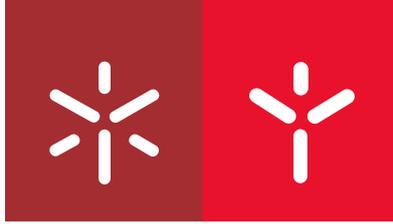


Universidade do Minho
Escola de Direito

Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela

**O contrato de prestação de serviços médicos
à luz do direito da União Europeia**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela

**O contrato de prestação de serviços médicos
à luz do direito da União Europeia**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito da União Europeia

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Nuno Manuel Pinto de Oliveira

abril de 2015

DECLARAÇÃO

Nome: Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela

Endereço electrónico: helgafabiola@gmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 086115529zz3

Título dissertação: O contrato de prestação de serviços médicos à luz do direito da União Europeia

Orientador: Professor Doutor Nuno Manuel Pinto de Oliveira

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito da União Europeia

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 27/04/2015

Assinatura:.....

Ao Miguel

O contrato de prestação de serviços médicos à luz do direito da União Europeia

Resumo

O principal objetivo do estudo da presente investigação é a análise do contrato de prestação de serviços médicos à luz do direito da União Europeia.

O tema, por si só implica uma profunda pesquisa, seja em termos legislativos, normativos e literários. A pertinência do estudo está relacionada com a necessidade de identificar os principais pressupostos no que diz respeito à análise da evolução do Direito Privado Europeu, procurando descobrir um sentido para a evolução deste Direito e da necessidade da sua codificação ou não ao nível europeu.

O Contrato de prestação de Serviços Médicos, regulado no DCFR e também já objeto de regulação no BGB desde 2013, é considerado por uns como um problema do direito e, por outros, como um enriquecedor e precioso instrumento do Direito da Medicina. Indo ao encontro da primeira das orientações, principalmente no que diz respeito à sua tipificação legal, a presente dissertação, visa analisar o impacto e os principais entraves que decorrem na prática.

The medical services contract under the European Union law

summary

The main objective of this research study is to analyze the contract to provide medical services in the light of European Union law.

The issue in question in itself implies a deep research, either in legislative, regulatory and literary terms. The relevance of study is related to the need to identify the main assumptions with regard to the analysis of the evolution of European Private Law, trying to discover a sense for the evolution of this law and the need for its codification or not at European level.

The contract of Medical Services, under the regulations of DCFR is also sharing ordinance with BGB since 2013. Is seen by many as an issue/obstacle, on the other hand, many others see it with different eyes. As a powerful and valuable resource applicable to the Medical Law.

According to the first set of orientations given, the present Dissertation battles to analyze the impact and the main barrier that results from the practice, with relevance to its legal classification.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I.....	13
O ANTEPROJETO DE UM “QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA” PARA O DIREITO PRIVADO EUROPEU	13
Capítulo 1 - Os trabalhos de harmonização do Direito Europeu dos Contratos	13
Subcapítulo 1 - O Grupo de Estudo para o Código Civil Europeu- Study Group .	13
Subcapítulo 2 - <i>Principles of European Law. Service Contracts</i>	17
Capítulo 2 - O Contrato Europeu de Serviços	21
Subcapítulo 1 - O âmbito de aplicação dos Princípios PEL SC ao contrato de serviços	21
Subcapítulo 2 - O dever de informação ao consumidor.....	23
Subcapítulo 3 – O Contrato de tratamento – “Treatment”	25
PARTE II	45
O REGIME DO CONTRATO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM PORTUGAL	45
Capítulo 1 – Do Contrato de prestação de serviços	45
Capítulo 2 – Da Prestação de Serviços Médicos.....	49
Subcapítulo 1 - Tipificação legal versus Social	50
1.1. Âmbito de aplicação e conteúdo	53
1.2. Obrigações contratuais	54
1.2.1. Do médico	54
1.2.1.1. Dever de informação pré-contratual.....	56
1.2.1.2. Dever de obtenção do consentimento informado	59
1.2.1.3. Dever de sigilo profissional	66
1.2.1.4. Dever de documentação.....	68

1.2.2. Do paciente	71
Capítulo 3 – Do Incumprimento.....	72
Subcapítulo 1 - Incumprimento contratual e extracontratual	72
Subcapítulo 2 - O dever de informação no caso dos contratos de serviços médicos.....	77
Subcapítulo 3 - Consequências do incumprimento.....	81
Subcapítulo 4 - Legislação em vigor.....	82
PARTE III.....	84
O REGIME PORTUGUÊS EM PERSPETIVA	84
BIBLIOGRAFIA	90

INTRODUÇÃO

É controversa a existência de um Direito Privado Europeu uniforme no espaço europeu que contenha um corpo normativo coerente e completo e que provenha dos órgãos da União Europeia.

Têm sido discutidas, por diversos grupos de trabalho ao nível europeu, nomeadamente o grupo de estudo do código civil Europeu, tentativas de harmonização e unificação do direito material privado, com especial atenção para o direito contratual, apesar dos diversos regulamentos e diretivas nesta matéria.

No contexto europeu verifica-se uma progressiva harmonização sob o ponto de vista jurídico económico e cultural que tem por finalidade essencial uma maior integração e realização do mercado interno num espaço de livre concorrência.

O Direito Europeu dos contratos é uma área do Direito Europeu particularmente difícil, não só porque esta é uma área fragmentária como também porque há uma ausência de princípios gerais que funcionem como linha condutora de atuação nestas matérias.

No seio europeu tem-se procurado apurar alguns princípios orientadores que ultrapassem as Diretivas existentes. Apesar das sucessivas tentativas para criar um Código Europeu dos Contratos – o que é certo é que ainda estamos longe da sua concretização uma vez que, atualmente, nos deparamos unicamente com um vasto conjunto de Diretivas em constante mutação e atualização. Diretivas estas que devido à sua natureza de harmonização mínima, e deixando uma grande margem de apreciação aos legisladores nacionais, levam a que a harmonização alcançada seja incompleta.

As principais iniciativas são da comissão de Direito Contratual Europeu, do Grupo de estudo para o Direito Privado Europeu e dos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT, apesar de este ser de âmbito internacional.

Ao nível do Direito Privado Europeu, a uniformização global é um processo irreversível, pois as fronteiras nacionais perdem cada vez mais espaço, sendo a política europeia a de promoção do mercado interno, da livre circulação de pessoas, serviços e mercadorias, o que implica um ordenamento jurídico supranacional.

A presente dissertação, visa expor as áreas mais prementes contempladas pelo Direito Privado e sujeitas a regulamentação, contribuir para a legitimação de um futuro Direito Privado Europeu, alargado ainda a mais áreas, como por exemplo, aos contratos de

serviços médicos, contrato tipificado no Código Civil holandês e, desde 2013, no BGB alemão¹. Não ainda no Código Civil português, embora haja Doutrina a defender a codificação sobre os direitos dos pacientes.

A escolha do referido tema tem como objetivo apontar soluções e prever as consequências do regime do Direito Privado Europeu nos ordenamentos jurídicos nacionais, sendo crucial uma comparação entre as regras e princípios subjacentes à tentativa de codificação do Direito Privado, com a receção pelo ordenamento português em matéria de direito dos contratos.

Desta forma, iniciaremos o estudo, na parte I, a partir das conclusões a que chegou o grupo de estudos para o Direito Privado Europeu, *Principles of European Law-Service contracts* e o *Study Group* na redação final do Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência, com especial análise do capítulo 8 do Livro IV (“Treatment”), tendo por base o direito comparado e o BGB.

Na parte II, analisaremos o caso específico do regime do contrato de prestação de serviços médicos em Portugal.

Por fim, na parte III, a partir da análise dos regimes anteriores e, tendo por referente o novo contrato médico no BGB, adota-se uma perspetiva comparada para uma possível tipificação legal no direito nacional sobre o Contrato de Prestação de Serviços Médicos no Código Civil.

¹ Titel 8- “Dienstvertrag und ähnliche Verträge”- Untertitel 2 - “Behandlungsvertrag” § 630a- §630h BGB.

PARTE I

O ANTEPROJETO DE UM “QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA” PARA O DIREITO PRIVADO EUROPEU

Capítulo 1 - Os trabalhos de harmonização do Direito Europeu dos Contratos

Subcapítulo 1 - O Grupo de Estudo para o Código Civil Europeu- Study Group

O *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)² é constituído por um conjunto de definições e regras modelo de Direito Privado Europeu e, a sua conclusão, cumpre a obrigação da Comissão Europeia realizada em 2005.

É pertinente referir que atualmente o DCFR³ é originado através de uma iniciativa de juristas europeus e corresponde à compressão em forma de regras, de um conjunto de pesquisas independentes, bem como a cooperação de académicos com vasta experiência em Direito Privado, Direito Comparado e Direito europeu.

O DCFR é um texto académico, um conjunto de ferramentas que apresenta os resultados de um grande projeto e solicita a avaliação a partir dessa perspetiva. A amplitude deste projeto promove o conhecimento do Direito Privado⁴ nas jurisdições da União Europeia. Contribuirá para demonstrar o quanto as leis privadas nacionais se assemelham entre si e têm disponibilizado um estímulo para o desenvolvimento. Estas leis são consideradas, essencialmente, como manifestações regionais de uma herança global comum ao nível europeu. Deste modo, a função do DCFR é separada do CFR e é utilizada para estimular a consciência da existência de um Direito Privado Europeu, para a demonstração de um pequeno número de casos em que os diferentes sistemas jurídicos possam produzir respostas distintas para problemas comuns.

² C. VON BAR *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Interim Outline Edition, München, Sellier, 2008.

³ Resulta da colaboração do Study Group on a European Civil Code (“The Study Group”) e o Research Group on EC Private Law (“The Acquis Group”).

⁴ O Direito Privado é geralmente definido como a lei que rege as relações entre os cidadãos, em oposição ao direito público, que é a lei que trata das relações entre os cidadãos e o Estado, ou entre as instituições do Estado. No último ponto de vista, a única função de direito privado é a alocação: *sum cuique tribuere*. Nessa visão, o direito privado tem uma lógica interna própria que é politicamente neutra e só se preocupa em dar a cada pessoa o que ela ou ela tem direito. *Vd.* HESSELINK, MARTIJN W., *The New European Legal Culture. The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer law International, pp. 1-75, 2002. Em linha: <http://ssrn.com/abstract=1029573>.

O DCFR contém então um conjunto de princípios, definições e regras modelo. A noção de definições é clara, a noção de princípios e regras modelo, surgem de forma a sobrepor e exigir uma explicação. O conceito de princípios apresenta diferentes interpretações e é usado como sinónimo de regras que não tem força de lei. Como exemplo, Os Princípios de Direito Europeu dos contratos que refere o artigo 1º “destina-se a ser aplicado como regras gerais de Direito dos contratos na União Europeia”. Assim, o DCFR consiste em princípios e definições da mesma natureza. O DCFR não considera o Direito dos contratos como o equilíbrio das relações de Direito Privado, entre pessoas singulares e coletivas.

O movimento codificador contemporâneo do Direito Privado Europeu pode ser analisado através de experiências individuais, ou de forma mais ampla, ao nível de experiência da comunidade.

A maior parte dos juristas do Grupo de Estudos sobre a Justiça Social em Direito Privado⁵ Europeu, partilha da opinião de que a europeização do Direito Privado deve ter lugar de uma forma mais democrática. Não só válido para o DCFR mas para qualquer tentativa de criar um Direito Privado Europeu. Assim, o Direito Privado molda a distribuição de riqueza de uma sociedade moderna, no sentido de criar um futuro Direito Privado Europeu, que seria um processo político⁶.

A composição de normas jurídicas por académicos para a futura aplicação de regras pelos Estados, representa somente um exemplo das normas de produção privada global. Ao longo dos últimos anos, um número cada vez maior de regras políticas foram desenvolvidas para além do Estado-Nação. Não só na União Europeia, que apresenta os seus próprios procedimentos para legitimar as regras que produz, as decisões políticas importantes são efetuadas por organizações como a OMC, FMI e pelo Banco Mundial⁷. A maior parte destas regras, normas e políticas de “*locais de governação para além do Estado-nação não contraria a lei como obrigatória numa conceção tradicional de normas jurídicas*”⁸. Cumpre-se assim, o critério formal de se promulgar pelas autoridades competentes. Por vezes, definem-se as normas centradas em grupos específicos de pessoas e são fundamentais na previsão do comportamento. A

⁵ STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto* in European Law Journal, 2004, pp. 653-674; HESSELINK, M., *The Politics of a European Civil Code* in European, ob.cit. pp. 675-697.

⁶ Cfr. KENNEDY, D., *Form and Substance in Private Law Adjudication* in Harvard Law Review, 1976, pp. 1685-1778.

⁷ R. MICHAELS and N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization* in American Journal of Comparative Law, 2006, pp. 843-890.

⁸ TEUBNER, G., *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems* in American Journal of Comparative Law, 1997, pp. 149-169.

legitimidade da lei foi encontrada nas leis da natureza no século XVII e XVIII e na legislação política e democrática no século XIX e XX. É de salientar que desde o século XVIII, a democracia estava diretamente, associada ao Estado e, transcendia as fronteiras de um território e de um povo⁹.

Existem três argumentos para a demonstração tradicional do Direito Privado Europeu:

- *A legitimidade através da competição jurisdicional.*

Ou seja, através da caracterização da responsabilidade prevista, o cerne do conceito consiste numa relação entre os atores relevantes e um fórum através do qual pode ser estabelecido de diferentes formas. A este aspeto, a teoria da concorrência jurisdicional, desenvolvida por Charles Tiebout¹⁰, dá ênfase às liberdades de escolha, como regime jurídico aplicável, como é o caso da grande parte da lei do Contrato. A concorrência jurisdicional continua a ser fundamental como alternativa para a legislação centralista na área de Direito dos Contratos, a base do DCFR. Algumas das vezes, os Estados-Nação são vistos como legítimos legisladores democratas, embora, num mundo cada vez mais globalizado e interligado, não exista nenhuma relação necessária entre o Estado-Nação e a legitimidade da lei. O DCFR disponibiliza informações essenciais sobre termos, princípios, regras fundamentais e legais, que podem ser utilizadas pelo legislador europeu, o qual representa uma fonte de inspiração¹¹, para o Tribunal de Justiça e tribunais nacionais, como um código facultativo para as partes contratantes, que desejam que o DCFR seja a lei aplicável ao contrato¹².

- *A participação e a experiência com instrumentos opcionais.*

Esta visão é muito tradicional de entrada democrática e claramente contrariada pela experiência com a elaboração de códigos civis nacionais. Assim, a decisão final sobre a promulgação de um código é efetuada pelos parlamentos nacionais.

- *Desconstruindo a democracia*

⁹ MICHAELS and JANSEN, op. cit., p. 879, *apud* J. M. SMITS, *Democracy and (European) Private Law: A Functional Approach*, p. 29.

¹⁰ C. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures* in *Journal of Political Economy*, 1956, pp. 416-424, *apud* J. M. SMITS, ob. cit., p. 29.

¹¹ A propósito de fonte de inspiração *Vd.*, C. Von BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLTE(Eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, Outline Edition, München: Sellier European Law Publishers, 2009, Intr. 6-8, p. 7; W.HESSELINK, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law* in *Tulane Law Review*, Vol. 83, nº4, 2009, p.970 ss, referindo a necessidade de coordenação entre o DCFR e a proposta de Diretiva Consumidores, mostrando assim como o Draft pode ser mais do que uma “*terminological toolbox*”, mas fonte de inspiração.

¹² “European Commission, Communication on European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward, COM (2004) 651 final, Official Journal, 2005, C 14/6”, p. 14.

O conceito de democracia é desconstruído em vários blocos. É possível estabelecer se essas funções são cumpridas ao nível de legislação europeia. Neste contexto, a legitimidade da lei deve ser considerada ao nível da área do Direito Privado.

Subcapítulo 2 - *Principles of European Law. Service Contracts*

Os Princípios de direito europeu sobre contratos de serviços foram desenvolvidos por um grupo de académicos europeus em Janeiro de 2007, e regulam as relações contratuais na União Europeia entre clientes e prestadores de serviços. Estas relações jurídicas que são abrangidas pelo PEC SC localizam-se na área de interesse do contrato de construção da lei, ou seja, todos os contratos feitos entre arquitetos, engenheiros, consultores. O PEL SC constitui uma iniciativa mais ampla que irá conduzir à criação de Código Civil Europeu¹³ no futuro e, que se relaciona com a unificação do Direito Privado.

Os Princípios do Direito Europeu de Contratos (PECL) disponibilizam regras gerais aplicáveis a todo o tipo de contratos, independentemente do seu objeto e das partes. São regras gerais e abstratas, embora com funções importantes que garantam a integridade normativa. Assim, para além do Direito Geral dos Contratos que está incluído no PECL, os Princípios de Direito Europeu, que foram desenvolvidos no âmbito do Grupo de Estudo do Código Civil Europeu¹⁴, estão relacionados com os contratos de vendas, serviços e contratos comerciais de longo prazo.

Existe uma inter-relação entre a DCFR, os Princípios do PECL e os Princípios do Direito Europeu dos contratos de prestação de serviços. Estes três sistemas normativos só podem ser aplicados no caso em que ambas as partes chegarem a acordo sobre a sua aplicabilidade¹⁵.

Segundo EIDENMÜLLER¹⁶, o PECL baseia-se no Direito Comparado e obteve autoridade com base no seu conteúdo persuasivo. Embora não tenha incluído todos os princípios de Direito Civil, os quais são completados pelo PELSC, estes estão centrados especificamente nos contratos de serviços. Assim, o PELSC em associação com o PECL constitui um quadro geral europeu sobre contratos de serviços com o objetivo de fornecer às partes o sistema jurídico como ponto de referência.

¹³ Neste momento os Tratados não atribuem competência para a adoção de um Código Civil Europeu, art.114º TFUE e art. 352º TFUE.

¹⁴ Consultar www.sgecc.net.

¹⁵ BARENDRECHT, et al., *Principles Of European Law, Services Contracts* (PEL SC), München, Sellier, 2007, p.127.

¹⁶ EIDENMÜLLER, F. Faust, H. Ch. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems* in Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28, no. 4, 2008, p. 660-661.

A maior parte dos redatores do PEL SC utilizaram uma técnica legislativa semelhante à legislação proposta para o contrato de serviço, embora com uma parte geral aplicável a todos os contratos¹⁷.

Assim, em termos legislativos, e no âmbito do PEL SC o artigo 1:101, aplica-se a contratos em que uma das partes “profissional ou prestador de serviços”, realiza um serviço a favor da outra parte, o “cliente”, em troca de uma remuneração. Através deste artigo, o legislador europeu abrange toda a atividade económica dos serviços de Direito Civil e Comercial, pois regula seis contratos de serviços específicos e, apoia a aplicação analógica de outro serviço inominado. Somente se exclui no artigo 1:101 o contrato de transporte, o contrato de seguro e a garantia de contratos financeiros.

Este contrato de serviços é considerado como equilibrado entre as partes, pois estas estão sujeitas a um dever de cooperação mútua e de informação, para um bom desenvolvimento do contrato. Deste modo, a igualdade de direitos e obrigações das partes no contrato é considerado como um dos elementos que define o contrato.

No artigo 1:103 está descrito que o credor tem a obrigação legal de avisar o cliente quando este se sentir desorientado, antes da celebração do contrato. Por outro lado, o artigo 1:110 está relacionado com a obrigação de informação e alerta para o agente, surgindo como resultado das informações ou instruções específicas recebidas do cliente¹⁸.

Os quatro princípios de base do DCFR são a liberdade contratual, a segurança, a justiça e a eficiência, em níveis diferentes e com importâncias distintas. A liberdade é o elemento mais importante relativamente aos contratos. Todavia, a segurança, a justiça e a eficiência são também fundamentais para outras áreas. No âmbito do Direito Privado, estes valores não são como um fim, mas sim como um meio para atingir outros fins.

O princípio da segurança do Direito Privado é considerado de diversas formas, nomeadamente, através da segurança das pessoas na condução da sua vida, tendo em conta os temas que podem ser ameaçados. Serão, essencialmente, as invasões ilegais dos seus direitos e interesses. Assim, o Direito moderno lida igualmente com a falta de informação em relação aos termos do contrato.

As várias premissas foram desenvolvidas num momento em que a maioria dos contratos eram mais simples e em que as partes poderiam compreender de forma fácil. Os termos

¹⁷ Von BAR, C., *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, ERCL, Vol 3, p. 350-361.

¹⁸ Tradução livre: 2:103 PEL SC: "Dever de cuidado do construtor", 3:104 PEL SC: "Dever de cuidado do processador", 4:105 PEL SC: "Dever de cuidado do armazenista", 5:104 PEL SC: "Dever de cuidado do designer", 6:104 PEL SC: "Dever de cuidado do prestador de informação", 7:104 PEL SC: "Dever de cuidado do prestador de tratamento".

padrão são muito úteis, embora haja o risco das partes não compreenderem o seu conteúdo. A legislação europeia em vigor aborda este aspeto e dá proteção ao consumidor nos contratos. No entanto, as leis de alguns Estados-Membros reconhecem o problema e este pode existir também ao nível das empresas. De forma específica, quando uma das partes não dispõe de conhecimentos suficientes, o DCFR contém os controlos que lidam com problemas semelhantes em contratos de consumo.

Da mesma forma, o PECL constitui um quadro geral que é aplicado a todos os tipos de contratos, não dependendo do estatuto. Disponibiliza um ponto de referência válido para facilitar a compreensão e desenvolvimento dos sistemas jurídicos dos vários membros da União Europeia. Desde a sua publicação, o PECL está baseado no Direito Comparado.

Num momento em que a elaboração de um Direito Europeu dos contratos tem atenção da comunidade jurídica, torna-se possível questionar se a construção de uma base legal comum não seria importante como meio auxiliar para a elaboração de princípios orientadores do Direito Europeu. O objeto destes princípios é distinto do objeto dos Princípios do Contrato de Direito Europeu. Assim, pode-se referir que o último projeto tem como objetivo a regulação geral do Direito dos Contratos. Para este fim, existe um conjunto de regras específicas que se destina a governar a formação e execução de um contrato.

Este sistema pode ser completado através de regras gerais que possam presidir à elaboração de cada uma das regras específicas que estejam previstas nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos. É assim, uma questão de determinar as premissas através das quais se pode constituir um Direito Europeu dos contratos como um todo.

Existe assim, uma disposição que estabelece o Princípio da liberdade contratual na atual versão do PECL, artigo 1:102, a qual descreve que:

(1) As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo, sem prejuízo dos requisitos de boa-fé e de lealdade, e as regras obrigatórias constituídas por esses Princípios.

(2) As partes podem excluir a aplicação de qualquer dos princípios, nem derrogar ou variar os seus efeitos, salvo disposição em contrário por esses princípios.

Por outro lado, não se torna muito útil a reprodução da regra do parágrafo 2 do artigo 1.102¹⁹, que descreve em que medida é possível derrogar os Princípios. Esta regra pode

¹⁹ Em concordância com o Art. IV.C.- 1:202 DCFR.

ser mantida, então no capítulo I, porque dispõe de uma afirmação do Princípio Geral da Liberdade do Contrato, com a finalidade de particularizar uma das suas aplicações específicas. O artigo 1:103 dos Princípios do Direito Europeu dos contratos, detalha a limitação da liberdade contratual através de regras obrigatórias. Permite, igualmente, que as partes "optem por ter o seu contrato regido pelos princípios, com o efeito de que as regras nacionais não são obrigatórias", (1), com exceção das regras que se aplicam independentemente da lei que rege. E, (2), a liberdade das partes a apresentar o seu contrato com os Princípios do Contrato Europeu, permitindo assim, a aplicação de normas imperativas nacionais, como leis obrigatórias²⁰. Estas regras são "*expressivas de uma política pública fundamental do país a adoptar e ao qual deve ser dado efeito quando o contrato tem uma ligação estreita com este país*".

Um elevado número de regras que estão inseridas nos Princípios são aplicações específicas do Princípio de Liberdade Contratual, uma liberdade que determina o conteúdo do contrato e, implica necessariamente, a liberdade de determinar o lugar de execução das obrigações, artigo 7:101 (1) PECL.

Todos os sistemas jurídicos no seio da União Europeia reconhecem que a liberdade de contrato é limitada por regras obrigatórias. A maioria destes sistemas legais distingue-se entre normas imperativas e normas supletivas, não obrigatórias. Os vários sistemas jurídicos utilizam conceitos de ordem pública para determinar o que é considerado um contrato legítimo. De uma forma geral, estes contratos são considerados ilegais e inaplicáveis perante um tribunal²¹.

Por outro lado, o princípio através do qual o contrato só pode produzir os efeitos entre as partes não está figurado nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos. Estes somente incluem uma exceção a este princípio, no artigo 6:110, que descreve a estipulação em favor de um terceiro, *stipulation pour autrui*²².

²⁰ *Principles of European Contract Law*, Parte I e II, editado por OLE LANDO e HUGH BEALE, 2000, pp. 102.

²¹ *Principles...*, Part III, op. cit. p. 211.

²² Acquis Group: "No provision on the effect of the contract in respect of third parties has been proposed". Cfr. Art 6:110 (1) PECL: "A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded". No mesmo sentido, Art.7:101(3) PEL SC e Art. 8:101(3) Parte C, Livro 4 do DCFR.

Capítulo 2 - O Contrato Europeu de Serviços

Subcapítulo 1 - O âmbito de aplicação dos Princípios PEL SC ao contrato de serviços

A área dos serviços tem sido subdesenvolvida há muitos anos à margem da lei²³. As codificações existentes apresentam disposições de natureza rudimentar que formam a base de um sistema geral de serviços²⁴. Em alguns sistemas legais, têm sido desenvolvidos um ou dois modelos de âmbito geral, com base no contrato de trabalho. Embora seja pertinente referir que existem algumas exceções na aplicação destas regras, por serem bastante numerosas e mais ou menos acidentais, de uma forma geral, as normas que regem os contratos de serviços representam um conjunto de regras desenvolvidas pelo tribunal e pelos legisladores, sem ter atenção às regras que se assemelham a outros serviços.

Foi no início dos anos 1990, que existiu uma tentativa de previsão de regras sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços, embora tenha sido encontrada alguma resistência, que a própria Comissão foi obrigada a retirar. Assim, posteriormente, em 2006, houve nova tentativa de aplicar regras gerais em relação aos serviços do mercado interno, as quais foram promulgadas²⁵, embora não se apliquem aos principais tipos de serviços. Como consequência, a Diretiva 2006/123/CE, não inclui as regras materiais que apresentam um efeito específico em relação ao contrato entre o prestador de serviços e o seu cliente. É de salientar que as exceções mais observáveis são os requisitos de informação, descritos no artigo 22º, que obriga os Estados-membros a garantir que o prestador do serviço disponibilize as informações necessárias aos seus clientes de modo a estes estarem devidamente informados, nomeadamente, no que se relaciona com a identidade e a sua localização, bem como os termos padrão contratuais que serão aplicáveis e o preço do serviço²⁶. Esta proposta de Diretiva 2006/123/CE inclui as regras que abrangem os contratos de venda ao consumidor, os contratos de

23 LOOS, M.B.M., *Service contracts*, in HARTKAMP, A., *et al.*, Towards a European Civil Code, Fourth Revised and Expanded Edition, The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 759.

24 Por exemplo, §675 do BGB, o artigo 1.779 do Código Civil francês e dos artigos 7:400 ff. do *Burgerlijk Wetboek* (BW) holandês *apud* M.LOOS, *ob. cit.*, p. 759, nota 2.

25 Directiva 2006/123 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, JO 2006, L 376/36.

26 Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, de 8 de Outubro de 2008, COM (2008) 614. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614>

serviços ao consumidor. São exceções, as regras gerais que dizem respeito a cláusulas contratuais abusivas e os requisitos de informação pré-contratual do artigo 5º.

Os Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Serviços (PEL SC)²⁷, que foram publicados no ano de 2007, tiveram como objetivo preencher o vazio relacionado com o Direito dos contratos de serviços, nomeadamente, no quadro de relações contratuais assumidas no âmbito da União Europeia.

Os autores do PEL SC decidiram tomar novamente a abordagem sobre o tema dos contratos de serviços, como resultado da ausência de um corpo coerente de direito dos serviços, a nível europeu e nacional. Desta forma, não se generalizaram os conjuntos subdesenvolvidos e incoerentes de regras, mas sim a aplicação de regras dos serviços e atividades, tendo como base a comparação ao nível funcional entre os serviços prestados. Com o objetivo de cobrir o máximo de serviços possível, a capacidade de investigação era limitada, conseguindo-se lidar com seis serviços, destarte a construção, o processamento, o depósito, design, conselhos e informações (entre os quais nós originalmente distinguimos), e tratamento²⁸.

No que se relaciona com a construção, esta foi centrada nos serviços do empreiteiro da construção civil, na informação e aconselhamento e, no tratamento, neste último caso nos serviços prestados pelo médico. Estes aspetos continham regras próprias com base na análise comparada da legislação em relação aos contratos tipo e Jurisprudência.

Foi então desenvolvido um capítulo geral sobre contratos de serviços adicionando nos capítulos seguintes as regras adicionais específicas a cada um deles.

As “Disposições Gerais” do capítulo 1 do PEL SC incluem as regras relacionadas com o dever de execução do prestador de serviços, o preço que é exigido ao cliente, dever do cliente na cooperação com o prestador de serviços, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações e as instruções dadas pelo cliente. Ao nível de legislação, o artigo 1:114²⁹, descreve os problemas relacionados com a alteração das circunstâncias e limites de responsabilidade, o artigo 1:115³⁰, com a rescisão do contrato.

²⁷ *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)*. Prepared by Maurits BARENDRECHT, Chris Jansen, Marco Loos, Andrea Pinna, Rui Cascão, Stéphanie van Gulijk, Sellier, Bruylant, Oxford University Press, 2006.

²⁸ O número de atividades escolhidas como um ponto de partida para o desenvolvimento do SC PEL.

²⁹ Tradução livre: **Artigo 1:114**: Limitação de Responsabilidade

(1) O fornecedor de serviços não pode limitar nem excluir a responsabilidade por morte ou danos pessoais causados pela execução do serviço.

(2) O prestador de serviços pode limitar ou excluir a responsabilidade por danos, exceto por morte ou lesão física, causada pela execução do serviço, se, no momento da celebração do contrato, o prazo para a medida pode ser considerado justo e razoável nas circunstâncias do caso, salvo disposição em contrário, nos capítulos 2-7.

³⁰ Tradução livre: **Artigo 1:115**: Cancelamento do Contrato de Serviço

(1) O cliente pode cancelar o contrato a qualquer momento.

A incapacidade de produção de regras para todos os tipos de serviços, representa um problema na regulação da relação contratual entre o cliente e o terceiro. Esta relação requer uma regulamentação mais específica, senão seria somente regida pelas disposições gerais sobre os contratos de serviços descritos no capítulo 1 da PEL SC e, nos capítulos 1 e 2 do Livro IV.C do DCFR.

Subcapítulo 2 - O dever de informação ao consumidor

Ao nível legislativo, o artigo 1:103 PEL SC prevê as obrigações legais do prestador de serviços, antes da celebração do contrato, no sentido de avisar o cliente quando este não entende ou está desorientado³¹. Este instrumento tem como intuito proteger o consumidor, que não tenha conhecimento suficiente sobre a área, para discernir o serviço a contratar de forma responsável. Deste modo, a não ocorrência desta regra, tem algumas consequências para o prestador, tais como:

- a) Não pode exortar qualquer modificação de serviços contratuais com base nas circunstâncias adversas que surgem no desenvolvimento do serviço se não avisou oportunamente o seu cliente;
- b) O cliente pode reclamar a indemnização pelos danos sofridos. Neste ponto, a referência ao artigo 4:107 do PECL sugere que essa compensação se refere a uma satisfação do interesse negativo, ou seja, o direito do cliente para retornar a uma situação o mais próxima possível ao que teria sido realizada se não fosse a falha do seu dever de avisar.

O dever de alertar sobre os riscos e as dificuldades pode ser dado antes do início da execução do prestador de serviços, base do princípio geral do direito dos contratos de agir de boa-fé em relações contratuais e também durante a formação do contrato (Art. 1:201 PECL). Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal consolida a doutrina segundo a qual a responsabilidade dos profissionais se estima como um aconselhamento e informação prévia, nomeadamente, nos serviços prestados por advogados ou médicos.

(2) Se o contrato é cancelado ao abrigo do presente artigo, o prestador de serviços tem o direito a indemnização por danos na medida em que estaria se o contrato tivesse sido devidamente realizado. Tais danos cobrem o prejuízo que o prestador de serviço sofreu e o ganho de que o prestador de serviço teria.

³¹ Em concordância com o Art. 2:102 DCFR: "pré-contractual duties to warn". A que corresponde no Direito português a boa-fé nas relações contratuais.

O artigo 1:110 refere-se à obrigação de informação durante o desenvolvimento do serviço. O aviso, neste contexto, tem o mesmo objeto que tem a informação pré-contratual, a possibilidade de não obter o resultado que é desejado, ou a aferição de outros interesses do cliente. O artigo referido, inclui o dever de aconselhamento e informação durante o contrato, e o prestador de serviços deve assegurar que o cliente entende a informação de forma clara³².

A regulação do contrato de serviços, nos recentes instrumentos de legislação europeia estabelece assim, o dever de informação do prestador de serviços como uma obrigação legal e, torna-se fundamental para a influência do Direito Europeu, em relação à proteção do consumidor nos casos em que o cliente não apresente experiência anterior.

No caso do dever de informação ao cliente, na saúde, pode-se referir que em termos legislativos, o paciente tem o direito de tomar ou recusar os cuidados de saúde e, tem o direito de ser informado sobre a sua situação, alternativas possíveis de tratamento e da evolução da sua condição³³.

De referir que a União Europeia tem perfeita consciência da ainda fraca responsabilização dos prestadores de serviços médicos e das dificuldades de prova dos danos causados por estes aos pacientes. Ainda assim, e face à diversidade de ordenamentos jurídicos e diversas e variadas abordagens a este assunto, a União Europeia, nada faz. Esta omissão, protege mais os prestadores de serviços médicos do que os pacientes³⁴, enquanto consumidores destes serviços. A relação que se estabelece entre o médico e o seu paciente é, pela sua própria natureza, assimétrica e desnivelada. O paciente é a parte frágil, desconhece totalmente a ciência a que se vai submeter. Assim, o Direito do Consumo, tem sido apontado por alguma doutrina como uma resposta a este tipo de relações³⁵.

³² Em concordância com o Art. 2:108 DCFR: “Contractual duty of the service provider to warn”.

³³ Informar sobre os custos do tratamento proposto, seria, na nossa opinião, da maior relevância na proteção do paciente como consumidor, mesmo que não seja um consumidor convencional. Sobre a necessidade de proteção judicial dos pacientes consumidores nos Estados Unidos da América ver Mark HALL, *Patients as Consumers: Courts, Contracts, and the New Medical Marketplace* in Michigan Law review, Vol. 106:643, 2008, pp. 643-690.

³⁴ Ver Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa aos direitos dos consumidores, onde se pode ler que “Os cuidados de saúde requerem uma regulamentação especial devido à sua complexidade técnica (...) pelo que as disposições da presente diretiva não são adequadas aos cuidados de saúde, que, por conseguinte, se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação”.

³⁵ Muitos países consideram a prestação de serviços médicos como uma relação de consumo, nomeadamente, no Brasil que aplica o Código de Defesa do Consumidor e, em Espanha, com a Ley General para a Defensa de los Consumidores y Usuarios, Lei 26/84 de 19 de Julho e também o sistema de responsabilidade objetiva para compensação dos danos sofridos pelo consumidor. Entre nós, a Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96 de 31 de Julho, que exclui as relações médico-paciente no art. 23º. Para a conceção de doente como “consumidor de cuidados de saúde”, Vd. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 354-360, que defende interpretação restritiva do art. 23º da Lei 24/96.

Ainda no âmbito da responsabilidade dos prestadores de serviços, importa salientar a proposta de Diretiva de 9 de Novembro de 1990, relativa à responsabilidade do prestador de serviços³⁶, elaborada pelo Conselho da União Europeia e apresentada pela Comissão numa iniciativa sobre a política de defesa dos consumidores, nomeadamente a “promoção da segurança dos produtos e serviços e a melhoria da informação respeitante à qualidade dos produtos e serviços” e que se relaciona com a ideia base da anterior Diretiva sobre produtos defeituosos de 1985³⁷. Esta proposta resultou da necessidade da unificação do regime da Diretiva de 1985³⁸, sobre produtos defeituosos, que consagrou um regime de responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos produtos defeituosos, embora tendo lançado o mecanismo da inversão do ónus da prova da culpa, o que pretendia facilitar a posição do consumidor, mas na verdade o regime continua a ser o da responsabilidade subjetiva.

As razões subjacentes a esta proposta centravam-se na segurança dos serviços de forma a aumentar a confiança dos consumidores na União no mercado dos serviços, através da harmonização do regime de responsabilidade civil de modo a evitar disparidades entre os Estados-Membros, quer quanto à definição de serviços quer quanto ao nível de proteção concedido pelos direitos nacionais. No entanto, esta proposta teve uma reação negativa do Comité Económico e Social e do Comité permanente dos médicos da Europa, a fim de evitar uma medicina defensiva e os avanços da ciência, bem como uma melhor reflexão sobre a responsabilidade do prestador dos serviços, na questão da inversão do ónus da prova, no caso específico dos serviços médicos.

Subcapítulo 3 – O Contrato de Tratamento – “Treatment”

O Livro IV.C DCFR tem a mesma metodologia do PEL SC. O DCFR³⁹ foi elaborado tendo por base o estudo comparado dos sistemas jurídicos nacionais, fruindo como apoio os trabalhos existentes sobre harmonização e unificação do direito privado europeu, destarte, as diretivas sobre proteção dos consumidores⁴⁰ e, os PECL. Uma das

³⁶ COM (90) 482 final – SYN 308, apresentada pela Comissão a 9 de Novembro de 1990 (91/C 12/11).

³⁷ NUNES, MANUEL ROSÁRIO, *O Ónus Da Prova Nas Acções De Responsabilidade Civil Por Actos Médicos*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 79 e ss.

³⁸ Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Para uma análise a esta diretiva: C- 495/10, de 27/10/2011 TJUE, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=c-495/10&td=ALL>.

³⁹ General Provisions (Book I); Contracts (Book II); Obligations (Book III); Specific Contracts (Book IV); Benevolent Intervention in another affairs (Book V); (...)

⁴⁰ Directivas 85/577/CEE; Directiva 93/13/CEE; Directiva 97/7/CE; Directiva 201/83/EU; Directiva 1999/44/CE entre outras.

suas funções é servir de orientação tanto ao legislador comunitário como ao legislador nacional e, assim, potenciar a harmonização dos diferentes direitos civis nacionais da UE⁴¹.

São normas ditas de *soft law*, mas ainda assim de grande interesse doutrinal, nomeadamente em matéria de contratos de serviços, tendo em conta que muitas ordens jurídicas nacionais⁴², salvo algumas exceções, a prestação de serviços aparece ainda com algum vazio normativo.

A parte C do DCFR, tem como sistematização na parte geral um capítulo 1 e 2, aplicáveis a todos os contratos de serviços e, uma parte especial, nos capítulos 3 a 8⁴³, onde estão regulados os seis específicos contratos de serviços⁴⁴. O Art.1:101 PEL SC contém um paragrafo que não foi incluído no DCFR onde constava que quando, mediante um contrato, uma parte se compromete a prestar um serviço ou a realizar uma prestação diferente das tipificadas, a essa relação jurídica será aplicável o capítulo I sobre normas gerais e, *mutatis mutandis*, também o disposto nos capítulos sobre as concretas modalidades de serviços que são objeto de regulação⁴⁵, pois os serviços constituem uma atividade profissional e empresarial muito vasta e variada, sendo que assim não fica uma lacuna de regulação a nenhuma situação fáctica sobre serviços.

Assim, temos um capítulo (IV.C.-1:101) onde se descreve a figura jurídica de regulação, o que se exclui deste âmbito de aplicação (IV.C.-1:102) e como se resolve prioridades de aplicação de normas sobre conflitos. O capítulo 2 contém a parte geral sobre serviços e, a seguir os capítulos 3 a 8⁴⁶.

O princípio da autonomia da vontade das partes é um princípio essencial e que caracteriza o contrato de serviços e, por isso, as regras de DCFR são aplicáveis sempre e somente por acordo das partes.

No Código Civil português, não existe uma parte geral dos contratos de serviços, estes são regulados nos arts. 1154^o e ss, tendo apenas três modalidades específicas, sendo

⁴¹ *Vd.*, Sobre o estudo comparado dos sistemas nacionais, JANSEN, N., ZIMMERMANN, *A European Civil Code in All But Name...* in Cambridge Law Journal, 2009, pp. 98-112; C. Von BAR, *Coverage and Structure of the Common Frame of Reference*, ERCL, 2007.

⁴² Espanha, por exemplo, regula a Empreitada, mas pouco mais.

⁴³ *Vd.*, Chapter 8: *Treatment*, Book IV, Part C: *Services in Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 1932 e ss.

⁴⁴ *Model Rules*,..., Full Edition, cit., 2009, Vol. 2, pp. 1599, nota 1 ao Art. IV.C.1:101, onde se explica a origem desta sistematização no *Common Law*.

⁴⁵ PEL SC, p. 139.

⁴⁶ A atividade médica está expressamente excluída da Directiva 2006/123/CE, de 12/12/2006, relativa aos serviços no mercado interno, Considerando 22: “A exclusão dos cuidados de saúde do âmbito de aplicação da presente directiva deverá abranger os serviços de prestação de cuidados de saúde e os serviços farmacêuticos prestados por profissionais da saúde a doentes com o objectivo de avaliar, manter ou restabelecer o seu estado de saúde nos casos em que essas actividades estejam reservadas a uma profissão de saúde regulamentada no Estado-Membro em que os serviços são prestados”.

extensíveis a outros serviços, as normas do Mandato. E, por isso, o direito europeu dos contratos abre imensas possibilidades legiferantes no campo contratual nacional⁴⁷. Assim sendo, analisemos alguns dos artigos do capítulo 8⁴⁸, do DCFR:

IV.C.- 8:101: “Scope”

Nos comentários a este artigo, sobre o âmbito de aplicação do contrato de tratamento, é delimitado nos parágrafos (1) e (2), o tipo de prestação abrangido⁴⁹ por este contrato, incluindo-se não só o tratamento médico mas também qualquer ato ou prestação que possa ser capaz de “alterar ou afetar a condição física ou mental de uma pessoa”⁵⁰.

No parágrafo (3) estende-se os direitos e deveres deste capítulo a situações onde o paciente não foi parte do contrato de serviços médicos, sendo o caso paradigmático aquele em que o paciente tem um seguro médico. A questão do âmbito de aplicação abrangida pelos parágrafos (1) e (2), suscita dúvidas no caso em que os cuidados de saúde são prestados por pessoas que não sejam médicas, por exemplo, um psicanalista, ou no âmbito da medicina alternativa, *bodypiercing* entre outros, sendo que quanto a farmacêuticos é claro que não se aplica. Existem casos em que não há a necessidade de cura, como na medicina estética, esterilização, medicina tropical, paliativa, para enumerar apenas estes, mas no entanto, “modifica a condição física ou mental”. O argumento que está subjacente aos comentários a este artigo para esta extensão à regulação a outros tratamentos não médicos – desde que capazes de influenciar a condição física ou mental – não é critério decisivo porque muitos outros serviços cumprem esta característica e, no direito comparado, existem regulamentações especiais sobre direitos dos pacientes, regras próprias de responsabilidade civil e deontológicas e, a profissão médica, para além de corporativa e exigente em termos de formação técnica, não permite, e encontraria muita resistência dos médicos, em se plasmar uma regra tão abrangente de aplicação, no direito nacional de muitos Estados Membros, incluindo Portugal.

⁴⁷ Em Espanha não está regulado o contrato de prestação de serviços no código civil, de forma que o DCFR serve como preenchimento de lacunas na Jurisprudência.

⁴⁸ Aplica-se, em princípio, onde houver relação contratual prestador-doente. Contudo, se no direito nacional a relação não puder ser qualificada como contrato de direito privado, este capítulo não se aplica.

⁴⁹ IV.C.-8:101 (1): This Chapter applies to contracts under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient; (2): It applies with appropriate adaptations to contracts under which the treatment provider undertakes to provide any other service in order to change the physical or mental condition of a person; (3): Where the patient is not the contracting party, the patient is regarded as a third party on whom the contract confers rights corresponding to the obligations of the treatment provider imposed by this Chapter”.

⁵⁰ DCFR, Full Edition, cit., comentário B ao Art. IV.C.- 8:101, p. 1934.

O parágrafo (2) poderá, no entanto, ser aplicado a estas situações, por analogia. A medicina não convencional tem vindo a ganhar cada vez mais importância e, serve este artigo o escopo de proteção do paciente assim como o interesse público da qualidade do sistema de saúde⁵¹. De notar que na Holanda, os profissionais de saúde excluídos do âmbito de aplicação do contrato médico no BW, são os farmacêuticos.

No novo contrato médico do BGB, excluem-se os veterinários, mas já não os farmacêuticos ou os massagistas e enfermeiros, psicoterapeutas e assistentes de obstetrícia.

O capítulo 8 cobre todas as situações mas não tem em conta as prestações médicas quando o paciente celebra o contrato diretamente com o hospital, de internamento ou assistência. Este capítulo é insuficiente na regulação destas prestações acessórias, do tratamento médico em sentido estrito, que seriam diretamente aplicáveis ao hospital, pois só contempla as situações relativas à segurança dos equipamentos e produtos utilizados (Art. IV. C.-8:103), sendo só cobertas se as entendermos como incluídas na obrigação geral de competência e diligência do Art. IV.C.-8:104. Assim, o médico responde contratualmente pelos seus próprios atos, mas também nos casos de incumprimento dos seus auxiliares ou dependentes. Para se fundamentar a responsabilidade civil extracontratual do hospital a jurisprudência recorre ao art.800º do Código Civil⁵². Em Portugal, o art.64º CRP, garante o acesso universal à saúde, é parte na CDHBio que produz efeito direto na lei⁵³ e, quando o tratamento é feito em hospital público, aplica-se o direito administrativo. Seria desejável considerar também a celebração de um contrato entre paciente e hospital, independente se é público ou privado⁵⁴. Na Holanda entende-se poder haver dois contratos: um com o médico e outro com a clínica⁵⁵.

Com André Dias Pereira, defendemos a tese do contrato como a regulamentação mais vantajosa em termos práticos, “como o direito de acesso aos registos clínicos e em caso

⁵¹ Ver, por exemplo, no direito nacional a Lei 45/2003 de 22 de Agosto – Lei de enquadramento base das terapêuticas não convencionais, que impõe a obrigação de respeitar a confidencialidade dos dados pessoais e de guardar sigilo. Nestes casos, a acupuntura, homeopatia e similares.

⁵² VAZ SERRA, *A Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes ou dos substitutos* in *BMJ* 72, p. 274 e p. 277.

⁵³ As normas que enunciam direitos individuais, precisas e incondicionais, devem poder ser invocadas perante as jurisdições nacionais nas relações com pessoas privadas, por exemplo nas relações médico-paciente, ou entre pessoas públicas, por exemplo nas relações paciente-hospital - são as chamadas normas “self-executing”. Consultado a 30-03-2015, em <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/I64.htm>.

⁵⁴ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33, defende que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada”, havendo apenas responsabilidade contratual da própria organização hospitalar.

⁵⁵ HONDIUS, Ewoud, *The New Dutch Law on Medical Services*, p. 2: “This implies that the patient sometimes has two contracts; one with the hospital authorities for nursing and care and one with the physician for examination and treatment”.

de acções de responsabilidade será mais favorável ao doente que pretende uma indemnização por eventos danosos no âmbito hospitalar, dada a inversão do ónus da prova da culpa, nos termos do art. 799º, nº1 do CC. Outra vantagem está presente no prazo de prescrição que é de 20 anos (art.309º do CC)”⁵⁶. Diz-nos o Autor que o fundamento para a tese da responsabilidade contratual do hospital público pode ser encontrado na aceitação de um *contrato de adesão*. Outro caminho será a figura das “*relações contratuais de facto*”, na sua vertente de “*relações de massas*” (*Massenverkehr*), resultantes de um comportamento social típico (*Sozial typisches Verhalten*)⁵⁷. Ou seja, a figura do contrato tem elasticidade suficiente para abdicar de alguns dos seus elementos clássicos (liberdade de contratar ou não, de escolha dos contraentes e de livre modelação do conteúdo, não pagamento do preço mas de taxa moderadora) e moldar-se às necessidades da evolução do direito e da sociedade, não afastando, no entanto, a compensação por danos não patrimoniais⁵⁸.

IV.C.- 8:102: “Preliminary assessment”

Este artigo prevê uma regra especial de obrigação de diagnóstico, que obriga o profissional a interrogar o paciente (anamnese) sobre o seu estado de saúde, sintomas, alergias e outras doenças, tratamentos prévios, bem como a informação sobre as suas preferências e prioridades em relação ao tratamento; (b) executar os exames necessários para o diagnóstico de saúde e condições de saúde do paciente e, (c) consultar outros profissionais de saúde envolvidos ou a existência de outros tratamentos.

IV.C. - 8:103:”Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises”

Relaciona-se com as obrigações relativas a instrumentos, medicamentos, materiais, instalações e estabelecimentos. Assim, a prestação correta do tratamento médico, não está dependente somente da diligência e da perícia do profissional, mas igualmente, do bom estado e funcionalidade de todos os equipamentos que estão associados ao ato médico.

⁵⁶ PEREIRA, André, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p.439.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 440. *Vd.*, também, *Model Rules*, Full Edition., Comments, Art.I.V.C.-8:101 DCFR, p. 1934.

⁵⁸ Sistema do cúmulo de responsabilidades no direito português, *Vd.*, entre outros, Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações e ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, p. 547 e ss. Neste sentido, Ac. STJ de 19/06/2001/01ª1008 (Pinto Monteiro). Um outro sistema é o sistema misto, onde o lesado pode optar pela responsabilidade contratual ou pela extracontratual, conforme julgue mais favorável em concreto, assim, Ac. STJ de 7/10/2010/1364/05.5TBBC.L.G1 (Ferreira de Almeida).

O DCFR ocupa-se desta questão, advertindo dos principais danos associados, tanto em termos de gravidade como em número. Na sua alínea a) e b) é descrita a importância e as consequências de equipamentos defeituosos, tendo como base de referência a infeção hospitalar, como necessidade de higiene por parte do prestador de serviços, diligências que estão descritas igualmente, no artigo seguinte.

IV.C.-8:104: “Obligation of skill and care”⁵⁹

O artigo precedente, como vimos, radica nas obrigações do prestador de garantir que o produto médico e as instalações não são defeituosos e, que o paciente está protegido de qualquer tipo de risco de infeção hospitalar. Neste sentido, o DCFR impõe uma regra de responsabilidade objetiva que se baseia na relação de causalidade entre o uso correto do produto pelo profissional e, as instalações sanitárias por outro lado. Em França o médico deve ser, com o seu paciente, atencioso, consciencioso e atualizado.

O Artigo 7:453 do Código Civil holandês diz explicitamente que, no exercício das suas atividades, um prestador de cuidados de saúde deve exercer o nível de cuidado esperado de um prestador de cuidados de saúde consciente e que deve agir de acordo com a responsabilidade esperada do profissional padrão para os prestadores de cuidados de saúde⁶⁰.

Em Portugal, a obrigação de competência e diligência⁶¹, está contido no direito nacional como uma obrigação do médico, um dever objetivo de cuidado integrado na obrigação principal⁶².

Enquanto na Dinamarca, Finlândia e Suécia, este dever não tem um *standard* objetivo, é baseado no sistema *no-fault* e num regime de compensação de danos. Contudo o DCFR descarta expressamente que os sistemas de compensação sem culpa sejam um regime válido de responsabilidade civil para os serviços médicos. É sugerido que a adoção destes sistemas vigentes na Finlândia, Dinamarca e Suécia, se devam articular fora do sistema de responsabilidade civil, através da figura do seguro ou de fundos de

⁵⁹ 8:104 DCFR “(1): The treatment provider’s obligation of skill and care requires in particular the treatment provider to provide the patient with the care and skill which a reasonable treatment provider exercising and professing care and skill would demonstrate under the given circumstances. (2): If the treatment provider lacks the experience or skill to treat the patient with the required degree of skill and care, the treatment provider must refer the patient to a treatment provider who can. (3): The parties may not, to detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects”.

⁶⁰ PEREIRA, André, *Medical Liability: Comparing “Civil Law” and “Common Law”* in R.G. BERAN (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, 35, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 593.

⁶¹ Esta diligência exigível ao médico é determinada de acordo com as regras deontológicas e as *leges artis*, com o estado da ciência e tecnologia. Ver também o Estatuto da Ordem dos Médicos, com regras próprias importantes para aferir e valorar o cumprimento ou incumprimento da “diligência profissional”.

⁶² Art. 9º (atualização e preparação científica) e Art. 35º (abster-se de actos que não estejam de acordo com as *leges artis*) do CDOM de 2008.

compensação, mas não como uma forma de responsabilidade civil dos profissionais de saúde ou dos hospitais⁶³.

Como o capítulo 8 do DCFR prevê regras especiais para as obrigações de diagnóstico (IV.C.-8:102 remete para o IV.C.-8:104), de segurança dos produtos médicos e instalações, de consentimento informado, assim como regras de registo clínico, o IV.C.-8:104, identifica o critério de imputação aplicável à obrigação de prestação de tratamento médico em sentido estrito. Por exemplo, quanto à informação, o *standard* de diligência exigível ao prestador, não parte do *standard* razoável do profissional médio, mas das expectativas de informação razoáveis do paciente médio.

No caso dos médicos especialistas, em Portugal, Espanha, Alemanha, Holanda entre outros, o grau de diligência e cuidado aumenta e é aferido no grau do especialista médio. Enquanto em Itália e França, este grau não aumenta com a especialização, sendo duvidoso no caso da Grécia. Na Dinamarca e Suécia o padrão para todos os médicos é o de especialista e, na Finlândia, o de um médico experiente.

Ou seja, a lei varia nos vários países da Europa e apresenta soluções também diversas neste domínio, bem como na medicina experimental.

Quanto ao ónus da prova da falta de cuidado e diligência também há diferenças, sendo em Portugal, Espanha, França e outros, o paciente a provar esse incumprimento, o dano e o nexo causal. Podendo ser invertido nos casos excecionais.

Na Holanda, o médico tem o dever de ajudar o paciente em tribunal, sendo o *leading case* na determinação do critério da diligência e cuidado, o caso *Speeckaert/Gradener, Hoge Raad 9 November 1990, NedJur 1991,26*, onde se disse que o “cuidado é o que se espera de um especialista razoável e hábil”⁶⁴. No mesmo sentido deve ser lido e interpretado o Art. 7:453 BW⁶⁵.

Em Portugal, a responsabilidade que gera é baseada na culpa. O médico, ou o prestador do serviço médico, deve agir como um competente, perito e qualificado (critério objetivo e abstrato), perante as circunstâncias, sendo este um critério subjetivo e concreto, ou seja, *lex artis had-hoc*^{66 67}, o que é compatível com esta disposição do IV.C.-8:104 do DCFR.

⁶³ *Model Rules*...., cit., p. 1953.

⁶⁴ *Model Rules*...., Full Edition, 2009, Comment D, 16., p. 1958.

⁶⁵ “The provider of the service, in the execution of his business, has to comply with the care of a good provider of the service, and acts in accordance with the responsibility he bears, arising from his professional standard”.

⁶⁶ Ver Art. 487º, nº 2 do CC; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental- Considerações de «lege ferenda»* in *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIII, Livraria Cruz, Braga, 1984, p. 100 e ss.

Analisemos em conjunto os três artigos seguintes:

IV.C.-8:105 “Obligation to inform”, IV.C.8:106: “Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment” e, IV.C. - 8:107: “Exceptions to the obligation to inform”:

O Art. IV.C.-8:105, no seu parágrafo (1)⁶⁸, identifica claramente o que o médico deve informar, mas não precisa o seu alcance, não obstante no parágrafo (2)⁶⁹ e, nos comentários, se definirem alguns critérios de determinação. Mais uma vez, os maiores problemas encontram-se na informação dos riscos e alternativas de tratamento⁷⁰. Não é possível exigir que seja facultativa a informação sobre todos os riscos associados⁷¹. No entanto, os comentários identificam os seguintes critérios para delimitar os riscos relevantes: a frequência e gravidade do risco, a urgência do tratamento e o seu carácter necessário⁷².

Esta conclusão está de acordo com a regra especial do Art. IV.C.-8:106 (1)⁷³, que exige esse alcance na medicina estética ou nos ensaios clínicos. Aqui, o paciente carece de

⁶⁷ O critério do profissional razoavelmente competente que atua em conformidade com as *legis artis*, diretrizes e protocolos de atuação aceites em geral e tidos como válidos de acordo com o estado atual da ciência, tendo em conta as circunstâncias em que o tratamento é prestado. *Model Rules*.....cit., p. 1951.

⁶⁸ 8:105 (1): “The treatment provider must, in order to give the patient a free choice regarding treatment, inform the patient about in particular: (a) the patient’s existing state of health; (b) the nature of the proposed treatment; (c) the advantages of the proposed treatment; (d) the risks of the proposed treatment; (e) the alternatives to the proposed treatment, and their advantages and risks as compared to those of the proposed treatment; and (f) the consequences of not having treatment”.

⁶⁹ 8:105 (2): “The treatment provider must, in any case, inform the patient about any risk or alternatives which might reasonably influence the patient’s decision on whether to give consent to the proposed treatment or not. It is presumed that a risk might reasonably influence that decision if its materialization would lead to serious detriment to the patient. Unless otherwise provided, the obligation to inform is subject to the provisions of Chapter 7 (Information and Advice)”.

⁷⁰ Ver Parte II, capítulo 2, sobre o dever de informação.

⁷¹ A respeito do conteúdo do dever de esclarecer, existem as teses do médico razoável, do paciente razoável ou abstrato e, do concreto paciente. Na primeira, considera-se que a informação é suficiente quando um outro médico razoável teria dado essa mesma informação ou quando esse *quantum* de informação for aceitável dentro da classe médica (*body of medical opinion*). Era tradicional em Inglaterra, ter esse critério, o modelo do *Bolam test* (Bolam versus Frien Hospital Management Committee, de 1957) na sequência do caso *Sidaway*, da House of Lords. Na segunda tese, os elementos relevantes são aqueles que uma pessoa média, naquele quadro clínico, julgaria necessários para tomar uma decisão. Não é o médico a medir o *quantum* da informação, mas sim o paciente. Na Austrália vigora este critério. Na terceira tese, do paciente concreto, o médico deve informar sobre o que o paciente individualmente exige. Alguma jurisprudência americana tem seguido ultimamente este critério. O que se entende aqui é que cada paciente tem necessidades distintas de informação em virtude das suas concretas características. Entre nós, tem sido defendido este critério por GUILHERME DE OLIVEIRA, que refere:” em bom rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto...corolário básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico”. Mais recentemente, no Reino Unido, o importante caso MONTGOMERY v. LANARKSHIRE HEALTH BOARD de 11 de Março de 2015, o Supremo Tribunal proferiu uma decisão diferente, num caso de negligência e consentimento e dever de informação sobre alternativas ao tratamento, que estavam bem definidas no caso *Bolam* e *Sidaway*. Casos em que se decidiu que o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos a propósito de um tratamento psiquiátrico, se outros médicos na mesma posição tivessem concordado com essa decisão. Agora, com o caso MONTGOMERY, reverteu-se esta prática, ou seja, o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos, se um “*reasonable patient*” tivesse concordado com essa decisão. Um paciente razoável não é um médico, por isso requer-se aos médicos que forneçam em detalhe a informação dos riscos improváveis e requer mais diálogo entre profissional e paciente antes do consentimento. O Tribunal considerou três pontos: os riscos significativos não podem ser reduzidos a percentagens; mais diálogo e, a exceção terapêutica é limitada, não deve ser usada de forma abusiva [par 86-91]. Ou seja, estamos agora perante o critério do razoável paciente teste. Para análise do caso, consultar: https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0136_Judgment.pdf.

⁷² DCFR Full Edition, cit., comentário B ao art. IV.C.-8:105, pp. 1969-1970.

⁷³ “*Unnecessary or experimental treatment*”. Os comentários a este artigo definem *Unnecessary treatment* como aquele que não é dirigido a melhorar a saúde física do paciente mas por outros motivos, e.g., cirurgia estética, odontologia, doação de órgãos. *Experimental treatment* aquele tratamento ainda numa fase de investigação e que pode beneficiar o paciente, mas em que os riscos

mais informação dada a ponderação do risco-benefício⁷⁴, para si próprio e para o avanço da medicina em geral.

Em relação a novas técnicas terapêuticas, o paciente terá interesse não só na informação normalmente divulgada sobre tratamentos inovadores, mas igualmente na informação sobre as alternativas⁷⁵ e sobre todos os riscos envolvidos. Para poder decidir entre um tratamento inovador ou um tratamento já aceite pela prática médica.

O dever de informação sobre todos os riscos também é maior no caso de tratamentos estéticos, uma vez que não há urgência ou é desnecessário de um ponto de vista médico. Esta orientação é unânime em quase todos os países europeus. Em relação aos ensaios clínicos, em Portugal é obrigatória a completa divulgação da informação, o consentimento por escrito e, a obrigação de um seguro de responsabilidade civil⁷⁶, pelos danos causados no ensaio^{77 78}. Nestes casos, e porque Portugal tem uma lei especial sobre ensaios clínicos, parece-nos de difícil compatibilidade com o direito nacional, a aplicação do regime do IV.C.-8:107 sobre as exceções ao dever de informação. Vejamos.

No IV.C.-8:107, a exceção ao dever de informação do parágrafo 1 (a) chama-se exceção terapêutica⁷⁹. Em certas circunstâncias, a revelação da informação pode resultar num prejuízo para a saúde ou vida do paciente. A doutrina aceita esta exceção, mas apenas nos casos em que a informação possa ter um impacto negativo no paciente, nomeadamente nos casos de doenças cardíacas ou mentais. Se o paradigma do paciente passivo está hoje ultrapassada, há doutrina que recusa a não divulgação da informação a todos os tipos de doentes. No entanto, a maioria aceita esta exceção, com a ressalva de que a informação deve, contudo, ser dada aos familiares ou interessados. A exceção terapêutica apenas perdura enquanto se mantiverem as causas da não divulgação, devendo o paciente ser informado, *a posteriori*, quando essas causas cessarem.

são ainda inesperados, p.,ex., um ensaio clínico ou uma nova técnica. *Vd., Model Rules...*, Full Edition, Comments A. General idea, p. 1981 e 1982.

⁷⁴ *Model Rules...*, cit., p. 1982 e ss.

⁷⁵ Quanto às alternativas ao tratamento proposto, os comentários colocam a questão de saber se o prestador deve informar sobre tratamentos médicos alternativos não convencionais e propõem uma solução aberta em função do que exige o *standard* de cuidado em cada caso.

⁷⁶ Lei 46/2004 de 19 de Agosto (Lei de Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano), que transpõe a Directiva 2001/20/CE de 4 de Abril (relativa à aproximação de disposições legislativas dos Estados Membros, respeitantes à aplicação das boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de uso humano, OJ 2001 L 121/34), e que revoga o DL 97/94 de 4 de Abril, Lei de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

⁷⁷ *Model Rules...*, cit., p. 1985.

⁷⁸ Nos termos do art. 13º da CEDHbio, é expressamente proibido o ensaio clínico que modifique o genoma humano.

⁷⁹ IV.C.-8:107 (1) "Information which would normally have to be provided by virtue of the obligation to inform may be withheld from the patient: (a) if there are objective reasons to believe that it would seriously and negatively influence the patient's health or life".

No parágrafo (1) (b)⁸⁰, o *direito a não saber* é reconhecido desde que a vida, saúde e segurança de terceiros, bem como interesses de saúde pública não sejam postos em perigo pela não divulgação da informação. A justificação deste direito assenta na autonomia do paciente⁸¹.

Finalmente, no parágrafo (2)⁸², se o paciente está incapaz para consentir devido a urgência ou inconsciência, a informação é adiada para mais tarde, após o tratamento, devendo as pessoas ou instituições responsáveis pelo paciente, ser informadas com prontidão. Este ponto está relacionado com a obrigação de obter o consentimento do artigo seguinte, IV.C.-8:108, parágrafo (3).

A doutrina da exceção terapêutica é aceite mas inflexível na Alemanha, onde é permitida apenas e só se a informação causar sérios danos à vida e saúde do paciente.

Na Holanda, nos termos do art. 7:448 (3) BW⁸³, a exceção terapêutica é igualmente aceite, mas restrita aos casos onde a informação possa causar danos ao paciente e, o médico deve consultar outro médico, antes de decidir não informar⁸⁴. No entanto, deve dar a informação a outra pessoa que não o paciente e, a este, assim que cessem as causas justificativas da não divulgação.

Igualmente, na Alemanha, no §630e (3) BGB⁸⁵, a exceção terapêutica é admitida nos casos de urgência do tratamento (havendo na maioria destes casos um consentimento presumido, hipótese expressa no §630d (1) BGB⁸⁶), de dispensa da informação por circunstâncias particulares do paciente e, no caso deste último ter explicitamente declarado não querer ser informado (o direito a não saber).

⁸⁰ “(b): if the patient expressly states a wish not to be informed, provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties”.

⁸¹ *Model Rules...*, cit., p. 1988.

⁸² “(2) The obligation to inform need not be performed where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later”.

⁸³ Tradução Inglês: 7:448 (3): “The care provider may only withhold the information from the patient as far as providing it would clearly cause serious harm to the patient. If the interest of the patient requires so, the care provider must give the information to a person other than the patient. The information shall be provided to the patient when there is no longer any danger of causing the harm referred to above. The care provider shall not use the authority referred to in the first sentence without having consulted another care provider on the matter”.

⁸⁴ A necessidade de consultar outro médico é criticada por alguma doutrina holandesa. Bibliografia citada em *Model Rules...*, Comments, p. 1989: B. Sluyters and Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Kluwer, 2005.

⁸⁵ Tradução Inglês: §630e (3) BGB: “ The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information”.

⁸⁶ “Consent”.

IV.C. - 8:108: "Obligation not to treat without consent"

A análise a estes artigos deveria ser em conjunto, como se diz nos comentários oficiais ao DCFR. O dever de informação é instrumental do direito do paciente a consentir no tratamento, para valorar se a informação foi suficiente, adequada e completa e, tomar decisões justificadas e aceitar o tratamento.

Há questões só do consentimento (capacidade, sujeitos, forma), e há questões só do dever de informação (alcance e forma).

O DCFR não coloca em comum os regimes das exceções. Os arts. IV.C.-8:107 e IV.C.-8:108⁸⁷, consideram a situação de urgência como exceções às obrigações de informação e de obtenção do consentimento, mas não mantêm um critério uniforme em relação ao papel dos familiares ou representantes legais do paciente. E o art. IV.C.-8:108 não menciona, em sede de consentimento, a exceção terapêutica.

No direito espanhol (Ley 41/2002), também não se fez melhor, sobre o titular do direito à informação e, nos termos do art. 5º, não se regula a situação de urgência, que é uma exceção ao dever de informação.

O princípio da autonomia do paciente é o fundamento axiológico tanto do dever do profissional de obter o consentimento, como do direito do paciente a recusar (parágrafo 1) o tratamento ou a revogar o consentimento a qualquer momento e de forma livre (parágrafo 2). Não se exige forma escrita⁸⁸, nem nos casos de tratamento estético ou desnecessário (parágrafo 6), nem nos tratamentos experimentais (o DCFR remete para os Estados a regulação destas matérias).

No parágrafo (3), a expressão "*the patient is incapable*", parece poder englobar tanto o menor⁸⁹ ou incapaz, como a pessoa inconsciente e aquela em situação de urgência. Ou

⁸⁷ 8:108 (1): "The treatment provider must not carry out treatment unless the patient has given prior informed consent to it. (2): The patient may revoke consent at any time. (3): In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless: (a): informed consent has been obtained from a person or institution legally entitled to take decisions regarding the treatment on behalf of the patient; or (b): any rules or procedures enabling treatment to be lawfully given without such consent have been complied with; or (c): the treatment must be provided in an emergency. (4): In the situation described in paragraph (3), the treatment provider must not carry out treatment without considering, so far as possible, the opinion of the incapable patient with regard to the treatment and any such opinion expressed by the patient before becoming incapable. (5): In the situation described in par (3), the treatment provider may carry out only such treatment as is intended to improve the health condition of the patient. (6): In the situation described in par (2) of IV.C.-8:106, consent must be given in an express and specific way. (7): The parties may not, to detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects".

⁸⁸ Nos direitos nacionais, por exemplo em Espanha com a Ley 4/2002, exige-se forma escrita para a revogação do consentimento, a recusa de tratamento, terapias invasoras, ensaios clínicos com medicamentos entre outros.

⁸⁹ Em Portugal a idade para consentir é de 14 anos, nos termos do art. 38, nº3 do Código Penal e art. 1878 CC. Para FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis...*, apud ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, cit., p. 344 e 345: "o doente, menor ou interdito, é parte no contrato celebrado pelo seu representante legal. A construção alternativa – contrato em que é parte um dos pais ou o tutor em favor de terceiro – não é conciliável com o direito potestativo de rejeição ou adesão pelo terceiro beneficiário da promessa (art. 447º, nº1) que, nestas situações, não é possível por incapacidade de quem o haveria de exercer".

seja, trata como exceções o consentimento por representação⁹⁰ e a urgência, quando só a urgência⁹¹ é uma exceção.

No parágrafo (4) o grau de incapacidade do paciente exige ao médico que respeite, na medida do possível, a opinião atual do paciente sobre o tratamento proposto ou a opinião expressada antes da sua incapacidade e de documentos de instruções prévias (ou declarações antecipadas de vontade). Nos comentários é referido que, em qualquer caso, a opinião do paciente não é vinculativa e a sua relevância varia em função das circunstâncias do caso concreto⁹², é assim uma regra aberta sobre a relevância da opinião do paciente.

O parágrafo (5), parece limitar o consentimento por representação aos tratamentos necessários para melhorar ou manter o estado de saúde do paciente, excluindo-se os tratamentos estéticos. Os comentários propõem que esta regra deva ser aberta, em função de cada direito nacional, a admitir os últimos avanços da bioética para solucionar situações em que o paciente se encontra em fim de vida.

Em relação ao consentimento nos tratamentos experimentais, o parágrafo (6) refere que deve seguir uma forma mais rígida, atendendo aos direitos nacionais e suas regras formais, para acautelar uma maior proteção dos pacientes, sendo obrigatório que o consentimento seja documentado e específico para um determinado tratamento experimental.

A fronteira entre o que é um ensaio clínico e um tratamento experimental ou inovador é muito ténue. A Diretiva 2001/20/EC de 4 de Abril de 2001⁹³, sobre ensaios clínicos, define no seu art. 1º, nº2 o conceito de boa prática clínica⁹⁴ e, exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento experimental, a investigação sobre tecidos, sobre o embrião, órgãos e sangue. Apenas inclui no seu âmbito os medicamentos de uso humano⁹⁵.

⁹⁰ Remete para os Estados, a regulação desta situação. *Model Rules...*, cit., comentário C, p. 1990.

⁹¹ O parágrafo (3) (c) não exclui a possibilidade de obter o consentimento assim que cesse a urgência. Em relação aos menores de idade, também a obtenção do consentimento no caso de urgência, é uma obrigação do médico assim que cesse essa urgência. Os casos do parágrafo (3) (b) relacionam-se com a saúde pública, regulados em legislação dos Estados.

⁹² *Model Rules...*, Comentário C ao art. IV.C. 8:108, cit., p. 1994-1995.

⁹³ Disponível em http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_20/dir_2001_20_pt.pdf.

⁹⁴ Art. 1º, nº 2: “As boas práticas clínicas constituem um conjunto de requisitos de qualidade, em termos éticos e científicos, reconhecidos a nível internacional, que devem ser respeitados na planificação, na execução, no registo e na notificação dos ensaios clínicos que envolvam a participação de seres humanos. A observância dessas boas práticas constitui uma garantia de protecção dos direitos, da segurança e do bem-estar dos participantes nos ensaios clínicos, bem como da credibilidade desses ensaios”.

⁹⁵ *Vd.*, TAMARA K. HERVEY, JEAN V. McHALE, “*The Clinical Trials Directive*” in *Health Law and The European Union*, Cambridge University Press, UK, 2004, p. 251.

IV.C. - 8:109: “Records”

O art. IV.C.-8:109⁹⁶, regula três obrigações do prestador de serviço em relação ao ficheiro clínico. Desde logo, a obrigação de criar o documento com a história clínica de forma adequada e com a informação completa, a saber - a entrevista, os exames realizados, a obtenção do consentimento e os tratamentos médicos aplicados ao paciente.

Os comentários acrescem a estes exemplos, a identificação dos profissionais que atenderam o paciente⁹⁷.

A finalidade desta documentação é dupla: por um lado, proporcionar informação relevante para outros profissionais ou familiares do paciente, para a administração pública nos casos de riscos para terceiros - o parágrafo (6)⁹⁸, obriga o profissional a revelar essa informação a outras pessoas que não o paciente. Por outro lado, a história é a fonte principal de informação para uma ação de responsabilidade por incumprimento das obrigações do prestador do serviço. Serve não só os interesses das partes como do tribunal.

Esta regulação da relação contratual entre o prestador de serviço e paciente, nos termos do parágrafo (2), limita-se a impor àquele uma obrigação consistente em garantir o acesso⁹⁹ a essa informação e, a prestar as informações relacionadas com o seu significado.

Outra questão que os comentários levantam, é se também se deve ter acesso às anotações subjetivas dos profissionais e, se esse acesso à ficha clínica, deve ser feito mediante a colaboração do prestador de serviço¹⁰⁰.

O parágrafo (4) considera razoável que tais obrigações sejam exigíveis durante 10 anos¹⁰¹, desde o fim do tratamento, sem prejuízo de se prolongar no caso de interesse

⁹⁶ IV.C.-8:109 (1): “The treatment provider must create adequate records of the treatment. Such records must include, in particular, information collected in any preliminary interviews, examinations or consultations, information regarding the consent of the patient and information regarding the treatment performed. (2): The treatment provider must, on reasonable request: (a) give the patient, or if the patient is incapable, the person or institution legally entitled to take decisions on behalf of the patient, access to the records; and (b) answer, in so far as reasonable, questions regarding the interpretation of the records”.

⁹⁷ DCFR Full Edition, Comentário A, p. 2001. A identificação do profissional que assiste o paciente constitui uma informação essencial que não é contemplada em lei nacional de direitos dos pacientes na maioria dos países europeus. A relevância deste preceito está de acordo com o IV.C. 8:111 (“Obligations of treatment-providing organisations”), que estende à Instituição de saúde a responsabilidade civil por incumprimento das obrigações do profissional, se esta não puder identificar o profissional que contratou com o paciente.

⁹⁸ 8:109 (6): “The treatment provider may not disclose information about the patient or other persons involved in the patient’s treatment to third parties unless disclosure is necessary in order to protect third parties or the public interest. The treatment provider may use the records in an anonymous way for statistical, educational or scientific purposes”.

⁹⁹ Nos termos do §630g BGB (“*Einsichtnahme in die Patientenakte*”), o paciente tem direito de acesso imediato ao ficheiro clínico. A recusa deve ser motivada e, em caso de morte, este direito transmite-se aos herdeiros, salvo vontade diversa do paciente.

¹⁰⁰ DCFR, Full Edition, Comentário B, p. 2003.

¹⁰¹ Igual período de tempo no §630f (3) BGB (“*Dokumentation der Behandlung*”).

médico, para o paciente ou familiares, ou interesse geral (por ex., tempo de revelação de sintomas de exposição a certos riscos ou motivos genéticos).

Uma deficiente informação contida na ficha clínica pode fazer supor um incumprimento da prestação principal médica se o prestador do serviço, guiado por essa informação, presta uma assistência médica defeituosa. Se a informação defeituosa não é imputável ao prestador, mas a outro profissional que atendeu o paciente noutra fase, não é claro que o primeiro deva ser responsável pelos danos derivados da assistência. Neste caso parece apropriado fazer responder o hospital pelo mau funcionamento do serviço em conjunto, sem prejuízo da responsabilidade civil extracontratual do profissional que elaborou a ficha clínica de forma defeituosa.

O parágrafo (6) impõe ao prestador de serviço uma terceira obrigação: a de segredo sobre o conteúdo da história clínica em relação a terceiros pessoas diferentes dos representantes legais do paciente (os comentários referem as companhias de seguros ou o empregador, se foram estes a contratar com o prestador do serviço médico)¹⁰². Não obstante, o DCFR admite exceções baseadas nos interesses de terceiros e no interesse público (por ex., doenças infecciosas) – questão que remete para os deveres de cuidado do médico para com terceiros distintos do paciente.

Os comentários ao IV.C.- 8:107, em matéria de exceções à obrigação de informação, deixam claro que o destinatário da informação é, nestes casos, o paciente. A regra, em matéria de história clínica, parece permitir que terceiros sejam destinatários diretos da informação. A obrigação de segredo não impede que o prestador utilize a informação sobre a história clínica de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos.

Destas três obrigações descritas, só o alcance da obrigação de segredo pode ser modificada pelas partes em prejuízo dos interesses do paciente – por ex., porque o paciente consente¹⁰³, que se utilize a informação, incluindo a sua identificação.

IV.C. - 8:110: “Remedies for non-performance”

Por um lado, esta regra¹⁰⁴ remete para a regulação geral sobre incumprimento do Livro III¹⁰⁵, capítulo 3¹⁰⁶ e, para a regra especial em matéria de serviços, sobre direito de

¹⁰² Ver *supra* IV.C.-8:101 DCFR em relação ao âmbito de aplicação do contrato de serviços médicos.

¹⁰³ Por exemplo, art. 7:457- (1) BW: “*Obligation of secrecy*” – “[...] the care provider ensures that persons other than the patient are not provided with information about the patient or with access to or copies of the documents...without the patient’s consent”.

¹⁰⁴ IV.C.-8:110: “Remedies for non-performance”.

¹⁰⁵ Book III: “*Obligations and corresponding rights*”.

¹⁰⁶ Chapter 3: “Remedies for non-performance”.

resolução unilateral pelo cliente, com ou sem justa causa (Art. IV.C.- 2:111¹⁰⁷ e Art. III.1:109 (3), sobre resolução unilateral mediante notificação prévia e, com o Art. III.3:510¹⁰⁸ e ss, sobre os efeitos da restituição¹⁰⁹ da resolução em geral).

Por outro lado, o Art. IV.C.-8:110 define dois requisitos para a suspensão e para a resolução do contrato no caso do prestador do serviço.

Por parte do paciente: se o contrato for defeituoso ou houver incumprimento total da prestação imputável a negligência do prestador, o paciente pode suspender o cumprimento da sua obrigação de pagar o serviço, solicitar o cumprimento ou resolver o contrato por incumprimento defeituoso ou substancial - com a consequência da devolução de todo ou parte do preço em função do contrato em conjunto ou só na parte defeituosa - ou o paciente pode cumprir a sua obrigação mediante redução do preço. A acção por incumprimento, nestes casos, é compatível com o Art. III.-3:102 DCFR¹¹⁰.

Para além desta solução contida na parte geral do Livro III, o IV.C.- 8:110 remete para a parte especial do Art. IV.C.-2:111 sobre o direito de resolução do cliente. Aplicado ao contrato de serviços médicos, o direito do paciente a terminar a relação jurídica devido a qualquer incumprimento por parte do prestador do serviço, nos termos do parágrafo 4¹¹¹. As consequências jurídicas desta solução são referidas nos comentários¹¹². Primeiro, conforme o Art. III.-1:109, a resolução do contrato terá efeitos não retroativos ou seja, não afeta o que foi vencido antes da resolução e que constituem a contraprestação de uma prestação realizada, por exemplo, exames já realizados pelo paciente, honorários por consultas já feitas. Segundo, discutível é se o paciente está obrigado a pagar ao prestador uma indemnização por danos pelo fim do contrato, por exemplo, pelo custo de produtos adquiridos para o tratamento. O Art. IV.C.-2:111 impõe ao cliente, que resolve o contrato sem causa, esta obrigação. Não obstante, os comentários excluem esta regra para o paciente, com o argumento de que a prestação depende, em qualquer caso, do consentimento do paciente para o tratamento¹¹³.

Por parte do prestador de serviço: este capítulo 8 não refere as obrigações por parte do paciente. Nos comentários são referidos dois, a saber, a obrigação de cooperação

¹⁰⁷ IV.C.-2:111: “*Client’s right to terminate*”: (1): “The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider; (2): The effects of termination are governed by III.-1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3)”.

¹⁰⁸ DCFR Full Edition, Vol. I, p. 843.

¹⁰⁹ Art. III.- 3:510 DCFR: “*Restitution of benefits received by performance*”.

¹¹⁰ “*Cumulation of remedies*”.

¹¹¹ IV.C.-2:111 (4): “When the cliente was not justified in termination the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III”.

¹¹² DCFR, Full Edition, cit., p. 2016 e ss.

¹¹³ *Idem, ibidem*, Comentário C, p. 2016.

(IV.C.-2:103) e a obrigação de pagar. A obrigação de cooperação concretiza-se pela obrigação do paciente em fornecer ao médico as informações sobre o seu estado de saúde (IV.C.-8:102) e de cumprir as instruções para garantir o êxito do tratamento. Dado o carácter pessoal desta relação está excluída a execução específica do contrato.

O prestador do serviço não pode terminar o contrato médico, se esse facto causar sérios perigos para a saúde do paciente. Em vários sistemas jurídicos existem restrições ao direito do prestador terminar o contrato, no entanto este direito é reconhecido ao paciente a qualquer momento.

Na Holanda, é reconhecido ao prestador o direito a terminar o contrato apenas por razões importantes (7:460 BW), por exemplo por reforma profissional, se o paciente altera a sua residência para outra região ou se a relação de confiança entre as partes se perdeu devido a divergências acerca do tratamento.

Em conclusão, na maioria dos sistemas nacionais é reconhecido ao paciente a faculdade de terminar o contrato a qualquer momento. Ao prestador do serviço, é facultado esse direito de forma restrita e por razões motivadas e importantes, apenas e só se não causar danos ao paciente e até ser garantido um outro médico.

IV.C. - 8:111: “Obligation of treatment-providing organisations”

Os comentários a este artigo¹¹⁴, deixam claro que se aplica àqueles casos em que o profissional que contratou com o paciente presta os serviços num hospital ou clínica e com o qual não tem uma relação laboral ou de dependência funcional ou profissional.

Os contratos de prestação de serviços médicos estão desenhados para contratos celebrados entre paciente e profissional de saúde. O capítulo 8 do DCFR, ocupa-se da responsabilidade do hospital ou clínica, não como parte do contrato de serviços médicos, mas como titular das instalações e dos recursos materiais necessários para executar o tratamento médico contratado com o profissional.

Esta regra, com o objetivo de proteger o paciente, estende a responsabilidade contratual do profissional ao hospital se o paciente não puder identificar a quem pode exigir a responsabilidade (par 1 e 2). Impõe-se, sobre o hospital, a obrigação de identificar, a

¹¹⁴ IV.C.-8:111 (1): “If, in the process of performance of the obligations under the treatment contract, activities take place in a hospital or on the premises of another treatment-providing organization, and the hospital or that other treatment-providing organization is not a party to the treatment contract, it must make clear to the patient that it is not the contracting party. (2): Where the treatment provider cannot be identified, the hospital or treatment-providing organization in which the treatment took place is treated as the treatment provider unless the hospital or treatment-providing organization informs the patient, within a reasonable time, of the identity of the treatment provider. (3): The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects”.

pedido do paciente e num prazo razoável, o profissional que prestou a assistência médica, suportando sozinho as consequências de uma má prática médica que não lhe seja imputável, se não prestar essa informação¹¹⁵.

A regra do parágrafo (2) é inspirada no art. 3º, nº3¹¹⁶ da Diretiva 85/374/CE, de 25/07/1985 em matéria de responsabilidade civil por produtos defeituosos¹¹⁷.

Apenas alguns sistemas jurídicos prevêm a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas. Assim, por exemplo, na Holanda, o art. 7:462 BW estabelece essa responsabilidade, ou seja, se o tratamento é executado num hospital¹¹⁸, a instituição de saúde é responsável pelos danos causados ao paciente, mesmo se esse hospital não é parte contratante. Se o dano é causado por um profissional independente ao quadro laboral do hospital, que contratou com o paciente, o hospital onde o tratamento foi executado é responsável por esse dano sofrido pelo paciente.

Igual responsabilidade dos hospitais públicos existe em França, Espanha e Itália. Na Áustria e na Grécia, o hospital não é responsável pelos atos dos médicos independentes, a não ser que a instituição tenha contribuído para o incumprimento das obrigações de tratamento.

Na Finlândia e Suécia esta regra não é importante uma vez que existe o regime de compensação dos pacientes – mas também não é permitido tratamentos por médicos independentes ao hospital.

Em França, se o médico atua num hospital privado, este é responsável se existe relação laboral com o médico, o que significa que o paciente concluiu um contrato com o hospital. Por outro lado, se o médico atua como profissional liberal, ele é o único responsável, mesmo se o ato médico foi executado no hospital (igualmente é responsável pelos atos dos auxiliares).

Diferente é se o ato é executado num hospital público, sendo neste caso, o hospital responsável sempre.

Na Holanda, se o hospital é a parte contratante (7:446 BW) é o responsável pelos erros das pessoas contratualmente obrigadas, pela utilização das suas instalações. Não é relevante se existe ou não relação laboral com o hospital.

¹¹⁵ DCFR, Full Edition, Comentário C, p. 2010.

¹¹⁶ Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no nº 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

¹¹⁷ Sobre o Regime da Responsabilidade do Produtor e as especificidades do medicamento, ver Diana Montenegro da SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Biomédico, 18, Coimbra editora, 2010, pp. 181-224.

¹¹⁸ “Hospital”, nos termos do art. 7:462 (2) BW, engloba um centro de enfermagem, clínica dentária, casa de saúde mental, clínica abortiva, mas não uma clínica privada.

Se o hospital não é parte no contrato (porque o médico contratou ele mesmo), é responsável como se fosse parte, nos termos do art. 7:462 (1) BW, que estabelece que se no processo de execução das obrigações contratuais derivadas de contrato médico, estas são efectuadas num hospital que não é parte, o hospital é responsável como se o fosse. Aqui não é importante para o paciente saber quem é o médico que executou o tratamento, ao contrário do IV.C.-8:111 DCFR, pois o paciente pode sempre interpor acção de responsabilidade do hospital por erros cometidos pelo médico. Com esta responsabilidade, chamada de “*Central Liability of the hospital*”, nos termos do art. 7:462 BW, o paciente tem uma “*central address*” a quem dirigir diretamente a sua queixa. Do ponto de vista holandês, o IV.C.-8:111 DCFR, pode ser visto como uma desilusão, pois o DCFR limita a responsabilidade civil da instituição de saúde aos casos em que não identifica o profissional com que o paciente contratou e que prestou os cuidados médicos nas suas instalações. Ou seja, a base da responsabilidade que o DCFR regula, está no incumprimento por parte da instituição de saúde de uma obrigação diligente consistente em identificar os profissionais que exercem medicina nas suas instalações. Por isso se justificaria que a identificação do profissional se configurasse como um conteúdo essencial da informação exigível pelo paciente.

Ao contrário da Holanda, que não estabelece regras sobre o ónus da prova¹¹⁹, na Alemanha, a disposição do §630h BGB¹²⁰ sobre a distribuição do ónus da prova, tem como fundamento a norma geral do §280 (1) do BGB e, como objetivo, sistematizar uma norma específica sobre responsabilidade médica desenvolvida pela jurisprudência, que se aplica a todos os contratos de serviços médicos¹²¹.

¹¹⁹ HONDIUS, E., HOOFT, A., *The New Dutch Law On Medical Services* in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, pp. 6 e ss. No caso *Timmer v. Deutman*, de 20 de Novembro de 1987, o *Hoge Raad*, no entanto, tem desenvolvido uma orientação aproximada da inversão do ónus da prova, obrigando o médico a fornecer todos os documentos que possam orientar o paciente na prova da culpa do médico ou prestador do serviço.

¹²⁰ Tradução Inglês do §630h BGB:” *The burden of proof in case of liability for malpractice and errors in providing information:* (1): An error is to be presumed to have been committed by the treatment party if a general treatment risk has materialized which was fully manageable for the treating party and which led to the injury to the life, limb or health of the patient. (2): The treating party is to prove that he/she has acquired consent in accordance with section 630d and provided information in accordance with requirements of section 630e. If the information does not comply with the requirements of section 630e, the treating party may assert that the patient would also have consented to the measure had proper information been provided. (3): If the treating party has not recorded a medically-necessary major measure and its result in the medical records, counter to section 630f (1) or (2), or if, counter to section 630f (3), he/she has not retained the medical records, it is to be presumed that he/she has not carried out this measure. (4): If the treating party was not qualified to carry out the treatment which he/she performed, it is to be presumed that the lack of qualification was the cause of the occurrence of the injury to the life, limb or health. (5): If gross malpractice has committed, and if this is susceptible as a matter of principle to cause an injury to life, limb or health of the nature which in fact took place, it is to be presumed that the malpractice was the cause of this injury. This is also apply if the treating party omitted to take or record a medically-necessary finding in good time where the finding would with sufficient certainty have led to a result which would have given rise to further measures, and if failure to carry out such measures would have constituted gross malpractice”.

¹²¹ Ver os trabalhos preparatórios a esta lei. BT- Drucksache 17/10488, de 15 de Agosto de 2012, p. 28, Disponível em <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>. Ver *infra* Parte III, p. 134 e ss.

No parágrafo (1), é definido o conceito de risco dominável (“beherrschbaresrisiko”) relacionado com o tratamento. Presume-se o erro médico no caso de se ter materializado um risco profissional controlável da parte de quem executa o tratamento. Cabem aqui aqueles casos relacionados com o funcionamento do serviço, das qualificações técnicas dos profissionais ou das condições sanitárias e de higiene. Nestes casos, o paciente tem de provar o nexo causal entre o erro e o dano produzido. O médico, deve provar o contrário.

No parágrafo (2), ao médico incumbe provar que prestou a informação ao paciente nos termos do §630e do BGB e que obteve o consentimento nos termos do §630d BGB, sendo esta regra vista como um instrumento útil para fazer o médico responder pelo dano causado. Se a informação foi insuficiente ou se não houve consentimento, há violação do contrato de tratamento. A causalidade não é difícil de provar: se o médico tivesse informado não teria havido aquele consentimento e não se teria produzido aquele dano.

As limitações a esta regra são, por um lado, o risco deve ser reconduzível a uma informação deficiente. Se se produziu um outro risco ou um risco inevitável, independente da informação, não se aplica este parágrafo. Por outro lado, o paciente consentiu e não houve suficiente informação sobre riscos improváveis. Ou seja, há a presunção de um consentimento hipotético¹²².

No parágrafo (3), se o médico não documenta regularmente o tratamento, presume-se a culpa do médico, equiparando o tratamento não documentado a um tratamento errado.

No parágrafo (5), sobre a inversão do ónus da prova em caso de erro grave, o paciente apenas tem de provar um erro do médico e a causalidade deste erro na produção do dano.

Um erro é grave quando o médico viola as *legis artis* mais elementares ou quando o dano resulta de uma intervenção sobre um órgão saudável, quando o médico interpreta mal os resultados (erro de diagnóstico) ou quando não prescreve tratamento adequado ao diagnóstico (erro de tratamento) e finalmente o erro da organização.

A *ratio legis* desta norma é, desde logo, justificar que a inversão do ónus da prova nos casos de erro grave ou grosseiro, tem um sentido protetor da saúde do paciente, pois não se teria produzido aquele dano se não fosse tal erro grave, o que já não acontece no caso de erros gerais ou leves.

¹²² Por exemplo, não houve informação sobre as complicações (improváveis) de uma vacina do plano nacional de vacinação.

Por razões de boa-fé, a violação de um contrato de tratamento por erro grave e grosseiro não pode ter as mesmas consequências que a violação de um contrato médico por um erro leve.

PARTE II

O REGIME DO CONTRATO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM PORTUGAL

Capítulo 1 – Do Contrato de prestação de serviços

A necessidade de existir uma responsabilização jurídica do médico que pratica a sua *leges artis*, sem o rigor e diligência surgiu com o Código de Hamarurábi, no século XVIII a.c. e, foi este código que se originou no Reino de Babilónia, o primeiro a estabelecer que a negligência médica deveria ser sancionada em algumas situações.

A relação que geralmente, se estabelece entre o médico e o paciente corresponde a um contrato que é celebrado entre as partes, podendo o seu incumprimento ou incumprimento defeituoso gerar responsabilidade contratual. A realização de qualquer ato médico, tendo como particularidade o pagamento de um valor, será subsumível, na definição descrita no artigo 1154º do CC, que designa o contrato de prestação de serviços¹²³.

É necessário, igualmente, ter em consideração que a prestação de serviços médicos tem como base caracteres complexos, isto porque a prática quotidiana assume outros intervenientes como as clínicas, consultórios, sociedade de médicos, companhias de seguros e outras entidades¹²⁴. De uma forma geral, a responsabilidade civil médica apresenta uma natureza contratual que assenta num contrato de prestação de serviços. Segundo Teixeira de Sousa, a responsabilidade médica é contratual na situação em que existe um contrato, e corresponde o incumprimento dos deveres médicos contratuais,

¹²³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, contratos em especial, 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2010, p.433: O contrato de prestação de serviços é, em si mesmo, “um contrato atípico, que possui três modalidades típicas”, a saber, o mandato, o depósito e a empreitada.

¹²⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Os Contratos Civis De Prestação De Serviço Médico* in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996, p. 90, distingue três tipos de contratos: o “contrato total”, em que a clínica assume directa e globalmente as obrigações correspondentes ao contrato de internamento e ao contrato de prestação de serviços médicos; o “contrato dividido”, em que a clínica só assume as obrigações correspondentes ao contrato de internamento; e o “contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos”, em que a clínica assume, e só assume, as obrigações correspondentes ao contrato de prestação de serviços médicos (sem internamento). Nestas situações, o serviço médico é realizado na clínica em regime ambulatorio e consiste em consultas, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico.

uma violação dos deveres médicos. A responsabilidade será, noutro caso extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e a clínica e o paciente¹²⁵.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2007¹²⁶, recorda que a responsabilidade civil que decorre dos atos médicos pode ter natureza contratual, mas pode igualmente, apresentar natureza extracontratual, no caso em que não existe contrato e houve violação de um direito subjetivo, e a atuação do médico pode ser causa simultânea de duas modalidades de responsabilidade civil.

O mesmo tribunal referiu que a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual preenchem de forma integral, o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão. O mesmo acórdão reconhece que, como em outras situações da vida, na atividade médica, pode ou não existir um contrato prévio e, que por essa razão, o ato médico pode ser exercido sob a responsabilidade de natureza contratual ou extracontratual. Neste contexto, Carlos Ferreira de Almeida refere que *“não merece, contestação séria, pelo menos nos países de Civil Law, que a responsabilidade por danos causados no exercício da medicina se funda numa dualidade de fontes: o delito e o contrato”*¹²⁷.

É de salientar que o médico quando exerce a sua profissão num hospital público é um funcionário público e exerce uma atividade de gestão pública. São atos materiais que fazem designadamente, “função técnica do Estado”. E, assim a prestação de serviços médicos no âmbito dos hospitais públicos pode gerar a aplicação do regime de responsabilidade semi-objetiva que está descrito no nº1 do artigo 11º do Regime Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, que designa que “o Estado e as demais pessoas coletivas de Direito Público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”¹²⁸.

Existe outra corrente minoritária que defende a tese da responsabilidade contratual dos hospitais públicos¹²⁹. Uns consideram que se trata de um contrato de adesão, e outros

¹²⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, M., *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica* in Direito da Saúde e Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 127

¹²⁶ Acórdão STJ de 15 de Outubro de 2009, processo 08B1800. Disponível in www.dgsi.pt.

¹²⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, cit., pp. 81 ss.

¹²⁸ Em qualquer caso, os tribunais competentes serão os tribunais administrativos, de acordo com as als. g), h) e i) do n.º 1 do art. 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

¹²⁹ O internamento em hospital público, na Holanda, é sempre um contrato, Art. 7:462 e 7:463 BW. Ver *supra*, Parte I, subcapítulo 3.

consideram que estamos perante relações contratuais de facto que resulta de um comportamento social típico¹³⁰.

Segundo Moitinho de Almeida, a prática do ato médico, tenha natureza contratual ou extracontratual, apresenta um denominador comum que se considera incontornável, a exigência de uma atuação que observa os deveres gerais de cuidado. O juízo a fazer acerca da violação das *leges artis* terá necessariamente, que confrontar a conduta e os procedimentos seguidos pelo médico com a conduta e procedimentos que devia ter tido. Como está imposto no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2008, “ serviço médico, pela sua natureza de meio de prevenção de doença ou de recuperação de saúde das pessoas deve pautar-se pela diligência e cautela, na envolvimento das boas práticas da profissão e dos conhecimentos científicos existentes”. E, a não observância de quaisquer atos objetivos de cuidado é susceptível de implicar a ilicitude dos actos médicos envolventes e a censura ético-jurídica dos seus agentes, o mesmo significa que a ilicitude e a culpa associadas com o dano decorrente para os pacientes¹³¹.

De acordo com alguns juristas, o contrato de tratamento é um tipo de contrato *sui generis*. É um contrato de prestação de serviços. O Direito alemão baseia-se nesta opinião¹³². Da mesma forma, o contrato de tratamento também é um contrato de serviço de acordo com o sistema de direito austríaco. Segundo a abordagem de "*contrato de tratamento é um contrato de serviço*", a relação entre paciente e médico é a realização de um serviço como o desempenho e, as partes se comprometem a algumas responsabilidades com o contrato sob este aspeto. O conteúdo essencial do contrato é o tratamento¹³³ do paciente. Assim, a relação jurídica entre o paciente e o médico é um contrato de mandato¹³⁴?

No quadro do contrato de mandato¹³⁵, o paciente vai definir o médico como um mandatário e dirigir-lhe sob o seu assentimento. O médico vai tratar o paciente que usa

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal* in Revista de Legislação e Jurisprudência, Separata, n.º 332, Janeiro de 1984, p. 33; ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica* in Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 238 ss. Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Julho de 1985, Revista da Ordem dos Advogados, ano 48, 1988, pp. 529 ss. Ver também *supra* Parte I, subcapítulo 3, análise ao Art. I.V.C.- 8:101 DCFR.

¹³¹ MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro* in Scientia Iuridica, Tomo XXI, n.º 116/117, 1972, p. 332

¹³² Ver *infra* PARTE II, Capítulo 3, Subcapítulo 2, sobre “o dever de informação no caso do contrato de serviços médicos”. O contrato médico foi introduzido no BGB em 2013.

¹³³ A obrigação de realizar o tratamento acordado é o dever principal do médico. O conteúdo dessa obrigação consiste nos atos materiais de observação, diagnóstico, terapêutica e vigilância.

¹³⁴ No DCFR, o Mandato é regulado no Livro IV.D, não está na categoria dos contratos de serviços.

¹³⁵ O Mandato é uma modalidade típica de prestação de serviços, é descrito no art.1157º como “ o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um mais actos jurídicos por conta da outra. Sobre o Mandato, cfr., entre nós, Pessoa JORGE, *O mandato sem*

o seu conhecimento e experiências profissionais. A primeira crítica a esta opinião é que normalmente o “mandatário” tem a missão de representar o cliente.

Os contratos de serviços médicos são formalizados oralmente, e sem detalhes das negociações pré-negociais, pois existe uma relação de confiança e, uma permanente continuidade nesta relação. Neste contexto, a integração contratual, descrita no artigo 239º do CC é, bastante útil. Assim, deve-se aplicar as regras legais imperativas, que são impostas pela regulação da profissão médica, e igualmente, pela proteção dos consumidores, bem como das normas que atribuem os direitos e deveres dos pacientes. Por outro lado, o costume e as normas deontológicas e usos.

Segundo Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, “não existe responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clinica privada”, havendo assim a “responsabilidade contratual da própria organização hospitalar”¹³⁶.

É de salientar no entanto, que a doutrina e a jurisprudência dominantes, entendem que estamos perante uma relação de serviço público e, por isso deve-se aplicar as regras de responsabilidade aquiliana. Assim, embora o ato médico seja idêntico, onde quer que seja praticado, tem-se entendido que está consagrada a premissa de que se trata de um ato de gestão pública¹³⁷.

Não podemos deixar de nos questionar sobre a diferença material entre medicina privada e medicina pública que justifique esta diversidade de regimes. Consoante se esteja perante a responsabilidade administrativa ou civil, o demandado muda (na primeira o hospital, na segunda o médico), assim como o regime jurídico aplicável¹³⁸. Se o ato médico é idêntico, independente de em concreto estarmos perante uma relação de direito privado ou antes, uma relação de direito público, parece-nos que as consequências que daí advêm são desproporcionadas e em desfavor do paciente no regime da responsabilidade extracontratual.

representação, reimp., Coimbra, Almedina, 2001; MENEZES CORDEIRO (org.), *Direito das Obrigações*, 3º- Contratos em especial, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 1991, pp. 267-408, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol.III- Contratos em especial, 6ª ed., Almedina, pp. 429-478.

¹³⁶ FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33.

¹³⁷ Estatuto Médico (Decreto-Lei nº 373/79, artigo 8º, nº3)

¹³⁸ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, cit., p. 36, nota 54.

Capítulo 2 – Da Prestação de Serviços Médicos

No contrato de prestação de serviços que o médico celebra com o paciente, existe uma obrigação contratual por parte daquele, a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em algumas outras prestações tais como de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação. É uma regra de uma obrigação de meios e não obrigação de resultado, sendo o resultado apenas apresentado posteriormente, conforme descrito no artigo 1154º do CC.

Uma das características principais destes contratos médicos é a de serem pessoais. Pode-se assim, distinguir os contratos próprios e os contratos *intuitu personae*. “A responsabilidade civil por erro médico coloca desafios fundamentais aos quadros tradicionais da responsabilidade civil e, o contrato de prestação de serviços médicos está longe de ser assimilável ao desempenho conceptual tradicional do direito civil, assente na autonomia da vontade, na igualdade das partes e na liberdade de estipulação”¹³⁹.

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 32º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁴⁰), independência dos médicos (artigo 3º CDOM), liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento, entre outros. 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 pré-contratual de esclarecimento¹⁴¹, cuja norma fundamental relativa ao dever de esclarecer, se encontra no artigo 157º do Código Penal¹⁴². Fica excluída a hipótese do contrato de tratamento ser um contrato de mandato^{143 144}.

¹³⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos I- Conceitos, Fontes, Formação*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 31 ss: “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 carácter (...) que um dos contraentes atribui a outro ou nele pressupõe, desde que vertidos no conteúdo contratual, através de declarações expressas ou tácitas”.

¹⁴⁰ Regulamento 14/2009, II Série do DR, nº8, de 11 de Janeiro de 2009.

¹⁴¹ Ver Art. 44º do CDOM. Este dever de esclarecimento é também um pré-requisito à necessária obtenção do consentimento informado.

¹⁴² “O consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento”.

¹⁴³ MENEZES LEITÃO, op., cit., 6ª ed., pp. 434: “um dos elementos essenciais do mandato é que o mandatário assuma a obrigação de praticar actos jurídicos”, não constituindo mandato aquele contrato que tenha por conteúdo “actos materiais ou intelectuais”. Não há dúvida de que a atividade medica é uma atividade intelectual, independente dos atos jurídicos que possam ser praticados na execução do ato médico, como por exemplo, a prestação do consentimento informado para o ato médico.

Quanto ao contrato de “empreitada” que se encontra descrito no artigo 1207º a 1230º do CC, é definido como o contrato através do qual uma das partes se obriga em relação a outra, mediante um preço determinado. É um contrato oneroso, isto porque o esforço económico é suportado por ambas as partes e existem vantagens correlativas para ambas¹⁴⁵. Poderá este contrato configurar-se como uma empreitada? Seria inconcebível considerar o objeto da atividade médica, ou seja, esse tal “certo resultado” de que fala o Art. 1154º, como uma obra, pois esta consiste na produção ou transformação de uma coisa. A obra que o medico eventualmente realize, consiste numa alteração no corpo humano, o que, nos transporta para o mundo das relações humanas e assim, para questões mais sensíveis, como a proteção de bens jurídicos fundamentais como a integridade física, psíquica ou a própria vida. Então, que tipo de contrato poderá ser o contrato de prestação de serviços médicos, estando excluídos os três tipos contratuais de prestação de serviços? Vejamos a seguir.

Subcapítulo 1 - Tipificação legal versus Social

É através deste contexto que se interpreta a relação medico/ paciente que para além de ser complexa, é constituída por várias posições jurídicas que se orientam e modificam, com vista a um “fim de contrato”¹⁴⁶. O fim uno e comum a todas as posições jurídicas- a cura do paciente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento. Considerando o “fim do contrato”, permite-se decompor o dever geral de diligência, que tradicionalmente se impunha ao médico, em várias obrigações particulares. Por outro lado, também em relação ao doente, se ultrapassa a visão redutora deste, como um sujeito passivo, que assume apenas a obrigação de realizar a contraprestação traduzida no pagamento pecuniário¹⁴⁷.

Trata-se assim, de uma relação de índole pessoal, em que a confiança entre as partes é essencial¹⁴⁸. É uma relação contratual que tem por conteúdo essencial a prestação de um

¹⁴⁴ Considerando a aplicação das regras do contrato de mandato ao contrato médico, ver Acórdão TRP de 24/02/2011/674/2001.P1 (Filipe Carço).

¹⁴⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Edição Revista e Actualizada, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, ponto 3, p. 864: “essencial para que haja empreitada é que o contrato tenha por objecto 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”.

¹⁴⁶ TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre A Noção Da Perda Da Chance E A Tutela Do Paciente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, nº 15, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 73 e ss.

¹⁴⁷ PEREIRA, André, op.cit., p. 52; TEIXEIRA PEDRO, Rute, *idem*, p. 73.

¹⁴⁸ Sobre a relação fiduciária entre o médico e o paciente no Direito americano ver Peter BARTLETT, *Doctors as Fiduciaries: Equitable Regulation of the Doctor-Patient Relationship* in *Medical Law Review*, 5, Summer 1997, Oxford University Press, pp.

ato médico ou conjunto de atos médicos, realizados por um médico. Existe aqui um conceito amplo de saúde, onde se inclui não só os atos médicos destinados à cura do doente, mas também todos aqueles reconduzíveis a uma ideia de promoção do bem-estar¹⁴⁹.

Temos, assim, de concluir pela natureza *sui generis* deste contrato. Na verdade, está em causa não uma das três categorias previstas no art.1155º do CC, mas antes uma outra modalidade não regulada no Código Civil nos termos do artigo 1156º; trata-se, portanto, de um autónomo contrato de prestação de serviços médicos, que, não encontrando a sua regulação específica no CC, não deixa de ser um contrato típico, na medida em que a sua tipicidade resulta não da lei, mas do simples facto da sua existência na sociedade enquanto categoria jurídica autónoma. Acompanhamos Ferreira de Almeida, de que o contrato de prestação de serviços médicos é não um tipo legal, mas um tipo social e inominado, “porque como tal referido na prática e pressuposto em várias disposições legais”¹⁵⁰; está em causa um verdadeiro e autêntico “contrato socialmente típico”, resultante da constatação da existência de uma prática constante e uniforme assumida como vinculativa, *i.e.*, dotada de juridicidade^{151 152}.

Nas ordens jurídicas onde está tipificado legalmente o contrato de prestação de serviços, a opinião dominante vai no sentido de se lhe reconhecer essa natureza¹⁵³. Em Espanha, defende-se que se trata de um contrato de prestação de serviços especial¹⁵⁴. Na Alemanha é visto como um contrato de serviços: *Der Arztvertrag ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag*. Em certos casos há aspetos de um Werkvertrag (contrato de empreitada), no caso de realização de próteses ou exames de laboratório¹⁵⁵.

193-224, em especial sobre a obrigação de informação de todos os riscos do tratamento que decorre desta relação fiduciária, evitando que a não divulgação completa faça o paciente aderir a um tratamento que de outro modo não o faria, p. 202 e ss.

¹⁴⁹ O contrato médico descaracteriza-se como tal se a prestação característica e principal não for executada por um médico. Cfr., *supra*, parte I, subcapítulo 3, sobre o Art. IV.-C.-8:101 DCFR.

¹⁵⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Os Contratos Cívicos...*, cit., p.88.

¹⁵¹ Sobre os contratos socialmente típicos, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 59 e ss. O Autor explica que “para um tipo social ser assim falado é preciso que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, que entre os casos que constituem a pluralidade haja uma relação ou ligação tal que eles se reconheçam como aparentados ou do mesmo tipo e que essa prática seja socialmente reconhecível[...]. Em terceiro, é preciso que exista, no meio social em que é praticada, uma consciência assumida, da vigência e da existência dessa prática como algo de vinculativo.”

¹⁵² Sobre o tema ver PINTO DUARTE, Rui, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000, pp. 30-44.

¹⁵³ PEREIRA, André, *O Consentimento...*, p. 35 e ss.

¹⁵⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 35, nota 51.

¹⁵⁵ BARENDRECHT, et al., *Study Group on European Civil Code “Chapter X- Treatment”*, 2002: “In most European countries the contract for treatment falls into the existing categories of contract for services (Austria, Italy, Portugal, Germany, Netherlands), contract for work (France, some Austrian doctrine) and mandate (Switzerland), or assume it to be a *sui generis contract* (some Austrian and Portuguese doctrine). The only country regulating the contract for treatment as a nominate contract is The Netherlands, whose Civil Code contains rules for such contracts. In some countries (Germany, Spain), if a contract for services can not be deemed perfect (e.g., lack of consent), the rules on *negotiarum gestio* are applied”.

Mais recentemente, em 2013, o contrato médico foi introduzido no BGB¹⁵⁶. Antes deste e para além da Holanda¹⁵⁷, também a Estónia, Lituânia e Eslováquia concretizaram no código civil o específico contrato de serviços médicos¹⁵⁸. Estes quatro países, bem como também agora a Alemanha, têm uma lei especial que dá direitos legais aos pacientes através de um *Single Patient Rights Law*, ao contrário de outros países, como Portugal¹⁵⁹, Itália, Polónia entre outros, onde os direitos dos pacientes estão dispersos por vários diplomas legais. Em França, este contrato cai no âmbito do contrato de trabalho e, no Reino Unido, também a relação entre paciente e hospital público é não contratual.

Acompanhamos Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Ferreira de Almeida e André Dias Pereira, no sentido da utilidade da tipificação legal de um contrato de prestação de serviços médicos, quer às relações de direito privado quer às de direito público, uma vez que os tratamentos médicos são realizados alternadamente nestes domínios.

André Dias Pereira considera “bizarro que o direito responda de formas tão distintas quando a realidade material entrecruza e confunde os dois planos (medicina privada e medicina pública)”¹⁶⁰.

Atualmente, as decisões voláteis da jurisprudência e as interpretações da lei, no ordenamento jurídico nacional, fazem com que não haja segurança e certeza jurídicas ao paciente médico. No Brasil, o Código de defesa do consumidor, é um instrumento importante na defesa dos direitos dos consumidores, entre eles, os pacientes¹⁶¹, e são vários os benefícios da inclusão do contrato de prestação de serviços médicos, no âmbito do direito do consumo. No direito nacional, defendemos que a lei 24/96 de 31 de Julho, que estabelece o regime aplicável à defesa dos consumidores e que considera “consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços (...) por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica...”, possa ser aplicado às relações médico-paciente, sendo certo que este diploma não foi pensado

¹⁵⁶ Titel 8- “Dienstvertrag und ähnliche Verträge”, Untertitel 2 - “Behandlungsvertrag” § 630a- §630h, BGB.

¹⁵⁷ Livro 7, Título 7, Subcapítulo 5, Secção 7.7.5, arts. 7:446 a 7:468 BW- “Medical Treatment Agreement”(tradução inglês).

¹⁵⁸ A Holanda foi o primeiro país europeu que introduziu em 1 de Abril de 1995 uma regulação específica do contrato de tratamento entre médico e paciente no seu Código Civil. Isto implica que o contrato de tratamento é tratado como um caso especial de um “contrato de serviços”. Mais tarde, Estónia, Lituânia e Eslováquia copiaram mais ou menos este modelo.

¹⁵⁹ André DIAS PEREIRA, na sua Tese de Doutoramento, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, 22, Março de 2015, defende que deve haver uma lei dos direitos dos pacientes que regule tudo, condensando matérias sobre consentimento informado, acesso ao processo clínico, entre outros.

¹⁶⁰ PEREIRA, André, *O Consentimento*...., cit., p. 36, nota 54.

¹⁶¹ No Brasil, há muito se entende que a prática do ato médico consubstancia uma relação de consumo, aplicando-se o Código de defesa do consumidor, pois considera-se este código uma lei multidisciplinar de ordem pública e de interesse social, pelo que será aplicável à relação médico-paciente, como a qualquer outra relação de consumo.

para estas relações, o que não invalida a nossa concordância com essa opção legislativa. A comparação dos ordenamentos jurídicos, brasileiro e espanhol, sustenta essas vantagens na defesa do consumidor paciente médico¹⁶², reequilibrando a relação entre ambos.

1.1. Âmbito de aplicação e conteúdo

A relação contratual que estamos a analisar, o “contrato médico”, tem por conteúdo e elementos essenciais a prestação de um ato, ou conjunto de atos médicos, realizados por médico, ou simples atos médicos se realizados pelos auxiliares, a um paciente. O paciente pode ou não ser a parte contratante, mas o ato médico tem de incidir sobre uma pessoa, um paciente.

Para se caracterizar como contrato médico, a prestação principal tem de ser executada por um médico, tendo por escopo promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, no respeito pela dignidade da pessoa.

O contrato médico é aquele cujo conteúdo¹⁶³ é constituído por um ou mais atos médicos.

Sendo um contrato do tipo social e nominado, porque assim referido na prática constante e uniforme, o seu regime deverá ser descoberto através da integração jurídica. É um contrato informal¹⁶⁴ e consensual, regulado pelo princípio da liberdade formal (art.219º do CC), não necessitando de formas especiais de declaração para a sua validade¹⁶⁵.

Esta informalidade, sem período de negociação prévia e sem que exista no CC uma regulação específica sobre a prestação de serviço médico- a sua tipicidade vem da prática social-, faz que seja necessário recorrer à integração contratual, nos termos do art. 239º CC. Esta norma estabelece que em casos de lacuna contratual se deve procurar

¹⁶² Em Portugal não foi ainda aprovado um Código do Consumidor, cujo anteprojeto data de 15 de Março de 2006.

¹⁶³ O conteúdo do dever de tratamento é habitualmente fixado pelas chamadas *legis artis*, que são os procedimentos médicos a adotar, num determinado sector, para se exercer de forma diligente a prestação médica. Na moderna doutrina utiliza-se o termo *guideline*.

¹⁶⁴ O princípio da liberdade contratual, nos termos do art.405º do CC, concretiza-se tanto na liberdade de conformação do conteúdo do contrato, como na própria liberdade de o celebrar com quem quiser. Assim, neste sentido os arts. 41º e 7º do CDOM, que estabelecem não um dever de contratar por parte do médico, mas um simples dever de *tratar*. Trata-se de um dever legal de assistência médica. Ver FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Civis...*, cit., p. 102. Em concordância com o princípio da liberdade contratual ver os arts. 1:102 PECL e 1:202 DCFR.

¹⁶⁵ O contrato será válido logo que o paciente se dirige verbalmente à instituição de saúde, e esta o aceita como seu paciente.

disposição especial relativa ao contrato, ou seja, *norma jurídica* que a ele se deva aplicar¹⁶⁶.

Desde logo temos de ir ao encontro de normas que regulam a profissão e os atos médicos, os direitos dos pacientes e todo o conjunto de normas de direito internacional que regulam o contrato de prestação de serviços médicos, nomeadamente a Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, normas de direito europeu e a Constituição. Ainda, a lei de Bases da Saúde e alguns diplomas avulsos que regulam domínios específicos da actividade médica e que se aplicam.

1.2. Obrigações contratuais

1.2.1. Do médico

O principal dever do médico é o dever de tratamento, enquanto prestação principal e tipificadora do contrato de prestação de serviços médicos. Tendo em consideração que o contrato médico constitui um contrato de execução continuada e cuja prestação não se encontra determinada no momento da celebração do contrato (artigo 400º do CC). No contrato de prestação de serviços médicos, devido à sua natureza, quem determina a prestação é o próprio médico, o que significa que o médico ao longo do tratamento, se auto vincula a uma certa prestação e responde por ela.

Na orgânica discursiva destes vários textos encontramos expresso o Código Deontológico destinado a médicos, o qual representa um conjunto de normas de comportamento, cuja prática não só é recomendável como deve servir de orientação nos diferentes aspetos da relação humana que se estabelece no decurso do exercício profissional. Nele se contêm sempre dois tipos de normas: um primeiro, que diz respeito aos princípios éticos fundamentais, que são imutáveis nos tempos e nos lugares, encontrando-se fora e acima de conceitos ideológicos ou políticos.

Em todas as circunstâncias, as condutas que o Código postula estão condicionadas pela informação científica disponível, pelas recomendações da Ordem e pelo princípio ético geral da prudência, sem prejuízo do direito à objeção de consciência, inclusivé em relação à legislação em vigor.

¹⁶⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, op., cit., pp. 99 e ss.

É de salientar, em consideração ao parágrafo anterior, que é de prestação de serviço médico retribuído o contrato mediante o qual o médico se obriga a proporcionar ao paciente os seus melhores esforços, perícia e saber, com a finalidade de eliminar os problemas de saúde dos seus pacientes. Nos termos do contrato de serviço médico, o mesmo deve executar a sua técnica, esforçando-se pela correta aplicação das *leges artis*, sem prejuízo dos imponderáveis próprios do comportamento do organismo do paciente. Assim, o médico deve cumprir de forma satisfatória, a sua prestação se utilizar técnicas e meios aceitáveis e adequados, com recursos a regras da arte clínica recomendadas¹⁶⁷. Todavia não se deixa de fazer referência que a deficiência da atuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do paciente, antes e depois da intervenção contratada, para funcionar a responsabilidade médica, pelo que se torna necessário que se verifique uma desconformidade da concreta atuação do médico, em face ao padrão de conduta profissional exigível. Por esta razão, nos casos de contratação de tratamentos em que a autonomia da vontade não foi preenchida com a assunção do resultado pretendido, a obrigação do médico não inclui este fator, ficando somente pela utilização de meios¹⁶⁸.

Sendo este o conteúdo da prestação principal do médico, na medida em que se obriga a prestar a assistência necessária, com todos os conhecimentos técnicos e científicos de que dispõe, torna-se bastante complexo este objeto. Entre estes deveres, o médico tem de realizar exames auxiliares, fazer o diagnóstico, aconselhar e prescrever fármacos ou terapias. Esta relação assim configurada, gera para as partes um conjunto de deveres com vista ao fim contratual, evitando sempre que possível danos¹⁶⁹, no decurso da prestação principal. Nestes contratos, como em outros, existem deveres acessórios¹⁷⁰ ou complementares, legais ou por acordo, ou seja, os deveres de omissão (p.ex., o sigilo)¹⁷¹

¹⁶⁷ O conteúdo das *leges artis* é determinado pelo conhecimento científico existente num determinado período temporal e que é aferido no momento da realização do ato médico. O padrão exigível é o padrão normal, o juízo científico, corrente, do país onde se realiza, tendo em conta a saúde do paciente e as circunstâncias concretas. Não é um padrão único, fixo e universal, pois “permite várias formas de intervenção concedendo ao médico individual discricionariedade entre várias opções tendo em conta o específico problemas de saúde e as circunstâncias concretas do doente”. *Vd.*, S. GEVERS, *Clinical Practice Guidelines: Which Objectives? Whose Responsibilities?* In *European Journal of Health Law*, Vol.6, Issue 4, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 301-305.

¹⁶⁸ Ac. STJ de 02-11-2006 - Revista n.º 2851/06 - 2.ª Secção - João Bernardo (Relator).

¹⁶⁹ TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A Responsabilidade....*, sobre o dever de proteção do doente: “[...] a protecção contra “danos concomitantes” é incorporada no vínculo contratual, na medida em que, ao lado da obrigação principal - a de curar - existe uma obrigação de não causar danos noutros bens pessoais do doente, diferentes daquele que constitui o objecto do negócio jurídico”, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁰ Sobre os deveres acessórios da prestação médica, *Vd.*, Ferreira de Almeida, *Os Contratos....*, *cit.*, p.112.

¹⁷¹ Contra, considerando o dever de segredo como principal, numa perspectiva de direito da medicina, onde o segredo faz parte do método médico, por ser essencial ao interrogatório médico feito para levar a cabo o diagnóstico e o tratamento. *Vd.*, Maria do Céu RUEFF (coord), *A Construção do campo do Direito da Medicina e a sua perspectiva integradora* in *Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Universidade Lusfada Editora, Lisboa, 2013, p.145.

e, os deveres de comunicação (informação, documentação e conselho), de que falaremos adiante apenas de alguns.

1.2.1.1. Dever de informação pré-contratual

Um dos mais importantes princípios do direito europeu dos contratos é a obrigação de informação pré-contratual de aviso ou informação¹⁷². O dever de informação¹⁷³, é de grande importância, designadamente sobre a situação clínica ou diagnóstico, os riscos do tratamento e as alternativas. Por força de norma imperativa aplicável à atuação médica, deverá aplicar-se ao contrato de prestação de serviços médicos¹⁷⁴.

Na Alemanha com a codificação no BGB deste contrato de serviços, ficou facilitado o conhecimento dos direitos pelos pacientes e, a extensão da informação sobre os erros feitos pelo médico durante o tratamento, são um dever de informação¹⁷⁵, se reconhecível por este, e esta informação tem de ser dada também a pedido do paciente ou, quando necessário, para evitar as consequências do erro¹⁷⁶. É livremente usado em responsabilidade civil, sendo no entanto necessária a autorização do médico nos casos de responsabilidade penal. Outra questão apenas resolvida na jurisprudência alemã mas que agora está codificado é a distribuição do ónus da prova. Há inversão do ónus da prova, quando existe presunção de culpa, por exemplo, se o médico não regista no ficheiro clínico ou não o conserva, ou quando pratica atos médicos fora da sua competência, ou não cumpriu as exigências de esclarecimento (§630e - §630h)^{177 178}.

¹⁷² Art. IV.C.- 2:102 DCFR: “Pré-contractual duties to warn”.

¹⁷³ Ver também, Art. 1:103 PECL; 2:108 DCFR.

¹⁷⁴ Existe um conjunto de normas imperativas que regula a profissão médica e os atos médicos, assim como os direitos dos pacientes, que não podem deixar de se aplicar dada a natureza da obrigação principal. Desde logo, normas de Direito Internacional (a este propósito, a Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina), normas de direito da União Europeia, nomeadamente, o art.6º do Tratado de Lisboa, no respeito e promoção dos direitos humanos- assim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [art. 3º e art. 35º- Protecção da Saúde], a Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a própria Constituição Portuguesa, em matéria de saúde. Também as leis avulsas, como a LBS, que regulam domínios específicos, as normas de deontologia médica e as normas de direito do consumidor. E supletivamente as normas do mandato, estas, no entanto, são inespecíficas em relação “a um subtipo contractual que a lei não regula como tal mas apenas em conjunto com toda a categoria dos contratos de prestação de serviços”, assim Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, op.cit., p. 100.

¹⁷⁵ §630c (2) BGB. Também, IV.C.- 8:105 DCFR :”*Obligation to inform*”, nomeadamente (1)-(d): o médico tem de informar sobre todos os riscos do tratamento proposto, ao contrário de Portugal, onde essa obrigação não existe.

¹⁷⁶ Segundo alguma doutrina, o médico tem o dever lateral de informar o doente acerca dos erros na execução ou tratamento, pois sendo o contrato médico de natureza fiduciária, este dever impõe-se afim de evitar agravamento dos danos. PEREIRA, André, *O Consentimento na Relação...*, cit., p. 438.

¹⁷⁷ Tradução inglês: §630e BGB - “*Obligations to provide information*”- (1): The treatment party is obliged to inform the patient of all and any circumstances which are relevant to consent. This includes in particular the nature, extent, implementation, anticipated consequences and risks involved in the measure, as well as its necessity, urgency, suitability and prospects for success with regard to the diagnosis or the therapy. Alternatives to the measure must also be referred to in the information if several equally medically indicated, customary methods may lead to significantly different strains, risks or chances of recovery”.

Assim, em Portugal e por força do artigo 5º da CEDHBio¹⁷⁹, da Base XIV, nº1, alínea e) da Lei de Bases da Saúde, pelo art. 157º do Código Penal, do artigo 44º e artigo 45º do CDOM e ainda das normas supletivas do Código Civil relativas ao mandato, está o médico obrigado a respeitar a autodeterminação do seu paciente.

“A finalidade fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta. Ora, de entre os vários aspetos que devem constar de um adequado cumprimento do dever de esclarecimento¹⁸⁰, aquele que mais problemas tem levantado na doutrina e na jurisprudência é o relativo à informação sobre os riscos, nomeadamente os riscos graves mas raros”¹⁸¹. Assim, o paciente deve ser esclarecido acerca do diagnóstico e do seu estado de saúde; meios e fins do tratamento; prognóstico; a natureza do tratamento proposto; consequências secundárias do tratamento proposto; riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial dos riscos frequentes e dos riscos graves; as alternativas ao tratamento, bem como os riscos e consequências secundárias de tratamento alternativo; riscos e consequências secundárias da recusa de tratamento e aspetos económicos do tratamento¹⁸².

De todos estes parâmetros, o que gera mais controvérsia doutrinal e jurisprudencial é o dever de informar sobre os riscos graves, mesmo que raros. Na Europa podemos distinguir duas orientações dominantes. Segundo uma orientação mais autonomista, o médico deve revelar todos os riscos muito graves (morte, paralisia, incapacidade grave para o trabalho), mesmo que a sua frequência seja excecional ou rara. É o entendimento em França, primeiro na Cour de Cassation (1998) e depois também no Conseil d'État (2000). A lei de 2002¹⁸³, parece não ter alterado o entendimento jurisprudencial. Segundo uma orientação mais moderada, o médico deve revelar os riscos graves que sejam previsíveis. Foi esse o caminho seguido pela lei espanhola¹⁸⁴, que impõe a

¹⁷⁸ §630h – “*The Burden of proof in case of liability for malpractice and errors in providing information*”.

¹⁷⁹ Em 4 de Abril de 1997, em Oviedo, os Estados membros do Conselho da Europa e a Comunidade Europeia aprovaram para assinatura esta Convenção. Trata-se de uma Convenção-quadro, complementada por vários Protocolos Adicionais (Clonagem, de seres humanos, Transplantação, Investigação, testes genéticos). Em Portugal, publicado em Diário da República, 1ª Série de 3/1/2001. Esta Convenção representa um verdadeiro “Tratado de direitos dos pacientes” - Herman Nys, *La Convention Europea de Bioética*, 2000.

¹⁸⁰ A Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994) dá um lugar de destaque ao dever de esclarecimento, e enuncia que : “Os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos actos médicos considerados, com os riscos e vantagens que comportam, e das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento.”

¹⁸¹ PEREIRA, André, *O Consentimento Informado na Experiência Europeia* in I Congresso Internacional sobre “Os Desafios do Direito face às novas tecnologias”, Ribeirão Preto, 10 de Novembro de 2010, p. 9, disponível em <http://hdl.handle.net/10316/14549>.

¹⁸² Assim Art. I.V.C.- 8:105(1) DCFR: “Obligation to inform”.

¹⁸³ Lei de 4 de Março de 2002 sobre os direitos dos pacientes e a qualidade do sistema de saúde (Loi nº 2002-303 du 4 mars 2002).

¹⁸⁴ LEY 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Boletín Oficial del Estado de 15.11.02.

informação sobre —os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais, de acordo com a experiência e o estado da ciência ou diretamente relacionados com o tipo de intervenção e, pela lei belga¹⁸⁵, segundo a qual o doente tem o direito a ser informado acerca dos —riscos normalmente previsíveis.

“Tradicionalmente, a ética médica não aconselhava a revelação dos riscos aos doentes, antes encorajava os médicos a esconder a informação dos pacientes quando estes pudessem ficar desmoralizados ou pudesse levar a que estes rejeitassem o tratamento. No século XXI não é admissível que esta ética médica ainda mereça acolhimento. A mudança no pensamento ético deverá ser acompanhada por mudanças na realização do direito e, sobretudo, na vivência quotidiana da relação clínica. O dever de informar e esclarecer é um dos pilares da doutrina do consentimento informado, que visa dar verdadeira efetividade ao direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. Contudo há algumas divergências a respeito da medida da informação. O Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a, discutido em 2010 na Assembleia da República sobre o direito dos doentes à informação e ao consentimento informado, previa a seguinte norma: (artigo 2.º, n.º 4): —A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar”^{186 187}.

Numa síntese breve, todos os países europeus protegem a autonomia do paciente e, o ónus da prova da revelação da informação¹⁸⁸, cabe ao médico¹⁸⁹. No entanto, no caso de falta de informação não fundamental, vários sistemas jurídicos, através de diferentes técnicas jurídicas (teoria de *une perte d'une chance*, distinção entre *tort of battery* e *tort of negligence*), reduzem ou eliminam a indemnização ao paciente.

¹⁸⁵ Lei relativa aos direitos dos pacientes de 22 de Agosto de 2002.

¹⁸⁶ PEREIRA, André, *Idem, ibidem*, p. 11.

¹⁸⁷ Defende-se a teoria dos “riscos significativos” que impõe o dever de informação em razão da necessidade terapêutica, do grau de frequência ou gravidade do risco, ou em função do comportamento do doente, neste sentido, Vera RAPOSO, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, 2014, p. 14 e pp. 225 e ss; PEREIRA, André, *O Consentimento na Relação...*, p.396 e ss. Também Acórdão STJ de 11/11/2014 (Jorge Arcanjo).

¹⁸⁸ Uma solução cautelosa sobre a extensão do dever de informar sobre os riscos conhecidos, mas excepcionais, é dada pelo projeto de Código Civil Europeu do *Study Group on a European Civil Code*, ob.,cit.

¹⁸⁹ Em Portugal ainda não é claro a quem cabe o ónus da prova do dever de informar. GUILHERME DE OLIVEIRA e VAZ RODRIGUES, entendem que cabe ao paciente, segundo a regra do art. 342º, nº1 do CC. Para FIGUEIREDO DIAS E André Dias PEREIRA, cabe ao médico esse ónus, com base na regra da prova de factos impeditivos, art. 342º, nº 2 do CC. Para maiores desenvolvimentos sobre a estrutura do consentimento informado ver PEREIRA, André, *O Consentimento na Relação...*, pps. 191 e ss, especificamente sobre o conteúdo da informação, *idem*, pp., 369 e ss.

1.2.1.2. Dever de obtenção do consentimento informado

Intrínsecamente ligado ao dever de informação está também o dever de obter o consentimento informado, enquanto esclarecimento para a auto determinação¹⁹⁰. Estão em causa, em ambos os deveres, os mesmos bens jurídicos, acautelados, desde logo, pelo art. 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina¹⁹¹ e, pelo art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que protege o paciente de intervenções arbitrárias.

O consentimento informado ou esclarecido como uma expressão de respeito pelo princípio da autonomia do sujeito representa um dos temas mais abordados na atualidade e amplamente debatidos. É sem dúvida uma questão recorrente nos últimos 50 anos, e baseia-se na informação adequada e transmitida pelo médico ao seu doente e no consentimento esclarecido por parte deste, para o ato médico. Assim, pressupõe uma série de atitudes, comportamentos e procedimentos que se adiciona à avaliação das respetivas expectativas, riscos e benefícios. Representa assim, um instrumento amplamente utilizado na investigação médica com seres humanos, mas não na prática clínica.

Os tribunais têm estabelecido que os pacientes têm o direito a uma informação completa dos seus médicos, sobre os riscos envolvidos no tratamento médico, mesmo quando os riscos são leves. Os médicos que não fornecem todas as informações sobre esses riscos, são passíveis de um processo.

O conceito de consentimento informado, evoluiu de forma significativa, ao longo dos tempos. Iniciou-se através do reconhecimento precoce, de que os médicos não devem, em situação alguma, violar a integridade física de outra pessoa sem a sua permissão. A partir deste pressuposto, evoluiu para o conceito atual, de que o consentimento informado deve ser considerado como um ingrediente essencial à boa assistência do paciente. O conceito foi esclarecido e igualmente, ampliado, através da jurisprudência.

O direito dos doentes à informação e ao consentimento informado foi objeto da iniciativa legislativa, Projecto de Lei n.º 788/X, o qual regula, assim, os direitos dos doentes, no exercício da sua autonomia, em relação ao seu processo clínico e na

¹⁹⁰ Sobre o conceito e a sua contraposição ao esclarecimento terapêutico, *Vd.*, PEREIRA, A., *O Consentimento na Relação...*, cit., pp. 71 e ss.

¹⁹¹ Art. 5º: 1. “Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida. 2. A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e os seus riscos. 3. A pessoa em causa poderá, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

prestação de cuidados de saúde através do consentimento informado, aplicando-se nas relações jurídicas de direito privado ou de direito público.

Neste sentido, o projeto previa que a informação prestada pelo médico não fosse efetuada de modo *standard*, tendo em conta o doente médio, mas segundo as necessidades e especificidades de cada doente concreto, individualmente considerado. Clarifica-se, ainda, a forma de transmissão, a titularidade e o regime de prova que fundamenta o consentimento livre e informado do doente. E confere-se, ao encontro de outros ordenamentos jurídicos, uma forma menos morosa e estigmatizante da representação dos adultos com capacidade diminuída. As soluções legislativas propostas identificam-se com as regras da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada por Resolução da Assembleia da República nº 1/2001, e publicada no Diário da República de 3 de Janeiro de 2001.

A referida iniciativa legislativa contribuiria assim, decisivamente para o reforço da tutela do direito à autodeterminação do doente no âmbito de qualquer intervenção médica, no respeito pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No artigo 1º, refere-se que a presente lei regula os direitos dos doentes, no exercício da sua autonomia, em relação ao seu processo clínico e na prestação de cuidados de saúde através do consentimento informado. É pois pertinente referir o conteúdo do art. 2º, nº 1) “O médico presta a informação segundo as capacidades de entendimento e as necessidades do doente concreto, na medida adequada para que este possa vir a formular uma decisão fundamentada e autónoma”; nº 2) “A informação versa sobre o diagnóstico, o prognóstico, os meios e os objetivos do tratamento, os efeitos secundários, os riscos frequentes e os riscos graves inerentes à intervenção e pertinentes para o doente, os benefícios previstos, as alternativas de tratamento, incluindo os seus riscos frequentes ou graves, benefícios e efeitos secundários, as consequências da recusa do tratamento, bem como, quando aplicável, as repercussões financeiras dos tratamentos propostos, e ainda a eventual participação de estudantes ou de profissionais em formação”; nº 3) “A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar”; nº 4) “A informação é

tanto mais pormenorizada e extensa quanto menor for o intuito terapêutico da intervenção ou quanto mais graves forem os seus riscos”¹⁹² ¹⁹³.

«Embora o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha conseguido integrar a lacuna existente nos Tratados em sede de Direitos Fundamentais, é certo que há muito a União Europeia procurava uma solução para este problema, pensando nomeadamente em criar um catálogo vinculativo de Direitos Fundamentais para a União Europeia ou aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A 7 de Dezembro de 2000, por ocasião do Conselho Europeu de Nice, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão procederam à assinatura conjunta e proclamação solene de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Esta pretendia sublinhar a importância dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, levando a uma melhor aceitação da União pelos cidadãos.

A CDFUE contém 54 artigos que integram um conjunto de direitos civis e políticos, direitos dos cidadãos da União Europeia, direitos económicos e sociais e de outros direitos que visam responder a problemas suscitados pelas sociedades hodiernas desenvolvidas e pelos progressos científicos e tecnológicos entretanto realizados. O problema da natureza jurídica da Carta foi logo levantado antes da sua elaboração. A proclamação solene da Carta, em vez da sua integração nos Tratados da União, foi a solução adotada pelo Conselho Europeu de Nice. Não lhe foi, assim, conferida força vinculante e remeteu-se a eventualidade e o modo da sua integração nos Tratados para momento ulterior. A Carta, embora fosse um instrumento não vinculativo, não pôde deixar de produzir efeitos. Aliás, não faria sentido que fosse de outro modo, pois tendo em conta que todas as instituições políticas que participam no processo normativo da União Europeia a proclamaram solenemente, seria estranho que as mesmas (Conselho, Parlamento Europeu e Comissão) não se sentissem vinculadas pelas disposições da Carta aquando da sua atuação no plano legislativo. O mesmo se diga do exercício da função executiva no sistema comunitário. O Tribunal de Justiça pode recorrer às disposições da Carta dos Direitos Fundamentais, pois esta condensa e afirma as

¹⁹² De Julho de 2009, apesar de não ter sido aprovado, ver os comentários a este documento e da necessidade de corrigir a estrutura do projeto e o seu articulado, revelando um neo-paternalismo injustificado, afrontando o princípio da autonomia do doente já reconhecido em vários instrumentos legais, o Parecer 57/CNEV/09, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf.

¹⁹³ Ver também o Projecto de Lei nº 413/XI (2ª) - “Direito dos doentes à Informação e ao Consentimento Informado”, de 20/09/2010, iniciativa que caducou em 19/06/2011, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35640>.

tradições constitucionais comuns dos Estados – Membros em matéria de proteção dos direitos fundamentais. “A Carta deve ser entendida como emanação substantiva dessas tradições constitucionais comuns que o Tribunal de Justiça aplica em virtude do artigo 6º, nº 2 TUE, enquanto princípios gerais de Direito Comunitário.” Assim, a CDFUE pôde ser considerada como parte integrante do acervo comunitário. Veja-se a título de exemplo o Acórdão de 9 de Outubro de 2001, no processo C-377/98¹⁹⁴, em que o Tribunal de Justiça confirma que o direito fundamental à integridade da pessoa faz parte do Direito da União e abarca, no âmbito da Medicina e da Biologia, o consentimento prestado livremente e com conhecimento de causa pelo dador e pelo receptor¹⁹⁵.

Com o Tratado de Lisboa foi introduzido um conjunto de alterações no domínio dos direitos fundamentais, ainda numa continuidade ao que existia, mas com duas inovações: a equiparação do valor jurídico dos direitos fundamentais da União Europeia ao dos Tratados através do artigo 6º, nº 1 do Tratado da União Europeia e, a atribuição de competência à União Europeia para aderir à CEDH, artigo 6º, nº 2 TUE. Ou seja, o Tratado de Lisboa dotou a União Europeia de um catálogo de direitos fundamentais equivalente ao dos seus Estados Membros, o que contribuiu para o reforço da tutela dos direitos fundamentais na União Europeia. Implementou-se assim, um sistema supranacional de proteção dos direitos, garantias e liberdades dos cidadãos europeus – um reforço da cidadania nacional - decorrendo deste artigo 6º do TUE um “bloco de jusfundamentalidade”, que serve de parâmetro para a conformidade das decisões/medidas europeias ou nacionais em conformidade com o direito da União Europeia¹⁹⁶.

O art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sob a epígrafe “Direito à integridade do ser humano” dispõe o seguinte: 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; - A proibição de práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção de pessoas; - A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; - A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.”

¹⁹⁴ O Reino dos Países Baixos pediu, nos termos do artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE), a anulação da Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas (JO, L 213, p 13).

¹⁹⁵ Considerando 78 do Acórdão, disponível em www.curia.europa.eu.

¹⁹⁶ Sobre os direitos fundamentais protegidos pela União Europeia ver Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência*, 2ª Edição (Actualizada e Ampliada), Quid Juris, 2011, págs. 71 e ss.

Os princípios enunciados neste artigo não são inovadores, inovadora em si é apenas a consagração de princípios ligados à biomedicina num documento ligado à União Europeia. Como vimos, estes princípios foram consagrados na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, adotada no âmbito do Conselho da Europa. Atente-se que as três primeiras disposições do nº2 do art. 3º têm algo de similar com parte da divisão da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Veja-se o capítulo II relativo ao consentimento, o capítulo IV relativo ao genoma humano e ao capítulo VII relativo à proibição de obtenção de lucros e utilização de partes do corpo humano. Integrando-se no capítulo I da Carta, relativo à “Dignidade”, o art. 3º da Carta possui dois números: o primeiro consagra o direito à integridade física e psíquica das pessoas, através duma cláusula geral; o segundo, através duma cláusula específica que se circunscreve no âmbito da medicina e da biologia estabelece uma série de exigências e proibições cuja transgressão implicará a violação do direito à integridade.

Em concreto e relativamente ao nº 2 do art. 3º da Carta, de acordo com o Parlamento Europeu, aqui se estabelecem os requisitos mínimos que se impõem ao legislador da União Europeia. Não se trata de uma enumeração exaustiva de todas as regulamentações necessárias, mas sim, no fundo, de estabelecer um mínimo denominador comum. Relativamente à 1ª disposição respeitante ao consentimento livre e esclarecido, cumpre dizer que o consentimento livre e informado configura-se como o ato que permite ao paciente o exercício dos seus direitos de personalidade, daí que a ofensa desse consentimento implique uma afronta à liberdade pessoal do paciente, como também ao seu direito à integridade tal e como preceitua este artigo 3º. Aliás, isto corresponde à evolução do conceito de paciente, este não é já um mero sujeito passivo da relação médica, mas passa a ser um sujeito (ativo) titular de direitos»¹⁹⁷.

Apesar de serem os Estados os responsáveis pelas políticas de saúde e prestação de cuidados de saúde, compete à União Europeia, no âmbito das suas competências¹⁹⁸, garantir “*um nível elevado de protecção da saúde*”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CARVALHO, Ana Sofia, ABREU, Lúcia, *A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – O CASO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA*, pps.24 e ss. Disponível em <http://www.academia.edu/5580185>.

¹⁹⁸ No domínio da saúde há pelo menos 31 Diretivas, 16 Regulamentos e 8 Decisões, produzidas pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu, sobre assuntos como: sangue; tecidos, células e órgãos humanos; as drogas; controlo de doenças; segurança dos doentes e sua mobilidade e dos profissionais; investigação e desenvolvimento; fabrico, venda e vigilância e propriedade intelectual de medicamentos; dispositivos médicos; Agência Europeia do Medicamento; protecção de dados; concorrência entre seguros e finalmente a Jurisprudência do TJUE. Para uma lista indicativa de casos do TJ ver *European Union Health Law: Treaties and Legislation*, editado por André den Exter e Tamara Hervev, Antuérpia, Maklu Publishers, 2012, págs. 601 e ss.

¹⁹⁹ Artigo 35º da CDFUE: “Protecção da Saúde”.

Posteriormente, em 2002, foi elaborada uma nova carta de direitos, a “Carta Europeia dos Direitos do Paciente”, da responsabilidade da “Active Citizenship Network” (ACN), que tendo por base o artigo 35.º da CDFUE foi concebida em função da realidade europeia e após uma avaliação realizada por essa organização não governamental a diversas instituições de saúde dos doze mais antigos membros da União Europeia, tendo em vista verificar a forma como eram respeitados os direitos dos doentes nesses Estados. A “Carta Europeia dos Direitos do Paciente” proclama 14 direitos, que conforme se verá *infra* foram reconhecidos pelo Comité Económico e Social Europeu (ora em diante CESE), designadamente: (i) o direito a serviços adequados à prevenção de doenças; (ii) o direito de acesso aos serviços de saúde de que necessita, sem discriminação relativa a recursos financeiros, local de residência, tipo de doença ou hora a que se acede aos serviços; (iii) o direito à informação; (iv) o direito de consentimento; (v) o direito de livre escolha dos tratamentos e estabelecimentos prestadores com base em informação adequada; (vi) o direito à privacidade durante o processo de diagnóstico e tratamento e de confidencialidade sobre a informação pessoal e de saúde (diagnóstico e tratamentos); (vii) o direito ao respeito pelo tempo do paciente, em todas as fases do tratamento (a ser tratado em tempo útil face à sua necessidade); (viii) o direito à observância e cumprimento das normas de qualidade; (ix) o direito a aceder aos serviços de saúde de acordo com elevadas normas de segurança, bem como o direito a ser protegido, designadamente, quanto ao funcionamento dos serviços e quanto a eventuais erros ou más práticas médicas; (x) o direito de acesso a tratamentos e procedimentos de diagnóstico inovadores; (xi) o direito a ser evitado sofrimento desnecessário e dor; (xii) o direito a tratamento personalizado; (xiii) o direito de queixa e de obter resposta ou outro esclarecimento; e (xiv) o direito de compensação em caso de ter sofrido danos físicos ou morais causados em serviços de saúde.

Tendo em consideração os direitos proclamados na “Carta Europeia dos Direitos do Paciente” da ACN, e acabados de enunciar, note-se que o CESE adotou um Parecer sobre “os direitos do paciente”, publicado no JOUE, em 15 de Janeiro de 2008 (2008/C 10/18), e que presta especial atenção a três desses direitos, a saber, o direito à informação, o direito ao consentimento livre e esclarecido e o direito à dignidade. Relativamente à informação é referido em tal Parecer que: - “A informação deve abranger a doença, a sua evolução possível, os tratamentos eventuais com os seus interesses e os seus riscos, as características das estruturas ou dos profissionais que prestam estes cuidados e os impactos da doença e dos tratamentos na vida do doente”. A

informação deve ser prestada tendo em atenção “o meio familiar do paciente, sobretudo no caso de uma criança ou de uma pessoa idosa”, bem como deve o paciente “ser informado na sua própria língua”; - a informação deve ser prestada no sentido da “redução das desigualdades perante os distúrbios, a doença, assistência médica e a melhoria do acesso ao sistema de saúde por parte de todos os cidadãos. Quanto ao consentimento livre e esclarecido é referido no Parecer, que: - afirmar o consentimento significa dever ser considerada “ a interacção entre [médico e paciente] numa perspectiva de aliança terapêutica, mantendo cada um o seu papel, com os seus direitos e o seu perímetro de responsabilidade.”; - o consentimento “ deve ser renovado antes de cada acto médico ou cirúrgico importante”; - o consentimento deve ser “explícito, ou seja exprimido objectivamente [sendo que] depois de ter sido informado, o paciente pode aceitar ou recusar o procedimento que lhe for proposto”; - em casos de emergência “o consentimento pode ser presumido e confirmado quando o paciente tiver recuperado as suas capacidades de discernimento”.

A Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

Assim, faz-se aqui referência à Directiva^{200 201}, enquanto documento que visa estabelecer um quadro claro e harmonizado para os cuidados de saúde transfronteiriços, visando: (i) assegurar que os doentes recebem cuidados de saúde seguros e de elevada qualidade; (ii) ajudar os doentes a exercerem os seus direitos ao reembolso dos cuidados de saúde transfronteiriços; e (iii) promover a cooperação na UE relativamente a cuidados de saúde nos domínios do reconhecimento das receitas médicas, das redes europeias de referência, da avaliação das tecnologias da saúde e da saúde em linha (e-Saúde).

Noutros ordenamentos jurídicos é dada especial relevância à exigência de informar o paciente, nomeadamente o Código Civil holandês no art. 7:448 diz que: “O prestador de serviços de saúde deve ser guiado por aquilo que o paciente razoavelmente precisa de saber sobre: a) a natureza e o fim do diagnóstico ou tratamento e as atividades que terão

²⁰⁰ Já em 1998, no Acórdão Decker, caso C- 120/95, o Tribunal de Justiça considerou que os cidadãos europeus têm o direito de beneficiar de serviços médicos nos diferentes Estados Membros. Disponível em: (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T.F&num=C-120/95&td=ALL>). Ver também, sobre este caso e sobre liberdade de circulação de serviços, PAUL CRAIG, GRÁINNE DE BÚRCA, *EU LAW: Text, Cases, and Materials*, 3ª Edição, Oxford University Press, 2011, pp. 807 e ss.

²⁰¹ A transposição desta Diretiva na Alemanha, tornou o novo contrato médico no BGB compatível com o Direito da União Europeia. Ver Considerando 6 da Diretiva.

de ser realizadas; b) as consequências e os riscos prováveis; c) outros possíveis tipos de diagnóstico e tratamento; d) as perspectivas de saúde futura. Ou seja, existe um verdadeiro direito a uma informação sobre as alternativas, o chamado *Informed choice*, um requisito do direito ao consentimento informado²⁰².

Não sendo o direito ao consentimento informado um direito absoluto, cede perante valores conflitantes, ponderados por lei, e que são sujeitos a controlo jurisdicional. As exceções à obtenção do consentimento, ou ao dever de informar, como causas justificativas são, por exemplo, as situações de urgência²⁰³ e de consentimento presumido²⁰⁴, normas de direito da saúde pública, exceção terapêutica²⁰⁵, entre outras, que aqui não cabe analisar.

1.2.1.3. Dever de sigilo profissional

“O que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir ou ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei como segredo.”

Juramento de Hipócrates

A primeira parte do dever de sigilo médico ao nível jurídico descreve que a obrigação do médico de guardar segredo mantém a toda a atualidade e assume-se, cada vez mais como uma necessidade prioritária. Representa o pilar da relação pessoal que exige como sentimento principal a confiança.

Num breve relance sobre a História, constata-se que o dever deontológico de segredo médico remonta a Hipócrates²⁰⁶. Contudo, durante a Idade Média, este dever não era garantido no mundo Ocidental. Pelo contrário, sempre manteve a sua vigência na medicina árabe e judaica.

O segredo médico surge inicialmente na Europa, como resultado do pensamento iluminista, primeiro, e liberal posteriormente. Desde a II Guerra Mundial que a defesa do segredo médico surge como uma nova via de inspiração pela defesa dos direitos

²⁰² Cfr., PEREIRA, André, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, p. 447.

²⁰³ Consagrado no art. 8º da CEDHBio. Também no art. I.V.C.-8:107 DCFR: “Exception to the obligation to inform”.

²⁰⁴ O médico deve presumir qual seria a reacção do paciente se pudesse pedir a sua opinião.

²⁰⁵ O Art. 5º da CEDHBio, com o seu modelo autonomista, não refere a exceção terapêutica ao consentimento. Ver Art. 157º do Código Penal português.

²⁰⁶ HOTTOIS, Gilbert, PARIZEU, M., *Dicionário de Bioética*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, p.330.

humanos. O surgimento dos vários temas e artigos ao nível nacional e internacional, são importantes fontes relacionadas com o sigilo profissional.

Assim, destaca-se os documentos que foram regidos sob a égide das Nações Unidas, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948²⁰⁷, a qual descreve no seu artigo 12º que “*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.*”

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos²⁰⁸, com o seu artigo 17.º: “Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação.”

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem²⁰⁹, de 11 De Novembro de 1997, artigo 7º; Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 16 de Outubro de 2004²¹⁰ (artigo 14.º – Vida privada e confidencialidade). Também o artigo 10º, nº1 da CEDH Bio, estabelece em termos de direitos dos pacientes, o direito à confidencialidade, o direito à segurança do processo clínico, do acesso e o direito a cópias de partes do ficheiro clínico²¹¹.

No que diz respeito a Portugal o Direito Constitucional refere que o princípio da dignidade da pessoa humana dirige o ordenamento jurídico português e, através deste princípio de dignidade da pessoa humana, de inspiração Kantiana e Iluminista, a Lei Fundamental apresenta um extenso conjunto de direitos fundamentais. Assim o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é protegido pelo artigo 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Ou seja, “*No plano filosófico, o respeito*

²⁰⁷ Adoptada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948. Publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

²⁰⁸ Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 133/78 (rectificada mediante aviso de rectificação publicado no Diário da República n.º 153/78, de 6 de Julho)

²⁰⁹ Conferência Geral da UNESCO, 11 de Novembro de 1997.

²¹⁰ Artigo 14.º: Vida privada e confidencialidade (a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. (b) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

²¹¹ Ver nota de rodapé 174, a respeito dos direitos dos pacientes no direito comparado.

*pelo segredo baseia-se num direito natural à intimidade que faz parte do desenvolvimento da pessoa. O segredo identifica-se com uma condição necessária à realização de certas relações interpessoais onde a intimidade entra em jogo: o respeito, o amor, a amizade, a confiança. O segredo concorre para o estatuto da pessoa humana, porquanto visa proteger a intimidade e o poder de autodeterminação do ser humano*²¹².

Ainda, a afirmar que o tipo legal com crime previsto no artigo 195.º do Código Penal protege o bem jurídico individual privacidade e também o bem jurídico supra-individual, prestígio e confiança em determinadas profissões. O artigo 195.º (Violação de segredo) refere que “Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Ao nível do plano civil, o direito ao sigilo médico enquadra-se no âmbito dos direitos de personalidade, que representam direitos absolutos, e que impõem não só uma obrigação passiva universal mas um dever de respeito. O direito ao sigilo pode radicar em duas fontes, quer no direito civil, o direito geral de personalidade, consagrado na lei, no artigo 70.^{o213}, quer no direito especial de personalidade, consagrado no artigo 80.º, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e, a própria Lei de proteção de dados pessoais^{214 215}.

1.2.1.4. Dever de documentação

O doente tem direito a ser informado de modo a poder decidir²¹⁶.

Tal como o dever de sigilo profissional, é doutrina e jurisprudência em quase todos os países da Europa que os médicos e os hospitais têm a obrigatoriedade de proceder à documentação e registo de atividades clínicas. Assim, os fundamentos desta obrigação

²¹² Dicionário de Bioética, *idem*, p.331

²¹³ Artigo 70º – Tutela geral da personalidade 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

²¹⁴ Lei nº 67/98, de 26 de Outubro.

²¹⁵ Sobre o dever de sigilo no direito português e comparado com bibliografia importante, ver André PEREIRA, *O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa*, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13335/1/andre_pereira.pdf.

²¹⁶ Acórdão STJ de 9/10/2014, disponível em www.dgsi.pt.

podem ser encontrados no plano do direito contratual, ao nível delitual através dos direitos de personalidade.

Por seu turno, através do plano contratual, entende-se que existe um dever lateral que resulta do contrato médico de realizar uma documentação minuciosa e pormenorizada, e completa sobre a atividade médica, cirúrgica e enfermagem. Igualmente, a obrigação de elaborar um perfeito registo da história clínica resulta também de um *dever de cuidado do médico*, de uma obrigação inserta nas *leges artis*.

Para que os cuidados de saúde sejam zelosos e organizados impõe-se que o médico proceda ao registo e à documentação das consultas, exames, diagnósticos e tratamentos efetuados, sob pena de incorrer em responsabilidade civil.

Os tratamentos de cuidados de saúde são elementos críticos na segurança do paciente e devem ser organizadas de tal forma, que a informação clínica completa e precisa sobre todos os pacientes envolvidos deve ser transmitida entre os indivíduos durante o tratamento e / ou equipas responsáveis por esse grupo de pacientes. Programas e instituições deverão ter um processo documentado para assegurar a eficácia dos tratamentos. Isto pode ser realizado de várias formas.

A manutenção de registos de medicina evoluiu para uma ciência em si mesmo²¹⁷. Esta será a única maneira para o médico provar que o tratamento foi realizado corretamente. Além disso, também será de grande ajuda na avaliação científica e das questões de gestão de doentes. Registos médicos formam uma parte importante da gestão de um paciente. É importante para os médicos e estabelecimentos médicos, manter adequadamente os documentos de pacientes por duas razões importantes. A primeira delas é que ajuda na avaliação científica do perfil do paciente, ajuda na análise dos resultados de tratamento, e planeia os protocolos de tratamento.

Auxilia no planeamento de estratégias governamentais para o futuro dos cuidados médicos. Mas de igual importância no cenário atual é na questão da alegada negligência médica. O sistema legal baseia-se principalmente na prova documental, numa situação em que a negligência médica é alegada pelo paciente ou parentes.

Numa acusação de negligência, esta é muitas vezes a prova mais importante para a decisão sobre a condenação ou absolvição do médico. Com o uso crescente de seguro médico para o tratamento, as companhias de seguros também exigem a manutenção de registos adequados para provar a necessidade do paciente para despesas médicas.

²¹⁷ O problema do acesso ao processo clínico decorre da problemática sobre a confidencialidade no tratamento médico e que conduz a uma autonomia como *thema* do Direito da Medicina.

O dever de documentação, ligado ao direito do paciente aceder aos documentos, está assim consagrado no artigo 10º, nº 2 da CEDHBio, que afirma que “qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde”, ressalvando que “a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada” e, no nº 3, que “a título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no nº 2”. Fica assim estabelecido na Convenção de Oviedo, a regra do direito de informação e acesso aos dados de saúde por parte do titular²¹⁸, admitindo como exceção a situação em que não seja adequado aos interesses do paciente exercer esse direito²¹⁹.

Em relação à Constituição Portuguesa, o artigo 35º, nº1 diz que todos os cidadãos têm direito de acesso aos dados informáticos que lhe digam respeito, e, nos termos da Lei nº12/2005, de 25 de Janeiro²²⁰, no artigo 5º, nº2 é definido o processo clínico como “qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde²²¹, sobre doentes ou os seus familiares”. O conteúdo desta informação tem sido dado pela doutrina²²², entre os quais se inclui a anamnese, diagnóstico, terapia, métodos, medicação, dever de informar para o consentimento, relatórios, imprevistos, entre outros.

Questão controversa tem sido o acesso²²³ e propriedade do processo clínico. No anterior CDOM, o art. 77º, nº 2, determinava que a ficha clínica pertencia ao médico, na sequência da memória escrita por este. Mais tarde, o Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas, emitiu um parecer onde considerou que “a informação constante do ficheiro clínico é um direito do doente que em qualquer momento pode solicitar que lhe seja enviada a médico à sua escolha, mas o ficheiro em si, é propriedade do médico [...]”²²⁴.

No artigo 100º, nº 3 do CDOM, refere-se que o “médico é detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses de instituição à qual preste serviços clínicos, todavia esta, não deverá usar esses registos sem

²¹⁸ E também o *direito a não saber*, consagrado no art. 10º, nº 2 CEDHBio. Igual direito no §630e (3) BGB.

²¹⁹ O chamado privilégio terapêutico.

²²⁰ Lei de Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde.

²²¹ A legislação portuguesa não estabelece o conteúdo da informação, ao contrário de Espanha (art. 15.2 da Ley 41/2002) e França.

²²² CASCÃO, Rui, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil* in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 4, nº8, Coimbra Editora, p. 29.

²²³ Em Portugal o acesso ao processo clínico é mediato ou indireto, na medida em que só pode ser feito por intermédio de um médico. Ao contrário, na Alemanha e Espanha, em que o acesso, pelo menos a dados objetivos, é direto. Também, na Holanda, o acesso à totalidade do ficheiro clínico é reconhecido no art. 7:456 BW.

²²⁴ BARBOSA, Carla, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico* in *Lex Medicinæ*, Revista de Direito da Saúde, ano 7, nº 13, 2010, p. 114 e ss.

conhecimento prévio do médico que os elaborou”. Esta solução alarga os direitos de propriedade intelectual aos registos médicos, contudo, o art. 3º da lei 12/2005, estabelece que a informação de saúde é **propriedade da pessoa**, sendo as unidades de saúde os **depositários da informação**²²⁵. Difícil assim harmonizar as soluções do CDOM com a lei 12/2005, tendo, no entanto, o Código deontológico o mérito de ajudar a distinguir processo clínico como suporte da informação e, informação de saúde em si mesmo²²⁶.

1.2.2. Do paciente

No contrato de prestação de serviços médicos, como contrato sinalagmático, ao dever de tratar que sobre o médico recai contrapõe-se, como sua contraprestação, um dever de pagamento de honorários por parte do paciente²²⁷. Apesar de o contrato se presumir oneroso, a sua gratuitidade em nada afeta o essencial do contrato²²⁸. Em qualquer caso, o dever de tratamento, implica sempre o dever²²⁹ de cooperação e de comunicação do doente²³⁰, por exemplo, entrará em incumprimento²³¹ se faltar a consulta ou não prestar as informações solicitadas pelo médico, necessárias a uma boa execução e decisão clínicas.

²²⁵ Negrito nosso.

²²⁶ Para todas as questões controversas sobre os termos do acesso ao processo clínico depois da entrada em vigor da Lei nº 46/2007 de 24 de Agosto (Lei de acesso aos documentos administrativos) e, o acesso à informação de saúde, com as soluções de direito comparado, ver Carla BARBOSA, op., cit., pp. 115 e ss.

²²⁷ Cfr., art. 1167º, al.b) do CC, relativo ao mandato.

²²⁸ Não há lugar a pagamento nos casos de tratamento de colega ou familiar, art. 106º CDOM.

²²⁹ Corresponderá mais a um ónus do que a um dever jurídico, assim André PEREIRA, op., cit., p.55. Como um “dever para consigo próprio”, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 25.

²³⁰ Base XIV, nº2, al.c) da LBS.

²³¹ Valorado enquanto lesado, para os danos sofridos, nos termos do artigo 570º CC.

Capítulo 3 – Do Incumprimento

Subcapítulo 1 - Incumprimento contratual e extracontratual

Ao nível histórico, a prestação de cuidados de saúde nas sociedades ocidentais tem sido focada nos cuidados dispensados pelo médico. O regime de responsabilidade que é aplicável à relação entre o médico e o paciente é a Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que está relacionada com o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

Foi a 20 de Maio de 1936 que uma sentença da *Cour de Cassation* referia que “*forma-se entre o médico e o seu paciente um verdadeiro contrato*”²³². E, de forma complementar, em Portugal, Moitinho de Almeida referiu em 1972 que “*as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual*”²³³.

No exercício das profissões liberais, durante o século XIX, as questões que estavam relacionadas com a responsabilidade médica eram remetidas, de forma automática, para sede delitual. A figura de contrato que estava associada à atividade médica contribuiu para que as relações entre o médico e o paciente passassem para o plano do Direito, considerando o médico como um contraente²³⁴. Como consequência principal, instalou-se a perceção de um verdadeiro *corpus* articulado e coerente que trata dos direitos do paciente, durante a prática clínica²³⁵.

A medicina atual, em muitos âmbitos, é muito diferente da que foi praticada ao longo de muitas gerações. Diferente nos meios e nas técnicas que utiliza para a elaboração do diagnóstico, para a terapêutica e para o ato médico²³⁶, distinta na organização dos serviços médicos e principalmente no plano da responsabilização jurídica dos seus profissionais. É de notar que este progresso científico e tecnológico, envolve técnicas muito melindrosas e suscetíveis de levar a efeitos capazes de questionar valores comumente aceites na sociedade atual, despertando ao mesmo tempo a atenção de investigadores, sociólogos e juristas.

²³² *Idem* PEREIRA, André, *op. cit.*, p. 31, nota 38.

²³³ Neste sentido, MOITINHO DE ALMEIDA *apud* PEREIRA, A., *op. cit.*, p. 34, nota 47.

²³⁴ PEREIRA, André, *op. cit.*, p. 32.

²³⁵ Para uma evolução histórica, em especial sobre a questão do consentimento informado, ver PEREIRA, André, *op. cit.*, pp. 24 e ss. e pp. 56 e ss.

²³⁶ O conceito de ato médico, de acordo com o disposto na Base XXXII da Lei de Bases da Saúde, deveria ser definido na lei, o que ainda não se verificou.

Todos temos testemunhado o elevado progresso registado na área de ciências médicas e da tecnologia específica da medicina, na última parte deste século. Os exemplos mais evidentes são a deteção de anomalias genéticas por via da amniocentese, as operações de mudança de sexo, a microcirurgia, a cirurgia a laser, entre outras.

Ainda há poucos anos, o silêncio sobre a Responsabilidade Médica era quase absoluto, hoje é substituído por uma constante narração dos casos nos serviços noticiosos televisivos, assim como na imprensa escrita.

No sentido de salientar a dimensão da problemática do erro médico e da relevância do tema tem que se ter em atenção a obra de referência publicada nos EUA pelo Institute of Medicine intitulada “*To err is Human: Building a safer Health system*”, que constituiu um relatório apresentado pelo Committee on Quality of Health Care in América.

Em Portugal, a relação médico – paciente não é regulada por nenhuma lei em especial, apenas os direitos dos pacientes se encontram previstos na Lei de Bases da Saúde, no código penal e noutros diplomas, Lei nº 67/98 de 26 de Outubro²³⁷.

A Responsabilidade Médica engloba várias modalidades, ou seja, responsabilidade civil, penal e disciplinar. O regime da Responsabilidade Civil em hospitais públicos ou consultórios privados é bastante diverso, respetivamente resolvido nos tribunais administrativos e fiscais, ou nos tribunais comuns. Estes tribunais administrativos são competentes no sentido de julgar todos os litígios relativos aos hospitais públicos. Neste sentido, os profissionais estão protegidos tendo em conta uma ação de Responsabilidade Civil, sendo neste caso o hospital a responder perante o paciente lesado no caso do profissional de saúde ter agido com culpa.

Segundo Oliveira Ascensão: [...] *A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebe [...]*²³⁸.

Por outro lado, na atuação médica praticada em clínica privada, os tribunais judiciais são os competentes e vigoram as normas do código civil, bem como todas as regras existentes no contrato de prestação de serviços.

²³⁷ Lei de protecção de dados pessoais, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995.

²³⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *DIREITO CIVIL E TEORIA GERAL*, Vol. I, Coimbra Editora, 1997, p. 64.

Segundo o artigo 483º: *“Aquele que, com todo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem, ou qualquer disposição legal destinada a proteger os interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

A doutrina portuguesa salienta a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado²³⁹. Neste contexto, da atividade médica, encontra--se as obrigações de meios, onde o médico se obriga a empregar a diligência, o cuidado devido, com vista ao tratamento do doente, e não apenas à obtenção de determinado resultado²⁴⁰.

A Responsabilidade Médica surge com mais intensidade na atualidade, tem atuação perante os deveres e obrigações que os médicos assumem no exercício da sua profissão, com três concretizações:

No que se relaciona com a Responsabilidade Médica disciplinar, podemos salientar que esta põe em evidência os deveres e obrigações que o médico assume, como matriz principal do exercício profissional. A inscrição na Ordem dos Médicos, vincula o próprio médico à disciplina, assim como marca a sua atividade, na observância dos valores éticos e deontológicos no quadro de princípios sedimentados, e aceites na sua atividade assistencial.

A Responsabilidade penal é entendida como recurso externo do sistema de proteção dos direitos dos doentes. A Responsabilidade penal dos médicos encontra-se descrita nos artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal e visa responsabilidade do médico por atividades que estejam relacionadas com o exercício da sua profissão.

A Responsabilidade Civil do médico assenta no princípio da culpa que pode ser traduzida no facto dos médicos só poderem ser civilmente responsabilizados pelos prejuízos causados aos seus doentes, em que esses prejuízos tiveram como resultado um comportamento culposos.

O ordenamento jurídico em Portugal, como ocorre nos outros países da Europa, acolhe o primado da defesa dos direitos dos cidadãos e da responsabilização dos atos que sejam geradores de danos praticados com culpa.

²³⁹ Hoje é consensual que a responsabilidade médica tanto pode ser qualificada como uma obrigação de meios, ou como uma obrigação de resultado. Esta dicotomia, criada na doutrina francesa, foi a solução encontrada por René DEMOGUE, para a contradição que existia no *Code Civil* entre os artigos 1137º e 1147º, e que acabou por ser exportada de uma forma uniformizada para diversos países.

²⁴⁰ Acórdão do STJ de 11/07/2006 (Nuno Cameira) disponível em www.dgsi.pt.

As ações de responsabilidade dos médicos tornaram-se um facto da vida na prática médica. No entanto, existe evidência de que os médicos estão cada vez mais a praticar medicina defensiva²⁴¹.

No contexto da medicina, a responsabilidade civil do médico é a obrigação legal em que se constitui o médico que causa prejuízo ao paciente de reparar o dano ou de indemnizar a vítima.

Por outro lado, os médicos só podem ser civilmente responsabilizados pelos prejuízos causados aos seus doentes quando exista prova que esses prejuízos resultem de faltas cometidas por si. Neste contexto, quando o médico aceita tratar o doente, e assume perante ele, a obrigação de utilizar os meios mais adequados ao seu alcance, em conformidade com os dados da ciência médica para tratar o doente.

A responsabilidade civil permite a reparação de danos da parte que foi lesada por determinado ato que fora contra si praticado e, que causou dano em virtude de culpa, dolo ou culpa *stricto sensu*, de quem o praticou. Assim, tem por escopo proteger o direito de quem se sente lesado, não deixando por isso, impune o causador do dano.

A responsabilidade civil ganha destaque como um dos assuntos mais interessantes e atraentes do Direito Civil, podendo ser conceituada como a que exige, de determinada pessoa a reparação dos danos que causou a outrem, desde que seja provada a culpa, em caso de presença de responsabilidade subjetiva. Assim, pode-se contextualizar que a responsabilidade civil subjetiva e objetiva são diferentes formas, através das quais se enquadrará o dever de indemnizar e reparar o dano causado. Diferenciam-se no que se relaciona com o facto de ter existido ou não a culpa por parte do agente que causou o dano na vítima e, desta forma, ambas têm por finalidade, o ressarcimento da vítima.

A responsabilidade objetiva²⁴², pode ser conceituada como a que é fundada na teoria do risco, isto é, faz-se necessária a reparação do dano causado, independente da existência de culpa por parte do agente. Assim sendo, nesta forma de responsabilidade, deve existir somente o dano e o nexo de causalidade, não sendo necessária a prova da culpa para a responsabilização do agente. Este tipo de responsabilidade civil baseia-se na teoria do risco, em que determinadas atividades geravam lucro para os que a exerciam. Existia

²⁴¹ Prescrição de medicamentos e no pedido de exames complementares de diagnóstico em excesso, porque temem os processos judiciais.

²⁴² Tem havido jurisprudência que defende a natureza perigosa de certos atos médicos, sujeitando-os, a título excepcional, ao regime da responsabilidade objetiva atenuada do art. 493º, 2 CC – v.g., transfusões de sangue, operações cirúrgicas. Para alguns, no entanto, a *atividade médico-cirúrgica em geral* seria sempre perigosa. Assim, embora ainda em sede de responsabilidade extracontratual, já caberia ao reu alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua como decorre da presunção estatuída no art. 493º, 2 do CC. Neste sentido, Acórdão TRC 6/05/2008/1594/04.7TBLRA.C1 (Jaime Ferreira).

então, um proveito económico, que não podia deixar impune, determinadas pessoas que causavam um certo tipo de risco para os que necessitavam das atividades exercidas²⁴³.

Igualmente, nos termos do artigo 800.º n.º 1 do CC²⁴⁴, o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor. O médico é contratualmente responsável pelos atos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio. Daí que se um doente contratar um determinado cirurgião para realizar uma determinada intervenção, este é contratualmente responsável pelos atos de todos os elementos da sua equipa ou por si escolhidos.

É pois importante, considerar que nos termos do artigo 497.º do Código Civil “*se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade*”, havendo lugar a “*direito de regresso entre responsáveis na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis*”, (n.º 2 do referido 497.º do Código Civil).

É feita, geralmente, uma distinção entre a responsabilidade que decorre da violação de uma obrigação, ou seja, resultante de um negócio jurídico que gera dano, responsabilidade contratual e, a responsabilidade extracontratual, que se caracteriza não pelo incumprimento de um contrato que já está previamente celebrado, mas decorrente da violação de um direito absoluto, direito de personalidade, direito à vida, direito à integridade física (artigos 483.º e ss. Código Civil).

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, tendo em consideração o estado da ciência e as “*leges artis*”. Assim, cabem nestes deveres²⁴⁵, o “*dever de informar e aconselhar, o dever de prestar cuidados e o dever de se abstrair do abuso ou desvio de poder*”²⁴⁶. O dever “*informar e aconselhar*”, está incluído na exigência de esclarecimento livre e informado ou esclarecido²⁴⁷. O segundo dever “*prestar cuidados*”, obriga o médico a praticar atos que adicionem aos cuidados que são impostos aos cidadãos, no percurso da sua vida quotidiana na relação com os outros. Neste contexto, os cuidados próprios não só da profissão como igualmente, os

²⁴³ LESSEPS dos REYS, *Responsabilidade Civil dos Médicos; Ética Médica* in Revista da FMUL, Série III, Vol. 5, p. 305-312. *apud* NUNES, MARTINS, Da Responsabilidade dos Médicos Anestesiologistas- Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instancias decisórias. Consentimento Informado., p. 6 e ss. [http://www.huc.minsaude.pt/anestesiologia/docs/Responsabilidade_med_Anestes_Dr_JMNunes.pdf].

²⁴⁴ Neste sentido, Ac. TRL de 24/04/2007/10328/2006-1 (Rui Vouga); STJ 18/09/2007/07*2334.

²⁴⁵ AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro nº 116, *apud* J.NUNES, op.,cit., p.12, nota 20.

²⁴⁶ J.NUNES, ob. cit., p. 12.

²⁴⁷ ÁLVARO DIAS, J., *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 273 e ss.

que advêm dos conhecimentos adquiridos e possuídos lateralmente, à profissão. O terceiro dever “*subtrair do abuso ou desvio do poder*”, inclui igualmente, as situações em que os meios utilizados são desproporcionados, e expõem o doente a riscos inúteis e desnecessários, com a omissão de normas de conduta e segurança.

De igual forma, quando o médico viola um dos deveres a que a lei obriga, resulta danos, identificado que seja o nexo de causalidade adequada, e onde seja possível encontrar a culpa, imprudência, negligência, imperícia, que correspondem aos pressupostos da responsabilidade civil.

Por outro lado, a responsabilidade civil médica pode ser vista no seu aspeto jurídico-civil-constitucional, pelo pressuposto das garantias sociais, patente de uma prática democrática. O direito constitucional ocupa uma posição de superioridade em relação às outras ciências jurídicas, inseridas na Constituição.

Os profissionais da área da saúde como os médicos, farmacêuticos, enfermeiros, dentistas e técnicos têm o dever e a obrigação de empregar com zelo, diligência e cuidado, as suas técnicas e conhecimentos, com o intuito de visar o restabelecimento da saúde do paciente.

O direito e a medicina entrelaçam-se quanto à relevância na vida profissional do médico como agente ativo e na do profissional de direito que por sua vez, estuda as suas implicações legais.

Subcapítulo 2 - O dever de informação no caso dos contratos de serviços médicos

Os contratos de tratamento médico ocorrem bastantes vezes no contexto da consulta médica antes de efetuar os tratamentos. Como responsabilidade, o médico tem o dever de tratar todos os pedidos de assistência médica. E, neste contexto, ambas as partes do contrato, geralmente não sentem que estão a tratar de uma relação contratual.

Razão pela qual a relação paciente e prestador de cuidados de saúde, tem sido considerada como um contrato. Igualmente, qualquer que seja a atividade ou operação, é considerada como uma ofensa à integridade física do paciente, a informação inadequada. Sem a informação adequada não existe um consenso apropriado do paciente para o seu tratamento. As informações devem ser disponibilizadas e fornecidas numa linguagem acessível ao paciente, para que este possa fazer a escolha de forma

informada. O ónus da prova sobre a divulgação da informação está com o médico, como é o caso na Áustria, Alemanha²⁴⁸, França²⁴⁹, Bélgica, Itália, Portugal²⁵⁰ e Espanha²⁵¹. É, deste modo, obrigatório que o médico prove que a informação foi dada ao paciente de forma apropriada²⁵².

No plano jurídico, o autor é responsável pelos efeitos da sua ação, com relevância para os danos causados, no plano moral, é “pelo outro homem, o outro, que é considerado responsável” e, se esta mesma relação está presente no direito civil e penal, tem nestes, uma ligação ao dano objetivo.

Existem os casos em que a negligência médica consiste na responsabilidade técnica de erros no diagnóstico ou tratamento errado. No Direito comum, o dever de cuidado²⁵³, um dever legal existe sempre sobre o prestador de cuidados de saúde ou hospital, que se compromete no cuidado ou tratamento de um paciente; a violação de um dever, ou seja, o prestador não se conforma com o tratamento padrão, e onexo de causalidade, ou seja, a violação de dever como causa imediata da lesão; os danos ou prejuízos²⁵⁴.

A responsabilidade civil médica pode apresentar - e será, porventura, a situação mais frequente - natureza contratual, assentando na existência de um contrato de prestação de serviço, tipificado no art. 1154.º do CC, celebrado entre o médico e o paciente, e advindo a mesma do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico. Mas também pode apresentar natureza extracontratual, *prima facie* quando não há contrato e houve violação de um direito subjetivo, podendo ainda a atuação do médico ser causa simultânea das duas apontadas modalidades de responsabilidade civil²⁵⁵.

A presunção legal inversora das regras do ónus da prova, *ex-vi* do disposto nos artigos 342.º e 344.º, n.º 1 do CC, sendo que a prova (pelo médico) de que a sua atuação não

²⁴⁸ No original: §630e BGB: *Aufklärungspflichten*. Tradução inglês: “*Obligation to provide information*”.

²⁴⁹ Inicialmente a jurisprudência considerava que o paciente tem o ónus da prova da falta de consentimento, segundo o princípio que a quem invoca um cumprimento defeituoso tem a obrigação de provar o que alega. Em 25 de Fevereiro de 1997 com o *arrêt Hédreul*, a *Cour de Cassation* decidiu que não era o doente que tinha de provar que não fora devidamente esclarecido, *mas sim o médico que tem que produzir a prova de que cumpriu o seu dever, isto é, de que informou o paciente dos riscos do tratamento que vai realizar*. Hoje, com a *Loi du 4 mars*: “*En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article*”.

²⁵⁰ Contra esta posição, defendendo que o paciente tem o ónus da prova de que não prestou o seu consentimento ou não foi devidamente informado antes de consentir. GUILHERME DE OLIVEIRA E VAZ RODRIGUES, *apud* André PEREIRA, *O Consentimento na Relação...*, op.cit., p. 199, nota 458 e bibliografia aí citada. Por seu lado, SINDE MONTEIRO e FIGUEIREDO DIAS defendem que “o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas presunções judiciais, simples ou de experiência (arts.349º e 351º CC)”. Sobre a problemática do ónus da prova do dever de informar no direito comparado, ver André PEREIRA, *idem*, pps. 191 e ss.

²⁵¹ No direito espanhol a obtenção do consentimento informado é parte integrante das *leges artis* médicas.

²⁵² Sobre os últimos desenvolvimentos no Direito da Responsabilidade Civil nos Estados Membros da União Europeia, *Vd.*, André DIAS PEREIRA, in *Tort and Insurance Law, Yearbook 8, European Tort Law 2008*, p.532 e ss; *idem* Country report Portugal. In: Koziol, H., Steininger, B. (eds.), *European tort law 2007*. Wien/New York: Springer, 2008, p. 478.

²⁵³ Por exemplo, Art. 7:104 PEL SC: “Duty of care of the treatment provider”.

²⁵⁴ WECHT, CH, (ed) in *Preparing and winning medical negligence cases*, 3rd ed., New York, Juris Publishing, 2009; SAGE W., KERSH R. (eds), in *Medical malpractice and the U.S. health care system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 30 e ss.

²⁵⁵ Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/9/2012, n.º2488/03- 2ª secção, disponível em www.dgsi.pt.

fora desconforme com certas regras de conduta abstratamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (v.g. a cura), equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade (prova diabólica) pois que se teria então de provar uma afirmação negativa de carácter indefinido. «Era, pois, a impossibilidade lógica de fazer recair sobre o médico a presunção de culpa que impedia os tribunais de afirmar a natureza contratual da responsabilidade médica»²⁵⁶.

O que está na base da presunção de culpa é a constatação da realidade de que só o devedor (obrigado) se encontrará, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efetuar a prestação a que estava vinculado²⁵⁷.

No que se relaciona com o ponto comum à responsabilidade extracontratual, no caso de o médico ter agido de forma culposa, “significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, ou seja, poder determinar-se que, perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico obrigado devia e podia ter atuado de modo diferente. Diversamente, a atuação do médico já não será culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter actuado como actuou. Culpa a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família²⁵⁸, em face das circunstâncias de cada caso” (art.º 487.º, n.º 2, aplicável *ex vi* do n.º 2 do art.º 799.º, ambos do CC).

A relação entre médico e paciente reveste a forma de um contrato. Assim, ao longo do século XIX esta relação esteve somente sujeita ao regime de responsabilidade extracontratual. Do ponto de vista da política de saúde, a afirmação da existência de um contrato teve uma importância fundamental. Permitia fazer passar as relações entre o médico e o paciente de um plano religioso e mágico, para um terreno balizado pelo Direito, pois segundo o *arrêt Mercier*, o médico é um contraente, tal como outro prestador de serviços.

Posteriormente, em 1995, o Código Civil holandês²⁵⁹ ²⁶⁰ tipificou e regulamentou o contrato de serviços médicos embora tenha existido alguma controvérsia. O contrato

²⁵⁶ PENNEAU, Jean, *La Responsabilité Médicale*, Sirey, 1977, p. 48-56.

²⁵⁷ Cfr., entre nós, acerca da consagração legal de tal presunção de culpa, o n.º 1 do art.º 799º CC e o comentário de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA in *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., 1997, pp. 53-55, autores segundo os quais «é esta a solução adoptada na generalidade dos Códigos».

²⁵⁸ Havendo obrigação de meios, o devedor compromete-se a empregar todos os meios técnicos que estão ao seu alcance para obter um determinado resultado, sem assegurar que o mesmo se produza, sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência os conceitos de “medical standard of care” e de “reasonable doctor” do direito anglo-saxónico.

²⁵⁹ Cfr. HONDIUS, Ewoud, HOOFT, Annet, *The New Dutch Law On Medical Services* in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, pp. 1-17.

pressupõe a capacidade negocial, capacidade esta que nem sempre se encontra presente, no caso por exemplo dos doentes do foro psiquiátrico ou doentes em estado vegetativo. E por outro lado, pode não existir uma correspondência entre as partes do contrato e da relação entre o médico e o paciente. Segundo Carlos Ferreira de Almeida²⁶¹, deve distinguir-se as várias partes do contrato, e as pessoas que intervêm no ato médico, através do qual se realiza a prestação de serviços. Em segunda premissa, o contrato de serviços acarreta direitos e obrigações para ambas as partes, e o contrato de serviços médicos é bastante desequilibrado, onde existem duas obrigações por parte do paciente, ou seja, pagar os honorários e fornecer a informação e cooperação e, múltiplos deveres por parte do médico.

Desta forma, o contrato médico consiste numa relação contratual que pode ser contextualizada como um organismo, porque tem um início e um fim, e no qual se desenvolvem deveres principais e acessórios. Os direitos dos pacientes²⁶², que estão previstos na Declaração de Lisboa, de livre escolha do médico, e de esclarecimento e autodeterminação, são bem recebidas no Direito Civil.

A informação assume especial relevo na cirurgia estética. Como já vimos atrás, a cirurgia estética constitui uma intervenção desnecessária que irá incidir sobre uma pessoa sem qualquer anomalia e por isso existem acentuadas especialidades quanto à natureza, grau e objeto deste dever. Ou seja, não existe consentimento presumido pela sua própria natureza. Também, o médico não tem o direito ao chamado privilégio terapêutico, uma vez que esta figura consiste na possibilidade de não esclarecer por causa de possíveis efeitos nefastos que essa informação poderia causar no paciente. A doutrina e jurisprudência têm salientado que “o dever de informação do médico é mais amplo e intenso, e a necessidade de fornecer informação clara, plena, profunda, completa e leal que alerte para a existência de todas as consequências ou riscos da operação ainda que eventuais, remotos, ocasionais ou raros”^{263 264}.

²⁶⁰ Na Alemanha: February 25, 2013, Germany promulgated an Act Improving the Rights of Patients ([Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten](#), Bundesgesetzblatt [BGBl] I at 277.) The Act creates the "treatment contract," a special contract that by law now governs every relationship between a person administering medical treatment and the patient. Although the law is aimed primarily at physicians, its scope encompasses also other health care professionals (C. Katzenmeier, *Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragsatypus im BGB (The Treatment Contract – New Type of Contract in the Civil Code)*, *Neue Juristische Wochenschrift* 817 (2013)). Ver também *supra* Parte II, Capítulo 2.

²⁶¹ Vd. *Os Contratos Cíveis de Prestação de serviço médico* in Direito da Saúde e da Bioética, AAFDUL, Lisboa, 1996, p. 79.

²⁶² Veja-se o Direito Belga que introduziu a 22 de Agosto de 2002 um diploma relativo aos direitos dos pacientes, onde é previsto o direito de aceder gratuitamente ao processo clínico. Este direito é compreendido como um prolongamento do dever de informação do profissional de saúde. Também em França, o direito do paciente aceder às informações que dizem respeito à sua saúde foi introduzido através de uma lei, de 4 de Março de 2002. O Reino Unido, já em 1998, através do *Data Protection Act* postulou a obrigação do médico em permitir o acesso do paciente ao seu registo clínico.

²⁶³ Vd., Paulo Duarte de Mesquita TEIXEIRA, *A Bela e o Monstro: a relação conflituante entre a medicina estética e o direito civil*, Dissertação de Mestrado, UCP, Porto, 2005, pp.256 e ss.

Subcapítulo 3 - Consequências do incumprimento

A evolução tecnológica trouxe consequências ao nível jurídico. A utilização progressiva dos fármacos cada vez mais complexos, estendendo a responsabilização no âmbito da saúde para além dos agentes médicos. No que se relaciona com a responsabilidade civil, o regime irá variar, em geral, no conjunto de consequências, em termos de ónus da prova de culpa e da qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios ou de resultados.

O ónus da prova, cabe ao autor alegar e provar os fatos que demonstram a prática do ilícito e o dano, por aqueles, provocado de acordo com o artigo 342º do CC. Embora quando se está inserido no âmbito da responsabilidade civil médica, tal ónus acaba por se provar melindroso. Desta forma, acontece, na medida em que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente ser desnivelada. Este desnivelamento inicia-se desde a primeira interação entre ambos, e perpetua-se após a prestação dos serviços médicos, tornando a prova difícil.

Deste modo, se presenciarmos uma situação em que exista somente a responsabilidade civil extracontratual, por fatos ilícitos, caberá ao lesado, apresentar a prova de culpa do devedor, excetuando-se as situações que existe presunção legal de culpa, nos termos dos artigos 342º, nº 1 e nº 487º, ambos do CC. Se a responsabilidade civil for contratual tira-se partido da presunção de culpa, descrita no artigo 799º, nº 1 do CC²⁶⁵, apenas ilidível ao ser demonstrado, pelo médico, que cumpriu com o devido rigor e diligência, as obrigações a que estava adstrito. Neste contexto, basta ao lesado, apresentar a prova de

²⁶⁴ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES prefere a expressão “dever de esclarecer” à de “dever de informação”, já que “não está em causa um mero cumprimento formal por imposição legal. Para o paciente poder prestar validamente o seu consentimento, deve o mesmo ser convenientemente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento, como dispõe o artigo 157.º do nosso Código Penal. A latitude de tal informação variará de acordo com a própria preparação psicológica e cultural do paciente, não se estabelecendo grelhas pré-fixadas ou “standardizadas”. Por isso as “meias verdades” ou as *soft answers* (respostas adocicadas) não integram o esclarecimento para efeitos de consentimento penalmente relevante. A expressão “dever de informação” é decorrente da locução inglesa *informed consent*, traduzida em português por “consentimento informado” devendo, ser substituída com vantagem por “consentimento esclarecido” a que, como reverso, corresponde o pertinente dever de esclarecimento”. *Vd.*, Álvaro RODRIGUES, *Responsabilidade Civil por Erro Médico*, p. 20 e nota 22, acessível em : <http://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia01.pdf>.

²⁶⁵ Sinde MONTEIRO defende a aplicação do artº 799º CC, pois “não seria razoável criar limitações à aplicação da presunção de culpa seja qual for a obrigação em causa, uma vez que a obrigação de meios não inviabiliza que se tenha em vista um determinado resultado”. *Vd. Responsabilidade Médica em Portugal* in *BMJ*, 332, 1984, p.46 e ss; contra, por força da dicotomia obrigação de meios/resultados, Teixeira de SOUSA e Moitinho de ALMEIDA, por considerarem que a repartição do ónus da prova equivale ao regime aplicável na responsabilidade extracontratual, não sendo razoável sobrecarregar o médico, que nunca garantiu um resultado.

vínculo contratual e dos factos que demonstram o incumprimento do médico, cabendo ao paciente a prova de ilicitude²⁶⁶.

Subcapítulo 4 - Legislação em vigor

O código de conduta português denomina-se “Código Deontológico da Ordem dos Médicos”, foi publicado em 1985, e tem como intuito orientar a conduta profissional em quase todos os níveis de atuação. Nele estão contidos dois tipos de normas: um primeiro que diz respeito aos princípios éticos fundamentais, que são imutáveis nos tempos e nos lugares, encontrando-se fora e acima dos conceitos ideológicos ou políticos, como o respeito pela vida humana e a sua dignidade, o dever da não-discriminação e o dever do segredo médico. E um segundo tipo de normas que se podem designar por acidentais, embora úteis e necessárias podem ser alteradas no tempo e no lugar. Entre estas encontram-se a publicidade médica e os honorários, as relações com as administrações públicas, o exercício da medicina em instituições de saúde.

Assim sendo, segundo o Decreto-Lei nº 282/77 de 5 de Julho com alterações que foram introduzidas pelos Decretos-Lei nº 326/87 de 01 de Setembro e o nº 217/94 de 20 de Agosto foi aprovado código deontológico médico, definindo no artigo 1º que:

“A Deontologia Médica é o conjunto de regras de natureza ética que com carácter 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”.

Desta forma, para se exercer uma profissão implica obedecer a determinadas normas, pois além do dever, o médico deve atuar conforme as orientações normativas específicas em relação à sua profissão.

Os vários modelos de formação médica, no que se relaciona com a ética e deontologia, focam principalmente, as considerações bioéticas e deontológicas de foro, onde existe uma certa confusão entre estas duas dimensões. A forma como estes temas está organizada em relação ao Código Deontológico dos Médicos, é descrito no artigo 3º:

²⁶⁶ Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA ensina que “nas obrigações de resultado, a inobservância do cuidado ou diligência exigíveis constitui o critério da culpa; nas obrigações de meios, ela constitui já o critério da ilicitude”. Vd., *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde* in A Responsabilidade Civil dos Médicos, Coimbra Editora, CDB, 2005, p.239. Por seu lado, Carlos Ferreira de ALMEIDA, referia as dificuldades que representa a assumpção de uma obrigação de meios, especialmente, nos casos em que existe contrato de prestação de serviços. op. cit., p.79 e ss. Na atualidade jurisprudencial aceita-se já a existência de uma obrigação de resultados do médico, em variadas situações mais amplas, ver p.ex., Ac. STJ de 07/10/2010 (médico obstetra).

1 - Que as disposições reguladoras da Deontologia Médica são aplicáveis a todos os médicos no exercício da sua profissão, qualquer que seja o regime em que esta seja exercida.

2 – Os princípios afirmados, não são prejudicados pelo facto de, em face da lei em vigor, não seja possível a sua aplicação ou sancionada a sua violação.

PARTE III

O REGIME PORTUGUÊS EM PERSPETIVA

Atualmente, não existe uma legislação da União Europeia²⁶⁷ harmonizada sobre a responsabilidade médica, embora as legislações e práticas nacionais devam ser consultadas para determinar os pré-requisitos, a extensão e as possíveis formas de execução de tal responsabilidade. Os principais recursos são comuns a quase todos os países europeus. A compensação pode assim, ser atribuída não apenas por danos materiais mas também por danos imateriais como a dor e sofrimento. Para acionar esta responsabilidade pessoal por negligência médica, e obter a reparação por danos, deve existir um nexo de causalidade entre o tratamento médico e a lesão corporal sofrida pelo paciente, e por quaisquer danos consequentes.

Um direito fundamental neste contexto é o do médico informar os pacientes sobre os riscos de uma intervenção médica, de modo a obter do paciente o consentimento informado para o tratamento. Os hospitais são, normalmente, também responsáveis para com o paciente por negligência médica da sua equipa de profissionais.

A Alemanha promulgou uma lei, a 25 de Fevereiro de 2013, no sentido de melhorar os direitos dos pacientes. Esta lei cria o “contrato de tratamento”²⁶⁸, como um contrato²⁶⁹, que regula todas as relações entre a pessoa que administra o tratamento médico e o paciente. Embora, esta lei seja direcionada para os médicos, o seu âmbito abrange igualmente, outros profissionais de saúde, tendo sido intenção do legislador ampliar o âmbito de aplicação do contrato de tratamento²⁷⁰.

As novas regras, algumas inovadoras, que são inseridas no Código Civil nos artigos §630a - §630h BGB, regulam os direitos e deveres da pessoa que executa o tratamento no que se refere às questões como o consentimento informado, divulgação da informação, manutenção de registos e ónus da prova, no caso em que a responsabilidade médica é questionada. Muitos dos direitos que são concedidos aos pacientes pela nova

²⁶⁷ O direito da União Europeia concede importância ao direito à saúde, como um direito social de proteção da saúde. O Art. 168º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, proclama que: “ Na definição e execução de todas as políticas e ações da União será assegurado um elevado nível de protecção da saúde.”

²⁶⁸ Original: “*Behandlungsvertrag*”.

²⁶⁹ Tradução do inglês: “Título 8 -Prestação de Serviços e Contratos Análogos. Subtítulo 2 -Contrato de Tratamento”.

²⁷⁰ BT-Drucksache 17/10488, de 15 de Agosto de 2012, p. 11 e p. 18.

legislação alemã já tinham sido desenvolvidos pela jurisprudência²⁷¹ e orientações não vinculativas.

Atualmente, é resolvido na nova lei a medida em que o médico deve informar o paciente dos seus erros cometidos no tratamento.

O §630c (2) BGB, prevê que o médico está obrigado a esclarecer (*erläutern*) o paciente, de modo compreensível, no início do tratamento de todas as circunstâncias relevantes e essenciais e, na medida do necessário, também durante o tratamento, sendo que essas informações devem ser fornecidas a pedido do paciente²⁷², ou quando necessário, evitando consequências mais graves para a saúde. A par desta informação, tem o médico também de informar sobre os custos prováveis do tratamento, para que o paciente decida se pode ou não prosseguir com esse tratamento, nos termos do 630c (3) BGB, exceto se não puder ser adiado ou se o paciente a essa informação tiver explicitamente renunciado, 630c (4) BGB²⁷³.

Assim o §630^a BGB descreve os deveres típicos no contrato de tratamento, e salienta que: *(1) o contrato de tratamento obriga o médico a fornecer ao paciente o tratamento prometido e, a outra parte (o paciente) a pagar a remuneração acordada, a menos que um terceiro seja obrigado a efetuar o pagamento. (2) Salvo acordo em contrário, o tratamento deve ocorrer de acordo com os padrões médicos que são reconhecidos no momento do tratamento*^{274 275}.

Ao nível do DCFR o artigo I.V.C.-8:102, sobre o diagnóstico, o profissional está obrigado a interrogar (a anamnese) o paciente sobre o seu estado de saúde, sintomas,

²⁷¹ Segundo alguma doutrina alemã, a jurisprudência (*Richterrecht*) não é suficiente para assegurar aos pacientes o conhecimento, a segurança e certezas na defesa dos seus direitos, e de os fazer valer, ao contrário da lei positivada (*Gesetz*).

²⁷² Se a informação é prestada por aquele que incorreu na falha de tratamento, as informações prestadas apenas podem ser usadas num processo penal ou contra-ordenacional, com o seu consentimento. Garante-se assim que o médico não tema um processo-crime, ocultando a informação.

²⁷³ ROCCO FAVALE, *Il Contratto Di Tratamento Medico Nel BGB. Una Prima Lettura* in Nuove Leggi Civili Commentate (NLCC) 2014, ano XXXVII, nº3, Maio/Junho 2014, pp. 693-706.

²⁷⁴ Versão original: §630a - "*Vertragstypische pflichten beim behandlungsvertrag*" (1): *Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist. (2): Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.*

²⁷⁵ Sobre a parte final do 630a (2) BGB, num caso de negligência médica referindo-se ao estado da arte médica ao tempo do tratamento, ver BGH 10 de Novembro de 2009, in *VersR*, 2010, p. 214 ss. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document>.

alergias e outras doenças, bem como as suas prioridades em relação ao tratamento, o que condiz com o §630a BGB²⁷⁶.

O artigo I.V.C.-8:103, relaciona-se com as obrigações relativas a instrumentos, medicamentos, materiais, instalações e estabelecimentos. Assim, a prestação correta do tratamento médico, não está dependente somente da diligência e da perícia do profissional, mas igualmente, do bom estado e funcionamento de todos os equipamentos que estão associados ao ato médico.

O DCFR ocupa-se desta questão, adverte sobre os principais danos associados, tanto em termos de gravidade como em número. Na sua alínea a) e b) é descrita a importância e as consequências de equipamentos defeituosos. Este aspeto é importante nos casos em que é necessário aferir da diligência e cuidado do profissional, podendo concorrer nesta apreciação. Também no DCFR este é um critério tipificado.

Segundo o §630c BGB, parágrafo (1), o paciente tem a obrigação de colaborar com o prestador na execução do tratamento, o que reforça o carácter fiduciário da relação estabelecida²⁷⁷. Tem, assim, o dever de conformar o seu comportamento de acordo com as orientações do profissional a fim de favorecer um bom tratamento, bem como o dever de fornecer todas as informações úteis sobre o seu estado de saúde que possam ser relevantes para minorar ou evitar danos e garantir uma boa execução do tratamento proposto. Este ónus que impende sobre o paciente, não implica uma diminuição da compensação a que possa vir a ter direito nos termos do §254 BGB^{278 279}.

Para um consentimento válido, o paciente deve ser informado oralmente sobre todas as circunstâncias essenciais, de uma forma compreensível e num razoável tempo para decidir, nos termos do §630e BGB. Esta tem sido a orientação jurisprudencial que agora se codifica neste artigo. É assim positivada que informação deve ser dada, a sua extensão, a execução da intervenção médica, os riscos, a urgência, a necessidade e

²⁷⁶ Deveres contratuais típicos no contrato de tratamento: (1)- Obriga-se o prestador à prestação do tratamento prometido e o paciente ao pagamento da contraprestação. (2)- O tratamento tem de seguir os *standards* da arte médica, as *leges artis*, gerais e reconhecidas no momento do tratamento, sem prejuízo de convenção em contrário.

²⁷⁷ BT- Drucksache 17/10488, cit., p. 21.

²⁷⁸ BT- Drucksache, cit., p. 21.

²⁷⁹ Negligência e concurso de culpa. Ver o artigo em alemão em <http://dejure.org/gesetze/BGB/254.html>.

probabilidade de sucesso do tratamento e diagnóstico²⁸⁰. Também as alternativas de tratamento existentes devem ser dadas a conhecer.

No §630g, (1) BGB, o paciente tem o direito de consultar os registos médicos completos (os dados subjectivos e objectivos) relativos ao seu processo de tratamento, na medida em que não existam motivos terapêuticos consideráveis ou direitos de terceiros que justifique recusas de acesso²⁸¹. No parágrafo (2) o paciente também pode solicitar cópias eletrónicas dos seus registos médicos, devendo reembolsar os custos incorridos. No parágrafo (3), no caso de morte do paciente, os direitos decorrentes das subsecções (1) e (2) podem ser exercidos pelos seus herdeiros. O mesmo vale para os parentes mais próximos do paciente, onde se afirmam interesses imateriais.

Outra das particularidades que já foi resolvida pela jurisprudência, e agora codificada no §630h BGB, é a distribuição do ónus da prova em casos de negligência médica. Neste contexto, poder-se-á referir que a norma é interpretada no sentido de respeitar o princípio básico da compensação por violação de situações contratuais, através da qual o requerente deve comprovar a lesão, violação de obrigação contratual e a própria ligação entre os dois, que remete para a regra geral do §280 (1) BGB²⁸².

O nexo de causalidade é presumida se o médico realizou um procedimento para o qual não tinha qualificação ou experiência e, igualmente, se não registou corretamente no ficheiro clínico, nos termos do §630f BGB²⁸³, ou se não obteve o necessário consentimento para o ato, nos termos do §630d BGB²⁸⁴, bem como se não informou de

²⁸⁰ Este artigo não menciona a informação sobre o desenvolvimento da doença. *Vd.*, KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB*, in *Neue Juristisch Wochenschrift (NJW)*, 2013, p. 820, *apud* ROCCO FAVALE, *Il Contratto di trattamento medico...*, op., cit., p. 701, nota 42.

²⁸¹ BT- Drucksache, p. 26 e 27.

²⁸² O devedor que viole um dever obrigacional, qualquer que seja, tem de indemnizar.

²⁸³ "Documentation of the treatment".

²⁸⁴ Tradução inglês: (1) "Prior to implementing medical treatment, in particular a procedure affecting the body or health, the treating party is obliged to acquire the consent of the patient. If the patient is unable to consent, the consent of a party entitled to do so is to be acquired unless a living will in accordance with section 1901a (1) sentence 1 permits or prohibits the measure. Further requirements with regard to consent ensuing from other provisions remain unaffected. If consent to a measure which cannot be delayed cannot be acquired in good time, it may be implemented without consent if this is in line with the implicit will of the patient". (2) "The effectiveness of the consent is contingent on the patient, or in the case of subsection (1) sentence 2 the party entitled to give consent, having been informed in accordance with section 630e (1) to (4) prior to giving consent". (3) "Consent may be revoked at any time, without complying with a specific format, and without stating reasons."

todas circunstâncias relevantes para a obtenção desse consentimento, nos termos do §630e BGB²⁸⁵.

Na Alemanha tem-se considerado que o paciente tem o direito de ser informado do risco mais grave relativo à intervenção a que se irá submeter. Assim, o médico está obrigado a informar de todos os riscos inerentes à vida do paciente.

Os tribunais superiores, incluindo o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) na Alemanha, têm apelado à necessidade de trazer às ações de responsabilidade médica uma igualdade de armas (*Waffengleichheit im Prozess*)²⁸⁶. Assim, terá o médico de provar que deu os esclarecimentos devidos, com todas as circunstâncias relevantes para o caso, as alternativas ao tratamento, desde que conhecidas da sua área e, as consequências à recusa de tratamento.

Para o direito alemão se o paciente não foi devidamente informado, o consentimento é ineficaz, donde as consequências ou os danos que resultem da intervenção médico-cirúrgica devem, em princípio, ser indemnizados.

No caso da informação prestada ter sido insuficiente, a intervenção médica é ilícita e acarreta responsabilidade do médico pelos danos produzidos. Pode ser necessário, no entanto, que se estabeleça uma relação de causalidade entre o dever de informação omitido e o dano (§630e do BGB). O que inclui a natureza, extensão, aplicação, consequências previsíveis e riscos envolvidos no tratamento.

No regime vigente em Portugal, a jurisprudência ainda não está consolidada, principalmente em relação ao consentimento informado e à responsabilidade pelo risco dos hospitais públicos, sendo neste caso de considerar, de *lege ferenda*, a possibilidade de se celebrar sempre um contrato entre o paciente e o hospital, à semelhança do regime

²⁸⁵ “(1) The treating party is obliged to inform the patient of all and any circumstances which are relevant to consent. This includes in particular the nature, extent, implementation, anticipated consequences and risks involved in the measure, as well as its necessity, urgency, suitability and prospects for success with regard to the diagnosis or the therapy. Alternatives to the measure must also be referred to in the information if several equally medically indicated, customary methods may lead to significantly different strains, risks or chances of recovery. (2) The information must: 1. be provided orally by the treating party or by a person who has the requisite training to carry out the measure; additionally, documents may also be referred to which the patient receives in text form, 2. be provided in good time so that the patient can take his/her decision on consent in a well-considered manner, 3. be understandable for the patient. The patient shall be provided with duplicates of documents which he/she has signed in connection with the information or consent. (3) The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information. (4) If, in accordance with section 630d (1) sentence 2, the consent of a party entitled to do so is to be obtained, the latter shall be informed in accordance with subsections (1) to (3). (5) In cases coming under section 630d (1) sentence 2, the major circumstances in accordance with subsection (1) shall also be explained to the patient in a manner that he/she is able to understand, where the latter is capable of absorbing the explanation on the basis of his/her state of development and ability to understand and unless it is inconsistent with his/her well-being. Subsection (3) shall apply with the necessary modifications”.

²⁸⁶ PEREIRA, André, *O Consentimento na Relação...*, op., cit., p. 189.

holandês²⁸⁷. Assim, evitar-se-ia a disparidade de regimes de responsabilidade médica e as incertezas que daí advêm para os pacientes. Seria uma boa forma de se superar a dificuldade económica em se estabelecer um regime de compensação por seguro, independente de culpa, como nos países nórdicos²⁸⁸, bem como a questão sempre difícil da distribuição do ónus da prova.

Concluimos assim pela codificação no Código Civil português de um contrato de prestação de serviços médicos, adequado às especificidades sociológicas e políticas vigentes, tendo em conta que uma transplantação *tal quale* de um regime jurídico para outro, possa trazer mais dificuldades do que simplificação, seria de considerar a nossa jurisprudência já consolidada em matérias menos controversas e, naquelas menos apuradas, considerar os pareceres de peritos e as melhores soluções de direito comparado.

Tipificar um contrato especial, em geral tenderá a reduzir a flexibilidade inerente ao direito contratual. Mas, uma vez que, a jurisprudência nem sempre tem soluções satisfatórias, não vemos que esfriar o *status quo*, como se fez na Alemanha, possa suscitar, entre nós, algum receio de causar mais problemas de classificação ou de não contribuir para melhorar ou, pelo menos, encontrar melhores soluções.

Constata-se que as condições para que um sistema jurídico possa superar o princípio da culpa são complexas e difíceis. Entre nós, a cultura jurídica é bastante tradicional, apoiada no direito comparado, principalmente, no direito alemão²⁸⁹.

Os direitos dos pacientes, tendo por base, o direito do paciente a ser informado, a consentir ou recusar o tratamento, o direito a um processo clínico e o acesso à informação de saúde, ao sigilo médico e ao tratamento segundo as *legis artis*, necessitam de uma codificação unitária.

Já em 1984, Jorge Sinde Monteiro, defendia a tipificação deste contrato médico e, em sede de responsabilidade médica, que “deveriam os tribunais lançar mão das provas *prima facie*, uma vez que as dificuldades de prova da violação das *legis artis* e da causalidade são de tal ordem que deve haver lugar à facilitação da prova por presunções”.

²⁸⁷ Responsabilidade Central da Instituição de Saúde. Cf. Art. 7:462 Burgerlijk Wetboek:

O hospital (público ou privado) é sempre responsável civilmente face ao paciente, mesmo relativamente a cuidados de saúde prestados por profissionais de saúde independentes, sem vínculo funcional ao hospital, ou seja, não auxiliar da clínica, no âmbito de um contrato dividido, ainda que com desconhecimento por parte do hospital. *Vd., supra* Parte I, Capítulo 2, Subcapítulo 3 – O contrato de tratamento - “Treatment”.

²⁸⁸ O “modelo sueco” baseado em sistemas *no-fault* de seguro coletivo, gratuito e extra-judicial, que prescindem da culpa como pressuposto do ressarcimento do dano médico.

²⁸⁹ Para uma análise aos sistemas *no-fault* ver RUI CASCÃO, 1972: *Para Além da Culpa No Ressarcimento Do Dano Médico* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 87, 2011, pp. 691-728.

Para tanto, sugerimos que se possa adotar um regime idêntico ao de outros ordenamentos jurídicos. Como o da Alemanha e do modelo europeu do DCFR, que analisámos ao longo desta exposição²⁹⁰. O rumo que a responsabilidade civil médica tem seguido revela cada vez mais uma maior consciência da relação desnivelada entre o médico e paciente e, por isso, é preciso encontrar soluções jurídicas que concedam maior proteção ao paciente.

Apesar deste desenvolvimento da responsabilidade médica na Europa parecer espetacular, não deve ser exagerada. Quando se olha para a evolução da responsabilidade médica constata-se que houve mais mudanças nas últimas duas ou três décadas do século passado, do que na primeira década do século XXI. Nas palavras de Bernhard Koch²⁹¹, isto pode ser explicado, em parte, pelo facto do movimento dos direitos dos pacientes ter aumentado ao nível europeu, o que levou a que certos sistemas jurídicos tenham melhorado a situação dos pacientes que sofreram danos durante um tratamento médico e que não poderia ser suficientemente remediada com os instrumentos tradicionais de ressarcimento da responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Por isso, a inversão do ónus da prova, uma menor exigência na prova e, a explosão da doutrina do consentimento informado são indicações dessa mudança, contudo não necessariamente com os mesmos graus em todos os países.

²⁹⁰ Só é provável que o DCFR influencie as legislações nacionais europeias em reformas amplas e de fundo. Em Portugal, o único ensaio de reforma do Código Civil não passou de uma fase muito preliminar (ver Reforma do Direito Civil, Ministério da Justiça, Almedina, 2005).

²⁹¹ KOCH, BERNHARD A. (Ed.), *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions in Tort and Insurance Law*, Vol. 29, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 611 e ss.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico* in Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, 1996.

__*Contratos I- Conceitos, Fontes, Formação*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da 5ª edição, 2013.

BARENDRECHT, MAURITS, et al., *Principles of a European Law. Service Contracts (PEL SC)*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2007.

BARNARD, C., *The Substantive law of EU – The Four Freedoms*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.

BARTLETT, PETER, *Doctors as Fiduciaries: Equitable Regulation of the Doctor-Patient Relationship* in *Medical Law Review*, 5, Summer 1997, Oxford University Press.

BROWNSWORD, ROGER, *The Regulatory Environment: UK Biobank, eBay, and Wikipedia* in *Law and The Technologies of the Twenty-First Century: Texts and Materials*, Chapter II, Cambridge University Press, London, 2012.

CASCÃO, RUI, *1972: Para Além da Culpa No Ressarcimento do Dano Médico* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011.

__*O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Cível* in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 4, nº 8, Coimbra Editora, 2008.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2008.

CRAIG, PAUL, DE BÚRCA, GRÁINNE, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5th Ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, MONTEIRO, JORGE SINDE, *A Responsabilidade Médica em Portugal* in *BMJ*, 332 (1984).

__*Responsabilidade Médica na Europa Ocidental-Considerações de lege ferenda* in *Scientia Juridica*, Tomo XXXIII, Braga, 1984.

DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

EIDENMÜLLER, HORST, *The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems* in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, 2008.

EXTER, ANDRÉ DEN, HERVEY, TAMARA (Eds), *European Union Health Law: Treaties and Legislation*, Antuérpia, Maklu, 2012.

FAVALE, ROCCO, *Il Contratto Di Trattamento Medico Nel BGB. Una Prima Lettura*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate (NLCC)*, N°3, Maio/Junho, Wolters Kluwer, Itália, 2014.

GEVERS, S., *Clinical Practice Guidelines: Which Objectives? Whose Responsibilities?* In *European Journal of Health Law*, Vol. 6, Issue 4, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição Aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

HALL, MARK, SCHNEIDER, CARL *Patients as Consumers: Courts, Contracts, and The New Medical Marketplace* in *Michigan Law Review*, [Vol. 106:643], Fevereiro de 2008.

HESSELINK, MARTIJN W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: Two worlds Apart?*, in *European Review of Contract Law*, vol. V, 2009.

HONDIUS, EWOUUD, Van HOOFT, ANNET, *The New Dutch Law on Medical Services in Netherlands International Law Review*, XLIII, Utrecht, 1996.

JANSEN, N., *The Authority of the Academic "Draft Common Frame of Reference in: H-W. Micklitz, F. Cafaggi (eds.), European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

JANSEN, NILS, ZIMMERMANN, REINHARD, *A European Civil Code in All but Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge Law Journal*, vol.69, 2010.

JONES, MICHAEL A., *Informed Consent and Other Fairy Stories*, in *Medical Law Review*, 7, Summer 1999.

LANDO, OLE, BEALE, HUGH, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

LANDO, OLE, *The structure and the legal values of the Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, Vol 3, 2007.

LOOS, M., *Service Contracts* in A. S. HARTKAMP, M. W. Hesselink, E. H. Hondius, C. Mak & C. E. du Perron in *Towards a European Civil Code, Fourth Revised and Expanded Edition*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

KOCH, A. BERNHARD (ed), *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions* in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, European Centre of Tort and Insurance Law, De Gruyter, Berlin, 2011.

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo*, in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1998.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011.

__*Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde* in A Responsabilidade civil dos Médicos, Congresso Internacional, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2005.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado Em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000.

__*O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente-Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

__*O dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica* in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, Coimbra, Coimbra Editora.

__*O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa* in Revista Portuguesa do dano Corporal, 19, 2009. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13335/1/andre_pereira.pdf].

__*O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, I Congresso Internacional sobre Os Desafios do Direito face às novas Tecnologias, Ribeirão Preto, 10 de Novembro de 2010.

__*Breves Notas sobre a responsabilidade médica em Portugal* in Revista Portuguesa do Dano Corporal, 17, 2007.

__*Country report Portugal* in Koziol H., Steininger B., (eds), *European tort law 2007*, Wien/New York, Springer, 2008.

__*Medical Liability: Comparing “Civil Law” and “Common Law”* in R.G. BERAN (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, 35, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013.

PIÇARRA, NUNO (Coordenação), *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa- Aspectos Centrais*, Almedina, Coimbra, 2011.

RODRIGUES, ÁLVARO, *Responsabilidade Civil por Erro Médico* in:
http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf.

RODRIGUES, JOÃO VAZ, *O Consentimento Informado e Esclarecido do Paciente Para o Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RUEFF, MARIA DO CÉU (Coord), *A Construção do campo do Direito da Medicina e a sua perspectiva integradora* in *Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Universidade Lusíada Editora, 2013, Lisboa.

SAGE, W., KERSH, R. (eds), *Medical malpractice and the U.S. health care system*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

SILVEIRA, ALESSANDRA, *Princípios de Direito da União Europeia*, 2ª Edição, Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, DIANA MONTENEGRO DA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Biomédico, 18, Coimbra editora, 2010.

TEIXEIRA, PAULO DUARTE DE MESQUITA, *A Bela e o Monstro: A relação conflituante entre a medicina estética e o direito civil*, UCP, Porto, 2005.

WECHT, C. (ed), *Preparing and winning medical negligence cases*. 3rd ed. NewYork, Juris Publishing, 2009.

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2006.

VON BAR, CHRISTIAN, *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, Vol. 3, 2007.

__“*Le Group d’études sur un Code Civil Européen*”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 1, 2001.

VON BAR, CHRISTIAN et al.- *Study on a European Civil Code, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009.

OUTROS INSTRUMENTOS DE CONSULTA

Recursos Eletrónicos

Portal da União Europeia: <http://europa.eu>

Comissão Europeia: <http://ec.europa.eu>

Tribunal de Justiça: www.curia.eu

Jornal Oficial da União Europeia: <http://eur-lex.europa.eu>

Oxford University Press: <http://global.oup.com>

Parlamento Europeu: <http://europarl.europa.eu>

Jurisprudência do TJUE

C-495/10, de 27/10/2011 (Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde decorrente de produtos defeituosos)

C-402/03 (Ac. Skov)

C- 377/98, de 9/10/2009

C- 120/95 (Ac. Decker)

Legislação

- BGB
- Código Civil Holandês (BW)
- Código Civil Português (CC)
- Constituição da República Portuguesa de 1976
- Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina (Convenção de Oviedo)
- Lei 67/2003, 8 de Abril
- Directiva 2011/24/CE, de 9/3/2011
- Directiva 85/354/CEE, de 25/7/1985 (Responsabilidade do Produtor)
- Directiva 1993/13/CEE, de 5/4/1993
- Directiva 1999/44/CE, de 25/5/1999
- Draft Common Frame of Reference (DCFR)
- Projecto de Lei 788/X- Direito dos Doentes à Informação e ao Consentimento
- DL 145/2009 (Transposição da Directiva 2007/477CE, de 5/9- Dispositivos médicos)
- DL 383/89, de 6/1 (produtos defeituosos)
- Tratado de Lisboa