

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito



"O Ato Médico é uma empreitada?"

João Carlos Gralheiro

Coimbra, 2014/2015

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito
Centro de Direito Biomédico



"O Ato Médico é uma empreitada?"

João Carlos Gralheiro

Dissertação apresentada no âmbito da
Pós Graduação em Responsabilidade Médica
Orientador: Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2014/2015

O Ato Médico é uma empreitada?

Dedicatória/Agradecimentos:

(H)À memória/saudade de meus Pais, Maria Margarida Coelho Marques da Costa Gralheiro e Jaime Gaspar Gralheiro; em referência a Ele, com quem a última conversa que mantivemos foi exatamente sobre este trabalho, recordando/reconhecendo a dádiva do que sou.

A(os) meus Mestres - aos que já o foram; aos que o são e aos que o virão a ser - pela densa capacidade de fazerem despertar em mim o “espanto” reflexivo sobre as “coisas”¹ da Vida e do Direito.

À Zira, à Maria e à Ana, aos demais Familiares e às/aos Amigas/os, como reconhecimento por me ajudarem e aturarem.

A todos vós, sem exceção, esperando não vos desmerecer,
O meu sincero e sentido bem-haja.

¹ - MANUEL DE ANDRADE, in “*Teoria Geral da Relação Jurídica*”, I, p. 199: “*coisa é tudo aquilo que de real ou fictício pode ser pensado pela nossa mente – tudo aquilo, em suma, que pode constituir objeto de representação intelectual*”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Sumário:

Apresentação do trabalho, seus objetivos e metodologia usada.

O Direito e a Medicina: estudo da história da relação entre estas duas áreas do saber como prolegómeno da densificação do conceito de Saúde para o Direito, daí se autonomizando o de Ato Médico, percorrendo, depois, o percurso que vai do efeito adverso até ao erro médico, no trilho do risco da atividade Médica.

A relação Médico/Cliente: natureza da mesma, e natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico, a caminho da responsabilidade civil.

A atividade Médica, a responsabilidade civil e a inclusão de ambas nos contratos de prestação de serviço e de empreitada.

O *aggiornamento* dialético das teses em confronto e subsunção dos factos às mesmas.

Conclusão, respondendo à pergunta: o ato médico é uma empreitada?

Palavras-chave:

Direito; Medicina; Saúde; Ato Médico; Ética e Deontologia Médicas; Risco; Incumprimento, Mora ou Cumprimento Defeituoso; Responsabilidade Civil Médica Extracontratual e Contratual; Obrigação de Meios e de Resultado; Contrato de Prestação de Serviços e Contrato de Empreitada.

Índice

| | |
|--|------------|
| Dedicatória/Agradecimentos: | III |
| Sumário: | IV |
| Palavras-chave: | IV |
| Introdução | 1 |
| <i>A)– Nota introdutória</i> | 1 |
| B)- Apresentação do tema e objetivos a atingir | 1 |
| C)- Metodologia usada | 3 |
| Capítulo Primeiro | 3 |
| 1.1 – Do concreto: os factos | 3 |
| 1.2 - ... ao abstrato: os conceitos | 3 |
| 1.3 - A Medicina: Da “Arte Silenciosa” ao mundo do Direito | 4 |
| 1.4 – Densificação do conceito de Saúde | 9 |
| 1.5 – O “Ato Médico” | 10 |
| 1.6 – Do “efeito adverso” ao “erro Médico” | 13 |
| Capítulo Segundo | 16 |
| 2.1 – Natureza da relação jurídica estabelecida entre o Médico e o Cliente | 16 |
| 2.2 – Natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico | 24 |
| 2.3 - A questão da responsabilidade civil médica | 29 |
| Capítulo Terceiro | 35 |
| 3.1 – O Ato Médico e o contrato de prestação de serviço | 35 |
| 3.2 – O Ato Médico e o contrato de Empreitada | 37 |
| Capítulo Quarto | 39 |
| 4.1 – O aggiornamento dialético | 39 |
| 4.1.1 – <i>A tese</i> | 39 |
| 4.1.2 – <i>A antítese</i> | 40 |
| 4.1.3 – <i>A subsunção dos factos ao(s) Direito(s)</i> | 41 |
| Capítulo Quinto | 42 |
| 5.1 - Da síntese a caminho das conclusões | 42 |
| 5.1.1 – <i>A Síntese</i> | 42 |
| 5.1.2 - <i>Conclusão</i> | 47 |
| Notas de Fim | 49 |
| Bibliografia | 52 |

O Ato Médico é uma empreitada?

Introdução

A)– *Nota introdutória*

Irei utilizar, neste meu trabalho, dois tipos de "Notas": as de Rodapé² e as de Fim". As primeiras encontrar-se-ão no final de cada página, identificadas através de numeração árabe, delas constando referências bibliográficas e/ou outras, associadas a citações ou outras referências de conteúdo relevante para a compreensão sistemática do trabalho; já as segundas localizar-se-ão no final do texto, identificadas através da numeração romana, delas constando apenas referências bibliográficas.

B)- *Apresentação do tema e objetivos a atingir*

Na sequência da minha participação num Curso Breve de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, ministrado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fui confrontado com a referência feita por alguns autores à possibilidade de qualificação de *empreitada*, do contrato celebrado entre o Médico e aquele que recorre aos seus serviços clínicos².

As particularidades que esta questão traz, não só na sua abordagem dogmática, como nas repercussões práticas que daí naturalmente terão de advir, despertaram em mim o “espanto” reflexivo de tentar perceber essa qualificação, no sentido de responder à questão que dá estampa a esta monografia: **o ato médico é uma empreitada?**

Delimito, intencionalmente, este meu trabalho ao campo de atuação privado dos médicos (Medicina privada): analisar a prestação de serviços clínicos levada a cabo por médicos, quer no âmbito do exercício da sua liberdade de profissão, não integrados, portanto, em qualquer estabelecimento ou estrutura organizativa, quer enquanto elementos de uma estrutura ou organização, independentemente da sua designação (Clínica, Hospital ou Casa de Saúde), não integrada no Serviço Nacional de Saúde, nem compondo o denominado “Sistema de Saúde”³. E isto por que, relativamente à intervenção médica no âmbito do Serviço Nacional de Saúde ou do Sistema de Saúde, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, por se tratar de uma relação de serviço público, não se pode afirmar que o Utente celebra um contrato com o Médico que o assiste, nem com a instituição a que recorre, subordinando-se a responsabilidade advinda dessa relação ao regime da responsabi-

² - ANDRÉ DIAS PEREIRA, in “*O consentimento informado na Relação Médico-Paciente*”, Estudo de Direito Civil, Centro de Direito Biomédico, 9, p. 37/38: “*deve-se recorrer às normas dos contratos de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)*”; J. FERNANDEZ COSTALES, in “*Contrato de servicios médicos*”, Madrid, 1998, p. 69 e ss.: “*seriam contratos de prestação de serviços ou de empreitada conforme a obrigação do médico seja uma obrigação de meios ou de resultados, incluindo-se nesta categoria designadamente os contratos para a realização de análises clínicas e exames radiológicos. A qualificação como contrato de empreitada desperta menos objeções quando se trata de contratos que têm por objeto tratamentos dentários, em especial a colocação de próteses*”, apud CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, in “*Os contratos civis de prestação de serviço médico*”, Direito da Saúde e Bioética, 1996 (p 75-12), p. 86: *deve recorrer-se às "normas dos contratos de mandato ou de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)"*; MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, in “*Direito da Saúde*”, p. 186: “*a qualificação de certos atos médicos como prestação de serviço pode suscitar dúvidas quando o seu objeto se traduza, por exemplo, na colocação de próteses ou na realização de certos exames (vulgarmente análises laboratoriais). Nestes casos, para além do serviço, pode estar em causa algo próximo da empreitada [confrontar artigo 1207º do Código Civil], uma vez que envolve para o médico a realização de certa obra – produção ou transformação de uma coisa – em favor do paciente*”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, “*A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*”, Centro de Direito Biomédico, 15, p. 72 (Nota 160): “*nalguns casos particulares, constitui um contrato de empreitada (por exemplo, quando há o fornecimento de uma prótese dentária)*”.

³ - Vide Base XII, nº 1 da Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90 de 24 de agosto): “*o sistema de saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividade de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todos ou de algumas daquelas atividades*”.

O Ato Médico é uma empreitada?

dade civil extracontratual do Estado (Lei 67/2007 de 31 de dezembro)⁴. Aliás, depois da publicação do Estatuto do Médico (Decreto-Lei nº 373/79 de 8 de setembro: artigo 8º, nº 3), bem como da Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei nº 56/79 de 15 de setembro: artigo 12º), o legislador veio pôr ponto final à querela doutrinal e jurisprudencial sobre a questão da competência em razão da matéria, fixando que o foro competente para dirimir os litígios existentes entre Utentes, Médicos e/ou Hospitais integrados no Serviço Nacional de Saúde, era o dos Tribunais Administrativos⁵.

Bem assim, o âmbito desta investigação está também delimitado ao “Ato Médico” praticado sobre pessoas vivas, dele se excluindo, também, aquele praticado no âmbito da investigação clínica.

Dito isto, para lograr chegar a bom porto, e tendo sempre em vista os limites autoimpostos e a intenção declarada de querer responder à pergunta colocada, a carta de navegação que usarei começará por uma abordagem à temática da chegada do Direito à Medicina, no sentido de explicar a razão de ser da ausência daquele no mundo desta, durante largos séculos da história recente da humanidade, bem como a conquista civilizacional que representou essa entrada.

De seguida, proponho-me dilucidar as áreas de atuação da Medicina em que o Direito poderá/deverá intervir, através da densificação do conceito de “Saúde” para o Direito, do qual autonomizarei o de “Ato Médico”, daí partindo para a análise do percurso que vai do “efeito adverso” ao “erro Médico”, no trilho do risco da atividade Médica.

Partirei, então, para a análise e avaliação da relação que se estabelece entre o Médico e o Cidadão que a ele se dirige, tendo em vista a prestação de serviços clínicos: sujeitos dessa relação, seu objeto, direitos e obrigações, e tipo e natureza da responsabilidade civil dela advinda.

Aqui chegando, entrarei na descrição das características dos contratos de prestação de serviços e de empreitada e a sua relação (semelhanças e dissimilaridades) com o contrato celebrado entre o cidadão que recorre aos serviços clínicos e o Médico que lhes faculta.

Farei, então, um *aggiornamento* dialético das grandes linhas de pensamento, subsumindo cada uma delas às situações enquadráveis pela doutrina no contrato de empreitada.

⁴ - **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 45 (Nota 69) e 46 (Nota 73), onde cita **MARCELLO CAETANO**, in “Manual de Direito Administrativo”, II, p. 398, **SÉRVULO CORREIA**, “As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde”, in Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, 22/27; **GUILHERME DE OLIVEIRA**, “Estrutura jurídica do ato médico, consentimento informado e responsabilidade médica”, in Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1, p. 61 e **SILVA CARNEIRO**, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, XIX, p. 123-305, sobre a questão de saber se se está perante uma *relação de serviço público*. Contra esta tese, advogando a responsabilidade contratual dos hospitais, vide: **MOITINHO DE ALMEIDA**, “A responsabilidade civil dos Médicos e o seu seguro”, in Scientia Iuridica, XXI, p. 352; **SINDE MONTEIRO /FIGUEIREDO DIAS**, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in Boletim do Ministério da Justiça, 332, p. 33/36; **SINDE MONTEIRO**, “Anotação ao Acórdão de 12 de novembro de 1996”, in Revista de Legislação e Jurisprudência nºs 3887, 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900; **ÁLVARO DIAS**, in “Procriação assistida e responsabilidade Médica”, p. 238 e ss.; **J. ALCOFORADO SALDANHA**, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de novembro de 1984 e ao do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1985”, in Revista da Ordem dos Advogados, 48, respetivamente p. 511 e ss., 529 e ss. e 537; **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 67-69.

⁵ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 237: “significa isto que a ação deverá ser intentada no tribunal administrativo territorialmente competente e apenas contra a administração pública”, salvo se “os titulares dos órgãos, funcionários e agentes” forem “responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àquelas que se encontravam obrigados em razão do cargo” (artigos 7º e 8º da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro: Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas).

O Ato Médico é uma empreitada?

Chegarei, depois, a águas que quero de mar chão, onde rematarei este trabalho com as conclusões a que cheguei, respondendo à questão que lhe dá título.

Já vai longa a apresentação.

Larguemos, pois, as amarra. Aventuremo-nos ao saber...

C)- Metodologia usada

A metodologia de investigação que irei usar é a *conceptual*, na categoria da *investigação conceptual integrativa* – integração da experiência prática com a pesquisa teórica, relativamente a conceitos determinados.

Os objetivos científicos da investigação conceptual são: **a)** - Análise e verificação da consistência lógica e compatibilidade com outros sistemas de formulação teórica dos conceitos; **b)** - Análise filosófica dos conceitos, isto é, análise da consistência teórica e derivabilidade do uso de um conceito num determinado campo conceptual; **c)** - Definição e compreensão alargada do significado e interesse operativo de um determinado conceito na prática (contexto histórico da origem do conceito; evolução histórica do conceito; discussão crítica e eventual formulação de uma utilização diferente para o conceito em estudo).

As implicações práticas são: **1** - Compreensão das modificações históricas de determinados conceitos; **2** - Integração dos dados da experiência prática no processo de evolução conceptual da teoria jurídica (direção e sentido das mudanças conceptuais); **3** - Reforço da clareza e consistência teóricas na utilização jurídica e empírica dos conceitosⁱ.

Capítulo Primeiro

1.1 – Do concreto: os factos

Conforme resulta do teor da Nota 2, os “Atos Médicos” passíveis de ser qualificados como obrigações de resultados, designadamente os relacionados com a realização de análises clínicas, exames radiológicos, tratamentos dentários, fornecimento e colocação de próteses dentárias, poderiam integrar um contrato que visaria a realização de certa obra – produção ou transformação de uma coisa – em favor do paciente.

Isto é, a relação estabelecida entre o Médico e o Cidadão que a ele acorre, tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos naquelas áreas, ou noutras cujos fins sejam de jaez suficientemente analógico, estaria subordinada ao regime do contrato de empreitada.

1.2 - ... ao abstrato: os conceitos

Partindo das premissas acima descritas, convido-vos a acompanharem-me nesta viagem que me proponho fazer, entrando no mar dos conceitos em que navegam os vários subtemas, tendo em vista levar esta “nau” a porto seguro, que permita dar a resposta ao *thema decidendum*.

1.3 - A Medicina: Da “Arte Silenciosa” ao mundo do Direito

O Direito manifesta-se como *validade*. Não se manifesta e realiza apenas como *norma* (critério regulativo de uma racionalidade sistematicamente horizontal), nem simplesmente como *lex* (norma imperativamente prescrita), menos ainda como mero *imperativo* (tão só prescrição de um qualquer poder), e também não como *regra* convencionalmente aleatória ou *esquema* sistémico-social, mas como referente *fundamento* da intencionalidade e expressão axiológica-normativa a invocar na prática humana-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa práticaⁱⁱ.

Isto é, o Direito, enquanto “referente fundamento da intencionalidade e expressão axiológica-normativa” é ontologicamente extensível a todas as áreas onde se verifique “a prática humana-social”, onde sejam exigidos “juízos decisórios suscitados por essa prática”.

Por a nossa condição ser a de *homines dolentes* e de “seres para a morte”, “curar o mal, atenuar ou suprimir o sofrimento, evitar a morte iminente (...), foram objetivos que, desde as origens, o homem procurou com o ato médico. Vale por dizer: a indiferenciação era um dado nas comunidades primitivas, o que implicava (...) que todos se «curassem» mutuamente”ⁱⁱⁱ.

A Medicina, como espaço de saber e de atuação na busca da preservação da Saúde Humana ou, noutra perspetiva, na luta contra a doença^{6,7} ou enfermidade, acompanha a História da Humanidade^{iv}, apesar de num determinado tempo histórico se ter escrito que os médicos eram “homens que receitam medicamentos sobre os quais pouco sabem, para curar doenças sobre que sabem ainda menos, em pacientes sobre quem nada sabem”^v.

Constata-se porém que, a esta tendência hegemónica do Direito, a Medicina, enquanto arte, desde a sua origem⁸ até ao século XIX, e ciência, desde aí^{9,10} até aos nossos dias, colocada ao serviço da integridade do

⁶ - SUSAN SONTAG, in “*Illness as Metaphor and AIDS and its Metaphor*”, Nova Iorque, Picador, 1990: “A doença é o lado sombrio da vida, uma cidadania mais onerosa. Todos os que nascem têm uma dupla nacionalidade: a do reino da saúde e a do reino da doença, e apesar de todos preferirmos o passaporte bom, mais tarde ou mais cedo, todos somos obrigados a identificarmo-nos com aquele «outro lugar», nem que seja por um curto espaço de tempo”, apud SIDDHARTHA MUKHERJEE, in “O Imperador de todos os males”.

⁷ - SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, “Testes diagnósticos, probabilidades pré-testes e pós-testes e a sua utilização na prática clínica”, in Revista Portuguesa de Cardiologia, Vol. 23, setembro 2004, p. 1189: “Uma qualquer pessoa tem uma probabilidade real de ter uma determinada doença, e isto para todas as doenças conhecidas, sendo essa probabilidade inicial, para cada uma das doenças, igual à prevalência das doenças em toda a população humana”.

⁸ - FÁRIA COSTA, op. cit. “Em redor ...”, p. 128/129: “quando, nos princípios dos tempos, o ato de cuidar, o ato de curar começa a ser atribuído a um determinado segmento social: aos sacerdotes. Esse momento representa (...) o ponto de viragem em que aos atos universais do cuidar mútuo a comunidade assume que há atos que, pela sua gravidade ou mistério, só os sacerdotes podem curar”.

⁹ - HÉLDER RAPOSO, “Risco e Incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na Medicina moderna”, in Análise Social, XLIV, 2009, p. 747-765; p. 751: “É fundamentalmente a partir do Século XIX que se assiste a uma reorganização profunda do saber médico e da sua prática, em particular ao nível dos seus objetivos, conceitos e métodos, que passam a configurar um novo tipo de Medicina (científica) fundada na objetividade e em medições instrumentais de quantidade”.

¹⁰ - PAULO CUNHA E SILVA, in http://www.ciencia20.up.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=518:arte-e-ciencia-a-mesma-inspiracao-a-mesma-aspiracao&catid=8:interno: “Na Arte e na Ciência, a inspiração e a aspiração são as mesmas” Apesar disso, “Arte e Ciência têm metodologias e mecanismos de legitimação completamente diversos. A Ciência precisa da prova; a Arte dispensa a prova. Aliás, o que nós procuramos na obra de Arte é que ela não seja provável, é que ela seja original. Na Ciência, embora a descoberta tenha de ser original, tem de ser provada. Só se for reproduzível e verificável é que pode aparecer como válida e verdadeira, enquanto a Arte vive justamente do contrário, da circunstância de não ter de se provar”.

O Ato Médico é uma empreitada?

doente e com o objetivo de intervenção apenas para benefício do doente, viveu, séculos e séculos, sob o manto que já foi designado de “Arte Silenciosa”¹¹.

A perspetiva que se tinha, quer do exercício da Medicina, quer da própria doença, era sagrada¹².

Na verdade, “a responsabilidade civil do médico nunca foi uma responsabilidade jurídica, como hoje a conhecemos. Por que o médico não desempenhava uma tarefa vulgar. O médico era uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados. Os médicos, (...) estiveram sempre tão próximo do divino quanto a própria doença.

Toda a caminhada do sofrimento humano garantiu à Medicina um estatuto superior, estabilizado, que não se compadecia com a humana prestação de contas”^{vi}. O médico era alguém que desempenhava uma função que se distinguia das simples operações ou artes mecânicas, situando-se a níveis mais altos da hierarquia social^{vii}.

Tanto assim era que o juramento de Hipócrates impunha aos profissionais que praticassem a Medicina que não revelassem os conhecimentos dessa Arte a quem não tivesse feito tal juramento: “as coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados; é proibido comunicá-las aos profanos porque não foram iniciados nos mistérios da ciência”^{viii}.

No que tange a Portugal, de acordo com os quadros histórico-antropológicos do nosso povo, por sermos um país de “brandos costumes” com acentuada “mistificação dos médicos”^{ix}, havia como que um “sebastianismo dos médicos”^x.

Perante este quadro, o Direito, enquanto superestrutura do/de poder, emanção de uma consciência axiológico-normativa de uma determinada comunidade num concreto tempo histórico, não se imiscuiu nas questões que pudessem advir do exercício dessa Arte, quicá dando relevância à preocupação lapidariamente expressa nos seguintes termos: “a questão da responsabilidade médica é largamente prejudicada pela invasão do direito”^{xi}.

Porventura a história, a antropologia e a sociologia nos permitam introduzir outros vetores de análise que ajudem a compreender melhor este fenómeno de “irresponsabilidade”, melhor dizendo, do seu *terminus*.

Talvez não estejamos muito longe da verdade se afirmarmos que o quebrar das grilhetas da “Arte do Silêncio” se começou a dar quando, histórico-socio-antropologicamente, a Medicina começou a ter um maior relevo ao nível das relações de poder.

Efetivamente, durante séculos e séculos, a vida e a liberdade dos súbditos estava nas mãos da superestrutura do poder político. Era o Rei, ou a Igreja, quem, respetivamente para as questões terrenas e para as divinas, mandava prender e matar, e quem podia, “clementemente”, restituir a liberdade ou evitar a morte.

¹¹ - VIRGILIO chamava à Medicina “*muta ars*”: DIEGO GARCIA in “*Fundamentos de Bioética*”, Madrid -, Eudema, 1989, p. 51, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, “*O Fim da “Arte Silenciosa”*”, in *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, 1, p. 114.

¹² - Isto, apesar de o Código de Hamurabi, cerca de 1000 anos antes de Cristo, ter constituído a primeira positivação conhecida de regras que disciplinavam a relação médico-paciente, condenando o médico à amputação das suas mãos em caso de morte do doente; do agravamento das sanções aplicáveis ao Médico verificado no Antigo Egito: no caso de morte do doente não escravo ou de violação do livro sagrado de “Hermes”, independentemente do resultado que se viesse a produzir, podia ser condenado à morte; de, também no Direito Romano, se encontrar consagrada a responsabilidade médica em caso de morte do doente imputável à falta de conhecimento ou insuficiência do clínico; ou do juramento de Hipócrates: vide MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEL-RINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 11; ÁLVARO DIAS, “*Responsabilidade, Informação, consentimento e confidencialidade*” in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, III, 4, p. 10; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 27/30.

O Ato Médico é uma empreitada?

Após a Revolução Francesa, com a conquista do poder pela burguesia e a afirmação do postulado revolucionário da separação dos poderes, aquele poder saiu da esfera de competências do Rei e da Igreja, passando a ser exercido pelos Tribunais¹³.

Será a partir desse momento histórico, e até aos dias de hoje, mas com maior incidência a partir do XIX, fruto das consequências derivadas daquele processo revolucionário e do desenvolvimento científico entretanto se tem vindo a verificar, que a Medicina começou a aparecer como um verdadeiro “poder”, pois passou a ser-lhe reconhecida a competência, designadamente, para definir os critérios científicos para a qualificação de inimizabilidade, de perigosidade, de incapacidade negocial, de interdição, de inadade para o trabalho, de doença profissional; para praticar os atos que levam a que a mulher que aborte não cometa um crime ou quem execute uma intervenção cirúrgica também não comete crime algum; a definir *soft laws*^{xii} concretizadoras das regras da *leges artis*¹⁴ e, posteriormente, para elaborar os pareceres periciais que permitirão aplicar esses critérios aos casos concretos¹⁵. O Médico começa a ter poderes sobre a vida, a liberdade e a autodeterminação negocial dos Cidadãos, que ultrapassam o conteúdo e limites dos que tradicionalmente lhes eram reconhecidos.

Considerando esta duradoura interação entre o Direito e a Medicina, podemos distinguir “três patamares em que ela se foi sucessivamente manifestando: num primeiro, no âmago do qual a Medicina socorreu o

¹³ - SALVADOR DA COSTA, “Organização Judiciária”, in Revista da Ordem dos Advogados, 73, II/III, p. 435 e ss., onde o autor, através da evolução histórica da organização judiciária, demonstra o processo de autonomização, credibilização e afirmação de poder, do Poder Judicial enquanto tal.

¹⁴ - VAZ RODRIGUES, in “O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente”, Centro de Direito Biomédico, 3, p. 71: “*leges artis* está reservada para aquelas regras específicas da Medicina, como corpo científico que habilita a prática da arte de curar as pessoas”; PINTO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 243, onde escreveu que o relatório explicativo da Convenção sobre os Direitos do Homem e a BioMedicina emprega o conceito de “*estado da arte*” para designar a atual situação da ciência e da técnica: “o estado da arte determinaria as capacidades e as competências que devem esperar-se de um profissional de saúde na realização do seu trabalho”; JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MACÍA MORILLO, “La responsabilidade médica en el Ordenamiento español”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, p. 40: “el conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades de dicha profesión. La definición de *lex artis* a un conjunto de saberes de cada profesión remite a un triple contenido, integrado por los conocimientos médicos o científicos del ámbito concreto de cada actividad, las técnicas aplicables en el desarrollo de cada profesión y los conocimientos de tipo «de tarte com el paciente»”; MARIA LUÍSA NETO, in “A infeção por HIV resultante de transfusões de sangue contaminado no contexto da responsabilidade extracontratual do Estado”: “métodos e procedimentos comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de atuações, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica como os mais adequados e eficazes”, apud VERA LÚCIA RAPOSO, in “Do ato médico ao problema jurídico”, p. 45: “a definição de *leges artis* resulta em grande parte das normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que (...), acaba por assumir um papel preponderante na conformação da conduta médica. A violação de protocolos, guidelines, reuniões de consenso e de normas legais especialmente atinentes à atividade médica é também suscetível de indicar violação da *leges artis*”.

¹⁵ - No Processo Civil continua a valer a máxima de que o Juiz é o Perito dos peritos, fruto do disposto no artigo 389º do Código Civil: “a força probatória da resposta dos peritos é fixada livremente pelo Tribunal”, embora CARLOS PEREIRA GIL, “Da Prova Pericial”, p. 9, in Centro de Estudos Judiciários, defenda que “estamos em crer que aquelas teses não têm inteiro cabimento na atualidade face à crescente especialização dos mais variados domínios científicos. A nosso ver, um juiz que não disponha de conhecimentos especiais na área a que respeita a perícia, e salvo erros grosseiros, não está em condições de sindicar o juízo científico emitido pelo perito”. Sobre a possibilidade do juiz poder utilizar os seus conhecimentos técnicos para sindicar o juízo científico do perito diz aquele autor que “é questionável esta possibilidade (...). De facto, pode entender-se que tal utilização de conhecimentos especiais colide com o dever de imparcialidade do julgador, gerando a confusão entre o seu estatuto de julgador e de meio de prova”. Prossegue o mesmo autor: “por isso, parece-nos bem mais ajustada às atuais realidades da vida, a norma do Código do Processo Penal relativa ao valor da prova pericial (artigo 163º, nº 1 – presunção de que o juízo técnico, científico ou artístico está subtraído à livre apreciação do julgador). Na nossa perspetiva, é ao nível dos dados de facto que servem de base ao parecer científico que o juiz se acha em posição de pôr em causa o juízo pericial”.

O Ato Médico é uma empreitada?

direito, fornecendo-lhe conhecimentos necessários para resolver questões jurídicas ou para decidir pleitos que são levados a juízo (...); num segundo patamar, o sentido de movimento é inverso, sendo o direito que se debruça sobre a atividade médica, no afã de a regular (...); numa terceira plataforma, o legislador emana diplomas em que são traçadas diretrizes para o desenvolvimento da atividade médica (...) e criadas as condições propícias para a prossecução de objetivos que a Medicina visa cumprir (...)”^{xiii}.

Posto isto, “foi preciso esperar pela superação do conceito helenístico de pessoa, pela afirmação do indivíduo como ser moral autónomo, pela definição de uma teoria dos direitos fundamentais, pelo progresso das ciências médicas, para que a atitude social perante os médicos mudasse”^{xiv}.

Para além disso, e paralelamente a esse fenómeno, começou a verificar-se um crescendo social na atuação médica, pois que assumir que a saúde é um direito fundamental, implica considerar as transformações por que têm passado, durante as últimas décadas, as conceções do que é a saúde e, em particular, a ampliação do conceito de saúde.

Estas transformações, por sua vez, não podem ser dissociadas das mudanças nos saberes sobre a saúde e nas práticas científicas e profissionais neste campo, nem da emergência de uma diversidade de formas de governar a vida (biopoder), de reconfigurar relações sociais a partir de afinidades ou partilhas de características associadas à biologia (biossociabilidade) e da constituição da “vida em si mesma” como fonte de valores e de acumulação de capital.

A saúde transformou-se, assim, num bem valioso, transacionado no mercado, que promete uma vida mais longa e com mais qualidade a quem estiver disposto a vincular a sua vida ao complexo médico-industrial, tornando-se um “doente em suspenso”, responsável pela procura das suas suscetibilidades a problemas de saúde e à renúncia e à denúncia de comportamentos de risco^{xv}.

Vivemos hoje um "orwelliano" regime que já foi definido como de “saúde persecutória”^{xvi}, de “cidadania sanitária”^{xvii}, ou de “quarentena invertida”¹⁶. Já em 1977 J. H. KNOWLES, cardiologista e presidente da Fundação Rockfeller, afirmava que a noção de direito à saúde deveria ser substituída pela “obrigação moral”, uma espécie de dever público que cada um teria de preservar a sua saúde^{xviii}. Nesse sentido, o nº 1 da Base V da Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90 de 24 de agosto) expressamente preceitua que “*os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua saúde, individual e coletiva, tendo o dever de a defender e promover*”. “Poder-se-á afirmar (...) que todos somos médicos”^{xix}.

“O *homo medicus* encontra-se, por definição, e de maneira permanente, numa situação “infrapatológica”, ou, quando apresenta certas predisposições ou fatores de risco, na condição de “doente saudável”, assintomático ou pré-sintomático. Que fatores permitem promover estas formas de subjetivação? Desde logo a subordinação dos cidadãos à autoridade dos especialistas, legitimada pelo saber biomédico”¹⁷.

¹⁶ - ANDREW SZASZ, 2008, in “*Shopping our Way to Safety: How We Changed from Protecting the Environment to Protecting Ourselves*”, Minneapolis: University of Minnesota Press, apud JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 147: «em lugar de se bater por políticas públicas que defendam o ambiente, cada pessoa procura-se proteger a si própria, tornando-se consumidora de água engarrafada, protetor solar ou “produtos verdes”».

¹⁷ - JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 148. Para o mesmo resultado concorre, também - como mostram PHILIPPE PIGNARRE (2001), in “*Comment la dépression est devenue une épidémie*”, Paris: La Découverte, e ANDREW LAKOFF

O Ato Médico é uma empreitada?

Vivencia-se, nestes tempos, um fenómeno de “biomedicalização da saúde, isto é, a crescente importância e centralidade dos saberes das ciências na vida, na definição e gestão da saúde, com a concomitante promoção de monoculturas dos saberes e práticas da saúde, associada principalmente à molecularização e geneticização da Medicina”^{xx}.

Surge uma “nova economia política da saúde com a emergência de novas formas de biocapital ligadas ao encontro entre as biotecnologias, o capital de risco e as grandes empresas farmacêuticas, e o surgimento de novos tipos de organização que transformam os médicos e outros profissionais da saúde em acionistas ou assalariados, cada vez mais afastados da conceção tradicional da Medicina liberal e da sua deontologia”^{xxi}.

Encontramo-nos, assim, perante a emergência de uma política da “vida em si mesma”^{xxii}, centrada na vida como fenómeno biológico, associada às crescentes capacidades de diagnóstico, de vigilância e de intervenção nos processos biológicos, com implicações nas formas de poder, de governo, de socialidade e de subjetivação, mas também de mobilização coletiva^{xxiii}.

“Estamos hoje em dia «psicologicamente impreparados para o declínio, a deficiência, a doença e até a morte»^{xxiv}, por que trocámos a tradicional e óbvia vulnerabilidade da condição humana por um sentimento generalizado de imortalidade clinicamente sustentada”^{xxv}. A Medicina é vista como a “varinha mágica” da vida eterna, e o nosso comportamento, através da procura do controle do corpo e do seu ambiente, ou, por outras palavras, da “domesticação da incerteza”^{xxvi}, visa assegurar esse impossível infinito, na premissa de que, na exonerabilidade do decesso, imporemos a nós mesmos modos de vida compatíveis com o paradigma de uma vida saudável, para podermos vir a ter uma morte saudável.

Hoje, com a “ditadura da prevenção” multiplicam-se os campos de atuação da Medicina. Depois, “à luz do espírito mercantilista dominante, a atividade médica assume-se como uma atividade económica dirigida à obtenção de lucros. Esta perspectiva lucrativa provoca a dessacralização da prática médica e a desmistificação da profissão e dos respetivos profissionais”^{xxvii}. Uma desmistificação da “bata branca”^{xxviii}.

É este novo paradigma de intervenção sociopolítico da Medicina, associado a uma “democratização do saber”^{xxix}, que, paulatinamente, foi mudando a consciência axiológico-normativa das concretas pessoas que compõem as sociedades com um modo de vida igual ou semelhante ao que se vive em Portugal, relativamente a essa Arte/Ciência, ao ponto de hoje não só se ter afastado o receio da intervenção do Direito, como, antes pelo contrário, se exigir essa mesma intervenção em defesa de valores tão imprescindíveis como os da liberdade, da vida e da integridade psicofísica, apesar de “os médicos encarar[e]m geralmente como uma injustiça ou como uma incompreensão social a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil à sua atividade”^{xxx}.

(2008) “*The Right Patients for the Drug: Pharmaceutical Circuits and the Codification of Illness*” in J. Hackett et al (orgs) *The Handbook of Science and Technology Studies*. 3ª Ed., Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 741-59 -, a propósito das doenças do foro psiquiátrico, a produção de medicamentos e de tecnologias biomédicas para os quais são, depois, procurados doentes e as doenças “*apropriados*”. No mesmo sentido ver, do mesmo autor e obra, p. 146/148.

O Ato Médico é uma empreitada?

“O médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade, que numa sociedade plural e aberta se afirma mais, na sua face jurídica”^{xxxix},¹⁸. “E agora, para os médicos, o silêncio ... acabou-se”¹⁹ deixando de fazer sentido o provérbio antigo: “a terra tapa os erros dos médicos”. A libertação das grilhetas do passado deu origem a um aumento considerável de ações de responsabilidade profissional médica, com uma ampliação dos quantitativos ressarcitórios judicialmente fixados, simbolicamente denominado de estado de “febre de responsabilidade médica”^{xxxii}.

1.4 – Densificação do conceito de Saúde

Prossigamos esta reflexão, entrando, agora, num outro patamar de análise: o da densificação do conceito de Saúde, na perspetiva da atividade médica relevante para o Direito.

“A degradação do corpo vital opera-se, sobretudo, pela doença. Pelo ruído orgânico. E é precisamente neste ponto que se intromete o ato de curar, o ato de cuidar. Aquilo que, de uma forma simples mas nem por isso menos rigorosa, faz com que prolonguemos a vida e afastemos a morte”²⁰

A Medicina, na prossecução desse fim que lhe é imanente, o de permitir que o homem possa viver com saúde, tem visto as fronteiras do seu campo de atuação alargarem-se. Assim, a uma intervenção primária, onde se integra o trabalho das equipas de saúde que atuam no sentido de promover e proteger a saúde, seguiu-se uma intervenção secundária que visa a prevenção e o tratamento de doenças, a que acresceu uma intervenção terciária cujo objetivo é a promoção da reabilitação e da reinserção social, terminando-se com uma intervenção quaternária onde se promove o acompanhamento dos processos de morte (cuidados paliativos).

Consequentemente, assiste-se a um redesenhar da perspetiva que se tem sobre a saúde e a intervenção Médica, cada vez menos associada à naturalidade/normalidade do corpo e cada vez mais ligada à normatividade da pessoa, ao que do nosso corpo/nossa saúde queremos, à capacidade de cada um para levar a cabo um projeto de saúde, um compromisso com a existência^{xxxiii}.

A Saúde é, pois, um fator essencial da/na vida humana e um valor base que supera todos os outros, ao longo da existência de cada indivíduo, na criação de bem-estar, de capacidade de trabalho e de felicidade pessoal^{xxxiv}, sendo definida pela Organização Mundial de Saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doença.

Acontece que esta definição é demasiadamente abrangente, nela se integrando várias áreas do saber e da atuação humana, para além da Medicina²¹, pelo que se impõe que seja depurada.

¹⁸ - JOSÉ FRAGA / LUIS MARTINS, in *"O Erro em Medicina"*, p. 16: *"À Medicina de hoje não basta ser competente, exige-se-lhe que preste contas e que estas sejam visíveis (...)"*.

¹⁹ - ÁLVARO DIAS, *"Culpa Médica: algumas ideias força"*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, IV, 5, p. 15/16: *"a eclosão da responsabilidade médica está intrinsecamente ligada à mudança qualitativa das relações entre o médico e o doente, isto é, a uma massificação na prestação de cuidados médicos, com a consequente rutura da ancestral relação de fíducia (quase afetiva entre o médico e o doente)"*; GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. *"O fim da arte"*, p. 114.

²⁰ - FÁRIA COSTA, op. cit. *"Em redor ..."*, p. 128: *"Curar é lutar contra "Atropos"; é fazer com que esta terrível deusa chegue mais tarde a cortar o fio da vida"*.

²¹ - JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. *"Saúde, direito..."*, p. 154: *"uma definição ampliada de saúde pode assumir significados diferentes e materializar-se em práticas, formas de organização, formas de poder e de socialidade diferentes"*; JOÃO CARLOS LOUREIRO, *"Direito (à proteção) da saúde"* in *Estudos em Homenagem ao Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, 2007, p. 25/26: *"A verdade da interdependência entre o bem saúde e um conjunto de dimensões sociais, que estão na raiz da definição, não po-*

O Ato Médico é uma empreitada?

Dito isto, e na continuação da rota onde navegamos, seguiremos de perto a avaliação de três conceitos que, embora intrinsecamente interligados, correspondem a dimensões dogmáticas distintas: de saúde; de direito à saúde e de direito da saúde²².

“O Direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito ao ambiente e ao direito de propriedade, ou seja, direito personalisticamente personalizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspeto dinâmico (que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial) enquanto equilíbrio reflexivo ou de bem-estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral consignada no artigo 70º, nº 1 do Código Civil”^{xxxv}.

Já o Direito da Saúde será “o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”^{xxxvi}; ou o “conjunto de normas que visa assegurar esse estado, a sua realização e manutenção, conferindo instrumentos para tal garantia”^{xxxvii}; ou “o conjunto de regras aplicáveis às atividades cujo objeto é a restauração da saúde humana, a proteção e a prevenção da sua degradação”^{xxxviii}, abrangendo todos os atos que têm lugar no “*circuit de la santé*”, desde a prevenção ao tratamento^{xxxix}; ou “o conjunto de regras e princípios que disciplina as relações jurídicas sanitárias ou de saúde” que “têm por objeto as atividades de prestação de cuidados de saúde – destinadas à prevenção de doença, ao tratamento ou à reabilitação da pessoa - e as atividades de promoção e de preservação da saúde pública”^{xl}.

Isto posto, poderemos concluir que, na perspetiva da atividade médica relevante para o Direito, Saúde engloba a atividade que visa a prevenção da doença, a prestação de cuidados destinadas ao tratamento ou à reabilitação, com o objetivo de alcançar “o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias”^{xli}, bem como a dignificação/humanização do fim da vida.

1.5 – O “Ato Médico”²³

“Curar o mal, atenuar ou suprimir o sofrimento, evitar a morte iminente, tais foram os objetivos que, desde as origens, o homem procurou com o ato médico”^{xlii}. Mas “o que é que o chamado ato médico tem de tão específico, de tão poderoso, de tão próprio e essencial que mereça todo o esforço sério e empenhado de

dem fazer esquecer a insustentabilidade e a inoperacionalidade, em muitos domínios, desta noção holística: tão secular versão do céu aponta para uma ideia de «doença permanente»», apud MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 20: “a identificação da saúde com um “estado completo de bem-estar” retira operacionalidade jurídica ao conceito de saúde e condena a tentativa da sua definição para um subjetivismo insondável. Na verdade, falar em completo estado de bem-estar significa quase confundir o estado de saúde com o estado de felicidade e tornaria o Direito da Saúde em «ciência oculta». Por outro lado, a introdução do elemento bem-estar social na definição do conceito de saúde convoca também alguns problemas no sentido da sua delimitação”.

²² - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 19: “falar em Direito da Saúde implica também fornecer um entendimento do conceito de saúde”.

²³ - Preferimos esta denominação à de “Competência Médica”, que na sociologia começou a aparecer, mesmo sabendo da cacofónica polissemia de origem corporativa, que invadiu concetualmente a definição de “Ato Médico”.

O Ato Médico é uma empreitada?

tanta e tanta gente a pensar para a sua definição? (...) Dir-se-á que o «ato médico» arrasta consigo relevantes consequências sociais"^{xliii}.

Embora o homem viva sem que se encontre legalmente definido o que é o “ato existencial”, a verdade é que “tem todo o sentido, para mais em sociedades organizadas em forma estadual e hoje tidas como hiper-complexas, ver atribuídas certas e determinadas tarefas ou funções a segmentos sociais particularmente diferenciados. Tem todo o sentido que o Estado assuma que a realização da saúde (...) deva ser (...) levada a cabo por aqueles a que o próprio Estado dá o título, dá a «licença» para o exercício da Medicina”^{xliv}.

A Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90 de 24 de agosto), na sua Base XXXII, nº 2, deixou dito que “é definido por lei o conceito de ato médico”.

Na sequência, em 1999, foi aprovado na Assembleia da República o projeto de uma lei que definia o conceito de ato médico, que acabou por não ser publicada, pois o Presidente da República vetou-a.

Assim, embora a Lei de Bases da Saúde, aprovada pelos Deputados da República, lhes tenha imposto a injunção de aprovarem uma lei que definisse o conceito de “Ato Médico”, a verdade é que estes representantes do Povo, 24 anos após, ainda não o fizeram.

Apesar de não estar fixado, na lei portuguesa, o conceito de “Ato Médico”, tal não é impeditivo de se dar um contributo para a superação dessa lacuna.

Nesse sentido, socorramo-nos do que estava previsto no diploma legal vetado, mormente no seu artigo 1º, que prescrevia 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 (nº 1)²⁴. Já o nº 1 do artigo 2º tinha a seguinte redação: “O exercício do ato médico é da competência dos licenciados em Medicina regularmente inscritos na Ordem dos Médicos (...)”.

Antes deste diploma legal o “Ato Médico” encontrava-se definido no artigo 26º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos²⁵, segundo o qual “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 correção e 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”²⁶.

Isto posto, em qualquer um destes diplomas o “Ato Médico” é caracterizado por implicar: **I** – Uma relação pessoal – é um ato que deve ser executado por um médico²⁷ em favor de pessoas, grupos ou comunidades; **II** –

²⁴ - **ESPERANÇA PINA**, op. cit. “Ética, ...”, p. 136: “O ato médico é constituído pelo diagnóstico, prognóstico e prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades”.

²⁵ - Publicado na Revista da Ordem dos Médicos, 1981, nº 6, p. 1 e ss. Presentemente, artigo 31º do aludido Código, na versão aprovada pelo Regulamento nº 14/2009 de 13 de janeiro, publicado na segunda série do Diário da República, nº 8, de 13 de janeiro de 2009.

²⁶ - **EDUARDO DANTAS**, “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, in Estudos sobre Incumprimento do Contrato, p. 61: “dentre as obrigações do médico, uma das principais – e talvez a mais óbvia – é o dever de cuidar, desenvolvendo atos profiláticos, preventivos ou terapêuticos, buscando conservar, ou recuperar uma condição de saúde, ou minimizando os efeitos de uma doença”.

²⁷ - Quer o médico pratique o “Ato” em sede da Medicina convencional, quer não-convencional.

O Ato Médico é uma empreitada?

Um objeto – através da avaliação diagnóstica²⁸, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas²⁹; **III** – Um fim – através do tratamento, a promoção ou restituição da saúde, o suavizar dos sofrimentos, a salvação ou prolongamento da vida^{xlv}.

Assim, o Médico quando exerce a sua atividade profissional, tendo em vista a prestação de cuidados de saúde destinados à prevenção, ao tratamento ou à reabilitação, ou à suavização dos sofrimentos, tudo isto com o objetivo de preservação da vida com qualidade e dignidade, pratica “Atos Médicos”.

O “Ato Médico” incide, assim, quase e sempre sobre um doente^{xlvi}, embora, possa recair sobre quem não padeça de qualquer patologia, (acompanhamento médico de grávidas sem qualquer patologia), e visa, uma finalidade terapêutica³⁰, preventiva, curativa ou paliativa, devendo o Médico empregar os mais amplos conhecimentos aprofundados e as técnicas inovadoras adequadas, já que a sua obrigação apresenta “um údo enriquecido, que se traduz no dever de aproveitamento das possibilidades (*rectius* chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele – profissional – está apetrechado³¹. O médico obriga-se, não só, a não prejudicar, mas sobretudo a «agotar (...) uma acreditada possibilidade médica» de êxito^{xlvi}.

Esta noção leva-nos a uma distinção entre a Medicina curativa e a Medicina voluntária. Neste tipo de Medicina (na voluntária), aquele que, por deleite próprio ou capricho, recorre a um Médico, não visa deste a prestação de serviços clínicos para prevenir ou curar uma qualquer patologia (de que não padece), nem a atuação do Médico visa um fim terapêutico, preventivo, curativo ou paliativo. São exemplos deste tipo de Medicina as transformações estéticas ou na atividade sexual³². Semelhante a este tipo de situações são aquelas em que é um Médico quem faz tatuagens, coloca piercings ou realiza depilações³³. Por assim ser,

²⁸ - ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, "Características diagnósticas dos testes: sensibilidade, especificidade, valores preditivos e likelihood ratios", in Revista Portuguesa de Cardiologia, Maio de 2011, Vol. 30, p. 552: "o processo diagnóstico envolve inicialmente uma estimativa probabilística de doença, que se consegue definir através de dois passos fundamentais: **1** – Uma avaliação clínica da situação, através da história e do exame físico, que fornece uma probabilidade pré-teste – a prevalência da doença; **2** – A requisição dos testes diagnósticos que entendemos como necessários e cujos resultados nos permitem fazer variar essas mesmas probabilidades, até atingirmos um limiar em que excluimos ou inferimos um diagnóstico. A primeira parte do processo de diagnóstico (...) consiste na identificação do grupo de sinais e sintomas. O clínico experiente organiza de seguida mentalmente uma lista de doenças prováveis (lista probabilística), ou que possam ter consequências graves se não tratadas (lista prognóstica) ou ainda que sejam mais sensíveis ao tratamento (lista pragmática), selecionando a melhor explicação para os problemas do doente – a chamada hipótese principal, também designada por diagnóstico provisório (...)"

²⁹ - SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit. "Testes diagnósticos ...", p. 1189: "no dia a dia da sua prática clínica, o médico quando perante um doente, e de forma mais ou menos automatizada, avalia as suas queixas, os sinais e os resultados dos testes complementares, de modo a poder chegar a um diagnóstico, conhecer o curso da doença (prognóstico) e escolher a terapêutica mais correta".

³⁰ - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "O consentimento informado...", p. 109: "os tratamentos sejam empreendidos «com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental»" (referindo-se às intervenções cirúrgicas nos termos previstos no artigo 150º do Código Penal).

³¹ - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "O consentimento informado...", p. 421: "o exercício da Medicina está regulamentado e controlado por várias instituições públicas (...), pelo que há uma presunção de aptidão".

³² - JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MÁCIA MORILLO, op. cit. "La responsabilidade...", p. 35, citando um Acórdão do Tribunal Supremo de 25 de abril, segundo o qual a Medicina voluntária é aquela em que o interessado "acude al médico, no para la curacion de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto estético o (...) para la transformacion de una actividade biológica (la actividad sexual)".

³³ - Nesse sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de outubro de 2011 (SOARES DE OLIVEIRA) sobre uma depilação executada por uma Srª Médica: "não se tratou de um ato médico, pois que não estamos perante um ato de diagnóstico, prognóstico, prescrição ou execução de medidas terapêuticas, necessariamente realizado por um profissional de saúde".

O Ato Médico é uma empreitada?

embora seja um Médico quem vai satisfazer as vontades do Cliente, o(s) ato(s) que ele vier a praticar nesses serviços que vai prestar não se enquadram no conceito de "Ato Médico".

Para que a história não se apague, também não foram "Atos Médicos" os praticados por um tal Esmeraldo Pais Prata, médico do Campo de Concentração do Tarrafal, que afirmava não estar ali para curar, mas para passar certidões de óbito, atuando em conformidade, não tratando dos presos políticos que para ali eram lançados pelo regime fascista, levando a que muitos deles morressem por não lhes serem ministrados os tratamentos de que necessitavam (para muitos deles, um simples comprimido de quinino). Da mesma maneira, também não o foram os praticados por um tal Josef Mengele, conhecido pela alcunha de "*todesengel*" (anjo da morte), médico do campo de concentração nazi de Auschwitz- Birkenau, cujas atuações sobre os cidadãos ali presos são bem sabidas da humanidade (pelo menos devê-lo-iam ser). Como também não o são os executados pelos médicos americanos, no campo de concentração de Guantanamo e em prisões da CIA, alvo já de denúncias várias^{xlviii}.

Isto significa que, objetivamente, o "Ato Médico" é muito mais do que o conjunto dos simples atos mecânicos que, incorporando, o exteriorizam. Esses poderão ser considerados os seus sinais objetivamente perceptíveis, determináveis, concretizadores, mas não são os seus elementos determinantes/fundadores. Também, subjetivamente, não o identifica o simples facto dele ser praticado por um licenciado em Medicina na que se encontre inscrito na Ordem dos Médicos. O lastro concretizador do conceito de "Ato Médico" vamos encontrar-lo no acumulado de conhecimento cientificamente comprovados, culturalmente modelados pelo sedimentar de uma ética e de uma deontologia milenares³⁴.

1.6 – Do “efeito adverso”³⁵ ao “erro Médico”^{36,37}

O Médico obriga-se, face ao seu Cliente, a fornecer-lhe a assistência médica necessária à prevenção, à cura e recuperação, e à diminuição do sofrimento ou prolongamento da vida, empregando os conhecimentos, técnicas e instrumentos adequados e disponíveis^{xlix}. Ora, no âmbito desta atividade, muita coisa pode correr mal, ocorrências que de forma alguma estão ligadas ao “Ato Médico” propriamente dito, mas que, por coincidência temporal, sucedem ao mesmo tempo.

³⁴ -Código Deontológico da Ordem dos Médicos, artigo 1º: “A Deontologia Médica é o conjunto de regras de natureza ética que, com caráter de permanência e a necessária adequação histórica na sua formulação, o médico deve observar e em que se deve inspirar no exercício da sua atividade profissional, traduzindo assim a evolução do pensamento médico ao longo da história e tem a sua primeira formulação no código hipocrático”.

³⁵ - JOSÉ FRAGATA, in “Risco clínico, complexidade e performance”, p. 41: “Por evento adverso entende-se qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da nossa vontade e como consequência do tratamento e não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano (...)”.

³⁶ - JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. “O Erro ...”, p.20/21: “O erro parece ser uma componente indissociável da própria natureza humana, uma característica intrínseca do homo sapiens (...). Na espécie humana, e ao invés das outras espécies, o erro serve a sua própria genialidade permite, pela autocorreção, uma permanente reorganização que subjaz a complexidade e faculta o processo da espécie inteligente”.

³⁷ - JOSÉ FRAGATA, op. cit. “Risco clínico ...”, p. 182: “Os erros num qualquer sistema de saúde são verdadeiramente materializados na figura de um enorme iceberg. Com efeito, são conhecidos muito menos erros praticados do que os que na realidade ocorrem (...)”

O Ato Médico é uma empreitada?

O “efeito adverso” pretende exprimir toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do Médico, que surja como consequência de um ato seu, e não do estado clínico do Cidadão que a ele ocorreu tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos, que acaba por lhe causar algum tipo de dano³⁸.

O “efeito adverso” poderá advir de fatores absolutamente imprevisíveis e incontrolláveis. Pelo simples facto de se estar a lidar com um corpo humano, os resultados não são os esperados, não obstante o Médico ter adotado todos os cuidados adequados, não tendo, assim, cometido qualquer erro. Outras situações há em que pode ter havido um erro (erro honesto), mas o mesmo não pode ser imputado a um comportamento negligente (erro negligente) do profissional de saúde.

O erro não parece ser um fenómeno descontínuo, mas antes o resultado visível de uma tendência cumulativa de pequenos «eventos adversos» que podem, ou não, vir a terminar em erro, mas que lhe são, muito provavelmente, premonitórios: o chamado "ciclo de erro"^{li}.

Em qualquer uma destas situações, embora se não detete um “erro Médico”, estaremos perante um adverso”³⁹.

Dito isto, o “efeito adverso” não deriva sempre, e necessariamente, de um “erro Médico”, havendo assim que distinguir, nas fases de intervenção clínica, os efeitos imprevisíveis, que ocorrem mesmo não se verificando qualquer erro, dos efeitos previsíveis e, de entre estes, os que derivam de um “erro Médico”. Assim, os "efeitos adversos" podem ser preveníveis (que resultam de um erro); potencialmente preveníveis (que ocorrem sem que nenhum erro de atuação possa ser identificado); não preveníveis (resultam de uma qualquer complicação que não é previsível no atual estado do conhecimento)^{li,40}.

O “erro Médico”⁴¹ só existe quando o Médico viola, cumulativamente, a *leges artis* e o dever de cuidado que lhe cabe^{lii} e pode ser cometido⁴² por: **I** - Imperícia (impreparação: fazer mal o que deveria ser feito de acordo com a *leges artis*); **II** - Imprudência (fazer o que não consta da *leges artis*); **III** - Negligência (deixar de fazer o que a *leges artis* impunha que se fizesse)^{liii}.

³⁸ - Dano iatrogénico: dano que as pessoas sofrem no âmbito de cuidados médicos, não resultando da sua doença.

³⁹ - JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. "O Erro ...", p. 19: "Quando o resultado fica aquém do esperado, resultaram lesões, quer pela prestação de cuidados (comissão), ou pela falta deles (omissão) podem estar em causa fatores tão diversos como os efeitos do acaso, pela variabilidade do fenómeno biológico, a ocorrência de efeitos adversos, ou o cometimento de erros, por parte dos indivíduos que tratam, seja por culpa direta seja por falhas na estrutura ou sistema em que se inserem".

⁴⁰ - JOSÉ FRAGATA, op. cit. "Risco clínico ...", p. 195: **Evento Adverso** – qualquer evento negativo (indesejável) que ocorra em consequência do tratamento, mas não da doença ou das co-morbilidades associadas; **Incidente** – situações em que nos desviamos do plano terapêutico previsto, da trajetória programada, mas em que o resultado final não ficou comprometido; **Acidente** – situações em que nos desviamos do plano inicial, mas em que se produzem danos que comprometem o resultado final previsto; **Near Miss** – situação de clara trajetória de acidente (...), mas que a nossa capacidade de recuperação (...) permitiu recuperar (...); **Erros** – é um desvio em relação ao plano pré-concebido, um desvio que é involuntário, que não resulta do acaso, desvio em relação a algo que fizemos (...) ou que devíamos fazer (...), impede-nos de alcançar o resultado (...) esperado e traduzirá algo indesejado e negativo: **Erros honestos** – aqueles que se cometem porque somos humanos e falíveis, agindo de acordo com as boas regras; **Erros por negligência** – aqueles que são cometidos no contexto da violação de regras de segurança ou quando faltamos à nossa obrigação de tratar, podendo tê-lo feito; **Erros humanos** – erros diretamente cometidos por humanos, atuando no final ou «sharp end» do sistema; **Erros do sistema** – erros que ocorrem no âmbito da variação de causa comum, sem que possam ser atribuídos necessariamente ação de um operador humano final".

⁴¹ - JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. "O Erro ...", p. 48/58: Tipos e Formas de Erro: a) – Relacionados com a destreza → Lapsos; b) – Resultantes da aplicação de regras → Enganos baseados em regras; c) Resultantes do conhecimento → Enganos baseados no conhecimento.

⁴² - Não se deverá aplicar a esta taxilogia os atos praticados por Médicos com dolo, uma vez que nesses casos incide uma vertente volitiva (a intenção de não fazer o que a *leges artis* impõe, para lesar o Cliente) não compaginável com as restantes situações descritas como “erro médico”, onde essa intenção não existe.

O Ato Médico é uma empreitada?

No que tange à negligência, a questão não é tanto a de saber se um médico avisado teria ou não praticado um concreto “Ato Médico”, mas antes a de saber que meios o Médico avisado teria utilizado, e se eles, no caso concreto, foram ou não utilizados. Caso não tenham sido, perceber a razão dessa não utilização, indagando a relevância da omissão⁴³ no domínio da responsabilidade civil, em geral, e da responsabilidade médica, em particular.

Sinteticamente, poderemos identificar as formas mais comuns de “erro Médico” na vertente de incumprimento da obrigação de tratamento⁴⁴: **1** – Erro na escolha do método de diagnóstico ou da terapêutica: este erro tem lugar quando o método de diagnóstico ou a terapêutica escolhida manifestamente não se adequam ao quadro clínico do Cliente, na medida em que não há nenhuma indicação que conduza à adoção do método escolhido⁴⁵; **2** – Erro na aplicação da terapia: nesta situação, embora a terapia escolhida não seja objeto de censura, a sua aplicação (por ação ou omissão) é feita sem a correção técnica exigível; **3** – Erro de diagnóstico: ocorre este tipo de erro sempre que a avaliação médica não corresponda à situação clínica do Cliente⁴⁶.

⁴³ - ANTUNES VARELA, in “*Das obrigações em Geral*”, 6ª Ed., 3ª Ed., p. 419-420: “*Entende-se que a omissão é causa de dano sempre que haja o dever jurídico de praticar um ato que, seguramente, muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano*”. No mesmo sentido, RUI DE ALARCÃO, in “*Direito das Obrigações*” (texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ E BRANDÃO PROENÇA), p. 238-242, ALMEIDA E COSTA, in “*Direito das Obrigações*”, p. 365-366.

⁴⁴ - O tratamento pode ser *etiológico ou curativo*, quando resolve a causa da doença, ou *sintomático*, quando se destina a atenuar ou debelar os sintomas.

⁴⁵ - Relativamente a situações em que se possam verificar diferentes métodos de diagnóstico e/ou de terapêuticas clinicamente equivalentes, deverá dar-se primazia à liberdade terapêutica do Médico (artigo 142º, nº 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos: “*a liberdade de escolha pelo médico dos meios de diagnóstico e tratamento não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos*”), com o limite da indefensabilidade da mesma ao caso concreto.

⁴⁶ - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 298: “*ainda assim, só pode falar-se de em violação da *leges artis* se a avaliação do médico não tiver qualquer correspondência com os sintomas manifestados pelo doente*”; GERMANO DE SOUSA, op. cit. “*O ato médico ...*”, p. 94: “*a maioria dos autores e legisladores é de opinião que o erro de diagnóstico não é culpável desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência, isto é, desde que o Médico: tenha examinado o seu doente convenientemente; tenha utilizado as regras e técnicas atuais recomendáveis e disponíveis; tenha levado em conta os resultados dos exames complementares de diagnóstico; não se tenha valido apenas do chamado “olho clínico”; não tenha optado por uma hipótese de diagnóstico remota ou absurda; ou, não tenha adotado uma terapêutica errada ou desajustada*”; JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. “*O Erro ...*”, p. 62: **Erros de diagnóstico** (erro no uso e atraso no diagnóstico; na falha na aplicação dos testes indicados; no uso de testes desatualizados; falha na atuação adequada face aos resultados dos testes realizados); **Erro de tratamento** (erro técnico na realização de uma operação, procedimento ou teste; erro na administração do tratamento; erro na dose da medicação ou no seu método de uso; atraso evitável no tratamento ou na resposta à situação que os testes diagnosticaram; prestação de cuidados não apropriados); **Erros preventivos** (falha para providenciar tratamento profilático adequado; monitorização inadequada ou follow-up do tratamento); **Outros Erros** (falha na comunicação, falha no equipamento; outras falhas no sistema).

Capítulo Segundo

2.1 – Natureza da relação jurídica estabelecida entre o Médico e o Cliente^{47,48}

Importa agora analisar a questão da natureza jurídica da relação estabelecida entre o Médico e o Cliente: sujeitos dessa relação, seu objeto, direitos e obrigações.

A relação jurídica Médico/Cliente perspectiva-se, hoje, como uma relação complexa. É uma tecedura formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam para o fim uno e comum a todas - o “fim do contrato” -, e que se modificam em ordem à sua satisfação. Assim, o programa obrigacional imane a essa relação é “delimitado em função da finalidade última, que é a consecução da cura do paciente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento”^{liv}.

Como parece evidente, no domínio do exercício da Medicina em regime de profissão liberal, uma das dessa relação é o Médico^{lv,49,50} e a outra é aquela pessoa singular que a ele acorra para beneficiar dos seus serviços clínicos: o Cliente⁵¹.

Em razão da “Declaração de Genebra”⁵², ocorrida após o flagelo da II Guerra Mundial e dos relatos verificados no Julgamento de Nuremberga, que promoveu uma revisão modernizadora dos princípios do de Hipócrates”, que tem vindo a ser usada em muitos países nas sessões solenes de receção aos novos inscritos no respetivo Conselho ou Ordem dos Médicos, o Médico jura solenemente consagrar a sua vida ao serviço da humanidade, praticando a sua profissão com consciência e dignidade, tendo como primeira preocupação a saúde do seu doente, respeitando os segredos que lhe são confiados, mesmo depois da morte deste, mantendo, por todos os meios ao seu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica, o máximo respeito pela vida humana, não usando os seus conhecimentos de Medicina para violar direitos humanos e verdades civis, mesmo que sob ameaça.

⁴⁷ - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 43: “(...) contraposição apriorística dos interesses dos sujeitos abrangidos por esta problemática. Uns são prestadores profissionais de um serviço, e os outros são clientes ou consumidores do mesmo (...)”.

⁴⁸ - FARIA COSTA, op. cit. “Em redor ...”, p. 133: “hoje já não há pacientes [Nota 11: E porque já não paciente? Na verdade, paciente, o que tem paciência, o que está resignado, o que espera tranquilamente, já se não pode confundir com o doente, o que tem dor. Porém o facto de ter dor não faz dele um ser resignado mas antes um indesmentível sujeito de direitos que reivindica para si, desde logo, o direito a ser informado sobre o que sofre e ainda a ser informado convenientemente (...) sobre a melhor maneira de se superar essa precisa dor ou doença] mas sim doentes com todos os direitos a isso inerentes, nomeadamente o seu indelegável e incompressível direito à autodeterminação curativa (...)”.

⁴⁹ - Ver, também, artigo 1º do Regulamento de Inscrição na Ordem dos Médicos.

⁵⁰ - FARIA COSTA, op. cit. “Em redor...”, p. 128: “A palavra «médico» provem do latim «medicus» (...). Todavia a raiz «med» que se encontra em muitas palavras latinas com o sentido de “cuidar, tratar, curar” (...) encontra-se também em duas formas verbais gregas (...) com um sentido não totalmente coincidente, mas próximo: *medéo* – cuidar, proteger, reinar e também *médomai* – ocupar-se de, preocupar-se com”; p. 136: “O médico deve ser sempre encarado como um “*hospes*” e nunca como um “*hostis*”.

⁵¹ - Usarei a denominação de Cliente para identificar a contraparte dessa relação que se estabelece com o Médico. É que, nem sempre quem procura os serviços clínicos prestados por um Médico é um doente. Assim, doente, paciente, utente (associado às situações anteriores) é redutor. Cliente abrangerá todas estas situações, as que se enquadram no âmbito da “Medicina preventiva curativa ou paliativa” bem como da “Medicina voluntária”, integradas na Medicina privada.

⁵² - Adotada na 2ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Genebra, em setembro de 1948, revista na 35ª Assembleia Médica Mundial, em Veneza, em outubro de 1983; na 46ª Assembleia Médica Mundial, em Estocolmo, em setembro de 1994; na 170ª Assembleia Médica Mundial, em Divome-les-Bains, em maio de 2005 e na 173ª Assembleia Médica Mundial, em Divome-les-Bais, em maio de 2006.

O Ato Médico é uma empreitada?

Já o Código Internacional de Ética Médica, da Associação Médica Mundial⁵³, prescreve que o Médico deve manter sempre "os mais elevados níveis de conduta profissional", não devendo "permitir a interferência de interesses económicos sobre o livre exercício da sua atividade profissional ou sobre a avaliação dos seus doentes", devendo, "em todas as circunstâncias e tipo de *praxis*, dedicar-se à prestação de cuidados médicos competentes, com total independência técnica e moral, com compaixão e respeito pela dignidade humana. Relativamente aos seus doentes, o Médico "deve sempre ter em mente a obrigação de preservar a vida humana", devendo-lhes "a dívida de total lealdade e a utilização de todos os recursos da sua ciência", preservando "absoluta confidencialidade de todo o seu conhecimento sobre o seu doente, mesmo após a morte deste".

Por que nos diz, a nós portugueses, muito, releva-se aqui, também, o "Juramento de Amato Lusitano"⁵⁴, datado de 1519, no qual se ressaltam os seguintes segmentos: "muitas vezes rejeitei, firmemente, grandes salários, tendo sempre mais em vista que os doentes por minha intervenção recuperassem a saúde, do que tornar-me mais rico pela sua liberalidade ou pelos seus dinheiros", "não corri atrás das honras e das glórias e e com igual cuidado tratei de pobres e dos nascidos na nobreza", "os meus livros de Medicina nunca os publiquei com outra ambição que não fosse contribuir de qualquer modo para a saúde da humanidade".

No ordenamento jurídico pátrio, o Médico é aquele que, sendo licenciado em Medicina, por escola superior portuguesa ou estrangeira, desde que, neste último caso, tenha obtido equivalência oficial de curso devidamente reconhecida pela Ordem dos Médicos, se encontre inscrito na Ordem dos Médicos (artigo 8º e 9º do Estatuto da Ordem dos Médicos⁵⁵), devendo ter "a capacidade de agir segundo uma consciência bem formada e de tomar decisões corretas, numa atitude íntegra de ampla visão e discernimento esclarecido, e de acordo com quatro pontos fundamentais: 1º - a escolha da profissão médica não pode ser ditada pelo lucro financeiro, realizado à custa da saúde de quem quer que seja; 2º - o Médico tem de ser profissionalmente competente e ter conhecimento dos diversos aspetos requeridos pelo progresso das ciências médicas; 3º - o Médico tem de ter uma formação permanente, através de um estudo contínuo e também de atividades que aperfeiçoem os seus conhecimentos; 4º - o Médico tem de ter um verdadeiro sentido do humano, de modo a poder humanizar tecnologias onde, com frequência, se perde o doente e se esconde a pessoa, e que torna o "Ato Médico" tantas vezes anónimo e despersonalizado"^{lvi}.

Na relação com o seu Cliente, para além do dever essencial de tratamento, o Médico assume mais os seguintes deveres acessórios^{lvii,lviii,lx}: 1 - De omissão, tais como de abstenção de atos que, não integrando o conteúdo essencial da prestação nuclear, possam constituir violação do "direito à integridade física e moral" do Cliente^{lx}, ou possam ser considerados como "vedados", bem como "condicionados", nos termos definidos nos

⁵³ - Adotado pela 3ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Londres, em outubro de 1949; revisto pela 22ª Assembleia Médica Mundial, em Sidney, em agosto de 1968; na 35ª Assembleia Médica Mundial em Veneza, em outubro de 1983 e pela 57ª Assembleia Médica Mundial, em Pilanesberg, em outubro de 2006.

⁵⁴ - **AMATO LUSITANO**, de seu nome JOÃO RODRIGUES DE CASTELO (1511-1568), foi um médico português, judeu, licenciado em Medicina pela Universidade de Salamanca. Viveu algum tempo em Portugal, tendo fugido para Antuérpia para não ser morto nas fogueiras da "Santa Inquisição". Mais tarde estabeleceu-se em Itália, acabando por falecer na Grécia, em Salónica, vítima da peste.

⁵⁵ - Decreto-Lei nº 282/77 de 5 de julho.

O Ato Médico é uma empreitada?

artigos 35º e 42º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos; **2** - De obtenção do consentimento informado, que impõe ao Médico a obrigação de esclarecer devidamente o Cliente, de modo a permitir que ele, livre, conscientemente e com responsabilidade, faça a opção que considere melhor para si, assumindo-se, assim, como dono e senhor do seu próprio corpo⁵⁶, conforme preceituado nos artigos 156º e 157º do Código Penal, 70º do Código Civil⁵⁷ e 44º a 51º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos; **3** - De comunicação, densificado através: **3.1** - Da obrigação de informar o Cliente sobre a sua situação clínica, o tratamento proposto, tratamentos alternativos, os riscos envolvidos em qualquer uma das situações, bem como na de nenhuma solução terapêutica ser seguida (artigo 44º Código Deontológico da Ordem dos Médicos); **3.2** – Da obrigação de documentação de todo o processo clínico (artigo 100º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos) e de permitir o acesso ao mesmo de quem nele seja Cliente⁵⁸; **3.3** – Da obrigação de conselho, designadamente sobre o perigo de contágio, àqueles que contactem com o doente, nomeadamente os membros da sua família ou outros conviventes (artigo. 89º Código Deontológico da Ordem dos Médicos); **4** – De segredo profissional, que impõe ao Médico a obrigação de guardar segredo sobre todos os factos que tenham chegado ao seu conhecimento no exercício da sua profissão ou por causa dela (art. 86º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), e que, genericamente, se poderão assim qualificar: **a)** - os factos revelados diretamente pelo Cliente, por sua ordem ou comissão pelos parentes ou tutores ou mesmo por qualquer outra pessoa; **b)** – os factos sabidos pelo Médico, provenientes ou não de observação clínica, quer sejam do conhecimento do Cliente quer de outras pessoas; **c)** – os factos comunicados por qualquer colega, obrigado quanto ao mesmo a segredo profissional⁵⁹; **5** - De segurança dos equipamentos, nos termos do qual o Médico está obrigado a garantir a segurança e o bom funcionamento dos equipamentos, instrumentos ou material que utilize na realização da prestação de cuidados de saúde ao Cliente.

⁵⁶ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “Responsabilidade ...”, p. 16/17: “basicamente, o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe efetuar um tratamento ou intervenção deve dar ao doente suficiente informação sobre o tratamento proposto, as probabilidades de êxito, os riscos envolvidos, os efeitos colaterais ou mal-estar daí resultante; quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na opinião do médico, o melhor para o doente, porque é que outros tratamentos possíveis foram rejeitados e quais os riscos de não ser efetuado o tratamento. Tudo de molde a que um paciente de razoável inteligência e instrução média possa compreender e fique habilitado a tomar uma decisão razoavelmente inteligente, em moldes tão objetivos quanto possíveis para quem se encontra numa situação repleta de especificidades”. Sobre a questão da capacidade para dar o consentimento informado: **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 152-180, 205-240: “a ordem jurídica só nega que a pessoa disponha por si própria dos seus bens jurídicos, quando julgue que ela o não vai fazer de forma racional e sem danos. O objetivo do conceito de capacidade para consentir é, pois, a capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos. Isso impõe que se consiga compreender, em abstrato, os critérios da decisão”.

⁵⁷ - **ORLANDO DE CARVALHO**, in “Teoria Geral do Direito Civil”, p. 90: o direito geral de personalidade consiste “(n)um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desabrochar». Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna”.

⁵⁸ - **SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS**, op. cit. “Responsabilidade médica ...”, p. 42: este dever funda-se nos artigos 573º e 575º do Código Civil.

⁵⁹ - A justificação técnica para afirmar a responsabilidade civil do médico quando viole este dever encontra-se na violação de um direito absoluto, o direito à privacidade (artigo 70º e 483º do Código Civil): **RUI DE ALARCÃO**, op. cit. “Direito das ...”, p. 241; **ANTUNES VARELA**, op. cit. “Das Obrigações ...”, 6ª Ed., p. 368-369; **RITA CABRAL**, in “O direito à intimidade da vida privada”, apud **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “Responsabilidade ...”, p. 26.

O Ato Médico é uma empreitada?

Sobre o Médico, e nos termos do Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁶⁰, impendem deveres deontológicos diversos, designadamente os de, não ultrapassando “os limites das suas qualificações” (artigo 36º, nº 1), “exceto em situações de emergência em que não possa recorrer em tempo útil a colega competente” e, mesmo nessa hipótese, não podendo, “em caso algum, praticar atos médicos para os quais reconheça não ser capaz ou não possuir competências técnicas e capacidade física e mentais exigíveis (artigo 36º, nº 3), prestar ao Cliente “os melhores serviços e cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos (...) no pleno respeito pela pessoa humana” (artigo 31º), sendo as decisões, que possa vir a tomar nessa relação, apenas “ditadas pela ciência e pela sua consciência” (artigo 32º, nº 1), com “liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutico” (artigo 32º, nº 2), atuando “em conformidade com a *leges artis*” (artigo 33º, nº 1) e abstendo-se de praticar “quaisquer atos que não estejam de acordo com a *leges artis*” (art. 35º, nº 1), salvo em situações em que, não havendo alternativa, ele disponha de dados promissores e tenha obtido daqueloutro ou do seu representante legal, o devido e necessário consentimento (art. 35º, nº 2), respeitando o direito dele de “mudar de médico” (artigo 40º, nº 1). Para além destes deveres, outros há, como os de elaborar e conservar a ficha clínica do Cliente (artigo 77º), de informar e de obter consentimento informado^{lxii}, de proteção do Cliente^{lxiii}.

Já no que tange ao Cliente, a Lei de Bases da Saúde⁶¹ reconhece-lhe, na alínea a) do nº 1 da sua Base XIV, XIV, o direito a “(...) a escolher (...) o serviço e agentes prestadores” de saúde, isto é, o Médico, direito este confirmado no disposto no artigo 40º, nº 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que determina que o Cliente “(...) tem o direito de escolher livremente seu médico, nisso residindo um princípio fundamental da relação entre o doente e o médico, que este deve respeitar e defender”. Para além disso, o Cliente, enquanto beneficiário direto da prestação do serviço Médico contratado, também se submete a determinadas obrigações no decurso da relação ali estabelecida. A primeira delas, de ordem eminentemente económica, traduz-se no pagamento dos honorários ajustados para a execução dos serviços profissionais. As demais são singulares: de informar, colaborar e de seguir as instruções médicas.

Poderemos, assim, resumir todo este quadro ético-deontológico da atividade Médica por recurso a três princípios fundamentais: o da beneficência, o da não maleficência e o da autonomia ou da liberdade^{lxiv} impondo, o primeiro, que o Médico a utilize da forma mais adequada todos os meios à sua disposição para melhorar a saúde do seu Cliente, ponderando a relação perigo/benefício, no respeito pelos valores das pessoas afetadas, e pelas consequências individuais e sociais; o segundo baseia-se no dever Médico de, intencionalmente, não causar mal e/ou dano ao seu doente; o terceiro, no respeito pela legítima autonomia das pessoas, pelas suas escolhas e decisões, para que sejam verdadeiramente autónomas ou livres, tendo por base a convicção de que o ser humano deve ser livre de todo o controlo exterior e respeitado nas suas decisões vitais básicas.

⁶⁰ - Regulamento nº 14/2009 de 13 de janeiro.

⁶¹ - Lei nº 48/90 de 24 de agosto.

O Ato Médico é uma empreitada?

Isto posto, pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o Médico encontra-se numa situação de proponente contratual⁶².

Por seu turno, o Cliente que a ele se dirige, tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta. É que, o “Ato Médico” só existe se o Cliente quiser que ele exista^{lxv}.

Este quadro factual é, só por si, bastante para que se possa dizer que estamos em face de um contrato consensual, pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades^{lxvi}.

O que se pretende significar é que os comportamentos que ficaram referidos constituem uma verdadeira manifestação de vontade que pode ser expressa (isto é, feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade) mas que pode ser também tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (artigo 217º do Código Civil)^{lxvii}.

A existência ou inexistência de um contrato entre o Médico e o Cliente relevará como critério de existência ou inexistência de um dever de prestação de serviços médicos: se existir um contrato, o Cliente é credor e o Médico devedor de um dever de prestação de cuidado de saúde; se não existir um contrato tal não sucederá^{lxviii}. Isto, obviamente, sem prejuízo das obrigações deontológicas do Médico ter de prestar cuidados de saúde, previstas nos artigos 7º (situação de urgência), 8º (greve) *ex vi* 41º (direito de recusa de assistência) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

A tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica esteve indissociavelmente ligada a uma certa repugnância em aceitar que o Médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não alcançasse as metas que a expectativa do agente havia subjetivamente fixado⁶³.

⁶² - **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 61 (Nota 136): “o processo formativo do mesmo pode caracterizar-se de forma distinta, consoante se entenda que, na abertura ao público do consultório médico está incluída a emissão de um mero convite a contratar ou uma verdadeira proposta contratual. Se se optar pela primeira hipótese, então, a entrada do doente para aí ser tratado, consubstanciará a proposta contratual, que o médico aceita ao comprometer-se tratá-lo. Se se optar pela segunda, então, o contrato perfeccionar-se-á com a disposição do paciente a ser observado por aquele médico (...). Os Autores portugueses, utilizando embora formulações distintas, estão de acordo sobre o conteúdo caracterizador de uma proposta contratual. Assim, **FERREIRA DE ALMEIDA** enumera como características de uma proposta contratual: a completude, a precisão, a firmeza e a adequação formal (veja-se: “*Contratos. Conceitos. Fontes. Formação*”, 3ª Ed. P. 99 e ss.). **MOTA PINTO** considera que «uma proposta contratual só existirá se for suficientemente precisa, dela resultar a vontade do seu autor se vincular e houver consciência de se estar a emitir uma verdadeira declaração de contratar (“*Teoria Geral do Direito Civil*” 3ª Ed., p. 443). No mesmo sentido se pronuncia **GALVÃO TELLES** (*Manual dos Contratos em Geral*, 4ª Ed., p. 247”.

⁶³ **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 59/60: sobre a questão da dificuldade de, dogmaticamente, se qualificar de contrato a relação estabelecida entre o Médico e o Cliente diz esta autora que “o grande obstáculo encontrava-se a jusante: a dificuldade não está no reconhecimento de que um contrato se formara, mas nas consequências que tal conhecimento acarretaria. Desde logo, parecia injustificada a aplicação ao médico da presunção de culpa que recai, em regra, sobre os devedores inadimplentes (que se encontra prevista, no nosso ordenamento, no n.º 1 do artigo 799º; **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 223; **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 81: “*A recusa da natureza contratual significava um privilégio, atendendo ao regime tendencialmente mais favorável para o devedor por obrigações de fonte delitual*”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Hoje é comumente aceite que o Médico e o Cliente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato⁶⁴, consensual⁶⁵, marcadamente pessoal⁶⁶, de execução continuada⁶⁷, oneroso⁶⁸, comutativo⁶⁹ e, por via de regra, sinalagmático^{70, lxxix}.

É, para além disso, “um contrato civil (nunca é um ato de comércio) e é um contrato de consumo”⁷¹ e, portanto, merecedor de aplicação das adequadas regras de proteção dos consumidores”⁷².

⁶⁴ - **MOITINHO DE ALMEIDA**, op. cit. “*A responsabilidade civil ...*”, p. 327, apud **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 79; **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 31; **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 56: “Durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que, entre o médico e o doente, se celebrava um contrato (...). Aquela rejeição encontra as raízes profundas no direito romano, de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objeto de transação (...). Outros argumentos utilizados para negar o caráter contratual da relação que se estabelece entre o médico e o doente relacionam-se com a diminuta margem para o exercício da liberdade de conformação do respetivo contrato; por um lado existem muitas prescrições legais imperativas, que se aplicam à atividade médica e que as partes não podem afastar; por outro, a falta de conhecimento do doente sobre essa matéria implicaria que o seu poder negocial fosse nulo (...). Por fim, havia quem excluísse a possibilidade de celebração de um contrato, apenas por dificuldade de qualificar a espécie de acordo que se geraria”; p. 60: “atualmente, é comum o entendimento de que, entre o médico e o doente se celebra, em regra, um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar ao segundo, assistência médica mediante retribuição”; ver também p. 70-73.

⁶⁵ - **MANUEL DE ANDRADE**, op. cit. “*Teoria Geral ...*”, II, p. 47: “tem como critério o ser a validade do negócio independente de qualquer forma”.

⁶⁶ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 222: “Contrato cujo elemento decisivo é a confiança que o médico inspira ao doente e que tem como correlato necessário, num sistema de Medicina liberal, o princípio da livre escolha”; **MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA**, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 189: “Na base da relação médico-paciente está a confiança deste, depositada na arte ou conhecimento daquele. Mas, para além da dimensão técnica, convergem elementos de natureza pessoal que vão forjando a relação de confiança entre o médico e o seu paciente, razão pela qual o contrato é celebrado intuitu personae. Decorre da natureza intuitu personae do contrato o dever de realização pessoal da obrigação por parte do médico”; **ESPERANÇA PINA**, op. cit. “*Ética, ...*”, p. 135: “A liberdade de escolha do médico deve constituir um direito do doente. O médico deve respeitar e fazer respeitar essa escolha, que está sempre presente na Medicina liberal (...). O doente deve ter sempre a possibilidade de mudar de médico e este acatará essa decisão, não devendo pressionar o doente para que continue ao seu cuidado”.

⁶⁷ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 222/223: “só muito raramente o comportamento debitório assumido pelo médico é de execução instantânea; ao contrário, na esmagadora maioria dos casos a elaboração do diagnóstico e a aplicação de uma certa terapêutica prolongam-se mais ou menos no tempo”; Sobre a distinção entre prestações instantâneas e duradouras, ver **RUI DE ALARCÃO**, op. cit. “*Direito das ...*”, p. 47/51; **ANTUNES VARELA**, op. cit. “*Das obrigações ...*”, p. 93/98, apud **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 223 (nota nº 4); **ALMEIDA E COSTA**, na op. cit. “*Direito das ...*”, 9ª Ed., p. 468/470: “Diz-se instantânea ou transeunte a prestação a executar num só momento, extinguindo-se a correspondente obrigação com esse único ato isolado de satisfação dos interesses do credor”. “Em todos os restantes casos, quando não se circunscreva a um atividade ou inatividade momentânea do devedor, antes se trate de um comportamento positivo ou negativo, que se distenda no tempo, a prestação qualifica-se de duradoura”.

⁶⁸ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 223: “pois que é obrigação do doente remunerar os serviços médicos que lhe são prestados”, apesar de em tempos se entender que “o exercício das profissões liberais é gratuito por natureza; os «honorários» não significam pagamento, mas um modo de «honrar» e agradecer”: ver **J. ATAZ LOPEZ**, in “*Los Médicos y la Responsabilidad Civil*”, Madrid, p. 120 e **G. GIACOBBE** in “*Professioni Intelletuali*” Enc. Dir., XXXVI, p. 1068/1077, apud **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 80; **MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA**, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 185.

⁶⁹ - **ALMEIDA E COSTA**, op. cit. “*Direito das ...*”, 3ª Ed., p. 275: “As vantagens de cada uma das partes podem ser apreciadas no momento da feitura do contrato, visto que as respetivas atribuições patrimoniais resultam logo da sua celebração”.

⁷⁰ - **ÁLVARO DIAS**, op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 223: “a relação médico-doente cria, por via de regra, obrigações recíprocas”; **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 33: “o contrato de serviços médicos afigura-se bastante desequilibrado, com apenas duas obrigações do lado do paciente (a de pagar os honorários e a de fornecer ao médico a necessária informação e cooperação) e múltiplos deveres por parte do médico”; ver também p. 52-56; **EDUARDO DANTAS**, op. cit. “*O inadimplemento ...*”, p. 61/70: “Também obrigação principal, ainda que derivada diretamente do dever de bem cuidar, está o dever de agir com diligência”; “Para além das obrigações assumidas com o estado da arte, e a obediência aos preceitos deontológicos da profissão, também compõem as obrigações do médico com o seu paciente (...). Dever de lealdade se materializa na boa-fé objetiva que deve reger as relações contratuais, e no caso concreto, na segurança que deve ser oferecida ao paciente de que os seus interesses – e não os do médico – serão levados em consideração quando da elaboração de hipóteses diagnósticas e prescrição de tratamentos. O dever de proteção que se consubstancia no sigilo médico (...). Por fim o dever de informar, de prestar esclarecimento de maneira completa e adequada”. No mesmo sentido, no que tange às obrigações do Cliente, vide **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 82.

⁷¹ - **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 20, sobre a temática do consentimento informado afirma que o mesmo “é a pedra angular de uma rutura concetual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Dito isto, no exercício da Medicina em regime de profissão liberal, a fonte da relação jurídica que se estabelece entre o Médico e o Cliente é o contrato, sendo elementos essenciais desse negócio jurídico “as condições ou requisitos gerais necessários para a validade desse negócio”^{lxx}: capacidade das partes, declaração ou declarações de vontade objeto físico e legalmente possível.

Estes contratos são, normalmente, realizados oralmente, não sendo acompanhados de detalhadas negociações pré-negociais, dada a relação de confiança e a permanente continuidade que usualmente esta relação acarreta, exigindo a interpretação das vontades dos outorgantes o recurso à integração (artigo 239º do Código Civil: “de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo (...”), a qual deve ser enquadrada pelos seguintes patamares: **1)** – devem aplicar-se as regras legais imperativas, designadamente as impostas pela regulação da profissão médica e pela proteção dos consumidores e as normas que atribuem direitos e deveres aos pacientes; **2)** – o costume, normas deontológicas e usos (que não contrariem as normas legais imperativas); **3)** – deve recorrer-se às “normas dos contratos de mandato ou de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)”^{lxxi,73}.

Porém, se a prática da Medicina tem lugar em contexto organizacional, ou seja, quando os médicos atuam integrados numa estrutura de prestação de cuidados de saúde, coloca-se a questão de saber quem assume a posição de parte no contrato de prestação de serviço médico.

Dependendo do conteúdo das obrigações assumidas, podemos divisar três hipóteses distintas: **a)** – total ou contrato de hospitalização: nesta hipótese, no acordo de vontades celebrado entre o Cliente e a de prestação de cuidados de saúde, esta obriga-se a prestar-lhe, para além dos cuidados de saúde adequados, serviços associados ao internamento, como o alojamento, alimentação e o eventual fornecimento de medicamentos⁷⁴; **b)** – Contrato dividido ou contrato de hospitalização dividido: nesta hipótese, o Cliente que ali se

⁷² - Lei nº 24/1996 de 31 de julho com as alterações introduzidas pelo Decreto de Retificação nº 16/1996 de 13 de novembro, pela Lei nº 85/1998 de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei nº 67/2003 de 8 de abril, pela Lei nº 10/2013 de 28 de abril e pela Lei nº 47/2014 de 28 de julho; **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 89; **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 47: “as pessoas, para satisfação dos seus variados interesses, carecem de uma diversidade de prestações qualificadas, para a realização das quais, não estão capacitadas. Necessitam, pois, de recorrer a um terceiro dotado de uma formação adequada – em regra, certificada pela titularidade de um diploma universitário e implementada no exercício de uma atividade especializada – à prestação do serviço pretendido: um profissional. Estabelece-se, assim, entre os dois, uma relação – por princípio de natureza contratual – cujo nascimento se explica pela impreparação de um deles, que contrasta com a especial capacitação técnica e científica do outro, para o desempenho de uma dada atividade. O primeiro assume, pois, a veste de consumidor de um serviço especializado, que lhe é prestado por um profissional habilitado (...). O credor-cliente e o devedor-profissional encontram-se, assim, num plano desnivelado que irá marcar decisivamente toda a relação, que, entre eles, se desenvolve”; **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 359 defende que fica excluído da aplicação da Lei de Defesa dos Consumidores o regime da responsabilidade médica.

⁷³ - Quanto à aplicação do regime do contrato de empreitada: será que se deve?!...

⁷⁴ - **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 90-97: **Contrato total**: “a clínica assume direta e globalmente obrigações de prestação de atos médicos conjuntamente com as de internamento hospitalar”. **Relação Clínica-Doente**: neste tipo de contratos, “em que se adicionam as obrigações próprias do contrato de prestação de serviço médico (em sentido estrito e próprio) com as de um contrato de internamento, o contrato é misto, com elementos característicos do contrato de prestação de serviço (médico, 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). A clínica é responsável, nos termos do artigo 800º do Código Civil, pelos atos praticados pelas pessoas que utilize para o cumprimento das suas obrigações incluindo o médico ou médicos que ajam em execução da prestação correspondente aos atos médicos integrados no contrato”. **Relação Médico-Doente**: “o médico, não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou “pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (art. 800º, nº 1), não se obriga diretamente perante o doente. Pode porém ser responsável «ex delictu», se se verificarem os requisitos respetivos”.

O Ato Médico é uma empreitada?

dirige para obter a prestação de cuidados clínicos celebra dois contratos distintos, por um lado, acorda com a clínica ou hospital o internamento, com as obrigações que lhe estão associadas – alojamento, alimentação, fornecimento de medicamentos – enquanto com o Médico celebra um contrato de prestação de serviços médicos⁷⁵; **c)** - Contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde: neste caso, o contrato aplica-se apenas aos cuidados de ambulatório, os quais, como é sabido, não implicam internamento, e tem o conteúdo típico do contrato de prestação de serviço médico celebrado entre o Médico, na sua prática individual, e o Cliente. Diferente é apenas quando uma unidade de saúde com personalidade jurídica própria, e não o médico individualmente considerado, assume a obrigação de tratamento⁷⁶.

Apesar do que se deixou dito, mormente nas Notas n.ºs 145 a 147, quando o Médico atue no contexto organizacional, mormente nos contratos identificados sob as alíneas a), b) e parte final da al. c), levanta-se a questão de se saber sobre quem recairá a responsabilidade: se sobre a estrutura organizativa onde ele exerceu o “Ato Médico”, se sobre ele.

Há correntes dogmáticas que defendem que o Médico poderá ser diretamente demandado, por recurso à “teoria das relações contratuais de facto”, segundo a qual “a obrigação subordinar-se-ia às regras próprias da obrigação contratual, ainda que o facto constitutivo da relação entre os dois sujeitos não fosse o contrato”^{lxxii}, ou das relações contratuais sem contrato, segundo a qual os deveres gerais de conduta do direito delitual, “ordenados a evitar uma interferência com a esfera jurídica alheia”, “torn[ar-se-iam] mais palpáveis ou concretos, na medida em que uma vítima, ou um círculo de possíveis vítimas, entra[sse] em contacto existencial com o potencial lesante”^{lxxiii}.

Entre os casos paradigmáticos de contacto existencial ou social⁷⁷ entre o potencial lesante e o potencial lesado encontrar-se-ia a relação entre o Médico auxiliar de instituição (pública ou privada) de saúde e o Cliente.

Este contacto existencial ou social é “suficientemente denso para legitimar a aplicação das regras contratuais” e enquadra-o na categoria das “relações contratuais de facto”⁷⁸.

⁷⁵ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 90/94: **Contrato dividido**: “que compreende apenas as obrigações próprias do contrato de internamento, embora acordado em conexão com outro contrato de prestação de serviço médico direta e autonomamente celebrado com um médico”. **Relação Clínica-Doente**: “o contrato de internamento é também misto, englobando as obrigações próprias de um contrato de hospedagem (que é, por sua vez, um contrato misto) e as de prestação de serviços médicos auxiliares. A clínica é, nestes casos, responsável apenas pelos atos praticados pelo pessoal envolvido na execução do contrato de internamento, com a exclusão portanto dos atos médicos.”. **Relação Médico-Doente**: “o médico e o doente estabelecem relações contratuais diretas. O médico responderá, portanto, no quadro da responsabilidade civil contratual pelos seus próprios atos e pelos daqueles que utilize como seus auxiliares”.

⁷⁶ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 90-93: **Contrato cujo objeto exclusivo é a prestação de serviços médicos, necessariamente executados por um ou mais médicos**: “nas situações mais correntes o serviço médico é realizado na “clínica” em regime de ambulatório e consiste em “consultas”, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico”. **Relação Clínica-Doente**: “o contrato tem o mesmo conteúdo e natureza do contrato celebrado diretamente com um médico profissional liberal, mas a obrigação de prestação de serviço médico é assumida pela clínica, embora tenha de ser executada por pessoal médico habilitado. A clínica é apenas responsável, nos termos do artigo 800º do Código Civil, pelos atos praticados pelas pessoas que utilize para o cumprimento das suas obrigações incluindo o médico ou médicos que ajam em execução da prestação correspondente aos atos médicos integrados no contrato”. **Relação Médico-Doente**: “o médico, não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou “pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (art. 800º, nº 1), não se obriga perante o doente”; MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 192.

⁷⁷ - PINTO OLIVEIRA, op. cit. “Responsabilidade civil ...”, p. 155/157; MANUEL CARNEIRO DA FRADA censura as teorias do contacto social considerando os “critérios basilares do acréscimo de risco e da especial possibilidade de interferência” incapazes de, “sem arbitrariedade, estabelecer uma nítida linha de separação na escala variável de intensidade que os [...] contactos [sociais] podem apresentar”, in “Contrato e deveres de proteção”, p. 243, apud autor e obra referidos, p. 158.

2.2 – Natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico

Aqui chegados, e independentemente do *nomen iuris* que se atribuir ao contrato celebrado entre o e o Cliente⁷⁹, importa agora averiguar a natureza e o âmbito das obrigações assumidas pelo Médico nesse contrato.

A Medicina, desde as suas remotas fundações, sempre procurou privilegiar e valorizar a singularidade e a determinação do contingente na arte de cuidar do doente, o que significa que, não obstante ter sido um saber carecido de critérios objetivos de verdade, procurou sempre proceder com acribia em relação ao doente e não só à doença^{lxxiv}.

O cuidado profissional não pode ter outros limites senão os decorrentes dos princípios éticos, das normas deontológicas e legais enquadradas nas situações concretas, balizadas por dados da evidência e suporte científico: na prática de “Atos Médicos”, parece claro que ao Médico deve ser exigida uma atuação que observe os deveres de cuidado.

Um juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o profissional não só deveria como poderia ter agido de outro modo^{lxxv}.

Apesar de o desenvolvimento médico ser responsável pela resolução eficaz de vários problemas, não deixa, contudo, de desocultar incertezas não formalmente reconhecidas, ou até de criar novas áreas de incer-

⁷⁸ - **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 46; **PINTO OLIVEIRA**, op. cit. “Responsabilidade civil ...”, p. 149: “distinguir dois tipos de relações contratuais: as relações contratuais constituídas com o encontro de declarações de vontade (isto é: com a conclusão de um contrato) e as relações contratuais constituídas sem o encontro de declarações de vontade (isto é, sem a conclusão de nenhum contrato). Entre as relações contratuais constituídas sem o encontro de declarações de vontade encontrar-se-iam as relações decorrentes do contacto social (designadamente as relações pré-contratuais ou pré-negociais), as relações decorrentes de execução de contratos duradouros inválidos ou ineficazes (por exemplo, de execução de contratos de sociedade ou de contratos de trabalho declarados nulos ou anulados) e as relações emergentes de «um comportamento social típico». A aplicabilidade da teoria das relações contratuais sem contrato (“relações contratuais de facto”) aos dois primeiros grupos de casos é (ou era?) consensualmente rejeitada; a aplicabilidade de tal teoria ao terceiro grupo de casos “comportamentos sociais típicos” é controversa: uma doutrina minoritária aceita-a: **MOTA PINTO**, in “Cessão da Posição Contratual”, p. 256-261; **ALMEIDA E COSTA**, op. cit. “Direito das ...”, p. 199-204; **RUI DE ALARCÃO**, op. cit. “Direito das ...”, p. 125-129; **MENEZES CORDEIRO**, in “Direito das Obrigações”, Vol. II, p. 29-41, idem, “Da boa-fé no Direito Civil”, p. 555-563 e 641-647; **SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS**, op. cit. “Responsabilidade médica ...”, p. 50; **SINDE MONTEIRO** in “Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações”, p. 29; **JOAQUIM SOUSA RIBEIRO**, in “Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato”, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito, p. 25-32), a doutrina maioritária rejeita-a (**HEINRICH HOSTER**, in “A Parte Geral do Código Civil português – Teoria Geral do Direito”, p. 470-473 e 777-783; **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, in “Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico”, p. 27-30 e 40-47, idem, “Contrato”, Vol. I, p. 139-141; **BATISTA MACHADO**, “A cláusula do razoável”, in Obra Dispersa, Vol. I, p. 457-621; **MANUEL CARNEIRO DA FRADA**, op. cit. “Contrato e dever ...”, p. 23-24; idem, “Teoria da confiança e responsabilidade civil”, p. 710-712; **PAULO MOTA PINTO**, in “Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico”, p. 113-114, 813-815; **ANTUNES VARELA**, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 220-224; **MENEZES LEITÃO**, in “Direito das Obrigações”, Vol. I, p. 445-454; **RIBEIRO DE FARIA**, in “Direito das Obrigações”, Vol. I, p. 152-162”).

⁷⁹ - **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 34: “Este contrato é qualificado pela doutrina nacional como de contrato de prestação de serviços”. Nesse sentido ver: **HENRIQUE GASPAS**, “A responsabilidade civil do médico”, in Coletânea de Jurisprudência, 1978, I, p. 335; **PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA** in “Código Civil Anotado”, Vol. II, 3ª Ed. (art. 1154º e 1156º); **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 87 entende que “No direito português atual, a qualificação adequada parece ser a de contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviço (artigo 1154º), onde se incluem prestações de «trabalho intelectual»”; **MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA**, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 200: “diz-se a este propósito que a obrigação típica do contrato de prestação de serviços médicos é a obrigação de tratamento”.

O Ato Médico é uma empreitada?

teza através da sua ação. A incerteza, como soma de um certo grau de certezas isoláveis e suscetíveis de um cálculo rigoroso, é uma dimensão constitutiva da Medicina^{80,81,82}.

Os dois tipos de incerteza mais comuns com que os Médicos se confrontam são os que derivam das limitações dos conhecimentos médicos e os que resultam da incapacidade de dominar completamente o conhecimento disponível, nomeadamente quanto aos benefícios, perigos e limitações de novas técnicas ou drogas. Assim, a circunstância do bem-estar dos Clientes depender estritamente das decisões clínicas dos médicos confere uma maior visibilidade às consequências humanas que decorrem da incerteza, das limitações e da fiabilidade médica^{lxxvi}.

Acresce a isto um outro nível de incerteza que resulta do facto de as estratégias de padronização poderem ser, paradoxalmente, geradoras de mais problemas no contexto da socialização profissional dos Médicos, dado que implicam novas formas de pesquisa e recolha de informação que exigem competências técnicas de natureza estatística^{lxxvii}.

Isto significa, portanto, que as recomendações terapêuticas e as revisões sistemáticas da literatura nem sempre são acessíveis, suficientes ou adequadas para lidar com a complexidade de muitas situações concretas, circunstância que pode justificar o recurso complementar à experiência clínica e, deste modo, conduzir à reapreciação do julgamento clínico e valorização de preocupações de teor humanista^{lxxviii}.

Neste sentido, face à constatação da impossibilidade de controlar e remover a incerteza por via da racionalidade científica, tem sido discutido e problematizado a importância de se promover uma relação dialética entre a prática clínica e o conhecimento científico^{lxxix}. Ao fazê-lo, procura-se mostrar que o tipo de conhecimento tácito que é característico da clínica repousa sobre dimensões interpretativas e interacionais que devem exigir o desenvolvimento de rigorosas investigações qualitativas que integrem, de forma válida, “os particulares nos universais”^{lxxx}, ou seja, que mostrem que, em abstrato, a arte não é oposta à ciência.

⁸⁰ - **HÉLDER RAPOSO**, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 752 e 762/763; **AMÉLIA AUGUSTO**, in <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/571.pdf>: “O risco é largamente entendido como um fenómeno objetivo (...). Os médicos conceptualizam o risco tendo por referência a ideologia biomédica, pelo que este é concebido como intrínseco à prática da Medicina”; **CARLA GONÇALVES**, in “A Responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Centro de Direito Biomédico, 14, p. 40 (Nota 58): “em uma perspetiva mais otimista, espera-se que, em um futuro próximo, a Medicina consiga controlar os seus riscos de forma mais expressiva (tal como outros setores o fizeram). Todavia convém não olvidar que as possibilidades de desenvolvimento da ciência médica são quase tão extensas quanto os limites da criatividade humana, ou seja, mesmo que as barreiras éticas e jurídicas existam, a Medicina tem diante de si um caminho muito amplo. Isto quer dizer que, por mais que os riscos de hoje venham a ser controlados, no futuro o mais provável é que novos riscos venham, sempre, a surgir”; **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 96 (Nota 231): “à objetiva incerteza da eficiência das terapias médicas acresce a aleatoriedade inerente à individualidade do organismo do concreto doente, que pode ser mais recetivo ou reativo a essas terapias”.

⁸¹ - **SÉRGIO PAULO**, **SUSANA MENDES**, **RICARDO VIZINHO**, **ANTÓNIO VAZ CARNEIRO**, op. cit. “Testes diagnósticos ...”, p. 1189, referindo-se ao processo aludido na Nota 71: “se olharmos de mais perto este processo reparamos que afinal é um jogo de incertezas e de probabilidades que vão sendo modeladas com a informação recolhida, de forma a reduzir a incerteza inicial e poder tomar uma decisão”.

⁸² - **JOSÉ FRAGATA**, op. cit. “Risco clínico ...”, p. 41: “Por risco entende-se a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso”. p. 42: “A estratificação de risco, hoje em uso, assume como únicos determinantes de resultado o risco intrínseco à doença atual (natureza e estado clínico), o risco dito incremental que é devido às co-morbilidades associadas e, em menor percentagem à natureza do procedimento médico ou cirúrgico”; p. 81: “A performance clínica terá sempre de estar referenciada ao perfil clínico dos doentes (presença de doenças associadas, idade, estado pré-operatório crítico, etc.) e à dificuldade de execução técnica do procedimento. Esta última dependerá muito da capacidade de execução e da experiência, não só do cirurgião, como do hospital onde a cirurgia é realizada”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Atendendo aos limites da ciência médica e ao halo de indeterminação que se verifica sobre a relação biológica dos doentes aos tratamentos prescritos⁸³ (o chamado «génio da doença»)^{lxxxii}, o médico não se obriga a curar o paciente, mas apenas a tratá-lo, a prestar-lhe os adequados cuidados de saúde, segundo a *leges artis*, ou seja, de acordo com o estado da arte e da ciência médica, à data em que tais cuidados de saúde são prestados. E isto porque "a Medicina e o risco caminham de mãos dadas"^{lxxxiii}. O Médico assume, geralmente, uma obrigação de diligência ou prudência, havendo, contudo, situações onde a obrigação assumida poderá ser de resultado.

Esta obrigação de tratamento⁸⁴ é de qualificar, regra geral, como tendo conteúdo indeterminado, uma vez que compete ao Médico a determinação concreta da prestação a realizar (artigo 400º, nº 1, do Código Civil).

Em Medicina o resultado final (R) é função complexa da Doença e Co-Morbilidade (D&CoMb), da Dificuldade Técnica (D), da Performance Individual e Organizacional (PI&PO) e do Acaso (Ac) [$R = f(D\&CoMb) + (D) + (PI\&PO) + (Ac)$]^{lxxxiii}. A cura, sempre que se verifique, é decerto concebível como um resultado, mas uma vez que não depende necessária e exclusivamente da atuação médica, não pode ser erigida como objeto do contrato. Tal objeto deverá antes confinar-se a um certo comportamento (ou atuação) especialmente qualificado sob o ponto de vista profissional, direcionado no sentido da cura ou da prevenção, que se limita, digamos assim, a funcionar como o ponto de referência da atividade desenvolvida pelo devedor (Médico). O Médico não está obrigado a determinado resultado material (*opus*) ou imaterial (a cura como evento certo), mas deve desenvolver uma atividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idóneos a conseguir a prevenção, a cura ou a eliminação ou redução para padrões humanamente aceitáveis do sofrimento^{lxxxiv,85}.

De acordo com a doutrina dominante, a obrigação que recai sobre o médico é geralmente uma obrigação de meios ou de diligência^{lxxxv,86}. Só excecionalmente será de resultado⁸⁷.

⁸³ - JOSÉ MARIA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MACÍA MORILLO, op. cit. "La responsabilidade...", p. 30: "la aleatoriedad propia de la ciencia médica, que se ve influida por procesos naturales e intrínsecos al paciente – ajenos, pues, al control por parte del profesional sanitario – impide exigir a éste una responsabilidad basada unicamente en su actuación y en el dominio de su esfera de control".

⁸⁴ - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. "Direito da Saúde", p. 200: da qual fazem parte: "a *anamnese* – que consiste na apreensão da história clínica do paciente através de um diálogo entre o médico e o paciente ou, se for caso disso, o seu representante legal; a *observação* – eventualmente através da utilização de aparelhos médicos, no sentido de captar a situação física e mental do paciente, de forma a poder realizar o diagnóstico; o *diagnóstico* – que consiste em subsumir os sintomas detetados e os resultados obtidos a uma determinada doença ou quadro clínico; a *indicação* – que consiste na verificação se uma determinada terapêutica é adequada ao paciente em face do diagnóstico realizado; a *terapêutica* – que compreende a definição das medidas terapêuticas adequadas".

⁸⁵ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. "Os contratos civis ...", p.87: "A referência [no artigo 1154º do Código Civil] a «certo resultado» não é impeditiva desta qualificação, antes a confirma. No caso, o resultado do trabalho intelectual é o tratamento e não a cura".

⁸⁶ - MANUEL DE ANDRADE, in "Teoria Geral das Obrigações", p. 414: "embora o doente busque, naturalmente, ao recorrer ao médico, a sua cura, a sua saúde perdida – ou que ele lhe evite um estado de doença –, o médico não se obriga à produção de tal resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar o mal que ele receia; somente se vincula – por outras palavras – a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou de tratamentos aptos a curar. Só a isso se obriga, só por isso responde", apud PINTO OLIVEIRA, op. cit. "Responsabilidade civil ...", p. 202/203; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. "A responsabilidade civil...", p. 96: "no que concerne à Medicina, a álea técnica presente (...), dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos atos praticados pelo médico (...) conduzirá a que as obrigações do médico sejam consideradas, em regra, meras obrigações de meios" (...) "o próprio objeto da obrigação é constituído, nestes casos, somente pela diligência exigível ao devedor, não se incluindo aí o resultado perspectivado e pretendido com o seu cumprimento" (...); ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "O consentimento informado...", p. 423-433.

⁸⁷ - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. "Direito da Saúde", p. 204/205: "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

O Ato Médico é uma empreitada?

Nas obrigações de meios o devedor obriga-se a adotar o grau de diligência necessária e exigível para a realização da prestação, enquanto nas de resultado se compromete a alcançar determinado objetivo, que representa a satisfação do interesse do credor⁸⁸.

No âmbito da Relação Médico/Cliente, sempre que a prestação profissional do Médico for de dificuldade extraordinária, a obrigação é de meios, e sempre que tal dificuldade for ordinária, a obrigação é de resultado⁸⁹.

Relativamente à cirurgia estética, em relação a resultados prometidos é, no mínimo, de muita duvidosa validade uma cláusula contratual desse jaez⁹⁰.

uma margem de risco ou se, perante o estado atual da ciência, a incerteza é praticamente inexistente quanto à obtenção do resultado. Tendencialmente, há, pois, determinadas obrigações assumidas pelo médico que configuram verdadeiras obrigações de resultado. Assim será, por exemplo, nas seguintes situações: a) – a realização de exames médicos, sempre que a aplicação da técnica em causa assegure, com elevado grau de certeza, a obtenção da informação pretendida, não envolvendo, portanto, o risco de um resultado que não está na disponibilidade do médico; b) – aplicação de próteses, embora a possibilidade de rejeição da prótese pelo organismo possa introduzir um fator de risco que não está inteiramente na disponibilidade do médico; c) – cirurgia estética, em relação ao resultado estético prometido; d) – (...) a obrigação de realização de diagnóstico correto deve ser qualificada como obrigação de resultado (...) se o médico dispõe de todos os elementos necessários à realização do diagnóstico (...) o médico deve, perante os dados que conhece ou deveria conhecer, fornecer o diagnóstico correto da situação clínica do doente"; CARLA GONÇALVES, in "A Responsabilidade médica objetiva", in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 363: "exemplo clássico de uma intervenção médica que pode dar origem a uma obrigação de resultados é a cirurgia estética (em oposição à corretiva). Há, entretanto, um forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que, todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas. Ao lado da cirurgia estética fala-se ainda das análises óticas, na aplicação do dispositivo intrauterino"; VANSWEEVELT, in "La responsabilité civile du medecin et de l'Hôpital", n°s 94-116, distingue, nas relações Médico/Cliente, três diferentes tipos de obrigações de resultado: as que resultam da lei; as que resultam da vontade das partes e as que são intrinsecamente de resultados. Assim, relativamente às primeiras, seriam obrigações de resultado as que resultassem de lei expressa, sendo impostas sem dar liberdade de apreciação ao Médico: obrigações de respeitar o segredo profissional, de socorrer uma pessoa em perigo, etc.. Enquadram-se no segundo grupo aquelas que derivam da vontade expressa por uma das partes, quer no sentido de identificar os meios a utilizar na prestação a realizar e/ou de identificar o resultado a atingir com essa prestação. Integrariam o terceiro grupo aquelas situações em que a prestação a realizar não apresenta qualquer tipo de caráter aleatório. Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "O consentimento informado...", p. 429-431.

⁸⁸ - LLAMAS POMBO, apud VAZQUEZ FERREYRA, in "Daños y perjuicios en el ejercicio de la Medicina", p. 128: "é, então, necessário abandonar uma perspectiva global da atividade do médico, considerando cada fragmento individualizável da mesma, e, desta forma, atendendo à álea que o caracteriza, poder-se-ão distinguir obrigações fragmentárias de atividade e obrigações fragmentárias de resultado", apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. "A responsabilidade civil...", p. 98/99.

⁸⁹ - PINTO OLIVEIRA, op. cit. "Responsabilidade civil ...", p. 213; RICARDO LUCAS RIBEIRO, in "Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado", p. 19/20: "podemos descrever as obrigações de resultado como sendo aquelas, em virtude das quais o devedor fica adstrito, em benefício do credor, à produção de um certo efeito útil, que atua satisfatoriamente o interesse creditório final ou primário, isto é, o interesse que em último termo o credor se propõe alcançar. (...). No plano oposto, situam-se as obrigações de meios, em que o devedor se obriga apenas a desenvolver uma atividade ou conduta diligente em direção ao resultado final (realização do interesse primário do credor), mas sem assegurar que o mesmo se produza", p. 23: "nas obrigações de resultado a diligência (entendida que vai em sentido técnico) insere-se no Tatbestand de imputação dos efeitos do incumprimento ao devedor e não no inadimplemento verificado; nas obrigações de meios, pelo contrário, a diligência extravasa do plano da imputabilidade para invadir outrossim o plano do inadimplemento".

⁹⁰ - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "O consentimento informado....", p. 422: "por vezes, o médico garante que vai alcançar determinado resultado (máxime, no domínio da cirurgia estética). Tal cláusula afigura-se de discutível validade na relação médico-paciente já que a atividade cirúrgica é eminentemente uma obrigação de meios"; ÁLVARO DIAS, op. cit. "Procriação assistida ...", p. 254: "se a(s) certeza(s) que o médico transmite ao cliente são, sobremaneira, inconsistentes, sob o ponto de vista da ciência e prática médicas, e o médico está ciente disso mesmo, poderá dizer-se que estamos em face de uma situação de dolo. (...) O tratamento a dar a tais situações é no essencial o mesmo que cabe aos chamados tratamentos arbitrários não autorizados. Se porventura a «garantia» assumida pelo médico não vai para além de uma genérica certeza de que tudo correrá pelo melhor, será pouco curial considerar que o médico assume uma obrigação de resultado, pois que, não podendo ocultar ao doente os riscos do tratamento, nada o impede, todavia, de mostrar perante ele um fundado otimismo. A obrigação do médico continuará, em tal caso, a ser uma pura obrigação de meios"; CARLA GONÇALVES, op. cit. "A Responsabilidade civil ...", p. 29: "há, entretanto, um forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas". Nesse sentido, vide Código Deontológico da Ordem dos Médicos: artigo 12º, n° 3 - "é particularmente grave a divulgação de informação suscetível de ser considerada como garantia de resultados ou que possa considerar-se publicidade enganosa"; 19º n° 1 - "a publi-

O Ato Médico é uma empreitada?

“A natureza aleatória do resultado pretendido constitui o principal critério distintivo das duas modalidades de obrigações e reflete-se na disciplina aplicável a cada uma, justificando as diferenças de regime, não só no plano dos encargos probatórios, mas também no plano do regime aplicável ao seu incumprimento, nomeadamente no que concerne às causas de exoneração do devedor”^{lxxxvi}.

A diferenciação entre obrigação de meios e de resultados tem a sua origem em França e resultou da necessidade de superar a contradição existente entre a redação dada aos artigos 1137º e 1147º do *Code Civil* sobre o ónus da prova da culpa na responsabilidade civil contratual^{91,92}.

Exatamente por causa disso, e no que tange ao ordenamento jurídico pátrio, onde tal contradição não existe, a introdução dessa classificação/diferenciação poderá ser dogmaticamente perturbadora face à presunção de culpa estabelecida no artigo 799º, nº 1, do Código Civil, pelo que seria preferível renunciar a ela, estabelecendo o elenco adequado dos deveres principais e acessórios que incidem sobre o Médico ou a de privada de Saúde. Depois, mesmo numa obrigação de meios há, também, pelo menos, um resultado a alcançar de imediato, que equivale à satisfação daquele interesse instrumental colocado ao serviço do final, cujo cumprimento se verifica com a adoção da conduta encaminhadora para a obtenção do resultado tendido pelo credor. “Por isso, a distinção maniqueísta entre obrigações de meios e de resultado não parece

tação de estudos, investigações ou descobertas científicas deve ser feita através de revistas ou de outras publicações de caráter estritamente técnico-científico, sendo vedada a sua publicação noutros meios de comunicação com fins de autopromoção”; 20º, nº 2 - “o médico não deve fomentar notícias referentes à sua pessoa que possam, de alguma forma, consubstanciar publicidade à sua atividade profissional”.

⁹¹ - R. DEMOGUE, in “*Traité des obligations en général*”, Paris, p. 536 e ss., com referência à obrigação do médico (p. 539 e ss.); MANUEL DE ANDRADE, op. cit. “*Teoria Geral ...*”, p. 410/415: “Trata-se de uma distinção que muitas vezes se atribui a DEMOGUE, mas que, em verdade, já antes dele tinha sido formulada na doutrina alemã (BERNHOF e FISCHER) embora sob diferente terminologia (...). Na doutrina alemã a distinção aludida encontra certa correspondência na classificação das obrigações em *Abgabeschulden* (dívidas de entrega) e *Beschaffungsschulden* (dívidas de obtenção)”.

⁹² - RICARDO LUCAS RIBEIRO, op. cit. “*Obrigações de ...*”, p. 53 e ss., sobre os critérios de distinção entre obrigações de meios e de resultado: **I - Critérios objetivos de distinção entre obrigações de meios e de resultado: 1 – O critério da álea:** «Na falta de outras circunstâncias que permitam descobrir a vontade das partes, indagar-se-á se a realização do fim perseguido pelo contrato apresenta uma álea. Quando essa realização for aleatória, deve supor-se que a obrigação assumida é somente de previdência e diligência [de meios], porque normalmente, um devedor não se compromete a obter um resultado aleatório. (...) Quando, pelo contrário, a realização do resultado, em vista do qual o contrato foi firmado, não for aleatória, pode, normalmente, estimar-se que o devedor prometeu essa realização» (HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/JEAN MAZEAUD/ FRANÇOIS CHABAS, in “*Leçons de Droit Civil*”, p. 15-16); **2 – O critério da aceitação dos riscos:** a aplicação deste critério pressupõe uma realidade fática polarizada em torno de dois elementos fundamentais: a produção de um dano e a colocação voluntária do lesado numa situação potencialmente danosa. Só a partir desta configuração é que há uma base mínima para se afirmar a aceitação de riscos pelo lesado. A aceitação de tais riscos pelo lesado faz diminuir a intensidade da relação obrigacional, constituindo indício de uma obrigação de meios; **3 – O critério da maior ou menor determinação da prestação prometida:** cada vez que uma pessoa promete executar uma “prestação determinada”, com contornos jurídicos e materiais precisos, essa pessoa suporta uma obrigação de resultado. Pelo contrário, se o devedor, sem assegurar o fim a alcançar, se reservar uma maior ou menor liberdade de ação, a prestação que ele terá de cumprir será “indeterminada”, submetendo-se às regras relativas às obrigações de meios (JOSEPH FOSSARD, in “*La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*”, p. 167-168); **II – Critérios subjetivos da distinção das obrigações de meios e de resultado: 1 – A situação do devedor:** a distinção dependeria da situação do devedor, se fosse membro das profissões liberais estaríamos perante obrigações de meios, se integrar o grupo dos ofícios (*métiers*), seriam obrigações de resultado (RENÉ DEMOGUE, op. cit. “*Traité des ...*”, I, p. 544); **2 – A análise dos direitos do credor (vítima):** se o contrato afeta a integridade corporal ou a vida do credor (que são bens jurídicos dignos de uma especial proteção por parte do ordenamento jurídico), as obrigações que dele derivam devem ser consideradas obrigações de resultado. Contrariamente, as obrigações destinadas a evitar um dano de natureza puramente económica ou moral, são obrigações de meios (BORIS STARCK, in “*Droit Civil. Obligations*”, p. 343 e 527).

O Ato Médico é uma empreitada?

totalmente de acolher, já que todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente”^{93,94}. Para além disso, esta diferenciação é apenas aplicável às situações de responsabilidade contratual⁹⁵.

2.3 - A questão da responsabilidade civil médica

O tema da responsabilidade civil profissional é “traíçoeiro”. A ausência de uma disciplina autónoma não esconde, antes evidencia o facto de o conflito de interesses específicos neste setor ser dificilmente dirimido à luz do quadro geral da responsabilidade civil^{lxxxvii}.

“O setor da responsabilidade civil médica surge como um “banco de prova” ou “*terreno sperimentale*” para novas soluções, constituindo, nessa medida, uma “*frontiera avanzata*” da responsabilidade civil”, mostrando, assim, “sintomas das dificuldade que o direito sente na apreciação dessas hipóteses, e sinais reveladores da falência dos regimes tradicionais da responsabilidade civil para responderem adequadamente às questões particulares por elas colocadas”^{lxxxviii}.

⁹³ - CALVÃO DA SILVA, in “*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*”, 2ª Ed., Separata do Vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 116/117: “*também se pronuncia no sentido da inexistência de uma distinção marcada entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado, no sentido de que todo o vínculo obrigacional participa de uma dupla natureza: por um lado, o seu cumprimento exige sempre do devedor a adoção da diligência necessária à satisfação do interesse do credor, e nessa medida será sempre de meios; por outro lado, através do cumprimento o credor alcança diretamente a obtenção do interesse creditório final, ou, pelo menos, mediata e eventualmente, através da efetiva satisfação de um interesse intermédio tendente à satisfação do primeiro (e, assim, será sempre uma obrigação de resultado)*”, apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 117 (Nota 295).

⁹⁴ - MENEZES CORDEIRO, op. cit. “*Direito das ...*”, p. 358/359 empenha-se em refutar os termos da distinção, respaldando a ideia de que todas as obrigações são de resultado, uma vez que só este interessa ao credor, estando, portanto, em causa a natureza do resultado procurado nas suas infinitas graduações; MENEZES LEITÃO, op. cit. “*Direito das ...*”, p. 128/130: declara não haver base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado; FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 110/112, prefere renunciar a esta perspetiva dicotómica das obrigações, alegando que ela pode constituir elemento de perturbação face à presunção de culpa plasmada no artigo 799º nº 1 do Código Civil e, consequentemente, acaba de ser fonte de confusões ou imprecisões que pretenderia evitar; MANUEL DE ANDRADE, op. cit. “*Teoria Geral das Obrigações*”, p. 413/415 e ALMEIDA E COSTA, op. cit. “*Direito das ...*” pugnam pela relevância da distinção em matéria de impossibilidade superveniente da prestação imputável ao devedor, atribuindo-lhe o seguinte efeito prático: em tratando-se de obrigações de meios, quer a impossibilidade objetiva de resultado quer a subjetiva exonera o devedor; em tratando-se de obrigações de resultado, a impossibilidade subjetiva não exonera o devedor, pelo que só a impossibilidade objetiva produzirá esse efeito exoneratório; ÁLVARO DIAS, “*Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica*”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, II, 3, p. 30 e op. cit. “*Procriação assistida ...*”, p. 225, tira consequências da distinção entre os dois tipos de obrigações ao nível da repartição do ónus de prova, entendendo ter cabimento a presunção de culpa do artigo 799º nº 1, na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado, mas não na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios; RIBEIRO DE FARIA, op. cit. “*Da prova ...*”, p. 115/118, acompanha este último autor, bem como os acima referidos na conclusão a que chegam quanto ao relevo da distinção em sede de impossibilidade superveniente da prestação por causa não imputável ao devedor; CARNEIRO DA FRADA, op. cit. “*Contrato e deveres ...*”, p. 335/337 entende que a presunção de culpa tem um alcance distinto, consoante se esteja perante um caso de responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado (em que a presunção se alarga de forma a contemplar, para além da censurabilidade da conduta do devedor, a existência de um comportamento faltoso do devedor e a causalidade entre esse mesmo comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso verificados) ou perante um caso de responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios (em que a presunção de culpa tem um significado redutível à censurabilidade pessoal da conduta do devedor); PINTO OLIVEIRA, op. cit. “*Responsabilidade civil ...*”, p. 254, defende que na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado, o artigo 799º se combina com um critério de tipicidade/ilicitude referido ao resultado, pelo que exonera o credor do ónus de alegar e de provar a tipicidade/ilicitude e a culpa, enquanto que na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios, ele se combina com um critério de tipicidade/ilicitude referido à conduta, pelo que não exonera o credor do ónus de alegar e provar a tipicidade/ilicitude; apud RICARDO LUCAS RIBEIRO, op. cit. “*Obrigações de ...*”, p.39/41.

⁹⁵ - RICARDO LUCAS RIBEIRO, op. cit. “*Obrigações de ...*”, p. 43: “*a ordem extracontratual de proteção de bens e direitos (absolutos) ou, melhor dito, de tutela do status quo pessoal e patrimonial é assegurada por um dever geral de abstenção (obrigação negativa ou passiva universal), imposto indistintamente a todos os membros da comunidade jurídica, que exorbita o conceito de obrigação em sentido técnico. Não se pode, pois, falar em obrigações pré-existentes no domínio extracontratual. Só com a violação do dever geral de abstenção e com a produção de dano na esfera jurídica alheia é que surge uma verdadeira obrigação, que é a obrigação de indemnizar (...). A dicotomia em causa antes se circunscreve ao âmbito da responsabilidade obrigacional, sendo que o seu campo de aplicação por excelência é o campo das relações contratuais*”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Visa-se agora determinar em que esfera jurídica se deve localizar o efeito nefasto decorrente da consumação de um dano: se na de quem o sofreu, ou na de quem o causou^{lxxxix}.

Se a obrigação contratual assumida pelo Médico perante o Cliente for integralmente cumprida no prazo previsto, o contrato que eles haviam celebrado extingue-se pelo cumprimento⁹⁶. Este é o ciclo normal, desejável, da relação contratual, designadamente da estabelecida entre o Médico e o Cliente. Se, em vez disso, o Médico não cumprir essa obrigação, ou a cumprir fora de prazo⁹⁷, ou de forma defeituosa⁹⁸, poderá ser demandado, quando, em razão dessas situações contratualmente patológicas, tiver advindo para o Cliente um dano⁹⁹.

Pese embora o facto de ser contratual a relação que se estabelece entre o Médico e o Cliente, a responsabilidade que da mesma possa advir pode ser contratual e/ou extracontratual¹⁰⁰.

⁹⁶ - **BRANDÃO PROENÇA**, in *“Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações”*, p. 18: *“o cumprimento é, sem dúvida, o momento fundamental na “vida” da obrigação, extinguindo-a”*.

⁹⁷ - **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. *“Os contratos civis ...”*, p. 115: *“o médico que não comparece (ou comparece após um tempo razoável de espera pelo doente) constituiu-se em mora. A mora transforma-se em incumprimento definitivo se o credor (doente) perdeu entretanto o interesse na prestação ou se o médico (devedor ou auxiliar do cumprimento) continua a não comparecer no prazo razoável fixado pela outra parte (artigo 808º)”*.

⁹⁸ - **CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**, op. cit. *“Os contratos civis ...”*, p. 116: *“o cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efetivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos (...) considera-se que o tratamento é defeituoso quando seja desconforme com a “lei da arte médica”, de harmonia com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde”*.

⁹⁹ - **RUTE TEIXEIRA PEDRO**, op. cit. *“A responsabilidade civil...”*, p. 46: *“o efeito gerado pela responsabilidade civil é precisamente o de provocar o nascimento, na esfera jurídica do lesante, de uma obrigação de indemnização, que tende a eliminar as consequências negativas derivadas, para o lesado, de um comportamento daquele, reconstruindo a situação que hipoteticamente existiria, na falta do respetivo comportamento”*.

¹⁰⁰ - Sobre a possibilidade de cúmulo dos dois institutos ver: **RUI DE ALARCÃO**, op. cit. *“Direito das ...”*, p. 210: *“em todos estes casos existe um único dano, produzido por um único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física”*; **PINTO MONTEIRO**, *“Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil”*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, XXVIII, p. 400: *“não se trata, é bom de ver, de o credor obter duas indemnizações, mas antes de obter uma indemnização única, gozando porém da liberdade de escolher, para esse efeito, o regime contratual ou o regime extracontratual”*; também **VAZ SERRA**, *“Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, p. 230 e ss., no âmbito dos trabalhos preparatórios, propôs a solução de ser permitido ao credor optar por um ou outro regime, e até de cumular regras de uma ou outra forma de responsabilidade; **MOTA PINTO**, op. cit. *“Cessão da ...”*, p. 411: *“representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou a extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável”*; **SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS**, op. cit. *“Responsabilidade médica ...”*, p. 38 e ss.: *“pensamos que na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como solução natural, a concorrência (rectius, cumulo) de responsabilidades”*; **ÁLVARO DIAS**, op. cit. *“Procriação assistida ...”*, p. 228: *“somos levados a concluir que a natureza da responsabilidade médica não é unitária e que, ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível”*; **ANDRÉ DIAS PEREIRA**, op. cit. *“O consentimento informado...”*, p. 51; **MOTA PINTO/CALVÃO DA SILVA**, *“Responsabilidade civil do produtor”*, in *Direito Civil*, p. 148/149; **SINDE MONTEIRO**, in *“Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil”*, p. 8. Em termos práticos a possibilidade do credor lesado (o Cliente) poder demandar o devedor lesante (o Médico) cumulado a responsabilidade civil contratual com a extracontratual, poderá ser, para ele, relevante, porquanto as principais diferenças entre esses dois regimes podem sintetizar-se nos seguintes termos: *a*) – Prazo Prescricional – é mais longo na contratual (artigo 309º do Código Civil: 20 anos) que na extracontratual (artigo 498º: 3 anos); *b*) – inversão do ónus da prova quanto à culpa – inverte-se na contratual (art. 799º, nº 1), não se inverte na extracontratual (artigo 487º); *c*) – regime da responsabilidade por atos de terceiros – o Médico chefe de equipa, na extracontratual, só responde se houver uma relação de comissão (art. 500º), na contratual responde pelos atos das pessoas por ele utilizadas – *culpa in elegendo ou in vigilando* – para dar cumprimento à obrigação (artigo 800º): ver **CARLA GONÇALVES**, op. cit. *“A responsabilidade civil ...”*, p. 106-132. Contra a tese do cúmulo dos dois institutos, ver **ALMEIDA E COSTA** op. cit. *“Direito das ...”*, 4ª Ed., p. 228-236, p. 356-361: *“é inaceitável o sistema de ação híbrida. Afigura-se-nos substancialmente injusto que o lesado beneficie das normas que considere mais favoráveis da responsabilidade contratual e da extracontratual, afastando as que nos respetivos sistemas estabelecidos em paralelo e que com elas formam conjuntos orgânicos – repare as desvantagens”*; **JAIME GOUVEIA**, in *“Da responsabilidade contratual”*, p. 227, *apud* **ÁLVARO DIAS**, na op. cit. *“Breves considerações ...”*, p. 33-38; **MENEZES LEITÃO**, op. cit. *“Direito das ...”*, p. 125, *apud* **PINTO OLIVEIRA**, op. cit. *“Responsabilidade civil ...”*, p. 200; **PEDRO ROMANO MARTINEZ**, in *“Direito das Obrigações. Apontamentos”*, Associação Aca-

O Ato Médico é uma empreitada?

O critério de distinção entre os dois tipos tradicionais de responsabilidade civil deve enunciar-se nos seguintes termos: a responsabilidade contratual provém da violação de um dever especial; a responsabilidade extracontratual provém da violação de um dever geral, de um direito absoluto: à liberdade, à vida ou à integridade física e psíquica do Cliente¹⁰¹.

Ressalvando as situações de responsabilidade objetiva^{102,103}, para que o credor Cliente possa obter vencimento de causa numa demanda contra o devedor Médico, terá de provar os pressupostos factuais integradores do *Tatbestand* da responsabilidade contratual e/ou extracontratual¹⁰⁴. Têm de se verificar, cumulativamente, os seguintes pressupostos: a prática ou a omissão de um facto, que tem de ser ilícito, havendo culpa do agente, e do qual advenha um dano suportado por quem o sofre, já que só pode ser exigido o seu ressarcimento de outrem quando para tal exista um fundamento jurídico¹⁰⁵ -, e isto porque as situações geradoras deste tipo de responsabilidade civil incidirão, como já se deixou dito, sobre direitos absolutos¹⁰⁶.

démica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004, p. 86, sublinha a desadequação da distinção bipartida – responsabilidade contratual/extracontratual – considerando ser “*preferível proceder-se a uma distinção por pequenos núcleos de responsabilidade, tais como a do produtor, do vendedor, do empreiteiro, etc.; em suma, responsabilidades relacionadas com certas atividades e profissões*”.

¹⁰¹ - SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, in Revista de Direito e Economia, 4, 1, p. 319: “*Na vida em sociedade acontece frequentemente – e com maior frequência quanto maior o grau de densidade populacional e de desenvolvimento económico – que a atividade de alguns dos seus membros seja a fonte de danos causados a terceiros, os quais podem ser da mais diversa ordem: pode ser atingida a personalidade dos indivíduos, a sua saúde ou o seu corpo, os bens que possuem ou a própria vida*”.

¹⁰² - LIMA ALVINO, in “*Da culpa ao risco*”, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 143: “*foi assim em nome (...) das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas, esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça, equidade e equilíbrio os problemas criados pelo homem*” apud CARLA GONÇALVES, op. cit. “*A Responsabilidade médica ...*”, p. 365, onde afirma que “*o ordenamento jurídico acabou por rececionar o regime da responsabilidade objetiva, assegurando ao sujeito lesado a possibilidade de obter uma indemnização, mesmo que o dano não pudesse ser imputado ao comportamento culposos de um outro sujeito*”; GONÇALO ANDRÉ CASTILHO DOS SANTOS, op. cit. “*Responsabilidade objetiva ...*”, p. 51, e sobre a questão da objetivação da responsabilidade através do instituto da presunção de culpa, defende que “*embora eivada do enquadramento da imputação baseada na culpa, a técnica presuntiva (...) ganhou contornos de imputação quase-objetiva, atendendo, desde logo, às dificuldades de elisão por parte do lesante*”, apud CARLA GONÇALVES, op. cit. “*A responsabilidade médica ...*”, p. 369, onde conclui que “*sendo, aliás, por esta razão que já se tem afirmado que em causa está uma espécie de responsabilidade quase objetiva*”.

¹⁰³ - Ensaios Clínicos: artigo 15º da Lei nº 21/2014 de 16 de abril; Doação de órgãos ou tecidos humanos: artigo 9º da Lei nº 12/93 de 22 de abril; Exposição a Radiações: artigo 10º do Decreto-Lei nº 348/89 de 12 de outubro.

¹⁰⁴ - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 84: “*no que respeita ao direito português, para que nasça uma obrigação de indemnizar, por parte daquele profissional, quer ela se funde na responsabilidade contratual, quer se funde na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposos, que cause um dano ao doente*”.

¹⁰⁵ - A indemnização que vier a ser arbitrada em sede de responsabilidade civil, apresenta-se com um duplo carácter: o de punição do lesante (função sancionatória) e o de ressarcimento/compensação do lesado (função ressarcitória/compensatória): vide ANTUNES VARELA, op. cit. “*Das Obrigações ...*”, 3ª Ed., p. 502; JÚLIO GOMES, in “*Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal*” Revista de Direito e Economia, XV, p. 105-144. Há, porém, quem entenda que ela assume também uma função preventiva (OLIVEIRA ASCENÇÃO, in “*O Direito, Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*”, p. 57 e ss.; RUI SOARES PEREIRA, in “*A responsabilidade por danos não patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no Direito Civil*”, p. 219-226; GALVÃO TELLES, op. cit. “*Direito das ...*”, p. 387; MENEZES LEITÃO, op. cit. “*Direito das ...*”, p. 286; ANTUNES VARELA, op. cit. “*Das Obrigações ...*”, p. 434/444, na medida em que o lesante, receando uma possível condenação, passa a tomar cuidados redobrados no sentido de evitar a consumação do dano.

¹⁰⁶ - Situações há, porém, em que a responsabilidade médica é exclusivamente aquiliana: nos casos de ausência de contrato (paciente inanimado; incapaz sem representante legal; quando a intervenção médica não tenha sido precedida do necessário diálogo entre o médico e o paciente ou quando a intervenção médica é imposta por lei – Medicina do trabalho, escolar e, para alguma doutrina, hospitalar); de nulidade do contrato (por exemplo: aborto ilícito; contratos de disposição do corpo humano nulos por violadores da ordem pública, os bons costumes; quando o médico viola regras penais); se a vítima do dano não é parte do contrato ou o dano não deriva da inexecução do contrato – danos sem conexão com o ato médico; nos casos de responsabilidade dos médicos perante terceiros (emissão de atestados que não correspondem à verdade): ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 40; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 62 e ss.

O Ato Médico é uma empreitada?

O problema básico consiste, assim, em saber em que circunstâncias o credor Cliente (lesado) pode exigir do devedor Médico (lesante) o ressarcimento dos prejuízos sofridos, tendo por base que “«o direito vivente» da responsabilidade médica aproxima-se de forma desvelada da satisfação de uma exigência de equilibrar relações de assimetria, entre dois sujeitos, conferindo proteção aos interesses daquele que se posiciona como consumidor de um serviço prestado por uma contraparte profissional e organizada”^{xc}.

O “facto”¹⁰⁷ constitutivo da responsabilidade contratual e extracontratual pode ser uma omissão¹⁰⁸, como também pode ser uma ação¹⁰⁹.

Integra a “ilicitude”¹¹⁰ a prática de factos que violem: direitos absolutos de outrem (de personalidade, propriedade, autorais, de família); direitos que protegem interesses alheios, quando a tutela de interesses particulares figure entre os fins da norma violada, ocorrendo o dano exatamente nesse círculo de interesses¹¹¹.

Na determinação da ilicitude averigua-se se um dado comportamento, despido dos elementos relacionados com o seu autor, merece censura à luz do nosso ordenamento jurídico: formula-se um juízo objetivo¹¹².

Para além do facto gerador de responsabilidade civil ser ilícito, tem o Médico de o praticar com culpa: o lesante, pelas suas capacidades e em face da circunstância concreta, “podia e devia ter agido de outro modo”^{xc} merecendo, por isso, reprovação ou censura esse seu comportamento, atento o critério estabelecido no artigo 487º, nº 2 do Código Civil. A culpa surge, assim, como uma relação de desconformidade entre o comportamento observado e a conduta devida, “no confronto com aquele padrão de conduta profissional um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e teria tido em circunstâncias semelhantes”¹¹³.

¹⁰⁷ - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, 3ª Ed., p. 419: *facto voluntário do lesante: “o elemento básico da responsabilidade é o facto do agente – um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana – pois só quanto a factos dessa índole têm cabimento a ideia de ilicitude, o requisito de culpa e a obrigação de reparar o dano (...)”*.

¹⁰⁸ - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, 3ª Ed., p. 419/420: *“a omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano sempre que haja o dever jurídico de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”*.

¹⁰⁹ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 117: *“a desconformidade pode incidir: - na deficiente escolha das prestações que compete ao médico particularizar (atos médicos inadequados, omissão de atos médicos adequados, atos inúteis); - na deficiente conexão entre os atos médicos selecionados*.

¹¹⁰ - Relativamente à questão da (in)exigibilidade da ilicitude na responsabilidade objetiva: SINDE MONTEIRO, op. cit. “Relatório sobre ...”, p. 21, defende a exigibilidade do pressuposto da ilicitude. RUI DE ALARCÃO, op. cit. “Direito das ...”, p. 246/247, ALMEIDA E COSTA, na op. cit. “Direito das ...”, 9ª ed., p. 562, ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 524 e 636 e GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, op. cit. “Responsabilidade Objetiva ...” defendem a inexigibilidade do pressuposto da ilicitude, p. 78; *apud* CARLA GONÇALVES, op. cit. “A Responsabilidade médica...”, p. 368.

¹¹¹ - VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit. “Do ato ...”, p. 45: *“a ilicitude pode resultar da violação dos deveres contratualmente estipulados, da violação do dever de informação, de deveres funcionais, de deveres de proteção ou de um direito de personalidade. No campo médico tudo isto aparece consignado sobre a categoria geral de *leges artis*, de modo que se concluirá pela existência da ilicitude quando se verifique uma violação da *leges artis*”*; p. 48: *“a ilicitude do ato médico tem que ser sempre demonstrada pelo lesado, nunca se presume (...). O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (ato ilícito) ele mesmo”*.

¹¹² - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 435: *“a ilicitude traduz, assim, a reprovação da conduta do agente no plano geral e abstrato em que a lei se colca, numa primeira aproximação da realidade”*.

¹¹³ - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 340/341: *“o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Impende sobre o médico o dever de se manter razoavelmente atualizado, através de um esforço permanente (...)”*; p. 348; mesmo autor na op. cit. “Culpa Médica ...”, p. 23/24: *“ao médico exige-se, por conseguinte, que atue com aquele grau de cuidado e competên-*

O Ato Médico é uma empreitada?

Existe um nível mínimo de exigência que não pode ser postergado: “a culpa começa quando terminam as discussões científicas. A culpa surge quando um dado ato terapêutico, à luz dos conhecimentos médicos atuais, não serve a função de aproveitamento das chances de obtenção do resultado final pretendido”^{xcii}.

Para uns a culpa presume-se quando a obrigação é de resultado, cabendo, por isso, ao devedor (Médico) provar que a não verificação da consequência pretendida advém de caso de força maior inultrapassável pela diligência exigível e efetivamente empregue¹¹⁴. Mesmo que a obrigação seja de meios, e pese embora o facto de a mera não ocorrência das consequências pretendidas não ser elemento suficiente para fazer presumir sumir a culpa do devedor, “o ónus de prova da [inexistência de] culpa incide (...) sobre o devedor inadimplente”¹¹⁵. Para outros, “a culpa terá que ser demonstrada positivamente e tal demonstração será indispensável para que se possa falar em incumprimento”^{xciii}, pois que haverá uma presunção de diligência que caberá ao credor (Cliente) destruir^{xciv}.

Outros há, ainda, que defendem que o regime geral da responsabilidade contratual deve ser aplicado integralmente, incluído a presunção de culpa do devedor, nele previsto¹¹⁶.

cia que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício” (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias. Trata-se, por conseguinte, de substituir, no âmbito da profissão, o critério do bom profissional ao critério do bom pai de família. Só que é bom de ver que não pode exigir-se a um clínico geral (vulgarmente médico de família) o conhecimento de todas as mais recentes descobertas ou das técnicas de ponta que um especialista. O critério que permitirá avaliar a conduta efetivamente observada é “o bom profissional da categoria e especialidade do devedor” à data da prática do ato”; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit. “Responsabilidade médica ...”, p. 38, no que se refere aos critérios de apreciação da culpa “o nº 2 do artigo 799º remete para os [critérios] aplicáveis na área extracontratual (artigo 487º, nº 2). O critério é abstrato, não apenas no que respeita ao grau de cuidado e diligência como à capacidade profissional”; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 117/118: “Qualquer grau de culpa é suficiente: dolo, mera culpa (grave ou leve), a apreciar em função do critério do artigo 487º, nº 2 («diligência de um bom pai de família») que nestas circunstâncias se deverá entender como a diligência normal de um médico daquela especialidade (...); PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit. “Responsabilidade civil ...”, p. 481: “na apreciação da culpa não se pode atender a aspetos relacionados com o médico em concreto, como o facto de ser jovem ou idoso, experiente ou inexperiente (...)”. Em sentido contrário, TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, in Direito da Saúde e Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 135, onde defende que a diligência médica exigível depende do grau de especialização do médico, apud MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 299.

¹¹⁴ - MENEZES CORDEIRO, in “Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais”, Lex, p. 469/470 e 485: “perante a falta de cumprimento duma obrigação, presume-se que o devedor agiu ilicitamente, com culpa, de tal modo que os danos correspondentes à supressão das vantagens asseguradas pelo vínculo violado lhe são imputáveis”; PINTO MONTEIRO, in “Cláusula penal e indemnização”, p. 266: “nas obrigações de meios tanto a impossibilidade objetiva, como a impossibilidade subjetiva não imputáveis, liberam o devedor; nas obrigações de resultado, só a impossibilidade objetiva não imputável o exonera”; ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 88: “a prova deste incumprimento [de um dever geral de diligência] recai sobre o paciente, mas a culpa – o juízo de censura que se faz àquele concreto agente por não agir com «a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso» (artigo 487º, nº 2, ex vi 799º, nº 2) – é presumida pela lei (artigo 799º nº 1 do Código Civil”, apud ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 426.

¹¹⁵ - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 425/426: “a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. Isto é, quiçá, o mais difícil de conseguir. Mas, em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de o fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ónus” prova deste incumprimento (...); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 117/118: “quem invoca tratamentos defeituosos, como fundamento da responsabilidade civil contratual, tem de provar (...) a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e a *leges artis* (...). Feita essa prova, o médico (ou clínica) só se exonera da responsabilidade se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua (...)”, apud ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 426

¹¹⁶ - LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade dos profissionais liberais” in Estudos sobre direito civil e processo civil, p. 821: “no caso da obrigação de meios, a tradicionalmente chamada presunção de culpa (...) não deixa de operar nos termos gerais”. No mesmo sentido: SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit. “Responsabilidade médica ...”; CUNHA GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in Direito e Justiça, XIV, 3, p. 182 e ss. e 209; GOMES DA SILVA, in “O dever de prestar e o dever de indemnizar”, I, p. 321; CARNEIRO DA FRADA, in “Terceira via no direito da responsabilidade

O Ato Médico é uma empreitada?

Desse facto ilícito e culposo do Médico terá de advir para o Cliente um dano^{xcv}: patrimonial – lucros cessantes ou danos emergentes –, e/ou não patrimonial, fornecendo, o legislador, o critério geral delimitador dos danos ressarcíveis: artigo 483º e 798º do Código Civil.

Esse dano terá de ter umnexo causal com o facto, nos termos definidos nos artigos 562º e 563º do Código Civil, que determina um duplo juízo^{x cvi}: deve averiguar-se se o ato do agente foi, em concreto, uma *condição sine qua non* da produção do dano, por um lado, já que, por outro, deve procurar determinar-se se, ponto de vista jurídico, o ato deve ser considerado causa do dano¹¹⁷.

Uma vez que a responsabilidade médica é por factos ilícitos culposos, “o facto que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral se mostrar, de todo em todo, indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude de circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam o caso concreto”^{x cvii}. A opção por esta formulação negativa acaba por se repercutir a nível da prova, já que o lesado Cliente apenas terá de provar que o facto foi condição do dano, cabendo ao lesante Médico demonstrar que tal condição é em geral inidónea para determinar aquele prejuízo, tendo, assim, ele sido uma consequência anormal da referida condição. A questão da prova do nexode causalidade é exatamente a *vexato quaestio* da responsabilidade civil, atenta a álea que envolve o exercício da Medicina e ao consequente desconhecimento da exata sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos técnicos da ciência médica¹¹⁸.

É que a intervenção médica decorre em razão de fatores orgânicos ou traumáticos que poderiam vir a ser, por si só, uma causalidade natural do dano verificado, não fora aquela intervenção clínica. Logo, após essa intervenção médica, àquela causalidade incorpora-se a resultante da própria intervenção, o que dificulta ou impede a tarefa de destrinçar a eficácia de cada uma delas na produção do dano verificado, e a afirmação de que aquele concreto “Ato Médico” constituiu a condição necessária para a ocorrência daquele concreto dano^{119,120}.

civil – o problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades”, p. 29: “a inversão do ónus da prova da culpa na responsabilidade obrigacional não atinge apenas a questão da censurabilidade da conduta do devedor como pressuposto da pretensão indemnizatória” (...) mas também “a existência de um comportamento faltoso do devedor e a causalidade entre esse comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso na prestação verificados. Provada a falta ou deficiência da prestação realizada, a lei presume que elas repousam numa atitude ilícita, faltosa do devedor, eximindo, nessa medida, o credor da prova do comportamento concreto que deu origem a esse incumprimento ou a essa deficiência na prestação realizada”.

¹¹⁷ - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2004 (NORONHA DO NASCIMENTO): “a apreciação do nexode causalidade envolve dois patamares distintos. A determinação da sequência naturalística dos factos, em ordem a determinar se um causou o outro e/ou qual foi a ordem cronológica causal dos factos e seus efeitos, constitui matéria de facto que cabe às instâncias fixar (...). Há, porém, um segundo patamar: referimo-nos àquele outro que implica o confronto daquela sequência cronológica com as regras que delimitam o conceito de causalidade adequada (artigo 563º). Aqui há já uma operação de subsunção jurídica que pode ser sindicada pelo tribunal de revista (...)”.

¹¹⁸ - RIBEIRO DE FARIA, in “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, I, p. 124: a prova do nexo causal é a maior dificuldade colocada ao doente, constituindo a “autêntica pedra de toque da responsabilidade médica”; LLAMAS POMBO, apud VAZQUEZ FERREYRA, op. cit. “Daños e prejuícos ...”, p. 128: “a multiplicidade e complexidade de fatores atuantes, que, ao lado do erro do médico, podem assumir a qualidade de causa do dano verificado, conduz a que se fale de uma “causalidade médica”, apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 153.

¹¹⁹ - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 252: “a terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância”.

¹²⁰ - PEREIRA COELHO: in “O problema da causa virtual na responsabilidade civil”, p. 23: “outras vezes ela [a causa virtual] já corria na direção do dano quando o processo da causa real a encontrou; mas este processo, produzindo o dano pela sua parte,

O Ato Médico é uma empreitada?

Isto posto, e não esquecendo a “conspiração do silêncio”^{xcviii}, só a ciência médica tem competências para dizer ao jurista se determinado resultado foi ou não causa de uma concreta ação, embora este não fique preso ao raciocínio daquela, uma vez que os pressupostos sobre os quais recai cada uma das avaliações são diferentes: na ciência médica procura-se averiguar em que medida aquela hipótese confirma ou infirma a lei probabilística que ela havia incorporado no seu corpo de saber científico; o jurista procura determinar as possíveis relações de causa-efeito existentes entre os vários eventos ocorridos na situação analisada, para poder aplicar o direito.

Capítulo Terceiro

3.1 – O Ato Médico e o contrato de prestação de serviço

O contrato de prestação de serviço encontra-se regulamentado nos artigos 1154º a 1156º do Código Civil, sendo ali definido como “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar a outra certo resultado do seu trabalho intelectual (...)”, sendo-lhe extensível as disposições do mandato, com as devidas adaptações. Os contratos de mandato, depósito e de empreitada, são modalidades daquele tipo de contrato.

Uma das características fundamentais destes contratos é a de eles serem pessoais, no sentido de que a marca pessoal tem uma especial relevância. Nesse sentido, poderemos distinguir os contratos próprios¹²¹ e os contratos *intuitu personae*¹²².

“A responsabilidade civil por erro médico coloca desafios fundamentais aos quadros tradicionais da responsabilidade civil. O contrato de prestação de serviços médicos está longe de ser assimilável ao desempenho concetual tradicional do direito civil, assente na autonomia da vontade, na igualdade das partes e na liberdade de estipulação”^{xcix}.

Apesar disso, em princípio, o contrato celebrado entre o Médico e o Cliente será subsumível à categoria genérica de prestação de serviço, constituindo uma subespécie que, apesar de não merecer tratamento legal específico, se apresenta com um «tipo social nominado»^{”c}.

Aliás, na sistematização apresentada nos *Principles of European Law on Services Contracts*, o tratamento (treatment) médico e outros tratamentos ao estado físico ou mental de uma pessoa, são qualificados como contratos de prestação de serviço.

Sem prejuízo, “façamos então um breve cotejo analítico das normas do contrato de mandato aplicáveis ao contrato de prestação de serviço médicos.

Segundo o artigo 1158º, o serviço presume-se oneroso, visto que o médico exerce a sua profissão.

impediu a série causal hipotética de continuar. E pode ser até que esta série causal já estivesse praticamente «acabada», que já não esperasse por qualquer impulso «de fora» para produzir o efeito e só a causa real tenha impedido a sua conclusão. Como quer que seja, trata-se de uma causa puramente virtual ou hipotética, cuja eficácia causal não chegou a desenvolver-se efetivamente em relação ao dano de que se trata”; p. 217: “a conclusão de que a irrelevância da causa virtual é em regra a solução do direito português”.

¹²¹ - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, in “Contratos IP”, 3ª Ed., p. 30: “podem designar-se como próprios os tipos e subtipos de contratos obrigacionais em que a qualificação profissional de um dos contraentes (...) constitui requisito exigido para o desempenho da prestação característica”.

¹²² - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Contratos”, p. 31: “a especial relevância das pessoas no conteúdo dos contratos não depende apenas de qualificações profissionais exigíveis para certos subtipos. A relevância pode ser específica de contratos singulares em atenção à identidade, às qualidades (...) e a traços de caráter (...) que um dos contraentes atribui a outro ou nele pressupõe, desde que vertidos no conteúdo contratual, através de declarações expressas ou tácitas”.

O Ato Médico é uma empreitada?

O artigo 1161º estabelece as obrigações do mandatário, ou seja, do médico. A obrigação de seguir as instruções do mandante não se coaduna com a autonomia técnica e científica e independência do médico [direito à liberdade de diagnóstico e terapêutica (artigo 46º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), independência dos médicos (artigo 4º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento (artigo 125º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos)].

Já o dever de prestar informação assenta como uma luva e pode ser invocado como mais um fundamento de natureza civil especificamente contratual, no sentido de dever de esclarecimento, cuja norma fundamental se encontra no artigo 157º do Código Penal.

Também o artigo 1162º, a), pode ser relevante para a matéria do alcance do consentimento (regulado primacialmente no artigo 156º, nº 2, do Código Penal): na verdade, segundo esta norma, o mandatário (médico) pode afastar-se das instruções se puder afirmar que o mandante aprovaria a sua conduta.

O artigo 1163º prevê a aprovação tácita da execução ou inexecução do mandato e parece pouco útil ao nível do contrato médico.

É de admitir, em regra, que o consentimento seja prestado tacitamente (artigo 217º do Código Civil); por outro lado, se o doente concordar *a posteriori* com a atuação do médico também nos parece lícito.

O direito do mandatário se fazer substituir (artigo 1165º do Código Civil) deve ser conciliado com o direito à escolha do médico (Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial) e o respeito pela vontade do paciente.

O artigo 1166º, ao estabelecer o regime da responsabilidade conjunta, não será aplicável, já que, aceitando a doutrina o cúmulo das responsabilidades^{ci}, e visto que haverá sempre, na atividade médica, uma ofensa a um direito de personalidade, logo geradora de responsabilidade extracontratual, poder-se-á aplicar o regime da responsabilidade solidária previsto no artigo 497º do Código Civil.

Do artigo 1167º, relativo às obrigações do mandante (o paciente), podemos colher a obrigação de este fornecer ao médico os “meios necessários para a execução do mandato”, que mais não é do que o dever de informar o médico para que este possa fazer a anamnese e estabelecer um diagnóstico correto; em segundo lugar, está expresso o dever de pagar a retribuição e a provisão por conta conforme aos usos.

O artigo 1170º estabelece que o mandato é livremente revogável, o que está em plena conformidade com a natureza do contrato médico; trata-se de uma relação de índole pessoalíssima em que a confiança¹²³ entre as partes é absolutamente essencial e, logo, a liberdade do paciente abandonar o contrato é imperiosa.

O que aqui não encontramos é a regulação das necessárias cautelas que o médico deve ter se quiser pôr fim ao contrato. Não se aceitará convenção em contrário (que será nula no caso do contrato médico), bem como a renúncia ao direito de revogar o mandato também no interesse do mandatário, que, embora pudesse ser concebível em abstrato (por exemplo: na experimentação), é inadmissível”^{cii}.

¹²³ - ESPERANÇA PINA, op. cit. “Ética, ...”, p. 135: “A confiança do doente no médico é fundamental, pois pressupõe respeitar o direito do doente quer para escolher quer para rejeitar o médico, ou mesmo a instituição de saúde” (...) Nenhum momento da relação médico-doente se pode efetuar plenamente sem que exista essa confiança; o doente necessita dela para poder transmitir ao médico os problemas que o afetam, para aceitar os conselhos e medidas terapêuticas e para voltar a consultá-lo. A falta de confiança é a causa mais frequente para suspender a relação médico-doente”.

O Ato Médico é uma empreitada?

À mora, incumprimento e cumprimento defeituoso do contrato, por falta de regime específico, aplica-se o regime previsto nos artigos 790º a 816º do Código Civil.

3.2 – O Ato Médico e o contrato de Empreitada

O contrato de empreitada encontra-se regulamentado nos artigos 1207º a 1230º do Código Civil, sendo ali definido como o contrato pelo qual uma das partes (o empreiteiro) se obriga em relação à outra (o dono da obra) a realizar certa obra¹²⁴, mediante um preço.

É um contrato de prestação de facto positivo, sinalagmático, pois emergem obrigações recíprocas e interdependentes; oneroso, uma vez que o esforço económico é suportado por ambas as partes e há vantagens correlativas para ambas; consensual¹²⁵, pois a validade das declarações depende do mero consenso; comutativo (por oposição a aleatório), na medida em que as vantagens patrimoniais dele emergente são conhecidas das partes no momento do ajuste, e de execução prolongada, pois frequentemente a execução da empreitada se prolonga no tempo. Para além disso, “na concretização de uma obra importa sobretudo o resultado final da atividade desenvolvida nesse sentido, pelo que a pessoa do seu executante, em regra, é indiferente para o cumprimento da prestação acordada, podendo dizer-se que, em princípio, a prestação do empreiteiro é fungível”¹²⁶.

Como acima se deixou dito, este contrato é uma das modalidades do contrato de prestação de serviço. Distinguem-se, porém, estes dois tipos de contrato, já que na empreitada o empreiteiro promete o resultado de um trabalho (realização de certa obra), sendo ele quem corre o risco e fixando-se a remuneração em função do resultado, enquanto na prestação de serviços o prestador promete uma atividade (o resultado do seu trabalho), correndo o risco por conta do beneficiário dessa atividade e sendo a remuneração fixada em função do tempo de atividade^{ciii}.

O dono da obra tem o direito à obtenção do resultado. Nesse sentido, a lei também lhe reconhece o direito a, sem perturbar o andamento da obra, fiscalizá-la, tendo em vista verificar se ela está a ser feita segundo as regras da arte, se os materiais aplicados foram os acordados, se o empreiteiro ocultou eventuais vícios difíceis de detetar.

Relativamente ao cumprimento, a lei obriga a que o empreiteiro entregue a obra ao dono sem defeitos, sendo que, se isso não acontecer, este tem a obrigação de lhos denunciar, sob pena de caducidade, no prazo de 30 dias contados após o seu descobrimento, exigindo-lhe que os corrija ou faça nova obra, consoante os defeitos sejam ou não corrigíveis (artigos 1208º, 1218º, 1220º e 1221º do Código Civil). Se o dono da obra, conhecendo os defeitos, a aceitou sem reservas, o empreiteiro não responde pelos defeitos, presumindo-se conhecidos os que forem aparentes (artigo 1219º do Código Civil).

¹²⁴ - PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, op. cit. "Código Civil ...", 2ª Ed., p.703: “essencial para que haja empreitada é que o contrato tenha por objeto a realização de uma obra (...) e não um serviço pessoal. Se se tratar de um serviço pessoal, o contrato continua a ser de prestação de serviço, como a empreitada, mas não é um contrato de empreitada”.

¹²⁵ - Salva a exceção prevista no art. 29º do Decreto Lei nº 12/2004 de 09 de janeiro: “os contratos de empreitada e subempreitada de obra particular cujo valor ultrapasse 10% do limite fixado para a classe 1 são obrigatoriamente reduzidos a escrito (...)”.

¹²⁶ - JOÃO CURA MARIANO, in “Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra”, p. 36: “esta visão despersonalizada da prestação do empreiteiro determinou que o contrato de empreitada não se extinga por morte ou incapacidade deste (...) (artigo 1230º do Código Civil), e que só seja necessária autorização do dono da obra para o empreiteiro subcontratar a sua prestação, nos casos excecionais (...) (artigo 1213º, nº 1 e 264º do Código Civil)”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Não sendo eliminados os defeitos (vícios ou desconformidades^{ciV}) ou feita nova obra, o dono da obra tem o direito de exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada para o fim a que se destina¹²⁷ (artigo 1222º do Código Civil).

Para qualquer uma das soluções legalmente previstas e cumulativas com elas, tem o dono da obra direito a exigir ao empreiteiro o pagamento de uma indemnização pelos eventuais prejuízos que a sua conduta lhe possa ter causado (artigo 1223º do Código Civil).

Sem prejuízo da caducidade prevista no artigo 1220º, o direito do dono da obra a exigir a eliminação dos defeitos, realização de nova obra, redução do preço, resolução do contrato e indemnização, caduca se não for exercido dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da sua aceitação com reserva. Se os defeitos eram desconhecidos do dono da obra e este a aceitou, o prazo de caducidade conta a partir da denúncia. Porém, qualquer um destes direitos deixa de poder ser exercido decorridos que sejam dois anos sobre a entrega da obra (artigo 1224º do Código Civil).

Conforme resulta do regime acima exposto, o legislador fez recair sobre o dono da obra o ónus da denúncia dos defeitos em prazos curtos após o seu conhecimento, sob pena de caducidade de todos os direitos que lhe assistam em consequência desse cumprimento defeituoso.

Termino relevando a doutrina e jurisprudência que defendem que a não eliminação dos defeitos ou a não repetição da prestação pelo empreiteiro não confere ao dono da obra o direito a, por si ou por intermédio de terceiro, num ato de autotutela, eliminar os defeitos ou reconstruir a obra, reclamando, posteriormente, daquele, o pagamento das despesas efetuadas com esse trabalho ou exigindo-lhe antecipadamente o adiantamento dessa quantia¹²⁸.

Feito esta rápida visitação pelas linhas essenciais identificadoras e modeladoras do contrato de empreitada, pode-se concluir que a “obra” é o elemento determinante na identificação dos limites deste contrato, na relação de proximidade que mantém com outros.

A “obra” deve traduzir-se “no resultado de alteração física de coisa corpórea”^{cv}. Sendo a “obra” um resultado, a empreitada visaria atingir esse resultado. “O resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem só tem a natureza de uma obra se obedecer aos seguintes requisitos cumulativos: materializar-se o resultado numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação; ser o resultado específico e discreto (isto é, separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem

¹²⁷ - **JOÃO CURA MARIANO**, op. cit. “A responsabilidade ...”, p.110: “o direito de resolução, com fundamento no cumprimento defeituoso, tem natureza subsidiária, podendo apenas ser exercido quando o defeito não foi eliminado, nem realizada nova construção, e é alternativo relativamente ao direito de redução do preço, mas restrito aos casos em que «os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina»”.

¹²⁸ - **PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA**, in “Código Civil Anotado”, II, p. 896: “pode considerar-se seguro, no nosso direito, que este artigo (1221º) não confere ao dono da obra o direito de, por si ou por intermédio de terceiro, eliminar os defeitos ou reconstruir a obra à custa do empreiteiro”; **JOÃO CURA MARIANO**, op. cit. “Responsabilidade contratual do ...”, p. 122/123: “tendo os direitos de eliminação dos defeitos e de realização de nova construção sido estabelecidos no interesse de ambas as partes, não pode o dono da obra, em regra, obviar ao cumprimento das respetivas obrigações pelo empreiteiro, efetuando-as ele próprio ou contratando terceiros para esse efeito, sem primeiro dar essa oportunidade ao empreiteiro. Se o fizer, perderá a possibilidade de exercer qualquer direito de reação à existência do defeito eliminado por si, ou por terceiro, uma vez que se deve considerar extinta a obrigação do empreiteiro de reparação dos defeitos, uma vez que o dono da obra, com o seu comportamento, impossibilitou o seu cumprimento (artigo 791º)”. Vide jurisprudência citada por este autor naquela sua obra, p.120.

O Ato Médico é uma empreitada?

realiza a atividade ou no interesse de outrem); conceber-se o resultado em conformidade com um projeto entregue ou aprovado pelo beneficiário. Sendo que os dois primeiros requisitos permitem distinguir a “obra” de outros resultados de prestação de serviço. O terceiro requisito permite distinguir a empreitada da compra e venda”^{cví}.

Da pesquisa feita nas bases de dados de jurisprudência portuguesa sobre a temática da qualificação como de empreitada do contrato celebrado entre o Médico e o Cliente, apenas descobrimos um Acórdão, do Tribunal da Relação do Porto, onde se discutia a responsabilidade civil médica de um médico dentista, numa situação de tratamento dentário, tendo ali sido decidido aplicar à situação *sub judicio* o regime do contrato de empreitada, afirmando-se que o cumprimento defeituoso se traduz numa forma de violação da obrigação (violação contratual positiva), podendo o credor exigir do devedor que corrija ou substitua a prestação defeituosa dentro do prazo razoável que para o efeito lhe fixar, sob pena de considerar a obrigação como definitivamente não cumprida^{cvii}.

Capítulo Quarto

4.1 – O *aggiornamento dialético*

Feito que foi o percurso pelos conceitos envolvidos na resolução do *thema decidendum*, impõe-se que se opere uma fixação concetual das teses em confronto, tendo em vista a obtenção do *aggiornamento* dialético necessário à prossecução do trabalho.

4.1.1 – A tese

A Medicina moderna revela-se na sua faceta diagnóstica, terapêutica, farmacológica, cirúrgica, estética, hormonal, laboral, ligada aos seguros, às práticas desportivas, de procriação assistida, de transexualismo, de esterilização, de transplantação, experimentação, caminhando já para a terapia genética, discutindo-se mesmo se aí se deverá inserir ao ato da eutanásia. Em qualquer uma destas vertentes encontraremos sempre presentes ou a função preventiva, ou a curativa ou a paliativa que caracterizam o "Ato Médico", que é muito mais do que o conjunto dos simples atos mecânicos que, incorporando, o exteriorizam. Também, subjetivamente, não o identifica o simples facto dele ser praticado por um licenciado em Medicina que se encontre inscrito na Ordem dos Médicos.

Para a Medicina, a Saúde é um fator essencial da vida humana, um valor base que supera todos os outros ao longo da existência de cada indivíduo. Partindo desta premissa, e visando a tutela da liberdade, da vida ou da integridade físico-psíquica, o Direito pretende regular a prática do “Ato Médico” executado na relação Médico/Cliente, quando com ele se vise alcançar o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias deste último. A sua regulação integra, por isso, a matriz estruturante da nossa ordem jurídica: o direito de personalidade de todos e de cada um dos seres humanos que, pelos mais variados motivos ligados com a sua saúde (preventiva, curativa ou paliativa), tem de recorrer aos serviços de um Médico.

É neste contexto que se tem de interpretar a relação do Médico/Cliente, que, para além de ser uma relação complexa, uma tecedura formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam e modificam tendo em vista o “fim do contrato”, é também uma relação de índole pessoalíssima em que a confiança entre as partes é absolutamente essencial. É, exatamente por tudo isto, que o contrato que o Médico celebra com o seu

O Ato Médico é uma empreitada?

Cliente é de natureza *intuitu personae*, devendo a atuação daquele dirigir-se num único sentido, o da salvaguarda da vontade deste, dos seus interesses, tendo em vista a sua cura, a melhoria do estado de saúde ou a atenuação do sofrimento. Por que assim é, o Direito regulador dessa relação é configurado como pessoalmente personalizado, que consiste no direito a uma personalidade no seu todo, abrangendo todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da pessoa-ser-em-devir, entidade-não-estática-mas-dinâmica, pelo que, designadamente, a liberdade do Cliente fazer extinguir o contrato e mudar de Médico, e a obrigação deste consentir nisso, é o elemento identificador/delimitador deste contrato.

Num segundo segmento de análise releva-se a constatação de que, apesar de o desenvolvimento médico ser responsável pela resolução eficaz de vários problemas, não deixa, contudo, de ocultar incertezas ou até de criar novas áreas de incerteza através da sua ação. À objetiva incerteza da eficiência das terapias médicas acresce a aleatoriedade inerente à individualidade do organismo do concreto Cliente que pode ser mais reativo ou reativo a essas terapias: a incerteza é uma dimensão constitutiva da Medicina.

Depois, a intervenção médica decorre em razão de fatores endógenos ou exógenos que afetam o Cliente, os quais poderiam, por si só, ser causa do dano, não fora aquela intervenção clínica. Pelo que, logo após essa intervenção, àquela causalidade incorpora-se a resultante do “Ato Médico”, o que dificulta ou impede mesmo, a tarefa de, clinicamente, destrinçar a eficácia de cada uma delas na produção do dano verificado, sendo que, relativamente aos resultados obtidos nos testes auxiliares de diagnóstico, pelo menos 5% apresentar-se-ão positivo (anormal), quando não há doença alguma (falsos positivos).

Termina-se afirmando que o Médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um Cliente obriga-se, por esse facto, a prestar-lhe os melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correção e delicadeza no cumprimento da *leges artis* e no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida no pleno respeito pela dignidade do Ser humano.

4.1.2 – A antítese

A saúde transformou-se num bem valioso, transacionado no mercado, que promete uma vida mais longa a quem estiver disposto a vincular-se ao complexo médico-industrial. A esta luz, a atividade médica assume-se, hoje, como uma atividade económica dirigida à obtenção de lucros, assim surgindo uma nova economia política da saúde com a emergência de novas formas de biocapital ligadas ao encontro entre as biotecnologias, o capital de risco e as grandes empresas farmacêuticas, cujas estruturas transformam os Médicos e outros profissionais da saúde em acionistas ou assalariados, cada vez mais afastados da conceção tradicional da Medicina liberal e da sua deontologia.

Este fenómeno desencadeou uma massificação na prestação de cuidados médicos, causadora de profundas mudanças qualitativas na relação Médico/Cliente, designadamente à rutura da ancestral relação de fidúcia (quase afetiva) que caracterizava a relação entre ambos.

Para além disso, defende-se que há obrigações assumidas pelo Médico que, atento o elevado grau de certeza, sem riscos, na consecução do fim pretendido, bem assim porque esse fim resulta da lei ou da vontade das partes, configuram obrigações de resultado: a alteração física de coisa corpórea tendo em vista atingir o

O Ato Médico é uma empreitada?

resultado previsto. No contrato de empreitada o que importa, sobretudo, é o resultado final da atividade desenvolvida nesse sentido, pelo que a pessoa do seu executante, em regra, é indiferente para o cumprimento da prestação acordada, podendo-se dizer que, em princípio, a prestação do empreiteiro é fungível.

O resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem só tem a natureza de uma obra se se materializar numa coisa concreta, suscetível de entrega e de aceitação; se o resultado for passível de separação em relação ao processo produtivo e a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a atividade ou no de outrem; se for concebido em conformidade com a encomenda, caderno de encargos ou plano entregue ou aprovado pelo beneficiário.

A doutrina e jurisprudência pátria defendem que a não eliminação dos defeitos ou a não repetição da prestação pelo empreiteiro não confere ao dono da obra o direito a, por si ou por intermédio de terceiro, num ato de autotutela, superar os defeitos ou reconstruir a obra, reclamando, posteriormente, daquele o pagamento das despesas efetuadas com esse trabalho ou exigindo-lhe antecipadamente o adiantamento dessa quantia.

4.1.3 – A subsunção dos factos ao(s) Direito(s)

De acordo com a doutrina referida no início deste trabalho, os “Atos Médicos” passíveis de ser subsumidos, total ou parcialmente, ao contrato de empreitada, se, e na medida em que com este houvesse suficiente analogia, seriam aqueles em que, nessa atividade Médica, estivéssemos perante obrigações de resultado, designadamente, os relacionados com a realização de análises clínicas e exames radiológicos (testes de diagnóstico¹²⁹), tratamentos dentários, fornecimento e colocação de próteses dentárias.

Será que à luz das posições acima enunciadas a realização destes tipos de “Atos Médicos”, os transformam numa empreitada?

Parece-nos evidente que, para a posição vertida na “tese”, os *topois* oferecidos não se incluem na narrativa ali defendida. A regulamentação da relação Médico/Cliente, quando aquele pratica os referidos “Atos Médicos”, ou quaisquer outros, não o integra no regime da empreitada.

Já, porém, relativamente à posição defendida na “antítese”, nos exemplos dados pela doutrina, a relação Médico/Cliente seria passível de ser regulamentada pelo regime do contrato de empreitada. Pelo que, tal como foi defendido pelo Acórdão da Relação do Porto acima referido, o direito do Cliente era o de, denunciado o defeito ou desconformidade, e cumpridos os prazos, exigir do médico inadimplente o cumprimento da obrigação, sob pena de resolução do contrato.

¹²⁹ - ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, "Princípios de Seleção e uso de Testes de Diagnóstico: Propriedades intrínsecas dos testes", in Revista Portuguesa de Cardiologia, 2001, 20 (12), p. 1268: "os testes de diagnóstico podem ser utilizados nos seguintes contextos: 1 – No despiste de doenças, isto é, na identificação dos seus fatores de risco específicos (...) ou na deteção precoce de doença (...); 2 – No processo de diagnóstico, que define a presença ou a ausência de doença, quer na fase inicial dos sintomas e sinais clínicos, quer como base do estabelecimento de um diagnóstico diferencial, quer ainda no seu estadiamento; 3 – no tratamento global do doente, incluindo a avaliação da gravidade da doença, o estabelecimento do seu prognóstico, a monitorização da evolução clínica, a deteção de recorrência, assim como a seleção, dosagem e ajustamento da terapêutica medicamentosa"; "as características úteis de um teste de diagnóstico incluem vários fatores, dos quais salientamos os seguintes: 1 – descrição detalhada da metodologia do teste, para que este possa ser usado de maneira exata e precisa; 2 – definição cuidadosa da exatidão e da precisão do teste; 3 – determinação rigorosa dos respetivos valores de referência; 4 – definição detalhada das características intrínsecas do teste (...); 5 – indicação da contribuição individual do teste no processo de diagnóstico, se este for incluindo num painel geral para a determinação da patologia".

Capítulo Quinto

5.1 - Da síntese a caminho das conclusões

5.1.1 – A Síntese

Impõe-se, pois, que façamos a síntese.

Chamemos à colação as conclusões prévias a que acima fomos chegando.

O conceito de Saúde, na perspectiva da atividade médica, relevante para o Direito, engloba as atividades que visam a prevenção da doença, a prestação de cuidados destinados ao tratamento ou à reabilitação da pessoa, com o objetivo de alcançar o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias, bem como a dignificação/humanização do fim da vida.

O “Ato Médico” é constituído pela atividade médica de diagnóstico, prognóstico e prescrição, e execução de medidas terapêuticas, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades, em conformidade com a Ética e a Deontologia Médicas.

Aos Clientes (Doentes) são reconhecidos direitos vários, de entre os quais se evidenciam o da liberdade de escolher o Médico e o de, a todo o tempo, poder mudar de Médico.

A relação Médico/Cliente encontra-se suportada por um contrato marcadamente pessoal, sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada, consensual.

A empreitada visa a realização de uma obra que deve traduzir-se no resultado de alteração física de coisa corpórea, obedecendo aos seguintes requisitos cumulativos: materialização do resultado numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação; ser o resultado específico e discreto; a conceção do resultado terá de estar em conformidade com um projeto entregue ou aprovado pelo beneficiário.

A relação Empreiteiro/Dono da obra encontra-se suportada por um contrato que é sinalagmático, oneroso, comutativo de execução continuada, consensual.

Dito isto, a diferença existente entre os contratos que regulamentam estas duas situações de facto está na particularidade de aquele ser marcadamente pessoal e este não o ser.

Depois, o regime jurídico do contrato de empreitada *versus* o Código Deontológico da Ordem dos Médicos é o de uma norma geral em relação a uma especial, o que leva a que a interpretação/aplicação dessas normas a concretas situações de facto integradas na prática de “Atos Médicos” se tenha de fazer de acordo com o princípio de “*lex specialis derogat legi generali*”. Logo, quando hermenêuticamente conflitantes, dever-se-ão aplicar as normas ínsitas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos em detrimento das do contrato de empreitada, o que poderá levar ao desvirtuamento da matriz fundadora deste instituto.

Isto posto, e retomando as situações de facto relativamente às quais a doutrina admite subsumir o “Ato Médico” ao contrato de empreitada, para se fabricar/fornecer uma prótese odontológica há um trabalho prévio do Médico com o Cliente no sentido de avaliar clinicamente a viabilidade da aplicação da mesma neste, atenta a sua anatomia e a patologia que apresenta, em conformidade se decidindo o tipo de prótese a aplicar e o material a usar na sua construção. Este trabalho é executado por um Médico, integrando a execução de

O Ato Médico é uma empreitada?

uma medida terapêutica que tem em vista a reabilitação da saúde do seu Cliente. Cumpra o Médico o seu Código Deontológico na execução de esse serviço que presta, e nada haverá que dizer quanto à sua qualificação como “Ato Médico”.

Só que nada há no quadro factual que suporta esta relação que o Médico estabelece com o seu Cliente que, mesmo analogicamente, o integre no regime jurídico do contrato de empreitada. Na verdade, não temos aqui uma qualquer “obra”, já que não se verifica qualquer alteração física de coisa corpórea. Estamos, apenas, perante uma prestação de um serviço médico.

Continuando, há, agora, que fazer a prótese.

Independentemente das técnicas, materiais e equipamentos a serem usados na feitura da mesma, esse serviço pode ser efetuado por um médico dentista, como também por um protésico, que é, exatamente, o técnico que fabrica e repara esse tipo de material. Seja quem for a fazer a prótese, o Cliente apenas estará ligado ao executante da mesma se com ele acordou a realização desse trabalho, o que, convenhamos, não acontecerá na generalidade dos casos, onde o Cliente apenas está contratualmente relacionado com o Médico Dentista que lhe sugere a aplicação da prótese como sendo a solução terapêutica adequada para o seu quadro clínico, e que ele aceita. É este Médico que, depois, diretamente encomenda a prótese ao protésico. Quando as coisas ocorreram desta forma, a haver um “empreiteiro”, ele será aquele que irá fazer a prótese, sendo o “dono da obra” o Médico que a encomendou. Contudo, essa relação entre o Médico e o protésico “não são contas deste rosário”, já que não é sobre ela que este trabalho se debruça. Obtida a prótese, o negócio que, depois, irá suportar a transferência da propriedade da mesma do Médico para o Cliente será, o da compra e venda, logo, fora do campo de análise deste trabalho.

Sem conceder, até se pode aceitar que fazer uma prótese é realizar uma “obra”, mas mesmo que esse trabalho seja feito por um Médico, designadamente por aquele a quem o Cliente recorreu, a fabricação da mesma não é um “Ato Médico”. É que, na execução dessa obra o Médico não executa um diagnóstico, um prognóstico, nem uma medida terapêutica, já que, para tanto, lhe falta aquele momento particular que é o da sua aplicação no Cliente.

Releva-se aqui ainda a circunstância de, embora não sendo o Cliente quem fixa as características da prótese a ser feita (modelo, material, técnica a usar, cor, etc.), mas antes o Médico, ele terá de as aprovar. É que, se assim não for, isto é, se for o Cliente a definir as características da prótese, o Médico poderá estar a violar o seu Código Deontológico, que obriga a que seja ele quem deva tomar esse tipo de decisões, com independência, sem interferência externa, as quais deverão ser apenas ditadas pela ciência e pela sua consciência. Ora, se o Médico agir em desconformidade com o Código Deontológico da sua profissão, poderá essa sua atuação, exatamente por causa disso, não se enquadrar concetualmente no “Ato Médico”, o que a retiraria do âmbito deste trabalho. Apesar disso, não era por causa dessa particular desconformidade do comportamento do Médico com a Deontologia e Ética Médicas que transformariam esse serviço por ele prestado numa empreitada, uma vez que, *mutatis mutandis*, se aplicaria aqui tudo quanto atrás já se deixou dito, e abaixo se irá referir, sobre a inaplicabilidade do regime legal do alegado contrato a este quadro factual.

O Ato Médico é uma empreitada?

Após a prótese feita e fornecida, há o trabalho de a aplicar no Cliente¹³⁰.

Tal como acontece na fase preliminar, também aqui o serviço prestado pelo Médico se deve considerar como integrando um “Ato Médico”. Essa aplicação obedece a técnicas variadas, consoante o tipo de prótese, o material usado, a anatomia e a patologia do Cliente, podendo ser mais ou menos invasiva.

A prótese será sempre um elemento estranho que se aplica no corpo humano. Porque assim é, não se pode, aprioristicamente, ter a certeza da forma como aquele concreto corpo reagirá no curto, médio e longo prazo (tenhamos como exemplo a amálgama usada na obturação de cáries dentárias – vulgo “chumbo” – à data sem qualquer contraindicação e hoje passível de grandes discussões médicas sobre eventuais efeitos secundários negativos para a saúde^{cvi}). Aliás, algumas das técnicas implicarão a realização de intervenções cirúrgicas, partilhando-se neste trabalho a posição daqueles que entendem que aqui a álea existente é bastante para se qualificar a obrigação assumida pelo Médico como de meios e não de resultados (mesmo nas cirurgias estéticas assim seria). O Médico até pode saber que, estatisticamente, em situações semelhantes àquelas em que está a trabalhar as probabilidades de inêxito são nulas ou quase nulas, mas a álea estará sempre presente, o que faria desconsiderar a obrigação que assumia, descaracterizando-a como de resultado e qualificando-a como de meios.

Imaginemos, agora, que a prótese foi feita e aplicada pelo Médico Dentista que viu o Cliente, lha prescreveu e fabricou, de acordo com as características por ele fixadas, para as quais este lhe deu o seu consentimento, mas após a aplicação vêm-se a verificar situações anómalas no corpo e na saúde do Cliente relacionadas com a aludida prótese. Esta ocorrência poderá ter a sua origem na ideação, construção ou aplicação da prótese, ou na sua má utilização.

Admitamos que a origem desse quadro patológico era imputável àquele Médico Dentista que, designadamente porque idealizou, fabricou e aplicou no Cliente uma prótese que, por causa da sua forma e/ou material usado, ou da patologia e/ou anatomia deste, acabou por originar uma reação orgânica adversa à mesma. Como se retira que esse ato de colocar a prótese é uma empreitada?

Como já se deixou dito, a obrigação advinda da colocação da prótese integraria concetualmente o núcleo das obrigações de meios, enquanto a obrigação subjacente ao contrato de empreitada é de resultado. Depois, para que se pudesse aceitar que a colocação de uma prótese poderia ser uma empreitada, isso implicaria que a “obra” fosse, não a prótese propriamente dita, mas antes o concreto corpo humano alterado com a sua aplicação. Isto é, a “obra” seria o corpo humano, esse complexo existencial e equilibrado composto do corpo e da mente. Essa realidade onde ontologicamente radica a matriz dos direitos humanos aceites pela cultura judaico-cristã em que nos inserimos, começando, desde logo, pelo direito de personalidade, nas vertentes de direito à liberdade, à vida e à integridade psicofísica.

¹³⁰ - RUTE TEIXEIRA PEDRO, na op. cit. “A responsabilidade ...”, p. 100: “é necessário fazer a distinção entre a atividade de elaboração da prótese e a atividade da aplicação da mesma no organismo do paciente. No que concerne à primeira, o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adegue à anatomia do concreto doente, de acordo com as regras técnicas precisas, assumindo uma obrigação de resultado. No que respeita à segunda, na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de fatores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como obrigação de meios”.

O Ato Médico é uma empreitada?

Depois, aceitar que tais “Atos Médicos” poderiam ficar subordinados ao regime de empreitada, tal implicaria uma redução da Medicina à prática de meros *actus mechanici*, assim se afrontando, diretamente, um lastro milenar de ética e de deontologia médicas, verdadeiros imperativos categóricos no que concerne à densificação da profissão Médica e da relação Médico/Cliente, mormente impondo a este a obrigação de manter o Médico que cumpriu defeituosamente a obrigação e de ter de se sujeitar a ser ele a reparar o defeito ou desconformidade verificado na “obra”, ou a fazer obra nova, substitutiva da mal realizada, e impondo-lhe regime mais severo (caducidade) e prazos muito mais curtos (máximo de 2 anos)¹³¹ dos que se aplicariam nas demais situações enquadráveis na responsabilidade contratual e extracontratual (prescrição e, respetivamente, 3 ou 20 anos).

Ora, salvo o devido respeito por opinião contrária, os motivos acima invocados são bastantes para expurgar o regime do contrato de empreitada da relação Médico/Cliente, por manifestamente ofensiva da dignidade de vida ao Homem e à Medicina.

Relativamente aos tratamentos dentários repetem-se os argumentos acima aduzidos, quer quanto à sua qualificação como "Ato Médico", bem como quanto à inaplicabilidade do regime jurídico do contrato de empreitada à relação contratual estabelecida entre o Médico e o Cliente, com a particularidade de que aqui nada há, sequer, que se possa qualificar como "obra".

Se obturar um dente se considerasse uma "obra", então, também aqui era o corpo humano que seria reduzido à “mera” qualidade de coisa corpórea, objeto de alteração física. Depois, não se verificaria nestas situações pelo menos um dos requisitos cumulativos, sintetizados pela doutrina, porquanto o resultado (o dente obturado) não se materializaria numa coisa concreta, suscetível de entrega e de aceitação, já que integrará o corpo do Cliente que acorreu aos serviços clínicos daquele Médico Dentista, e assim continuará a ser após a intervenção médica. A única diferença é que antes era um dente cariado e depois deixou de o ser, passando a ser um dente tratado. Só que a "massa" utilizada para esse fim não é uma "obra", mas antes o meio terapêutico usado para debelar aquela patologia.

E se o "Ato Médico" for o de extração de um dente? Aqui haverá um resultado, o dente extraído, que é suscetível de ser entregue ao Cliente. Acontece que a empreitada obriga a um "*plus*" de valor na esfera jurídica do "dono da obra (a construção da casa; a reparação do carro; a escrita do livro, etc.) e o dente extraído não tem essas características, antes pelo contrário, será um "*minus*" no corpo do Cliente. O "*plus*" ocorre ao nível da saúde do Cliente, que se opera através de uma intervenção cirúrgica, pelo que também aqui se aplica o que antes já se deixou dito quanto à questão das intervenções cirúrgicas e da sua qualificação como obrigações de meios, bem como relativamente à coisificação do corpo humano, na vertente da sua saúde, logo, pela inaplicabilidade do regime do contrato de empreitada a este tipo de "Atos Médicos".

¹³¹ - Para quem defenda a aplicabilidade do regime da Lei de Defesa dos Consumidores à situação de facto em análise, então, caso se viessem a verificar desconformidades entre a "obra" encomendada e a realizada no prazo de 2 anos contados da data da sua entrega (prazo de garantia: art. 5º), o Cliente/consumidor teria o direito de exigir que o Médico/produtor, no prazo máximo de 30 dias contados da denúncia da desconformidade, repusesse sem encargos a situação anómala, por meio da sua reparação ou da substituição, da redução adequada do preço ou da resolução do contrato (artigo 4º). Para tanto, e sob pena de caducidade, o Cliente teria de denunciar ao Médico a aludida desconformidade, no prazo de 2 meses contados da data em que a mesma tivesse sido detetada, e teria de exigir o cumprimento de uma das soluções que a lei lhe confere no prazo de 2 anos contados da data da denúncia (artigo 5ºA).

O Ato Médico é uma empreitada?

Abordemos agora a questão da aplicação do regime de empreitada à relação estabelecida entre o Médico e o Cliente em razão da realização de análises clínicas ou de exames radiológicos.

Aqui o Médico está a praticar "Atos Médicos", já que esses serviços são enquadráveis na atividade médica de diagnóstico, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades. Execute ele essa sua função cumprindo o Código Deontológico da sua profissão. A questão é, pois, a da subsunção da relação que o Médico estabelece com o seu Cliente, quando executa esses serviços clínicos, ao regime do contrato de empreitada. Quanto aos sujeitos, temos um Médico e um Cliente. Para sabermos se ao Médico poderemos qualificar como empreiteiro e ao Cliente como dono da obra, temos de saber, essencialmente, três coisas: se as radiografias ou as análises clínicas ou laboratoriais são uma "obra"; se a realização desses exames complementares de diagnóstico implicam uma obrigação de resultado¹³² ou de meios; se é ou não pessoal a relação que se estabelece entre o Médico e o seu Cliente.

Relativamente à primeira questão, os meios complementares de diagnóstico corporizavam-se, num determinado momento, em algo coisificável, que consubstancia num resultado específico e discreto, fruto de uma alteração física de coisa corpórea, em conformidade com um projeto aprovado pelo Cliente, sendo suscetíveis de ser entregues e de ser aceites. Isto é, podê-los-emos qualificar como "obra".

Para respondermos à segunda questão temos de ter presente que atualmente há uma enorme diversidade de análises clínicas ou laboratoriais e de exames imagiológicos postas ao serviço da Medicina, nos quais são usados as mais variadas tecnologias na recolha de amostras biológicas e na obtenção de imagens, de processos analíticos e de obtenção das imagens, e de suportes na concretização dos mesmos. Exatamente por causa disso, neste âmbito haverá análises laboratoriais e exames imagiológicos onde a álea da exatidão dos resultados ainda é um elemento determinante¹³³, levando a que as obrigações assumidas pelos Médicos seriam de meios, afastando-se, assim, do regime da empreitada. Exemplo o que acabamos de referir poderemos encontra-lo a nível dos exames complementares de diagnóstico relacionados com algumas patologias, cujos resultados poderão implicar intervenções cirúrgicas irreversivelmente ablativas ou a omissão de intervenções cirúrgicas e/ou de outro tipo de tratamentos médicos, de consequências nefandas para o Cliente, pelo que a *leges artis* obriga à repetições dos mesmos, tendo em vista despistar eventuais "falsos positivos"^{134,135} ou "falsos negativos".

¹³² - RUTE TEIXEIRA PEDRO, na op. cit. "*A responsabilidade ...*", p. 101/102: "*no que tange à realização de exames físicos ou biológicos (...), sempre que as regras a observar e procedimentos a seguir, sejam dotados de elevado grau de certeza que caracteriza o saber das ciências exatas – e portanto, a respetiva execução e obtenção da informação pretendida sejam isentas de qualquer margem de álea –, o profissional assumirá uma obrigação de resultado*".

¹³³ - ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit. "*Princípios de seleção ...*", p. 1268: "*um teste para ser útil deve ser preciso e exato. A precisão de um teste define-se como a reprodutibilidade dos valores obtidos em medições sucessivas da mesma amostra. A exatidão de um teste é o grau de diferença entre o valor verdadeiro e o valor obtido no teste*".

¹³⁴ - ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit. "*Princípios de seleção ...*", p. 1269: "*habitualmente, e por definição, o valor de um teste é considerado normal quando foi encontrado em 95% de sujeitos saudáveis. (...) Isto quer dizer que, (...), 5% de pacientes apresentarão um teste positivo (anormal) mas que não corresponde a nenhuma doença. Esta definição de normalidade implica que, quando se requisita um determinado teste – não importa qual – a probabilidade de se obter um resultado anormal é de 5%. Este resultado é um falso positivo, já que não corresponde a nenhuma doença*".

¹³⁵ - ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit. "*Princípios de seleção ...*", p. 1270: "*quais são as definições destas características dos testes? I – A Sensibilidade: define-se como a percentagem de doentes que apresenta um resultado positivo num teste. Se todos os doentes portadores de uma determinada doença apresentarem resultados anormais (positivos), esse teste tem uma sensibilidade*

O Ato Médico é uma empreitada?

Em qualquer um destes tipos de exames complementares de diagnóstico a relação que o Cliente estabelece com o Médico é pessoal, logo, não só o Código Deontológico da Ordem dos Médicos como os direitos que àquele legalmente são reconhecidos não são compatíveis com o regime legal do contrato de empreitada.

Relativamente a qualquer outra situação onde se possa detetar a existência de uma suficiente analogia com o contrato de empreitada, a solução dever-se-á encontrar através da resposta às três questões acima referidas, sendo que, seja qual for a resposta que se der às duas primeiras, a que se impõe à última leva, inelutavelmente, ao repúdio da qualificação como de empreitada do "Ato Médico".

5.1.2 - Conclusão

Importa, numa síntese conclusiva, ensaiar uma tomada de posição sobre o problema em questão neste trabalho, tanto na sua dimensão teórica-doutrinal, como na perspectiva pragmática, diretamente debruçada sobre as constelações fáticas segredadas pela vida real.

Ao longo desta viagem navegou-se em mar calmo, mas esta nau também foi fustigada por forte ondulação. O bom tempo foi temperado com tempestade, e vice-versa. Naveguei à vista, mas também me afoitei no mar alto. Escolhi os percursos que entendi serem os mais adequados após análise das cartas de navegação e dos instrumentos de localização e de orientação.

Cheguei, enfim, ao “Cabo das Tormentas”, pois que aqui confluem ventos e correntes marítimas vindas dos mais variados quadrantes: eles são os oriundos da visão que os Clientes têm sobre esta problemática, mais os provenientes do olhar próprio dos Médicos, a que se somam os da visão que a sociologia tem sobre tudo isto e os da perspectiva da antropologia a que se deve acrescentar os da filosofia.

Para a sociologia, tal como a atividade profissional de um padre, de um/a advogado/a e de um/a prostituta/o, têm linhas de atuação que as atravessam transversalmente, tornando-as “semelhantes” (por exemplo, em todas elas os seus profissionais prestam serviços a clientes, cobram-se por esses serviços que prestam e obrigam-se a segredo profissional), também facilmente chegaremos a conclusão idêntica no que respeita ao exercício do

de 100% (baixa percentagem de falsos negativos); **2 -A Especificidade:** define-se como a percentagem de saudáveis que apresenta um resultado negativo num teste. Se todos os pacientes saudáveis apresentarem um resultado negativo num teste, este tem uma especificidade de 100% (baixa percentagem de falsos positivos); **3 – O Valor Preditivo Positivo:** define-se como a probabilidade que o resultado positivo de um teste signifique presença de doença. Um teste com este valor elevado permite, no caso de o resultado ser anormal, fundamentar razoavelmente o diagnóstico; **4 – O Valor Preditivo Negativo:** define-se como a probabilidade que um resultado negativo de um teste signifique a ausência de doença. Um teste com um este valor elevado permite, no caso de o resultado ser normal, eliminar razoavelmente o diagnóstico. (...) Os valores da sensibilidade e da especificidade de um teste dependem de duas ordens de fatores: **1 – Do nível previamente definido a partir do qual se considera que um resultado é positivo (anormal) (...);** **2 – Da prevalência (ou probabilidade pré-teste) da doença na população em que o teste foi estudado;** p. 1271: “diferentes pontos em que se coloca o limite de sim/não na definição de doença (cut-off points) resultarão necessariamente em diversas sensibilidades e especificidades do teste em estudo. Se se projetar um gráfico em que o eixo das ordenadas representa a sensibilidade (ou taxa de verdadeiros positivos) de um teste para diversos pontos de decisão e o eixo das abcissas a taxa de falsos positivos (o inverso da especificidade) obtém-se uma **curva ROC** (Receiver Operating Characteristic). Uma curva ROC demonstra (...) o balanço entre o índice de verdadeiros positivos e o índice de falsos positivos de um qualquer teste”; p. 1272: **Likelihood Ratios** (LR) (taxas de verosimilhança): “o LR define-se como a relação entre a probabilidade de um dado resultado na população com a doença alvo e a probabilidade desse mesmo resultado entre não doentes. (...). O conceito de likelihood ratio reconhece o facto de que, na prática clínica, diferentes doentes apresentam diferentes probabilidades de terem uma determinada doença (...). Deste modo, o uso e aplicação de um teste deverá ser encarado como uma maneira de aumentar ou diminuir a estimativa probabilística do doente em causa apresentar a doença alvo (...) o teste ajuda a transformar a probabilidade pré-teste da doença numa outra (e nova) probabilidade pós-teste, cuja magnitude e sentido de variação é determinado pelos likelihood ratios do teste”. No mesmo sentido, veja-se SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit. "Testes diagnósticos ...", p. 1193.

O Ato Médico é uma empreitada?

múnus de um empreiteiro e de um médico: ambos prestam serviços a clientes (uma vez que a empreitada é uma das modalidades do contrato de prestação de serviços) e cobram-se por isso.

Assim, apriorístico-empiricamente poderíamos ser levados a aceitar que houvesse “Atos Médicos” que fossem empreitadas. Aliás, haveria, até, comportamentos que ocorrem no desenrolar de algumas das atividades médicas que se poderão considerar integrados no instituto da empreitada.

FERNANDO PESSOA, num dois seus mais belos poemas, escreveu, *"Ó tocadora de harpa, se eu beijasse / Teu gesto sem beijar tuas mãos!"*. Também assim ao jurista cabe a exaltante função de fazer a síntese de todos “aqueles olhares”, de modo a deles retirar o menor divisor comum que a todos una, partindo do axioma de que “o Direito Médico numa sociedade pluralista e laica não deve embalar no discurso de aproximação do direito à moral vigente ou de determinado jurista”^{cix}.

Apesar disso, a opção, seja qual for, que venha a tomar – e já se adivinha qual ela seja -, resultará, sempre, da interpretação que faço dos princípios, e essa valoração axiológica estará permanentemente dependente das circunstâncias que me envolvem, logo, é ideológico-valorativa.

Tal como diz o canta-autor JORGE PALMA, *“Enquanto houver ventos e mar/ A gente não vai parar”*, dobremos, pois, o “Cabo das Tormentas”, de modo a podermos transformá-lo em “Boa Esperança”, por nos permitir chegar às águas que queremos de mar chão, para aportarmos no porto seguro das conclusões.

Dito isto, e atento tudo quanto acima deixei explanado, respondo à questão que dá título a esta minha dissertação, afirmo que, no atual quadro legal e valoração ético-deontológica, **o “Ato Médico” não é um contrato de empreitada.**

Notas de Fim

-
- ⁱ - ANNA URSULA DREHER, in “*Foundations for Conceptual Research in Psychoanalysis*”, London, Karnac (2000).
- ⁱⁱ - CASTANHEIRA NEVES, “*O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, 139, p. 211. No mesmo sentido, ver, do mesmo autor, “*O Direito como Alternativa Humana*”, in Digesto, Vol. 1, p. 289 e ss.
- ⁱⁱⁱ - FARIA COSTA, “*Em redor da noção de ato médico*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, 138, p. 129.
- ^{iv} - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 9.
- ^v - VOLTAIRE, apud SIDDHARTHA MUKHERJEE, op. cit. “*O Imperador ...*”, p. 206.
- ^{vi} - GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “*O fim da arte*”, p. 105/108.
- ^{vii} - DIEGO GARCIA, op. cit. “*Fundamentos de ...*”, p. 51, apud GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “*O fim da arte*”, p. 106.
- ^{viii} - RAYMOND VILLEY in “*Histoire du secret médical*”, Paris, Seghers, 1986, p. 15, apud GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “*O fim da arte*”, p. 106.
- ^{ix} - ELENA BURGOA, “*A cabeça de jano e a negligência médica. O caso português*”, in Sub Judice, Justiça e Sociedade, 13, (1999), p. 75.
- ^x - LUIS FILIPE DE SOUSA, “*O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, instrução do processo, prova pericial)*”, in Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, p 451.
- ^{xi} - LESSEPS LOURENÇO DOS REYS, “*Responsabilidade civil dos médicos*”, in RFML, Série III, Vol. V, nº 5, p. 312, citando ET-CHEGOYEN in “*A Era dos Responsáveis*”, 1995, p. 133, apud LUIS FILIPE DE SOUSA, op. cit. “*O ónus da prova ...*”, p. 451.
- ^{xii} - GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Autorregulação Profissional dos Médicos*” in Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1, p. 247 e ss.
- ^{xiii} - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 24/25.
- ^{xiv} - GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “*O fim da arte*”, p. 108.
- ^{xv} - JOÃO ARRISCADO NUNES, “*Saúde, direito à saúde e justiça sanitária*” in Revista Crítica de Ciências Sociais, 87, p. 144/146.
- ^{xvi} - LUIS DAVID CASTIEL/CARLOS ALVAREZ-DARDET DIAZ, 2007, in “*A saúde persecutória: os limites da responsabilidade*”, Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, apud JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “*Saúde, direito...*”, p. 146.
- ^{xvii} - CHARLES BRIGGS L./CLARA MANTINI-BRIGGS, 2003, in “*Stories in the Time of Cholera ; Racial Profiling during a Medical Nightmare*”, Berkeley: University of California Press, apud JOÃO ARRISCADO, op. cit. “*Saúde, direito...*”, p. 146.
- ^{xviii} - KNOWLES, apud PATRICK PERETTI-WATEL/ JEAN PAUL MOATTI, 2009, in “*Le principe de prevention: Le culte de la santé et ses dérives*”, Paris: Seuil, apud JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “*Saúde, direito...*”, p. 146.
- ^{xix} - FARIA COSTA, op. cit. “*Em redor ...*”, p. 128.
- ^{xx} - ADELE E. CLARKE et al., 2003, “*Biomedicalization : Technoscientific Transformation of Health, Illness, and U.S. Biomedicine*” in American Sociological Review, 68: 161-94; NIKOLAS ROSE, 2007, in “*The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power,*

and Subjectivity in the Twenty-First Century”, Princeton: Princeton University Press, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 150.

xxi - ANNEMARIE MOL, 2008, in “*The Logic of Care: Health and the Problem of Choice*”. London: Routledge, referido *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 151.

xxii - NIKOLAS ROSE, 2007, op. cit. “*The politics ...*”, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 152.

xxiii - JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 150/152.

xxiv - STUART F. SPICKER, “*Invulnerability and Medicine’s «Promise of Imortality: Changing Images of the Human Body During the Growth of Medical Knowledge*”, p. 166, in *The Growth of Medical Knowledge*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publisher, 1990, p. 163-175, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Direito Biomédico e Investigação Clínica*” in *Temas de Direito da Medicina*, 1, p. 201.

xxv - GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “*Direito biomédico ...*”, p. 201.

xxvi - PATRICK PERETTI-WATTEL/JEAN PAUL MOATTI, op. cit. “*Le principe ...*”, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, op. cit. “Saúde, direito...”, p. 148

xxvii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 36.

xxviii - ELENA BURGOA, op. cit. “*A cabeça de jano ...*”, p. 78.

xxix - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 39.

xxx - ÁLVARO DIAS, op. cit. “*Responsabilidade ...*”, p. 9.

xxxi - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “*O consentimento informado...*”, p. 17.

xxxii - PATRICIA M. DANZON / MARK V. PAULY / RAINARD S. KINGTON, “*The effects of malpractice litigation on physicians’ fees and incomes*”, in *The American Economic Review*, maio, 1990, 80, nº 2, p. 122 e ss., *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 31.

xxxiii - LUCÍLIA NUNES, “*Responsabilidade do Profissional de Saúde – esfera de ação, enquadramento(s) e contexto(s)*”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, p. 17.

xxxiv - ESPERANÇA PINA, in “*Ética, deontologia e direito médico*”, p. 56.

xxxv - REMÉDIO MARQUES in “*Mudança de Sexo, o Critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*”, 1991, p. 280.

xxxvi - SÉRVULO CORREIA, “*Introdução ao Direito da Saúde*” in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, p.41, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 18.

xxxvii - CLÁUDIA MONGE in “*Contributos para o Estudo do Direito da Saúde: a Prestação de Cuidados de Saúde*”, tese inédita (2002), *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 18.

xxxviii - JEAN MICHEL DE FORGES, in “*Le Droit de la Santé*”, 8ª Ed. PUF, Paris, 2012, p. 7, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 18.

xxxix - ANDRÉ DEMICHEL, “*Le Droit de la Santé*” in *Les Études Hospitalières*, Bordeaux, 1999, p. 31, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 19.

xl - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 19.

xli - ORLANDO DE CARVALHO, “*Transplantações e direitos das pessoas*”, in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, p. 138.

xlii - TAVARES DE SOUSA, in “*Curso de História da Medicina*”, p. 12, *apud* Faria Costa, op. cit. “*Em redor ...*”, p. 129.

xliii - FARIA COSTA, op. cit. “*Em redor ...*”, p. 130.

xliv - FARIA COSTA, op. cit. “*Em redor...*”, p. 132.

xlv - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 84.

xlvi - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 84.

xlvii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 59/60.

xlviii - Nesse sentido vide: <http://www.publico.pt/mundo/noticia/medicos-foram-cumplices-de-abusos-e-tortura-em-guantanamo-e-prisoas-da-cia-1611395>.

xlix - VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit. “*Do ato ...*”, p. 39.

l - JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. “*O Erro ...*”, p. 21/22.

li - L. LEAP, (1994) “*The preventability of medical injury*”, in Bogner, M. (Ed.), *Human Error in Medicine*. Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, p. 13-26, *apud* JOSÉ FRAGATA / LUIS MARTINS, op. cit. “*O Erro ...*”, p. 61.

lii - VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit. “*Do ato ...*”, p.14-16.

liii - GERMANO DE SOUSA, “*O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa. A cirurgia plástica reconstrutiva*”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, p. 90-93; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 126.

liv - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “*A responsabilidade civil...*”, p. 73.

lv - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 187.

lvi - ESPERANÇA PINA, op. cit. “*Ética, ...*”, p. XXI.

lvii - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “*Direito da Saúde*”, p. 202-206.

lviii - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “*Os contratos civis ...*”, p. 111.

- lix - PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico”, in Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida, p. 477; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 117.
- lx - GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit. “Estrutura jurídica ...”, p. 63.
- lxi - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “O consentimento informado...”, p. 56.
- lxii - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. “O consentimento informado...”.
- lxiii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 79.
- lxiv - TOM L. BEAUCHAMP/JAMES F. CHIDRESS, in “Principles of Biomedical Ethics”, Oxford University Press, apud ESPERANÇA PINA, op. cit. “Ética, ...”, p. 11/13.
- lxv - FÁRIA COSTA, op. cit. “Em redor ...”, p. 133.
- lxvi - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 221/222.
- lxvii - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 222 (Nota 1).
- lxviii - PINTO OLIVEIRA, op. cit. “Responsabilidade civil ...”, p. 159.
- lxix - Sobre os conceitos aludidos neste parágrafo, vide MANUEL DE ANDRADE op. cit. “Teoria Geral ...”, Vol. II, p. 54/58 e MOTA PINTO, in “Teoria Geral do Direito Civil”, p. 399/404.
- lxx - MANUEL DE ANDRADE, op. cit. “Teoria Geral ...”, p. 34.
- lxxi - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 99/101.
- lxxii - CARLO AUGUSTO CANNATA, in “Le obbligazioni in generale”, p. 26-34; PIETRO RESCIGNO, in “Obbligazioni (diritto privato)”, p. 155-156, idem “Contrato – In generale”, in Enciclopedia guiridica, Vol. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, p. 1-33, apud PINTO OLIVEIRA, op. cit. “Responsabilidade civil ...”, p. 137.
- lxxiii - SINDE MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2000 e à sentença do Juiz do 3º Juízo de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Santo Tirso de 2 de maio de 1996, in Revista de Legislação e Jurisprudência 133, p. 17-32.
- lxxiv - HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 750.
- lxxv - LUCÍLIA NUNES, op. cit. “Responsabilidade do ...”, p. 30/31.
- lxxvi - R. FOX, in “Perilous. Physicans and Patients Facing the Unknow”, Nem Brunswick, Transaction Publishers, apud HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- lxxvii - S. TIMMERMANS / ANGELL A., “Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor”, in Journal of Health Care, Filadélfia, Temple University Press, p. 348-349, apud HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- lxxviii - S. TIMMERMANS / ANGELL A., “Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor”, in Journal of Health Care, Filadélfia, Temple University Press, p. 352-356, apud HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- lxxix - K. MALTERUD, “The legitimacy of clinical knowledge: towards a medical epistemology embracing the art of medicine”, in Theoretical Medicine, 16, p. 183-198, apud HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- lxxx - K. MALTERUD, “The art and science of clinical knowledge: evidence beyond measures and numbers”, in The Lancet, 358, p. 397-400, apud HÉLDER RAPOSO, op. cit. “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- lxxxi - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 255.
- lxxxii - MIGUEL KFOURI NETO, in “Responsabilidade Civil do médico”, 5ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.
- lxxxiii - JOSÉ FRAGATA, op. cit. “Risco clínico ...”, p. 159.
- lxxxiv - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 251.
- lxxxv - MOITINHO DE ALMEIDA, op. cit. “A responsabilidade civil ...”, p. 329/336; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit. “Responsabilidade médica ...”, p. 45; ALMEIDA E COSTA, op. cit. “Direito das ...”, 5ª Ed., p. 886.
- lxxxvi - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 93/94.
- lxxxvii - LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade dos profissionais liberais”, in Estudos sobre direito civil e processo civil”, p. 819.
- lxxxviii - ENRICO QUADRI, “Profili dlla responsabilità médica, com particolare riguardo alla ginecologia ed obstetricia: esperienze recenti e prospettive”, in Responsabilità civile e previdenza, Vol. LXIX, 2004, 2, p. 319 e ss., apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 54 e 42.
- lxxxix - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 15.
- xc - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 53.
- xc i - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 451.
- xc ii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. (“A responsabilidade civil...”), p. 136.
- xc iii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 96.
- xc iv - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 105.
- xc v - ÁLVARO DIAS, op. cit. “Procriação assistida ...”, p. 385-403 e “O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 387-434; MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. “Direito da Saúde”, p. 300; RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil...”, p. 221-236; VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit. “Do ato ...”, p. 142-148 e p. 319-327; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. “Os contratos civis ...”, p. 118; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit. “Responsabilidade médica ...”, p. 40/42.
- xc vi - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 898 e ss.; ALMEIDA E COSTA, op. cit. “Direito das ...”, p. 707 e ss.; RIBEIRO DE FÁRIA, op. cit. “Direito das ...”, p. 496 e ss.
- xc vii - ANTUNES VARELA, op. cit. “Das Obrigações ...”, p. 890/891.
- xc viii - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. “A responsabilidade civil ...”, p. 167.

O Ato Médico é uma empreitada?

- ^{xcix} - MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, op. cit. "*Direito da Saúde*", p. 15.
- ^c - RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit. "*A responsabilidade civil...*", p. 72.
- ^{ci} - RUI DE ALARCÃO, op. cit. "*Direito das ...*", p. 211 e ss.
- ^{cii} - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit. "*O consentimento informado ...*", p. 38/39.
- ^{ciii} - PEDRO ROMANO MARTINEZ, "*Contrato de empreitada*", p. 26.
- ^{civ} - JOÃO CURA MARIANO, op. cit. "*A responsabilidade ...*", p. 57-63.
- ^{cv} - JOÃO CURA MARIANO, op. cit. "*Responsabilidade contratual ...*", p. 48.
- ^{cvi} - CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. "*Contratos II*", p. 152.
- ^{cvi} - Acórdão de 03 de março de 2006, prolatado no processo 7100/05 (CAIMOTO JÁCOME).
- ^{cvi} - Vide: http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content_id=964630
- ^{cix} - ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. Cit. ("*O consentimento ...*"), p. 145.

BIBLIOGRAFIA

| | |
|---|---|
| A., S. TIMMERMANS / ANGEL, | - Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor, Journal of Health Care, Filadélfia, Temple University Press |
| ALARCÃO, DE RUI, | - Direito das Obrigações (texto elaborado por Sousa Ribeiro, Sinde Monteiro, Almeno de Sá e Brandão Proença) |
| ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, | - Os contratos civis de prestação de serviço médico, Direito da Saúde e Bioética, 1996 - Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico; - Contrato, Vol. I, II (3ª Ed.) |
| ALMEIDA, MOITINHO DE, | - A responsabilidade civil dos Médicos e o seu seguro, Scientia Iurídica, XXI |
| ALVINO, LIMA, | - Da culpa ao risco, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo |
| ANDRADE, MANUEL DE, | - Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, II; - Teoria Geral das Obrigações |
| ASCENÇÃO, OLIVEIRA, | - O Direito, Introdução e Teoria Geral. Uma perspetiva Luso-Brasileira |
| AUGUSTO, AMÉLIA, | - http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/571.pdf |
| BRIGGS, CHARLES BRIGGS L. / CLARA MANTINI, | - Stories in the Time of Cholera ; Racial Profiling during a Medical Nightmare, Berkeley: University of California Press, 2003 |
| BURGOA, ELENA, | - A cabeça de jano e a negligência médica. O caso português, 1999, Sub Judice, Justiça e Sociedade, 13 |
| CABRAL, RITA, | - O direito à intimidade da vida privada |
| CAETANO, MARCELLO, | - Manual de Direito Administrativo, Vol. II |
| CANNATA, CARLO AUGUSTO, | - Le obbligazioni in generale |
| CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, | - Princípios de Seleção e uso de Testes de Diagnóstico: Propriedades intrínsecas dos testes, Revista Portuguesa de Cardiologia, 2001, 20 (12) - Características diagnósticas dos testes: sensibilidade, especificidade, valores preditivos e <i>likelihood ratios</i> , Revista Portuguesa de Cardiologia, Maio de 2011, Vol. 30 |
| CARNEIRO, SÉRGIO PAULO / SUSANA MENDES / RICARDO VIZINHO / ANTÓNIO VAZ, | - Testes diagnósticos, probabilidades pré-testes e pós-testes e a sua utilização na prática clínica, Revista Portuguesa de Cardiologia, Vol. 23, setembro 2004 |
| CARNEIRO, SILVA, | - Responsabilidade da Administração Hospitalar, Revista de Direito e Estudos Sociais, XIX |

O Ato Médico é uma empreitada?

| | |
|--|--|
| CARVALHO, ORLANDO DE, | - Transplantações e direitos das pessoas, Transplantações (Colóquio Interdisciplinar), Centro de Direito Biomédico, 3; - Teoria Geral do Direito Civil |
| CHABAS, HENRI MAZEAUD/ LÉON MAZEAUD/ JEAN MA- ZEAUD/ FRANÇOIS, | - Leçons de Droit Civil |
| CHIDRESS, TOM L. BEAU- CHAMP/ JAMES F., | - Principles of Biomedical Ethics, Oxford University Press |
| CLARA, CHARLES L. BRIGGS / MANTINI-BRIGGS, | - Stories in the Time of Cholera; Racial Profiling during a Medical Nightmare”, 2003, Berkeley: University of California Press |
| CLARKE, ADELE E., | - Biomedicalization : Technoscientific Transformation of Health, Illness, and U.S. Biomedicine” in American Sociological Review, 2003 |
| COELHO, PEREIRA, | - O problema da causa virtual na responsabilidade civil |
| CORDEIRO, MENEZES, | - Direito das Obrigações, Vol. II; - Da boa-fé no Direito Civil; - Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais |
| CORREIA, SÉRVULO, | - As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL - Introdução ao Direito da Saúde, Direito da Saúde e Bioética |
| COSTA, ALMEIDA, | - Direito das Obrigações |
| COSTA, FARIA | - Em redor da noção de ato médico, Revista de Legislação e Jurisprudência, 138 |
| COSTA, SALVADOR DA, | - Organização Judiciária, Revista da Ordem dos Advogados, 73, II/III |
| COSTALES, J. FERNANDEZ, | - Contrato de servicios médicos, 1998, Madrid |
| DANTAS, EDUARDO, | - O inadimplemento do contrato de serviços médicos, Estudos sobre Incumprimento do Contrato |
| DEMICHIEL, ANDRÉ, | - Le Droit de la Santé, Les Études Hospitalières, 1999, Bordeaux |
| DEMOGUE, R., | - Traité des obligations en général, Paris |
| DIAS, ÁLVARO, | - Procriação assistida e responsabilidade Médica - Responsabilidade, Informação, consentimento e confidencialidade, Revista Portuguesa do Dano Corporal, III, 4 - Culpa Médica: algumas ideias força, Revista Portuguesa do Dano Corporal, IV, 5 - Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica, Revista Portuguesa do Dano Corporal, II, 3 - O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11 |
| DIAS, SINDE MONTEIRO / FIGUEIREDO, | - Responsabilidade Médica em Portugal, Boletim do Ministério da Justiça, 332 |
| DIAZ, LUIS DAVID CASTIEL / CARLOS ALVAREZ-DARDET, | - A saúde persecutória: os limites da responsabilidade, 2007, Rio de Janeiro, Editora Fiocruz |
| DREHER, ANNA URSULA | - Foundations for Conceptual Research in Psychoanalysis, London, Karnac, 2000 |
| ETCHEGOYEN | - A Era dos Responsáveis, 1995 |
| FARIA, JORGE RIBEIRO DE, | - Direito das Obrigações, Vol. I - Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, I |
| FERREYRA, VAZQUEZ, | - Daños e perjuicios en el ejercicio de la Medicina, 2ª ed. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires |
| FORGES, JEAN MICHEL DE, | - Le Droit de la Santé, 8ª Ed. PUF, Paris, 2012 |
| FOSSARD, JOSEPH, | La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat |
| FOX, R., | - Perilous. Physicians and Patients Facing the Unknown, New Brunswick, Transaction Publishers |
| FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, | - Contrato e dever de proteção - Teoria da confiança e responsabilidade civil |
| FRAGATA, JOSÉ, | - Riscos clínicos, complexidade e performance |
| FREITAS, LEBRE DE, | - A responsabilidade dos profissionais liberais, Estudos sobre direito civil e processo civil |
| GARCIA, DIEGO, | - Fundamentos de Bioética, 1989, Madrid, Eudema |
| GASPAR, HENRIQUE, | - A responsabilidade civil do médico, Coletânea de Jurisprudência, 1978, I |
| GIACOBBE, G., | - Professioni Intelletuali, Enc. Dir., XXXVI |
| GIL, CARLOS PEREIRA, | - Da Prova Pericial, Centro de Estudos Judiciários |
| GOMES, JÚLIO, | - Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal, Revista de Direito e Economia, XV |
| GONÇALVES, CARLA, | - Responsabilidade médica objetiva, Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11 - A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa, Centro de Direito Biomédico, 14 |
| GOUVEIA, JAIME, | - Da responsabilidade contratual |

O Ato Médico é uma empreitada?

| | |
|---|--|
| HOSTER, HEINRICH, | - A Parte Geral do Código Civil português – Teoria Geral do Direito |
| KINGTON, PATRICIA M. DANZON / MARK V. PAULY / RAINARD S., | - The effects of malpractice litigation on physicians' fees and incomes", The American Economic Review, maio, 1990, 80, nº 2 |
| LAKOFF, ANDREW, | - The Right Patients for the Drug: Pharmaceutical Circuits and the Codification of Illness, J. Hackett et al (orgs) The Handbook of Science and Technology Studies. 3ª Ed., Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008 |
| LEAP, L., | - The preventability of medical injury, in Bogner, M. (Ed.), Human Error in Medicine. Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, 1994 |
| LEITÃO, MENEZES, | - Direito das Obrigações |
| LOPEZ, J. ATAZ | - Los Médicos y la Responsabilidad Civil, Madrid |
| LOUREIRO, JOÃO CARLOS, | - Direito (à proteção) da saúde", Estudos em Homenagem ao Doutor Marcello Caetano, 2007, Coimbra |
| MACHADO, BATISTA, | - A cláusula do razoável, Obra Dispersa, Vol. I |
| MACIEIRINHA, MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO, | - Direito da Saúde |
| MALTERUD, K., | - The legitimacy of clinical knowledge: towards a medical epistemology embracing the art of medicine, Theoretical Medicine, 16 - The art and science of clinical knowledge: evidence beyond measures and numbers, The Lancet, 358 |
| MARIANO, JOÃO CURA, | - Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra |
| MARQUES, REMÉDIO, | - Mudança de Sexo, o Critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil), 1991 |
| MARTINEZ, PEDRO ROMANO, | - Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico, Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida - Direito das Obrigações. Apontamentos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004 - Contrato de empreitada |
| MARTINS, JOSÉ FRAGATA / LUIS, | - O erro médico em Medicina |
| MOATTI, PATRICK PERETTI-WATEL / JEAN PAUL, | - Le principe de prevention: Le culte de la santé et ses dérives, Paris: Seuil, 2009 |
| MOL, ANNEMARIE, | - The Logic of Care: Health and the Problem of Choice, London: Routledge, 2008 |
| MONGE, CLÁUDIA, | - Contributos para o Estudo do Direito da Saúde: a Prestação de Cuidados de Saúde, tese inédita (2002) |
| MONTEIRO, PINTO, | - Clausulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil, Boletim da Faculdade de Direito, XXVIII |
| MONTEIRO, SINDE, | - Anotação ao Acórdão de 12 de novembro de 1996, Revista de Legislação e Jurisprudência nºs 3887, 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900 - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2000 e à sentença do Juiz do 3º Juízo de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Santo Tirso de 2 de maio de 1996, Revista de Legislação e Jurisprudência 133 - Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações" - Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil - Responsabilidade Civil, Revista de Direito e Economia, 4, 1 |
| MORILLO, JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ / ANDREA MACÍA, | - La responsabilidad médica en el Ordenamiento español, Responsabilidad Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico |
| MUKHERJEE, SIDDHARTHA, | - O Imperador de todos os males |
| NETO, MARIA LUÍSA | - A infeção por HIV resultante de transfusões de sangue contaminado no contexto da responsabilidade extracontratual do Estado |
| NETO, MIGUEL KFOURI, | - Responsabilidade Civil do médico, 5ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003 |
| NEVES, CASTANHEIRA, | - O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?", Revista de Legislação e Jurisprudência, 139 - O Direito como Alternativa Humana, Digesto, Vol. 1 |
| NUNES, JOÃO ARRISCADO, | - Saúde, direito à saúde e justiça sanitária, Revista Crítica de Ciências Sociais, 87 |
| NUNES, LUCÍLIA, | - Responsabilidade do Profissional de Saúde – esfera de ação, enquadramento(s) e contexto(s), Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários |

O Ato Médico é uma empreitada?

| | |
|--------------------------------|---|
| OLIVEIRA, GUILHERME DE, | - Estrutura jurídica do ato médico, consentimento informado e responsabilidade médica, Centro de Direito Biomédico, Vol. I - Autorregulação Profissional dos Médicos, Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1 - Direito Biomédico e Investigação Clínica, Temas de Direito da Medicina, 1 - O Fim da “Arte Silenciosa, Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1 |
| OLIVEIRA, PINTO DE, | - Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde, Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11 |
| PEDRO, RUTE TEIXEIRA, | - A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado, Centro de Direito Biomédico, 15 |
| PEREIRA, ANDRÉ DIAS, | - O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil”, Centro de Direito Biomédico, 9 |
| PEREIRA, RUI SOARES, | - A responsabilidade por danos não patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no Direito Civil |
| PIGNARRE, PHILIPPE, | - Comment la depression est devenue une épidémie, Paris: La Decouverte, 2001 |
| PINA, ESPERANÇA, | - Ética, deontologia e direito médico |
| PINTO, MOTA, | - Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Ed. - Cessão da Posição Contratual |
| PINTO, PAULO MOTA, | - Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico |
| PROENÇA, BRANDÃO, | - Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações |
| PROENÇA, BRANDÃO, | - Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações |
| QUADRI, ENRICO, | - Profili della responsabilità médica, com particolare riguardo alla ginecologia ed obstetricia: esperienze recenti e prospettive, Responsabilità civile e previdenza, Vol. LXIX, 2004, 2 |
| RAPOSO, HÉLDER, | - Risco e Incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na Medicina moderna”, Análise Social, XLIV, 2009 |
| RAPOSO, VERA LÚCIA, | - Do ato médico ao problema jurídico |
| RESCIGNO, PIETRO, | - Obligationi (diritto privato), Contrato – In generale, Enciclopedia giuridica, Vol. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma |
| REYS, LESSEPS LOURENÇO DOS, | - Responsabilidade civil dos médicos, RFML, Série III, Vol. V, nº 5 |
| RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, | - Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito |
| RIBEIRO, RICARDO LUCAS, | - Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado |
| RODRIGUES, CUNHA GOMES, | - Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos, Direito e Justiça, XIV, 3 |
| RODRIGUES, VAZ, | - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente), Centro de Direito Biomédico, 3 |
| ROSE, NIKOLAS, | - The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century, Princeton: Princeton University Press, 2007 |
| SALDANHA, J. ALCOFORADO, | - Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de novembro de 1984 e ao do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1985, Revista da Ordem dos Advogados, 48 (1988) |
| SANTOS, GONÇALO CASTILHO DOS, | - Responsabilidade Objetiva. Novas tendências através da responsabilidade pelo risco, Relatório de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa |
| SERRA, VAZ, | - Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, in Boletim do Ministério da Justiça, 85 |
| SILVA, CALVÃO DA, | - Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 2ª Ed., Separata do Vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra |
| SILVA, CARNEIRO, | - Responsabilidade dos administradores hospitalares, Revista de Direito e Estudos Sociais, IXI |
| SILVA, GOMES DA, | - O dever de prestar e o dever de indemnizar, I, |
| SILVA, MOTA PINTO / CALVÃO DA, | - Responsabilidade civil do produtor, Direito Civil |
| SONTAG, SUSAN, | - Illness as Metaphor and AIDS and its Metaphor, Nova Iorque, Picador, 1990 |
| SOUSA, GERMANO DE, | - O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa. A cirurgia plástica reconstrutiva, Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários |
| SOUSA, JOAQUIM RIBEIRO, | - Clausulas contratuais gerais e o paradigma do contrato, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito |

O Ato Médico é uma empreitada?

| | |
|-------------------------------------|--|
| SOUSA, LUIS FILIPE DE, | - O Ônus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, instrução do processo, prova pericial), Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciário |
| SOUSA, TAVARES DE, | - Curso de História da Medicina |
| SPICKER, STUART F., | - Invulnerability and Medicine's. Promise of Imortality: Changing Images of the Human Body During the Growth of Medical Knowledge, The Growth of Medical Knowledge, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publisher, 1990 |
| STARCK, BORIS, | - Droit Civil. Obligations |
| SZASZ, ANDREW, | - Shopping our Way to Safety: How We Changed from Protecting the Environment to Protecting Ourselves, Minneapolis: University of Minnesota, 2008 |
| TELLES, GALVÃO, | - Manual dos Contratos em Geral, 4ª Ed. |
| VANSWEEVELT | - La responsabilité civile du medecin et de l'Hôpital", n°s 94-116 |
| VARELA, ANTUNES, | - Das Obrigações em Geral, Vol. I, 3ª Ed. |
| VARELA, PIRES DE LIMA / ANTUNES, | - Código Civil Anotado, Vol. II, 3ª Ed. |
| VILLEY, RAYMOND | - Histoire du secret medical, Paris, Seghers, 1986 |