referidas intervenções cirúrgicas como atividade perigosa pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados”.

desta norma a determinadas áreas de atuação médica possa fazer sentido, no que respeita à atividade cirúrgica parece-nos ser desnecessário o seu enquadramento quase que forçado nesta norma, quando haverá no nosso direito outras formas de tutela dos interesses das partes que se coadunam melhor que esta área de atuação médica.

2.2.2. A CULPA DA ORGANIZAÇÃO

Diferente, ainda, das situações anteriormente abordadas, tem-se suscitado a propósito da responsabilidade médica os casos de *culpa da organização*⁵⁰ ou *culpa dos serviços*. Ora, casos há em que a aferição da culpa se revela tarefa difícil ou mesmo impossível, e na responsabilidade médica isso pode ser bem patente⁵¹.

De facto, nas situações em que dada operação é levada a cabo por um conjunto de profissionais (uma equipa médica⁵²) em que o procedimento médico é realizado de uma forma quase “estandardizada”, como será o caso da realização de uma cirurgia, poder-se-á tornar muito difícil individualizar a falha que terá provocado o dano em questão, visto as incumbências de cada profissional estarem intimamente relacionadas umas com as outras e sendo, consequentemente, difícil ou impossível a individualização do autor da conduta lesiva – do erro médico. Podemos, assim, ter situações em que a falha é imputável a um sujeito concreto, mas que não pode ser individualizado, ou situações em que a falha é imputável ao próprio conjunto ou “serviço”⁵³.

Neste sentido nos fala ALMEIDA COSTA em situações que não se conseguem imputar a sujeitos individuais, mas a um conjunto de sujeitos. Afirma o Autor, e bem, que a situação pode

⁵⁰ COSTA, Daniela Sofia Gomes – A culpa de organização na responsabilidade civil médica. Forte da Casa: Petrony, 2018. ISBN 978-972-685-246-9, pp. 90-92.

⁵¹ Para uma análise mais detalhada desta questão, ver o que escreve FIDALGO, Sónia – O abandono de objetos cirúrgicos no campo operatório – determinação da responsabilidade penal. In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. ISBN 978-972-40-6549-6. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. II, pp. 244 e ss.

⁵² Veja-se: MAGALHÃES, João Fernando Fernandes de – A responsabilidade médica e o consentimento esclarecido. Ligação com os juristas. In OLIVEIRA, António Cândido de – *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, Associação Jurídica de Braga, 2002. ISBN 972-8533-14-4, p. 406. O Autor refere-se ao conceito de equipa médica dizendo que “por regra, um evento danoso é o resultado de uma complexa actividade do que pode denominar-se de equipa médica”.

⁵³ Esta questão começou por ser suscitada em França na área do Direito Administrativo a propósito dos hospitais público. Conferir COSTA, Daniela Sofia Gomes – *ob. cit.*, pp. 90-91. Entre nós está prevista a “falha de serviço” no artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

ser tanto mais gravosa “quanto mais complexa e numerosa seja a composição destas equipas humanas”⁵⁴.

Consequentemente, na discussão em torno da responsabilidade médica, a doutrina tem vindo a desenvolver cada vez mais uma ideia de “culpa organizacional”⁵⁵, tendendo para a adoção de uma solução baseada na “responsabilidade independente de culpa – *responsabilidade objetiva*, «maxime» sob a forma de *responsabilidade pelo risco*”, como nos diz ALMEIDA COSTA⁵⁶, ou então na “responsabilidade empresarial por culpa de organização”, como lhe chama DANIELA COSTA⁵⁷.

3. CONCURSO DE RESPONSABILIDADES

O problema do concurso de responsabilidades coloca-se quando um mesmo facto danoso preenche os pressupostos de ambas as modalidades de responsabilidade (contratual e extracontratual), circunstância em que o mesmo dano origina a violação de um direito absoluto e de um direito relativo, simultaneamente. Não podemos confundir estas situações com aquelas em que existem dois danos que provocam, um a violação de um direito absoluto e outro a violação de um direito relativo. Nas situações de concurso de responsabilidades encontramos-nos perante um concurso aparente, legal ou de normas, isto é, “um concurso positivo de regimes” ou “um concurso de normas que podem fundamentar a mesma pretensão”⁵⁸, e não perante um concurso real, como seria aquele em que ocorrem dois danos.

Como veremos, o problema do concurso de responsabilidades encontra-se “omnipresente na matéria da responsabilidade médica”⁵⁹. Atente-se nas palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA quando explica que “se o médico realiza uma observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou descuidado negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação, responde tanto por

⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 529.

⁵⁵ Veja-se o conceito utilizado por PAULA BRUNO, quando fala em “erro do sistema, ou da organização”. Em BRUNO, Paula – *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal: erro em medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1881-7, p. 75.

⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 529.

⁵⁷ COSTA, Daniela Sofia Gomes – *ob. cit.*, p. 90.

⁵⁸ COSTA, Daniela Sofia Gomes – *ob. cit.*, p. 22.

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 750.

violação de um contrato de prestação de serviços médicos como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente”⁶⁰.

Com efeito, “o clássico, mas ainda não resolvido problema do concurso de responsabilidades contratual e extracontratual” tem como casos mais paradigmáticos situações como as intervenções médico-cirúrgicas, aqui em estudo, nas quais pode ocorrer a lesão da integridade física do paciente (e bem assim, a lesão de um direito absoluto), simultaneamente com o cumprimento defeituoso do contrato entre aquele e o médico-cirurgião e/ou a clínica (violação de direitos relativos, através dos deveres contratuais com o contrato assumidos)⁶¹.

Ocorrendo este concurso aparente de responsabilidades o que temos a fazer é perceber qual modalidade de responsabilidade deve ser a aplicável, resposta que muito divide a doutrina. Para tal, é importante perceber quais as diferenças entre modalidades e quais as posições doutrinárias existentes, analisando o problema na perspetiva da responsabilidade médica.

3.1. DIFERENÇAS DE MODALIDADES

Quando tratamos do problema do concurso de responsabilidades há que proceder a algumas distinções entre as modalidades, as quais assumem grande relevância. Nomeadamente, as relativas ao prazo de prescrição, regime de pluralidade passiva, regime de responsabilidade pelos atos de auxiliares e ónus da prova da culpa. De tal modo que é necessário analisar cada um destes pontos, por forma a compreender as soluções possíveis de resolução do concurso de responsabilidades e consequentes vantagens e desvantagens.

No que ao prazo de prescrição diz respeito, logo o regime da responsabilidade civil contratual se mostra mais favorável ao estabelecer um prazo de vinte anos, nos termos da regra geral do artigo 309.º do CC, ao passo que na responsabilidade civil extracontratual o prazo de prescrição para proposição da respetiva ação judicial é de três anos, conforme o artigo 498.º do

⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 750.

⁶¹ MATOS, Filipe de Albuquerque – 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, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 21-22. Ano 11. Coimbra: Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro/dezembro de 2014, p. 18.

CC. Assim, se for de aplicar o regime da responsabilidade civil contratual o paciente disporá de um prazo muito mais longo para fazer valer a sua pretensão⁶².

Por sua vez, relativamente ao regime de pluralidade passiva, na responsabilidade civil contratual vigora a conjunção nos termos do artigo 513.º do CC, ao que neste ponto se mostra mais favorável ao lesado o regime da responsabilidade civil extracontratual ao estabelecer o regime da solidariedade no artigo 497.º do CC. Com efeito, nos termos do regime da responsabilidade civil extracontratual, havendo diversos sujeitos passivos, o lesado terá uma maior segurança pelo facto de poder exigir o pagamento da indemnização na sua totalidade a uma das partes (que saiba encontrar-se em melhor posição para fazê-lo), enquanto que nos termos do regime de responsabilidade contratual tal não pode suceder.

Já no que respeita ao regime da responsabilidade por atos dos auxiliares, muito facilmente se percebe o que o regime mais favorável ao lesado será o da responsabilidade civil contratual, visto que o artigo 500.º do CC, relativo à responsabilidade extracontratual, exige a prova da existência de uma relação de comissão, ao passo que o artigo 800.º do CC não o faz. Quer isto dizer que nos termos desta última norma o paciente poderá responsabilizar a clínica sem necessidade de verificar a existência de relação de comissão entre esta e os profissionais que atuaram. Circunstância que tem uma enorme relevância para os casos em análise nesta investigação, dado serem a maioria dos contratos celebrados com a clínica.

Resta agora analisar o que sucede relativamente ao ónus da prova da culpa em cada uma das modalidades. Ora, para abordar a questão do ónus da prova é sempre necessário partir do artigo 342.º do CC, o qual determina que cabe àquele que invocar um direito – ao lesado, portanto – fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado⁶³, sendo que, por sua vez, a prova dos

⁶² Note-se que o prazo de prescrição de vinte anos na responsabilidade médica pode trazer algumas complicações devido ao facto dos registos clínicos, por regras, ser de apenas cinco anos. Conferir RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 33. Além disso, conforme lembra NUNO PINTO DE OLIVEIRA, não podemos esquecer que “o prazo de prescrição do art. 309.º do Código Civil está ligado ao interesse no cumprimento; faz sentido para os casos em que o credor pretende que o devedor cumpra; o prazo de prescrição do art. 498.º, esse, está ligado ao interesse na integridade; faz sentido para os casos em que o credor pretende que o devedor indemnize – e em que só pretende que o devedor o indemniz[e]”. Em *Ilícitude e culpa na responsabilidade médica*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. ISBN 978-989-8891-74-7, p. 43.

⁶³ A este respeito lembra FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS que o afastamento da regra *causum sentit dominus* implica “que caiba ao lesado demonstrar em juízo que não tem de suportar os danos, uma vez que estes tiveram na sua base um comportamento censurável de com praticou o respetivo facto voluntário, não se tendo então os prejuízos ficado a dever ao curso normal dos acontecimentos”. Em *Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual: o caso particular da responsabilidade civil médica*. Em *ob. cit.*, p. 22.

factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete ao lesante, isto é, àquele contra quem a invocação foi feita. Com isto, percebemos que, tal como refere ANA AMORIM, o ónus probatório não recai na sua totalidade sobre o autor, mas antes, o legislador reparte-o entre ambas as partes, autor e réu⁶⁴.

Partindo deste pressuposto, no que concerne à responsabilidade civil extracontratual devemos ainda atentar no artigo 487.º do CC⁶⁵, o qual prevê no seu n.º 1 que é ao lesado que incumbe provar a culpa do lesante, salvo havendo presunção legal de culpa⁶⁶. Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que a culpa deve ser apreciada de acordo com o critério do *bonus pater familias*, em face das circunstâncias de cada caso. Quer isto dizer que o paciente terá de provar que o ato médico lesivo foi o que efetivamente provocou o dano por si sofrido e que o profissional em questão não atuou com a diligência e zelo de um bom pai de família, ou melhor, de um “médico razoavelmente prudente”⁶⁷.

Já no que concerne à responsabilidade civil contratual temos de referir o n.º 1 do artigo 799.º do CC que prevê uma presunção de culpa do devedor ao estabelecer que lhe incumbe provar que a falta de cumprimento da obrigação, ou o seu cumprimento defeituoso, não procede de culpa sua. De notar, no entanto, que esta presunção legal faz passar uma ideia de que o trabalho do credor (aqui, o paciente) é extraordinariamente facilitado, a qual pode não corresponder à realidade prática. Isto, porque o paciente, apesar de não ter de provar a culpa do médico, terá ainda de fazer prova do cumprimento defeituoso, prova essa que, utilizando as palavras de ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, “será, no domínio da responsabilidade médica, seguramente, a mais difícil de obter”⁶⁸. Ainda assim, é indubitável que tal presunção facilita o caminho a percorrer pelo paciente.

⁶⁴ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 181.

⁶⁵ Aqui é utilizada a teoria da culpa em abstrato e da culpa como deficiência da conduta, o que faz com que devamos olhar para o profissional em questão como um “médico normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe.”. Utilizando as palavras de ANDRÉ PEREIRA DIAS. Em *Direitos dos pacientes...*, p. 707.

⁶⁶ Como será, por exemplo, o caso do artigo 493.º n.º 2 do CC, anteriormente por nós analisado.

⁶⁷ Expressão utilizada por RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente. In *Data Venia, Revista Jurídica Digital*. ISSN 2182-82-42. Ano 01, n.º 01 (julho-dezembro 2012), pp. 5-26.

⁶⁸ GASPAR, António Silva Henriques – A Responsabilidade Civil do Médico. In *Coletânea de Jurisprudência*. Ano III. Tomo 1 (1978), p. 345 *apud* AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 182.

Na responsabilidade contratual, devido a esta presunção de culpa, é necessário fazer uma clara distinção entre ilicitude e culpa, já que o paciente se encontra desonerado de provar a culpa, mas sempre terá de provar o pressuposto da ilicitude, como se disse. Desta feita, podemos afirmar que existe ilicitude quando há contrariedade ao direito, ao que se trata a mesma de um juízo de censura externo sobre a conduta do agente. Diferentemente da culpa, que se caracteriza como sendo um juízo de censura interno sobre o próprio agente, o qual ao ter praticado um ato (ou omitido uma conduta) provocou danos a outrem, apesar de lhe ter sido possível evitá-los.

Isto para dizer que, com a ilicitude pretende aferir-se o que houve de errado na conduta encetada pelo médico – no ato médico, portanto – e com a culpa pretende saber-se se o médico atuou de forma competente, prudente e diligente, ou se, pelo contrário, atuou negligentemente. É importante, contudo, referir que esta distinção não é tão fácil de delinear quando as questões surgem na prática⁶⁹.

Podemos concluir que se revela uma solução mais equilibrada fazer recair o ónus da prova da culpa sobre o médico, como ocorre na responsabilidade civil contratual através da presunção de culpa do devedor, “uma vez que para ele, atentos os seus conhecimentos especializados, se revela mais fácil afastar a presunção do que ao paciente demonstrar a culpa do profissional de saúde”⁷⁰. De facto, o médico dispõe “de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos”⁷¹.

No entanto, a aplicabilidade desta presunção à área da responsabilidade médica não obteve ainda consenso generalizado no seio da doutrina e jurisprudência, colocando-se mesmo o problema de haver que distinguir se a obrigação assumida pelo médico é de meios ou de

⁶⁹ Veja-se o Ac. do STJ 22/9/2011, relatado por BETTENCOURT DE FARIA, em que o tribunal explica que “por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da actividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é – objectivamente - ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjectivamente - um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico. Mas os conceitos permanecem diferenciados. Por outras palavras, ou num registo mais chão, dir-se-á, que uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.”

⁷⁰ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 24.

⁷¹ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 704.

resultado⁷² ⁷³. Em todo o caso, a doutrina e jurisprudência dominantes, têm enveredado por defender a aplicabilidade da presunção prevista no artigo 799.º n.º 1 do CC aos casos de responsabilidade civil médica⁷⁴.

Veja-se o que diz a este respeito FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, quando explica que não se pode condicionar a aplicação da presunção à natureza da obrigação assumida pelo médico. Como explica, se o médico “com a sua conduta não conseguir realizar com êxito o tratamento, então deverá considerar-se culpado, por se presumir que a sua prestação não foi realizada com a diligência e prudência exigíveis”. Acrescenta o Autor que “a presunção de culpa não se reporta à obtenção do resultado final (...), mas sim à diligência, perícia e prudência exigíveis a um profissional desse tipo quando realiza uma determinada atividade”⁷⁵.

Assim, o Autor entende, tal como ANDRÉ DIAS PEREIRA, que é de aplicar a presunção de culpa do artigo 799.º do CC⁷⁶, sendo que cabe “ao médico o ónus da prova da falta de culpa, isto é, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente”⁷⁷, enquanto o paciente terá de provar que existe uma desconformidade entre o ato médico e as *leges artis*.

⁷² Alguma doutrina entende que a presunção apenas terá aplicabilidade quando estejamos perante obrigações de resultado, já que nestas, não se tendo alcançado o resultado acordado é mais evidente que tal procederá de culpa do médico, o que não se verifica nas obrigações de meios. Contudo, outra parte da doutrina defende não ter relevo esta distinção, devendo-se aplicar o artigo 799.º n.º 1 do CC quer esteja em causa uma obrigação de meios ou de resultado. Neste sentido, veja-se PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 698, e NUNES, Manuel Rosário – O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos, 2ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3160-6, pp. 46-56.

⁷³ Para uma análise detalhada de toda esta problemática conferir OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9, pp. 226-245.

⁷⁴ Veja-se a este propósito o Ac. Do STJ de 28/1/2016, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO, onde se pode verificar que o Tribunal tem decidido pela aplicação desta presunção à responsabilidade médica, a qual, passamos a citar, “vale tanto para obrigações de resultado como para obrigações de meios, conforme tem sido decidido por este Tribunal a respeito de responsabilidade civil por actos médicos”. No mesmo sentido também o Ac. Do STJ de 15/10/2009, relatado por RODRIGUES DOS SANTOS e Ac. do STJ de 12/3/2015, relatado por HELDER ROQUE.

⁷⁵ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 25.

⁷⁶ Também neste sentido LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, quando diz que “cabe ao médico provar a conformidade entre a sua conduta efetivamente observada e a atuação que lhe era exigível”. Em Casos de responsabilidade civil, nos tribunais comuns, em Portugal. In *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 27-28. Ano 14, 2017, pp. 57-58; ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, pp. 48-49; e NUNES, Manuel Rosário – *ob. cit.*, p. 69, afirmando que “se deverá consagrar em matéria de responsabilidade civil por atos médicos, atentas as enormes dificuldades em matéria de responsabilidade civil por atos médicos (...) inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, uma vez que é sentida a necessidade de distribuir o ónus de acordo com a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de provar”.

⁷⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, pp. 703-704.

Lembrar apenas, que existe doutrina defendendo a posição contrária, isto é, pugnando pela não aplicabilidade da presunção às situações de responsabilidade civil médica, sob pena desta poder desembocar num agravamento, sem mais, da posição do médico⁷⁸.

Dar nota, também, de uma distinção que se costuma apontar entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, que é a de que os danos não patrimoniais apenas são ressarcíveis no regime da responsabilidade civil extracontratual. A este respeito encontramos doutrina defendendo maioritariamente o contrário, no sentido de serem ressarcíveis em sede contratual os danos não patrimoniais cuja gravidade e tutela pelo Direito o justifiquem^{79 80}, conforme o vertido no n.º1 do artigo 496.º do CC.

No nosso caso, quando ocorra a responsabilização contratual por atos médicos, estamos em crer que os direitos em causa, tratando-se de direitos de personalidade, estão claramente abrangidos por este entendimento. Parece-nos que posição diversa não faria sequer sentido.

3.2. PROPOSTAS DE RESOLUÇÃO

Para dar resposta a este problema podemos encontrar na nossa doutrina duas correntes de entendimento. Um primeiro, designado por *sistema do cúmulo*, abarca três perspetivas. Desde logo, há quem entenda que o lesado deve poder recorrer a ambas as modalidades de responsabilidade, selecionando as normas de uma e de outra que sejam mais favoráveis à defesa da sua pretensão. Com esta solução, a chamada *teoria da ação híbrida*, o lesado tem a faculdade de criar uma mais conveniente modalidade de responsabilidade civil, feita à sua medida, mesclando as normas mais vantajosas de todo o instituto da responsabilidade civil numa única modalidade. Depois, ainda dentro do sistema do cúmulo, encontramos quem defenda a *teoria da*

⁷⁸ Argumentando neste sentido SOUSA, Miguel Teixeira de – Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDUL, 1996, p. 136-138. Defende o autor que “a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova”.

⁷⁹ Da mesma opinião veja-se, entre outros: COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 552.; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*, 15.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7348-4. Vol. I, p. 331, onde diz, referindo-se ao artigo 496.º n.º1 do CC, que apesar “da sua deficiente localização em sede de responsabilidade delitual, trata-se de disposição aplicável a toda a responsabilidade civil, incluindo naturalmente a responsabilidade contratual”; e PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p.749.

⁸⁰ Em sentido diverso VARELA, João de Matos Antunes – *ob. cit.*, p. 605, onde fundamenta que a indemnização por danos não patrimoniais “foi apenas intencionalmente prescrita na área da responsabilidade fundada em factos ilícitos (...) e não há (...) analogia que justifique a extensão do campo de aplicação do artigo 496.º”.

opção, nos termos da qual o lesado deve ter a possibilidade de optar por uma ou outra modalidade, mas agora, utilizando na íntegra apenas a que escolher. Por outro lado, encontramos também a *teoria da concorrência de pretensões*, em que se defende que o lesado poderá fazer uso de ambas modalidades separadamente, havendo assim uma duplicação de ações e, portanto, de indemnizações (para um só dano, lembre-se).

Diferentemente, outra parte da doutrina defende o *sistema do não cúmulo*, este baseado no *princípio da consunção*. Ora, segundo este posicionamento, a modalidade aplicável em caso de concurso é a da responsabilidade civil contratual, que consome a responsabilidade civil extracontratual.

Em defesa do princípio da consunção, sustenta ALMEIDA COSTA que havendo uma “relação de especialidade” entre as partes, e vigorando no nosso ordenamento jurídico o princípio da autonomia privada quanto à regulamentação de relações jurídicas, a conduta deve considerar-se como ilícito contratual”⁸¹. Explica o Autor que, se da celebração de um contrato resulta a violação que algum direito relativo, tal será resolvido através da aplicação da responsabilidade contratual. Por conseguinte, o mesmo raciocínio deve aplicar-se quando o incumprimento ou cumprimento defeituoso viole simultaneamente direitos absolutos, já que na base da relação se encontra a celebração do contrato. Para ALMEIDA COSTA “[e]sta solução mostra-se correta no plano sistemático e no da justiça material”, apresentando-se também como mais adequada do ponto de vista conceptual, por oferecer um maior nível de proteção ao lesado, no seu todo, “sem sacrifício injusto da posição do responsável”⁸².

Adicionalmente, veja-se um outro argumento utilizado por RUI ALARCÃO que pode ser entendido em favor do princípio da consunção nas situações em que haja cláusula contratual relativa à responsabilidade quando diz que “se no contrato tiver sido validamente acordada uma cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade (...) se deverá em princípio entender que ela se estende a qualquer possível fundamento da acção”^{83 84}.

⁸¹ Neste sentido veja-se COSTA, Daniela Sofia Gomes – *ob. cit.*, pp. 22-23; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA – *ob. cit.*, p. 294.

⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, pp. 550-552.

⁸³ ALARCÃO, Rui – *ob. cit.*, pp. 180-181.

⁸⁴ Quanto às cláusulas limitativas da responsabilidade ver MONTEIRO, António Pinto – Dano e Acordo das Partes. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, pp. 15 e ss.

Diversamente, a doutrina em favor o sistema do cúmulo, na vertente da teoria da opção, postula que ao lesado não deve ser retirado o direito de escolha entre duas formas de proteção que a lei lhe confere⁸⁵. Para esta parte da doutrina o mais justo é o lesado poder, consoante as idiossincrasias da sua situação em concreto, analisar qual a modalidade de responsabilidade mais favorável como um todo para fazer valer a sua pretensão.

Por outro lado, os adeptos da teoria da ação híbrida, como seja ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, entendem que não se pode “impor uma solução geométrica” para resolver o problema do concurso de responsabilidades. Explica o Autor que os direitos de personalidade, sendo direitos absolutos, gozam de duas camadas de proteção normativa. Se, por um lado, gozam de proteção o regime da responsabilidade extracontratual, por outro, usufruem também, quando aplicável, das normas da responsabilidade contratual. Conclui, assim, por dizer que não é justo cair num mero formalismo sem fundamento legal e que vai contra os princípios do Direito da Medicina e do próprio Direito Civil⁸⁶. Para esta corrente, a solução mais favorável ao lesado, que é a parte em desvantagem na relação médico-paciente, é a de lhe dar a possibilidade de optar pelas normas em concreto que mais lhe convenham, já que o sistema lhe oferece os dois níveis de proteção⁸⁷.

Por último, para aqueles que entendem ser a concorrência de pretensões a solução mais adequada, embora em minoria, entende-se que se verifica “um concurso de títulos de aquisição de pretensões, de tal modo que o autor pode invocar qualquer deles – ou todos – cabendo ao defendente repelir cada um deles”⁸⁸. Ora, esta posição é rejeitada pela doutrina maioritária e jurisprudência por permitir que o mesmo facto danoso possa dar origem a duas obrigações de indemnizar, o que vai contra os mais elementares princípios da nossa ordem jurídica.

Na base do sistema do cúmulo está, no entanto, a ideia de que o regime da responsabilidade extracontratual constitui uma proteção geral que não deve ser afastada pelo simples facto de também as regras da responsabilidade contratual serem aplicáveis. Utilizando as palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ, esta corrente entende que “[c]om a celebração do contrato,

⁸⁵ No sentido desta teoria da opção veja-se VARELA, João de Matos Antunes – *ob. cit.*, p. 637, quando diz que o lesado deve ter “plena liberdade de agir, correndo o correspondente risco da opção que faça”. Também AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 170.

⁸⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p.753.

⁸⁷ Em favor desta posição: PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p.753; ALARCÃO, Rui – *ob. cit.*, pp. 178-179; e DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde – *ob. cit.*, p. 25.

⁸⁸ Manifestando-se em desfavor do sistema do não cúmulo, veja-se a argumentação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Em Tratado de Direito Civil, reimp. da edição de 2010. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-4221-3. Vol. VIII, p. 399. Defende o autor que é “necessário, depois, ponderar caso a caso os termos divergentes dos regimes”.

os direitos do credor são reforçados e não limitados”⁸⁹, motivo pelo qual nos parece que se deve optar pela teoria da ação híbrida.

Efetivamente, o Autor chama a atenção para o facto de, contrariamente ao que é argumentado pelos defensores do não cúmulo, a aplicação unitária do regime da responsabilidade contratual poder trazer algumas restrições aos direitos do credor, na medida em que os prazos para exercício dos direitos em matéria de cumprimento defeituoso podem ser mais curtos do que aquele oferecido pelo regime extracontratual de três anos (artigo 498.º do CC)⁹⁰. O mesmo se poderá dizer relativamente às situações em que existe pluralidade passiva, em que o regime extracontratual se apresenta mais vantajoso, em virtude do artigo 497.º n.º 1 do CC⁹¹.

Por outro lado, também o argumento utilizado pelos defensores do não cúmulo, baseado no princípio da autonomia privada é, utilizando os dizeres de NUNO PINTO OLIVEIRA “irrelevante, ou quase irrelevante, em matéria de responsabilidade médica”, já que, de um lado, a natureza contratual que a relação entre o médico e o paciente adquire em nada afeta o conteúdo material da mesma^{92 93} e, de outro lado, não há qualquer fundamento para que se presuma que por celebrarem um contrato as partes quisessem afastar o regime da responsabilidade extracontratual⁹⁴.

Por esta lógica, podemos concluir como PEDRO ROMANO MARTINEZ que, se o regime contratual visa dar uma proteção acrescida quando se estabelece entre as partes um contrato no qual se criam mútuos deveres de proteção, então não fará qualquer sentido limitar de nenhuma forma os direitos das partes contraentes, as quais, independentemente do contrato, sempre teriam os direitos previstos no regime extracontratual⁹⁵.

O Autor dá ainda alguns exemplos – que nos parecem bastante convincentes – de situações às quais se pode chegar com a aplicação do sistema do não cúmulo, claramente

⁸⁹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações*, Apontamentos, 5.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 83.

⁹⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 83.

⁹¹ Esta questão é de grande importância no que à responsabilidade civil médica, em especial relativamente à cirurgia estética, pois, como veremos adiante, o contrato de prestação de serviços médicos poderá não ser apenas celebrado entre paciente e médico, havendo uma pluralidade de responsáveis.

⁹² Aliás, veja-se o que acontece com a dicotomia entre instituições de saúde públicas e privadas, em que uma situação, por decorrer em hospital público, é catalogada como se enquadrando no regime da responsabilidade extracontratual, enquanto que, a mesma situação – e bem assim, o mesmo conteúdo –, por decorrer em clínica privada, seria já taxada como suscitando o regime da responsabilidade contratual.

⁹³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Ilícitude e culpa...*, p. 37.

⁹⁴ Como também defende PEDRO ROMANO MARTINEZ “nem a declaração de vontade é o elemento de auto-criação da responsabilidade”. Em *Direito das Obrigações...*, p. 83.

⁹⁵ Conferir MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 83.

demonstrativas de desigualdade de proteções consoante o circunstancialismo concreto. Neste sentido, é dado o exemplo do utente dos comboios que cai na estação ferroviária: nos termos da teoria do não cúmulo, se o utente tiver bilhete é aplicável o regime contratual, ao passo que não tendo bilhete é aplicável o regime extracontratual⁹⁶.

PEDRO ROMANO MARTINEZ dá também o exemplo do inquilino e do seu amigo, os quais caem numa escada defeituosa do prédio. Mais uma vez, nos termos da teoria do cúmulo, ao inquilino seria aplicável o regime contratual e ao amigo o regime extracontratual. Termos em que, tal como ocorreria no exemplo anterior, dois sujeitos, vítimas da mesma situação e com o mesmo prejuízo, teriam resoluções diferentes, com base unicamente em formalismos jurídicos⁹⁷.

Veja-se que, desde logo, se o contrato médico for declarado nulo, ainda assim o paciente terá direito à tutela extraobrigacional. O que corrobora a ideia de que a tutela extraobrigacional não pode ser anulada, mas deve ser complementada pela contratual.

Assim, parece-nos que dever optar-se pela teoria do cúmulo na vertente da teoria da ação híbrida, desde logo, por motivos de segurança e certeza jurídica, princípios basilares do nosso ordenamento jurídico – os quais a aplicação do sistema do não cúmulo pode facilmente colocar em crise. Isto, pois qualquer pessoa, em determinadas circunstâncias e vendo ser violados os seus direitos, merece a mesma tutela jurídica. Ao que, não podemos admitir que situações idênticas sejam alvo de diferentes graus de proteção, por mera obediência a formalismos conceptuais. Tal como diz PEDRO ROMANO MARTINEZ, tem de “superar-se a rigidez dos conceitos jurídicos da responsabilidade contratual e delitual, sempre que essa superação seja necessária em benefício da justiça”⁹⁸.

3.3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Feita toda esta incursão pelos regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual, apontando os fatores de distinção existentes entre uma e outra e acompanhando os posicionamentos da doutrina e jurisprudência. Feita também a enunciação do problema do concurso de responsabilidades, explicando as posições doutrinárias existentes, resta-nos analisar

⁹⁶ Conferir MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, pp. 79-80.

⁹⁷ Conferir MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 79.

⁹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 84.

qual a posição adotada pela jurisprudência para solucionar este problema, em especial pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Como podemos observar da sua jurisprudência, concluímos que o Supremo Tribunal de Justiça tem optado pela aplicação do princípio da consunção às situações de concurso positivo de regimes de responsabilidade⁹⁹. Atente-se no Ac. do STJ de 22/9/2011, relatado por BETTENCOURT DE FARIA, ao qual já recorremos, onde se diz que, estando em causa um concurso aparente de normas “é perspectivando a responsabilidade do *solvens* como derivando do contrato que melhor se descortinará não só qual a ilicitude da sua conduta, como igualmente qual o seu grau de culpa”. Mais se acrescenta que “o regime da responsabilidade contratual é aquele que se apresenta como mais favorável ao lesado por via da presunção de culpa do art.º 799º do C. Civil”. Assim, conclui o Tribunal por dizer que “temos a responsabilidade contratual como a mais adequada para defender os interesses do lesado, quando essa responsabilidade aparentemente concorre com a extracontratual”.

Posicionamento idêntico pode ser observado no Ac. do STJ de 22/3/2018, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO, em que referindo-se concretamente à responsabilidade civil por atos médicos, é dito que nesta matéria “ocorre frequentemente uma situação de *concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual*, sendo orientação reiterada da jurisprudência do STJ a opção pelo regime da responsabilidade contratual tanto por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado”¹⁰⁰.

⁹⁹ Conferir, a título exemplificativo, os já referidos Ac. do STJ de 23/3/2017, relatado por TOMÉ GOMES, Ac. de 28/1/2016, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO. Também o Ac. do STJ de 7/2/2017, relatado por HELDER ROQUE ou Ac. do STJ de 2/6/2015, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR.

¹⁰⁰ Isto, muito embora se possa encontrar um ou outro acórdão dos tribunais superiores em que, apesar de se seguir a teoria do não cúmulo, o tribunal acaba por adotar também regras do regime da responsabilidade extracontratual. Para mais detalhes sobre essas decisões consultar OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, pp. 40-43.

CAPÍTULO II

A CIRURGIA ESTÉTICA

Sumário: 1. Requisitos de licitude criminal das intervenções médico-cirúrgicas. 1.1. Qualificação do agente. 1.2. Finalidade terapêutica. 1.3. Indicação médica. 1.4. *Leges artis*. 2. Natureza da relação médico-paciente. 2.1. Modalidades contratuais. 2.2. O contrato médico enquanto contrato de prestação de serviços. 2.3. Características do contrato médico. 2.4. Obrigações decorrentes do contrato. 3. O consentimento livre e esclarecido. 3.1. Dever de informar. 3.1.1. O *quantum* de informação. 3.1.2. Comunicação dos riscos raros e graves. 3.2. Forma do consentimento. 4. A natureza da obrigação do cirurgião plástico. 4.1. Acolhimento nacional da distinção. 4.2. Aplicabilidade à responsabilidade médica. 4.3. A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética. 4.4. Posição do Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão de 17 de dezembro de 2019. 4.5. Utilidade da distinção.

1. REQUISITOS DE LICITUDE CRIMINAL DAS INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS

Se bem pensarmos, uma grande parte dos atos realizados por profissionais de saúde consubstanciam aquilo a que o nosso Direito Penal enuncia como ofensas à integridade física, podendo a sua prática considerar-se como uma conduta típica aos olhos do nosso Código Penal e, bem assim, ser criminalmente punível. Assim, na senda do que explica JOÃO CURADO NEVES, se atentarmos na cirurgia estética de um ponto de vista objetivo, a mesma é de natureza idêntica à ofensa à integridade física¹⁰¹. Isto porque muitos atos médicos, e em particular intervenções cirúrgicas, implicam, por exemplo, o corte ou remoção de tecidos. É, portanto, inegável a agressividade destas intervenções médicas, em que o cirurgião pega num corpo saudável e o

¹⁰¹ NEVES, João Curado – Intervenções médicas em desrespeito das *leges artis*. In *Direito Penal – Parte especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1476-5, p. 519.

transforma num corpo não saudável, ferindo-o, através de cortes, rasgos, coseduras ou colocando nele materiais sintéticos a ele estranhos.

Não obstante, estas condutas são distintas daquelas penalmente tipificadas como crimes de ofensa à integridade física, ao que importa verificar até que ponto uma intervenção cirúrgica, neste caso estética, consubstanciará um tipo legal de crime, percebendo quais são os requisitos legais para que a mesma seja considerada lícita, ou seja, uma conduta penalmente atípica.

As intervenções cirúrgicas estéticas são, em princípio, realizadas sempre com o consentimento do paciente, o qual, aliás, se desloca ele próprio ao encontro do médico-cirurgião em busca da realização da intervenção¹⁰². Isto significa que, nos termos da lei penal, tal circunstância exclui, desde logo, a ilicitude da intervenção, por via do paciente se encontrar a dar o seu consentimento relativamente a algo que a lei considera livremente disponível (nos termos dos artigos 38.º e 149.º do CP).

Em todo o caso, como lembra ESPERANÇA PINA, até à entrada em vigor do atual Código Penal “todas as intervenções e tratamentos médicos, qualquer que fosse o seu tipo, constituíam tipicamente ofensas corporais. A não punição do médico ficava a dever-se apenas a uma causa de justificação”¹⁰³. Ora, hoje podemos encontrar uma solução diferente na nossa lei penal, nomeadamente no artigo 150.º do CP, a qual se traduz numa “opção legislativa de afastar a tipicidade” das intervenções médico-cirúrgicas, “independentemente de terem ou não sucesso”¹⁰⁴.

Podemos considerar a adoção desta solução uma grande evolução no que à responsabilidade médica diz respeito. Aliás, diz-nos ÁLVARO RODRIGUES que esta é, “não um qualquer regime privilegiado dos médicos, mas uma homenagem ao sentido eminentemente social do exercício da ciência médica e, portanto, um tributo à população beneficiária dos seus

¹⁰² Assim, como resulta do exposto, não é frequente neste campo a verificação de intervenções desprovidas de qualquer consentimento ou “intervenções arbitrarias”. Embora possa ocorrer, tal circunstância não assume relevância de tal modo significativa na cirurgia estética, já que uma situação dessa natureza seria, por exemplo, a de um cirurgião plástico intervir numa parte do corpo não autorizada pelo paciente, ou então proceder a uma alteração corporal distinta da consentida pelo mesmo, o que não será, de todo em todo, frequente. Ainda assim, como facilmente se compreende “[o] consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (atigos 5.º da CEDH BioMed e 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que ser livre e esclarecido para gozar de eficácia”, como de resto resulta claro do Ac. do STJ de 2/6/2015, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR. Ao que, aquelas situações consubstanciarão a prática de uma intervenção médica arbitrária, nos prevista e punida pelo artigo 156.º do CP.

¹⁰³ PINA, J. A. Esperança – A responsabilidade dos médicos, 3.ª Ed. Lisboa: Lidel, 2006. ISBN 978-972-757-195-6, p. 136.

¹⁰⁴ Como diz MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 78.

cuidados”¹⁰⁵, pois, como já se disse, não se pode comparar a atividade médica ao comportamento típico de quem pratica um crime de ofensa à integridade física.

Além disso, ainda que, num primeiro plano, possa parecer contraditório o facto de que “os objetivos de promoção da saúde e proteção da vida, que orientam a atividade médica, não podem ser cabalmente prosseguidos sem que se atinja a integridade física ou coloque em perigo a própria vida do paciente”¹⁰⁶, o certo é que estas condutas não podem ser analisadas como o eram anteriormente, tal como se de uma qualquer ofensa à integridade física se tratasse. Assim, faz todo o sentido que “o direito penal nacional em reconhecimento pela função ético-social e a finalidade prosseguida no exercício da medicina, conf[ira] um tratamento diferenciado às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos”¹⁰⁷.

Conforme explica ÁLVARO RODRIGUES, o artigo 150.º do CP prevê quatro requisitos de licitude das intervenções médico-cirúrgicas, tendo dois deles carácter objetivo e os outros dois carácter subjetivo¹⁰⁸. A intervenção tem de ser realizada por médico ou pessoa legalmente habilitada para o efeito e tem de revestir uma finalidade terapêutica. Além disso, tem de ser medicamente indicada e executada de acordo com as *leges artis*.

Ora, a falta de um destes requisitos afastará a aplicação da norma, podendo o ato médico preencher outro tipo legal, como os do homicídio ou ofensa à integridade física. Em todo o caso, estes poderão ser afastados através de uma causa de justificação, como seja o consentimento do paciente nos casos em que o mesmo seja admissível.

De qualquer forma, estando preenchidos estes requisitos, encontramos-nos perante uma intervenção médico-cirúrgica lícita, independentemente do resultado que advenha do tratamento.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Pressupostos Sistemáticos). Coimbra: Edições Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3100-2, p. 229. O Autor defende também que “haverá que concluir que o art. 150.º, n.º 1, do Código Penal constitui para os médicos e profissionais de saúde (...) um verdadeiro arco protector (...) que os isola de qualquer equiparação ao faquista”, em O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, uma jóia preciosa no direito penal médico. In *Revista Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 21 (2013), p. 25.

¹⁰⁶ Nas palavras de ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 28.

¹⁰⁷ ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal...*, p. 14. Também ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 31. E também ANDRADE, Manuel da Costa – Artigo 150º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*). In Dias, Jorge Figueiredo (dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2, p. 463.

Quer isto dizer que “não estaremos perante uma ofensa criminalmente justificada, mas sim um comportamento quem nem sequer típico é”¹⁰⁹.

Podemos, assim, concluir que esta norma afasta a ilicitude das intervenções médico-cirúrgicas, desde que se verifique o cumprimento daqueles pressupostos. Logo, apenas havendo uma violação das *leges artis*, a falha do tratamento terá importância. Atentemos no n.º 2 do artigo 150.º do CP, onde o legislador fixa que é punida com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias (se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal) a violação das *leges artis* que crie “um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde”.

Termos em que a violação das *leges artis* será punida por este tipo legal de crime se criar um perigo para aqueles bens jurídicos, ainda que não exista um efetivo dano. Se, ao invés, não se criar apenas um perigo e se produzir um dano, será outro o tipo legal a aplicar à situação (como sejam os crimes de homicídio ou ofensa à integridade física). Podemos, com isto, verificar que existirão situações que violam as *leges artis* e não são punidas por esta norma¹¹⁰.

Em suma, este preceito constitui um “autêntico elemento negativo do tipo incriminador dos arts. 143.º e ss” do CP, como nos diz JOÃO CURADO NEVES¹¹¹. Assim, vejamos cada um dos pressupostos mais atentamente, analisando o modo como se enquadram na cirurgia estética especificamente.

1.1. QUALIFICAÇÃO DO AGENTE

O artigo 150.º n.º1 do CP estabelece como um dos requisitos subjetivos o facto do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica necessitar ser levado a cabo por um médico ou pessoa legalmente habilitada. Tal significa que não será lícita a intervenção ou tratamento executado por outras pessoas que não aquelas, circunstância que levaria a que tais condutas fossem reconduzidas ao crime de violação da integridade física, ou mesmo homicídio sendo o caso.

¹⁰⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 164.

¹¹⁰ Como conclui RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 165.

¹¹¹ NEVES, João Curado – *ob. cit.*, pp. 521-522. Conforme defende o Autor, este artigo traduz, “certamente, a solução mais adequada, que melhor corresponde ao sentido social dos tratamentos médicos: por muito que estes impliquem uma afecção da integridade do paciente, não podem ser equiparados às ofensas que só a intervenção de uma causa de exclusão da ilicitude pode eventualmente justificar”.

Como bem lembra ANDREIA DA COSTA ANDRADE quanto a este ponto, a “severidade do regime (...) é compreensível atendendo à necessidade de reservar a prática da medicina a pessoas plenamente preparadas e reconhecidas como tal”¹¹². De tal forma que apenas “o médico ou pessoal autorizado (...) se podem prevalecer do regime especial de atipicidade conferido por esta norma”¹¹³.

Podemos concluir ser “a qualidade do agente, por isso, um requisito determinante”¹¹⁴ para a verificação da licitude de um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, ao que este requisito tem de ser analisado consoante o procedimento médico concreto. No caso específico da cirurgia estética, o tratamento ou intervenção deve ser levado a cabo por médico inscrito na Ordem dos Médicos e associado ao Colégio de Cirurgia Plástica Reconstructiva e Estética¹¹⁵ – um cirurgião plástico. Isto, obviamente, após ter concluído a licenciatura em medicina e a especialidade em cirurgia plástica. Só desta forma estaremos perante um profissional da saúde apto a exercer tal especialidade.

1.2. FINALIDADE TERAPÊUTICA

O outro requisito subjetivo do artigo 150.º n.º1 do CP diz respeito à finalidade terapêutica que o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica tem de revestir. De facto, estabelece aquela norma que o ato médico tem de ser encetado “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”.

Este requisito gera alguma reflexão doutrinária, já que “as referências ao sofrimento e à fadiga corporal revelam a amplitude e a dificuldade de delimitação desse conceito”¹¹⁶. Assim, colocam-se algumas dificuldades no que respeita à aplicação deste preceito à cirurgia estética, nomeadamente na qualificação da mesma como tendo ou não finalidade terapêutica, e bem assim, como lhe sendo ou não aplicável o artigo 150.º do CP.

Para esta questão podemos encontrar dois entendimentos distintos. Por um lado, poderá entender-se que o descontentamento do paciente com o seu aspeto físico pode configurar uma

¹¹² ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 32.

¹¹³ Como diz RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 166.

¹¹⁴ Utilizando as palavras de RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 256.

¹¹⁵ Isto nos termos do artigo 3.º do Estatuto da Ordem dos Médicos.

¹¹⁶ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 84.

fadiga corporal ou perturbação mental e, deste modo, considerar-se haver finalidade terapêutica nos termos daquela norma¹¹⁷. Por outro lado, poderá considerar-se que não exististe finalidade terapêutica na cirurgia estética, aplicando-se-lhe os tipos legais relativos à ofensa à integridade física e homicídio, sendo tal ilicitude afastada pelo consentimento do paciente.

No entanto, entre estas soluções reside uma diferença fundamental que é apontada na doutrina por MANUEL DA COSTA ANDRADE¹¹⁸ e que diz respeito ao caso de haver falta de consentimento. Enquanto na primeira situação, numa conduta em que não existe consentimento, o sujeito é condenado nos termos do artigo 156.º do CP por intervenção médico-cirúrgica arbitrária, na segunda o mesmo seria condenado nos termos dos preceitos relativos aos crimes de homicídio e ofensa à integridade física, os quais comportam molduras penais muito mais gravosas¹¹⁹.

Como é bom de ver, os atos desprovidos da “intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”, não serão enquadráveis no artigo 150.º do CP, ao que não poderão ser considerados tratamentos ou intervenções médico-cirúrgicas lícitas. Tratar-se-ão, antes, de atos típicos à luz de outros tipos legais, que apenas serão justificáveis pelo consentimento do paciente¹²⁰ nos termos do artigo 149.º do CP.

Voltando à problemática inicialmente suscitada, conforme o raciocínio apresentado por FERNANDA GALHEGO MARTINS, grandes dúvidas parecem não haver quando o motivo da cirurgia reside no facto de o paciente pretender reparar lesões adquiridas por via de acidentes, ou até deformações congénitas – casos que se traduzem nas cirurgias plásticas reparadoras. Contudo, o mesmo não pode dizer-se quando a motivação do paciente é unicamente estética, casos em que a finalidade terapêutica não é tão evidente. Ainda assim, como refere a Autora, o possível “restauro da saúde física e psíquica [...] viabilizada pela cirurgia plástica não é questionada”, muito embora a finalidade terapêutica não esteja sempre claramente patente em todas as intervenções¹²¹.

¹¹⁷ ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 35.

¹¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *ob. cit.*, pp. 457-475.

¹¹⁹ Enquanto o artigo 150.º n.º 2 do CP prevê pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, nos crimes de ofensa à integridade física e no crime de homicídio as penas previstas são a partir de 3 ou 8 anos de pena de prisão, respetivamente.

¹²⁰ De notar, como lembra JOÃO CURADO NEVES, que o consentimento “que normalmente afastaria a ilicitude do facto, não é válido, caso o doente não tenha sido cabalmente informado”. Em *ob. cit.*, p. 532.

¹²¹ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 84.

Para além disto, temos de recordar-nos que vivemos numa “época em que o conceito de saúde não se limita à permanência da normalidade clínica”. A medicina tem se focado cada vez mais, não só nas patologias que originam dor física, mas também em estudar e tentar curar o “sofrimento psíquico”. Por esta razão, não podemos perspetivar o requisito da finalidade terapêutica sobre o ponto de vista apenas do tratamento de patologias, mas devemos ligar o mesmo ao campo da saúde mental e psicológica, “não sendo possível tecer uma total separação absoluta e generalizada dessas intervenções daquelas que são revestidas de finalidade terapêutica” numa aceção tradicional, como também conclui FERNANDA GALHEGO MARTINS¹²².

Com isto, podemos concluir que a cirurgia estética reveste finalidade terapêutica pelo facto de, para além de dar solução a descontentamentos de ordem física, poder ser – e efetivamente o ser – utilizada como forma de tratamento de problemas do foro psíquico, já que as imperfeições físicas do paciente podem estar na origem dos seus problemas psicológicos, e bem assim, a sua correção ser a cura, ou pelo menos tratamento, desses problemas. Efetivamente, a realização da cirurgia estética pode na prática permitir “uma resposta – mais rápida que a psicoterapêutica, quando não for a única possível – ao problema apresentado pelo paciente”¹²³, ao que somos forçados a concluir que, como preconiza FERNANDA GALHEGO MARTINS, a finalidade terapêutica da cirurgia estética é inegável¹²⁴, estando preenchido o pressuposto para que seja aplicável o artigo 150.º do CP¹²⁵.

Ainda que se entenda ser este raciocínio algo forçado e se tenha uma visão da cirurgia estética como sendo uma excentricidade, a verdade é que o paciente não toma a decisão de se submeter a uma cirurgia estética – que, como vimos, é indubitavelmente agressiva – de forma leviana ou desprovida de fundamento. Pelo contrário, na base de tal decisão estão, em regra, aquilo a que poderíamos chamar de finalidades terapêuticas de ordem psicológica¹²⁶ pois, como sabemos, o sofrimento psicológico pode ser de tal modo intolerável, que desencadeia quadros

¹²² MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 87-88.

¹²³ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 89-90.

¹²⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 90.

¹²⁵ Em opinião contrária veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, quando diz que, apesar de ser exagerado afirmar que as “intervenções cosméticas são, em princípio, *medicamente contra-indicadas*”, conclui não crer “que possam levar-se à categoria e ao regime das intervenções médico-cirúrgicas as intervenções de índole puramente cosmética. O que, mais uma vez, não equivale a concluir pela sua ilegitimidade, menos ainda pela sua ilicitude, que estará normalmente afastada por consentimento justificante”. Em *ob. cit.*, p. 468.

¹²⁶ Conferir MANUEL DA COSTA ANDRADE, quando diz serem estas “intervenções destinadas a eliminar a causa de limitações pessoais a nível da comunicação intersubjectiva, superando as correspondentes fontes de sofrimento”. Em *ob. cit.*, p. 468.

psíquicos graves, como sejam o da depressão – situações em que “o resultado de uma intervenção estética pode trazer para o paciente tanto benefícios ao nível psicológico como uma intervenção curativa propriamente dita”¹²⁷.

Não poderíamos deixar de referir que, por outro lado, este requisito pretende também afastar a experimentação pura do âmbito da norma. Quer isto dizer que o paciente tem de ser o beneficiário imediato, ou pelo menos mediato, da intervenção, retirando-se do leque de abrangência desta norma as intervenções de finalidade unicamente experimental, por consubstanciar “atividade médica que trata o paciente como mero objeto”¹²⁸, em que, por esse motivo, não existe finalidade terapêutica. Contudo, podemos concluir, tal como ÁLVARO RODRIGUES, que se o paciente destinatário de uma terminada intervenção é efetivamente seu beneficiário, ainda que haja um intuito experimental na aplicação da mesma em função da sua fase de investigação, “não haverá que excluir esse tratamento ou intervenção do regime da tipicidade penal contido no art. 150.º do C. Penal”¹²⁹.

1.3. INDICAÇÃO MÉDICA

Seguidamente, o n.º 1 do artigo 150.º do CP exige um requisito objetivo que é o da indicação médica. Há indicação médica quando o tratamento ou intervenção-cirúrgica é, do ponto de vista dos conhecimentos e experiência científica e institucional, perspectivado como o mais idóneo a curar ou manter a saúde do paciente, por se revelar o mais eficaz, ponderados os riscos e vantagens. Não obstante, como lembra ANDREIA DA COSTA ANDRADE, a “ordem jurídica deve reconhecer ao médico este espaço de decisão”, já que se trata de um momento de ponderação marcadamente subjetivo¹³⁰. O que se pretende com este requisito é sobretudo afastar os chamados métodos naturalistas ou outros métodos de tratamento ainda não cientificamente comprovados.

No entanto, há que fazer uma ressalva no sentido de não se poder interpretar esta exclusão de métodos de tratamento ainda não cientificamente comprovados de uma forma absoluta. De facto, não nos parece que se pretenda uma exclusão dos mesmos a tal ponto que se considere ilícito, e, portanto, um crime de ofensa à integridade física, o uso de um método ainda

¹²⁷ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 94.

¹²⁸ Como explica ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, pp. 32-34. Conferir para análise mais detalhada da questão.

¹²⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal...*, p. 22.

¹³⁰ ANDRADE, Andreia da Costa – *ob. cit.*, p. 36.

não suficientemente comprovado ao nível científico, mas que se traduz na última esperança de uma paciente¹³¹. Diz-nos a este respeito ÁLVARO RODRIGUES que, “desde que haja notícias médicas do seu sucesso, ainda que episódico”, um tratamento ou intervenção médica deve entender-se como medicamente indicada, ainda para mais, em casos nos quais não existam mais alternativas. Segundo o Autor, não há necessidade de “exigência de comprovação científica plena”¹³². Se assim não se entendesse, um médico que utilize uma terapêutica deste género na tentativa de curar o seu paciente, ficaria sujeito “à potencial imputação de um crime de ofensas à integridade física cujo comportamento só será considerado lícito, se o tribunal concluir pela existência de uma causa de justificação”¹³³, o que não nos parece adequar-se à realidade vivenciada no dia-a-dia da medicina.

Em todo o caso, este requisito não suscita qualquer especificidade quanto às situações de cirurgia estética. Nem tampouco se colocarão questões deste âmbito em matéria de estética, visto apenas serem autorizados procedimentos já cientificamente comprovados e devidamente regulamentados.

1.4. *LEGES ARTIS*

Por último, a observância das regras da arte é também um requisito objetivo exigido pelo n.º 1 do artigo 150.º do CP. Já fizemos referência ao conceito de *leges artis*, muito embora não tenhamos tido oportunidade de o apresentar devidamente. Assim, antes de mais, as *leges artis* devem ser perspetivadas de acordo com o conjunto de regras aplicáveis à classe profissional em questão, neste caso à cirurgia estética, consubstanciando o conjunto de regras e deveres (ou *guidelines*) de conduta profissional a observar pelos médicos no desenvolver da sua atividade¹³⁴ – são, portanto, as regras da arte médica. Assim, aproveitando a definição avançada por FERNANDA GALHEGO MARTINS, podemos dizer que as *leges artis* se traduzem no “conjunto de regras recomendadas pela ciência, pela técnica e pelos cuidados gerais (...), resultantes da experiência – regulamentada ou não – indicadora do modo tecnicamente mais adequado e diligente para a prestação dos cuidados devidos no desenvolvimento da assistência médica, o que engloba desde

¹³¹ Tal como entende RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal...*, p. 15.

¹³² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal...*, p. 15.

¹³³ Fazendo uso das palavras de RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal...*, p. 16.

¹³⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 81.

as informações, os tratamentos e as intervenções praticadas até aos cuidados pós-operatórios”¹³⁵. As *leges artis* são, portanto, constituídas pelos regulamentos, publicações, bases de dados médicos, protocolos, entre outros documentos criados no seio da medicina e utilizados como normas internas¹³⁶.

De notar, como ressalva a Autora, que a observância da *leges artis* tem de ser aferida “ao tempo da prestação dos cuidados”, já que “a medicina está continuamente definindo o que considera cientificamente correto”¹³⁷.

Todavia, “a área da violação das *leges artis* não é inteiramente coincidente com a do erro médico”¹³⁸, pois pode haver violação das *leges artis* sem que ocorra um dano para o paciente, ou mesmo se coloque em perigo a sua vida ou a sua integridade física. Tal significa, como aponta ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, que “a violação das *leges artis* é um conceito mais amplo e não inteiramente sobreponível ao do erro médico”¹³⁹.

Importa com isto referir que a indicação médica e a observância das *leges artis*, embora se tratem de conceitos muito próximos, são distintos. Enquanto a indicação médica diz respeito à aferição de adequação do tratamento ou intervenção médico-cirúrgico ao paciente em concreto, a observação das *leges artis*, diferentemente, respeita ao modo como aquele tratamento ou intervenção médico-cirúrgico é executado. Podemos considerar, como diz FERNANDA GALHEGO MARTINS, que o legislador português pretendeu associar as *leges artis*, e sua possível violação, à fase da execução do tratamento, ao passo que a indicação médica estará associada ao executar do diagnóstico e escolha da terapia a aplicar.¹⁴⁰

2. A NATUREZA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Até há pouco tempo, o entendimento vigente era o de que “as *operae liberales* não são suscetíveis, tendo em conta a tradição, de constituir o *quid* de um acordo negocial”¹⁴¹. Tal entendimento começou a alterar-se em 1936 com a célebre decisão da *Cour de Cassation* de 20

¹³⁵ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 81-82.

¹³⁶ Conferir PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, pp. 761-763.

¹³⁷ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 82.

¹³⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal...*, p. 23.

¹³⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal...*, p. 23.

¹⁴⁰ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 82.

¹⁴¹ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 11.

de maio, altura em que esta relação deixou de ser perspectivada de um “plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito”, começando a desvendar-se que o médico atua como um prestador de serviços, e bem assim, sendo um contraente na relação com o paciente¹⁴². Assim, passou a entender-se ter a relação entre o médico e o paciente uma natureza contratual.

Este entendimento foi trazido para Portugal apenas em 1972¹⁴³, altura em que se começou a perspetivar a relação médico-paciente não de um esquema vertical, mas de um esquema horizontal¹⁴⁴, onde médico e paciente se encontram num patamar de igualdade e ambos são vistos como contraentes no âmbito da prestação de serviços médicos.

O contrato de prestação de serviços médicos, conforme avança FERREIRA DE ALMEIDA, distingue-se por ter na sua base uma obrigação cujo conteúdo contempla a prática de um ou vários atos médicos (ou pelo menos, tem uma estreita conexão com os mesmos), os quais incidem sobre o paciente, que poderá ou não ser o credor da prestação¹⁴⁵, como se verá. Para além disso, este contrato distingue-se também pelo facto de que o seu conteúdo “não se encontra inteiramente dependente da autonomia privada das partes neles envolvidos”, por ter de obedecer às regras deontológicas da medicina¹⁴⁶.

Como é bom de ver, a qualificação da relação médico-paciente como contratual acarreta algumas dificuldades. Quando nos referimos à prestação de serviços médicos somos de imediato levados para a tradicional relação direta entre médico e paciente, em que há “uma coincidência entre as partes no contrato e os intervenientes no acto médico”¹⁴⁷. No entanto, isto não é o que acontece atualmente na maioria das vezes, já que se torna cada vez mais usual a circunstância de o lugar do médico ser ocupado por uma clínica ou hospital privado, a qual assume a qualidade de parte no contrato com o paciente, muito embora a relação na prática se desenvolva entre o médico e o paciente. Assim, devemos falar, não só da relação médico-paciente, como também da

¹⁴² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 667.

¹⁴³ Como explica CRUZ, Catarina Inês Gonçalves da – O Contrato de Prestação de Serviços Médicos à luz do Direito Português. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020. Dissertação de Mestrado, p. 28.

¹⁴⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 26.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os contratos civis de prestação de serviço médico. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDUL, 1996, pp. 84-85.

¹⁴⁶ Para mais detalhes ver MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 13. Como refere o Autor, encontramos-nos perante um “modo de criação do direito em que os autores da normatividade jurídica são os destinatários da mesma”, havendo, assim, uma “auto-regulação desenvolvida por este corpo de profissionais”.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 85.

relação clínica-paciente, o que dá aso a diversas modalidades contratuais que podem surgir no âmbito de uma prestação de serviços médicos.

Casos há, ainda, em que uma das partes no contrato é, não o paciente, mas uma empresa, sua entidade patronal, que celebra um contrato com uma clínica ou seguradora (e esta com a clínica), ou mesmo com um médico, em que os beneficiários diretos são os seus trabalhadores. Isto para dizer que pode ocorrer o facto de nem sempre haver “correspondência entre as partes no contrato e na relação médico-paciente”¹⁴⁸.

Contudo, para o nosso estudo, têm particular relevância as relações que se estabelecem entre o paciente e uma clínica, que são cada vez mais frequentes, ainda para mais no contexto da cirurgia estética, que é praticada em clínicas privadas de cirurgia plástica. Assim, importa analisar as tipologias¹⁴⁹ de contratos que podem surgir na relação que se estabelece entre o paciente, o médico e a clínica.

2.1. MODALIDADES CONTRATUAIS

Desde logo, podemos encontrar-nos perante a celebração de um contrato em que é exclusivo objeto a prestação de serviços médicos, o chamado *contrato exclusivo*. Nestas situações trata-se apenas da realização de alguma consulta, exame ou outro ato médico de diminuta complexidade, em que o paciente se dirige diretamente ao médico ou à clínica que presta o serviço. Nesta situação, o médico ou clínica é responsável pela prática dos atos médicos em questão (esta última nos termos do artigo 800.º n.º 1 do CC).

Diferentemente, pode ocorrer que se verifique um *contrato total* nas relações em que intervém uma instituição privada de saúde, “quando ao paciente sejam prestados na clínica quer o serviço de internamento, quer os cuidados médicos”¹⁵⁰, isto é, a clínica assume a prestação de todos os serviços, incluindo a prestação de atos médicos, respondendo contratualmente pelos mesmos. Tal ocorre, pois existe entre o médico e a clínica um contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Esta hipótese consubstancia a existência de um *contrato misto*, como afirma FERREIRA DE ALMEIDA, por englobar “elementos característicos do contrato de prestação de serviço (médico,

¹⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 669.

¹⁴⁹ Ou “sub-modalidades”, como refere ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 90.

¹⁵⁰ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, p. 16.

paramédico e outros), do contrato de locação (do espaço destinado ao internamento) e eventualmente dos contratos de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e de empreitada (confeção de alimentos)”¹⁵¹.

Havendo um contrato total, também aqui a clínica responde pela totalidade dos danos ocorridos nos termos do artigo 800.º do CC, quer os mesmos tenham sido praticados por “médicos, enfermeiros ou auxiliares administrativos ou de limpeza, os quais, por sua vez, nenhuma relação contratual mantêm com o paciente”¹⁵², tal como na modalidade de contrato exclusivo.

Podemos, ainda, ter um *contrato dividido*, no qual apenas é assumido pela clínica o internamento do paciente, sendo que a prestação dos serviços médicos é assumida por um médico autonomamente. Nestas situações, o paciente normalmente contratualiza com o médico diretamente, o qual tem um acordo com uma clínica, com a qual o paciente contratualiza relativamente ao internamento, existindo, assim, uma conexão entre os contratos. Aqui a responsabilidade pelos atos dos auxiliares do médico será da clínica ou do próprio, conforme quem os tenha contratado¹⁵³.

Ora, podemos considerar que nesta modalidade nos encontramos também perante contratos mistos. Em relação ao contrato celebrado entre o paciente e a clínica podemos considerar tratar-se de um contrato misto pelo facto do mesmo englobar “as obrigações próprias de um contrato de hospedagem (...) e as de prestação de serviços médicos auxiliares”¹⁵⁴, tal como anteriormente referidos. Já na relação que se estabelece entre a clínica e o médico encontramos “elementos próprios dos contratos de locação (ou comodato) e de prestação de serviços (da clínica ou médico)”¹⁵⁵.

A distinção entre a verificação de um contrato total ou um contrato dividido é muito importante no que à aferição de responsabilidades diz respeito, nomeadamente no que concerne à legitimidade processual passiva. Tratando-se de um contrato total, a clínica será responsável quer pelo que diz respeito ao internamento, quer pelo que diz respeito ao ato médico, dado existir

¹⁵¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 91.

¹⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 686.

¹⁵³ Veja-se a situação em crise no Ac. do STJ de 28/1/2016, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO, em que, tendo o médico-cirurgião sido escolhido pelo paciente, se colocou a questão se saber se o anestesista seria um seu auxiliar de cumprimento, por integrar a sua equipa cirúrgica, respondendo o médico pelas suas falhas.

¹⁵⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 92.

¹⁵⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 93.

apenas um contrato – entre o paciente e a clínica – em que o médico atua como auxiliar daquela. Se, pelo contrário, se tratar de um contrato dividido, a clínica responderá pelo respeitante ao internamento, enquanto o médico responderá pelo respeitante ao ato médico, já que há dois contratos distintos: um do paciente com a clínica e outro do paciente com o médico ou da clínica com o médico¹⁵⁶.

Diz a este respeito ANDRÉ DIAS PEREIRA “que sobre a clínica impende o *ónus da prova* de que se trata de um contrato dividido e não de um contrato total”¹⁵⁷. Isto porque a prova de que se trata de um contrato dividido ou de um contrato total poderá ser feita com base em informações as quais é a clínica que está em melhores condições de dar a conhecer ao julgador, como seja o vínculo que une o médico à clínica.

2.2. O CONTRATO MÉDICO ENQUANTO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Como vimos, o contrato médico “apresenta-se como um instrumento técnico-jurídico que permite – em regra – um bom enquadramento desta relação da vida social juridicamente relevante, pela qual se atribuem direitos subjetivos (...) a ambos os intervenientes: a pessoa doente e o profissional de saúde”¹⁵⁸. Contudo, e agora atentando apenas na relação entre o médico e o paciente, acrescentando dificuldades à contextualização desta relação, temos o facto de o contrato de prestação de serviços médicos não encontrar na lei uma regulamentação própria, apesar de alguma doutrina defender a tipificação de um contrato de prestação de serviços médicos¹⁵⁹.

Todavia, este contrato é qualificado no seio da doutrina como se tratando de um contrato de prestação de serviços¹⁶⁰. Se atentarmos no artigo 1154.º do CC, é dito que o contrato de prestação de serviços é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo

¹⁵⁶ Para mais desenvolvimentos conferir CABANELAS, Fernando Manuel Barroso – Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados. In *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 15. N.º 29 (janeiro/junho 2018), pp. 91-93.

¹⁵⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, pp. 689-692.

¹⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 665.

¹⁵⁹ Veja-se o entendimento de ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 88, ao dizer que “pela particularidade das questões que envolve, poderá vir a justificar-se a sua tipificação legal”.

¹⁶⁰ Veja-se, exemplificativamente: ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 87; PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 671; ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *Direito da Saúde: Lições*. Lisboa: Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4, p. 185; CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil, Contratos em Especial*, 2.ª Parte. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7611-9. Vol. XII, p. 394; PINA, J. A. Esperança – *ob. cit.*, p. 115.

resultado do seu trabalho intelectual, sendo que se encontram tipificadas três modalidades deste contrato: o mandato, o depósito e a empreitada (artigo 1155.º do CC). Não sendo o contrato médico enquadrável em bloco em nenhum destes tipos, podemos concluir ser este um contrato atípico, nos termos do artigo 1156.º do CC *in fine*.

Detalhando um pouco mais, podemos então afirmar que o contrato de prestação de serviços médico, em regra, consubstancia um contrato misto, dentro dos contratos atípicos impuros, já que, se tratando de um contrato que não tem um regime legal específico, as várias obrigações que se assumem no seu âmbito correspondem a vários tipos contratuais legalmente previstos (os já enunciados). Assim, este tratar-se-á de um *contrato misto combinado*, ao qual se devem aplicar analogicamente as regras dos contratos a que as obrigações assumidas correspondem¹⁶¹.

Além do mais, conforme explica NUNO PINTO DE OLIVEIRA, sendo o “contrato de prestação de serviços” um conceito aberto, nada obsta a que o mesmo se possa aplicar ao contrato de prestação de serviços médicos¹⁶².

A este propósito diz-nos FERREIRA DE ALMEIDA que “a qualificação adequada parece ser a de *contrato socialmente típico* inserido na categoria ampla dos *contratos de prestação de serviço* (...), onde se incluem prestações de “trabalho intelectual””, já que, acrescenta o Autor, “não sendo um tipo legal (porque não tem regulação legal própria), é um tipo social e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais”¹⁶³.

Acrescenta o Autor, que o facto de as normas relativas ao contrato de prestação de serviços referirem a produção de um resultado não obsta à sua aplicação ao contrato médico, no qual podemos entender o resultado como a aplicação dos atos médicos com o objetivo de diagnóstico ou tratamento da patologia em causa. Isto não significa que esse resultado seja a cura do paciente¹⁶⁴.

No entanto, e no seguimento do exposto, alerta ANDRÉ DIAS PEREIRA para o facto de que “deve recorrer-se às normas dos contratos de mandato ou de empreitada (se e na medida em que

¹⁶¹ Para uma análise mais detalhada desta questão consultar OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2011. ISBN 978-972-32-1915-9, pp. 119-124.

¹⁶² Tal não seria possível se este se tratasse de um conceito fechado. Conferir, para um estudo mais profundo: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Princípios de direito dos contratos...*, pp. 121-122.

¹⁶³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 87-88.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 87-88.

haja suficiente analogia)”. Afirma o Autor que “o contrato de mandato se assume como o principal referente juscivilístico de enquadramento do contrato (de serviço) médico”¹⁶⁵, cujas disposições são extensivas a este último nos termos do artigo 1156.º do CC. Em todo o caso, podemos concluir que os contratos de prestação de serviços médicos “são contratos de prestação de serviço ou contratos mistos em que a componente prestação de serviço (médico) é a mais relevante”¹⁶⁶.

Atentando, contudo, no caso específico das cirurgias estéticas, podemos notar, como aponta MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, que se tratam estas de situações próximas ao contrato de empreitada, já que se pretende “a realização de uma certa obra – produção ou transformação de uma coisa – em favor do paciente”. Afirmam os Autores que nestas situações, apesar do contrato ser fundamentalmente caracterizado como uma prestação de serviços, contém também significativos elementos do contrato de empreitada¹⁶⁷ (constante dos artigos 1207.º e ss. do CC).

Ainda assim, não podemos entender o contrato médico como sendo um contrato de empreitada, mesmo nos campos mais a este chegados como o da cirurgia estética, em especial as cirurgias em que é utilizada a colocação de próteses. Veja-se a opinião de JOÃO CARLOS GRALHEIRO, o qual conclui a sua investigação em torno desta questão afirmando que “o “Ato Médico” não é um contrato de empreitada”. Em seu entender, aceitar o contrário significaria “uma redução da medicina à prática de meros *actus mechanici*”, e a verdade é que a medicina não se coaduna com o contrato de empreitada, desde logo, por este se traduzir na produção de uma coisa e entrega de um resultado, sendo desprovido do carácter pessoal que é intrínseco à prestação de serviços médicos¹⁶⁸.

Por fim, referir que, tal como para qualquer outro contrato, o contrato médico é pautado pelo princípio da liberdade contratual – limitado, obviamente, pelas regras deontológicas da profissão médica. Termos em que, este não requer especiais formalidades e raras vezes é reduzido a escrito. Até porque, em regra, o contrato tem o seu início com a marcação de uma consulta e

¹⁶⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 674. Também neste sentido MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 80.

¹⁶⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 99.

¹⁶⁷ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 186.

¹⁶⁸ Relativamente à aplicabilidade do regime do contrato de empreitada ao contrato médico conferir GRALHEIRO, João Carlos – *ob. cit.*, p. 79-97.

respetiva confirmação¹⁶⁹. Neste sentido, deve notar-se, que o paciente tem o direito de escolher o médico que entender e o mesmo não é obrigado a tratá-lo, salvo as exceções previstas no artigo 16.º do CDOM¹⁷⁰, que não relevam no caso da cirurgia estética.

2.3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO MÉDICO

Feito isto, podemos atentar nas características do contrato de prestação de serviços médicos que são comumente apontadas pela doutrina e cuja análise é imprescindível para o avanço do nosso estudo.

Desde logo, cumpre apontar que este se trata de um *contrato consensual* e, em regra, *informal*, ao abrigo do princípio da liberdade de forma constante do artigo 219.º do CC. Assim, podemos afirmar que “a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial”, sendo que habitualmente o contrato médico é até celebrado de forma tácita, através da marcação de consulta, o que ocorre oralmente (presencialmente ou, maioritariamente, por via telefónica)¹⁷¹.

¹⁶⁹ Vale referir a problemática em torno do momento da conclusão do contrato médico, em que se coloca a questão de saber se deverá considerar-se a placa afixada na entrada do consultório médico como um convite a contratar ou como uma verdadeira proposta contratual? Ora, se considerarmos a placa afixada pelo médico como se tratando de um convite a contratar, a ida do paciente ao consultório do médico, deverá ela própria ser considerada uma proposta contratual, ao que apenas ocorrerá a conclusão de um contrato, caso o médico concorde em consultar o paciente. Diferentemente, seria duvidoso considerar aquela conduta como uma verdadeira proposta contratual, já que a mesma não reveste as características que a essa são exigidas, de completude, precisão e definitividade da mesma. Assim, parece ser mais adequado o entendimento de considerar a placa como um convite a contratar, ao passo que a deslocação do paciente ao consultório para marcação de consulta será uma proposta contratual, cuja aceitação pela outra parte, e efetiva verificação da consulta, será a concordância por parte do médico. Conferir MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, pp. 15-16.

¹⁷⁰ O qual regula o “Direito de recusa de assistência”, nos seguintes termos: “1 — O médico pode recusar -se a prestar assistência a um doente, exceto quando este se encontrar em perigo iminente de vida ou não existir outro médico com a qualificação adequada a quem o doente possa recorrer. 2 — O médico pode recusar continuar a prestar assistência a um doente, quando se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: a) Não haja prejuízo para o doente, por lhe ser possível assegurar assistência por médico com a qualificação adequada; b) O médico forneça os esclarecimentos necessários para a regular continuidade do tratamento; c) O médico advirta o doente ou a família com a antecedência necessária a assegurar a substituição. 3 — A incapacidade para controlar a doença não justifica o abandono do doente”.

¹⁷¹ Veja-se a este propósito PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 673, quando chama a atenção para “o facto de estes contratos serem normalmente realizados oralmente e sem serem acompanhados de detalhadas negociações pré-negociais dada a relação de confiança e a permanente continuidade que esta relação normalmente acarreta”.

O contrato de prestação de serviços médico é um *contrato civil*¹⁷² e também *oneroso*, “ao exigir de ambas as partes, um certo sacrifício patrimonial”¹⁷³, sacrifício esse que “cada uma delas entende ser equivalente ao da outra”¹⁷⁴. De facto, enquanto, de um lado, o paciente tem a obrigação de proceder ao pagamento dos honorários, de outro lado, o médico obriga-se a despende do seu conhecimento, esforço e energia, realizando os atos médicos a que se propôs. Trata-se, assim, de um *contrato bilateral perfeito* ou *sinalagmático*, já que entre as prestações assumidas pelas partes no contrato há um sinalagma, isto é, para ambos os lados existiram obrigações que se encontram ligadas entre si, havendo reciprocidade e dependência entre elas.

Pode, ainda, conforme as especificidades do caso concreto, ser considerado um contrato *intuito personae*, “quando é atribuída ao paciente a possibilidade de escolher um determinado profissional para a execução do ato médico”, consoante as características específicas desse mesmo profissional e “em detrimento de outros profissionais igualmente disponíveis e habilitados” – podendo ter por base uma relação de confiança previamente existente¹⁷⁵. Ora, na cirurgia estética é exatamente isto que ocorre. É sempre o paciente quem – ao fim de alguma pesquisa, mais ou menos extensiva – procura o profissional que entende ser o mais bem capacitado para proceder ao tratamento ou intervenção médico-cirúrgica que pretende. Motivo pelo qual podemos considerar que nestas situações o contrato sempre revestirá esta característica do cariz pessoal.

Por outro lado, o contrato de prestação de serviços médicos pode ou não ser um *contrato duradouro* ou *de execução continuada*, consoante a sua execução se prolongue ou não no tempo. Na cirurgia estética, em regra, o contrato é duradouro, pois não é executado num único momento, mas prolonga-se, em regra, por diversos dias, (englobando consultas, exames, internamento, cirurgia, pós-cirúrgico, etc.).

Este é, ainda, um *contrato de consumo*¹⁷⁶, ao qual a aplicação da Lei da Defesa do Consumidor vem trazer, para o lado do paciente, uma outra camada de proteção. Tal significa, como de resto é apontado pela doutrina a este respeito, que pode o mesmo socorrer-se das normas daquela Lei relativas ao direito (do paciente) à informação, direito que é pela mesma

¹⁷² Não é comercial, portanto.

¹⁷³ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p.167.

¹⁷⁴ PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3, p. 71

¹⁷⁵ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p.167.

¹⁷⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 89.

amplamente protegido, nomeadamente através dos seus artigos 3.º, alínea d) e 8.º, de que falaremos mais adiante¹⁷⁷.

Ademais, como refere MENEZES CORDEIRO, o conteúdo do contrato de prestação de serviços médicos “é, em regra, *indeterminado*” no momento da sua celebração. Bem explica o Autor que, “apenas no seu desenrolar se torna possível fazer um diagnóstico, escolher uma terapêutica, aplicá-la e adaptá-la” conforme o estado clínico do paciente¹⁷⁸.

Para além disso, este contrato está naturalmente sujeito ao artigo 406.º n.º 1 do CC, referente à eficácia dos contratos, e encontra-se sujeito a rescisão, já que “pode ser anulado por qualquer das partes, porém mais facilmente pelo doente do que pelo médico”¹⁷⁹.

De notar, finalmente, que o contrato de prestação de serviços médicos pode ser *geral* ou *específico*¹⁸⁰. No caso da realização de um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica de natureza estética o contrato terá natureza específica, dado tratar-se de um contrato celebrado com um médico especialista, e não de clínica geral, com vista na obtenção de um fim mais delimitado.

2.4. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO MÉDICO

Como ocorre em qualquer outro tipo contratual, “o contrato entre médico e paciente (...) atribui a cada uma das partes envolvidas direitos e deveres cujo incumprimento ou violação são capazes de conduzir à responsabilização civil de qualquer um dos intervenientes”¹⁸¹. Ocorre, contudo, que na relação contratual existente entre o médico e o paciente poderá verificar-se um desequilíbrio entre as prestações¹⁸², pelo facto de considerar-se que sobre o médico recaem numerosos deveres, enquanto o paciente apenas se obriga a pagar os correspondentes honorários¹⁸³ e a cooperar com o fornecimento das informações necessárias à realização do ato

¹⁷⁷ Quanto a este assunto remetemos para artigo por nós elaborado intitulado de “O paciente enquanto consumidor”, onde abordamos com mais algum pormenor a relação do paciente com o Direito do Consumo. In *Vox Iuris*, 1ª Ed. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2021, pp. 18-21.

¹⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. XII., p. 395.

¹⁷⁹ PINA, J. A. Esperança – *ob. cit.*, p. 115.

¹⁸⁰ Conforme ensina CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. XII., p. 397. Itálico nosso.

¹⁸¹ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 165 e 166.

¹⁸² Como defende PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 669.

¹⁸³ Nos termos dos artigos 50.º e ss. do CDOM, muito embora a prestação de serviços possa ser realizada também de forma gratuita (artigo 51.º n.º 4 do CDOM).

médico¹⁸⁴. Quando a isto FERREIRA DE ALMEIDA fala também de um dever de lealdade que incumbe sobre o paciente, que deve ser interpretado de forma restrita, não colidindo com o seu direito a mudar de médico¹⁸⁵, nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do CDOM.

Apesar disto, não podemos encarar as obrigações que impendem sobre o paciente como menos importantes ou menos significativas, impondo-se, até, como diz RUTE TEIXEIRA PEDRO, que se ultrapasse essa “visão redutora” da posição do paciente. Como defende, e bem, a Autora, o paciente não é um mero “sujeito passivo, que assume a única obrigação de realizar a contraprestação traduzida no pagamento de um montante pecuniário”¹⁸⁶. Pelo contrário, as obrigações que assume são de suma importância, podendo a sua não observância ter repercussões “no âmbito do juízo de valoração da sua contribuição, enquanto lesado (...) para os danos sofridos e cujo ressarcimento venha a reclamar”¹⁸⁷.

Assim, o paciente tem o dever de honrar as diligências acordadas com o médico, bem como seguir os tratamentos prescritos e demais indicações. Tem também o dever de dar a conhecer todos os problemas ou sintomas que o levaram a recorrer àqueles serviços de saúde, bem como a informar o médico acerca do seu historial clínico, comunicando-lhe todos e quaisquer factos que considere ter alguma influência no diagnóstico¹⁸⁸, sob pena do insucesso do tratamento lhe ser imputável, como se disse¹⁸⁹.

Referindo-nos, por outro lado, às obrigações que, por força da celebração de um contrato de prestação de serviços médicos, recaem sobre o médico, podemos apontar a *obrigação de tratamento* como sendo a principal. Tratando-se este de um contrato duradouro, em que a prestação médica não é de imediato definida no momento da celebração do contrato, esta

¹⁸⁴ Como ressalva JOÃO VAZ RODRIGUES: “Entre as consequências da falta de colaboração do doente, ou da sua colaboração deficiente, situam-se a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por uma actuação técnica incorreta e a possibilidade de o médico recusar a assistência ou a prática de um ato médico”. Em *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 872-32-1013-4, p. 225.

¹⁸⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 115.

¹⁸⁶ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 73.

¹⁸⁷ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 83.

¹⁸⁸ O paciente deve prestar todas as informações solicitadas pelo médico e também aquelas que “de acordo com o senso comum e atendendo ao nível cultural do doente se revelem importantes para a apreciação do seu estado de saúde”, como ressalta PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 82.

¹⁸⁹ Veja-se quando JOÃO FERNANDES DE MAGALHÃES diz que ao paciente “cabe a tarefa de prestar um sem número de informações para que quem pratica o acto médico melhor se possa orientar, delimitando, deste modo, os riscos e aumentando os benefícios”. Em *ob. cit.*, p. 409.

obrigação assume um carácter genérico, indeterminado e impreciso¹⁹⁰ (pelo menos num primeiro momento do contrato). Assim, “o objeto desta obrigação apresenta-se como complexo”, aparecendo-lhe conexiões “os deveres de realizar ou prescrever uma série de exames auxiliares de diagnóstico, de efectuar o próprio diagnóstico, de aconselhar e prescrever a aplicação de uma terapia ou a administração de um fármaco”¹⁹¹, que se tratam nada mais do que de deveres secundários que o constituem¹⁹².

Transpondo, desde já, esta ideia para o campo da cirurgia estética, podemos reparar que quando se celebra um contrato entre paciente e cirurgião plástico, pelo facto de aquele marcar uma consulta e de este o atender, a obrigação de tratamento a que o cirurgião fica adstrito ainda não se encontra determinada pois, muito embora o paciente saiba quais são as alterações corporais a que pretende proceder, não sabe quais são os particulares atos médicos que serão necessários para o efeito. Tal só ficará concretamente determinado após uma primeira consulta em que o médico avalia as pretensões do paciente e a sua idoneidade para a realização das mesmas, partindo do seu estado de saúde, e após a realização cumulativa de exames médicos complementares. Apenas com o suceder de tudo isto, o médico-cirurgião poderá indicar quais os procedimentos ou intervenções médico-cirúrgicas a utilizar na situação em apreço e, bem assim, o paciente os poderá aceitar, determinando-se o conteúdo da prestação.

Isto leva-nos para outra questão: a de que é ao médico que cabe a determinação da prestação, e assim, da sua obrigação, estando esta escolha implícita na sua obrigação de tratamento. Isto, sem descurar do facto de haver sempre cooperação por parte do paciente, que é a quem pertence o direito de escolha relativamente aos atos médicos que aceite submeter-se.

Neste sentido nos diz FERREIRA DE ALMEIDA que “o contrato de prestação de serviços médicos (...) para além de poder ser contrato de execução continuada, é um contrato de *particularização sucessiva da prestação característica*”¹⁹³, já que, como se compreendeu, a prestação se vai particularizando sucessivamente ao longo da execução do contrato. Tal não poderia fazer mais sentido.

¹⁹⁰ Como refere ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 108.

¹⁹¹ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, pp. 74-75.

¹⁹² A este propósito dizem MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA que são elementos da obrigação de tratamento, a anamnese, a observação, o diagnóstico, a indicação e a terapêutica, sendo que pode “suceder que o alcance seja mais reduzido em função da vontade das partes ou da situação clínica do paciente”. Em *ob. cit.*, pp. 200-201.

¹⁹³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 109.

Relativamente a esta obrigação colocam-se, ainda, questões quando à sua natureza. Apesar de a doutrina entender que, genericamente, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meios, particulares problemas surgem no campo da cirurgia estética. Tal circunstancialismo justifica o tratamento desta questão de forma autónoma, mais à frente no nosso estudo.

Adicionalmente, recaem também sobre o médico outros deveres, estes acessórios, uns de natureza negativa e outros de natureza positiva, conforme distingue FERREIRA DE ALMEIDA¹⁹⁴. De um lado, temos como dever negativo, ou de omissão, a *abstenção* por parte do médico de praticar atos que não integrem o conteúdo de prestação objeto do contrato e possam violar o direito à integridade física do paciente ou se considerem medicamente arriscados. Tem também, o médico, um *dever de sigilo* ao abrigo dos artigos 29.º e ss. do CDOM, que regulam o segredo médico. Com este dever o que se pretende é que o médico guarde segredo relativamente ao estado clínico do paciente e a toda e qualquer informação pessoal do mesmo, a que tenha acesso por via do exercício da profissão¹⁹⁵, situação que se encontra intimamente ligada com a natureza pessoalíssima deste contrato, que tem na sua base a confiança existente entre as partes¹⁹⁶. Nas palavras de J. PINTO DA COSTA, o sigilo profissional “torna-se indispensável para a manutenção da confiança do próximo”¹⁹⁷.

De outro lado, temos como deveres positivos do médico, desde logo, o *dever de informação* ou de *esclarecimento*¹⁹⁸, segundo o qual o médico tem o dever de informar o paciente quanto ao seu estado de saúde, quanto às formas de tratamento possíveis, e quanto aos seus possíveis riscos e benefícios. Deve também o paciente ser informado de quais as consequências da recusa da intervenção médica. O dever de informação é o que assume maior importância,

¹⁹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, pp. 112 a 114.

¹⁹⁵ Relativamente a este dever de segredo, diz JOÃO FERNANDES DE MAGALHÃES, que o mesmo assenta numa ideia de confidencialidade, porque muitas das vezes o paciente tem de “revelar ao médico coisas que noutras circunstâncias guardaria no fundo de si mesmo”. Em *ob. cit.*, p. 412.

¹⁹⁶ Conferir o artigo 195.º do CP, nos termos do qual a violação do dever de sigilo dá origem a responsabilidade criminal.

¹⁹⁷ COSTA, J. Pinto da – Responsabilidade médica. Porto: Felício & Cabral, 1996. ISBN 972-8205-06-6, p 43.

¹⁹⁸ Poderíamos, até, falar destes como deveres autónomos, pois, como se abordará mais à frente, no Ponto 3 deste Capítulo, o conceito de informar não coincide inteiramente com o de esclarecer.

estando amplamente consagrado na lei¹⁹⁹ e encontrando-se na base do consentimento livre e esclarecido que tem de ser prestado pelo paciente²⁰⁰.

De notar, que a forma de informar deve adequar-se ao paciente, que é leigo no que a termos médicos diz respeito. Assim, a informação deve ser prestada de forma simples e adequada à pessoa em concreto, não obstante se tratar de um direito disponível do paciente, razão pela qual o médico não tem de o massacrar com toda e qualquer informação, se o mesmo assim entender.

Apesar do dever de informar estar intimamente ligado ao direito do paciente a prestar o seu consentimento de forma livre e esclarecida, como estudaremos adiante, importa dizer que aquele existe para além deste, como apontam MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA. Os Autores chamam à atenção para o facto de a informação relativa ao estado de saúde do paciente ser um elemento fundamental da sua identidade, revelando-se primordial, não apenas para a sua manifestação de vontade, mas por ter o mesmo o direito de conhecer e tomar consciência da sua situação atual e futura, ainda que não esteja em causa a prática de qualquer intervenção médica. Há, assim, por parte do paciente um “direito a saber”²⁰¹.

Temos, ainda, o *dever de documentação*²⁰², no sentido de dever o médico elaborar um registo clínico do paciente, onde registe a informação relativa ao mesmo, aos atos médicos a que este se sujeita e aos resultados dessa atividade clínica. Tal deve ser feito de forma cuidadosa, de modo que o registo clínico seja o mais pormenorizado possível para otimizar as tomadas de decisão futuras²⁰³. Havendo um registo clínico bem elaborado, haverá mais facilidade numa possível situação de apuramento de responsabilidades. Temos em que, este dever do médico pode ser para si um fator de segurança no desenvolvimento da sua atividade, já que, atuando diligentemente e de acordo com as *leges artis*, tudo ficará registado, podendo usá-lo a seu favor.

Outros deveres acessórios são ainda apontados pela doutrina, como sejam o *dever de conselho* referido por FERREIRA DE ALMEIDA²⁰⁴, ou o *dever de manutenção da segurança dos*

¹⁹⁹ Para mais detalhes consultar CRUZ, Catarina Inês Gonçalves da – *ob. cit.*, p. 28.

²⁰⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO refere que este dever constitui “um meio de combater” o “desequilíbrio que é apanágio das relações médico-paciente”. Em *ob. cit.*, pp. 77-78.

²⁰¹ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 280.

²⁰² Ou “dever de elaboração e conservação da ficha clínica do doente”, como lhe chama PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 76.

²⁰³ E também para efeitos de investigação científica, lembre-se.

²⁰⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 114.

equipamentos, de que nos falam MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA²⁰⁵. Estes últimos Autores referem também, a propósito da natureza pessoal do contrato de prestação de serviços médicos, que impende sobre o médico um *dever de realização pessoal da obrigação*²⁰⁶. Quer isto dizer, que o médico não poderá delegar noutros a realização da obrigação de tratamento por si assumida no contrato, sob pena de violação do mesmo. Isto intensifica-se na cirurgia estética, pela marcada natureza pessoal que o contrato reveste, ao que podemos afirmar neste caso existir uma prestação de obrigação não fungível. Em todo o caso, parece-nos que tal terá de ser aferido caso a caso, conforme o acordado entre as partes.

Resta apontar um *dever de proteção* do paciente, de que nos fala RUTE TEIXEIRA PEDRO, nos termos do qual, paralelamente à obrigação principal de tratamento, o médico tem também “uma obrigação de não causar danos noutros bens pessoais ou patrimoniais do doente”, tal como poderá ter também, em circunstâncias particulares, o dever de “evitar que os próprios doentes causem danos a si próprios ou a terceiros”²⁰⁷, como seria o caso de uma doença transmissível, por exemplo.

3. O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Se alturas houve em que o médico realizava a sua atividade de forma completamente autoritária, sem atender à convicção do seu paciente – por ser tido num patamar superior ao do homem comum – tal é nos dias de hoje impensável. Os princípios da liberdade e da autodeterminação, constitucionalmente previstos, obrigaram a uma alteração na relação entre o médico e o paciente, em que este último já não tem de submeter-se simplesmente aos mandamentos daquele outro, mas pode (e deve) tomar posição acerca do seu corpo e da sua saúde e, bem assim, decidir que rumo lhes dar.

O *consentimento livre e esclarecido* é, por isso, um direito previsto constitucionalmente, traduzindo-se num dos princípios basilares do Direito Constitucional da Biomedicina²⁰⁸. Podemos perspetivar a necessidade de o médico recolher o consentimento livre e esclarecido do paciente

²⁰⁵ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 205.

²⁰⁶ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 189.

²⁰⁷ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, pp. 79-82.

²⁰⁸ Como refere MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 38

como uma “exigência constitucional”²⁰⁹ incontornável, sem a qual o mesmo pode incorrer em responsabilidade criminal²¹⁰, como já se referiu em outros momentos deste trabalho.

Antes de quaisquer avanços a este respeito, importa esclarecer apenas que grande parte da doutrina na qual encontramos referência a esta matéria, se refere ao conceito de *consentimento informado* e não de *consentimento livre e esclarecido*. Em nosso entender, afigura-se mais correta a adoção deste último conceito²¹¹ por duas ordens de razões. Desde logo, porque o conceito jurídico se encontra fixado há já vários anos, nomeadamente na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aprovada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, em cujo artigo 5.º, 1.º parágrafo, se pode ler que “[q]ualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu *consentimento livre e esclarecido*”²¹².

Depois, porque é o conceito que, a nosso ver, se afigura como o mais correto, já que a validade do consentimento não depende de um mero prestar de informações, mas do efetivo esclarecimento do paciente. Um consentimento baseado apenas no “cumprimento do dever de informar”, e bem assim, um consentimento informado, poderá não ser um consentimento válido, em que o paciente não ficou esclarecido, de modo a poder consentir consciente e ponderadamente. Como já se referiu, pode até não haver lugar a informação alguma, se o paciente assim o entender. O direito a ser informado é um direito disponível, do qual o paciente pode prescindir, colocando, sem mais, a sua saúde nas mãos do médico da sua confiança (caso assim entenda). Assim, torna-se evidente que esclarecimento e informação não se traduzem na mesma realidade, muito embora o dever de informar deva englobar o esclarecimento do paciente. Veja-se

²⁰⁹ MAGALHÃES, João Fernando Fernandes de – *ob. cit.*, p. 410.

²¹⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA referem ter o consentimento um “inegável estatuto jusfundamental”, não sendo difícil reconhecer “natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias ao direito ao consentimento informado”, nos termos dos artigos 18.º e 25.º da CRP e também 70.º do CC. Além disso, é um direito com tutela penal, nomeadamente através dos artigos 156.º n.º 1 e 157.º do Código Penal. Em *ob. cit.*, pp. 269-270. Neste sentido, veja-se também o que diz OLIVEIRA, Guilherme de – Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 972-32-1316-8. Vol. 1, p. 65.

²¹¹ No mesmo sentido veja-se, exemplificativamente, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Direito da Medicina – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1122-X., pp. 31 e 333, e, reafirmando, *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 39. Conforme defende o Autor no seu manual, “a manifestação de concordância do portador do bem jurídico que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida pressupõe, não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico (...) de prestar ao seu paciente esclarecimento com lealdade, em linguagem acessível e apropriados ao seu estado”.

²¹² Itálico nosso.

ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, quando diz que o consentimento do paciente estender-se-á até onde ele se ache esclarecido²¹³.

Ora, feita esta ressalva inicial, o consentimento prestado pelo paciente para a realização de um determinado ato médico tem, assim, de ser *livre e esclarecido*. Quer isto dizer que não pode padecer de vícios e tem de ter na sua base uma decisão devidamente informada e fundamentada. Isto, para além de ser necessário que o paciente tenha capacidade para consentir, como é natural²¹⁴. Assim, como já escrevia J. PINTO DA COSTA, o consentimento “compreende três elementos fundamentais: a capacidade, a voluntariedade e a informação”²¹⁵, tal como se pode, aliás, retirar do artigo 20.º do CDM²¹⁶.

Destarte, qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Quer isso dizer, que o paciente deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos, as alternativas e prognóstico. Sendo que, o paciente pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento sem qualquer limitação²¹⁷.

Note-se que, ao prestar o seu consentimento relativamente a um determinado tratamento ou intervenção médica, o paciente não só está a consentir relativamente ao ato médico em si, como também relativamente a todos os atos conexos ou instrumentais, dos quais aquele depende e no qual se encontram compreendidos. Como exemplifica FERNANDA GALHEGO MARTINS, o consentimento para uma cirurgia estética engloba também o consentimento para a “anestesia e para as análises biológicas pertinentes” ou para “a aplicação pelo pessoal sanitário de medicação tópica para evitar infeções ou para auxiliar a devida cicatrização” no pós-operatório. No entanto, poderão surgir situações em que, não estando compreendidas naquele consentimento prestado pelo paciente, por extravasarem aquilo que era expectável, o paciente deva manifestar a sua

²¹³ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Civil por Erro Médico...*, p. 21.

²¹⁴ A exposição desta temática pressupõe a existência de capacidade civil, ao que não se tornam necessárias mais explicações quanto à mesma.

²¹⁵ COSTA, J. Pinto da – *ob. cit.*, p. 37.

²¹⁶ Conforme a decisão avançada por FERNANDA GALHEGO MARTINS o consentimento livre e esclarecido é nada mais do que a “decisão *autónoma* concordante e precedida por um amplo *conteúdo informativo* adequado às particulares características dos pacientes” (itálico nosso). Em *ob. cit.*, p. 49.

²¹⁷ Conferir os artigos 38.º n.º 2 do CP e 81.º n.º 2 do CC.

vontade autonomamente quanto a elas²¹⁸. Esta questão terá, portanto, de ser analisada *cum grano salis*, relativamente a cada situação concreta.

Nestes termos, importa analisar com maior profundidade o dever de informação que impende sobre o médico, o qual se encontra intimamente ligado ao direito do paciente a consentir – tendo em conta que “o consentimento subentende informação e sem esta não há liberdade para consentir”²¹⁹.

3.1. DEVER DE INFORMAR

O dever de informação que recai sobre o médico deve ser perspectivado enquanto um “compromisso contínuo de comunicação” entre ele e o paciente, durante toda a prestação de cuidados, isto é, desde a consulta inicial, “até o completo restabelecimento e estabilização da resposta fisiológica” do paciente²²⁰.

Com efeito, o médico deve informar o paciente relativamente à sua eventual patologia e respetivas consequências, dando a conhecer quais as hipóteses de tratamento e quais os riscos e benefícios associados a cada hipótese, para que o paciente decida (quando esse leque de hipóteses exista, é claro). Tal deve ser feito de modo “claro e adequado às capacidades cognitivas, capaz de retirar as dúvidas e anseios”²²¹.

Como explica FERNANDA GALHEGO MARTINS, ainda que o médico pretenda passar a informação o mais completa possível, a verdade é que “não há como prever com segurança todas as consequências possíveis” de uma determinada intervenção, dado que “os variados fatores novos ou preexistentes (não conhecidos previamente) e as imprevisíveis idiossincrasias dos pacientes são capazes de intervir no fluxo do processo biológico”²²².

É certo que podem existir situações em que a insuficiência na informação tem origem na conduta do próprio paciente, como veremos. Contudo, quando a mesma provém de conduta do profissional médico, devemos considerar que os pontos que ficaram de fora da comunicação são

²¹⁸ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 40-41.

²¹⁹ COSTA, J. Pinto da – *ob. cit.*, p. 39.

²²⁰ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 39.

²²¹ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p.187.

²²² MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 42.

tidos como não abrangidos pelo consentimento do paciente e, consequentemente, “os riscos não conhecidos pelos pacientes (...) não serão considerados como assumidos”²²³.

Importa recordar, que a respeito do dever de informação, o paciente goza de uma camada de proteção acrescida, que lhe é conferida pela aplicação da Lei da Defesa do Consumidor²²⁴ na sua qualidade de consumidor, a qual é justificada “por força do imenso poder que ao [médico] conferem os especiais conhecimentos técnicos que deverá possuir, bem como pela necessidade e pelo entendimento do paciente”²²⁵. Nos termos da LDC, o paciente tem direito a receber informação clara, objetiva e adequada, prevendo a mesma que, inclusivamente, “a falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua” origina o direito de o paciente ser ressarcido pelos danos sofridos (artigo 8.º).

De qualquer forma, podemos afirmar haver da parte do médico, não só um dever de informar, mas um verdadeiro *dever de esclarecer*, pois importa não só “informar o paciente acerca das diversas dimensões do ato médico que irá ser realizado”²²⁶, como também esclarecê-lo ao ponto de se encontrar o mesmo em condições de tomar uma decisão esclarecida. Facilmente se compreende que aquilo que poderá ser a informação suficiente para um, poderá não o ser para outro. Neste sentido, este dever traduz-se na “explicação *clara e suficiente*, bem como na *disponibilidade* para esclarecer questões que lhe sejam solicitadas pelo paciente”²²⁷.

Podemos considerar, como ANA AMORIM, que existe uma lacuna relativamente à “inexistência de uma fórmula jurídica capaz de apresentar ao médico qual o caminho a seguir no que concerne à sua obrigação de esclarecer o paciente”, a qual torna necessária a adoção de critérios que permitam ao médico encontrar tal caminho²²⁸.

Como tal, devemos entender que, num primeiro momento, o médico deve prestar ao paciente as informações relativas ao ato médico que potencialmente irá realizar-se, tais como os seus prós e contras, consequências da não aceitação, as alternativas, o decurso da operação, o

²²³ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 43.

²²⁴ Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

²²⁵ RODRIGUES, João Vaz – O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 872-32-1013-4, p. 228. Também se referindo ao paciente como “consumidor de serviços médicos”, conferir LOPES, Diamantino Marques – Responsabilidade civil médica – casos práticos. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11, p. 275.

²²⁶ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p.188.

²²⁷ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, pp. 222-223.

²²⁸ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 190-191.

prognóstico, efeitos secundários, e demais informações que se considerem relevantes. Após esta tarefa, o médico deve fazer um esforço no sentido de perceber se o paciente se encontra esclarecido, mostrando a sua abertura para a colocação de dúvidas e receios. Depois de colocadas as dúvidas, ou após perceber que o paciente de mais nenhuma informação necessita, o médico deve assegurar-se de que se encontra o mesmo capaz de tomar uma decisão esclarecida. Se perceber que tal não se verifica, por encontrar no paciente alguma reticência, o médico deve dar ao paciente tempo para reflexão, dependendo da urgência do procedimento, é claro²²⁹.

Aliás, esta ideia resulta mesmo do artigo 20.º n.º 2 do CDOM, onde se estabelece que “[e]ntre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se”. Com igual precaução se devem atentar os casos em que se verifica uma recusa aparentemente injustificada por parte do paciente, nos quais “a sua recusa deveria ter sido interpretada como o contrário de um consentimento pleno e incondicional à intervenção do [...] médico”²³⁰.

Daqui podemos retirar que o dever de esclarecimento se trata de um verdadeiro dever intermédio, “sem o qual os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respetivos conteúdos”²³¹.

Adicionalmente, com referência ao dever de informar, JOÃO VAZ RODRIGUES avança dois princípios que devem nortear a conduta do médico²³² e que têm sido adotados por alguma doutrina. Primeiramente, fala-nos o Autor do *princípio da simplicidade*²³³, nos termos do qual a linguagem adotada pelo profissional de saúde tem de adequar-se à pessoa do paciente, no sentido de não serem utilizadas expressões técnicas completamente estranhas ao leigo que se revela o paciente (quanto a termos médicos). Assim, deve ser adotado um discurso o mais simples, claro e acessível

²²⁹ Conforme afirma JOÃO VAZ RODRIGUES “não é indiferente para a eficácia do consentimento a sua obtenção após ter sido solicitado com uma antecedência que tenha permitido ponderar a decisão, ou ser pedido de surpresa”. Explica o Autor que tal também se verifica no espectro contrário, quando o consentimento “podia (e devia) ter sido obtido previamente, numa altura em que a habilitação para entender não estivesse diminuída ou pressionada”. Em *ob. cit.*, p. 241.

²³⁰ Como refere RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 341.

²³¹ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 242. No mesmo sentido OLIVEIRA, Guilherme de – *ob. cit.*, p. 68 e MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 53.

²³² Referindo-se também a estes princípios AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 189.

²³³ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, pp. 241-242.

quanto possível, o que significa adequar a informação ao paciente concreto²³⁴. Como refere o Autor “[m]ais importante do que informar é entender”²³⁵.

Isto tem implicação direta no direito de consentir de que é titular o paciente, uma vez que, não sendo utilizada uma forma de comunicação simples por parte do médico, o mesmo corre o risco “de a informação que lhe transmite não poder ser avaliada pelo seu destinatário e, assim, o consentimento não poder ser considerado como uma autorização consciente”, como sublinham MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA²³⁶. Lembre-se, contudo, que “esta simplificação não deve ser suscetível de comprometer a precisão e o rigor científicos”²³⁷.

De outro prisma, fala-nos o Autor, do *princípio da suficiência*²³⁸, referindo-se ao mesmo como o “limite quantitativo da informação”²³⁹. No fundo, trata-se de o médico proceder à transmissão das suficientes informações para o caso concreto, atendendo ao ato médico em causa, às necessidades do paciente e à sua capacidade de entendimento. A ideia é a de que deve o médico perceber qual o *quantum* de informação necessária para a situação em apreço, de modo a não informar “de menos”, e bem assim, impedir uma tomada de decisão esclarecida, nem informar “de mais”, atemorizando o paciente ou agravando a sua condição clínica. JOÃO VAZ RODRIGUES diz, e bem, que o médico tem de saber “dosear” a informação²⁴⁰.

Ora, esta ideia de suficiência da informação suscita na prática muitas dúvidas, ao que tem sido largamente debatida pela doutrina, que tenta encontrar critérios que auxiliem o médico²⁴¹ a fazer a destriça entre a informação que é necessária e aquela que não o é. Como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, o “adjectivo «suficiente» é propositadamente ambíguo. Define-se apenas o princípio, deixando aos agentes concretos a adequação dele às particularidades de cada caso”²⁴². Vejamos.

²³⁴ Com referência a este princípio conferir, também, MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 53.

²³⁵ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 224.

²³⁶ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 274.

²³⁷ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 189.

²³⁸ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 242.

²³⁹ Veja-se quanto a este ponto JOÃO FERNANDES DE MAGALHÃES, quando realça a importância da suficiência da informação dizendo que “as meias verdades (...) podem levar o médico a incorrer em responsabilidade”. Em *ob. cit.*, p. 411.

²⁴⁰ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 228.

²⁴¹ E mesmo o juiz, quanto as situações que acabam por chegar aos tribunais.

²⁴² OLIVEIRA, Guilherme de – *ob. cit.*, p. 65.

3.1.1. O *QUANTUM* DE INFORMAÇÃO

Se, por um lado, ao paciente deve ser prestada toda a informação necessária à tomada de decisão, por outro lado, o excesso de informação “poderia levar a uma ansiedade e preocupação exageradas por parte do paciente que já se encontra numa situação de maior fragilidade perante um diagnóstico médico que lhe possa ser menos favorável”²⁴³.

Como diria FERNANDA GALHEGO MARTINS, a “obrigação de prestar informações ao paciente não faz nascer para o médico uma obrigação de lhe ditar um curso breve de medicina”, nem tampouco, de lhe transmitir todos os seus conhecimentos técnicos aplicáveis ao caso concreto²⁴⁴. Pelo contrário, devem ser alvo deste dever de informar, em princípio, apenas as informações essenciais para a formação da vontade do paciente, e cuja ausência poderia provocar uma alteração da sua decisão²⁴⁵.

Neste sentido, são apontados pela doutrina²⁴⁶ alguns critérios a ser seguidos pelo profissional médico, para que o mesmo possa cumprir o seu dever de informar da forma mais adequada ao paciente possível. Em primeiro lugar, podemos enunciar o *padrão médico*, cuja adoção se traduz em utilizar as informações tidas como suficientes pelos especialistas quando colocados naquelas circunstâncias. Em segundo lugar, encontramos o critério do *doente médio*, nos termos do qual se deve ter como ponto de referência a necessidade de informação de um paciente comum (ou *paciente médio*). Em terceiro lugar, pode, e deve, o profissional socorrer-se do *padrão subjetivo*, segundo o qual deve o mesmo adequar a informação àquilo que é pretendido pelo paciente, isto é, a informação prestada deve ir de encontro às exigências e necessidades de compreensão do paciente concreto. Segundo a doutrina, a conjugação destes três critérios referentes ao dever de informação consubstancia a “via adequada para sanar seus pontos deficitários”²⁴⁷.

Devemos ressaltar, contudo, que nas situações de cirurgia estética há um dever por parte do médico de compreensão das circunstâncias e motivações do paciente, atenta a natureza não

²⁴³ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 190.

²⁴⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 43.

²⁴⁵ Também RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 41, afirma que “em caso algum estará o médico obrigado a discutir todos os detalhes possíveis inerentes à execução de qualquer tratamento médico-cirúrgico. Não se requer, da parte do médico, uma dissertação técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente”.

²⁴⁶ Conferir RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, pp. 256-258; RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 345; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 44.

²⁴⁷ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 45.

necessária (do ponto de vista da saúde física, pelo menos) destas intervenções, que por serem, em muitos dos casos, voluntárias ou dispensáveis, requerem uma maior cautela na informação e manifestação da vontade. Quer isto dizer que o médico deve inteirar-se, não só das “capacidades naturais de compreensão” do paciente, como também do seu nível cultural, da sua situação pessoal, familiar e também profissional e etária²⁴⁸.

Aquando da aferição de qual será a informação adequada ou suficiente, aquela que suscita maiores dúvidas é a relativa aos riscos. Ora, os riscos do tratamento ou intervenção médica em ponderação têm de ser comunicados ao paciente, para que este possa decidir conscientemente submeter-se ou não à mesma, por concluir que os seus benefícios superam ou não os riscos possíveis. É pacífico que os riscos frequentes e muito frequentes devem ser comunicados, independentemente da sua gravidade, ficando isentos de comunicação os riscos que se revelem de baixa gravidade e também muito pouco frequentes. Os problemas surgem relativamente a riscos menos frequentes, ou melhor, raros, mas de grande gravidade. Se, de um lado, se pode pensar que, sendo raros, tais riscos não necessitarão ser comunicados ao paciente, de outro lado, o certo é que são riscos de elevada gravidade, cuja verificação pode trazer grandes prejuízos para o mesmo, e bem assim, influenciar a sua tomada de decisão, impedindo-o de consentir de forma esclarecida.

3.1.2. COMUNICAÇÃO DOS RISCOS RAROS E GRAVES

Esta questão é a que mais divergência tem originado no campo do consentimento na responsabilidade civil médica. Isto porque, e fazendo uso das palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA, “um tratamento não apresenta apenas aspetos positivos e não se revela isento de riscos ou incertezas”²⁴⁹, ao que, parte do dever de informação que impende sobre o médico, diz respeito à comunicação dos mesmos ao paciente.

Assim, questão que se coloca a este respeito é a de saber se no prestar de informações o médico deve incluir os riscos raros e graves. ANA AMORIM entende que se, de um lado, “o médico não se deverá demorar em demasia num excessivo esclarecimento dos riscos graves e raros”, de outro lado, não deve cair-se num “retrocesso à época do paternalismo clínico”, de tal modo que

²⁴⁸ Conforme também aponta MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 52.

²⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1369-9 Vol. 11, p. 441.

deve ser feita uma avaliação casuística, de modo a compreender até que ponto tais informações beneficiarão ou agravarão o estado clínico da paciente em concreto²⁵⁰.

É fácil de compreender que se, por um lado, é compreensível que “o médico não deve atemorizar”²⁵¹ o paciente com todos os riscos e mais alguns, de outro lado, é também compreensível que o paciente deve ser o mais bem informado possível, de modo a poder consentir conscientemente. Assim, tem-se esforçado a doutrina por esclarecer quais riscos possam ser considerados *significativos*, e bem assim, passíveis de comunicação obrigatória ao paciente.

Vejamos, neste ponto, a organização de ideias adotada por ANDRÉ DIAS PEREIRA, que nos explica que para aferir da relevância de um risco deve fazer-se uso de três critérios – uns de índole objetivo, outros mais direcionados para o caso concreto.

Deste modo, como primeiro critério, defende o Autor que deve atender-se à *necessidade terapêutica do ato médico* em questão, o que significa que “quanto menos *necessário* for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação” e, pelo contrário, quanto mais necessária a intervenção, “mais flexível” a informação poderá ser²⁵². Do mesmo modo, quanto mais *urgente* for a intervenção, menores serão as exigências de informação, ao passo que, havendo tempo, deve proceder-se a explicações mais detalhadas.

Como é bom de ver, na cirurgia estética, partindo desta ideia, o dever de informação será mais amplo, já que se trata de situações menos necessárias e, em regra, não urgentes, o que permite (e obriga) a uma maior pormenorização da informação, de modo a compreender aqueles riscos menos frequentes, mas graves²⁵³. A este respeito entende ANDRÉ DIAS PEREIRA que o referido critério de necessidade “é co-determinante do *quantum* de informação a prestar”²⁵⁴.

Para além disto, deve também atentar-se à *perigosidade* e *novidade* do ato médico, na medida em que, quanto mais perigoso um tratamento ou intervenção for, “mais ampla deve ser a informação que se facilita ao paciente” e, quanto mais recente, “maior rigor há de presidir à

²⁵⁰ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 190-191.

²⁵¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 443.

²⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, pp. 444-445. Itálico nosso.

²⁵³ Também neste sentido veja-se o Ac. do STJ de 2/6/2015, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, onde é dito que “As cirurgias estéticas (...) exigem um dever de esclarecimento mais intenso e mais rigoroso aos médicos, pelo facto de serem intervenções que não são necessárias do ponto de vista da saúde”.

²⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 446.

informação”²⁵⁵. Por outro lado, também a *gravidade* da doença deve ser tida em consideração, sendo a informação tanto mais necessária quanto mais gravosa for a doença²⁵⁶.

O segundo critério que se deve adotar para aferir se determinado risco é significativo, e consequentemente, deve ser comunicado ao paciente, é o da *frequência do risco*, diz-nos ANDRÉ DIAS PEREIRA. Quer tal critério dizer que, quanto mais frequentemente ocorrer um determinado risco, mais se justifica a sua comunicação ao paciente. Facilmente se compreende que os riscos mais frequentes devem ser, inquestionavelmente, informados, assim como os que ocorram com relativa frequência, ou média frequência se quisermos. De ressaltar, apenas, que esta frequência deve ser medida de acordo com o paciente em concreto, pelo facto de determinados riscos poderem tornar-se mais frequentes em determinados grupos de pacientes (devido a doenças que tenham, à profissão que desempenham, etc.).

O terceiro critério é o da *gravidade do risco* e traduz-se na ideia de que “a gravidade de um risco, mesmo não frequente, conduz à obrigação da sua comunicação”. Tal significa que, quanto mais grave for o risco em questão, maiores serão as exigências da sua comunicação ao paciente. Contrariamente, os riscos menos graves, em certas situações, poderão até ser dispensados²⁵⁷.

A adoção dos critérios referidos deverá auxiliar o médico na tarefa de perceber se um determinado risco deve ou não ser informado ao paciente, especialmente percebendo se valerá a pena comunicar aqueles que são graves e de rara ocorrência.

ANDRÉ DIAS PEREIRA refere que deve ser feita a distinção entre “quais os riscos que a ordem jurídica pretende que sejam suportados pelo doente e quais devem ser suportados pelo médico”, sendo que estes últimos devem ser comunicados ao paciente, “para que este em liberdade e consciência decida sobre se autoriza a intervenção, *autocolocando-se* em perigo”. Por outro lado, afirma o Autor que, àqueles riscos que se entendam não dever ser transmitidos, e que devam ser suportados pelo paciente, aplica-se o princípio geral da responsabilidade civil – *casum sentit*

²⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 447.

²⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O dever de esclarecimento...*, pp. 447-449. E também MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 47.

²⁵⁷ Quando sejam de gravidade residual. PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 451.

dominus – já que, acrescenta, “só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os referidos riscos que de outro modo deverão ser suportados pelo médico”²⁵⁸.

Assim, para este Autor, seguindo-se a via de comunicação dos riscos raros e graves, “estamos a defender uma solução que recusa todo o paternalismo e a colocar nas mãos do paciente toda a informação necessária para que este se autodetermine responsabilmente”. Diferentemente, sendo a solução oposta a adotada, “vamos permitir que mais algumas pessoas ganhem acções de responsabilidade médica”²⁵⁹.

A este propósito, e com referência específica à cirurgia estética, diz-nos FERNANDA GALHEGO MARTINS que o consentimento, “em regra, há de ser revestido de informações exaustivas, propiciando através de um amplo conteúdo informativo, a consideração concernente às vantagens que ela pode trazer e à avaliação do risco perante a importância do benefício esperado”. Na senda dos critérios que vimos enunciando, acrescenta a Autora que a “defesa da «extrema» amplitude pode ser justificada pelo «critério da necessidade do tratamento», (...) o que significa que, por se tratar de uma cirurgia satisfativa, não imprescindível para o paciente, o volume de informações prestadas deve ser maior”²⁶⁰.

No entanto, conclui FERNANDA GALHEGO MARTINS, “a defesa de uma ampla informação nesta seara não implica na adesão à ideia de um dever de informação diferenciado para essa modalidade” – para a cirurgia estética –, pelo contrário, este grau de informação deve ser “extensivo a qualquer modalidade de cirúrgica”²⁶¹.

Apesar de não se tratar de uma questão que tenha obtido já um consenso generalizado na doutrina²⁶², parece-nos que o entendimento que tem vindo a ser perfilhado é aquele de que deve ponderar-se caso a caso, de modo a perceber se os prós de comunicar os riscos aqui em questão superam os contras, de tal modo que haja benefício, e não prejuízo, em transmitir ao paciente os riscos graves e raros²⁶³. Assim, somos levados a concluir que, como entende ÁLVARO

²⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, pp. 439-440 e 458-479.

²⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 455.

²⁶⁰ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 46.

²⁶¹ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 47-48.

²⁶² Ao nível jurisprudencial veja-se o Ac. do STJ de 9/10/2014, relatado por JOÃO BERNARDO, em que se entende que não é exigível “a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento”.

²⁶³ Para além dos Autores já enunciados, veja-se o entendimento Vera Lúcia Raposo, segundo a qual “os riscos sérios e graves, ainda que raros, devem ser transmitidos, exceto se daí advier perigo para o estado do paciente ou se este preferir não os conhecer”. RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 226.

DA CUNHA RODRIGUES, “aqui, como em tudo na vida, o melhor critério será o da ponderação dos interesses em jogo, mediante uma atitude ética e conscienciosa, que procurando devolver a saúde ao paciente, tenha sempre no horizonte o direito deste à sua liberdade de decisão convenientemente esclarecida”²⁶⁴.

Em todo o caso, diz-nos NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, que nos atos médicos de risco irrelevante deve o médico ter o ónus de provar que atuou de forma diligente e de acordo com as regras da arte. Diferentemente, tratando-se de um ato médico em que o risco não é irrelevante, incumbirá ao paciente fazer a prova de que o médico não atuou com a diligência que lhe seria exigível²⁶⁵.

3.2.FORMA DO CONSENTIMENTO

Na nossa legislação não é feita qualquer referência à necessidade de o consentimento ser prestado de uma determinada forma²⁶⁶. GUILHERME DE OLIVEIRA refere-se a esta questão como havendo uma lacuna, tal como quando referimos a situação de não se definir uma tramitação legal a seguir para a obtenção do consentimento do paciente²⁶⁷.

Esta circunstância leva a que, em regra, o consentimento seja prestado de forma oral apenas perante o médico que atende o paciente, da mesma forma que as informações são prestadas oralmente apenas perante o mesmo, sem que esteja sequer acompanhado de alguém que possa comprovar o cumprimento do dever de informação do médico e efetiva prestação de consentimento. Assim, poder-se-ão colocar, por este motivo, problemas ao nível probatório aquando de uma provável ação judicial.

É neste sentido que muitas clínicas têm vindo a optar pela prestação de consentimento escrito através de formulários standardizados, pré-elaborados para o efeito. Com isto, pretende-se que haja uma salvaguarda da posição do médico, através de um documento que possa atestar

²⁶⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 346.

²⁶⁵ Ilícitude e culpa na responsabilidade médica. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. ISBN 978-989-8891-74-7, pp. 101-102.

²⁶⁶ Tal como resulta do artigo 23.º do CDOM. Muito embora existam algumas exceções, em que a lei exige o consentimento escrito, por se tratar de intervenções médicas “que determinem riscos sérios para a vida e integridade física dos pacientes”. Para mais detalhes conferir ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, pp. 274-275.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme de – *ob. cit.*, p. 66. O Autor afirma que “por um lado, não há um padrão que fixe os termos em que se deve prestar a informação; por outro lado, não há também uma tramitação rígida para recolher o consentimento”.

a efetiva prestação das devidas informações ao paciente. O problema de tais formulários é que, na grande maioria dos casos, apenas consubstanciam uma formalidade prévia à prática do ato médico, sem real transmissão de informação e recolha de consentimento esclarecido. Tal leva, até, a que muitas vezes o paciente se sinta pressionado a assinar tais documentos (os quais não entende verdadeiramente) para poder aceder à realização do ato médico²⁶⁸.

Ora, é entendimento assente na doutrina que tais formulários não passam de uma simples burocracia adotada pelos profissionais ou clínicas, os quais podem não refletir uma verdadeira manifestação de vontade do paciente ou garantia de que o mesmo tenha assimilado a informação no documento vertida. Como bem aponta ANA AMORIM, “para muitos, o formulário médico mais não é do que um documento anexado ao processo clínico do paciente, que delega para segundo plano o superior interesse do doente”. Aliás, tal documento “é ainda capaz de dar aos médicos uma falsa sensação de dever cumprido”²⁶⁹. Assim, a adoção de tais documentos, não só não cumpre com aquele que devia ser o seu objetivo, como ainda o desvirtua, fazendo com que o dever de informação e o direito de consentir fiquem ainda mais desprotegidos.

Agravando os problemas já enunciados, tais formulários não atendem às especificidades do caso concreto pois, como se disse, são elaborados de forma geral para que possam ser aplicados à situação de qualquer paciente, o que os torna desprovidos de qualquer personalização – critério fundamental da informação. A verdade é que a informação, para que cumpra com os referidos princípios da simplicidade e da suficiência, tem de se adequar ao paciente em causa, pois a informação que para uns possa não ter relevo, para outros pode revestir um grande peso no momento decisório. Veja-se, exemplificativamente, o caso de um determinado ato médico comportar o risco de poder limitar subtilmente a mobilidade de uma mão. Para a generalidade das pessoas, tal pode não ter relevância comparativamente aos benefícios da realização do ato, mas para um profissional cujo trabalho exija uma grande habilidade e precisão com as mãos, tal informação pode ser decisiva para se submeter ou não ao ato médico, ou pelo menos, para decidir o momento em que o fará.

Esta exigência de individualização da informação, desde que acompanhada dos necessários esclarecimentos, não é impeditiva da utilização de termos de consentimento ou outros documentos de fornecimento de dados previamente elaborados pelo médico ou clínica. Estes

²⁶⁸ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 203.

²⁶⁹ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 201-202.

documentos podem mesmo ter uma função de “resguardar documentalmente o profissional para o caso de uma demanda judicial”²⁷⁰ e de o auxiliar e servir de suporte ao cumprimento do seu dever de informar e recolher o consentimento livre e esclarecido.

Todavia, não podemos descurar do facto de uma “comunicação mecânica”²⁷¹ não ser (de longe) o suficiente para a obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente. Pelo contrário, devemos entender o processo de prestação de informação, e consequente consentimento, como um processo de comunicação ativa, em que temos, por um lado, a explanação das informações basilares por parte do médico, e por outro lado, a intervenção ativa do paciente através da colocação de questões.

Parte do problema é o facto de que, atualmente, “por diversas vezes, os formulários não são entregues pelo próprio médico, mas sim por funcionários administrativos da entidade prestadora de cuidados de saúde que, na verdade, pouco ou nada sabem e compreendem do ato médico que irá ser realizado”²⁷², o que pode tornar ainda mais gritante a circunstância de os mesmos terem vindo agravar o incumprimento do dever de informação. Diz a este respeito ANDRÉ DIAS PEREIRA, que os termos informativos e de consentimento correm o risco de se “transformar num calvário de extensos formulários prevendo todo e qualquer risco, ao invés de ser o momento de diálogo terapêutico”²⁷³ que deveriam.

Assim, podemos concluir, como afirma FERNANDA GALHEGO MARTINS, que “a forma escrita mostra-se conveniente para delimitar o âmbito do que foi efetivamente consentido, mas não torna certa a prestação de esclarecimentos”²⁷⁴. Aliás, deve lembrar-se que a prestação do consentimento livre e esclarecido não pode nunca se tornar num mero procedimento burocrático, sob pena de se deturpar a sua *ratio*.

Com isto, somos a concluir que, apesar do que se verifica na prática, os formulários ou termos de consentimento que têm vindo a ser adotados por quem presta serviços de saúde podem ser um ótimo aliado na tarefa dos profissionais de saúde de informar o paciente e recolher o seu consentimento de forma livre e esclarecida²⁷⁵. Tal tem, contudo, de ser feito, não de forma

²⁷⁰ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 50.

²⁷¹ Como refere MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 50.

²⁷² AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 202.

²⁷³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento...*, p. 455.

²⁷⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 51.

²⁷⁵ Também neste sentido ver: MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, pp. 50-52 ou AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 203.

meramente mecânica e burocrática²⁷⁶, como por vezes ocorre, mas com o efetivo acompanhamento da informação e esclarecimento do paciente, para que tais termos ou formulários traduzam uma efetiva manifestação de vontade do paciente, livre e baseada em suficiente informação, que poderão mais tarde beneficiar um e outro: o paciente porque é, de facto, informado e esclarecido de modo a poder exercer o seu direito de consentir, e o médico, que fica munido de um documento o qual, apesar de por si só não conseguir fazer prova de que o dever de informação foi cumprido, lhe dá alguma proteção na possibilidade de uma ação judicial²⁷⁷.

Transpondo a problemática para o campo da cirurgia estética, a mesma conclusão se aplicará. Deve aqui a informação ser, contudo, o mais detalhada possível, pelo facto de nos encontrarmos perante intervenções médicas não necessárias do ponto de vista da saúde, em que encontramos um paciente saudável, e não um paciente num estado de saúde debilitado, que tem pouco ou nada a perder.

Além disso, tratando-se estas intervenções médicas de atos com menor necessidade e, em regra, de consideravelmente elevada perigosidade, o acompanhamento dos mesmos com os referidos formulários de esclarecimento e termos de consentimento só vem realçar a magnitude do ato, coadjuvando o dever do médico e a tomada de decisão do paciente. Como refere J. PINTO DA COSTA, é até aconselhável que em atos médicos “que envolvam riscos superiores aos habituais, (...) como para as operações cirúrgicas, o consentimento seja dado por escrito, não por ter mais valor que o consentimento oral, mas porque no caso de haver julgamento, a prova material evita as discussões da prova testemunhal e é mais permanente do que esta”²⁷⁸.

Em suma, não se pode perder de vista que estes documentos se destinam aos pacientes e a sua correta utilização poderá levar a um “maior rigor no processo de obtenção do consentimento informado e esclarecido”²⁷⁹.

²⁷⁶ Tal como afirma JOÃO VAZ RODRIGUES, o formulário “não deve reduzir-se a um mero requisito para a intervenção, no sentido de ser mais um papel para entregar, mais um passo na rotina da burocracia que antecede o contacto com o médico ou a sua concreta intervenção”. E *ob. cit.*, p. 247.

²⁷⁷ Dar nota apenas de que a utilização de formulários de consentimento pelos profissionais médicos tem auxiliado os mesmos na prática daquilo a que se tem chamado de *medicina defensiva*, por medo de futuros litígios. Para mais desenvolvimentos sobre o tema conferir CASTRO, Jorge Rosas de – Consentimento Informado e Medicina Defensiva. In *Revista Julgar, Número Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., pp. 207 e ss.

²⁷⁸ COSTA, J. Pinto da – *ob. cit.*, p. 39.

²⁷⁹ RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 245.

4. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A caracterização das obrigações é suscetível de ser feita a partir de diversas tipologias. Como tivemos já oportunidade de ver, a principal obrigação assumida pelo médico num contrato de prestação de serviços médicos – a obrigação de tratamento –, e em especial pelo cirurgião plástico, é caracterizada por ser uma obrigação indeterminada, por não estar suficientemente concretizada no momento da celebração do contrato, e também não fungível, dado o carácter marcadamente pessoal da relação que se estabelece entre o paciente e o cirurgião.

Ora, estas são algumas das tipologias que podem incidir sobre as obrigações, sendo que uma outra que assume grande relevância a propósito do contrato médico diz respeito à questão de saber se se trata a obrigação do médico de uma obrigação de meios ou de resultado. Esta distinção, com origem na doutrina francesa, tem sido entre nós utilizada, causando, contudo, muita divergência no que à obrigação de tratamento do médico diz respeito. A inexistência de um consenso acentua-se no campo da cirurgia estética, por via das especificidades inerentes à mesma.

Destarte, a divisão entre obrigações de meios e de resultado difundiu-se entre a doutrina francesa por impulso de RENÉ DEMOGUE²⁸⁰ e foi amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência portuguesas. Assim, importa fazer a distinção entre um tipo e outro²⁸¹.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor (médico) se compromete à produção de um certo resultado, isto é, do interesse último do credor (paciente). Já nas obrigações de meios o devedor apenas se compromete “a desenvolver uma actividade ou conduta diligente em direcção ao resultado *final* (...), mas sem assegurar que o mesmo se produza”²⁸².

Todavia, conforme explica RICARDO LUCAS RIBEIRO, desde o seu início que esta distinção não ficou isenta de críticas. Em primeiro lugar, porque surgiu quem entendesse a distinção como sendo errónea, por considerar que todas as obrigações são de resultado – pois mesmo as obrigações de meios cumprem um certo resultado –, ou então, por considerar que todas são de meios – por

²⁸⁰ No seu manual *Traité des obligations en général*, I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925. Tomo V, pp. 536 e ss. *apud* RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, p. 15.

²⁸¹ Não faremos aqui uma análise detalhada do surgimento desta tipologia de obrigações, pois tal não releva para o objeto do nosso estudo. Para maior detalhe acerca do seu surgimento ver RIBEIRO, Ricardo Lucas – *Obrigações de meios e obrigações de resultado*. Wolters Kluwer Portugal sob a Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1790-2, pp. 24-28.

²⁸² RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, p. 20.

todas exigirem, em maior ou menor proporção, a adoção um comportamento diligente da parte do devedor.

Adicionalmente, surgiu também quem criticasse a distinção por considerar existirem diversos graus de “resultado” e diversos graus de “meios”, consubstanciando a distinção uma forma muito rígida de enquadramento das obrigações em categorias predeterminadas. RICARDO LUCAS RIBEIRO entende que também estas críticas não invalidam a distinção entre obrigações de meios e de resultado, apenas chamam a atenção para o facto da sua aplicação não ser tão linear como se poderia pensar, impondo-lhe alguns limites²⁸³.

4.1. ACOLHIMENTO NACIONAL DA DISTINÇÃO

Olhando especificamente para o acolhimento nacional desta distinção, podemos afirmar que a mesma é, de forma geral, aceite. Encontramos, no entanto, doutrina defendendo a falta de utilidade da distinção por considerar que a mesma não se adequa ao nosso sistema, por perturbar a presunção de culpa do devedor vertida no artigo 799.º n.º 1 do CC ou então, pelo facto de se considerar que todas as obrigações são, em certa medida, de resultado e de meios.

Objetando a adequação da distinção ao nosso direito, veja-se o que nos diz MENEZES LEITÃO, segundo o qual o “interesse da distinção, em termos de regime, resulta na forma de estabelecimento do ónus da prova”, admitindo o Autor que a distinção colide com as regras nesta matéria estatuidas pelo nosso Código Civil, de entre as quais o artigo 799.º n.º 1, razão pela qual considera que “[n]ão parece haver assim base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado”²⁸⁴.

Igualmente, veja-se o que diz CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, em cuja opinião a solução apresentada por DEMOGUE para resolver a questão do ónus da prova da responsabilidade civil contratual do Código Civil francês, não se adequa ao nosso sistema. No direito português, diz o Autor, a questão não se coloca e pode até constituir uma perturbação face à presunção de culpa estatuída no artigo 799.º n.º 1 do CC²⁸⁵. Além disso, acrescenta, também o facto de a distinção ser empregada no âmbito do contrato de prestação de serviços (no que à obrigação do médico diz

²⁸³ RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, pp. 36-38.

²⁸⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, pp. 137-138.

²⁸⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, pp. 110-111.

respeito) suscita alguma ambiguidade, por via deste tipo contratual pressupor um resultado, o que contraria a possibilidade de existir uma obrigação de meios. Termos em que conclui o Autor por dizer que a distinção “acaba pois por ser fonte das confusões ou imprecisões que pretendia evitar”. Em seu entender, o “conceito de “obrigação de meios” poderá gerar afinal uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída”²⁸⁶.

Também ANDRÉ DIAS PEREIRA argumenta no sentido de não ser esta a correta resolução para o problema do ónus da prova, dada a existência no nosso direito da referida presunção²⁸⁷. Não obstante entender o Autor que “esta distinção é útil e operante”, ainda para mais na área da responsabilidade médica, como veremos. Primeiro, porque permite “realçar que o objeto da prestação médica não é a cura”, segundo, porque “permite discernir (...) atividades ou intervenções para as quais se exige um resultado certo (...) de outras” cuja incerteza faz com que a responsabilidade do insucesso não deva de forma alguma recair sobre o médico²⁸⁸.

Podemos, ainda, encontrar entre nós doutrina colocando em crise a efetividade desta distinção pelo aludido argumento de considerar que todas as obrigações são obrigações de resultado. Para esta parte da doutrina os conceitos de meios e de resultado são relativos, ao que “não existem obrigações que não tenham por objeto a produção de um resultado”²⁸⁹. Veja-se o que dizem MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, os quais entendem que “todas as obrigações estão, em maior ou menor medida, dirigidas à consecução de um resultado, ainda que este resultado se quede pelo cumprimento diligente das *regras da arte*” no que ao médico diz respeito²⁹⁰. E veja-se mesmo MENEZES LEITÃO, o qual concorda com “o argumento de que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação a um fim”, já que o credor tem sempre em vista um resultado²⁹¹.

Também assim entende ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, explicando que todas as obrigações são, em certa medida, obrigações de resultado. Segundo o Autor, a obrigação apresenta-se como “um instrumento orientado para um fim que nela não está contido: a satisfação de um concreto interesse do credor. Este interesse, apesar de exterior à estrutura do vínculo obrigacional,

²⁸⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, pp. 111-112.

²⁸⁷ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 709.

²⁸⁸ Pereira, André Gonçalves Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 715.

²⁸⁹ Conforme explica RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, p. 30.

²⁹⁰ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 203.

²⁹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, pp. 137-138.

desempenha um papel conformador da sua identidade e do regime a aplicar”. Assim, acrescenta, deve distinguir-se entre *resultado mediato* (ou final) e *resultado imediato*. Enquanto aquele primeiro equivale à satisfação do interesse do credor, o segundo equivale à satisfação de um interesse instrumental (comportamento diligente, efetivado de acordo com as regras da arte)²⁹².

Nestes termos, na perspetiva do Autor, a realidade do *resultado* é, pois, plural, por se distinguirem dois tipos de resultados existentes no quadro obrigacional. Quer isto dizer que uma obrigação de meios sempre terá também um resultado que, segundo aquele, é o *resultado imediato*, de adoção da conduta diligente. Conclui o Autor por dizer que “a distinção maniqueísta entre obrigações de meios e de resultado, não parece totalmente de acolher, já que todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente”, ao que “a realidade, plena de matizes, não se deixa subsumir a um esquema bipartido tão redutor”²⁹³.

Diferentemente, atente-se no que diz RICARDO LUCAS RIBEIRO o qual defende que “há que distinguir o interesse final ou primário do credor do interesse instrumental ou de 2.º grau. As obrigações de meios satisfazem um interesse instrumental do credor e, nessa medida, é lícito afirmar que são obrigações de *resultado instrumental ou intermédio*; as obrigações de resultado, pelo contrário, actuam satisfatoriamente o interesse creditório final ou primário e, nestas condições, podem considerar-se obrigações de *resultado final*”. Conclui, assim, dizendo que “os resultados instrumentais ou intermédios que levam ao resultado final não são mais do que *meios* idóneos à sua produção”, ao que as referidas críticas não objetam à utilização da distinção²⁹⁴.

Por último, no sentido de rejeitar a utilidade da distinção, não poderíamos deixar de referir NUNO PINTO DE OLIVEIRA e também RUTE TEIXEIRA PEDRO. Ora, para ilustrar este entendimento, citamos o raciocínio utilizado por aquele Autor, que em nosso ver, não poderia ser mais inteligível, e com o qual concordamos. Afirma o Autor que “[o] conceito de *dever* pressupõe sempre a *liberdade* – e a *liberdade* pressupõe sempre a possibilidade de se fazer, ou de deixar de se fazer, aquilo que se quer. O sujeito só deve aquilo que é livre de fazer; só deve aquilo que pode fazer, ou que pode deixar de fazer; numa palavra: – o sujeito só deve aquilo que depende de si, aquilo que depende da sua *vontade*. O comportamento de uma pessoa depende da sua vontade; o resultado,

²⁹² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, pp. 115-116.

²⁹³ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, pp. 116-118.

²⁹⁴ RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, pp. 31-36.

não – depende (sempre) de circunstâncias estranhas à sua vontade –; *consequentemente*, o devedor só pode prometer um comportamento”²⁹⁵.

NUNO PINTO DE OLIVEIRA sugere, assim, a mudança do foco da distinção das obrigações para outra tipologia: entre *prestações determinadas* e *prestações indeterminadas*, sendo que a obrigação assumida pelo médico é tipicamente uma obrigação indeterminada, como já tivemos oportunidade de referir. De facto, o contrato de prestação de serviços médicos, em regra, apenas determina qual é o objetivo pretendido pelo paciente, situações em que o médico determinará quais os meios a adotar para o alcançar, determinando ou concretizando, assim, a prestação. Segundo o Autor, o conteúdo destas obrigações indeterminadas “determina-se por remissão para o conceito de *cuidado* ou de *diligência*”²⁹⁶.

Já RUTE TEIXEIRA PEDRO sugere que se adote a distinção entre *obrigações fragmentárias de atividade* e *obrigações fragmentárias de resultado*, defendendo que não se deve perspetivar a atividade médica de uma forma global, mas “considerando cada fragmento individualizável da mesma”²⁹⁷. Nos termos deste entendimento, cada obrigação assumida pelo profissional de saúde deve ser individualizada na aferição da sua natureza, sendo que o mesmo poderá assumir obrigações de resultado, enquanto outras serão de meios²⁹⁸.

Ainda assim, a parte da doutrina que aceita a categorização das obrigações em obrigações de meios e obrigações de resultado, a que aludimos, divide-se entre aqueles que cingem as repercussões desta tipologia à aplicação da presunção prevista no artigo 799.º n.º 1 do CC, defendendo a sua aplicação apenas às obrigações de resultado²⁹⁹, ou ambas³⁰⁰, muito embora haja

²⁹⁵ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, pp. 99-100.

²⁹⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, pp. 100-101.

²⁹⁷ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, pp. 98-99. Referindo-se também a este critério veja-se RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, pp. 98-99.

²⁹⁸ Conferir GUERRA, André Fonseca – *Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético: Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito comparado*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. Dissertação de Mestrado, pp. 139-140, a propósito da teoria da atuação fracionada.

²⁹⁹ Veja-se o posicionamento de RICARDO LUCAS RIBEIRO, segundo o qual a distinção da solução no ónus da prova deve ser feita com base nesta tipologia das obrigações. Assim, “ora o devedor promete determinado resultado (...), caso em que, não cumprindo, se presume a sua culpa; ora promete apenas adoptar medidas ou empregar esforços em ordem à obtenção de um resultado (...), caso em que, não cumprindo, tem o credor de provar a sua culpa”. Assim, para o Autor, a presunção de prova da culpa vertida no artigo 799.º n.º 1 do CC só será de aplicar quando a obrigação for de resultado. Em *ob. cit.*, p. 28. Também ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES se refere ao afastamento da presunção quando a obrigação seja considerada de meios. Em *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, pp. 103-105.

³⁰⁰ Desta opinião, refira-se, exemplificativamente, aquilo que dizem MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, os quais, aceitando a distinção, afirmam, porém, que “a importação para o Direito português da referida distinção perturba o funcionamento da presunção de culpa [art. 799.º n.º 1, do CC], estabelecida, sem distinção de natureza”. Na opinião dos

também doutrina defendendo ter a mesma repercussões ao nível da impossibilidade da prestação pelo devedor³⁰¹.

Em todo o caso, devemos lembrar a “falta de operacionalidade das obrigações de meios e de resultado no terreno da responsabilidade extraobrigacional”³⁰², pelo facto de neste campo não podermos falar na violação de obrigações estabelecidas entre as partes, mas na violação de deveres absolutos. A violação de um destes direitos é que originará uma obrigação de indemnizar pelo lesante³⁰³.

Ora, quanto ao nosso entendimento sobre esta questão, pronunciar-nos-emos mais adiante, ao que, agora, vejamos de que modo esta distinção tem sido aplicada especificamente à obrigação contraída pelo médico por via do contrato de prestação de serviços médicos.

4.2. APLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE MÉDICA

A distinção entre obrigação de meios e de resultado assume um papel de grande relevância na responsabilidade civil médica, nomeadamente por via do papel que desempenha relativamente aos requisitos da ilicitude e da culpa, em especial no respeitante ao ónus de prova da culpa, como vimos. Para além disso, também a “incerteza, a incapacidade de controlar completamente os processos causais, as reações fisiológicas específicas do paciente”³⁰⁴ têm levado à discussão da aplicabilidade desta distinção à obrigação do médico.

Do exposto podemos retirar que, considerando-se a obrigação do médico como sendo de resultado, o mesmo incumprirá ao não alcançar tal resultado, ainda que atue diligentemente e de

Autores, a tipificação de certa obrigação como sendo de meios ou de resultado “não deve afastar a presunção estabelecida para a violação do contrato”, ao que a presunção do artigo 799.º n.º 1 do CC dever aplicar-se a ambas as situações. Em *ob. cit.*, p. 203. Em igual opinião também PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 711 e Martinez – Pedro Romano - Responsabilidade civil por acto médico ou omissão do médico, Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. In Freitas, José Lebre de (coord.) [et al.] – *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4319-7. Vol. II, p. 486.

³⁰¹ Quanto a isto veja-se, para uma análise mais detalhada, RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, pp. 88-90. Para o Autor esta questão não se prende com o facto de ser a obrigação de meios ou de resultado, mas com o facto de ser a mesma fungível ou infungível. Conferir também OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de - Direito das Obrigações, Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais, Elementos das relações obrigacionais, Direitos de crédito e direitos reais. Coimbra: Edições Almedina, 2005. ISBN 972-40-2582-9. Vol. I, pp. 152-154.

³⁰² RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, p. 43.

³⁰³ Veja-se a explicação dada por GONÇALVES, Carla – A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1633-2, p. 30.

³⁰⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 708.

acordo com as *leges artis*. Tal significa que o cumprimento da obrigação “depende diretamente da produção ou falta de produção desse mesmo resultado”³⁰⁵, a não ser que o médico consiga demonstrar que a sua não concretização ocorreu devido a causa que não lhe é imputável. Diferentemente, considerando-se a sua obrigação como sendo de meios, o não alcance do interesse final do credor (paciente) não significa incumprimento de obrigação por parte do devedor (médico). Neste caso só haverá incumprimento se aquele proceder com negligência, imperícia ou imprudência, em desacordo com as regras da arte³⁰⁶.

O exemplo clássico de uma obrigação de resultado que geralmente é apontado é aquele da obrigação que é assumida pelo empreiteiro, o qual se obriga à entrega de um resultado final – a obra. Por outro lado, o exemplo clássico de uma obrigação de meios é precisamente aquela que é assumida pelo médico, ou então, pelo advogado. Este último, como sabemos, presta os seus serviços em vista do sucesso da pretensão do seu cliente – fim por ele pretendido –, mas sem poder garantir que tal ocorrerá. Como é bom de ver, também o médico não se obriga a curar o paciente, mas obriga-se tão somente a prestar todos os cuidados que estejam ao seu alcance, através dos seus conhecimentos e técnicas existentes, com vista à cura ou restabelecimento da saúde do paciente. O que não pode o médico, é garantir que a cura será alcançada. Tal significa que, tendo agido prudente e diligentemente, o médico cumpre a sua obrigação, ainda que não consiga curar o paciente.

Neste sentido, a doutrina tem entendido de forma pacífica que, em regra, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meios. Isto nos diz CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA que considera que, em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios ou diligência, “só excepcionalmente será uma obrigação de resultado (em alguns contratos para a realização de operações estéticas ou análises laboratoriais)”³⁰⁷. Assim se tem entendido pois, em regra, no contrato de prestação de serviços médicos a realização do fim pretendido pelo paciente não é garantida, já que a “natureza aleatória do resultado pretendido constitui o principal critério distintivo das duas modalidades de obrigações”³⁰⁸.

³⁰⁵ RIBEIRO, Ricardo Lucas – *ob. cit.*, p. 20.

³⁰⁶ Como refere CARLA GONÇALVES, nas obrigações de meios “o facto de o tratamento médico não ter produzido o resultado esperado, não confere ao paciente o direito de exigir uma indemnização”. Em *A responsabilidade médica objetiva...*, p. 363.

³⁰⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 110. Também, entre muito outros, DIAS, João Álvaro – Procriação assistida e responsabilidade médica. In *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0734-6, p. 251 e PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 709.

³⁰⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, p. 93.

Apesar de o entendimento geral ser o de que o médico assume uma obrigação de meios, a doutrina, cada vez mais, tem aberto espaço a que alguns atos médicos, pela sua especificidade e diminuto grau de risco e imprevisibilidade que comportam (aléa), sejam considerados como obrigações de resultado, em que é exigível ao médico que atinga o fim objeto do contrato. Subjacente a este entendimento, está a ideia de que “a responsabilidade contratual do médico não deve ser colocada em plano de exigência menor do que o correspondente a qualquer outra obrigação”³⁰⁹, ao que situações como a recolha de amostras de sangue ou extrações dentárias, pelo grau de controlo e previsibilidade que o médico detém, têm vindo a ser identificadas como obrigações de resultado.

Existem, porém, situações que não são tão evidentes e em que a doutrina debate a possibilidade de entre o médico e o paciente se poder convencionar a obtenção de um resultado. Nestas situações, diz-nos CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA que “esse compromisso só pode dar-se como assumido quando a interpretação do contrato conduza à conclusão de que o mesmo contrato insere uma cláusula com sentido diferente da (usual) obrigação de tratamento”³¹⁰. Assim, tem-se considerado que é perfeitamente possível que se acorde que uma obrigação que seria de meios passe a ser de resultado, de tal modo, que a prestação apenas se irá considerar cumprida quando o objetivo for alcançado. O mesmo se poderá aplicar ao contrato médico e, em especial, à cirurgia estética³¹¹.

Esta problemática deve ser, contudo, analisada com cautela, já que “os profissionais de saúde poderiam afastar a obrigação de resultado, bastando, para isso, que se comprometessem apenas a fazer uso dos meios técnicos disponíveis”. Por outro lado, “estes mesmos profissionais poderiam se comprometer a prestar um determinado resultado, mesmo que, na prática, não fosse possível assegurar o sucesso da prestação prometida”³¹².

Ainda que se possa admitir a convenção de um resultado relativamente à prática de determinadas intervenções médicas, cujo grau de controlo do médico e previsibilidade o permitam, parece-nos que não serão de aceitar, contudo, cláusulas com o teor daquelas anteriormente

³⁰⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 112.

³¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 112.

³¹¹ Como entende VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de – Obligación de medios y obligación de resultado en la cirugía estética desde la perspectiva del derecho español. In *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 27-28, Ano 14, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, Janeiro/Dezembro 2017, p. 23.

³¹² Problemas apontados por GONÇALVES, Carla – *A responsabilidade médica objetiva...*, p. 363.

referidas, as quais serão sempre de considerar-se nulas nos termos do artigo 280.º do CC, por se revelarem contrárias à ordem pública e ofensivas dos bons costumes ou por versarem sobre objeto física ou legalmente impossível.

Tais cláusulas devem ser consideradas nulas porque, de um lado, seria contrária à lei a recusa pelo médico de uma obrigação de resultado que já é amplamente considerada pela doutrina e jurisprudência como tal (como é o caso das referidas recolhas de amostras de sangue), numa tentativa de se eximir de responsabilidade. De outro lado, porque seria também impensável a possibilidade de um médico poder garantir ao paciente um resultado que sabe desde o início ser inalcançável (ou de pouco provável alcance)³¹³, situação em que o mesmo estaria a agir de forma dolosa e isenta de boa-fé.

Assim, somos do entender de CARLA GONÇALVES, que diz não dever ser possível ao médico afastar uma obrigação de resultado que é pacificamente tida como tal pela comunidade médica, mas, pelo contrário, se o mesmo convencionar uma obrigação de resultado que em princípio não o seria, “deverá responder por aquilo a que se obrigou”^{314 315}.

4.3. A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO CIRURGIÃO PLÁSTICO NA CIRURGIA ESTÉTICA

Na cirurgia estética, a questão de saber se a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é caracterizada por ser de meios ou de resultado, tem gerado enormes divergências a nível doutrinal. Se, por um lado, encontramos doutrina defendendo ser a obrigação do cirurgião plástico uma obrigação de resultado, pelas especificidades do ato médico em causa e das próprias pretensões do cliente, encontramos também, por outro lado, doutrina defendendo que, na verdade, a intervenção do cirurgião plástico comporta riscos como qualquer outra cirurgia, pelo que a sua obrigação deve ser considerada de meios. Por este motivo, a cirurgia estética tem sido a área da

³¹³ Também LUÍS SOUSA se refere a esta questão, afirmando que “pode ocorrer que o médico ou a clínica médica se obrigue em termos de garantir um resultado concreto, mesmo que a assunção de tal obrigação contrarie a sua deontologia profissional atenta a provável impossibilidade médica de cumprir aquela obrigação”. Em *Casos de responsabilidade civil...*, pp. 53-54.

³¹⁴ GONÇALVES, Carla – *A responsabilidade médica objetiva...*, pp. 363-364.

³¹⁵ No mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA que defende que um acordo poderá criar uma obrigação de resultado para o médico, mas não poderá o mesmo afastar uma obrigação de resultado. Em *Direitos dos pacientes...*, pp. 717-718.

medicina que levanta mais questões nesta matéria³¹⁶, pese embora a questão ainda não se encontre suficientemente debatida.

De ressaltar apenas, que esta problemática apenas surge no âmbito das cirurgias plásticas estéticas. Nas cirurgias plásticas reconstrutivas é entendimento pacífico o de que a obrigação do médico é de meios, ao que o mesmo apenas se compromete a empregar os meios ao seu dispor para tentar refazer o panorama estético previamente existente da forma mais aproximada quanto possível. O cirurgião não se obriga, portanto, a alcançar um certo resultado estético. Tal destrição pode suscitar, num primeiro momento, alguma perplexidade, pelo facto de em ambas as situações o cirurgião plástico proceder exatamente à mesma atividade. No entanto, há que lembrar que o ponto de partida e as motivações de um paciente alvo deste tipo de cirurgia plástica – a reconstrutiva – são completamente distintas daquele que decide voluntariamente submeter-se a uma cirurgia estética. Tal circunstancialismo tem impacto direto na aferição da natureza da obrigação do cirurgião.

Como é bom de ver, este ponto de partida e motivações distintas do paciente desempenham um papel decisivo no momento de perceber qual o resultado por si pretendido. Enquanto aquele primeiro se satisfará com a melhor reconstrução possível do seu estado estético anterior, cujo resultado é difícil de prever pela maior complexidade da situação em que se encontra, o segundo não se satisfará com uma mera aproximação ao resultado que motivou a sua procura pelos serviços do cirurgião plástico. É neste sentido que FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS refere, a propósito da cirurgia estética, que há uma “tendência para considerar que no âmbito deste último universo, uma vez que o médico está a intervir em corpo são, a obrigação assumida perante o paciente é de resultado, ao invés de quanto ocorre no âmbito da cirurgia reconstrutiva, onde a atividade médica é classificada como uma clássica obrigação de meios”³¹⁷.

Assim, grande parte da doutrina tem considerado que a cirurgia estética consubstancia uma daquelas exceções à regra geral de que a obrigação do médico é de meios, consubstanciando, assim, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico uma obrigação de resultado. Neste sentido, veja-se a posição de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e, também, ANDRÉ DIAS PEREIRA, que afirmam existir raros casos em que o médico se compromete para além da sua

³¹⁶ CARLA GONÇALVES refere ser a cirurgia estética o exemplo clássico desta problemática na responsabilidade médica. Em *A responsabilidade civil médica...*, p. 30 e *A responsabilidade médica objetiva...*, p. 363.

³¹⁷ MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, pp. 25-26.

obrigação de tratamento, como são exemplo os casos de cirurgia estética³¹⁸. Também RUTE TEIXEIRA PEDRO reconhece que há uma tendência em considerar a obrigação do cirurgião plástico como sendo de resultado, “apesar da sua intervenção como qualquer intervenção cirúrgica envolver riscos”³¹⁹. Em igual sentido, ainda, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA consideram que “há, pois, determinadas obrigações assumidas pelo médico que configuram verdadeiras obrigações de resultado”, como o caso da “cirurgia estética, em relação ao resultado estético prometido”³²⁰.

No entanto, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, vai mais longe que os restantes Autores, e afirma até, que na cirurgia estética “o objeto da prestação devida pelo médico, é uma predeterminada e acordada modificação no corpo humano, equiparável a uma obra”³²¹.

Ora, em entendimento oposto a este último, diz-nos JOSÉ VERDA Y BEAMONTE ser evidente que o médico não tem o mesmo grau de controlo que o empreiteiro sobre a sua prestação, visto haver uma componente de aleatoriedade, que não há para aquele outro. Assim, entende o Autor que, apesar de abrir a hipótese para considerar a obrigação do cirurgião plástico como sendo de resultado, o controlo que o cirurgião plástico tem sobre a sua atividade não é comparável ao elevado grau de controlo que tem o empreiteiro sobre a obra³²². Deste modo, para JOSÉ VERDA Y BEAMONTE, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética é uma obrigação de meios, em que o mesmo se compromete a utilizar todas as técnicas e conhecimentos ao seu dispor para atingir aquilo que é pretendido pelo paciente, ou pelo menos ficar o mais próximo possível. Isto, a não ser que o cirurgião efetivamente garanta a produção do resultado³²³.

Em regra, quem se submete a uma cirurgia estética, fá-lo com o intuito de alcançar um resultado, situação da qual o cirurgião plástico tem perfeita noção. Aliás, pode até considerar-se haver muitas vezes uma garantia implícita do êxito da intervenção estética, a qual é utilizada pelas clínicas privadas para a captação de clientes³²⁴. Indo mais longe, tal como lembra ANDRÉ DAIS PEREIRA, aquando da determinação da sua obrigação de tratamento, frequentemente (se não na totalidade dos casos) o cirurgião plástico utiliza fotografias de anteriores procedimentos por si

³¹⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 112 e PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 713.

³¹⁹ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 102.

³²⁰ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 204.

³²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *ob. cit.*, p. 112.

³²² VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de – *Obligación de medios y obligación de resultado en la cirugía estética...*, pp. 23-25.

³²³ VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de – *Obligación de medios y obligación de resultado en la cirugía estética...*, p. 30.

³²⁴ Como refere VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de – *Obligación de medios y obligación de resultado en la cirugía estética...*, p. 30.

realizados para perceber qual é o resultado pretendido pelo paciente³²⁵. Quando esse comportamento não se verifica pela parte do médico, procede da parte do próprio paciente, que recolhe imagens ilustrativas do resultado que pretende, de modo a complementar a sua explicação e indicar com maior precisão qual é o resultado que pretende. Circunstância que torna evidente, portanto, a prossecução do resultado que subjaz ao contrato de prestação de serviços médicos³²⁶.

De tudo isto podemos retirar que, de facto, o resultado da cirurgia estética a realizar pelo médico “não está inteiramente na sua dependência”³²⁷, já que qualquer cirurgia comporta riscos, como se disse. No entanto, não podemos olvidar a circunstância de a estas específicas intervenções médicas estar associada a pretensão de obtenção de um resultado concreto pelo paciente que, em geral, é praticamente garantido pelo cirurgião plástico.

Com efeito, apesar de parte da doutrina vir associando a obrigação do médico cirurgião em cirurgia estética às obrigações de resultado, opiniões têm surgido no sentido de desassociar a mesma desta tipologia de obrigações, como decorre da doutrina analisada. De facto, tem se entendido que, apesar de não ser suficiente a tipificação da obrigação do cirurgião plástico como sendo de meios por não corresponder à realidade prática daquelas que são as manifestações de vontade das partes, também não é totalmente correto afirmar que aquela se trata de uma verdadeira obrigação de resultado, como vimos ser a do empreiteiro, ou mesmo a do profissional médico que procede a uma recolha de sangue.

ANDRÉ DIAS PEREIRA, apoiado na jurisprudência italiana, refere uma distinção que nos parece bastante útil, que é aquela entre *intervenções de fácil execução* e *intervenções de difícil execução*³²⁸. Segundo explica, no primeiro caso o ónus da prova da culpa impenderá sob o médico, enquanto no segundo é ao paciente que cabe demonstrar que o insucesso do procedimento

³²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 718.

³²⁶ Também ANDRÉ FONSECA GUERRA, na sua Dissertação de Mestrado orientada por ANDRÉ DIAS PEREIRA, se refere ao facto de a obrigação do médico ser de resultado quando o mesmo “promete que sua intervenção terá um resultado determinado, utilizando (...) modelos ou croquis que possibilitam ao paciente visualizar o resultado final da intervenção”. Em *ob. cit.*, p. 122.

³²⁷ Como já diziam ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 202.

³²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 716. Também JOÃO ÁLVARO DIAS se refere a esta ideia, mas através daquilo a que chama *critério da álea*, nos termos do qual, será uma obrigação de meios aquela em revestir um grande carácter aleatório, sendo que a obrigação de resultado será aquela em que a aleatoriedade não está presente ou está infimamente presente. Em *Procriação assistida e responsabilidade médica...*, pp. 251-255. Adicionalmente, também MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA se referem à questão afirmando que “tem-se defendido que a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios depende da questão de saber se a atuação médica em causa comporta uma margem de risco ou se, perante o estado atual da ciência, a incerteza é praticamente inexistente quanto à obtenção do resultado. Neste último caso, a obrigação será de qualificar como obrigação de resultado”. Em *ob. cit.*, p. 204.

decorreu de culpa do médico. Parece-nos que, na prática, tal distinção se adegue mais à atividade médica e, em específico, à cirurgia estética. De facto, é fácil de compreender que, se um determinado ato médico não oferece grande complexidade, sendo um ato de fácil execução e praticamente isento de risco, advindo do mesmo um dano para o paciente, é altamente provável que tal se deveu a culpa do médico.

Do mesmo modo, também a distinção entre *obrigações fragmentárias de atividade* e *obrigações fragmentárias de resultado*, anteriormente referida, poderá aqui consubstanciar uma ajuda, na delimitação da obrigação do médico em cirurgia estética.

Em todo o caso, podemos concluir que a cirurgia estética tem vindo a ser considerada como um dos casos em que uma obrigação do médico pode traduzir-se numa obrigação de resultado, devido à preponderância que o resultado assume na vontade de contratar do paciente e visto o médico incutir, na prática, uma séria expectativa de concretização desse resultado. Isto, muito embora exista doutrina defendendo posição oposta, com o fundamento de que a obrigação do médico em cirurgia estética continua sendo uma obrigação de meios. Havendo mesmo, como vimos, doutrina defendendo o afastamento da aplicação desta distinção à atividade médica, por considerar que a tónica deve ser colocada noutros pontos. Importa, contudo, analisar qual o posicionamento que tem sido adotado pelo STJ.

4.4. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ACÓRDÃO DE 17 DE DEZEMBRO DE 2009

Da análise jurisprudencial levada a cabo, podemos afirmar que os Tribunais portugueses, e em especial o STJ, têm aceite a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, sendo que têm vindo a ser desvendadas algumas intervenções médicas como constituindo uma obrigação de resultado³²⁹. Ora, um desses casos é precisamente o da cirurgia estética, em que o STJ já se posicionou quanto à questão de saber qual a natureza da obrigação do médico cirurgião em cirurgia estética.

³²⁹ Exemplificativamente: no Ac. de 4/3/2008, relatado por FONSECA RAMOS, o STJ afirma as análises clínicas, a radiologia, entre outros, como obrigações de resultado; no Ac. do STJ de 7/10/2010, relatado por FERREIRA DE ALMEIDA, o Tribunal reconhece a obstetrícia como sendo também uma obrigação de resultado; no Ac. do STJ de 15/12/2020, relatado por RICARDO COSTA, o Tribunal refere o procedimento cirúrgico de extração com anestesia local como se tratando de uma obrigação de resultado.

Da análise da sua jurisprudência, podemos perceber que também o STJ tem tido dificuldades quanto à aplicação desta distinção à cirurgia estética ou, genericamente, às intervenções que não se revelam como necessárias do ponto de vista da saúde. Se, em alguns casos, o Tribunal entende tratar-se a obrigação assumida pelo cirurgião como uma obrigação de resultado³³⁰, noutros entende tratar-se esta de uma obrigação de *quase-resultado*³³¹, sendo que ficou célebre nesta matéria o seu Acórdão de 17 de dezembro de 2009, relatado por PIRES DA ROSA.

Em tal decisão, o STJ lembra a importância da delimitação da obrigação do cirurgião plástico para se perceber se estamos ou não perante um incumprimento da obrigação assumida, mas acaba por não enquadrar a obrigação como sendo de meios ou de resultado. Diferentemente, o Tribunal afirma ser a obrigação do cirurgião plástico em cirurgia estética uma obrigação de *quase resultado*. Nos termos deste entendimento, apesar de não se tratar de uma obrigação de meios, dada a importância que assume o resultado, e não sendo também uma efetiva obrigação de resultado, por o profissional médico não se obrigar “em absoluto” com um resultado – dado que “há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja” – a obrigação do cirurgião plástico sempre será uma obrigação de quase resultado, onde só o resultado “vale a pena” (para ambas as partes).

Fundamenta o Tribunal a sua posição afirmando que na cirurgia estética, ao contrário do que acontece com as outras áreas de atuação médica, o paciente não tem um ponto de partida mais desfavorável que faça com que o risco de insucesso da intervenção médica compense o avançar da sua situação patológica. Na cirurgia estética “ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde”, usando as palavras do próprio Tribunal. Assim, é avançada uma posição intermédia, constituindo a obrigação de *quase resultado* um meio termo entre as obrigações de meios e de resultado³³².

Chamamos a atenção para a declaração de voto de CUSTÓDIO MONTES, com a qual concordamos (como fundamentaremos de seguida), em que refere o mesmo que diante da

³³⁰ Ac. do STJ, de 15/12/2011, relatado por GREGÓRIO SILVA JESUS.

³³¹ Ac. do STJ de 17/12/2009, relatado por PIRES DA ROSA e, no seu seguimento, Ac. do STJ de 2/6/2015, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Ac. do STJ de 21/2/2019, relatado por OLIVEIRA ABREU.

³³² Referindo-se ao surgimento de uma obrigação intermediária a propósito da cirurgia estética, conferir GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, pp. 137-139.

“dificuldade em estabelecer a fronteira entre obrigação de meios e obrigação de resultado, importa é considerar, caso a caso, qual o grau aleatório do resultado para, desse modo, se saber se é ou não de exigir do devedor um mero comportamento diligente ou um comportamento garantístico do resultado”. Assim, explica, não faz sentido o enquadramento da obrigação do cirurgião plástico estético avançado no Acórdão, ainda para mais no quadro em que nos encontramos, em que “grande parte da doutrina já contesta a classificação das obrigações como obrigações de meios ou de resultado”.

CUSTÓDIO MONTES acaba por chegar a uma resolução semelhante à adotada no Acórdão, admitindo, porém, que no caso em apreço a obrigação seria de considerar como sendo de resultado, pelo facto de se tratar de uma cirurgia de cunho unicamente estético em que à paciente não foram dadas as devidas informações, nomeadamente os riscos e a probabilidade de se frustrar o êxito da intervenção. Assim, nada lhe faria prever, pela atuação do médico, que o resultado pudesse não ser alcançado (ou ainda que alcançado inicialmente, pudesse frustrar-se).

Em todo o caso, este entendimento – de haver uma obrigação de *quase resultado* – tem sido reiteradamente adotado pela jurisprudência do STJ, como se poderá depreender dos acórdãos do STJ de 2 de junho de 2015 e de 2 de dezembro de 2020, relatados por MARIA CLARA SOTTOMAYOR ou do acórdão do STJ de 21 de fevereiro de 2019, relatado por OLIVEIRA ABREU, que seguiram a mesma linha de pensamento.

4.5.UTILIDADE DA DISTINÇÃO

Da análise doutrinária e jurisprudencial efetuada, e por tudo quanto ficou dito, podemos verificar que esta distinção tem vindo a perder importância no âmbito da responsabilidade médica. Parece-nos que se pode afirmar até que, em termos práticos, não é totalmente coerente vislumbrar a matéria da responsabilidade médica deste ponto de vista, em especial no que à cirurgia estética diz respeito. Apesar de a distinção entre obrigações de meios e de resultado consubstanciar um assunto apaixonante em termos teóricos, entendemos que o mesmo não tem a utilidade prática que seria de esperar. Motivo pelo qual nos parece que a tentativa de categorização da obrigação do médico na cirurgia estética como uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado leva a apenas a maiores confusões num assunto que por si já não é evidente.

Na verdade, a prestação a que se obriga o médico cirurgião em procedimentos desta natureza deve ser aferida de acordo com o caso concreto e tendo em conta aquela que foi a informação transmitida pelo profissional de saúde ao paciente, independentemente de se entender que a sua obrigação, em termos genéricos, possa aproximar-se das obrigações de meios ou de resultado. De facto, de nada nos vale, analisada a problemática, tentar chegar a um entendimento genérico – de que, por exemplo, a obrigação do cirurgião plástico é de resultado – se poderão haver (e com certeza as haverá) intervenções médicas estéticas em que tal não se verifica³³³.

Concordamos, portanto, com ANDRÉ DIAS PEREIRA quando, ao analisar o posicionamento do STJ acima descrito, afirma que “o reforço do dever de esclarecimento é a chave da solução destes casos”³³⁴. Razão pela qual somos em querer que, ainda que nos pareça que a obrigação do cirurgião plástico em cirurgia estética se aproxima *lato sensu* da uma obrigação de resultado, não seria correto – ou melhor, seria mesmo falacioso – proceder a uma tal generalização, visto que na prática e no surgir dos casos em concreto, pelas suas especificidades, o mesmo pode não se verificar. Isto, quer por motivos de a intervenção estética específica não o permitir, quer por motivos do cirurgião plástico a tal não se ter vinculado (devido às idiossincrasias do caso concreto e do paciente em concreto)³³⁵.

Corroborando esta ideia, veja-se o que é dito por ANDRÉ FONSECA GUERRA, quando afirma que “[t]odo posicionamento extremo no Direito é discutível”, ilação que se aplica à problemática aqui em questão. Concordamos com o seu entendimento, ao explicar que “não há que se falar em obrigatoriedade, em predeterminação” do tipo de obrigação, já que em seu ver “a vontade das partes pode fazer com que uma obrigação de meios se converta em uma de resultado, assim como a última poderia se converter na primeira”³³⁶.

³³³ Assim, não podemos deixar de concordar com NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, quando afirma estar convencido “de que não faz grande sentido dizer-se que há uma obrigação de resultado em todas as intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde. As intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde, como, p. ex., as cirurgias estéticas, podem ter uma margem de risco relevante — desde que o paciente seja esclarecido ou informado sobre a margem de risco da intervenção, deve considerar-se que a prova de que não foi alcançado o fim pretendido é insuficiente”. Em *Ilícitude e culpa...*, p. 102.

³³⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 726.

³³⁵ Talvez neste ponto resida a extrema dificuldade da doutrina e jurisprudência em definir a natureza da obrigação assumida pelo médico na cirurgia estética. Isto, é, no facto de poderem verificar-se na prática inúmeras variantes, relacionadas com a intervenção em si ou com o corpo do próprio paciente, que poderão alterar a previsibilidade de alcance do resultado e que, a ocorrerem, fogem completamente ao controlo do médico. Exemplificativamente, só o facto de no pós-operatório exigirem cuidados ao encargo do paciente que poderão influenciar o resultado final, demonstra o quão o resultado pode não se encontrar na dependência do médico.

³³⁶ GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, p. 120.

Quer isto dizer que, na ótica do julgador, encontrando-se o mesmo perante um litígio respeitante à cirurgia estética, deverá atentar às concretas circunstâncias do caso e à informação prestada pelo médico, para aferir a natureza da obrigação por si assumida³³⁷. Neste sentido, o ponto fundamental não é a natureza da obrigação em si, mas todo esse circunstancialismo. Temos em que, tal como ANDRÉ DIAS PEREIRA, “[s]omos de perceber que apenas se pode tornar uma obrigação de resultado em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das informações que o médico fornece ao doente”³³⁸.

Por outro lado, se bem pensarmos, a consequência da aplicação desta distinção à cirurgia estética seria tão somente a inversão do ónus da prova da culpa³³⁹, já que, nos termos da distinção demogouiana, sendo a obrigação do cirurgião plástico considerada de resultado, e não sendo esse resultado atingido, o incumprimento procederá de culpa do cirurgião, o que não ocorreria na situação inversa. Contudo, não é preciso forçar o enquadramento da cirurgia estética no âmbito das obrigações de resultado para que ocorra uma inversão do ónus da prova, e bem assim, se aligeire a dificuldade probatória do paciente lesado. Na verdade, existem outras formas de inversão do ónus da prova que permitem igualmente balancear a desigualdade prática que existe neste tipo de relações jurídicas e que se poderão coadunar melhor com a cirurgia estética. Vejamos.

Como tivemos já oportunidade de analisar, uma parte significativa da doutrina e jurisprudência tem vindo a entender que a presunção de culpa constante do regime da responsabilidade contratual, nomeadamente no artigo 799.º n.º 1 do CC, deverá ser aplicável aos casos de responsabilidade civil médica independentemente de se entender a obrigação do médico como sendo de meios ou de resultado, por ter sido fixada independentemente de tal distinção³⁴⁰, termos em que a utilidade da mesma é logo ultrapassada.

De facto, a presunção do artigo 799.º n.º 1 do CC, relativa ao ónus da prova da culpa, é de aplicar independentemente do tipo de obrigação, sendo irrelevante (para esta questão) que se

³³⁷ Neste sentido veja-se o Ac. do STJ, de 15/12/2011, relatado por GREGÓRIO SILVA JESUS, onde se diz: “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”.

³³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 721. Também deste entendimento veja-se DIAS, João Álvaro – *Procriação assistida e responsabilidade médica...*, p. 253. Nas palavras do Autor, “[a] exigência que não raro se associa às intervenções estéticas tem antes a ver com problemas como a informação a prestar ao paciente e a obtenção do seu consentimento”.

³³⁹ Sendo certo que ao nível da ilicitude também implicações existem, embora de menor monta, poder alterar-se o esforço probatório a cargo do paciente.

³⁴⁰ Em igual sentido OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, pp. 104 e ss.

considere a obrigação do cirurgião plástico como sendo de meios ou de resultado. Isto, porque sempre se presumirá a culpa do médico quando o paciente prove o incumprimento ou cumprimento defeituoso. Além disso, consideramos que, mesmo nas situações de violação de um direito absoluto em que se suscita o problema do concurso de responsabilidades, sempre será de aplicar esta norma, quer seja por via da adoção do sistema do cúmulo, quer seja pela via do sistema do não cúmulo.

Ainda que assim não se entenda, existem outras formas de inversão do ónus da prova que melhor se coadunarão com a questão em apreço e, bem assim, conseguirão facilitar a prova por parte do paciente. Veja-se, para isto, o que nos diz NUNO PINTO DE OLIVEIRA, que afirma poder utilizar-se uma de duas vias para que se proceda à inversão do ónus da prova de que a diligência exigível foi omitida pelo médico. Primeiramente, podemos recorrer à chamada prova *prima facie* ou de *primeira aparência*, naquelas intervenções médicas em que há a produção de um resultado desproporcionado, cuja experiência comum torna evidente que a verificação de tal factualidade só se poderá dever a erro do médico³⁴¹. Com esta figura procede-se à inversão do ónus da prova da culpa, pelo facto de se ter verificado um resultado claramente desproporcional³⁴². Depois, refere o Autor, poderá admitir-se a existência de casos ou grupos de casos “em que a prova da omissão da diligência exigível não é necessária”³⁴³.

Para além destas hipóteses, encontramos mesmo quem defenda a criação de um regime próprio de responsabilidade civil médica que esclareça esta questão e que dê à obrigação do médico a posição intermédia que merece³⁴⁴.

Em todo o caso, somos a concluir, como se referiu, que a questão não é tão linear como se poderia pensar, não se podendo escolher sem mais entre um e outro tipo de obrigação, pelo menos no que à obrigação do médico diz respeito. Neste sentido, sublinhamos que a tónica desta questão se encontra na informação e esclarecimento do paciente. Em cirurgia estética, o médico que “descumpra tal dever, não informando sobre os riscos do ato médico, estará assumindo esses

³⁴¹ Também FILIPE MATOS se refere à importância da prova *prima facie* no contexto da responsabilidade civil médica. O Autor lembra, porém, que a presunção estabelecida no artigo 799.º n.º do CC sempre colocará o paciente numa posição mais segura do que o recurso à prova *prima facie*. Conferir MATOS, Filipe de Albuquerque – *ob. cit.*, pp. 26-27.

³⁴² Caberá, assim, ao médico provar que não existe um nexo causal entre o facto e o dano. Conferir SOUSA, Luís Filipe Pires de – O ónus de prova na responsabilidade civil médica. In *DataVenía, Revista Jurídica Digital*. N.º 8. Ano 6, junho de 2018, p. 15.

³⁴³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, p. 87.

³⁴⁴ Veja-se a este propósito GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, pp. 125-128.

riscos que porventura se materializem e produzam danos ao paciente”³⁴⁵, por passar uma ideia de certeza de obtenção da pretensão do paciente, pela qual deverá responder – ainda que a obrigação em questão, em princípio, não fosse de qualificar como sendo de resultado.

Assim, tal como conclui ANDRÉ FONSECA GUERRA, “o descumprimento na obtenção do consentimento informado poderia decretar uma obrigação de resultado”, ao que também a nós nos parece que o dever de informação que impende sobre o médico e efetivo esclarecimento do paciente, constituem uma “ferramenta ímpar para iluminar as dificuldades de caracterização da obrigação médica”³⁴⁶.

Com isto, concluímos com a ideia de que o médico é a parte em posição de maior poder nesta relação contratual, pelo facto de em si se concentrarem todos os conhecimentos técnicos atinentes à atividade objeto do contrato. Temos em que, não poderíamos aceitar que o médico, ao não cumprir devidamente com o seu dever de informar, por imprimir no paciente uma expectativa de certeza na obtenção do resultado que não corresponde à verdade, colocasse o paciente desnecessariamente em risco, sem que as consequências lhe fossem imputadas³⁴⁷. Assim, o médico apenas se poderá valer das consequências atinentes a uma obrigação de meios, se tiver cumprido com o seu dever de informar e, bem assim, tiver alertado o paciente para todos os possíveis riscos da intervenção. Caso não o tenha feito, a obrigação será de considerar de resultado³⁴⁸.

Em suma, entendemos que a distinção demoguiana entre obrigações de meios e de resultado tem diminuta relevância no respeitante à tutela do paciente – e também do médico, diga-se – em cirurgia estética, como já dizia ANDRÉ FONSECA GUERRA. Por tudo quanto ficou dito, entendemos apresentar-se de forma evidente a ideia de que o dever de informação é decisivo na determinação da obrigação do cirurgião plástico. Motivo pelo qual, é natural que venham surgindo cada vez mais entendimentos, como aquele que perfilhamos, no sentido de que “se utilizem de outros mecanismos, capazes de conciliar a vontade das partes e a compreensão das influências

³⁴⁵ GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, p. 142.

³⁴⁶ GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, p. 142. Como já diziam JOÃO ÁLVARO DIAS e ANDRÉ DIAS PEREIRA, como se referiu.

³⁴⁷ Não devemos, no entanto, confundir aqui as situações em que o médico aborda o paciente com otimismo e com confiança no êxito da intervenção. Situações que são perfeitamente admissíveis e, mesmo, desejáveis, como já referia JOÃO ÁLVARO DIAS, e que não devem ser confundidas com a assunção de obtenção de um resultado. Em *Procriação assistida e responsabilidade médica...*, p. 254.

³⁴⁸ Seguimos a linha de pensamento adotada por ANDRÉ FONSECA GUERRA. Do mesmo modo, admitimos que, uma vez alertado de todos os possíveis riscos da intervenção médica, o paciente possa decidir assumi-los, situação na qual sobre o médico recairá apenas uma obrigação de meios. Conferir GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, pp. 144-145.

da álea no corpo humano com o ordenamento jurídico”³⁴⁹, já que a análise casuística de que dependem as situações de cirurgia estética não é compatível com a aplicação da distinção ora em análise.

³⁴⁹ GUERRA, André Fonseca – *ob. cit.*, p. 123.

CAPÍTULO III

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO EM CIRURGIA ESTÉTICA

Sumário: 1. A falha médica no caso de cirurgia estética. 1.1. Violação das *leges artis*. 1.2. Violação do dever de informar. 1.3. As *leges artis* como ponto de partida. 2. Imputação subjetiva dos danos à conduta médica. 2.1. A presunção de culpa do artigo 799.º n.º 1 do Código Civil. 3. Os danos e o nexos causal entre eles e o ato médico. 3.1. O dano. 3.2. O nexos de causalidade.

1. A FALHA MÉDICA NO CASO DE CIRURGIA ESTÉTICA

Como resulta do até agora exposto, o cirurgião plástico, no exercício da sua atividade e na relação que estabelece com o paciente, tem de respeitar os “direitos que compõem a relação jurídica de prestação de cuidados de saúde”³⁵⁰, os quais resultam, desde logo, das obrigações contratualmente assumidas.

Como vimos, o médico não é já perspetivado de um pedestal, como o foi durante séculos, ao que, desempenhando defeituosamente a sua atividade, poderá ser obrigado a indemnizar os danos por si causados, nos termos da responsabilidade civil. O paciente já não se limita apenas a conformar-se com o insucesso da intervenção médica, mas cada vez mais toma posição na busca de respostas e, bem assim, de responsabilidades.

Destarte, para que efetivamente estejamos perante um caso de responsabilidade civil do médico em cirurgia estética, é necessário que haja uma falha ou erro médico que tenha provocado danos na esfera jurídica do paciente. De outro modo, não poderíamos falar em responsabilização do médico. Encontra-se aqui em causa – quando nos referimos à falha médica – o requisito de ilicitude da conduta do médico, um dos requisitos de aplicabilidade da responsabilidade civil. Assim, embora tenhamos já tocado nos requisitos da responsabilidade civil aplicados à responsabilidade médica de forma pontual ao longo deste trabalho, é imprescindível que lhe

³⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 293.

façamos agora uma referência expressa, na medida em que as especificidades do campo médico, e da cirurgia estética mais especificamente, o justifiquem.

Ora, encontrando-se subjacente à responsabilização do médico a ocorrência de uma falha médica³⁵¹, é importante analisar em que se consubstancia a mesma e em que situações pode ocorrer e sob que forma. Sendo certo que a falha médica consubstanciará o preenchimento do requisito da ilicitude da conduta médica, como dizíamos, o qual a doutrina³⁵² admite estar associado a um desrespeito pelas *leges artis*.

De facto, a ilicitude traduz um juízo de censura objetivo sobre a conduta do médico, por violação de regras ou comportamentos que deveria observar. Assim, a conduta médica é ilícita quando o médico devia, de acordo com as regras da arte médica, ter adotado um determinado comportamento e adotou um outro – não considerado (pelas *leges artis*) como indicado ou mais adequado à situação *in casu* – que originou prejuízos para o paciente.

Antes de qualquer outro aprofundamento, devemos referir que a ilicitude em responsabilidade civil médica poderá traduzir-se, quer na violação de direitos relativos, quer na violação de direitos absolutos, o que leva a distinguir-se entre casos de responsabilidade contratual e extracontratual. Enquanto nos primeiros a ilicitude se traduzirá num incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato³⁵³, nos segundos traduzir-se-á na violação de um direito absoluto, como sejam, no nosso caso, os direitos de personalidade.

Contudo, como tivemos já oportunidade de ver a propósito do problema do concurso de regimes de responsabilidade, a cirurgia estética é o caso por excelência em que a ilicitude consubstancia, não raras vezes, uma violação simultânea de ambos os tipos de deveres, por se verificar um incumprimento defeituoso da prestação acordada, o qual viola direitos de

³⁵¹ Lembrando que a ocorrência de uma falha médica não significa necessariamente encontrarem-se preenchidos os pressupostos para uma responsabilização do médico. Na verdade, pode ocorrer uma falha médica sem que se verifiquem todos os pressupostos da responsabilidade, circunstância que o médico não será responsável.

³⁵² Esta identificação da ilicitude da atuação médica com aquilo que possa ser um desvio ou desrespeito pelas regras da arte é bastante evidente na doutrina. Veja-se, por exemplo, o que diz ANA AMORIM ao referir que a ilicitude “[e]stá muito próxima da violação das *leges artis*”, em A responsabilidade do médico enquanto perito. Vila Franca de Xira: Petrony, 2019. ISBN 978-972-685-273-5, p. 129; ou o que diz MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA ao referir que “não haverá, em regra, violação desta obrigação sem a violação das regras da arte”, em *ob. cit.*, pp. 295-296. No mesmo sentido, PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Direitos dos pacientes...*, pp. 703-704; MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 133 e RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 45.

³⁵³ Em regra, a ilicitude na responsabilidade civil médica surge através da do cumprimento defeituoso e não do incumprimento contratual, pois o médico cumpre com aquilo a que se obrigou, sendo que os problemas surgem quando cumpre de forma defeituosa.

personalidade do paciente por causar nele lesões ou então por originar uma aparência física não desejada – podendo resultar, assim, danos que, dependendo da sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Podemos dizer que, normalmente, um contrato não abarcaria a responsabilidade por violação de direitos absolutos – mas tão somente direitos relativos – pois não é essa a sua finalidade. No entanto, o contrato de prestação de serviços médicos é um dos poucos em que o conteúdo do contrato diz respeito a direitos *erga omnes* (direito à integridade física, direito à vida e por aí vai) e, bem assim, a ressarcibilidade dos mesmos encontra-se ao abrigo do contrato³⁵⁴.

1.1.VIOLAÇÃO DAS *LEGES ARTIS*

As situações mais evidentes de ocorrência de uma falha médica são aquelas em que há um erro no tratamento. Falamos, assim, de um incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação de tratamento, o qual pode ocorrer de diversas formas. Desde logo, pode verificar-se através de um erro na eleição do método de diagnóstico ou do método terapêutico, quando estes “não se adequam, de forma manifesta”³⁵⁵. Pode surgir devido a erro de diagnóstico, nomeadamente quando, por existirem muitos sintomas comuns a várias patologias o médico procede a um diagnóstico que não é o correto – situação em que “não pode dizer-se, com certeza, que o erro médico seja sempre erro ilícito” –, ou pura e simplesmente quando se realiza uma “avaliação errada da situação clínica do doente”, ou ainda, quando ocorre de se “omitir a realização de exames ou outros métodos de diagnóstico”³⁵⁶. Pode também verificar-se erro médico quanto à aplicação do método terapêutico escolhido, situação em que tal aplicação “é feita sem a correção técnica exigível” ou, referindo-nos especificamente à cirurgia estética, “a cirurgia é levada a cabo de forma tecnicamente incorreta”³⁵⁷.

Tratam-se, assim, de situações em que, com a aplicação do ato médico escolhido, se percebe que esse não seria o mais adequado a alcançar a pretensão do paciente, ou então que, tendo sido realizado, o mesmo fora executado sem a correção necessária, causando complicações para o paciente ou originando uma aparência diversa daquela que era por ele pretendida. Veja-se,

³⁵⁴ Conferir MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, p. 81.

³⁵⁵ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 296.

³⁵⁶ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 298.

³⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 297.

por exemplo, a situação do Ac. do STJ de 2 de dezembro de 2020, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, em que (em traços gerais) a paciente procedeu a um conjunto de intervenções cirúrgicas estéticas para harmonização facial e acabou por ficar com o rosto desfigurado devido ao facto das intervenções não terem sido executadas com a correção necessária – existindo, portanto, erro na aplicação do método terapêutico. Outro exemplo poderá ser o do Ac. do STJ de 17 de dezembro de 2009, relatado por PIRES DA ROSA, em que, muito embora o Tribunal tenha admitido que “o réu aplicou a próteses mamárias de modo correcto”, estava em causa o facto de ter havido erro na escolha da terapêutica utilizada, não tendo sido escolhidas pelo médico as próteses mamárias que melhor se adequariam à situação da paciente – facto que acabou por não se dar como provado –, tendo, contudo, o Tribunal afirmado que a “*intervenção não foi precedida de análise ou diagnóstico que permitisse saber que tipo de prótese colocar*”. Esta situação originou um resultado estético que não era o desejado pela paciente, devido a erro no diagnóstico, por ter sido omitida a realização de exames ou outros meios de diagnóstico que se afiguravam necessários.

Nestes casos, independentemente do que se entenda relativamente ao pressuposto da culpa – situação que temos vindo a aflorar e que trataremos mais atentamente de seguida –, o paciente terá de provar a ilicitude da conduta médica, isto é, terá que fazer prova de que o final alcançado não corresponde ao acordado, ou que as complicações advindas do ato médico, se deveram a uma violação das *leges artis* por parte do profissional médico e, bem assim, consubstanciam um erro médico. Para responsabilizar o médico, o paciente tem então de provar o desvalor objetivo da sua atuação, no sentido de demonstrar que ao mesmo era exigível que atuasse de outro modo, o que não fez, originando para si prejuízos suscetíveis de ser indemnizados. Isto traduz-se em dizer que o médico devia ter escolhido outra terapêutica ou devia tê-la aplicado de outro modo e não o fez.

No caso da cirurgia estética, por nos encontrarmos muitas das vezes perante uma obrigação de resultado, bastará ao paciente demonstrar a desconformidade entre o resultado pretendido e aquele que efetivamente foi obtido³⁵⁸. Tal será suficiente para que o paciente

³⁵⁸ Quando a obrigação assumida pelo médico for considerada uma obrigação quanto ao resultado, a posição probatória do paciente estará especialmente facilitada nas situações em que ocorra “a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado” as quais serão “a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor”, conforme é afirmado pelo STJ no seu ac. de 17 de dezembro de 2009, relatado por PIRES DA ROSA.

demonstre ter ocorrido um cumprimento contratual defeituoso³⁵⁹ ³⁶⁰. Inversamente, sendo a obrigação do médico considerada como sendo uma obrigação de meios, tal não bastará, tendo o paciente de demonstrar que os meios utilizados não foram os adequados ou os suficientes, por ter existido uma falta de cuidado e de zelo por parte do médico e não ter o mesmo adotado os meios que lhe eram exigíveis. Significa isto, que o paciente terá que demonstrar quais as regras que, segundo as *leges artis*, deviam ter sido adotadas e demonstrar quais foram efetivamente adotadas, evidenciando a desconformidade entre elas. Tal aferir-se-á “a partir das normas jurídicas de comportamento e da referência às regras previstas pelo respectivo setor de atividade”, que neste caso é a medicina estética³⁶¹.

No nosso ordenamento jurídico, o ónus da prova é perspetivado de um ponto de vista objetivo, o que significa dizer que aquele que se encontra onerado com o ónus de provar determinado facto é que sofre as consequências da falta de prova do mesmo³⁶². Ora, o ónus da prova é importantíssimo quando falamos na prática decisória dos tribunais, e bem assim, pode ser decisivo na resolução de um caso concreto. Tal importância é bem patente nas ações de responsabilidade civil, ainda para mais, nas ações de responsabilidade civil médica, ao que podemos perceber que também aqui a distinção entre tratar-se a obrigação do cirurgião plástico de uma obrigação de meios ou de resultado, terá grande relevância prática – ao nível processual. Considerar-se certa obrigação como comprometendo o médico quanto ao resultado ou, contrariamente, comprometendo-o quanto aos meios, faz toda a diferença no momento da prova do requisito da ilicitude, que pode tornar-se mais ou menos penosa para o lesado.

Esta maior ou menor facilidade de prova para o paciente lesado pode ser elucidada através dos acórdãos que anteriormente se referiram. Note-se, por exemplo, o caso da paciente que se submeteu a diversas intervenções cirúrgicas estéticas para harmonização facial e acabou por ficar com o rosto desfigurado pelo facto de as intervenções não terem sido executadas com a correção necessária. Nesta situação, ser a obrigação do médico considerada uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado faria uma grande diferença em termos de esforço probatório para a

³⁵⁹ Na doutrina, veja-se, por exemplo, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, quando afirmam que, quando esteja em causa uma obrigação de resultado “a demonstração da ilicitude basta-se com a prova de que o resultado esperado não foi alcançado”. Em *ob. cit.*, p. 296.

³⁶⁰ Em sentido contrário veja-se RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 48. No seu entendimento a ilicitude não pode resultar “do mero facto de o resultado obtido não ser aquele [médico] almejado”.

³⁶¹ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p.130.

³⁶² PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora 2004. ISBN 972-32-1247-1, pp. 187-188.

paciente, já que, a ser a obrigação considerada de resultado, a mesma apenas terá de fazer provada do resultado acordado, o qual confrontado com o resultado obtido seria claramente demonstrativo do incumprimento (demonstrando-se o preenchimento do requisito da ilicitude). Se, diferentemente, a obrigação do cirurgião plástico fosse considerada uma obrigação de meios, teria de ser feito todo um outro esforço probatório pela paciente, no sentido de demonstrar qual foi a conduta adotada pelo médico, demonstrar quais eram as *leges artis* aplicáveis à situação, para assim demonstrar a desconformidade entre uma e outras. Como temos vindo a lembrar, e agravando a situação, estas tratam-se de questões predominantemente técnicas e altamente especializadas, as quais o lesado não domina e é completamente alheio.

1.2.VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR

Consubstanciando uma hipótese de problematização mais recente, e não obstante o referenciado, o erro médico pode advir também de uma falha do dever de informar, que, a ocorrer, se traduzirá numa ilicitude da atuação do médico passível de suscitar a responsabilização civil do mesmo³⁶³. Embora não sendo tão evidente como a responsabilidade por erro no tratamento, o certo é que, cada vez mais afincadamente, se vem admitindo que também a violação do dever de informar, e consequente recolha do consentimento, é suscetível de causar prejuízos na esfera jurídica do paciente e, bem assim, de justificar o recurso ao instituto da responsabilidade civil.

Nestas situações, diferentemente, tem-se entendido que é sob o médico que recai o ónus de provar que o dever de informar foi corretamente cumprido. Desde logo, como aponta ANDRÉ DIAS PEREIRA, os casos de responsabilidade civil médica são casos em que o paciente se encontra numa posição de grande debilidade no receber da informação e consequente prestar do consentimento, pelo ambiente de privacidade em que todo o processo se dá, longe da exposição pública, portanto, em que geralmente apenas estão presentes os próprios (médico e paciente).

³⁶³ A este respeito ver o que dizem DIAS, João Álvaro – *Procriação assistida e responsabilidade médica...*, p. 277 e PEREIRA, André Dias – A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. In JOÃO LOUREIRO, ANDRÉ DIAS PEREIRA e CARLA BARBOSA (coord.) – *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira Segurança do Paciente e Consentimento Informado*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN978-972-40-6566-3. Vol. 3, p. 162.

Por outro lado, acrescenta o Autor, na responsabilidade civil médica tratamos de casos que, na esmagadora maioria das vezes, se traduzem em situações de “*não cumprimento ou cumprimento defeituoso* de uma *prestação de facere* cujo objeto não é fisicamente palpável: estamos a lidar apenas com palavras, com informações e conselhos”³⁶⁴. Ora, estes motivos poderão justificar uma inversão do ónus da prova do requisito da ilicitude, que em princípio, tal como vimos anteriormente, está a cargo do paciente.

Quanto a esta questão, não podemos deixar de evidenciar que existem na doutrina essencialmente duas posições. De um lado, encontramos doutrina entendendo caber ao paciente o ónus de provar que não foi cumprido o dever de informar e de obter o consentimento. Esta parte da doutrina encontra fundamento no n.º 1 do artigo 342.º do CC relativo ao ónus da prova, que nos diz que “[à]quele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”³⁶⁵. De outro lado, encontramos quem entenda que essa prova cabe ao médico, por se tratar o consentimento de uma causa de exclusão da ilicitude, posição esta agora baseada no n.º 2 daquela norma, que diz que “[a] prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”³⁶⁶.

Somos do entender desta última corrente, segundo a qual o consentimento é uma causa de exclusão de ilicitude, como, aliás, tivemos já oportunidade de referir em momento anterior deste trabalho³⁶⁷. Motivo que, somado aos anteriormente enunciados, e acrescentando-se o facto de o paciente ter de fazer prova de um facto negativo caso recaia sobre si o ónus da prova, nos leva a crer que a posição mais adequada será a de fazer recair sobre o médico o ónus de provar que foram cumpridos os deveres de informar e de obter o consentimento livre e esclarecido. Isto porque a prova de que houve uma deficiente prestação de informação – impeditiva para o paciente de prestar o seu consentimento de forma esclarecida – é muito difícil de fazer. Neste sentido, cremos que será mais fácil para o médico provar que informou devidamente³⁶⁸, do que para o paciente provar que não foi corretamente informado e, bem assim, fazer prova de um facto

³⁶⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, pp. 188-189.

³⁶⁵ Neste sentido veja-se RODRIGUES, João Vaz – *ob. cit.*, p. 432.

³⁶⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, pp. 199-200; e DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinda – *ob. cit.*, pp. 38-39.

³⁶⁷ Conforme referido no ponto 1 do Capítulo II, embora a propósito da ilicitude penal.

³⁶⁸ O médico poderá fazer prova de que informou devidamente através dos formulários de consentimento que são exigidos ao paciente, os quais, embora o seu valor probatório seja questionado pela doutrina, sempre servirão de indício. Tal como, por exemplo, se poderá socorrer de um enfermeiro ou de um estagiário que tenha estado presente na consulta e, bem assim, possa atestar que o paciente foi informado.

negativo “em que esse *non facere* não é demonstrável por processos mecânicos, físicos ou químicos”³⁶⁹, por se tratarem, como se disse, de palavras.

Quando haja ausência de consentimento podemos dizer que, apesar da sua prova não ser a mais fácil, sempre será menos difícil do que provar que, não obstante ter sido dado consentimento para a intervenção médica, o paciente fê-lo de forma não esclarecida devido a falha na prestação de informação por parte do médico³⁷⁰ – o que inquina o consentimento. Nestas situações se encontra a dificuldade máxima no que ao consentimento em responsabilidade médica diz respeito, não só pelos motivos anteriormente explanados, mas também pela já referida problemática relativa à *quantum* de informação, o qual vimos ter de ser aferido de acordo com cada caso. É neste sentido que “a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas”, como deixa bem claro na sua doutrina ANDRÉ DIAS PEREIRA³⁷¹.

Contudo, e não obstante ser também este o entendimento que tem vindo a ser perfilhado ao nível internacional³⁷², não se poderá deixar de atender “ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos”³⁷³, pois o *busilis* desta questão é o facto de ser necessário criar um equilíbrio probatório entre as partes. Motivo pelo qual, colocar o ónus de provar o cumprimento do dever de informar ao encargo do médico – justamente por lhe ser mais fácil fazê-lo – não impossibilita que, pelas mesmas razões de equilíbrio, se imponha ao paciente que colabore com aquilo que lhe seja mais acessível. Nesta linha de pensamento, atente-se o Ac. do STJ de 16 de junho de 2015, relatado por MÁRIO MENDES, onde o Tribunal afirma, apoiando-se na doutrina e jurisprudência (nacionais e internacionais), que “em princípio e independentemente de ser fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas”. Assim, podemos verificar que também este é o entendimento adotado pelo nosso STJ.

³⁶⁹ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 189.

³⁷⁰ Como também afirma PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 191.

³⁷¹ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 191.

³⁷² Ver a análise de direito comparado efetuado por PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento Informado...*, pp. 191-199.

³⁷³ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 191.

1.3. AS *LEGES ARTIS* COMO PONTO DE PARTIDA

Devemos ressaltar apenas que, embora a ilicitude esteja intimamente ligada ao desrespeito pelas regras da arte ou ao desvio às mesmas, tal não significa só por si que a conduta seja ilícita, na medida em que o caso concreto pode justificar esse desvio. Não podemos, deste modo, encarar o respeito pelas *leges artis* de forma absoluta ou inteiramente objetiva. Pelo contrário, tal como diz FERNANDA GALHEGO MARTINS, “o apelo a *leges artis* deve ser interpretado com certa flexibilidade e conforme com as condições particularmente apresentadas pelo paciente, não havendo um modelo mecanizado de conduta do cirurgião”³⁷⁴.

Tal significa que a demonstração de que foi violada alguma regra da arte “traduz um indício sobre a incorreção técnica da conduta do agente”, como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA. Termos em que, traduzindo as regras da arte aquilo que é comumente aceite e normalmente praticado, deve-se-lhes reconhecer autoridade, pelo menos numa primeira instância, para determinar qual o caminho a seguir³⁷⁵.

Quer isto dizer que as especificidades do paciente concreto, com que o médico se depara no momento da realização da cirurgia estética, poderão suscitar a aplicação de um método que em princípio não seria o mais indicado de acordo com as regras da arte³⁷⁶, mas que é o mais indicado tendo em conta as idiosincrasias do paciente em apreço. Com certeza que tais situações não serão a regra, mas não podemos deixar de apontar que poderão ocorrer³⁷⁷. É neste sentido que a doutrina se vem referindo às *leges artis ad hoc*, que são nada mais do que a adaptação das regras gerais da arte à situação concreta. Com diz JOÃO ÁLVARO DIAS “o médico percorre, a cada instante, um espinhoso caminho em que licitude e ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos”³⁷⁸.

Tal raciocínio é aplicável à violação das *leges artis* por erro no tratamento, mas também à violação das *leges artis* por desvio quanto ao dever de informação. Como tivemos já oportunidade

³⁷⁴ MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – *ob. cit.*, p. 133. Também neste sentido veja-se o que escreve RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, pp. 82-83.

³⁷⁵ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 296.

³⁷⁶ É neste âmbito que ANA AMORIM nos refere “causas de exclusão da ilicitude” ou “causas justificativas do facto danoso”. Em *ob. cit.*, p. 129.

³⁷⁷ VERA LÚCIA RAPOSO diz-nos que, embora estas situações possam ocorrer, “o médico deve justificar com rigor porque se afastou do procedimento genericamente indicado”. Em *ob. cit.*, p. 46.

³⁷⁸ DIAS, João Álvaro – *Procriação assistida e responsabilidade médica...*, p. 274.

de referir, também aqui as especificidades do caso poderão ditar particularidades quanto à informação a passar ao paciente, resultando assim para o caso concreto um *quantum* de informação não correspondente ao normalmente exigidos pelas regras da arte³⁷⁹.

Terminar referindo que, na doutrina, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA referem-se a uma *presunção de ilicitude*³⁸⁰, na medida em que a adoção de um comportamento distinto do estabelecido pelas regras da arte poderá fazer presumir que o comportamento do médico é ilícito, podendo o médico afastar tal presunção demonstrando que as circunstâncias do caso exigiam a conduta adotada. Com a opinião contrária encontramos, VERA LÚCIA RAPOSO que defende não existir qualquer fundamento jurídico que sustente uma presunção de ilicitude. Conforme lembra, a ilicitude carece sempre de ser demonstrada pelo paciente lesado³⁸¹.

2. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DOS DANOS À CONDUTA MÉDICA

Já muito tem vindo a ser adiantado quanto ao pressuposto da culpa ao longo deste trabalho. Ainda assim, devemos proceder a uma análise autónoma do mesmo, na medida da sua conexão com a responsabilidade médica e do cirurgião plástico em particular.

A culpa traduz-se num juízo de “censura ético-jurídica ao sujeito atuante”³⁸², o qual podia e devia ter atuado de outro modo, não o tendo feito. Na medicina a culpa do médico há de lhe ser imputável, em regra, a título de negligência e não de dolo. Como facilmente se compreende, em princípio, um erro médico ocorrerá por o profissional médico não ter tomado os cuidados que lhe eram exigíveis e não porque teve a concreta intenção de lesar o paciente. Podemos dizer que a culpa “aparece, assim, como a omissão da diligência e competência exigíveis, segundo as circunstâncias do tráfico”³⁸³.

³⁷⁹ É importante explorar a questão da responsabilidade por violação do dever de informação, pois é um problema real que necessita de ser trabalhado. Não podemos, contudo, deixar que se transforme numa verdadeira galinha dos ovos de ouro ou numa máquina de obtenção de compensações, deixando que tudo seja idóneo a consubstanciar uma falha do dever de informar.

³⁸⁰ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 296.

³⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, pp. 48-49.

³⁸² PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a ed., 2.^a reimpressão, com a colaboração de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2102-2, p. 130.

³⁸³ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 126.

Quando falamos numa conduta culposa do médico, tal pode ocorrer por uma de três vertentes, como explica RUTE TEIXEIRA PEDRO. A culpa pode verificar-se por *negligência*, quando são omitidos os cuidados ao médico exigíveis. Pode também verificar-se por *imprudência* do médico, pelo facto de ter o mesmo adotado “condutas arriscadas ou inadequadas”. Pode ainda a culpa ocorrer por *imperícia*, situação em que se verifica uma incapacidade técnica e/ou prática por parte do médico para proceder àquela intervenção³⁸⁴.

Como sucede quanto à maioria das questões que temos vindo a abordar, por não existir um regime específico de responsabilidade médica, também quanto a este pressuposto temos de recorrer à regra geral relativa à culpa em responsabilidade civil, constante do artigo 487.º do CC. Esta norma perspetiva a culpa de um ponto de vista abstrato³⁸⁵ ao dar-nos, no seu n.º 2, o critério segundo o qual a “culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Assim, sendo o juízo de culpa sempre avaliado por referência a um critério de comparação, a qual será exercida com recurso a um padrão que está fora da pessoa do médico que atuou, que é o “*critério do bom profissional da categoria e especialidade do devedor à data da prática do facto*”³⁸⁶.

Por outro lado, a culpa deve ser perspetivada como deficiência da conduta³⁸⁷ e não como deficiência da vontade, na medida em que o médico deve ter as qualidades médias necessárias à sua participação no tráfego jurídico. Portanto, não basta aceitar-se um médico que, embora esforçado, não tem as qualidades normais exigíveis à sua categoria profissional³⁸⁸, ao que o médico “deve actuar como uma pessoa avisada, razoável, capaz, medianamente dotada de capacidades físicas, intelectuais, morais, técnicas e profissionais”³⁸⁹.

Isto leva à questão de saber se o mesmo grau de culpa é exigível a profissionais médicos com diferentes níveis de experiência. Ora, com base nos critérios agora referidos faz sentido que

³⁸⁴ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, pp. 126-127.

³⁸⁵ Se a culpa fosse apreciada em concreto, isto é, com referência ao comportamento que o médico concreto tem normalmente, correríamos certamente o risco de beneficiar o médico que é normalmente descuidado, pois o padrão de comparação seria o seu comportamento habitualmente descuidado.

³⁸⁶ SOUSA, Luís Filipe Pires de – *O ónus de prova...*, p. 11.

³⁸⁷ Para maior detalhe quanto a esta questão veja-se OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – Sobre o conceito de ilicitude do art.483.º do Código Civil. In OLIVEIRA, António Cândido de – *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, Associação Jurídica de Braga, 2002. ISBN 972-8533-14-4, pp. 527-533.

³⁸⁸ Quanto a esta matéria conferir DIAS, João Álvaro – O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11, pp. 397-402.

³⁸⁹ COSTA, Daniela Sofia Gomes – *ob. cit.*, p. 26.

não exista um modelo padrão unitário de médico normalmente diligente, mas vários, “que corresponderão ao bom profissional médico da concreta categoria do agente”³⁹⁰. Assim, não será exigível a um médico de clínica geral aquilo que é exigível a um médico da especialidade da patologia em causa^{391 392}. O mesmo se dirá entre um médico experiente e um recém-licenciado, e por aí fora. O que é indubitável é que existe “um nível mínimo de exigência que não pode ser postergado”³⁹³. Isto traduz-se em dizer que o médico de clínica geral deve, em princípio, encaminhar o paciente para o médico com competências para o tratamento da patologia, tal como, por exemplo, o médico do interior sem recurso a aparelhos médicos de diagnóstico necessários deve também encaminhar o paciente para onde tais meios existam.

Adicionalmente, a culpa deve ser aferida “em face das circunstâncias de cada caso”, conforme prevê o referido n.º 2 do artigo 487.º do CC, o que significa que deve atentar-se às condições pessoais, temporais, espaciais e instrumentais da situação concreta. Motivo pelo qual a aferição da culpa tem de ser feita à luz dos conhecimentos e meios existentes à data da atuação médica³⁹⁴, sendo que também a maior ou menor dificuldade da intervenção médica deve ser tida em conta aquando da apreciação da culpa. Numa intervenção médica considerada recente ou de elevada complexidade pode ser de tolerar algum grau de imperícia. Como afirma RUTE TEIXEIRA PEDRO, “o critério aferidor da culpa, ainda que uno, ganha, na sua aplicação, a variedade que o contacto com a realidade reclama”³⁹⁵.

De ressaltar, todavia, que coisa diferente seria recorrer ao historial de diligência do médico para aferir da sua culpa. Por um lado, poderia pensar-se que o elevado grau de sucesso das intervenções realizadas por certo médico poderia indiciar que uma falha sua consubstanciaria uma atuação negligente ou imprudente. Por outro lado, deve no entanto lembrar-se que, em princípio, aos médicos mais bem-sucedidos são aqueles a quem se entregam as situações mais complexas

³⁹⁰ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 128.

³⁹¹ Conferir DIAS, João Álvaro – *O problema da avaliação dos danos corporais...*, pp. 393-394.

³⁹² Coisa diferente é admitir-se uma presunção de culpa do médico especialista, o que não faria qualquer sentido. Neste sentido ver RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, pp. 139-140.

³⁹³ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 129. Com igual entendimento ver OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – *Illicitude e culpa...*, p. 77; RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 94; DIAS, João Álvaro – *O problema da avaliação dos danos corporais...*, p. 396; e também ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – *ob. cit.*, p. 299.

³⁹⁴ O que, com referência ao critério enunciado pelo n.º 2 do artigo 487.º do CC, corresponde ao médico médio “situado no mesmo espaço temporal (...), da mesma categoria daquele médico e a atuar nas mesmas condições”. RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 94.

³⁹⁵ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 139.

e melindrosas, pelo que a probabilidade de algo correr mal, por motivos da própria álea que envolve o caso concreto, é muito elevada³⁹⁶.

Outra questão a apontar a propósito do requisito da culpa é a de que, muitas das vezes, este requisito é confundido com o da ilicitude, já que as *leges artis*, das quais se parte para aferir a existência de ilicitude “permitem igualmente aquilatar da culpa do profissional médico, na medida em que não raramente coincidem com a violação do dever de cuidado própria daquela, sobrepondo-se assim ambas as categorias conceptuais”³⁹⁷.

Não obstante, tratam-se estes de pressupostos diferentes do regime da responsabilidade civil e, bem assim, têm de ser valorados autonomamente. Enquanto a ilicitude diz respeito à violação das regras gerais da arte médica aplicáveis àquele ramo de atuação da medicina, independentemente do respeitante ao agente concreto, a culpa, por sua vez, diz respeito à censura e reprovação da atuação concreta daquele médico em particular³⁹⁸. A este respeito veja-se o Ac. do STJ de 22 de setembro de 2011, relatado por BETTENCOURT DE FARIA, onde o Tribunal deixa clara a distinção entre estes pressupostos ao dizer que se trata de “conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência”, ou, por outras palavras, “uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa”.

2.1. A PRESUNÇÃO DE CULPA DO ARTIGO 799.º N.º 1 DO CÓDIGO CIVIL

O critério aferidor da culpa anteriormente enunciado, muito embora previsto no regime da responsabilidade civil extracontratual, será o aplicável ao regime da responsabilidade contratual por força da remissão operada pelo artigo 799.º n.º 2 do CC. Ocorre, contudo, que o regime da responsabilidade civil contratual prevê uma presunção de culpa do devedor que, aplicada à responsabilidade médica, tem suscitado algumas discussões doutrinas, por nós já apontadas. Vejamos.

³⁹⁶ A este respeito ver RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 95.

³⁹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 87.

³⁹⁸ Como escreve ANA AMORIM, no requisito da culpa “importa perceber, face ao caso concreto, qual o fundamento do comportamento do agente”. Em *ob. cit.*, p. 130.

Atendendo à regra geral do artigo 342.º n.º 1 do CC, em princípio, é ao paciente lesado que cabe o ónus de provar que o médico atuou com culpa. Todavia, conforme referimos em momento anterior deste trabalho, em cirurgia estética, por se tratar de relações estabelecidas entre o paciente e um médico ou clínica privados, em que entre um e outro se celebra um verdadeiro contrato, será, em princípio, de aplicar o regime da responsabilidade civil contratual. Ainda que se suscitem dúvidas quanto ao regime de responsabilidade aplicável, em virtude do problema do concurso de regimes de responsabilidade, entendemos que sempre será de aplicar a presunção de culpa do devedor prevista no artigo 799.º n.º 1 do CC. Isto, quer se opte pela solução apresentada pelo sistema do cúmulo, quer se opte pela solução dada pelo sistema do não cúmulo (conforme tem feito o STJ).

Ora, como referimos a propósito do estudo da natureza da obrigação do médico, e do cirurgião plástico em especial, a presunção do artigo 799.º n.º 1 do CC pode colidir com a natureza da obrigação do médico, havendo doutrina opondo-se à aplicação desta presunção à responsabilidade médica, por grande parte das vezes a obrigação do médico ser uma obrigação de meios, circunstância que excluiria a aplicabilidade da presunção³⁹⁹.

Parece-nos que este problema não tem o mesmo alcance quando falamos da cirurgia estética, visto, em regra, a obrigação do cirurgião plástico ser uma obrigação de resultado. Contudo, ainda que em face das particularidades do caso concreto se entenda que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de meios, pelo elevado grau de aleatoriedade que o procedimento em causa possa revestir, tal não deve afastar a aplicação desta presunção, já que “a presunção de culpa (...) não equivale à afirmação da culpa. Simplesmente, exige uma explicação adicional por parte do médico (o mais bem preparado para a dar) relativamente ao motivo pelo qual determinado facto ocorreu”⁴⁰⁰.

Quer isto dizer que a oposição à aplicação desta presunção à responsabilidade médica em geral, e à responsabilidade do cirurgião plástico em particular, tal como defendida pela doutrina como vimos no Capítulo anterior, significa o aniquilar de uma oportunidade de criação de algum equilíbrio processual entre lesado e lesante, numa situação em que o paciente lesado se encontra em notória posição de desvantagem, já que “tem falta de conhecimentos técnicos, falta de

³⁹⁹ Conforme analisado no Ponto 4.1 do Capítulo II.

⁴⁰⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 96.

testemunhas e necessita de recorrer a peritos”⁴⁰¹. O foço entre paciente e médico ou clínica é muito grande, ao que, retirar-lhe uma prerrogativa legal como a do artigo 799.º n.º 1 do CC, seria acentuar essa disparidade de posições.

Caracterizando-se o processo de responsabilidade médica por ser um processo doloroso para o paciente – o qual se encontra lesado física e moralmente (por aquele a quem confiou o seu maior bem, a sua saúde e o seu corpo) e vê o seu problema ser “entregue a um sistema jurídico e judicial, por natureza formal, abstrato, frio, ritualista”⁴⁰² – é natural que haja alguma probabilidade de ter ocorrido uma conduta lesiva culposa do médico. Caso contrário, o paciente não daria início a um processo de tentativa de responsabilização do médico, que, para além de doloroso, é “um processo demorado, caro e com um risco de sucesso muito incerto”⁴⁰³, além de ser envolto de um grande estigma para o lesado e o lesante.

De qualquer forma, o facto de sobre o médico recair uma presunção de culpa, tendo o mesmo de provar que o dano não procede de culpa sua, não nos parece onerar desmesuradamente o profissional médico, como alguma doutrina faz crer⁴⁰⁴. Não nos podemos esquecer, como lembra VERA LÚCIA RAPOSO, que as presunções “não são meios de prova, mas simplesmente raciocínios lógicos para a descoberta de factos”⁴⁰⁵.

Em todo o caso, poderão surgir situações, em que, não obstante se consiga provar que existiu uma conduta violadora das *leges artis* que provou danos ao paciente, existindo uma conexão entre tal violação e os danos, tal não se deveu a culpa do médico, mas, por exemplo, a descuido do próprio paciente nos cuidados pós-tratamento de que fica incumbido e que foge ao controlo do profissional médico. Nestes casos, muito embora se presuma a culpa do médico, o mesmo pode afastar a sua responsabilidade, provando que a lesão se deveu a culpa do próprio paciente e não sua por não ter o mesmo adotado os cuidados e orientações dadas. Estas são as situações em que a conduta do paciente contribui para o aparecimento do dano e cuja responsabilidade não deve recair sobre o médico.

Com isto, podemos afirmar que em cirurgia estética, o paciente, quanto ao pressuposto da culpa, beneficia de uma presunção de culpa do lesante, nos termos do artigo 799.º n.º 1 do

⁴⁰¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, pp. 777-778.

⁴⁰² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 832.

⁴⁰³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes...*, p. 832.

⁴⁰⁴ Ver o referido no Ponto 3.1. do Capítulo I.

⁴⁰⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 97.

CC, ocorrendo uma inversão do ónus de prova da culpa que em princípio seria do paciente e passa a ser do médico. É certo que esta presunção pode ser afastada mediante prova do médico em contrário, mas, ainda assim, a sua aplicação implica um aligeirar da posição do paciente lesado, o qual, muito embora continue tendo um encargo probatório bastante pesado, sempre vê um pouco de equilíbrio processual restabelecido.

Neste sentido, mais do que olhar apenas às regras jurídicas, esta é uma das situações que clama por uma interpretação baseada nas necessidades concretas da aplicação do Direito, motivo pelo qual não podemos ater-nos à “pura lógica jurídica” e ao “puro rigor geométrico-conceitual”, como ensina ANDRÉ PEREIRA DIAS⁴⁰⁶.

3. OS DANOS E O NEXO CAUSAL ENTRE ELES E O ATO MÉDICO

Como sabemos, os requisitos da responsabilidade civil são de verificação cumulativa, motivo pelo qual não haverá lugar a uma responsabilização do lesante sem que haja um dano, conforme prevê o n.º 1 do artigo 483.º e o artigo 798.º do CC, e sem que haja uma conexão entre esse dano e a conduta médica ilícita, conforme exige o artigo 563.º do CC. Quer isto dizer que, ainda que haja uma conduta médica considerada ilícita, a mesma não será relevante para efeitos da aplicação do instituto da responsabilidade civil se dela não resultar qualquer dano que origine a necessidade de um ressarcimento. O requisito da ocorrência de um dano na esfera jurídica do lesado – provocado pela conduta do médico – é, assim, o “fundamento da finalidade reparadora”⁴⁰⁷ que subjaz ao instituto da responsabilidade civil.

⁴⁰⁶ Nas palavras do Autor: “Na medida em que o princípio da igualdade material, o princípio da equidade e da segurança jurídica, constitucionalmente consagrados, não sejam violados no seu núcleo essencial recusamos que seja a pura lógica jurídica, o puro rigor geométrico-conceitual, o preconceito ideológico, ou um qualquer a priori dogmático que nos deverá fazer esquecer as necessidades da vida!”. Em *Direitos dos pacientes...*, p. 833.

⁴⁰⁷ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 133.

3.1. O DANO

O dano é definido pela doutrina como sendo a lesão de um bem de outrem, o qual é juridicamente tutelado⁴⁰⁸. Deve distinguir-se entre *dano real* e *dano patrimonial* ou *de cálculo*⁴⁰⁹. O dano real é aquele que o lesado sofreu “em sentido naturalístico” ou “*in natura*”⁴¹⁰, enquanto o dano patrimonial será a tradução do dano real na esfera patrimonial do lesado, isto é, será a “expressão pecuniária de tal prejuízo”⁴¹¹.

A forma de indemnização dos danos está prevista nos artigos 562.º e seguintes do CC, regime segundo o qual deve o lesante “reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Apenas não sendo possível a reconstituição natural, através da reparação do bem lesado ou entrega de outro equivalente, nos termos do n.º 1 do artigo 566.º do CC, é que se procede à indemnização do lesado em dinheiro, através da aferição do dano patrimonial. Nos termos do n.º 2 do artigo 566.º do CC, para calcular o impacto do dano real na esfera patrimonial do lesado e, bem assim, calcular a indemnização devida, ter-se-á em conta a diferença entre o circunstancialismo em que o lesado se encontra e aquele em que se encontraria não fosse a lesão ter ocorrido.

Ora, estes danos podem ser de ordem *patrimonial* ou *não patrimonial*⁴¹². Os danos patrimoniais são constituídos pelos danos emergentes e os lucros cessantes, isto é, os danos que atingem utilidades que o lesado já tinha e os danos que atingem utilidades que o lesado teria não fosse a lesão. Estes últimos são de mais difícil aferição do que os primeiros, na medida em que não basta “uma mera hipótese de aquisição desse ganho”, mas o lesado tem de ser efetivamente “titular de uma expectativa jurídica”⁴¹³.

Diferentemente dos danos patrimoniais, os danos não patrimoniais ou danos morais são aqueles que não se revelam passíveis de avaliação pecuniária, como seja o sofrimento físico, o

⁴⁰⁸ MENEZES LEITÃO diz ser o dano “*a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*”, em *ob. cit.*, p. 325; já ALMEIDA COSTA, refere-se ao dano como “a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”, em *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed. Revista e atualizada, 2.ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4033-2, p. 591.

⁴⁰⁹ MENEZES LEITÃO refere-se a estes como dano concreto e dano abstrato. Em *Direito das Obrigações...*, p. 527.

⁴¹⁰ Conferir COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 595.

⁴¹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 595.

⁴¹² Outras tipologias de danos existem, como sejam os danos diretos e indiretos, positivos ou negativos. Para mais aprofundamentos ver COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, pp. 597-599.

⁴¹³ Conforme explica LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, p. 327.

sofrimento emocional, entre outros. Assim, como ocorre frequentemente na responsabilidade médica, o paciente lesado sofre danos não patrimoniais, relativos a dor e sofrimento físicos e psíquicos – para além de poder sofrer também prejuízos patrimoniais, como gastos com medicações, gastos com sujeição a novos tratamentos médicos, ou mesmo ao nível da perda de capacidade laboral –, os quais serão de igual forma objeto de indemnização.

Embora no passado se tenham colocado problemas à indemnização pecuniária dos danos não patrimoniais, tal configura um problema já ultrapassado. Atualmente, o entendimento geral (e pacífico) é o de que, muito embora os danos não patrimoniais não possam ser quantificados monetariamente, sempre será devida ao lesado uma indemnização a título de compensação pelos danos sofridos⁴¹⁴. É entendimento geral também o de que os danos não patrimoniais são compensáveis desde que tenham relevo suficiente, independentemente de se optar pelo regime da responsabilidade civil extracontratual ou responsabilidade civil contratual⁴¹⁵.

Não obstante, a compensação dos danos não patrimoniais tem de obedecer à regra do artigo 496.º n.º 1 do CC, isto é, “a compensação por danos não patrimoniais não se verifica automaticamente, antes se encontrando dependente da verificação dos requisitos da gravidade (gravidade essa, apreciada objectivamente) e do merecimento da tutela do Direito”⁴¹⁶.

Ora, na cirurgia estética colocam-se muito poucas especificidades quanto à questão do dano. Devemos referir, contudo, o facto de que, para além dos danos patrimoniais e danos não patrimoniais como a dor e sofrimento físicos, são também criados danos quanto ao “equilíbrio estético” do paciente, os quais, por sua vez, afetam “vertentes de índole social, cultural, sentimental e afectiva” do mesmo⁴¹⁷. Estes danos devem ser encarados como tendo carácter autónomo, dentro daqueles que são os danos não patrimoniais.

Com isto, importa referir as novas categorias – ou autonomizações – de danos que têm vindo a surgir na doutrina como sejam a autonomização do *dano biológico*, *dano corporal* ou *dano*

⁴¹⁴ Veja-se o que diz a este respeito ALARCÃO, Rui – Direito das Obrigações, texto elaborado por J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui Alarcão ao 3º Ano Jurídico. Coimbra, 1983, pp. 232-235; MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, pp. 87-88 e PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil...*, pp. 129-130.

⁴¹⁵ Como também já verificamos no Ponto 3.1. do Capítulo I.

⁴¹⁶ Conforme afirma MATOS, Filipe Albuquerque – A Compensação dos Danos Não Patrimoniais no Código Civil de 1966. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, p. 46.

⁴¹⁷ PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 146.

à saúde⁴¹⁸, situados muito próximo dos danos não patrimoniais, mas que traduzem especificamente os danos patrimoniais ou não patrimoniais referentes a danos operados na integridade física e psíquica do lesado.

Partindo do princípio de que devem encontrar-se “critérios ou princípios básicos e uniformes” na quantificação pecuniária dos danos não patrimoniais, JOÃO ÁLVARO DIAS sugere que se olhem a duas dimensões dos mesmos. O Autor refere-se, portanto, a um *aspecto estático* e a um *aspecto dinâmico* do dano à saúde, no sentido da aferição do dano ter uma componente pecuniária de base uniforme “obstando a que uma mesma lesão possa ser avaliada de modo completamente distinto de sujeito para sujeito” e ter, também, uma componente mais flexível, que permita uma apreciação do dano tendo em conta as especificidades do indivíduo e do dano por ele sofrido⁴¹⁹.

JOÃO ÁLVARO DIAS, chama a atenção para as tabelas de valores ressarcitórios que, por um lado, concretizam “exigências constitucionais de segurança jurídica e de igualdade de tratamento de situações equiparáveis”, mas, por outro lado, ofuscam a importância da ponderação individual daquelas que são vivências específicas e com diferentes repercussões e ecos ao nível familiar e patrimonial⁴²⁰.

Posto isto, a propósito do dano importa fazer uma última referência relativa à violação do direito de informação que, como vimos, pode estar na base de uma possível ação de responsabilidade médica. Quanto a isto, diz-nos ANDRÉ DIAS PEREIRA que nos encontramos também “perante um dano não patrimonial autónomo indemnizável”^{421 422}, termos em que, serão indemnizáveis os danos provindos de insuficiente informação, “sejam os danos derivados da violação do bem jurídico liberdade, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico integridade físico-psíquica”⁴²³.

⁴¹⁸ DIAS, João Álvaro – *O problema da avaliação dos danos corporais...*, pp. 402-407; PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, pp. 143-144; RAPOSO, Vera Lúcia – *ob. cit.*, p. 319; e AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 86 e ss.

⁴¹⁹ DIAS, João Álvaro – *O problema da avaliação dos danos corporais...*, pp. 405-407.

⁴²⁰ DIAS, João Álvaro – *O problema da avaliação dos danos corporais...*, pp. 407-410.

⁴²¹ PEREIRA, André Dias – *A consagração do direito ao consentimento informado...*, p. 163.

⁴²² A este respeito veja-se o Ac. do STJ de 16/6/2015, relatado por MÁRIO MENDES, em que o Tribunal afirma que “em princípio, haverá lugar à reparação dos danos não patrimoniais relevantes consequentes à violação do direito à integridade física e moral do doente à qual acrescerá a eventualidade de uma indemnização por danos patrimoniais necessariamente decorrente da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil” e também o Ac. do STJ de 18/3/2010, relatado por PIRES DA ROSA.

⁴²³ PEREIRA, André Dias – *A consagração do direito ao consentimento informado...*, p. 162.

3.2. O NEXO DE CAUSALIDADE

Para além disso, é necessário que se verifique um nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica ilícita, nos termos dos artigos 483.º n.º 1 e 563.º do CC. Quer isto dizer que é necessário que a conduta do médico seja causa adequada para a verificação do dano. Este último requisito da responsabilidade civil tem, no entanto, implicações em duas vertentes, já que, além de consistir num dos pressupostos cumulativos desta responsabilidade civil, é também um parâmetro de medida que auxilia na quantificação da indemnização⁴²⁴.

Para dar resposta à questão de saber quais são os limites do nexo que deve existir entre o facto e o dano têm surgido ao longo dos tempos diversas teorias. Em primeiro lugar, surgiu a *teoria da evidência das condições*, ou mais conhecida como a *teoria da conditio sine qua non*, segundo a qual é causa adequada para a produção de um dano qualquer evento cuja não verificação implicasse a inexistência do dano. Isto traduz-se em dizer que qualquer evento que tenha precedido a ocorrência do dano poderá ser responsável por ele, independentemente da medida em que para ele contribuiu e independentemente de ter sido a efetiva causa do mesmo⁴²⁵.

Depois disto surgiram também as *teorias da última condição* e da *condição eficiente*, nos termos das quais, primeiro, o nexo de causalidade devia ser aferido em relação ao último evento que pudesse ter sido causa do dano e, segundo, que seria idónea a provocar o dano a condição mais adequada a tal, de entre todos os eventos ocorridos que pudessem de alguma forma levar ao dano. Estas teorias são descartadas pela doutrina maioritária, como facilmente se percebe⁴²⁶.

Isto leva-nos à *teoria da causalidade adequada*, a qual tem sido geralmente defendida pela doutrina como resultante do artigo 563.º do CC. Esta teoria tem como ponto de partida a *conditio*

⁴²⁴ Conferir COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, p. 605; PEDRO, Rute Teixeira – *ob. cit.*, p. 148; e AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 134.

⁴²⁵ A este propósito é costume enunciar-se o exemplo do lavrador de POTHIER, o qual elucida na perfeição o alcance que a aplicação desta teoria poderá ter. O exemplo trata de um comerciante que vende uma vaca a um lavrador, ocultando que a mesma padecia de uma doença infecciosa. Em resultado dessa compra, o lavrador colocou a vaca junto das que já tinha na sua quinta, tendo todas adoecido e morrido. Consequentemente, o lavrador não conseguiu cumprir as obrigações comerciais que tinha assumido, sendo o seu património executado e ficado o mesmo sem nada. Para ápice da tragédia, costuma acrescentar-se que, em consequência de tal estado de miséria, o lavrador pôs fim à própria vida. Ora, nos termos da teoria da *conditio sine qua non* a venda da vaca adoecida seria causa adequada da morte do lavrador e, nesses termos, o vendedor seria responsável. Para mais detalhes aconselhamos a leitura de CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. VIII, p. 531; ou LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, p. 339.

⁴²⁶ Veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, pp. 340-341; e CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. VIII, pp. 532-534.

sine qua non, na medida em que o facto tem de consubstanciar um evento sem o qual o dano não existiria, mas isto não basta. É também necessário que tal evento se revele adequado à produção do dano em termos abstratos, apreciação que é feita de acordo com as circunstâncias normais, e ainda, as circunstâncias anormais que o agente pudesse ou devesse conhecer.

Como se referiu, a doutrina tem entendido que esta é a solução consagrada, ainda que indiretamente, no nosso Código Civil, por dele resultar, no seu artigo 563.º, que “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Ora, o advérbio “provavelmente” serve exatamente para exigir que a condição, “de acordo com um juízo de probabilidade, seja idónea a produzir um dano, o que corresponde à consagração da teoria da causalidade adequada”, utilizando as palavras de MENEZES LEITÃO⁴²⁷.

Apesar de ser este o entendimento generalizado, encontramos doutrina discordante. Veja-se a opinião de MENEZES CORDEIRO, para quem o artigo 563.º do CC “não impõe a causalidade adequada”⁴²⁸. Segundo o Autor, os argumentos que são utilizados para evidenciar a teoria da causalidade adequada naquela norma – os quais referimos acima –, são apenas finalidades objetivas que o legislador quis concretizar, nomeadamente de tutela do lesante e do lesado. Conforme explica, de um lado é protegido o agente, ao afastar a causalidade virtual⁴²⁹, e bem assim, impedir a responsabilização de condutas que não tenham originado danos, e de outro lado, protege-se o lesado, ao exigir apenas uma “probabilidade razoável”, e não absoluta, da existência de um decurso causal entre o facto e o dano.

Todavia, e apesar de mais recentemente se vir falando até da *teoria do escopo da norma violada*⁴³⁰, o certo é que entre nós tem sido adotada a teoria da causalidade adequada. Assim, “um facto (seja este inserido na modalidade de ação ou omissão) é causa adequada quando os danos são sua consequência normal, típica e previsível”⁴³¹, o que aplicado à responsabilidade médica se

⁴²⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *ob. cit.*, p. 342. Também desta opinião MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações...*, pp. 101-103.

⁴²⁸ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. VIII, p. 542. No mesmo sentido VARELA, João de Matos Antunes – *ob. cit.*, p. 916 e BARBOSA, Mafalda Miranda – Sentido e Intencionalidade do Requisito causal: o Antes e o Depois do Código Civil de 1996. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, pp. 136 e ss.

⁴²⁹ Para mais acerca da causa virtual ler VARELA, João de Matos Antunes – *ob. cit.*, pp. 617-620, o qual afirma que “a doutrina da causalidade adequada (...) mostra-se imprestável para solucionar todos os problemas que a este nível se coloca”, p. 136.

⁴³⁰ Conferir para uma análise mais detalhada CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil...* Vol. VIII, pp. 537-541.

⁴³¹ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, p. 135.

traduzirá em dizer que a conduta médica será adequada à produção do dano sofrido pelo paciente se, segundo a natureza geral da ciência médica, for a sua causa adequada (em concreto e em abstrato, portanto).

Apesar de não se suscitarem enormes especificidades neste pressuposto quanto à responsabilidade médica⁴³², devemos evidenciar que também aqui a tendencial álea em que a atividade médica está envolta – e em especial a cirurgia estética – terá as suas implicações, já que a “imprevisibilidade associada quer à prática do médico, quer à forma como determinado doente reage a uma patologia ou a um tratamento, aumenta a dificuldade em provar a eventual culpa do médico e em demonstrar se determinado ato médico é ou não condição para a verificação do dano”⁴³³. Ao que também a prova deste pressuposto da responsabilidade civil, cujo ónus impende sobre o lesado, não facilitará o trabalho do paciente.

Ora, aqui chegados e analisados todos os pressupostos da responsabilidade civil, percebemos que os requisitos da ilicitude e da culpa serão aqueles que mais complicações colocarão no caminho do paciente aquando de uma tentativa de responsabilização médica. Não obstante, o certo é que, em maior ou menor medida, todos os requisitos de aplicabilidade da responsabilidade civil têm de ser aferidos relativamente à atividade médica tal como a qualquer outra. Terá, contudo, de proceder-se sempre às devidas adaptações, ajustando aquele que é o regime geral de responsabilidade civil às idiossincrasias da medicina.

⁴³² Para uma análise mais detalhada das problemáticas que este pressuposto da responsabilidade civil pode originar no campo da responsabilidade médica ver BARBOSA, Mafalda Miranda – Algumas considerações acerca da causalidade e da imputação objetiva ao nível da responsabilidade médica. In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6549-6. Vol. II, pp. 49 e ss.

⁴³³ AMORIM, Ana Sofia – *ob. cit.*, pp. 135-136.

CONCLUSÕES

Chegados a este ponto, encontramos-nos em condições de enunciar as conclusões a que fomos chegando ao longo desta investigação.

Num momento inicial, correspondente ao primeiro capítulo da investigação, começamos por analisar, ainda que muito brevemente, alguns pontos de destaque transcendentais a toda a responsabilidade civil médica, mas já prevendo os problemas que poderiam colocar-se em relação à cirurgia estética particularmente, que é o foco do nosso estudo. Assim, analisamos de que forma é perspectivado o ato médico no campo jurídico, de modo a familiarizar o leitor com os conceitos basilares da responsabilidade médica – análise a qual não suscitou problemas de relevo.

Em seguida, partimos para o estudo da adequação da responsabilidade civil médica às grandes faces da responsabilidade civil, visto não existir entre nós um regime específico de responsabilidade civil do médico. Nesta senda, estudamos a distinção entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual, e a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Ponto em que vimos ser a responsabilidade civil médica, por regra, assente na culpa, motivo pelo qual raramente se encontrarão casos de responsabilidade médica objetiva. Nem tampouco é entendimento geral o de que seja a atividade médica uma atividade perigosa nos termos e para os efeitos do artigo 493.º n.º 2 do CC. Como vimos, a aplicação desta norma à responsabilidade médica tem sido discutida relativamente a áreas muito concretas da atividade médica – como sejam a médico-cirúrgica –, mas ainda assim, com muita discordância doutrinária e jurisprudencial. Quanto a isto revelamos parecer-nos de pouca utilidade a tentativa de enquadramento da cirurgia estética nesta norma – que se revela um tanto quanto forçada –, visto existirem outros meios de alcance do equilíbrio probatório entre as partes que se enquadram mais perfeitamente nos moldes da cirurgia estética.

A este propósito surgiu-nos, contudo, a problemática da *culpa organizacional* ou *culpa dos serviços* – questão de grande relevância atual e ainda deficitariamente tratada. Conforme analisamos, a atividade médica é desempenhada de forma cada vez mais complexa e fragmentada, em virtude do crescente desenvolvimento científico. Tal leva a que atos médicos de maior complexidade sejam executados por diversos profissionais, em equipa, o que dificulta, portanto, um possível apuramento de responsabilidades e, bem assim, de culpa. Na nossa área de estudo – a cirurgia estética – a frequência deste tipo de atuação médica é muito elevado, pelo

que serão necessariamente muitos os casos em que este problema se irá colocar. Isto torna urgente o desenvolver de um regime de responsabilidade que se revele mais adequado às situações de culpa por parte da organização, por meio a que não saiam impunes situações em que a culpa é praticamente impossível de apurar. Termos em que, na nossa opinião, poderia ser adequado o estabelecimento de uma presunção de culpa dos serviços para estas situações – e não a estatuição de um regime de responsabilidade objetiva, como preconiza alguma doutrina. Não obstante, estamos em crer que se trata de uma matéria cuja a necessidade de desenvolvimento se torna cada vez mais urgente.

Na primeira parte da nossa investigação, tratamos por último do problema do concurso de responsabilidades, o qual, apesar de se apresentar como controverso em relação à responsabilidade civil médica em geral, mais o é em relação à cirurgia estética. Nesta área da atuação médica verifica-se sempre a celebração de um contrato de prestação de serviços médicos, termos em que a violação de direitos absolutos do paciente originará de forma incontornável um problema de conflito de regimes de responsabilidade aplicáveis. Vimos quanto a isto que o STJ, de entre as soluções possíveis, tem optado pelo sistema do não cúmulo, segundo o qual o regime da responsabilidade civil contratual deve ser o aplicável ao litígio, consumindo o regime da responsabilidade extracontratual. Segundo a linha de pensamento do STJ, tal solução revela-se a mais adequada por, de um lado, existir um contrato e por, de outro lado, tal regime se mostrar o mais favorável ao lesado em termos globais.

Ora, quanto a isto temos uma opinião diversa daquela do STJ. De facto, ao atentar no problema num primeiro momento, poderia conceber-se que o princípio da consunção oferece a solução mais adequada, já que: (a) o regime da responsabilidade civil contratual é o mais favorável ao lesado quando globalmente considerado; (b) está em causa uma relação contratual, em que o devedor está em especial posição relativamente ao objeto do contrato; (c) parece ser violador dos princípios da segurança e certeza jurídicas o facto de deixar-se na disponibilidade do lesado escolher o regime que melhor lhe aprouver; (d) ou pior, deixá-lo escolher regras de ambos os regimes, criando, assim, um outro regime *super musculado*, através da hipertrofia dos regimes que o legislador efetivamente quis criar e, bem assim, deixar inteiramente na disponibilidade do lesado o rumo do problema.

Todavia, um olhar mais atento sobre o problema logo evidencia falhas intoleráveis ao nível da amplitude prática do princípio da consunção, o que leva a que a solução que nos parecia

inicialmente defensora daqueles princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, logo se mostre na prática uma completa violação dos mesmos. Conforme os diversos exemplos que enunciamos no Ponto 3.2. do Capítulo I do presente trabalho, a aplicação do sistema do não cúmulo às situações de conflito de regimes de responsabilidade, pode levar a que na prática se tratem situações semelhantes de forma diametralmente diferente, colocando sujeitos cujo ponto de partida é idêntico, em posições completamente diferentes – uns em melhor posição, outros em pior. Motivo pelo qual deve ser outro o prisma com que se perspetiva o problema do concurso de responsabilidades, isto é, ultrapassando um plano meramente teórico e de concetualismos jurídicos, só podemos concluir que a solução que, na prática, melhor tutela os interesses do lesado é o sistema do cúmulo na vertente da ação híbrida.

De forma sumária, entendemos que, despertando qualquer lesão de um direito absoluto a aplicação do regime previsto no artigo 483.º e ss. do CC, a camada de proteção que o legislador através dele quis conferir não deve ser afastada pelo simples facto de existir um contrato entre lesado e lesante – o qual, aliás, despoleta uma outra camada de proteção. Parece-nos, seguindo esta linha de pensamento, que o paciente sempre estará protegido ao abrigo do regime de responsabilidade extracontratual, sendo que, no caso de existir um contrato – como ocorre na cirurgia estética –, tal circunstância suscitará a aplicação cumulativa da proteção conferida pelo artigo 798.º e ss. do CC, dadas as especificidades que o contrato faz surgir na situação lesiva dos direitos do paciente. Quer isto dizer que, tal como o regime da responsabilidade contratual não poderá afastar o regime extracontratual, também a aplicação deste último não poderá impedir a aplicação do regime de responsabilidade contratual, não se podendo simplesmente ignorar a relação contratual entre o médico ou clínica e o paciente e as especificidades que ela suscita – merecedora, em certos pontos, de proteção específica. Temos em que a teoria do não cumulo na vertente da ação híbrida nos parece ser a forma mais adequada de resolução do problema de concurso positivos de regimes de responsabilidade.

Ora, isto assente, na segunda parte da investigação ativemo-nos a questões mais diretamente ligadas à cirurgia estética especificamente. Como tal, verificou-se oportuno fazer uma exposição dos requisitos de licitude criminal das intervenções médico-cirúrgicas e uma incursão pela relação contratual que se estabelece entre médico e paciente. Estes tópicos são fundamentais no enquadramento jurídico da cirurgia estética, motivo pelo qual não poderíamos deixar de analisá-los antes de entrar nos temas cruciais da mesma. Neste ponto, vimos os requisitos a que o ato médico deve obedecer de modo a não confundir-se com os crimes contra a vida e vimos ser o

contrato celebrado entre médico e paciente considerado como um contrato de prestação de serviços, gerador de direitos e obrigações para ambas as partes

Feito este enquadramento, percebemo-nos aptos a tratar da questão do consentimento livre e esclarecido. Este tema é de importância fundamental na responsabilidade médica e, só por si, tem dado aso a inúmeros trabalhos de investigação. Não obstante, não poderíamos deixar de o analisar, sob pena do nosso estudo acabar por se revelar deficiente em muitos pontos, dada a sua importância no âmbito da cirurgia estética.

Destarte, iniciamos esta análise a partir do dever de informar que impende sobre o médico e que se encontra subjacente ao consentimento prestado pelo paciente. A verdade é que, o dever de informar, de entre todos os deveres que regem a relação médica, é certamente aquele que mais questões coloca ao nível jurídico – o que se intensifica relativamente à cirurgia estética. Fruto da investigação encetada, percebemos que o dever de informação não é algo estanque, sendo, pelo contrário, necessário proceder à sua adequação consoante a situação concreta e perante o paciente concreto.

Como vimos, a medida necessária de informação varia consoante as necessidades do paciente e na medida em que as circunstâncias concretas a exigem. Quer isto dizer que, numa intervenção não necessária do ponto de vista da saúde como é, em regra, a cirurgia estética, existem maiores exigências de informação do que existiriam numa situação de urgência em que o débil estado clínico do paciente clama por uma rápida intervenção médica – sob pena do paciente ter muito, ou mesmo tudo, a perder. Em boa verdade, na cirurgia estética, o paciente encontra-se (previamente à intervenção médica) numa situação de perfeito estado de saúde, em que (aproveitando o raciocínio utilizado pelo STJ no Acórdão de 17 de dezembro de 2009) apenas o sucesso da intervenção médica fará valer a pena a agressão da integridade física do paciente e o colocar do seu corpo e saúde em risco. Assim, parece-nos que o paciente só se encontrará apto a consentir esclarecidamente se souber tudo o que poderá eventualmente perder (e com que probabilidade) em nome do alcance, ou pelo menos da tentativa de alcance, do resultado físico almejado. Só assim o paciente conseguirá proceder à necessária ponderação de interesses que a decisão exige. É neste sentido que é particularmente discutida na doutrina a necessidade de comunicação dos riscos graves e raros, que entendemos ser necessária na cirurgia estética, precisamente por aqueles motivos.

Todo este raciocínio leva a uma outra questão central da responsabilidade civil médica em cirurgia estética, que é de saber qual a natureza da obrigação do cirurgião plástico. Conforme analisamos, é muito discutida a este propósito a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, sendo que a obrigação do médico na atividade médica em geral tem sido enquadrada como sendo uma obrigação de meios. De facto, é entendimento generalizado que o médico não pode prometer a cura ao paciente, podendo tão somente comprometer-se a utilizar os meios ao seu dispor para tentar que a mesma seja alcançada.

Ora, este raciocínio torna-se menos evidente quando falamos da cirurgia estética, já que aqui o paciente busca a intervenção médica no intuito de alcançar um determinado resultado estético. Por este motivo, há alguma hesitação em considerar a obrigação do cirurgião plástico estético como sendo uma obrigação de meios, não obstante a álea que se encontra sempre inerente à execução de qualquer intervenção médico-cirúrgica também dificulte a sua consideração como sendo uma obrigação de resultado. Como facilmente se entende, considerar que o cirurgião plástico se obriga a alcançar o resultado estético pretendido ou considerar, diferentemente, que o mesmo se obriga a fazer uso dos meios técnica e cientificamente disponíveis e ao seu alcance para se aproximar o máximo possível de tal resultado, tem implicações diversas ao nível do apuramento de responsabilidade em caso de insatisfação do paciente para com o serviço médico prestado, em especial no que aos requisitos da responsabilidade civil de ilicitude e de culpa diz respeito.

Ao nível da ilicitude, no caso de se entender que o cirurgião plástico se obriga a alcançar o resultado, o paciente apenas terá de fazer prova do resultado prometido, tal como daquele alcançado e, bem assim, demonstrar a desconformidade existente entre ambos. Termos em que, a ilicitude se traduzirá no incumprimento ou cumprimento defeituoso do resultado contratualmente acordo. Distintamente, se o entendimento for o de que sobre o médico apenas recai uma obrigação de meios, aí o peso probatório intensifica-se para o paciente, já que terá o mesmo de fazer prova de quais as regras da arte em vigor ao tempo da realização da intervenção médica, tal como da conduta encetada pelo médico e da desconformidade da mesma para com aquelas regras. Termos em que, a ilicitude consubstanciará a desconformidade da conduta médica com as regras que deveriam ter sido observadas.

Tendo em conta que a atividade médica é predominantemente técnica e de articulação rebuscada, é fácil de perceber que o trabalho probatório nesta última hipótese pode tornar-se

verdadeiramente penoso para o paciente, principalmente em comparação com a simples demonstração da desconformidade entre o resultado obtido e o resultado contratualizado.

Não obstante, a maior problemática coloca-se ao nível da culpa, já que é quanto a este pressuposto da responsabilidade que a distinção demoguiana acarreta mais especificidades. Na verdade, nos termos desta distinção, caso o médico assuma uma obrigação de resultado o paciente apenas terá de provar a desconformidade do resultado, ou seja, o incumprimento ou cumprimento defeituoso (pressuposto da ilicitude). Caso contrário, tratando-se a obrigação do médico de uma obrigação de meios, terá também o paciente de fazer prova do pressuposto da culpa, para além de demonstrar a ilicitude – que neste caso será a desconformidade da conduta médica para com as *leges artis* concretamente aplicáveis.

Quanto a isto, entendemos que a categorização da obrigação do cirurgião plástico como sendo uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado resultará em grande medida da complexidade da intervenção concreta, por um lado, e da informação prestada ao paciente, por outro lado. Assim é porque, não obstante admitamos que a cirurgia estética globalmente considerada tende a aproximar-se de uma obrigação de resultado, o certo é que existirão determinadas cirurgias estéticas em que, pela sua maior complexidade, o carácter aleatório a elas associado será maior, razão pela qual não é exigível ao médico que se comprometa em absoluto a alcançar o resultado pretendido pelo paciente.

Paralelamente, também a forma como é prestada a informação ao paciente desempenha aqui um papel decisivo, pois será diferente a situação do médico que explica ao paciente a complexidade da intervenção e o seu alto nível de aleatoriedade, expondo os métodos possíveis e ao dispor para tentar alcançar o resultado pretendido, da situação do médico que faz passar ao paciente uma convicção de obtenção do resultado, nada referindo acerca da complexidade e carácter aleatório da intervenção, incutindo mesmo no paciente uma ideia de quase certeza do sucesso da cirurgia.

Nestes termos, podemos quanto a isto concluir que, em nosso entender, embora num primeiro momento se deva partir da provável natureza do ato médico abstratamente considerado, a categorização da obrigação do cirurgião plástico deve ser aferida casuisticamente. Nomeadamente, tendo em conta a complexidade da intervenção cirúrgica e a informação prestada ao paciente, no sentido de poder o médico vincular-se à obtenção do resultado mediante o modo como coloca a situação perante o paciente.

Deste modo, admitimos que o cirurgião plástico se possa vincular à obtenção do resultado numa intervenção que, pela sua complexidade, poderia ser considerada obrigação de meios, por garantir a obtenção do resultado. É justo que o médico assuma a responsabilidade pelo insucesso da intervenção, quando não deu a oportunidade ao paciente de proceder a uma verdadeira ponderação entre prós e contras, passando ao mesmo uma segurança de concretização do resultado. Não podemos, isso não, admitir que o médico se queira vincular apenas a utilizar os meios mais adequados, quando a intervenção seria já de si reveladora de uma obrigação de resultado, como que se eximindo de uma possível responsabilização.

De notar, que esta ponderação parece também estar presente no posicionamento que tem sido adotado pelo STJ, visto também este ter alguma dificuldade em enquadrar a cirurgia estética globalmente considerada num ou noutro tipo de obrigação. Fruto da aparente inadequação da aplicação desta categoria de obrigações à cirurgia estética, surge por parte do STJ o entendimento de que a cirurgia estética fará nascer para o médico uma obrigação de “quase resultado” por, não obstante o carácter aleatório que qualquer cirurgia sempre terá, se tratar de situações em que apenas o resultado fará os riscos valerem a pena para o paciente. Mesmo não podendo o médico comprometer-se em absoluto com o resultado, sempre terá este um peso superior ao que seria normal numa outra qualquer relação contratual em que se constitua uma obrigação de meios.

Apesar disto, não podemos dizer que concordamos totalmente com a posição do STJ, pois não nos parece que a criação daquilo a que podemos chamar de uma categoria intermédia de obrigações ajude na resolução do problema. Todavia, concordamos sim, com a ideia de que a categorização das obrigações em obrigações de meios e obrigações de resultado não se enquadra devidamente nas idiossincrasias da cirurgia estética, motivo pelo qual se trata a mesma de uma área da atuação médica que clama por um tratamento diferenciado – que, em nosso ver, passará pela análise casuística, como referimos, ao invés do seu enquadramento de forma estanque num ou noutro tipo de obrigação. Errada parece-nos ser, assim, a generalização da cirurgia estética como consubstanciando uma obrigação de meios, uma obrigação de resultado, ou mesmo, uma obrigação de quase resultado.

Por outro lado, parece-nos também que a utilidade prática da aplicação desta categoria de obrigações à cirurgia estética pode não justificar a confusão que provoca. Na verdade, considerar que o cirurgião plástico se obriga a alcançar o resultado pretendido ou, ao invés, se

obriga a utilizar da melhor forma os meios disponíveis, tem implicações tão somente ao nível dos requisitos da ilicitude e da culpa, como se disse. Da ilicitude, pois, apesar da sua prova ficar sempre a cargo do paciente, a mesma poderá revelar-se mais ou menos penosa, consoante o lesado tenha de provar a desconformidade do resultado ou a desconformidade da atuação médica para com as *leges artis*. Da culpa, já que, nos termos da distinção demoguiana, numa obrigação de resultado o lesado não carece de demonstrar que houve culpa por lesante, mas apenas de demonstrar a desconformidade entre o acordado e o obtido.

Ora, a vantagem que a consideração da obrigação do cirurgião plástico como uma obrigação de resultado possa trazer é facilmente ultrapassável no nosso ordenamento jurídico, pelo menos ao nível do pressuposto da culpa, desde logo, pela aplicação do artigo 799.º n.º 1 do CC, que aplicado a estas situações, como entendemos dever ser, confere ao paciente uma presunção de culpa do médico. Ou, mesmo que assim não se entenda, sempre se poderá utilizar, para os casos de erro mais evidente, a figura da prova *prima facie*.

Tudo isto para dizer que não se pode fazer um enquadramento generalizado da cirurgia estética num ou noutro tipo de obrigação. Pode-se sim, proceder a uma análise da situação concreta para perceber qual a obrigação que se quis assumir no caso em apreço. De qualquer forma, a tipificação da obrigação do cirurgião plástico não terá a utilidade prática que se poderia pensar, tendo em conta que o paciente deve beneficiar da referida presunção de culpa do devedor prevista no nosso Código Civil. Parece-nos que a discussão em torno da aplicação desta presunção, sim, é crucial no âmbito da responsabilidade civil do médico em cirurgia estética.

Chegados a este ponto, tornou-se já possível proceder a uma síntese do que ocorre na responsabilidade civil médica em cirurgia estética. Tendo como referência não só os entendimentos que têm vindo a ser perfilhados pela doutrina e pela jurisprudência, mas também os entendimentos que nos vêm parecendo mais adequados. Com referência expressa aos requisitos da responsabilidade civil, podemos dizer que a ilicitude e a culpa consubstanciam os pressupostos que despoletam mais controvérsia na responsabilidade médica. Relativamente aos pressupostos do facto voluntário, do dano e do nexo de causalidade, nenhuma ou poucas especificidades se colocam no campo da cirurgia estética.

Nesta medida, importa apenas referir que, no respeitante ao requisito da ilicitude, o mais comum é ocorrer uma violação de direitos do paciente através de uma atuação desconforme com as regras da arte, a qual lesa um seu direito absoluto por haver um erro no tratamento. Aqui, o

paciente terá de fazer prova de quais seriam as regras aplicáveis à situação e demonstrar que não foram as mesmas respeitadas pelo médico. Lembrando-se, é claro, que sendo assumida pelo médico uma obrigação de resultado, a prova do requisito da ilicitude pelo paciente será feita, não através da constatação da desconformidade da conduta do médico para com as *leges artis*, mas através da demonstração do resultado obtido e da sua desconformidade para com o resultado acordado. Além disso, como vimos, o requisito da ilicitude traduzir-se-á na violação, através da conduta médica, de direitos absolutos ou direitos relativos do paciente, conforme vimos poder ocorrer em simultâneo na cirurgia estética.

Não obstante, a ilicitude da conduta médica poderá surgir também de um deficiente cumprimento do dever de informar que impende sobre o médico, situação em relação à qual se tem entendido que o ónus da prova recai sobre o médico, tendo o mesmo de demonstrar que informou devidamente. Parece-nos que, não raras vezes, poderá esta forma de ilicitude da conduta médica estar em causa na cirurgia estética, já que, como vimos, o dever de informação desempenha um papel fundamental na determinação e delimitação da obrigação do cirurgião plástico.

De resto, quanto ao requisito da culpa – ultrapassadas as divergências geradas pelo problema do concurso de responsabilidades e pela distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado – concluímos que o paciente, aquando de uma responsabilização do médico em cirurgia estética, deverá beneficiar da presunção de culpa do devedor prevista no n.º 1 do artigo 799.º do CC. Por este motivo, estará o mesmo desonerado de provar este pressuposto da responsabilidade civil, o que facilitará em alguma medida o grande esforço probatório que lhe incumbe.

Assim sendo, é este que nos parece ser o percurso a seguir pela responsabilidade civil médica em cirurgia estética no ordenamento jurídico português. De toda esta análise, ficou por demais evidente ser de suma importância perspetivar os desafios colocados pela cirurgia estética e as necessidades sociais que a mesma suscita de um ponto de vista de adequação e de compatibilização para com aquela que é a configuração atual da nossa ordem jurídica e os seus princípios basilares. As especificidades da relação contratual que aqui se estabelece entre as partes, tal como a importância e, ao mesmo tempo, debilidade dos bens jurídicos em jogo, tornam imperiosa uma análise do problema despida de dogmas ou axiomas, que possibilite o encontrar de soluções que almejem as finalidades máximas do Direito, de justiça e equidade.

A responsabilidade civil médica em cirurgia estética encontra-se ainda numa fase embrionária do seu percurso, é certo. Todavia, é também certo que, pelas suas idiossincrasias, origina verdadeiros desafios ao nível jurídico, desafiando inclusivamente o próprio instituto da responsabilidade civil. Ora, tal complexidade, a par da crescente facilidade de acesso à cirurgia estética a que vimos assistindo, torna urgente um direccionar de olhares para a questão, nunca perdendo de vista a necessidade de tutela da posição, não só do paciente, mas também do profissional médico, tendo sempre como finalidade o alcance da justiça material.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui – Direito das Obrigações, texto elaborado por J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui Alarcão ao 3º Ano Jurídico. Coimbra, 1983

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os contratos civis de prestação de serviço médico. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDUL, 1996, pp. 75-120

AMORIM, Ana Sofia – A responsabilidade do médico enquanto perito. Vila Franca de Xira: Petrony, 2019. ISBN 978-972-685-273-5

ANDRADE, Andreia da Costa – Atipicidade da conduta médica?: tentativa de (re)compreensão. Vila Franca de Xira: Petrony, 2018. ISBN 978-972-685-248-3

BARBOSA, Mafalda Miranda:

- Sentido e Intencionalidade do Requisito causal: o Antes e o Depois do Código Civil de 1996. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, pp. 61-154. Disponível em: <https://www.ij.fd.uc.pt>
- Algumas considerações acerca da causalidade e da imputação objetiva ao nível da responsabilidade médica. In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6549-6. Vol. II, pp. 41-71

BRUNO, Paula – Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal: erro em medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1881-7

CABANELAS, Fernando Manuel Barroso – Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados. In *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra. ISSN 1646-0359. Ano 15. N.º 29 (janeiro/junho 2018), pp. 87-110. Disponível em: <https://www.centrodedireitobiomedico.org>

CASTRO, Jorge Rosas de – Consentimento Informado e Medicina Defensiva. In *Revista Julgar, Número Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 207-223. Disponível em: <http://www.julgar.pt>

CRUZ, Catarina Inês Gonçalves da – O Contrato de Prestação de Serviços Médicos à luz do Direito Português. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020. Dissertação de Mestrado

CORDEIRO, António Menezes:

→ Tratado de Direito Civil, Contratos em Especial, 2.^a Parte. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7611-9. Vol. XII

→ Tratado de Direito Civil, reimp. da edição de 2010. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-4221-3. Vol. VIII

CORTEZ, Margarida – Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde. In, *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 978-972-32-1369-0, pp. 257-273

COSTA, Daniela Sofia Gomes – A culpa de organização na responsabilidade civil médica. Forte da Casa: Petrony, 2018. ISBN 978-972-685-246-9

COSTA, J. Pinto da – Responsabilidade médica. Porto: Felício & Cabral, 1996. ISBN 972-8205-06-6

COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das Obrigações, 12.^a Ed. Revista e atualizada, 2.^a reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4033-2

DIAS, João Álvaro:

→ O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11, pp. 388-433

→ Procriação assistida e responsabilidade médica. In *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0734-6

DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde – Responsabilidade médica em Portugal. In *Separata do «Boletim do Ministério da Justiça»*. Lisboa, 1984.

ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago – Direito da Saúde: Lições. Lisboa: Universidade Católica, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4

FERREIRA, Ana Margarida da Silva – O paciente enquanto consumidor. In *Vox Iuris*, 1ª Ed. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2021, pp. 18-21. Disponível em: https://issuu.com/aedireitoum/docs/vox_iuris_1_edi_o_2021_pu.

FIDALGO, Sónia – O abandono de objetos cirúrgicos no campo operatório – determinação da responsabilidade penal. In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6549-6. Vol. II, pp. 239-263

GONÇALVES, Carla:

→ A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1633-2

→ A responsabilidade médica objetiva. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11

GRALHEIRO, João Carlos – O ato médico é uma empreitada? Porto: Edições Esgotadas, 2018. ISBN 978-989-8801-98-2

GUERRA, André Fonseca – Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético: Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito comparado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. Dissertação de Mestrado

HÖRSTER, Heinrich Ewald – A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, 2.ª Reimpressão da edição de 1992. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 972-40-0710-3

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Direito das Obrigações, 15.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7348-4. Vol. I

LOPES, Diamantino Marques – Responsabilidade civil médica – casos práticos. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1369-9. Vol. 11, pp. 275-287

MAGALHÃES, João Fernando Fernandes de – A responsabilidade médica e o consentimento esclarecido. Ligação com os juristas. In OLIVEIRA, António Cândido de – *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, Associação Jurídica de Braga, 2002. ISBN 972-8533-14-4

MARTINEZ, Pedro Romano:

- Direito das Obrigações, Apontamentos, 5.^a Ed. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-138-1
- Responsabilidade civil por acto médico ou omissão do médico, Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. In FREITAS, José Lebre de (coord.) [et al.] – *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4319-7. Vol. II, pp. 459-486

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego – A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1856-5

MATOS, Filipe Albuquerque:

- A Compensação dos Danos Não Patrimoniais no Código Civil de 1966. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, pp. 31-60. Disponível em: <https://www.ij.fd.uc.pt>
- Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual: o caso particular da responsabilidade civil médica. In *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 21-22. Ano 11. Coimbra: Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Janeiro/Dezembro de 2014, pp. 9-34. Disponível em: <https://www.centrodedireitobiomedico.org>

MONTEIRO, António Pinto – Dano e Acordo das Partes. In *Responsabilidade Civil, Cinquenta Anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2017. ISBN 978-989-8891-39-6, pp. 9-30. Disponível em: <https://www.ij.fd.uc.pt>

NEVES, João Curado – Intervenções médicas em desrespeito das *leges artis*. In *Direito Penal – Parte especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1476-5

NUNES, Manuel Rosário – O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos, 2.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3160-6

OLIVEIRA, Guilherme de – Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 972-32-1316-8. Vol. 1, pp. 59-72

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de:

- Ilícitude e culpa na responsabilidade médica. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. ISBN 978-989-8891-74-7. Disponível em: <https://www.centrodedireitobiomedico.org>
- Princípios de direito dos contratos. Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2011. ISBN 978-972-32-1915-9
- Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilícitude e de culpa. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1369-9 Vol. 11, pp. 127-255
- Direito das Obrigações, Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais, Elementos das relações obrigacionais, Direitos de crédito e direitos reais. Coimbra: Edições Almedina, 2005. ISBN 972-40-2582-9. Vol. I
- Sobre o conceito de ilícitude do art.483.º do Código Civil. In OLIVEIRA, António Cândido de – *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*. Braga: Universidade do Minho, Associação Jurídica de Braga, 2002. ISBN 972-8533-14-4, pp. 521-544.

PEREIRA, André Gonçalo Dias:

- A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Segurança do Paciente e Consentimento Informado*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6566-3. Vol. III, pp. 161-179
- Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-972-32-2309-5
- O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1369-9 Vol. 11, pp. 435-497.
- O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora 2004. ISBN 972-32-1247-1

PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3

PINA, J. A. Esperança – A responsabilidade dos médicos, 3.^a Ed. Lisboa: Lidel, 2006. ISBN 978-972-757-195-6

PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a ed., 2.^a reimpressão, com a colaboração de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2102-2

RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3

RIBEIRO, Ricardo Lucas, Obrigações de meios e obrigações de resultado. Wolters Kluwer Portugal sob a Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1790-2

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes:

- O artigo 150.º, n.º1, do Código Penal, uma jóia preciosa no direito penal médico. In *Revista Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 21 (2013), pp. 11-26. Disponível em: <http://www.julgar.pt>
- Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente. In *DataVenia, Revista Jurídica Digital*. ISSN 2182-82-42. Ano 01, n.º 01 (julho-dezembro 2012), pp. 5-26. Disponível em: <http://www.datavenia.pt>
- Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Pressupostos Sistemáticos). Coimbra: Edições Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3100-2
- Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Direito da Medicina – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1122-X

RODRIGUES, João Vaz – O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 872-32-1013-4

Sousa, Luís Filipe Pires de:

- O ónus de prova na responsabilidade civil médica. In *DataVenía, Revista Jurídica Digital*. N.º 8. Ano 6, Junho de 2018, pp. 5-24. Disponível em: <http://www.datavenia.pt>
- Casos de responsabilidade civil, nos tribunais comuns, em Portugal. In *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 27-28. Ano 14, 2017, p. 49-58. Disponível em: <https://www.centrodedireitobiomedico.org>

Sousa, Miguel Teixeira de – Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDUL, 1996, pp. 121-144

Telles, Inocência Galvão – *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN972-32-0771-0

Varela, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, 10.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-1389-3. Vol. I

Verda y Beamonte, José Ramón de – Obligación de medios y obligación de resultado en la cirugía estética desde la perspectiva del derecho español. In *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. N.º 27-28, Ano 14, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, Janeiro/Dezembro 2017, pp. 19-32. Disponível em: <https://www.centrodedireitobiomedico.org>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6.^a secção, de 15/12/2020 (proc. 765/16.8T8AVR.P1.S1), relatado por RICARDO COSTA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1.^a secção, de 2/12/2020 (proc. 359/10.1TVLSB.L1.S1), relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.^a secção, de 21/2/2019 (proc. 3784/15.8T8CSC.L1.S1), relatado por OLIVEIRA DE ABREU. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 22/3/2018 (proc. 7053/12.7TBVNG.P1.S1), relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 4/7/2020.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 23/3/2017 (proc. 296/07.7TBMCN.P1.S1), relatado por TOMÉ GOMES. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 4/7/2020.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6.^a secção, de 26/4/2016 (proc. 6844/03.4TBCSC.L1.S1), relatado por SILVA SALAZAR. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 28/1/2016 (proc. 136/12.5TVLSB.L1.S1), relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1.^a secção, de 16/6/2015 (proc. 308/09.0TBCBR.C1.S1), relatado por MÁRIO MENDES. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1.^a secção, de 2/6/2015 (proc. 1263/06.3TVPRT.P1.S1), relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 4/7/2020.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1.^a secção, de 12/3/2015 (proc. 1212/08.4TBBCL.G2.S1), relatado HELDER ROQUE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 9/10/2014 (proc. 3925/07.9TVPRT.P1.S1), relatado por JOÃO BERNARDO. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1.^a secção, de 15/12/2011 (proc. 209/06.3TVPRT.P1.S1), relatado por GREGÓRIO SILVA JESUS. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 17/4/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 22/9/2011 (proc. 674/2001.P L.S1), relatado BETTENCOURT DE FARIA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.^a secção, de 14/7/2010 (proc. 128-99.8TAVIS.C2.S1), relatado por RODRIGUES DA COSTA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.^a secção, de 18/3/2010 (proc. 301/06.4TVPRT.P1.S1), relatado por PIRES DA ROSA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.^a secção, de 17/12/2009 (proc. 544/09.9YFLSB), relatado por PIRES DE SOUSA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.^a secção, de 15/10/2009 (proc. 08B1800), relatado por RODRIGUES DOS SANTOS. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9/12/2008 (proc. 08A3323), relatado por MÁRIO CRUZ. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, 1.^a secção – contencioso administrativo, de 30/10/2020 (proc. 02027/12.0BEPRT), relatado por HELENA RIBEIRO. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6/5/2008 (proc. 1594/04.7TBLRA.C1), relatado por JAIME FERREIRA. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Consultado em 8/9/2021.