



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Margarida Nunes da Fonseca

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ÂMBITO
DA CIRURGIA PLÁSTICA

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito na especialidade em Ciências
Jurídico-Forenses e sob a orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Ana Margarida Nunes da Fonseca

A Responsabilidade Civil Médica no Âmbito da Cirurgia Plástica

Civil and medical liability within the cosmetic surgery

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito na especialidade em Ciências Jurídico-Forenses e sob a orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

**Coimbra
Julho de 2019**

Agradecimentos

Aos meus pais e ao meu irmão, os maiores percursores na realização deste sonho, à Ana Gui, à Carol e à professora Olga pela disponibilidade, paciência e dedicação que me proporcionaram, à Inês não só na concretização deste caminho, mas também por uma vida, ao Fábio por todo o carinho e todo o amor, que me tornou mais forte nesta jornada e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e ao Doutor André Dias Pereira, por me terem dado ferramentas e orientação neste pensamento.

RESUMO: A responsabilidade civil médica tem vindo a crescer nas mais variadas áreas da medicina, não fugindo a cirurgia plástica a este rumo. A sua dificuldade de levar estes casos a tribunal, bem como a clássica predisposição para dificultar a prova do nexo causal leva a que se possam questionar outros institutos alternativos. Também a questão da indemnização pela má prática médica do cirurgião plástico, que não conta com uma regulamentação própria, especialmente quando o dano se reporta ao dano estético é pertinente abordar. Teremos sempre em conta o direito comparado, não só porque nos pode apresentar novas alternativas, mas também porque nos pode manter despertos para uma melhor e mais eficaz aplicação do direito. Cumpre saber se o verdadeiro problema que se levanta quanto à aplicação está no âmbito das obrigações de meio ou de resultado ou se, por sua vez, se levantam questões mais internacionais entre paciente e profissional de saúde ao nível do consentimento informado.

ABSTRACT: Civil and medical responsibility has been growing in the different areas of the medicine and so has this responsibility within the cosmetic surgery. The difficulty of taking these cases into court as well as the common predisposition to make it difficult to find the evidence leads to a search for other institutions. The question related to the indemnity due to a bad practice of the cosmetic surgeon without proper rules especially if there are cosmetic damages is a very important approach. We have to take into account and compare laws, not only because this procedure can offer different and new alternatives, but also because it makes us aware of a better and more efficient application of the law. We have to know if the real problem concerning this application is related to the obligation of the means or of the result or on the other hand more international questions can be brought up between the patient, the doctor within the informed consent.

Key Words: Evidence; difficulty in finding the evidence; civil responsibility; medical liability; medicine; cosmetic surgery; indemnity; informed consent.

Palavras-Chave: Prova; dificuldade na prova; responsabilidade civil; responsabilidade médica; medicina; cirurgia plástica; indemnização; consentimento informado.

Índice de siglas e de abreviaturas:

Art(s) – Artigo(s)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Cf - Confrontar

CP – Código Penal

CPSO - College of Physicians and Surgeons of Ontario

CRP - Constituição da República Portuguesa

DGS – Direção Geral de Saúde

EPS – Estabelecimento Público de Saúde

FLUC- Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra

FPCEUP - Faculdade de Psicologia e Ciências de Educação da Universidade do Porto

ISAPS - International Society of Aesthetic Plastic Surgery

Ob. Cit. – Obra Citada

OMS - Organização Mundial de Saúde

P – Página

Pgs - Páginas

SPCPRE - Sociedade Portuguesa de Cirurgia Plástica, Reconstructiva e Estética

Ss – Seguintes

Sra - Senhora

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TCA – Tribunal Central Administrativo

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.G. - Verbi Gratia

Índice

<i>Introdução</i>	6
<i>Capítulo I</i>	9
1. Breve Contextualização Histórico-Social da Cirurgia.....	9
<i>Capítulo II</i>	13
1. Contrato de Prestação de Serviços Médicos: uma atipicidade típica.....	13
<i>Capítulo III</i>	18
1. A problemática da conduta médica. Obrigações de Meio ou Obrigações de Resultado?	18
<i>Capítulo IV</i>	25
1. A Responsabilidade Civil do Médico:	25
1.1. Notas caracterizadoras da Responsabilidade Contratual e da Responsabilidade Extracontratual:.....	27
1.2. Pressupostos da responsabilidade civil:	31
1.3. A questão do nexu causal e da carga probatória e alguns institutos alternativos:	39
<i>Capítulo V</i>	45
1. A problemática envolvente do Consentimento Informado:.....	45
1.1. Os pressupostos do Consentimento Informado:	46
1.2. O Consentimento Informado e a importância da informação prestada: .	47
<i>Conclusão e resultados da investigação</i>	56
<i>Bibliografia</i>	59

Introdução

A história da medicina tem-nos apresentado com avanços que os nossos antepassados nunca poderiam ter conjeturado. De uma simples relação de confiança cega entre o médico e o paciente, ao qual eram escusados quaisquer erros com uma justificação simplória entre um mau Fado e um infortúnio, passámos a ter um verdadeiro contrato de prestação de serviços que pode vir a proteger, quer o médico quer o paciente e, até mesmo, em maior medida este último, fruto da especialização da medicina e do seu exercício¹, bem como de um conhecimento mais alargado e aprofundado, facilitando o acesso à informação por parte do paciente.

Cada vez mais a medicina está ao dispor do Homem, parecendo-nos correto que assim seja. Neste sentido, concordamos ser útil tratar de uma área da medicina que em Portugal é menos explanada². Não será de estranhar que hoje a medicina não tenha propósitos puramente curativos: pois ela especializou-se e os próprios médicos também, sob égide de rígidos quadros deontológicos. Neste sentido, já no ano de 1948, a Organização Mundial de Saúde considerava o conceito de saúde um bem-estar físico, psicológico e social e não somente a ausência de uma doença ou de uma enfermidade³. É nesta linha de pensamento que se justifica o lugar de destaque que as cirurgias plásticas e reconstrutivas vêm assumindo. Efetivamente, quer o plano psicológico quer o da autoestima⁴ comportam sérias implicações. A sociedade tende a criar padrões e ícones de beleza que querem, a todo o custo, ver alcançados especialmente entre as mulheres⁵ como se vislumbra na indústria da moda, das revistas, das passerelles, da maquilhagem e até mesmo no mercado publicitário⁶.

¹ A este respeito Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente*. Coimbra Editora, p. 29

² Assim concluímos com base nas estatísticas da ISAPS, onde não tem aparecido no ranking (últimos dados de 2017).

³ É no mesmo sentido que aponta a Conferência Internacional sobre os Cuidados Primários de saúde, abarcando o conceito de saúde como um direito fundamental do homem e como uma meta social mundial. Contudo esta visão não é pacífica em toda a comunidade científica.

⁴ Sousa, Andreia Filipa Paiva. *O impacto psicossocial da intervenção estética*. (2015) Outubro (Dissertação de Mestrado de Psicologia, FPCEUP).

⁵ Os últimos estudos avançados pelo ISAPS, em Junho de 2017, as mulheres são ainda as que mais recorrem à cirurgia estética e a procedimentos cosméticos, com a arrebadora percentagem de 86,2%.

⁶ Veja-se a título de exemplo, Collela, Roberta. *A Imagem da Mulher nas Revistas de Moda: O caso da Vogue* (Relatório de estágio da FLUC).

Celebrou-se globalmente um culto vincado com a ânsia de alcançar um corpo sem imperfeições, sem rugas, uma insana busca pela eterna juventude. A beleza não é matemática e deve haver uma subjetividade na avaliação do próprio corpo. Destarte, deve admitir-se que a estética pode vir a trazer verdadeiros benefícios à qualidade de vida de quem a ela recorre. A ânsia de o ser humano querer, em todas as vertentes, melhorar a sua imagem é corroborada, desde as técnicas menos invasivas como o uso de maquiagem, acessórios, tatuagens e piercings; até às técnicas mais invasivas- como são os procedimentos estéticos e a cirurgia plástica, que são o expoente destes.

De todo o modo, verificamos hoje que as cirurgias plásticas não estão apenas sob a égide do cirurgião plástico, havendo uma dispersão pelas especialidades de dermatologia, otorrinolaringologia e medicina dentária. Este fenómeno faz com que não seja de estranhar que a maioria dos serviços prestados no âmbito da cirurgia plástica se realize em clínicas privadas; fazendo parecer que nos hospitais públicos deva haver uma decisão mais ponderada e não tanto à mercê da vontade do paciente, não excluindo que se justifique que se realizem cirurgias estéticas reconstrutivas, a título de exemplo, como consequência de traumas graves, tornando-se evidente a necessidade de fazer a distinção entre a cirurgia plástica reconstrutiva e estética.

Contudo, em concreto serão os problemas jurídicos que esta relação entre médico e paciente levantam que nos cumpre tratar. Primeiramente, é conveniente tratar do problema do consentimento informado do paciente, isto porque não raras vezes podem acontecer situações de desfiguramento, lesões, malformações, para além dos normais riscos que podem vir a associar-se a qualquer espécie de cirurgia.

De seguida, temos de admitir como uma verdade empírica que no que toca ao paciente, este nem sempre é cuidadoso quando procura realizar este tipo de intervenções; nem sempre se dispõe a procurar o melhor artista na área, com a melhor formação e o melhor local onde os equipamentos possam ser mais adequados. Muitas das vezes, pretere-se uma técnica médica mais refinada aos preços mais residuais deste tipo de prática.

De forma natural, este será um ponto fundamental com uma interligação basilar entre o consentimento informado e a responsabilidade civil do médico e até a questão que estabelece mais importância seja a quem caberá o ónus da prova no caso de ser intentada uma ação de responsabilidade civil contra a má prática ou uma prática negligente do cirurgião, assumindo que a sua conduta pode pautar-se por uma obrigação de meios ou de

resultado. A ciência do direito funciona pelas pessoas e para as pessoas, enquanto que a medicina é a ciência que funciona na manutenção e na cura de doenças e, mais recentemente, também como uma melhoria na aparência e no estado físico do paciente. Cumprir-nos-á questionar, ao longo deste estudo se a relação entre médico e paciente é suficiente ao nível da informação que lhe é prestada e a relação de interação entre ambos, bem como a necessidade de um consentimento expresso e escrito que a concretize.

Este estudo procurará dar resposta às questões que são ainda controversas no mundo jurídico e que têm um interesse prático incontornável no âmbito da medicina e mais concretamente no (des)interesse do cirurgião plástico, não só pela sua atualidade, mas também pela sua crescente necessidade. A medicina já não é mais tradicional, tende a ser mais uma *fast-medicine*, na qual outros países também nos podem ensinar neste domínio, pensadores de outras nacionalidades, decisões de tribunais que não os nossos irão com certeza, auxiliar-nos na prossecução deste pensamento.

Capítulo I

1. Breve Contextualização Histórico-Social da Cirurgia

A medicina tem hoje contornos que ela própria não poderia conjecturar. A sua globalização, o seu avanço técnico e científico afigura-se, hoje como uma prática de extrema complexidade. A tecnologia e a ciência trabalham lado a lado e o médico está atualmente mais informado, mais especialista, trabalhando numa relação horizontal com o paciente. Mas nem sempre foi assim. André Pereira⁷ expõe-nos os ensinamentos de que passámos de uma medicina pré-histórica, que se praticava através do culto e com propósitos divinos, justificando-o na falha de práticas espirituais que levariam à demonização, o que tornou a imagem do médico equivalente à do curandeiro, por ter a capacidade de purificação, através de práticas de meras sugestões psicológicas, nas quais a relação entre médico-paciente era puramente vertical. Todavia, destrincemos, abreviadamente, o enlace histórico da cirurgia⁸.

Acredita-se, de acordo com vestígios arqueológicos⁹ e pinturas rupestres, à época do Neolítico e os quais nos dão conta da realização de craniotomias e reduções de fraturas, que foram realizadas sem qualquer vestígio de conhecimento fisiopatológico e anatómico e sem finalidades terapêuticas, resultantes apenas de rituais religiosos.

Já na Pré-História, os atos médicos e cirúrgicos eram realizados por feiticeiros, através da mesma pequena remoção de fragmentos ósseos com o mesmo propósito religioso, a par de práticas, tais como a excisão feminina¹⁰ e a circuncisão.

Na Antiguidade, seriam já os padres a realizar quer as curas médicas, quer as cirurgias¹¹, apesar do conhecimento anatómico ser ínfimo e as cirurgias serem realizadas, utilizando apenas plantas que deixam o paciente atordoado.

⁷ Pereira, Dias André, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (2012), Pgs.13 e ss

⁸ Cirurgia provém do grego “*Kheirurgia*”, que pode decompor-se em: “*Kheiros*” com o significado de mão e “*Ergon*” como obra, pelo que a cirurgia pode considerar-se como ciência e arte.

⁹ Bishop, W.J. *The Early History of surgery*. Barnes & Noble books New York, P. 21. Foram encontrados exemplares em diversos países europeus, entre os quais Espanha, Portugal, Itália, Grã-Bretanha, Alemanha, França.

¹⁰ Em Portugal, a Lei 83/2015 veio autonomizá-la como tipo legal de crime.

¹¹ Dušková, Markéta et al. *Introduction to the surgery*. Univerzita Karlova v praze lékařská fakulta Klinika plastické chirurgie 3. LF a FN KV (2009) Praha.

Existiram, todavia, três povos que se destacaram no âmbito médico e cirúrgico: o povo da mesopotâmia, o povo egípcio e o povo indiano. O povo da Mesopotâmia teve uma importância central no tratamento de temas médicos, não fossem eles os redatores do código de Hammourabi¹², o primeiro texto a penalizar práticas médicas precárias, bem como a compensação por essas más práticas, sendo visto como o início da responsabilização daquela atividade. Por seu turno, os Egípcios contaram com a escrita do seu primeiro tratado¹³, através de Imhotep¹⁴. De notar, também que o papiro de Edwin Smith faz já referências à cirurgia plástica. É sabido que eles seriam um povo muito preocupado com a cosmética, apesar de os seus médicos serem especializados em cadáveres, sendo precursores nas técnicas de embalsamento e conservação¹⁵. Já a Índia destacou-se nos volumes de “The Susrutha Samhita”¹⁶ que é um dos textos cirúrgicos mais detalhados e mais antigos, incluindo os procedimentos e formas de cirurgia plástica e de cosmética¹⁷.

Apesar de estes terem sido os marcos mais importantes a nível cirúrgico e de ascensão do direito no campo médico, não podemos descartar a ingerência helénica no campo da medicina. Hipócrates foi a figura mais famosa, sendo considerado o Pai da Medicina.¹⁸ Foi na sua época que se vislumbrou que a medicina estava prestes a entrar numa nova era: a doença perdeu a sua índole sobrenatural e mística e passou a fazer-se uma observação médico-científica¹⁹.

O médico deu relevo ao diagnóstico, atentando aos sintomas, concluindo na evolução da doença. A par com outros, foi autor da primeira monografia intitulada de “Corpus Hippocraticum”, obra esta que sumarizava todo o conhecimento médico da época e contendo igualmente importantes regras deontológicas²⁰ da prática médica, como ainda as praticamos hoje.

¹² Mayer, Dan, Cambridge University Press. *Essential Evidence-Based Medicine*. 2, mas também no mesmo sentido Markéta Dušková et al., P. 8

¹³ O Papiro de Ebers, que continha indicações acerca de receitas, farmacologia, descrição de doenças e de tratamentos cosméticos.

¹⁴ Percussor no desenvolvimento da ciência médica no Egipto.

¹⁵ Rodriguez, Manuel Martínez-Pereda. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Editorial Comares, P. 143

¹⁶ Este conhecimento médico intitulava-se como: Ayuverda. Martinez, Rajendra Sawh. *History of plastic surgery*. MD, MHS and Ash Patel, MBChB, FACS. Chapter 3, P. 9

¹⁷ Na sequência da prática de crimes da época, como o adultério feminino, que eram punidos com a extração do nariz, sentiu-se a necessidade da sua reconstrução e as técnicas desenvolveram-se de tal forma que ainda hoje são utilizadas.

¹⁸ Enciclopédia Verbo. Luso-Brasileira de Cultura. Edição Século XXI. Editorial Verbo Lisboa/São Paulo. P. 1095

¹⁹ Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira. Volume XIII. Página Editora, P. 3023

²⁰ Ob. Cit, Enciclopédia Verbo, P. 1095

Em Portugal, o teor cirúrgico cogitou-se muito mais tarde, já na época do Renascimento e com grande influência de Andreas Vesalius²¹, que realizou várias autópsias em seres humanos, levando-o a publicar o livro “*Humani Corporis Fabrica*”, no qual reproduzia o interior do corpo humano de forma mais fidedigna e realista. Surgiu similarmente nesta altura, uma outra influência, Ambroise Paré²², que não foi um médico em sentido próprio, sendo considerado na época como médico-barbeiro, e que se destacou por ter um conhecimento empírico²³ muito mais lato. Entre nós, surgiram apenas três nomes de médicos nesta época: Pedro Nunes, Amato Lusitano e Garcia da Orta²⁴, o que demonstra uma parca assunção do campo da medicina portuguesa, na época.

No que respeita à cirurgia plástica, a influência romana foi encontrada nos volumes de medicina escritos por Aulus Cornelius Celsus²⁵, os quais continham várias descrições, especialmente na reparação do lábio leporino e reproduziram informações detalhadas acerca de várias técnicas reparatórias de perda de tecido do nariz, lábios e orelhas. O seu livro descreveu operações de reparação e de correção, a separação de dedos e de operações plásticas ao pénis para cobrir a glande com pele nos locais onde a circuncisão foi mais radical²⁶.

O século XIX trouxe um óbvio interesse à cirurgia plástica e reconstrutiva, passando esta a ser uma preocupação na generalidade do continente europeu e americano: as transplantações de pele, de cartilagem, de osso ou a reparação da anomalia causada pelo lábio leporino foram alguns dos procedimentos que se passaram a realizar, tendo sido facilitado pela introdução da anestesia geral aos procedimentos.

Foi aquando da primeira guerra mundial que considerámos sérios avanços nesta especialidade, como um estímulo à recuperação, nos casos de lesões²⁷ tendo em conta a quantidade de pessoas desfiguradas; levando os cirurgiões da época a se concentrarem na

²¹ Fiolhais, Carlos. *Revista Portuguesa de Cirurgia* (2014), II série. Nº 29. Teve uma atuação inusitada por ter colocado em causa antigos ensinamentos anatómicos que tinham apenas como referência o estudo do corpo de animais, Pgs. 53 a 56

²² Ibidem. P. 57

²³ Paré serviu nos campos de batalha em várias campanhas militares, onde inovou o tratamento de feridas provocadas por armas de fogo e amputações, chegando até a descrever a criação de membros artificiais.

²⁴ Fiolhais, Carlos. *Revista Portuguesa de Cirurgia* (2014), II série. Nº 29

²⁵ Acerca das origens da cirurgia cosmética no ocidente, Riggs, Lauren E.: *The Globalization of cosmetic surgery: examining BRIC and Beyond*. The university of San Francisco (2012) Master's Thesis, P. 75

²⁶ *The History and Evolution of Plastic Surgery* (Res Medica- Journal of the Royal Medical Society), A.B. Wallace - University of Edinburgh, P. 8

²⁷ Mais esclarecimentos em *A short history of plastic surgery*. N.C. Hughes. Royal Victoria Hospital (1968-69) Address at opening of teaching session.

restauração dos corpos que a guerra danificou²⁸, crescendo a necessidade de os cirurgiões ingleses e franceses melhorarem as suas habilidades cirúrgicas²⁹.

Porém, apesar do seu expoente ter emergido na altura da primeira Grande Guerra, só no período da Segunda Guerra Mundial³⁰. é que se verificou o seu reconhecimento nas universidades como especialidade³¹.

²⁸ *History of plastic surgery*. Rajendra Sawh- Martinez MD, MHS and Ash Patel, MBChB, FACS. Chapter 3, P. 12

²⁹ Rodriguez, Manuel Martínez-Pereda. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Editorial Comares, P. 147

³⁰ A.B. Wallace *History and evolution of plastic surgery*. Reader in Plastic Surgery. University of Edinburgh, P. 10

³¹ Em Portugal, só em 1965 é que a Ordem dos Médicos a reconheceu como especialidade autónoma e individualizada, <https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2019/06/Regimento-CPRE-2019.05.09.pdf>

Capítulo II

1. Contrato de Prestação de Serviços Médicos: uma atipicidade típica.

De modo absolutamente introdutório, compreendemos o negócio jurídico como um conceito³² que se caracteriza por ter como elemento essencial a exteriorização da vontade³³, podendo existir uma ou mais, de modo a que ante a tutela do direito se produzam efeitos práticos. Neste sentido, teremos então que reconhecer que este negócio jurídico só será válido³⁴ quando comportar capacidade negocial (de gozo³⁵ e de exercício³⁶), idoneidade do objeto³⁷ e declaração negocial³⁸ sem anomalias³⁹.

No nosso caso, o negócio jurídico revestirá a forma de contrato e este pode revestir tantas vestes quantas ele quiser, pelo que é aqui interessante evidenciar um dos aspetos mais maleáveis que possui; ele não tem a obrigatoriedade de estar positivamente regulado, podendo ser um contrato meramente atípico, tal como se pode apresentar com natureza mista, como expoente máximo do princípio da autonomia privada⁴⁰ e da liberdade

³² Pinto, Carlos Alberto Mota e Monteiro, António Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, (2005), 4ª Edição, Coimbra Editora, Pgs. 379 e ss.

³³ A autonomia privada da vontade será um elemento imprescindível no estudo desta matéria.

³⁴ Aqui *vide* Monteiro, António Pinto, *Direito dos Contratos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito do Consumo, P. 4

³⁵ *Ibidem* “é a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações derivados de negócios jurídicos”.

³⁶ *Ibidem* “é a idoneidade para actuar juridicamente exercendo ou adquirindo direitos cumprindo ou assumindo obrigações, por actividade própria ou através de um representante voluntário”.

³⁷ De acordo com o art. 280º do CC, o objeto tem que ser física e/ou legalmente possível e não pode ser contrário à ordem pública e ofender os bons costumes.

³⁸ *Ibidem* “comportamento que, *exteriormente observado*, cria aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial(...)”, devendo haver coincidência entre o que foi exteriormente observado do seu comportamento, o que significará que a sua exteriorização traz em si uma manifestação da sua vontade individual.

³⁹ No caso de ser anomalia entre a vontade e a declaração, podemos distinguir os casos de divergência interna (no caso de simulação - art. 240º do CC, de reserva mental - art. 244º do CC ou de declaração não seria -art. 245º do CC) ou externa (no caso de erro na declaração - art. 247º do CC, falta de consciência na declaração ou coação física- ambos do art. 246º CC), ou ser uma anomalia na própria vontade (aqui nos casos de erro vício- arts. 251º e 252º do CC, coação moral - art. 255º do CC, dolo - art. 254º do CC, estado de necessidade – art. 280º CC, justificado por ofensa à lei e aos bons costumes, e incapacidade acidental - art. 257º do CC).

⁴⁰ Pinto, Carlos Alberto Mota e Monteiro, António Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*. (2005), 4ª edição. Coimbra Editora, Pgs.102 e ss.

contratual⁴¹, (art. 405º do CC) que permite às partes celebrar os contratos conforme lhes aprouverem dentro dos limites que a lei estabelece⁴².

Na relação médico-paciente, não podemos de forma alguma caracterizá-lo como um contrato típico, visto não existir um diploma legal específico que o regule. É, no entanto, um contrato socialmente tipificado, por já se ter verificado uma pluralidade de casos, por essa prática ser socialmente reconhecida e, por fim, por ser tendencialmente pacífica a vigência do contrato entre ambos⁴³, não tendo, em regra, uma celebração com detalhados requisitos pré-contratuais, pois na maioria dos casos e este é celebrado oralmente, ao abrigo do instituto da interpretação e da integração (arts 236º e 239º do CC), pautando-se pela sua consensualidade. André Pereira ensina-nos que nem sempre a relação médico-paciente foi avistada como um contrato⁴⁴. Ao longo de todo o século XIX a relação entre médico e paciente estava sujeita unicamente à responsabilidade aquiliana⁴⁵ fundada na pequena margem para que se exercesse a liberdade contratual, justificando-se na própria natureza extracontratual do contrato⁴⁶. E o principal ponto de viragem para concebermos o contrato médico como o temos hoje, decorreu de uma decisão da Cour de Cassation, de 1936 que indiscutivelmente aferiu que “Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato (...)”, impondo obrigações de meios ao médico, no sentido de este reunir os esforços necessários para tratar o doente.

Em Portugal domina a contratualidade da relação médico-paciente, como poderemos inferir das palavras de Moitinho de Almeida, o qual afirma que “as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual”⁴⁷, posição esta que nos leva

⁴¹ Noutra perspetiva detemos a assunção do art. 41º do CDOM, que prevê a liberdade para contratar “o médico pode recusar-se a prestar assistência a um doente”, quando por outro lado prevê-se como contraditório, na perspetiva do art. 7º do mesmo diploma que obriga o médico a prestar cuidados de saúde na circunstância de “perigo iminente de vida”, (Antunes Varela e Henriques Gaspar apud Ferreira de Almeida, Carlos, Ob. cit., p.102, nota 39) o qual obriga parcialmente o médico a contratar. Apesar desta interpretação, parece-me mais conveniente dizer que esta não é uma obrigação de contratar, mas uma mera obrigação de assistência médica, que é punível pelo Código Penal no art. 276º.

⁴² Monteiro, António Pinto, Direito dos Contratos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito do Consumo, P. 3

⁴³ Neste sentido e para mais desenvolvimentos, vide Vasconcelos, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos* (2009), 2ª edição. Coimbra. Almedina, Pgs. 62 e ss

⁴⁴ O Acórdão TRP (*processo 3233/2005*) refere lapidariamente no sentido de a jurisprudência ter vindo a adotar quanto a esta questão que “A relação que se estabeleceu entre a Autora e o Réu é inequivocamente de natureza contratual, na modalidade de prestação de serviços médicos – art. 1154º do CC.”

⁴⁵ A este respeito, vide Pedro, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico- Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* (2008), Coimbra: Coimbra Editora, P. 56

⁴⁶ Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento ...*, P. 31

⁴⁷ Almeida, Moitinho de. *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro* (1972) Scientia Iuridica, XXI, Pgs. 327 e ss

a crer que se passou a ter mais consciência acerca do respeito dos direitos dos doentes a par da extensão da prática clínica, tal como a da possibilidade de existir uma relação paritária entre ambos. E vamos mais longe, no sentido de a relação entre médico-paciente ser uma relação obrigacional complexa, apesar de Filipe Albuquerque de Matos lembrar de modo muito conveniente que a fonte dos contratos⁴⁸, em geral, não é necessariamente coincidente, por muitas vezes uma lei ou uma disciplina normativa autorreguladora trazer exigências que não subsistiriam, por representação lógica das necessidades em concreto nos outros contratos, especialmente no respeitante aos quadros de deontologia médica⁴⁹.

Pela ausência de positivação, tal como Ferreira de Almeida e mais tarde André Pereira⁵⁰, concordamos que no contrato entre médico e paciente deve atender-se às regras imperativas de proteção do consumidor⁵¹, às normas deontológicas, às regras dos usos e costumes e, por fim, às regras gerais do código civil no que respeita aos contratos de mandato (art. 1156º do CC⁵²) e de empreitada (art. 1207º e ss do CC⁵³) na medida em que possam ser aplicados analogicamente.

Preferindo-se então a utilização analógica do mandato na prestação de serviços médicos, Menezes Leitão esclarece que “um dos elementos essenciais do mandato é que o mandatário assuma a obrigação de praticar actos jurídicos”, parecendo, deste modo, que não constitui mandato o contrato que tenha no seu conteúdo “actos materiais ou intelectuais”⁵⁴, mas que aparenta encaixar perfeitamente no trabalho desenvolvido pelo médico, atendendo às normas do contrato de prestação de serviços enunciado nas normas 1154º e 1155º do CC.

⁴⁸ Matos, Filipe Albuquerque, *Traços Distintivos e sinais de Contacto Entre s Regimes de Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual* (2015), Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico. Ano 12-nº23-24, Pgs. 41 e ss

⁴⁹ Por exemplo, como serão os deveres de diagnóstico, terapêutica e prognóstico de uma doença, cf art. 44º, número 1 do CDOM.

⁵⁰ Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento ...*, P. 37

⁵¹ O contrato civil nunca será um ato de comércio, mas sim de consumo. Galheiro, Carlos João *Do ato médico de empreitada. Resumo revisto e atualizado de um percurso já feito*, (2015), Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico. Ano 12-nº23-24, P. 69

⁵² A título de exemplo, não faria sentido aplicar analogicamente uma norma que permita que o paciente dê indicações médicas ao próprio profissional de saúde.

⁵³ Todavia, este é um instituto menos preferível. Citando João Galheiro (consultado em <https://portal.oa.pt/upl/%7Babf960a0-9079-4ea6-8655-fd8dc58f9e9c%7D.pdf>), os atos médicos que poderiam ser subsumidos neste regime “ (...) na medida em que houvesse suficiente analogia, seriam aqueles em que nessa actividade estaríamos perante uma obrigação de resultado (...)”, como foi o caso do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, numa questão relativa a um dentista que decorrência de um tratamento dentário onde se pautou pela conduta da aplicação subsidiária do contrato de empreitada ao caso concreto, que o mesmo autor refere em “ *Do ato médico à empreitada. Resumo revisto e atualizado de um percurso já feito*”, P. 81

⁵⁴ Leitão, Luís Menezes, *Direito das Obrigações* (2010), vol. III, contratos em especial, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, P. 438

De ressaltar que nem sempre da atuação médica vai resultar uma prática contratual, existindo situações em que serão praticados atos médicos sem este vínculo: como serão os casos em que o médico cause prejuízos a terceiros, no caso do contrato médico sofrer de alguma nulidade e nas situações em que embora exista vínculo contratual, o médico não se obrigou em concreto a nenhuma prestação para com o paciente⁵⁵; finalizando com os casos em que o médico exerça as suas funções num hospital público que responderá no âmbito da responsabilidade delitual, independentemente da relação que tenha sido celebrada entre o paciente e a entidade pública correspondente⁵⁶. Porém, seria um avanço de qualidade se fosse possível chegar a um acordo em que a verdadeira questão se prendesse com a posição contratual e não por ser celebrada entre entidade privada ou pública, trazendo alguma uniformização⁵⁷ ao sistema.

Também no âmbito da cirurgia plástica estamos perante um contrato de prestação de serviços, que pode ser celebrado entre o paciente e médico ou clínica, nos mesmos moldes dos outros contratos médicos, devendo vigorar aqui, essencialmente, o princípio da liberdade contratual entre as partes. A verdade é que o cirurgião plástico tem uma atuação alargada neste âmbito, por ser um profissional especializado e por ter um trabalho manual muito técnico, mas também, tal como outros profissionais de saúde, em maior medida, ter que lidar com a aleatoriedade da intervenção cirúrgica, que não se livra de riscos e de incertezas, refletindo-se na possibilidade de o resultado poder ficar comprometido caso não seja alcançado e pela essencialidade de garantir que o contrato deve permanecer intacto, relativamente ao período de recobro e do acompanhamento nas consultas posteriores de recuperação, por serem vitais ao sucesso do procedimento. É igualmente importante referir

⁵⁵Exemplificando o caso do paciente que celebrou um contrato com a clínica, pelo que o médico será apenas um mero auxiliar deste. Rute Teixeira Pedro, *ibidem*, P. 636

⁵⁶ Esta é a posição de Oliveira, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, (dissertação de mestrado), *O erro médico nas instituições públicas de saúde* (2013). Escola de Direito da Universidade Católica do Portuguesa. “O nosso ordenamento jurídico, em regra, apenas admite a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos. É precisamente esta forma de responsabilidade que está presente sempre que um médico pratique um acto médico em desacordo com as *legis artis* ou com violação do dever objectivo de cuidado num estabelecimento público de saúde (EPS)”. E no mesmo sentido também Pereira, André Gonçalves Dias. *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares-alguns casos da jurisprudência*. *Lex Medicinæ*. Ano 4, nº 7, Pgs. 52 e ss

⁵⁷ Apesar de não ser um ponto a desenvolver neste estudo, parece pertinente uma avaliação genérica da posição adotada por Pereira, André Dias, em *O consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma proposta para o seu Controlo Jurídico*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*. P. 439 “(...)como o direito de acesso aos registos clínicos em caso 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 culpa, nos termos do art. 799º, nº 1 do Código Civil.” E no mesmo sentido também Pereira, André Gonçalves Dias. *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares-alguns casos da jurisprudência*.

que o consentimento informado deve ser o cerne deste contrato, por se tratar do fundamento que permite que este tipo de intervenção não se venha a encaixar nas intervenções arbitrárias puníveis pelo nosso código penal (art. 156º) e segundo a CRP (art. 35º) que refere que o médico deve abster-se de quaisquer atos que não estejam de acordo com a lei da arte⁵⁸, o que nos enriquece o contrato e nos coloca numa posição de excelência para explorar a responsabilidade que dele pode advir.

⁵⁸ O acórdão do STJ (*processo 117/2000*) sustentou este nosso pensamento.

Capítulo III

1. A problemática da conduta médica. Obrigações de Meio ou Obrigações de Resultado?

O contrato de prestação de serviços médicos carrega a necessidade de caracterizar a atuação médica numa obrigação de meios ou numa obrigação de resultados, problema este sobre o qual Demogue se debruçou pela primeira vez. Almeida Costa avança que as *obrigações de meios* existem “quando o devedor apenas se compromete a desenvolver prudentemente e diligentemente certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”⁵⁹.

Por seu turno, Antunes Varela, define *obrigação de resultado* como “aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de um determinado resultado em benefício do credor ou de um terceiro”⁶⁰. Numa linha muito semelhante à que evidenciámos, Jean Penneau acredita que a obrigação de meios⁶¹ permite ao devedor comprometer-se, apenas, com a implementação dos meios para a obtenção do resultado desejado, não o fornecendo diretamente, afirmando que, com certeza será esta a situação do médico⁶². Por outro lado, o autor considera que a obrigação de resultado pode nascer da vontade das partes, da natureza do serviço ou da lei, avançando mesmo com o exemplo de cirurgia estética como uma obrigação de resultado, pelo facto de o cirurgião plástico se comprometer a alcançar determinado resultado.

Todavia, pode acontecer uma transformação da posição do médico como prestador de meios, num prestador de resultado, agravando a sua posição jurídica, como devedor,

⁵⁹ Costa, Almeida. *Direito das Obrigações*, citado no Acórdão do STJ (*Processo 08A183*), acerca da responsabilidade médica na qual se discute o valor de reparação dos danos não patrimoniais, na sequência de um erro grosseiro, relativo a uma recolha de tecidos prostáticos que tinha sido por um anatomopatologista, na sequência do qual ficou impotente e incontinente.

⁶⁰ Varela, Antunes. *Das obrigações em geral* (1997), II volume, 7ª edição. Coimbra. Almedina.

⁶¹ Penneau, Jean. *La responsabilité du médecin. Connaissance du droit* (1996), Dalloz, Pgs. 9 e 10

⁶² Perret, Louis *Analyse Critique de la Jurisprudence Récente en Matière de Responsabilité Médicale et Hospitalière - Critique de la Théorie des Obligations de Moyen et des Obligations de Résultat* (1972), 3 Rev. Gen. 58, o autor considerava, também que, por exemplo a obrigação do transportador ao entregar a mercadoria em data e local acordado seria de resultados, contudo a obrigação do médico seria a de agir com a diligência e prudência necessárias com a finalidade de obter a cura do doente, entendendo que a diferença entre elas está nas circunstâncias que as circundam.

resultando sobre este uma “presunção de culpa alargada à ilicitude e ao nexo de causalidade, para logo se aperceber que há aqui uma alteração do regime probatório, que vai tornar mais difícil a tarefa do devedor de afastar a responsabilidade que o credor pretende que lhe seja assacada por alegado não incumprimento.”⁶³.

Têm sido avançados critérios para que se possa distinguir entre obrigações de meios e de resultado. Ricardo Lucas Ribeiro salienta, em primeiro lugar, o critério da álea⁶⁴, concluindo-se que a sua determinação é feita em função da presença ou não da desta⁶⁵ na consecução do resultado final (como já avançamos anteriormente, irá caber aos contraentes afastar ou não este critério). Posto isto, no caso de o médico não ter atuado de forma diligente, urge saber a quem caberá o ónus da prova pela violação da *legis arti*⁶⁶. A teoria avançada por Demogue advoga que, se a prestação se concretizou ao abrigo de um resultado e este não foi alcançado, dever-se-á presumir a culpa do devedor, pelo que deverá ser ele a demonstrar que não procedeu culposamente; já quando há uma prática médica assente em obrigações de meios, o autor considera que competirá ao credor provar a culpa do devedor, isto é, que o médico não agiu prudentemente, não utilizando a diligência e a perícia necessárias de modo a concretizar a obrigação⁶⁷.

A verdade é que parece que as obrigações de meios caracterizam, na sua maioria a atuação médica. Isso é indubitável, não parecendo concetualmente lógico que o médico se obrigasse, de toda e qualquer forma, a curar um doente que está diagnosticado com uma doença terminal para a qual nem sequer há tratamento. Contudo, ele deve reunir todos os esforços para poder diagnosticar⁶⁸, tratar e, na melhor das hipóteses, curar ou melhorar a condição médica do paciente, agindo diligentemente segundo as técnicas científicas

⁶³ Ribeiro, Ricardo Lucas. *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado* (2010), Coimbra Editora, P. 76 a 79

⁶⁴ Que parece ser aquele que é mais aceite entre a doutrina e a jurisprudência.

⁶⁵ Acórdão do STJ (*processo 209/2006*) acerca de um paciente que na sequência de um acidente de trabalho necessitou de uma intervenção cirúrgica que alegadamente foi mal-executada, tendo afetado nervos herneáticos e nervosos, que veio a agravar o seu estado de saúde, contudo não foram condenados os réus por não estarem cumpridos os requisitos da responsabilidade civil. “Não pode ser esquecido que não existe procedimento médico livre de riscos, e sobretudo os actos cirúrgicos comportam uma margem aleatória que pode contender com o resultado. Há sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja, pois, cada patologia tem a sua especificidade, e cada doente reage de modo diverso à enfermidade”.

⁶⁶ Ob. Cit. Pereira, André Dias. *O consentimento...*, P.69. O autor indica que a doutrina portuguesa tem considerado como as “regras específicas da medicina, que habilita a prática da arte de curar pessoas.”

⁶⁷ Ob.Cit. Ribeiro, Ricardo Lucas. *Obrigações...*, Pgs. 98 e ss

⁶⁸ Reineking, H. *The Legal Responsibilities of the Surgeon* (1914), 7 Law. & Banker & S. Bench & B. Rev. 250, “The obligation involved is that the treatment be up-to-date and in line with the advances of surgery.”

conhecidas naquele momento, para aquela condição clínica⁶⁹. Ricardo Lucas Ribeiro refere ainda que a teoria postulada por Demogue resulta de uma construção pouco sólida, desde logo por destringer a natureza das obrigações no plano extracontratual, que deve reportar-se objetivamente a um dever geral de abstenção no que concerne aos direitos absolutos.

Também Carneiro da Frada explana que o art. do 799º CC não pode ser aplicável às obrigações de meios ou de diligência, porque o devedor não se comprometeu a um resultado, mas apenas a empregar os esforços necessários e convenientes à satisfação da pretensão do autor⁷⁰, porém, admite que “em graus e medidas diversos-facilitações de prova (*prima facie*) e inversões do ónus da prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa (...)”.

Todavia, é de fácil entendimento que as relações entre médicos e pacientes serão, na sua maioria, concretizadas ao abrigo de um contrato e, nestas circunstâncias, a prova por parte do paciente uma *diabolica probatio*, o credor é, na maioria dos casos, um leigo que não tem conhecimentos técnicos e muito menos científicos; ao passo que o médico para além desses conhecimentos tem na sua posse os registos clínicos e a ficha técnica do paciente⁷¹. Não nos parece que a dificuldade de o médico poder afastar a presunção de culpa que sobre ele recairá ao abrigo do art. 799º/1 do CC seja tão irrealizável como seria para o paciente, porque ele está numa posição privilegiada em relação ao credor. Mais avançamos que a presunção de culpa que recai sobre o médico não afasta a prova que o paciente terá de fazer sobre a existência de um vínculo contratual entre ele e o devedor, bem como da falta de diligência na concretização da arte médica⁷².

Concretizando, este parece-nos ser o critério mais justo, traduzindo-se numa maior igualdade de armas e numa melhor fluência judicial. Analisando os casos em que a prática médica assenta em responsabilidade extracontratual, no decorrer da violação da prática

⁶⁹ Para estas considerações vide, Raposo, Vera Lúcia *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional* (2015), Almedina, Pgs 99 a 109.

⁷⁰ Frada, Manuel Carneiro da. *Direito Civil - Responsabilidade Civil. O método do caso* (2006), Almedina, Pgs 81 e 116 e ss

⁷¹ Monteiro, Jorge Sinde e Dias, Jorge Figueiredo. *Responsabilidade Médica em Portugal* (1984) Já os autores proclamavam (e bem) “Em todo o caso é diferente ter que provar a verificação de um erro da técnica do profissional, com recurso às leis da arte da ciência médica, ou ter de provar que aquele acto médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ónus.”, P. 31

⁷² Alcalá, Calitxo Díaz- Regañon García. *El Régimen de la Prueba em la Responsabilidad Civil Médica: Hechos y Derecho* (1996), Aranzadi. Editorial, Pgs. 57 e ss. O autor considera que o ónus probatório, quer nas obrigações de meio, quer nas de resultado é invariável.

médica vigora, entre nós, o disposto no art. 487º do CC, pelo que vai incumbir ao lesado não só a prova da violação da prática médica ou da violação de um direito absoluto, mas caber-lhe-á também o ónus da prova da culpa do devedor⁷³. De notar que André Pereira⁷⁴ infere que também se deve inverter o ónus da prova nos casos em que haja destruição ou ocultação dos meios de prova por uma das partes, dificultando a prova à contraparte, podendo as alegações do paciente ser dadas como provadas (cf o art. 344º/2 do CC).

No âmbito da cirurgia plástica, concretizamos que a doutrina se tem pronunciado no sentido de separar o conceito de cirurgia plástica com pendor puramente estético e o conceito de cirurgia plástica reparadora. A Organização Mundial de Saúde considera que a saúde mental⁷⁵ é parte integrante da saúde da pessoa e do seu bem-estar, contudo não parece ser possível compará-la aos casos terapêuticos, nos quais a pessoa necessita efetivamente de cuidados.

Como já referimos anteriormente, tem-se entendido que a atuação do médico deve ir no sentido de reunir todos os esforços para permitir ao paciente melhorar ou, pelo menos, manter o seu quadro clínico estável. Vera Lúcia Raposo⁷⁶ refere que uma cirurgia plástica, em sentido próprio, tem como finalidade única e exclusiva a de melhorar a figura estética do paciente que se sente insatisfeito com a sua imagem ou com alguma parte do seu corpo, correndo riscos em prol desta, pelo que não é, em termos práticos um verdadeiro doente na aceção da palavra.

Concluiremos então, que o resultado da cirurgia plástica a que o credor se submete valerá, não só pelos esforços do seu tratamento, mas também pelo resultado final; caso contrário não será difícil depreender que o paciente não se submeteria a uma cirurgia, que tem necessariamente carácter invasivo e riscos que se lhe associam, se esta não contribuísse para o seu bem-estar físico e psíquico. ⁷⁷É por este motivo que acreditamos que ela terá

⁷³ Salvas as exceções legalmente consagradas no art. 491º do CC relativo à responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância, e do art. 493º/1 relativo ao detentor de coisas móveis e art. 493º/2 quanto à presunção de culpa de quem pratica uma atividade perigosa, contudo, para maior aprofundamento, *vide* Pereira, Dias André. *Direitos dos Paciente e Responsabilidade Médica*, Pgs. 658 a 663

⁷⁴ *Ibidem*, Pgs. 685 e 686

⁷⁵ Taipale, Vappu. *Mental Health and Quality of Mental Health Care* (2001) 20, Med. & L.531, P. 532 Carateriza-se saúde mental como “Process or state of equilibrium that is defined by past and present antecedents, by personal resources encompassing the individual components of mental health and by social and other environmental proactive factors”. Em Portugal, a saúde mental é regulada pela Lei 36/98, que mais tarde foi alterada nalguns arts, pela Lei 101/99 e pela Lei 49/2018.

⁷⁶ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs 114 e 115

⁷⁷ No caso da cirurgia reconstrutiva o paciente tem uma vontade condicionada, enquanto aqui a decisão do paciente se concretiza numa voluntariedade pura.

necessariamente propensão para ser uma obrigação de resultado e, mesmo que se considere que não o seja, ela sê-lo-á no formato de uma obrigação de quase-resultado⁷⁸, isto porque não se cogita que o resultado final seja uma mera possibilidade de ficar como se imaginou.

Por seu turno, a cirurgia estética reconstrutiva, como tem sido o exemplo clássico da reconstrução mamária após uma mastectomia decorrente de um carcinoma mamário, consubstanciar-se-á sempre por ser uma obrigação de meios, pela própria natureza da intervenção, que apenas acontece por decorrer de um outro tratamento médico necessário para a cura ou para o melhoramento de uma doença prévia. Existem ainda casos em que a cirurgia plástica pode ainda revestir um pendor terapêutico, como nas situações de dor crónica pélvica em que se tem optado por uma injeção de toxina botulínica⁷⁹ utilizada no auxílio a diversas mulheres, por se mostrar nalguns casos mais eficaz do que medicamentos com efeito placebo no alívio dos sintomas, pelo que não se justificaria da mesma forma que a obrigação fosse uma obrigação de resultados.

No caso da cirurgia plástica embelezadora tem-se dividido a jurisprudência. Vera Lúcia Raposo mostra-nos que a doutrina minoritária se lança pela resposta ao problema através da atividade do médico cirurgião-plástico como uma obrigação de meios; a autora refere que a jurisprudência e doutrina italianas⁸⁰ se têm vindo a posicionar neste mesmo sentido, seguindo o modelo do art. 1176º do Código Civil Italiano⁸¹, adotando a conduta do bom pai de família como conduta técnica apropriada.

Do mesmo modo, a doutrina espanhola tem avançado solução semelhante, exceto nos casos em que o cirurgião plástico garanta ao paciente o resultado, devendo a obrigação de todos os profissionais da medicina ser de meios, justificando esta posição nas inconveniências que esse regime poderia ter em relação à responsabilidade, por vir a sujeitá-lo a uma responsabilidade objetiva, que faz com que se presuma a sua culpa nos tribunais⁸².

⁷⁸ A este propósito, o acórdão do STJ (*processo 544/2009*).

⁷⁹ Aqui *vide*, Abbott, Jason. *Gynecological indications for the use of botulinum toxin in women with chronic pelvic pain*. School of Women's and Children's Health. University of New South Wales.

⁸⁰ Bilancetti, Mauri e Bilancetti, Francisco. *La responsabilità penale e civile del medico* (2010), Settima Edizione Cedam, P. 981 e 987. De notar que a recente Legge Gelli-Bianca, desfez a necessidade de distinção entre culpa e negligência leve e grosseira, fazendo com que estas questões se venham a desvanecer, cf Caputo, Alice. *La nuova responsabilità penale del medico tra i mutevoli perimetri della rilevanza penale per colpa e le sfide all'alleanza terapeutica medico-paziente. Il caso italiano*. P. 139

⁸¹ Neste sentido o acórdão da Corte di Cassazione, número 12253/1997 abriu as interpretações neste sentido e também o acórdão do Tribunal de Bari número 1780, que indicou que a cirurgia estética não tem só pendor cosmético, mas também curativo. Montani, Alberto. *Il consenso Informato nella chirurgia Estetica*. (2013-2014) Università Degli Studi Di Pisa.

⁸² Beamonte, José Ramón de Verda y. *Obligación de medios y obligación de resultados em la cirugía estética desde la perspectiva del derecho español* (2017), Lex Medicinæ, Ano 14. Nº 27-28, Pgs. 28 e ss

Destarte, a doutrina maioritária portuguesa vem-se posicionando em sentido inverso, admitindo a obrigação do cirurgião plástico, como uma obrigação de resultados mas, analisando-o de forma prudente, considerando que “a ausência de um resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor.”⁸³, aceitando uma obrigação de quase-resultado, pois o paciente pretendendo determinado resultado, só este valerá a pena. Propendemos para esta posição maioritária, desde logo, porque o cirurgião plástico é um profissional altamente especializado, ao qual lhe é exigida uma formação específica⁸⁴, exigindo-se-lhe sensibilidade acrescida não só na execução da sua arte, como também ao nível estético, de simetria e harmonia, para além de que se justifica uma cirurgia plástica com o único e exclusivo propósito de embelezar só valendo a pena se concretizado o resultado pretendido.

A par com a opção que a doutrina e a jurisprudência tem trilhado, surgem teses numa tentativa de mediação, como é o caso das que consideram que a obrigação do cirurgião plástico pode ser uma obrigação de meios acentuada, por se admitir que também nestas se deverá admitir o carácter de aleatoriedade da atuação cirúrgica⁸⁵. Em sentido diverso, Galán Cortés travou com clareza a posição de Ortega Torres que explicitou que não deve piorar-se a situação do cirurgião plástico face a um cirurgião geral e que a própria natureza aleatória da sua atividade faz com que não se possa classificar a sua obrigação como própria de resultado, admitindo, que muitas vezes a sua responsabilidade nasce de uma informação parca, criando uma ilusão no paciente que aquela será uma intervenção sem riscos e praticamente garantida⁸⁶.

Na verdade, consideramos que devem existir pequenas margens em relação ao resultado final, assumindo que o cirurgião pode encontrar obstáculos anatómicos que até à

⁸³ Conforme explana o Acórdão do STJ (*processo nº 1263/2006*), no qual a paciente realizou uma lipoaspiração na parte interna da coxa, cirurgia esta que não correu como esperado porque o médico realizou um outro procedimento para o qual a devedora não tinha prestado consentimento, que resultou em infeção e dores na zona. Avançou a relatora Clara Sottomayor que a posição do STJ quanto à cirurgia estética é efetivamente aquela que expusemos.

⁸⁴ Pode ser consultado o plano de formação médico do cirurgião plástico em Portugal e o seu plano de internato no site da SPCPRE.

⁸⁵ Cortés, Galán. *Responsabilidad civil médica* (2005), Thomson.civitas, P. 268

⁸⁶ Decisão de 16 de Abril de 1991, relativa a uma intervenção cirúrgica com a finalidade de corrigir uma deformação, que havia sido praticada por um cirurgião maxilo-facial e que acabou por resultar na paralisia facial e dos lábios do paciente. O tribunal proferiu que “no se obtuvo lo resultado esperado, sin que lo dicho signifique, em modo alguno, que la actividad médica haya de obtener em todo o caso la recuperati6n o mejoría del enfermo- obligaci6n de resultado”, Pgs. 79 e 80

hora da cirurgia ele não poderia ter conhecimento. Contudo, esta deve ser uma margem ténue. Assumimos também que eventos externos à própria atuação do médico podem não permitir que a cirurgia venha a ter sucesso⁸⁷. Todavia, devemos concluir que nos parece que *a priori* entre médico e paciente está, neste caso concreto, subentendido que a obrigação que entre eles se assume é uma obrigação de resultado. Sublinhamos que, em *ultima ratio* será a verdadeira vontade das partes⁸⁸ que deve vigorar acima de qualquer assunção ou previsibilidade que sobre ela se assuma.

Em guisa conclusiva e sem querer descurar a importância que estas matérias empenham, no caso da cirurgia plástica, o caminho de classificação da responsabilidade do médico como de meios ou resultado acaba, empiricamente, por ser uma teorização, isto porque, como evidenciamos, a maioria da doutrina e jurisprudência tem vindo a aplicar a norma do art. 799º do CC e, por esse motivo, como melhor explanaremos, o problema está, maioritariamente, na falta de consentimento informado do paciente⁸⁹

⁸⁷ Por exemplo, uma atividade sísmica que inviabilizou todas as possibilidades técnicas de continuar com a cirurgia, por razões de segurança.

⁸⁸ Apesar de nem sempre ser linear a concretização da vontade que germinou entre as partes. No grosso modo das relações entre médico e paciente, ela não está definida. Neste sentido Ob. Cit. Ribeiro, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios...*

⁸⁹ Ob. Cit. Rodríguez, Martínez-Pereda. *La cirugía estética ...* “porque aunque exista un consentimiento del paciente, debidamente informado, la conformidad del medico con una intervención estética que no presente una proporcionalidad de ventajas proporcionadas a los riesgos asumidos puede generar responsabilidad em el cirujano”, P. 346

Capítulo IV

1. A Responsabilidade Civil do Médico:

Falar da responsabilização do médico remonta, como pudemos observar em momento ulterior, ao Código de Hammourabi, que penalizava as más práticas médicas, sobretudo através de uma retribuição *in natura*, e ao tempo dos Egípcios, que agravavam as penalizações do médico, em especial por má prática em não escravos⁹⁰. Em jeito de contextualização, nunca se mostrou fácil a responsabilização do médico, especialmente porque a atividade era essencialmente desenvolvida por pessoas pertencentes a entidades religiosas, pelo que, concretamente, não seria visto como um contrato em si e com todas as questões que a si vêm associadas.

Se antigamente se considerava que os médicos não poderiam ser responsabilizados pela prática das suas profissões, nos dias de hoje, produto do avanço e progresso da ciência e da medicina, da descoberta de novas doenças, de novos tratamentos, de novos medicamentos e vacinas, com maior facilidade de diagnóstico, resultante de aparelhos mais desenvolvidos e adequados à despistagem de uma enfermidade; a par com a especialização da medicina e do profissional de saúde, tal responsabilização não mais pode ser afastada.

A relação entre médico e paciente não é a mesma. Há uma clara melhoria do estatuto do doente, mas um decréscimo para o médico que se vê hoje confrontado com um conhecimento da medicina muito lato, com doenças complexas e tratamentos que têm tanto de preventivo como de invasivo, provento das quais se vem registando, nos últimos séculos a uma maior incidência de ações de responsabilidade médica nos tribunais. Mas a história da responsabilidade civil médica avançou em termos tais que Manuel Carneiro da Frada⁹¹ nos explicita hoje, de forma sumária, que a mais importante função da responsabilidade civil é a ressarcitória, isto é, tem como função aniquilar o dano, podendo ser feita através de restituição natural ou através da compensação em dinheiro. Todavia, esta função não afastará

⁹⁰ Ob. Cit. Pedro, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico...*, Pgs. 25 e ss

⁹¹ Ob. Cit. Frada, Manuel Carneiro da. *Direito Civil...*, Pgs .64 e ss

a premissa de que a responsabilidade civil sirva, em todo o caso, como uma função preventiva⁹².

É sabido que a atividade médica pressupõe, desde logo, a realização prática de um princípio de beneficência, como uma obrigação de fazer o bem pelo paciente ou, pelo menos, tentar remover a sua patologia. Ela é uma atividade que envolve, necessariamente, a existência de riscos, que podem levar a algumas complicações ou insucessos, e não terem a atuação do médico sob égide, podendo resultar, por exemplo de reações alérgicas, casos de cicatrização hipertrófica ou queloide, de um caso de força maior ou até consequência da atuação de terceiro. Por lhe serem inerentes estes riscos, admite-se na prática médica alguma flexibilidade, tolerando-se um certo grau de erro, especialmente nos casos em que a complexidade do tratamento é evidente. Para além desta evidência e como já anteriormente afirmamos, a conduta do médico justifica-se, na sua generalidade, como uma obrigação de meios. Só existirá falta médica quando “o médico viola cumulativamente a lei da arte e o dever de cuidado”⁹³, quer nos casos em que há a prática de um ato médico⁹⁴, quer nos casos em que ele omitiu uma ação⁹⁵ que deveria ter providenciado.

Apesar de nos reportarmos à atividade médica como a prossecução da cura de uma condição patológica, é sabido que a prática médica não se resume a esta enfermidade. André Pereira⁹⁶ classifica estes deveres laterais como “o dever de evitar qualquer conduta que prejudique o fim do contrato ou que lese os bens jurídicos do parceiro contratual(...)”, que têm natureza auxiliar dos deveres de informação e de proteção⁹⁷. Não devem ser esquecidos os deveres laterais a que o médico está obrigado⁹⁸, o que se repercute numa situação

⁹² Ibidem. Esta não será objeto do nosso estudo pelo que para mais considerações, a obra do autor é bem elucidativa.

⁹³ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs. 13 a 15

⁹⁴ Quando há necessidade de amputação do membro inferior direito decorrente de uma doença arterial periférica, todavia o médico, negligentemente procede à amputação do membro inferior esquerdo.

⁹⁵ Quando o profissional de saúde deveria ter transferido o paciente para uma outra unidade hospital onde teria material mais adequado ao seu tratamento, contudo prefere não o fazer, resultando no declínio do estado de saúde do paciente, quando podia tê-lo evitado.

⁹⁶ Ob. Cit. Pereira, Dias André. *Direitos dos Pacientes ...*, P. 648

⁹⁷ O Acórdão do STJ (136/2012) avança que os deveres laterais ou acessórios “têm uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, resultantes da sua conexão com o contrato”. A paciente sujeitou-se a uma cirurgia ortopédica para o alongamento do tendão de Aquiles, na sequência de uma paralisia cerebral que a limitava a nível motor, tendo após a cirurgia ficado em recobro, após o qual ficou sem sensibilidade na perna, tendo a longo prazo resultou em deterioração da sua função motora.

⁹⁸ Sousa, Luís Filipe Pires de. *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*. Datavenia. Revista Jurídica Digital. 8 de Junho de 2018, P. 10

pragmática no que concerne ao alargamento da própria responsabilidade do médico, no caso da sua violação.

Consideramos ainda que o recobro deve ser assegurado após um procedimento cirúrgico- por ser essencial à boa recuperação do paciente. Devemos atender, a título exemplificativo, que no caso da cirurgia plástica, por ser não necessária, esta questão intensifica-se. O recobro é indispensável, fazendo com que se reduzam, ainda que paulatinamente, os riscos associados a uma intervenção cirúrgica, o médico fica, deste modo, em condições de auxiliar o paciente prestando os cuidados necessários à boa recuperação e bem-estar⁹⁹.

Quanto à responsabilidade civil, é sabido que esta pode ser contratual, a qual deriva de um incumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato¹⁰⁰ ou aquiliana, que resulta da lesão de bens jurídicos, o que os leva a ter regimes jurídicos diferentes. Na prática médica as orientações, que o próprio código deontológico indica, são vinculativas, qualquer que seja a fonte de responsabilidade. Todavia, os regimes não deixarão de ter especificidades.

1.1. Notas caracterizadoras da Responsabilidade Contratual e da Responsabilidade Extracontratual:

No âmbito da responsabilidade contratual existe um vínculo prévio entre o paciente e o médico e, as obrigações que foram assumidas, caso haja incumprimento, mora ou cumprimento defeituoso, geram necessariamente responsabilidade contratual; também o ónus da prova parece ser mais favorável neste caso, porque se presume a culpa do devedor (cf o art. 799º do CC), para além do prazo de prescrição ser de 20 anos (cf o art. 309º do CC).

No âmbito da cirurgia plástica, os nossos tribunais têm pugnado no sentido de estarmos perante responsabilidade contratual, tendo em conta que se englobam estas questões como um verdadeiro contrato de prestação de serviços médicos (entre médicos ou clínicas privadas e paciente), justificando a contratualidade da sua aplicação¹⁰¹. Também

⁹⁹ Ver neste sentido Ob. Cit. Pereira, Dias André *Direitos dos Pacientes ...*, Pgs. 647 e 648

¹⁰⁰ Pautamo-nos pela realização da conduta do *pacta sunt servanda* (cf o art. 406º/1 do CC).

¹⁰¹ Neste sentido vejam-se os acórdãos do STJ (*processos 117/2000 e 3784/2015*) e do TRL (*processos número 1447/2012 e 3784/2015*).

Vera Lúcia Raposo¹⁰² confirma a dificuldade de indemnizar danos não patrimoniais por depender das circunstâncias do caso concreto e da procura pelo montante que não se concretize num enriquecimento sem causa, mas que consiga acudir ao sofrimento do lesado. Obviamente que pode levar à indemnização por danos emergentes ou por lucros cessantes e, até ao dano causado à saúde, ao dano biológico, mas como veremos em concreto, ao dano estético.

Por seu turno, a responsabilidade aquiliana existe, como dissemos, por ter existido lesão de um bem jurídico¹⁰³, todavia não parecerá ser tão favorável, pelo facto de o ónus da prova estar do lado do lesado, para além de que o prazo de prescrição ser apenas de 3 anos (art. 498º do CC). Poder-se-ia assumir que, no caso da responsabilidade delitual, esta seria mais vantajosa por se permitir o ressarcimento pelos danos não patrimoniais. A jurisprudência tem vindo a admitir a ressarcibilidade de danos não patrimoniais (art. 496º do CC) no âmbito da responsabilidade contratual¹⁰⁴, pelo que esta diferença desvanece¹⁰⁵.

Rute Teixeira Pedro define dano¹⁰⁶ como a perda causada em bens jurídicos tutelados pelo direito, quer tenham eles carácter patrimonial ou não. O dano é o elemento essencial à prossecução de ações de responsabilidade civil médica, pelo que, sem ele, esta não assume qualquer forma.

Para Antunes Varela¹⁰⁷, relativamente aos danos não patrimoniais, estes são “as dores físicas, os vexames, os desgostos, o desprestígio, o descrédito social”, permitindo a justificação da sua valorização pela repercussão que têm na dignidade da pessoa humana, com os direitos de personalidade, o direito à integridade física, psíquica e moral, o direito ao trabalho e, no âmbito do nosso estudo, também o direito à saúde, protegidos quer pelo art. 70º do CC¹⁰⁸, quer pelos arts. 24º e seguintes da CRP.

¹⁰² Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, P. 319

¹⁰³ Idem Pgs. 745 e 765 também no regime italiano a responsabilidade extracontratual se resume à prática de um facto ilícito que violou um interesse juridicamente tutelado, assumindo-se que o ónus da prova da conduta culposa ou negligente e do nexa causal entre o facto e o dano recai sobre o autor, conforme o art. 2043 do CC Italiano.

¹⁰⁴ Hubinois Philippe. *Législations et Indemenisations de la Complication Médicale en France et Europe*” (2006), Bruylant. Pg. 341 O autor refere que tanto a Holanda como Espanha são países naturalmente mais protetores dos direitos dos profissionais de saúde.

¹⁰⁵ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...* P.34

¹⁰⁶ Ob. Cit. Pedro, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico...* P. 142

¹⁰⁷ Varela, Antunes. *Das Obrigações em Geral* (2000) Vol. I. 10ª Edição. Almedina, P. 906

¹⁰⁸ Relativamente ao âmbito dos direitos absolutos *vide* Carvalho, Orlando de. *Teoria geral do direito civil* (2012), Coimbra Editora e Sousa, Rabindranath Capelo de. *O direito Geral de Personalidade*. (2011), Coimbra Editora.

Circunscrevendo-se este estudo no âmbito da cirurgia estética, Martínez Pereda¹⁰⁹, lembra convenientemente que a atividade cirúrgica implica que os riscos se reverberem no próprio corpo humano e, conseqüentemente, será neste que os danos se vislumbrem, pelo que é necessário atender às lesões anatómicas, funcionais, morais e extracorporais.

Nesta senda, Darío Sepúlveda¹¹⁰ vem inferir que os danos corporais podem efetivamente espelhar-se em danos patrimoniais (tal como nós, sob forma de danos emergentes e lucros cessantes) ou em danos não pecuniários, dos vários prejuízos que podem trazer, o dano estético assume alguma importância. Segundo o autor, este prejuízo deve ser valorado tendo por referência tabelas, com valores previamente calculados, onde se possam identificar as situações a ser indenizadas, tendo em conta fatores como a privação do normal uso do corpo, as dores e, em especial, as mazelas que possam prejudicar o normal desenvolvimento da sua vida.

Na prática, Eugenio Laborda Calvo¹¹¹ reporta que o direito espanhol se orienta para a valoração do dano estético através de modelo tabelar, caracterizando-o em seis níveis diferentes: o ligeiro, o moderado, o médio, o importante, o bastante importante e o importantíssimo; como uma tentativa de melhorar a antiga tabela valorativa, aumentando o seu espectro, de modo a responder às necessidades de adequação nos casos de falta de massa corporal ou de estado vegetativo, pelo que se passou a ter em atenção a intensidade da lesão, calculada no seu conjunto, que não pode ter parâmetros de medida a idade ou o sexo, não devendo incluir também a incidência sobre as atividades profissionais ou extraprofissionais do lesado.

De notar que, no mesmo sentido, parecem pautar-se a doutrina e jurisprudências italianas. A ressarcibilidade do dano biológico, aparenta seguir um critério tabelar, apesar de este não poder traduzir-se de modo automático, pelo que, deste modo deve atender-se ao caso concreto e às circunstâncias que o circundam, defendendo a necessidade de ressarcibilidade do dano estético, assumindo a possibilidade de existência de danos só se projetem no futuro e os quais merecem tutela¹¹².

¹⁰⁹ Ob. Cit. Rodríguez, Manuel Martínez-Pereda. *La cirugía ...* Pgs. 471 e ss

¹¹⁰ Sepúlveda, Darío. *Los Daños Corporales y su Valoración, una mirada desde el derecho español* (2011), Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 2. Nº 2, Pgs 85 a 89

¹¹¹ Calvo, Eugenio Laborda. *Baremos en valoración del daño corporal*. Revista Portuguesa de dano corporal (2006), Nº 16. Ano XV. Pgs. 45 e ss

¹¹² Cendon, Paolo. *La Prova E Il Quantum Nel Risarcimento del Danno Non Patrimoniale. Dano Biologico, Esistenziale e Morale* (2008), I, Utet Giuridica, pgs 44 e 65

Já de volta ao paradigma nacional, entre nós o dano estético tem sido entendido como a seqüela física permanente que altera a fisionomia, o aspeto físico, do lesado; são malformações estéticas, consequência de lesões sofridas, mesmo que delas não resulte rebato funcional. É este o “prejuízo anátomo-funcional associado às deformidades e aleijões que resistiram ao processo de tratamento e recuperação da vítima e que alteram de forma irreversível a morfologia característica do indivíduo, havendo, portanto, uma lesão do direito à integridade física, que é valorada de forma autónoma do quantum doloris.”¹¹³. O acórdão do STJ (*processo 1263/2006*) enunciou-nos, sem nos parecer taxativo, os principais danos não patrimoniais, o dano existencial, o dano estético, o dano biológico¹¹⁴, o dano de perda de autonomia, o dano de afirmação pessoal, o dano de incapacidade laboral e o dano de poder gozar a sua juventude, que parece encaixar-se pertinentemente nos casos de cirurgia plástica como principais danos não patrimoniais indemnizáveis, ressalvando todavia, que apesar de sobressair neste âmbito o dano estético, ele pode ser valorado como dano patrimonial, no caso de nos reportarmos a pessoas cuja prática da atividade dependa da sua imagem. Contudo, parece-nos pertinente atender ao disposto no art. 496º/1 e 4, conjugado com os arts. 564º e 566º/3, todos eles do CC que referem que o montante de indemnização deve ser fixado de modo equitativo. A Relação de Coimbra (*processo 53/2010*) entende que no dano estético devem ser ponderados critérios objetivos, como o tipo de seqüela ou o seu lugar anatómico e aspetos subjetivos¹¹⁵, como a idade, o género, a profissão ou a repercussão relacional que para o lesado advêm.

Na ausência de uma tabela concreta que caracterize este tipo de dano, recorreremos à Portaria 679/2009, relativa aos lesados por acidentes de viação que contempla, no anexo I, a questão dos danos estéticos a qual, pela sua gravidade, é graduada por pontos correspondendo a valores de indemnizatórios desde os 820 euros até aos 10260 euros. Todavia, poderemos avançar também a hipótese apresentada pelo Despacho 2243-A/2018,

¹¹³ Ribeiro, Joana Carvalho Ferreira. *Quantificação dos Danos Corporais no Pedido de Indemnização Civil* (2014). Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pgs. 44 e 45

¹¹⁴ Foi em Itália que surgiu a figura do dano biológico, como facto lesivo da saúde, após a decisão do Tribunal Constitucional Italiano nº 184. Apesar das muitas dificuldades que passou no que respeita ao ressarcimento dos danos por ele causados, a decisão do Tribunal Constitucional Italiano nº 233, este pode identificar-se como um dano moral subjetivo, que fez com que ele ultrapassasse a dificuldade de encaixar no rígido art. 2059 do CC italiano. Para mais esclarecimentos, vide B Winiger, E Karner, K Oliphant, *Digest of European Tort Law*, Volume 3: *Essential Causes on Misconduct*, Berlin/ Boston (2018), De Gruyter. Pgs. 539 a 541

¹¹⁵ Concil of Europe. Committee of Ministers Resolution (75)7. Esta resolução veio referir de forma expressa a necessidade de indemnização pelos danos (não) patrimoniais, que devem ser reparados em função da sua intensidade e duração, apesar de uma clara tendência para a sua objetividade, afastando as questões socioeconómicas da vítima da sua valoração.

relativo às indemnizações devidas aos feridos, vítimas dos incêndios, o qual apresenta valores tabelares um pouco maiores do que os enunciados anteriormente, mas que poderão ser úteis relativamente à melhor avaliação do dano e da sua graduação, indo desde o grau 1, avaliado em 1000 euros, até ao grau 7, avaliado em 15000 euros.

De todo o modo, é difícil compreender qual será a contabilização exata do dano estético na valoração dos danos não patrimoniais, por estes serem, normalmente, valorados em conjunto¹¹⁶ e não de modo estanque ou individualizado. Mesmo nos casos em que a jurisprudência os valora no âmbito da cirurgia plástica¹¹⁷, atendendo aos valores genéricos calculados, conseguimos deduzir que esses valores indicativos sejam passíveis de serem ultrapassados.

Em jeito conclusivo, há que explicitar que as indemnizações visam, no direito civil, reparar a gravidade dos danos que o paciente sofreu e deve fixar-se o valor da indemnização com equidade, na medida em que cada parte tenha concorrido para a produção de determinado dano, conforme o disposto no art. 496º/3 do CC. Caberá à sensibilidade de cada magistrado avaliar o impacto desses danos e fixar o montante a indemnizar, ressalvando que também na responsabilidade contratual se tem admitido a possibilidade de serem ressarcidos não só os danos patrimoniais, como também os danos morais por ele, certamente sofridos.

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil:

Neste âmbito, será pertinente diferenciar a responsabilidade objetiva ou subjetiva. No primeiro caso, se admitíssemos este tipo de responsabilidade no domínio da medicina, o médico responderia por todos os riscos inerentes à sua prática profissional, isto porque tal responsabilidade se caracteriza por prescindir da culpa, devendo o médico responder por todos os acontecimentos, incluindo os praticados por terceiros ou até pelo próprio lesado¹¹⁸. Por seu turno, a responsabilidade subjetiva¹¹⁹ caracteriza-se por o lesante só responder pelos

¹¹⁶ Como podemos conferir, a título exemplificativo, nos acórdãos do STJ, *processos 09B0037, 220/2001, 3558, 390/2012*.

¹¹⁷ Cf os Acórdãos do STJ (*processos 544/2009 e 1263/2006*).

¹¹⁸ V.g. Relativamente à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (cf art. 9º/2 da Lei 22/2007).

¹¹⁹ Na distinção destes conceitos, ver Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs 30 e 31

danos que emergjam da sua conduta culposa e, a atividade médica caracteriza-se por ser uma conduta naturalmente arriscada, não fazendo sentido que o médico viesse a responder por todos os riscos a ela associados independentemente da culpa na sua concretização.

Poder-se-ia pensar, em último caso, que haveria alguma onerosidade, no caso de ter sido violado um bem jurídico, bem como a violação de disposições contratuais e o paciente ter que se confrontar com a escolha do regime a aplicar ao caso concreto. Os tribunais¹²⁰ têm decidido no sentido de que uma consumirá a outra. Num regime de consumpção, normalmente, a responsabilidade contratual consumirá a extracontratual, por parecer muito mais vantajosa para o paciente. Neste âmbito, Jorge Figueiredo Dias e Sinde Monteiro¹²¹ concretizam que, existindo confronto entre ambas, o lesado deve poder retirar de ambas o que melhor lhe aprouver,¹²² não devendo ser prejudicado pelos aspetos menos favoráveis de qualquer desses regimes.

A verdade é que no direito médico e, em especial, no âmbito cirúrgico, não podemos esquecer que existirão sempre riscos associados. No caso da cirurgia plástica, acresce a necessidade de cuidados pós-operatórios especialmente rigorosos, para que haja sucesso na intervenção, escapando, desse modo, ao controlo do médico. Neste seguimento, devemos admitir que deve haver, *a priori*, consciência dos cuidados por parte de quem a elas se submete, de que os riscos enormíssimos relativamente à sua realização podem transformar a responsabilidade do cirurgião plástico numa responsabilidade puramente objetiva, impondo ao médico o ónus de provar em todas as circunstâncias, porque isso seria extremamente claudicante e até inadmissível, admitindo-se que, neste caso, o próprio comportamento do doente pode constituir uma atenuante, ou mesmo, excludente da sua responsabilidade, pelo que lhe pode ser mais fácil fazer prova de determinada questão¹²³.

¹²⁰ Acórdão do STJ. (*Processo 674/2001*), relativo a um paciente que fez a extração de um dente do siso, tendo-lhe sido administrada dose tripla de anestesia devido às suas queixas, o que o deixou com sequelas permanentes, que resultou na formação de um quisto na boca, resultado da extração do dente. Assim, Bettencourt Faria conclui que existia “um concurso aparente legal ou de normas, “consumindo” o regime da responsabilidade contratual o regime da responsabilidade extracontratual”.

¹²¹ Monteiro, Jorge Sinde e Jorge Figueiredo Dias. *Responsabilidade Médica em Portugal* (1984), Lisboa. Pgs. 24 e 25

¹²² Como resultado da aproximação entre as duas responsabilidades, o Acórdão do STJ (*Processo 1263/2006*) concluiu a relatora no sentido de que “admite-se o cúmulo das duas responsabilidades, podendo o lesado escolher a que mais lhe convém ou aproveitar de cada regime as soluções mais vantajosas para os seus interesses”.

¹²³ A este propósito, todo pensamento explanado por Sousa, Luís Filipe Pires de. *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*. Datavenia, Revista Jurídica Digital, 8 de Junho 2018, Pgs. 22 e 23

Para estarmos perante um caso que suscite uma questão de responsabilidade civil¹²⁴ torna-se necessário a ocorrência de um facto que seja ilícito e que possa ser imputado a determinado sujeito, que este provoque um dano (patrimonial ou não) na esfera jurídica de outrem e que, entre o facto e o dano, haja um nexo causal.

Destricemos um de cada vez.

Vejamos, a presunção de culpa, que o art. 799º do CC advoga, é talvez o entendimento mais importante no ordenamento jurídico português. O facto de se exigir ao médico que prove que atuou diligentemente e, de acordo com a *legis artis* e que não poderia ter agido de outra forma, parece ser o modo menos oneroso de produzir a prova.

Desta feita não parece ser demasiado exigir ao profissional de saúde que o faça no decurso do processo judicial, permitindo uma melhor igualdade de armas entre as partes. Primeiramente, ele tem, efetivamente, uma posição processual mais privilegiada, por ter mais meios de prova que o paciente ou, mesmo que os não tenha, tem mais facilidade de os obter, para além de que muito dificilmente a sua atuação ocorrerá a título doloso, pelo que, na maioria dos casos se mostrará apenas como uma atuação negligente.

A presunção de culpa terá também incidência nos casos em que haja proximidade com a prova (art. 344º/2 do CC), isto porque, muitas das vezes, o comportamento de uma das partes pode fazer com que se dificulte ainda mais a prova dos factos pela outra¹²⁵. Há a assumir que aquilo que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso e não o próprio cumprimento defeituoso¹²⁶.

A culpa deve ser entendida como uma deficiência da vontade do prestador de cuidados médicos, mas também da deficiência da conduta¹²⁷; significa a não repercussão apenas na falta de zelo, mas também a falta de senso, de perícia e de aptidão para a realização daquele procedimento, o que conflua impreterivelmente com o critério do médico médio, evidenciado como o médico diligente.

¹²⁴ Varela, Antunes. *Das obrigações em geral*. II volume, 7ª edição. Coimbra, Almedina, Pgs 526 e 527

¹²⁵ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs. 109 e ss. A autora refere que nos casos de responsabilidade médica pretende-se fazer com que, por exemplo, certos conteúdos do processo clínico desapareçam ou que haja a sua ocultação, levantando ainda questões acerca da exigência do grau de culpa na interpretação do art. do CC, concluindo que bastará a mera culpa para fazer funcionar aquele mecanismo, na medida em que servirá para desagravar a situação da parte que se vê impedida de fazer prova.

¹²⁶ Sousa, Luís Filipe Pires de. *Casos de Responsabilidade Civil, nos Tribunais Comuns, Em Portugal*. Lex Medicinæ, P. 56

¹²⁷ Neste sentido, Ob. Cit. Sousa, Luís Filipe Pires de. *O ónus de prova ...*

Cabe ressaltar o seguinte: continua a ficar na esfera jurídica do lesado a necessidade veemente de provar quer o vínculo contratual (no caso de ele existir), quer a desconformidade na prática contratual. No art. 487º/2 do CC encontra-se postulado o critério para auferir a culpa do médico, devendo ser apurada com referência ao *bonus pater familias*¹²⁸, isto é, um homem normal, prudente e cuidadoso, que se transformará, por força do caso, no critério do médico médio, fazendo questionar, face às circunstâncias do caso e perante a conjuntura atual, os conhecimentos técnicos e científicos da modernidade; qual seria a atuação a esperar daquele profissional com a sua formação e as suas capacidades técnicas¹²⁹. No caso do médico, como vimos, exige-se, na maioria dos casos, que ele apenas reúna os esforços necessários ao tratamento da condição que observa no paciente ou na prevenção que lhe é esperada ter perante os sintomas que lhe são diagnosticados, pelo que, também nestes casos, deve caber ao médico o ónus da prova, justificando-se a onerosidade da prova, caso fosse o paciente a ter de a produzir.

Discutida tem sido também a questão da medicina defensiva¹³⁰, como um fenómeno dos últimos anos, fruto da crescente responsabilização do médico na prática da sua atividade. Isto provém na prescrição de uma panóplia de exames médicos complementares, que têm utilidade duvidosa, os quais, muitas vezes, acabam por ser onerosos para o próprio paciente, não só por poderem vir a ser extremamente invasivos, mas também pela morosidade no diagnóstico da doença. André Pereira¹³¹ reconhece que o ónus da prova, quanto a esta problemática recairá sobre o paciente, devendo este fazer prova de que o médico já teria anteriormente os elementos adequados e necessários à prossecução de um diagnóstico e de que os riscos dos exames complementares foram totalmente desnecessários.

Concretizando o nosso pensamento, no ramo da medicina cuja finalidade é a cirurgia plástica, não devemos apurar o médico médio como qualquer outro. Isto porque o cirurgião plástico é um profissional especialmente habilitado, tem uma perícia e um

¹²⁸ García, Manuel Ángel de las Heras. *Lexis Artis, Onus Probandi y Responsabilidad Médica* (2005), Revista Jurídica nº 36. Também em Espanha se utiliza este critério “no actuar con la misma diligencia com que los hombres que tienen la misma profesión, comunmente actúan.”, P.19 E neste mesmo pensamento também a França e Itália seguem este modelo “(...)comme en France faire preuve de la “diligence d’un bom père de famille”, Ob. Cit. Hubinois, Philippe. *Législations et ...* Pgs 34 e 342

¹²⁹ Flood, M. Collen, Thomas Bryan, Harrison Leigh-Wilson. *Cosmetic Surgery Regulation and Regulation Enforcement in Ontario*. No Canadá, segue-se este mesmo propósito, existindo a necessidade de os profissionais desenvolverem, estabelecerem e manterem os seus padrões de treino, educação, prática e ética, no que respeita à sua profissão. Para além desta preposição, os médicos canadianos têm uma transparência muito grande no que respeita à sua profissão, Pgs. 48 e 68

¹³⁰ Ob. Cit. Pedro, Rute Teixeira *A responsabilidade civil do médico...*, Pgs. 438 e ss

¹³¹ Ob. Cit. Pereira, Dias André. *Direitos dos Pacientes ...*, P. 671

conhecimento acima da média, não sendo razoável avaliar a sua conduta, do mesmo modo que avaliariamos a de um médico generalista. Por este motivo deve ser, na medida da sua adequação e proporcionalidade, feito o cálculo para a avaliação deste critério, parecendo ser justamente mais agravado no caso de um médico especialista¹³².

O facto ilícito produz-se no âmbito da devassa da *legis artis* e esta resulta na violação de normas legais e deontológicas e da boa prática da profissão ou do direito de outrem. Como já referimos, a ilicitude será sempre provada pelo lesado, não havendo lugar à sua presunção: “É necessário demonstrar a existência da falta cometida pelo médico¹³³ e, para isso, tornam-se necessários cinco requisitos: a imperícia, a imprudência, a desatenção, a negligência e a inobservância dos regulamentos”.

Devemos palpar com *ex abundanti cautela*, porque nem todas as atuações médicas não desejadas ou que não terminem da forma idealizada são fruto de uma prática ilícita por parte do médico. Portanto, quando o médico vem praticar um ato desconforme¹³⁴ com a lei da arte médica e apesar de a nossa jurisprudência não ter um entendimento muito esclarecedor¹³⁵ no que respeita à concretização do que é ou não um comportamento desconforme à *legis artis*¹³⁶, consideramos que devemos socorrer-nos do sentido que a CDOM¹³⁷ nos proporcionou. A par do código deontológico, também a Convenção de Oviedo respeitante à Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, no seu art. 4º, dispõe que “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e

¹³² Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes. *Sinopse Esquemática da Responsabilidade Médica em Geral*. Lex Medicinæ (2007), Ano 4 nº 8, P. 91

¹³³ Reprodução de Esperança, Pina. *A.J.A Responsabilidade dos Médicos* (1998), Lidel, 2ª Edição.

¹³⁴ Como foi o caso do Acórdão do TRL (*processo 10328/2006*) no qual uma estudante se submeteu a uma cirurgia com pendor puramente estético, na sequência da qual vem a falecer após uma paragem cardio-respiratória após um erro na administração da anestesia. O tribunal entendeu que houve culpa ilícita pelo facto de estes após a paragem cardio-respiratória não terem procedido a manobras que não seriam tão adequadas no caso, ao invés de procederem imediatamente à entubação orotraqueal.

Todavia, este acórdão foi objeto de recurso para o STJ, onde se absolveram os réus, por não se ter provado que houve violação da *leges artis*, apesar de que o STJ contou com dois votos de vencido ambos no sentido de apontar para uma violação dessa mesma lei da arte.

¹³⁵ Cremos que aqui haverá algum lugar a parcas comunicações entre o direito e a medicina, no sentido em que seria muito mais facilitador utilizar os dois mundos para que se pudesse chegar a um consenso com um rigor técnico e jurídico, facilitador da leitura e da aplicação prática deste conceito.

¹³⁶ “As “*leges artis*”, quando não são escritas, são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de atuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes.”, de acordo com o Acórdão do TCA Sul, (*Processo 8411/12*).

¹³⁷ Apesar de não estar legalmente consagrado podemos retirar do CDOM (cf o art. 9º do CC) o conceito de *leges artis* “o médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício diligente e tecnicamente adequado as regras da arte médica”.

obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”. No fundo resumir-se-ão às regras de conduta, às quais o médico deverá subordinar a sua atividade.

Outro ponto a salientar é o nexo causal nos casos de responsabilidade médica, ou seja, a tentativa de saber se determinado acontecimento foi adequado para produzir um certo resultado. Vera Lúcia Raposo nota que esta questão foi alvo de evolução, pois partiu-se de uma teoria de causalidade natural¹³⁸, para aquela que temos hoje a teoria da causalidade adequada¹³⁹- legalmente postulada no art. 563º do CC, pelo que temos de verificar se aquele dano se teria produzido sem que aquela condição se tivesse verificado e se foi causador ou provocador daquele dano. A autora¹⁴⁰ recorda que nem todos os danos que possam vir a ser sofridos sejam imputados à conduta do médico. Há diversos riscos pelos quais o médico não pode e não deve ser responsabilizado¹⁴¹. Desde logo quando há cumprimento das regras deontológicas, de *guidelines*, e com atuação prudente e diligente; ele não poderá ser responsabilizado aquando do aparecimento de riscos atípicos, ou mesmo quando opta por utilizar um dos procedimentos disponíveis à resolução daquela condição, desde que seja válido ao nível científico e de acordo com a *legis artis*, bem como não poderá ser responsável por casos fortuitos e de força maior.

¹³⁸ A este propósito, a lei francesa manifesta mais interesse no conceito de culpa do que de causalidade. Um ato é tratado com *conditio sine qua non* quando na ausência desse ato, o dano, a perda ou o prejuízo não teria ocorrido. Assim, consideram-se dois tipos de causalidade- a equivalência de condição, em que todos os atos contribuem para o prejuízo e todos eles devem ser tratados como causa e a adequada, em que a única causa do dano reconhecida é a que normalmente causa o dano segundo um juízo de previsibilidade razoável. Já em Itália, um dos maiores problemas levantados à teoria *da conditio sine qua non* prendem-se com os casos em que há evidências científicas controversas, entendendo a doutrina que nestes casos o nexo causal se deve basear mais do que na intuição fundada no senso comum. Por sua vez, em Espanha a *conditio sine qua non* tem sido pouco usada (cf o art. 1092º do CC Espanhol e pela jurisprudência). Sobre o nexo causal decidiu-se que todos os eventos antecedentes ao prejuízo devem ser considerados, mesmo quando remotos.

Já entre nós, são poucos os casos em que esta teoria foi utilizada, com exceção de acórdãos como o do STJ, datado de 1995-10-24 (BMJ), pautando-se a conduta dos nossos tribunais, fundada na probabilidade, adequação, bom senso e atendendo ao propósito da norma violada, que pretende ser protegida. A exposição mais aprofundada destes factos encontra-se em B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmerman. *Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Causes on Natural Causation (2007)* Springer, Wien. New York. Pgs. 25 e ss

¹³⁹ No Acórdão do STA, com o (*Processo 1932/2013*), numa situação em que a paciente sofreu uma cirurgia de foro urológico, onde no decurso da cirurgia lhe foi administrada uma mistura de dióxido de carbono (ao invés de protóxido de azoto) e de oxigénio, o que fez com que entrasse em choque anestésico, vindo mais tarde a falecer, pela indução de dióxido de carbono em quantidades excessivas, recordam que a formulação do art. 563º do CC corresponde aos ensinamentos de Ennecerus-Lehmann, que se pautou por uma formulação negativa, “segundo a natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano”.

¹⁴⁰ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs.49 a 51

¹⁴¹ *Ibidem*.

Podem verificar-se danos que derivaram da própria condição médica do paciente em que, não raras vezes, o perigo já existe, pelo que o profissional de saúde apenas o potencia ou aumenta, tornando-se uma tarefa quase hercúlea na tentativa de apurar a existência deste nexos causal relativo à prática de determinado ato médico.

Tem-se avançado outro critério que se poderá mostrar como igualmente utilitário, na medida em que demonstra que, no caso de o médico ter cumprido o seu dever objetivo de cuidado, o resultado da lesão poderia ter sido diminuído ou até evitado. Aqui o médico poderá vir a provar que o resultado se produziria do mesmo modo, ainda que tivesse aplicado a diligência necessária. Não podemos esquecer, também, que o corpo humano reage de várias formas a tratamentos e a recuperações cirúrgicas, fazendo com que tenhamos de considerar, que a atividade pressupõe riscos senão permanentes, pelo menos, quase permanentes, nos quais nunca se pode deixar de atender à *legis artis*¹⁴². Isto vai de encontro ao que explanámos anteriormente no respeitante à conduta da atividade médica, pelo que ao médico só se exigirá, na generalidade dos casos e, a menos que este se comprometa de modo diverso, ao cumprimento dos deveres de cuidado que lhe estão adstritos, ciente do seu impreterível cumprimento.

Levanta-se, deste modo, a necessidade de reflexão acerca do juízo, tendo em conta o grau de certeza a que se deve aferir ao erro médico a imputação de determinada conduta. Destarte, o nexos causal implicará, de todo o modo, uma necessidade de se adequar. Qual o grau de certeza que poderemos exigir dele?

Isabel de Matos Peixoto Imaginário avança que o nexos de causalidade “implica sempre o exercício de um juízo de prognose objectivo formulado a partir das circunstâncias conhecidas e cognoscíveis a um observador experimentado”¹⁴³.

Neste mesmo sentido avançamos, elucidados de que a existência de um nexos causal não tem de se colocar numa certeza inabalável, mas impõe-se o pensamento de que, tendo em conta um juízo de probabilidade, sejamos levados a acreditar que com elevadas certezas, aquele prejuízo é decorrente de determinada atuação e que, obviamente, não decorra de circunstâncias anómalas e fortuitas, as quais não poderiam ser controladas pelo lesante.

¹⁴² Neste domínio, *1.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina*, Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico caso apresentado pelo juiz desembargador José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho, Pgs 15 e 16

¹⁴³ *Ibidem*, P.20

Todavia, não deixa de ser sobre-humano, em diversas circunstâncias, auferir o grau de probabilidade da existência desse nexos causal e, até mesmo, a sua existência.

Por ser uma atividade muito técnica, exige-se, em consequência, que a sua apreciação seja muito técnica e científica. É através da peritagem que se vai elucidar o juiz acerca dos factos, enunciar a patologia e determinar as normais diligências que, nesse caso, seriam de esperar do profissional de saúde, esclarecendo ainda e quando necessário, os pontos que possam ainda ser objeto de dúvida ou no caso de existir controvérsia a nível científico¹⁴⁴.

Podem suscitar-se algumas questões, como a existência de relatórios periciais contraditórios, nos quais parece entender-se que o juiz deve recorrer a critérios específicos¹⁴⁵ de modo a escolher aquele que considera como mais ponderoso, devendo em *ultima ratio* atender-se à qualidade da perícia. Parece-nos que a maior utilidade desta prática será a da fixação do nexos causal. O autor remete-nos para o conceito de viés retrospectivo, que ocorre quando “ao valorar determinados factos passados, o sujeito não se abstrai das consequências dos mesmos de forma que incorre numa tendência para considerar (...) que tais consequências eram previsíveis desde o início.”, isto no sentido de o pensamento do perito ou mesmo do juiz que tenha conhecimento do resultado, passar a ter uma outra perspectiva no ponto de vista do sujeito, não procurando “reconhecer a influência que este processo teve no seu juízo sobre o acontecido”¹⁴⁶, por vê-lo como inevitável. Consideramos relevante esta questão, porque deve ser minimizado este viés retrospectivo e, como enceta Pires de Sousa, deve ser feita uma valoração *ex ante* e não *post factum*.

¹⁴⁴ Sousa, Luís Filipe Pires de. *Casos de Responsabilidade Civil, nos Tribunais Comuns, Em Portugal*. Lex Medicinæ. Ano 14, nº 27-28, P. 50 e ss

¹⁴⁵ *Ibidem*, o autor avança os seguintes pressupostos: as técnicas e teorias científicas normalmente utilizadas e que são aceites pela comunidade científica internacional, as técnicas utilizadas segundo os padrões e normas de qualidade vigentes e o nível de erro ou a variabilidade e incerteza dos dados obtidos e da técnica utilizada.

¹⁴⁶ *Ibidem*, P. 53

1.3. A questão do nexo causal e da carga probatória e alguns institutos alternativos:

1.3.1. *Res Ipsa Loquitur e Faute Virtuelle*:

Esta teoria pronunciou-se, pela primeira vez com o caso do século XIX de *Byrne vs Boadle*¹⁴⁷, onde se afirmou esta teoria pronunciada como “a coisa fala por si mesma”, tendo por isso origem anglo-saxónica.

Revelam-se necessários dois requisitos essenciais, no caso, a pessoa que causar a injúria estar sob controlo da situação do lesado e o acidente ser de tal forma anormal no natural acontecimento das coisas, que ele nunca aconteceria¹⁴⁸.

Vera Lúcia Raposo caracteriza-a como a aplicação das máximas da experiência da prática médica, presumindo-se a culpa do agente, quando “na sequência da prática médica de um ato médico simples e aparentemente sem risco, o paciente sofre um dano que é de tal modo anormal e desproporcionado que só pode explicar-se partindo do pressuposto que se trata de um erro grosseiro e culposo do médico.”¹⁴⁹. A autora revela que ainda não há consenso quanto aos danos que cabem aqui. Devemos entender que apenas os danos extraordinariamente raros, pois a um dano apenas extraordinariamente grave, não deve ser justificável a aplicação da presunção de culpa neste âmbito, isto porque ele pode não ter agido culposamente neste caso, devendo justificar-se apenas para os casos em que à partida a prática daquele ato médico nunca levaria à produção daquele dano.

Avançam-se três elementos para que esta doutrina possa ser aplicada¹⁵⁰. Em primeiro lugar, o evento não deve acontecer, a não ser que haja negligência por parte de alguém; de seguida, o evento deve ter sido causado no controlo exclusivo do réu e, por fim, o evento não deve ter sido devido a um ato voluntário pelo autor.

Apesar destas considerações, é sabido que a *res ipsa loquitur* não era aplicada a casos de negligência médica, devido especialmente ao primeiro requisito enunciado, especialmente pelo carácter aleatório das intervenções médicas.

¹⁴⁷ Neste caso *Pollock* explicou que um barril de farinha que caíra da janela do segundo andar do réu e ferira o seu cliente, um pedestre que passava, era uma ocorrência explicável por esta teoria.

¹⁴⁸ Duru, Onyekachi Wisdom Cezar. *The Applicability of the Doctrine of Res Ipsa Loquitur Negligent Actions: a Critical Appraisal*. P. 7

¹⁴⁹ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, P. 127

¹⁵⁰ Haag, Kimberly. *Res Ipsa Loquitur: a step along the road to liability without fault* (2003), University of Louisville Brandeis Law Journal.

Tradicionalmente, era o demandante que deveria comprovar a negligência do réu. Este mecanismo levava os jurados a deduzirem atuações negligentes de circunstâncias que circundam a questão.

Nos países da common law, a expansão gradual desta doutrina, deveu-se à dificuldade de prova por parte dos demandantes, por causa do silêncio do médico, da indisponibilidade de médicos para testemunhar contra outro¹⁵¹. Neste sentido, tem-se permitido que questões simples que não necessitem de grande auxílio na compreensão de um comportamento negligente, possam aderir a esta teoria. Esta é uma doutrina que pode ser bastante dura na ótica do médico, especialmente nos regimes de common law¹⁵², pois torna-se difícil pelejar contra a opinião pouco técnica por parte de júris sem muita formação, pelo que acaba por ser bastante benéfica para quem sofreu potencialmente a falta médica. Contudo, levantam-se algumas questões que devem ser analisadas cuidadosamente, como será o caso de os demandantes chegarem com facilidade ao júri, consubstanciando-se numa facilidade de criar empatia em seu benefício; criam confusão, por ser necessário compreender não só o que se leva ao tribunal, mas os factos e as circunstâncias que envolvem a falta médica, encoraja a especulação dos júris; impõe uma responsabilidade muito restrita; aumenta os custos dos cuidados médicos e providencia mais armas jurídicas aos demandantes.

No que concerne à Faute Virtuelle parece apenas diferir na sua origem francesa, mostrando-se muito semelhante à exposta anteriormente, deduzindo a negligência da anormalidade do resultado¹⁵³ e resumindo-se ao dano sofrido pelo paciente o qual não era suposto, pois a intervenção em causa não seria suscetível de comportar aquele dano, presumindo-se, desse modo, que o dano tenha sido produzido com culpa do médico¹⁵⁴.

Uma decisão do Supremo Tribunal Espanhol, expandiu a doutrina do dano desproporcionado (de 23-10-2008, *processo 2008/5789*) e (de 8-7-2009, *processo 2009/4459*) o supremo declarou que “the existence of a disproportioned damage effects the attribution of causation and of culpability (...) the ‘onus probandi’ of causation and fault in

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Luelmo, Andrés Domínguez. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. 2ª edição. Lex Nova, Pgs.114 ss e, no mesmo sentido *Medical Responsibility in Western Europe. Reserch Study of the European Science Foundation*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York, P.185

¹⁵⁴ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, P. 135

the area of medical malpractice liability”¹⁵⁵, mostra claramente que há uma nova visão desta questão como presunção de culpa e de causalidade.

1.3.2. Perda de Chance:

A atividade médica é um mundo incessante de incertezas, quer pela condição médica do doente, quer porque a pessoa, ela própria, é um conjunto de incertezas. Vera Lúcia Raposo admite que a perda de chance permite “imputar objetivamente o facto ao interveniente que tiver diminuído a probabilidade de realização do desfecho almejado”, pelo que o agente é “responsabilizado quando priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar um prejuízo”¹⁵⁶.

Por seu turno, Rute Pedro¹⁵⁷ caracteriza a chance como natural, aleatória, autónoma, atual e séria, o que se justifica por a chance ser séria, assumida por uma natureza neutra, com vista a um desenlace favorável ou desfavorável dos acontecimentos, que deriva, espontaneamente da sua natureza aleatória, isto porque o objeto do ressarcimento nos casos de perda de chance, é a perda da possibilidade de obter um ganho ou pelo menos de evitar um dano. Parece pertinente avançarmos ainda com os pressupostos que a autora enfatiza neste domínio. Desde logo, há que existir um resultado futuro positivo que, pode ou não, consistir na obtenção de uma vantagem ou da não concretização de uma desvantagem; de seguida, a pessoa deverá comparecer numa posição em que pode vir a verificar-se esse mesmo resultado e, por fim, deverá existir um comportamento de um terceiro que seja suscetível de gerar responsabilidade e que possa eliminar a possibilidade desse mesmo resultado poder vir a produzir-se¹⁵⁸, o que significará que não será um dano como tradicionalmente compreendido, mas como perda de um benefício.

Ambas as autoras referem que a perda de chance é um dano autónomo, o que significa, em concreto, que não pode confundir-se com os danos morais suscetíveis de decorrer de um processo de responsabilidade civil médica.

¹⁵⁵ Koch, (ed) Bernhard A. *Medical Liability in Europe. A comparison of selected jurisdictions*. European centre of tort and insurance law. Vol 29, Pgs. 473 ss

¹⁵⁶ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs. 59 e 145

¹⁵⁷ Ob. Cit. Pedro, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico...*, Pgs. 208 e ss

¹⁵⁸ *Ibidem*, Pgs. 189 e ss

Neste âmbito, decidiu o TRL, afirmando que a perda de chance no âmbito da medicina pretende dar resposta “à dificuldade de afirmação do nexos de causalidade entre determinado acto ilícito (porque violador das *legis artis* e da boa prática) e culposos (...) e o resultado nefasto provocado na esfera do doente, ou seja, o agravamento do estado de saúde do recorrente, o sofrimento e os condicionalismos e danos causados por tal estado e pelo atraso no tratamento (...)”¹⁵⁹. A perda de chance parece ser uma espécie de um dano ressarcível, desde que, *a priori* exista a probabilidade de evitar um prejuízo no doente ou de este alcançar um benefício¹⁶⁰, que apenas irá avante se, no caso concreto, existir uma conduta culposa e ilícita por parte do profissional, facilitando, nos casos da existência do nexos causal ser duvidosa ou difícil¹⁶¹. Contudo, Vera Lúcia Raposo indicia-nos para a dificuldade desta questão, por nem sempre ser fácil o apuramento entre a perda da chance ou de um dano concreto¹⁶².

Será através de mecanismos que simplificam a atividade probatória que ela se concretiza, nomeadamente com a inversão do ónus da prova, constante no art. 344º/2 do CC, da apreciação *prima facie*¹⁶³ e da livre apreciação da prova, conforme o art. do 350º do CC e do disposto no art. 566º do CC¹⁶⁴.

Entre nós, e apesar de entendermos que a perda de chance pode ser um mecanismo facilitador e eficaz no auxílio ao paciente, ao sobrepeso que lhe pode causar o ónus da prova, a nossa doutrina não tem sido pacífica, almejando por isso, evidenciar alguns pontos que

¹⁵⁹ Acórdão TRL (*Processo 487/2012*). Acórdão que se refere a extração de uma banda gástrica e à sujeição a uma gastrotectomia vertical, na qual o cirurgião não alertou o paciente da complexidade, da gravidade e riscos da cirurgia, levando ao aparecimento de uma fistula.

¹⁶⁰ O mesmo acórdão refere que “há perda de chance quando se perde um proveito futuro ou não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro. (...) No caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva”.

¹⁶¹ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs. 146 e 147

¹⁶² Thomas, Faunce and McEwan Alexandra, *The High Court's Lost Chance in Medical Negligence*. ANU College of Law Research Paper No. 11-08. Os autores reportam um caso onde se invocou a perda de chance na resolução de um litígio relativo a uma menina de 6 anos que ficou com danos neurológicos permanentes após um diagnóstico errado por parte do médico. Contudo, a lei Australiana requer probabilidades muito elevadas na aplicação deste regime (acima dos 50%), no caso de a produção do dano ser causada negligentemente e haver um autor que contribua para a sua produção. Esta foi uma resolução controversa e o tribunal afirmou que apesar da utilização restrita deste instituto, não excluí, no entanto, uma futura utilização.

¹⁶³ *Ibidem*, P.124. A autora explica a própria *prima facie* como aquela em que os princípios gerais da vida e o normal acontecer das coisas e certos factos só podem ter origem em determinadas causas. Quando funciona a prova *prima facie*, deve ser o lesado que tem que provar os factos iniciais, bem como o dano, presumindo-se a partir daí que será mais provável que aqueles factos materializem uma conduta negligente.

Para mais desenvolvimentos acerca da prova *prima facie* vide Alcalá, Calitxo Díaz- Regañon García. *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica: Hechos y Derecho*. Aranzadi editorial, Pgs. 183 e ss

¹⁶⁴ *Ibidem*, Pgs. 364 e ss

mereçam o seu afastamento. Paulo Mota Pinto¹⁶⁵ posiciona-se de modo a sustentar a ausência jurídico-positivo que suporte a perda de chance por a esta lhe bastar a elevação do risco para que se imponha ao agente uma obrigação de indemnizar, acreditando ser mais facilitador recorrer a mecanismos como a inversão do ónus da prova, da causalidade do dano, do que aceitar a perda de chance como dano autónomo.

Por sua vez, Carneiro da Frada¹⁶⁶ indicia a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Se por um lado, na responsabilidade contratual, o autor entende que a perda de chance deve ser desencadeada no que respeita à vontade das partes; já no âmbito da responsabilidade extracontratual assume que é um caminho sinuoso a percorrer, sustentando a sua posição na falta de capacidade de o n.º 1 do art. 483.º do CC a vir a assumir.

Por fim, enunciamos também a posição adversa de Rui Cardona Ferreira¹⁶⁷ que acredita que “deve assinalar-se que o círculo do dano patrimonial indemnizável é traçado pela comparação ou confronto entre a situação existente e a situação atual hipotética (cf arts. 562.º e 566.º, n.º 2 do CC)”, afirmando que a chance não se encontrará no âmbito da situação hipotética, nem na situação jurídica definitiva. Por outro lado, o autor admite que, a jurisprudência nunca autonomizou o dano da perda de chance, tendo-o integrado no âmbito dos lucros cessantes, pelo que o enquadra não como dano autónomo, mas como “fração ou antecipação de lucros cessantes relativamente incertos”.

Em Itália, a primeira decisão que compensou a perda de chance foi da Corte di Cassazione n.º 6906, transparecendo que o regime italiano tem vindo a permitir a utilização deste mecanismo quer na responsabilidade pré-contratual e contratual, quer no âmbito extracontratual, desde que ao abrigo de uma ponderação de probabilidade da perda dessa chance¹⁶⁸. Nesse mesmo sentido, um caso da Corte di Cassazione n.º 4400 mostrou a circunstância de um paciente que tinha dores abdominais e que foi diagnosticado com um problema urológico. No mesmo dia, rebentou-lhe um aneurisma aórtico, em razão pela qual veio a falecer. O tribunal entendeu que a falta de possibilidade de ele ter tido um diagnóstico

¹⁶⁵ Pinto, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo* (2009), Coimbra. Vol. II, P. 1106

¹⁶⁶ Frada, Manuel Carneiro da. *Direito Civil -Responsabilidade Civil. O método do caso* (2006), Almedina-P.104

¹⁶⁷ Ferreira, Rui Cardona. *A Perda de Chance Revisitada (a propósito do mandatário forense)*. Consultado em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>, Pgs.1312 e 1313

¹⁶⁸ B Winiger, E Karner, K Oliphant, *Digest of European Tort Law*, Volume 3: *Essential Causes on Misconduct*, Berlin/ Boston (2018), De Gruyter. Pgs 1094 e ss.

correto constituiu um ato que lhe foi prejudicial, devendo ser encarado como uma perda de chance¹⁶⁹, integrando-se como dano emergente ou lucro cessante e onde é utilizada hoje especialmente nos casos de responsabilidade médica¹⁷⁰.

Já em Espanha¹⁷¹ a perda de chance tem vindo a ser utilizada nos tribunais como uma alternativa perante dificuldades probatórias no que respeita aonexo de causalidade. O processo 1998/8371, enunciou a sua primeira aplicação num processo de responsabilidade médica, não obstante, a perda de chance não se mostra um mecanismo apetecível, sendo utilizada no sentido de demonstrar a dificuldade que muitas vezes existe na prova do nexocausal e para alertar para a ressarcibilidade de todos os danos causados por determinada lesão.

¹⁶⁹ B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmerman. *Digest of European Tort Law*. Volume 1: *Essential Causes on Natural Causation* (2007), Springer, Wien. New York. Pg. 566

¹⁷⁰ Manso, Duarte. *Responsabilidade Civil Médica nos Cuidados de Saúde Reprodutiva: a Ginecologia-Obstetrícia - Os deveres de informação e documentação profissional* (2014) P. 382

¹⁷¹ B Winiger, E Karner, K Oliphant, *Digest of European Tort Law*, Volume 3: *Essential Causes on Misconduct*, Berlin/ Boston (2018), De Gruyter. Pgs 1099 e ss

Capítulo V

1. A problemática envolvente do Consentimento Informado:

O Código de Nuremberga protagoniza-nos os primórdios do consentimento informado, reconduzindo-se à ênfase dos direitos dos pacientes, com vontade de enraizamento da autodeterminação do paciente em relação aos atos médicos.

Desta feita, quando nos debruçamos acerca de matérias jurídicas no âmbito da responsabilidade médica, falamos (quase) necessariamente do consentimento informado, pela fragilidade da posição do paciente.

A nossa DGS¹⁷² fundamenta a necessidade de consentimento, independentemente de se tratarem de instituições públicas ou privadas, com razões puramente humanas de respeito pela pessoa e sua autonomia, através de um princípio ético e do direito do paciente saber o que, potencialmente, lhe advirá e poder decidir, em consciência e de forma livre, se pretende sujeitar-se a determinado tratamento¹⁷³. André Pereira acomete que “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”¹⁷⁴.

O CP português repugna as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, admitindo-as, apenas, quando estas visam o tratamento de uma enfermidade, casos esses em que não se consideram como agressões à integridade física, desde que sejam reflexo do consentimento esclarecido e de uma intervenção não contrária aos bons costumes (cf arts. 149º e 150º do CP, que estabelecem o verdadeiro direito à autodeterminação e à saúde do paciente) que, são entre nós, constitucionalmente consagrados¹⁷⁵. Através das regras da vida, não devemos admitir que a cirurgia plástica, apesar de ser uma intervenção não necessária, deve imiscuir-se na esfera do art. 150º do CP, por não se mostrar oposta aos bons costumes, caso contrário levaria à nulidade do ato médico, conforme os arts. 80º/1 e 340º/2 do CC, confirmando que,

¹⁷² Tal como o Código Penal, a Lei dos Utentes ou mesmo a Lei de Bases da Saúde.

¹⁷³ Este seu direito culminará na livre revogabilidade do consentimento prestado.

¹⁷⁴ Pereira, André Dias. *O consentimento informado na experiência europeia*. I Congresso Internacional sobre: “Os desafios do Direito face às novas tecnologias”, P. 9

¹⁷⁵ Arts 25º, 26º e 64º, todos eles da CRP.

nessa circunstância, o ato se envolve de ilicitude. A par com as normas do CDOM e, obviamente sem as confundir, o nosso CP, art. 157º, não se poupou à concretização destas matérias, investindo no seguinte: “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”, afastando a proliferação das intervenções arbitrárias.

1.1. Os pressupostos do Consentimento Informado:

O consentimento é fundamental na relação médico-paciente, atuando como legitimação e limite da atuação médica¹⁷⁶ e, tal como outros institutos do direito civil, também o consentimento carece de pressupostos para que possa funcionar em plenas condições, ressaltando as exceções que a lei possa dever-lhe.

Primordialmente, ele deve ser *atual*, no sentido de existir consciência plena no momento em que o tratamento se realiza, apesar de a informação a ele relacionada dever ser prestada com a maior antecedência possível para que o paciente tenha tempo suficiente para se inteirar, refletir e decidir com exatidão acerca do procedimento ao qual se vai submeter. Ele também deverá ser *pessoal*, isto porque deve ser prestado pela pessoa na qual o ato médico será praticado¹⁷⁷. André Pereira reconhece que o paciente tem que ter *capacidade* para consentir, não no sentido de maioridade, mas sim de ter capacidade para discernir, avaliar e compreender, tendo em vista a plena consciência da decisão. Posteriormente, o paciente deve receber a *informação* bastante para, imprescindivelmente, compreender o tratamento que lhe é proposto, antevendo a necessidade de o paciente se poder autodeterminar, sem que a sua decisão padeça de vícios¹⁷⁸. Por fim, podemos assumir que o consentimento também deverá ser *esclarecido*, o que pressupõe que deve ser prestada a informação necessária para que o paciente possa tomar a sua decisão em plena consciência.

¹⁷⁶ Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado...*, P. 147

¹⁷⁷ Excetuar-se-ão os casos que careçam de representante legal.

¹⁷⁸ *Ibidem*, Pgs. 147 a 160 e 129-130

Esta questão é um tanto controversa pelo facto de ser difícil determinar os termos nos quais definimos qual é a informação necessária¹⁷⁹.

1.2. O Consentimento Informado e a importância da informação prestada:

A experiência americana trouxe-nos alguma jurisprudência que pode ser útil à introdução deste ponto. O Juiz Benjamin Cordozo proferiu palavras indispensáveis à adoção da doutrina do consentimento informado, influenciando que “Every Human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his body, and surgeon who performs an operation without patient’s consent commits an assault for which he is liable in damages”¹⁸⁰.

Contudo, a riqueza desta jurisprudência ainda nos trouxe mais dois pensamentos que podemos aqui explicar, desde logo no acórdão *Perry versus Shaw*¹⁸¹, em que a paciente foi retirar excesso de pele. O médico sugeriu também que a paciente fizesse uma mastopexia, contudo ela nunca se mostrou interessada nesse procedimento, pelo que não assinou consentimento para a sua realização. O médico assegurou-lhe que não realizaria o procedimento, apesar de o ter vindo a fazer. O caso concluiu com a opinião do júri numa atuação sem consentimento por parte do médico, tendo contrariado o desejo expresso da Sra. Perry, devendo, por isso, ser responsabilizado pelos danos causados¹⁸². Por fim, o caso *Canterbury versus Spence*¹⁸³ que surgiu no mesmo seguimento ao enfatizar o caso de um paciente que sofria de um problema na coluna e o neurocirurgião realizou uma cirurgia, porém, como consequência desta, aquele ficou paralisado da cintura para baixo, para além

¹⁷⁹ A este propósito veja-se o acórdão do TRL (*processo 1889/2015*).

¹⁸⁰ Foi proferido no caso *Schloendor versus Society of New York Hospital* em 1914. O paciente tinha uma doença no estômago e quando o médico lhe sugeriu uma cirurgia ele declinou prontamente, apesar de ter consentido em fazer um exame sob anestesia, contudo o médico aproveitou o seu estado de sedação e realizou a cirurgia para remover o tumor. Todavia, na sua sequência ela teve complicações e necessitou de amputar alguns dedos.

¹⁸¹ Oill, Carolyn, Greines, Esq, Stein, Martin & LLP, Richland. *Understanding Perry v. Shaw- Making Informed Consent Better*. Pgs 1 e 2. Norwalk County (CA) Superior Court, Case No. SC 039 535.

¹⁸² Shiffman, Melvin A. *Medical Liability Issues in Cosmetic and Plastic Surgery* (2005), 24 Med. & L. 211, P. 220

¹⁸³ LeBlang, Theodore T., King, Jane L. *Tort Liability for Nondisclosure: The Physician’s Legal Obligations to Disclose Patient Illness and Injury*. (1984) 89 Dick.L. Rev. 1. P. 47

de também ter ficado incontinente. O médico não o avisou da possibilidade da intervenção o deixar paralisado para evitar que ele desistisse da cirurgia¹⁸⁴.

Como podemos observar, em todos estes casos houve, sem sombra dúvida, falhas no momento da prestação da informação e do consentimento. Todavia, e apesar de muitas teorias terem sido avançadas¹⁸⁵, parece-nos que Vera Lúcia Raposo sintetiza, de modo muito pertinente, a resposta mais mitigada neste percurso “ O paciente deve ser informado das questões essenciais relativas ao tratamento a que se vai submeter, nomeadamente a explicação da natureza da doença e a sua evolução natural, o diagnóstico, o procedimento a realizar, o objectivo e a natureza do tratamento, os métodos terapêuticos alternativos (...) os resultados esperados e os riscos presentes.”, ressaltando que a possibilidade do ato médico poder não ser bem sucedido é de suma importância¹⁸⁶. É também este o entendimento da DGS que refere, na *norma 4, alínea f)*, haver lugar à informação acerca dos eventuais benefícios, os riscos frequentes e os riscos graves associados ao procedimento e caso existam, bem como dos tratamentos alternativos. Devem, neste propósito, ser informados dos riscos previsíveis ou graves, salvaguardando-se as situações dos casos em que haja riscos sérios e graves, mesmo que raros, em nome do princípio da autodeterminação da pessoa¹⁸⁷.

Galán Cortés¹⁸⁸ assume ainda dois critérios que consideramos ser fundamentais no momento em que a informação é prestada. O *critério subjetivo* que se reporta à situação familiar, profissional e ao nível cultural do paciente e o *critério objetivo*, que encontra expressão na necessidade, perigosidade e urgência da intervenção.

A doutrina maioritária espanhola¹⁸⁹, que vai de encontro àquela pela qual enveredamos, destringe que há maior dever de informação quanto menos necessária for a

¹⁸⁴ Armstrong A.P., Cole A. A. and Page R.E. *Informed consent: are we doing enough?* (1997), *British Journal of Plastic Surgery*, 50, 637-640, P. 639

¹⁸⁵ Para mais desenvolvimentos acerca desta problemática, Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado...*, P. 369 ss

¹⁸⁶ Ob. Cit. Raposo, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico...*, Pgs. 221 a 227. A título de exemplo, o acórdão do STJ (*processo 6669/2011*) onde autora, diagnosticada com um nódulo retovaginal, foi submetida a uma laparotomia, não lhe tendo sido informado que dela poderia decorrer a perda das funções normais da bexiga e do intestino. Entendeu o tribunal, que caso tivesse sido devidamente informada, teria procurado outra opinião ou profissional de saúde.

¹⁸⁷ Os Acórdãos do STJ (*processos 1263/2006 e 7053/2012*) são exemplos claros de intervenções não necessárias que foram avante, sem terem sido autorizadas, culminando na responsabilização do médico, com base na violação do direito à autodeterminação do paciente.

¹⁸⁸ Cortés, Julio César Galán. *Responsabilidad civil Médica* (2005), Thomson, Civitas, Pgs. 313 e ss

¹⁸⁹ *Ibidem*, P. 130. De notar que a doutrina espanhola considera que recairá o ónus da prova sobre o médico, por também eles considerarem que ele estará em melhores condições de que o paciente para o fazer.

intervenção e vice-versa. Na realidade¹⁹⁰, no país vizinho, considera-se a ação do cirurgião plástico como uma obrigação de meios pelo que, neste sentido, justifica-se que a cirurgia puramente embelezadora radica no consentimento informado, incrementando a questão da autonomia do paciente, como direito básico à dignidade da pessoa e da autonomia da sua vontade, admitindo, no entanto, o facto de o paciente ter algum espaço de manobra para poder decidir nestes casos, leva a concluir que o consentimento é pressuposto e elemento integrante da *legis artis*, podendo a sua omissão levar à responsabilização do médico quando se produzam riscos típicos não informados¹⁹¹.

Sem grandes questionamentos, no caso da cirurgia plástica, todas as intervenções padecem de informação adequada e de consentimento por parte do paciente, do dever de informação ser exaustivo, incluindo indicações detalhadas e rigorosas acerca dos riscos atípicos e excecionais¹⁹².

Nestes termos, é despropositado e incompreensível que o consentimento na cirurgia plástica seja tácito ou presumido. Exige-se que o consentimento seja expresso, não apenas oralmente¹⁹³, mas necessariamente por escrito¹⁹⁴. É necessário que o médico tenha

¹⁹⁰ Doménech, Javier Barceló. *Cinco Casos de Responsabilidad Médica Em España em 2014*. Lex Medicinæ, ano 14, n.º27-28 (2017), P. 13. Neste mesmo sentido, Beamonte, José Ramón de Verda y. *Obligación de medios y Obligación de Resultados Em La Cirugía Estética Desde La Perspectiva Del Derecho Español*. O autor considera que a nova orientação jurisprudencial para que a obrigação do cirurgião plástico seja de meios, considerando que caso se considerasse como obrigação de resultado “Otras sentencias no llegaron a encuadrar totalmente la cirugía voluntaria en el arrendamiento de obra”, P. 27

¹⁹¹ Cortés, Galán. *Responsabilidad civil médica*. Thomson. Civitas, P. 228

¹⁹² Neste sentido, o acórdão STS de 22 de Julho de 2003, na qual uma mulher se submeteu a uma mastopexia e na qual o juiz referiu que “ La jurisprudencia exige e impone que para estos supuestos se acrecienta la obligación del facultativo de prestar cumplida información, al revestir deber del médico y derecho del cliente, constituyendo derecho humano fundamental(...) consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida y a la integridade física, por ser derecho que conforma la libertad personal y autonomia decisória que assiste a los seres humanos.”

¹⁹³ No Acórdão do STJ (*processo 7053/2012*), o paciente realizou uma colonoscopia, resultando numa perfuração do cólon, o que o obrigou a submeter-se a diversas intervenções cirúrgicas. O acórdão refere explicitamente que o facto de a paciente ter assinado a autorização escrita do consentimento não pressupõe à partida um vínculo concreto, isto porque “o consentimento, prestado desta forma genérica, não preenche só por si, as condições de consentimento devidamente informado.” Para todos os procedimentos as informações devem ser prestadas e atualizadas e não basta o esclarecimento quanto aos riscos comuns e resultado da condição da paciente era imperativo que a médica tivesse informado que os riscos de perfuração seriam superiores ao normal. O acórdão distingue também a intervenção médica sem consentimento, mas sem quaisquer danos, e a intervenção arbitrária sem êxito que provocou consequências laterais desvantajosas. Na primeira situação o bem jurídico é a liberdade de decisão, pelo que serão ressarcíveis os danos não patrimoniais, e na segunda são a liberdade e a integridade física e a integridade moral, na qual serão indemnizáveis os danos patrimoniais e não patrimoniais.

¹⁹⁴ No caso, um formulário relativo a uma intervenção cirúrgica plástica, imagine-se uma situação em que um paciente quer realizar uma lipoaspiração, deve o formulário escrito indicar que esta é uma técnica que serve para retirar depósitos de gordura acumulada no corpo, bem como o procedimento que será feito com um instrumento metálico inserido através de uma pequena incisão na pele, que vai proceder à sucção dessa gordura localizada. De seguida o formulário deve conter procedimentos alternativos, como por exemplo a prática de

consciência de que, para cada ato que pratique no corpo do paciente, tem de imprescindivelmente obter um esclarecimento eficaz, caso contrário, esta premissa não pode resultar em exclusão da ilicitude. A *norma 3* da DGS afirma que “deve constar a declaração da pessoa sobre o acesso à informação oral e escrita assumindo que lhe foram fornecidas todas as explicações e o tempo de reflexão de que necessitava para a sua aceitação explícita”, o que faz transparecer inverosimilhança, no caso de o consentimento ser apenas prestado por escrito¹⁹⁵.

Por todo o exposto não nos parece, todavia, que o médico esteja obrigado a informar acerca da sua falta de experiência profissional, nem a prestar informações do âmbito do conhecimento comum, a não ser, obviamente, que o paciente as questione, devendo o médico ser pronto no seu esclarecimento. Devemos ressaltar ainda duas questões, os riscos no caso de privilégio terapêutico¹⁹⁶, isto é, quando se sabe que a sua informação pode resultar num perigo para o estado de saúde do paciente, e nos casos em que este não quer obter informação acerca dos riscos e é nesta linha que André Pereira nos alerta para que a renúncia ao direito de consentir é um assunto muito delicado e inadmissível no caso de intervenções não terapêuticas, por estas se pautarem por riscos desconhecidos e sérios¹⁹⁷.

No caso de o médico violar a autonomia do paciente, através de um comportamento inadequado ou por não lhe ter prestado informação suficiente ou por não ter adquirido adquirido o consentimento para a prática daquela intervenção, porque de certa forma, ludibriou o paciente à prática daquele ato, quer porque fisicamente o coagiu, é unânime que

uma alimentação mais saudável e de exercícios físicos, tal como os riscos e a indicação de que decorrente daquela intervenção pode ser necessário proceder a outras, como resultado de complicações com a cirurgia, do mesmo modo, deve prestar informações concretas, relativas à condição pessoal do paciente.

¹⁹⁵ Dantas, Eduardo. *Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente* (2008), Lex Medicinæ. Centro de Direito Biomédico Ano 4, nº 8, P. 18. O autor refere que é “importante destacar que o simples ato de ler e assinar um papel, um documento, não é suficiente para a desoneração do ônus de informar adequadamente”.

¹⁹⁶ O Acórdão do STJ, (*processo: 3925/ 2007*) refere que a informação acerca dos riscos do procedimento deve ser uma boa informação, contudo, é necessário entender que não podemos perder de vista o objetivo fundamental do tratamento e apesar de ser importante informar, devemos ter cuidado com a interpretação, porque pode abrir-se um caminho para ações ilimitadas de ressarcimento e de modo desadequado, devendo avançar-se com uma ponderação dos interesses, ressaltando, que o doente tem direito a ser informado sob égide de poder decidir acerca de algum ato que o médico venha a levar a cabo, rematando que o conteúdo da informação deve ser elástico, entendimento este que aplaudimos e sublinhamos, por se mostrar o mais adequado para o doente, mas também para a medicina. A adequação ao tratamento de uma enfermidade é importante para o seu sucesso, a par com a informação prestada e a obtenção do consentimento.

¹⁹⁷ Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado...*, P. 491. Relativamente ao consentimento hipotético vide Loureiro, João; Pereira, André Dias; Barbosa, Carla. *Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Segurança do Paciente e Consentimento Informado. A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente*, (2016) Vol. 3 Almedina. Pgs 175 e ss

ele deve ser responsabilizado por suprimir a liberdade e a autodeterminação do paciente, especialmente caso se prove que numa situação em que ele estivesse devidamente esclarecido acerca do tratamento, ele não teria consentido naquela prática¹⁹⁸. Já na hipótese de existir consentimento do paciente, André Pereira¹⁹⁹ explana que “se o paciente consentiu (tendo sido previamente devidamente informado) só há lugar a indemnização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte”, parafraseando Guilherme de Oliveira, e assumindo que independentemente da alteração do estado de saúde como uma melhoria, não deve deixar de se entender que houve violação do direito à autodeterminação, devendo ser responsabilizado por esse facto, tese essa que devemos aceitar como indubitável²⁰⁰.

No que respeita ao ónus da prova André Pereira²⁰¹ elucida-nos para a falta de consenso que ainda se faz sentir. Por um lado, alguns autores entendem que deve ser o paciente a provar que não foi devidamente informado e, por isso, não expressou o seu consentimento de forma a poder autodeterminar a sua decisão em submeter-se ou não a determinado tratamento (cf art. 342º/1 do CC); por outro, aqueles que entendem que o consentimento é uma causa de justificação da ilicitude, por o paciente ter sido adequadamente informado, é o pressuposto da sua validade, pelo que pelo nº 2 do art. 342º, a prova caberá ao médico, apoiado ainda pelos critérios da igualdade de armas no processo, pois o médico tem muito mais facilidade em fazer prova, pelos mesmos motivos que viemos a enunciar ao longo de todo este estudo, vertente esta para a qual propendemos.

Todavia, entendemos que há um lato caminho a percorrer. Concordamos que, apesar de existir alguma importância na distinção das obrigações que o médico cirurgião plástico assume na prática da sua profissão, não é, todavia, suficiente para resolver a problemática.

Talvez o caminho que advogamos ser o melhor a seguir não se espelhe nos casos de negligência da prática do ato médico, ou na deficiente aplicação da lei da arte ou da violação dos seus deveres legais e deontológicos, mas sim na falta de informação e prática de atos sem consentimento informado, expresso e de qualidade, pelo que se justifica, em

¹⁹⁸ Godinho, Adriano Marteleto. *Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes*. Lex Medicinæ, Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Vol I, nº 4, P. 27

¹⁹⁹ Ob. Cit. Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado...*, P. 21

²⁰⁰ Ibidem, P. 122

²⁰¹ Ibidem, Pgs. 199 e 200

todas as áreas da medicina, haja na formação dos médicos um treino no que respeita às relações humanas e à interatividade entre ele e o paciente.

Parece-nos ser um não problema a crença de que, no âmbito da cirurgia plástica, o envolvimento do paciente na escolha das intervenções a que se quer submeter é essencial, por se tratarem de intervenções não necessárias e por mexerem, necessariamente, com a sua autoestima. De todo o modo assumimos também a importância basilar de ter um profissional de saúde bem formado e capaz de comunicar de modo adequado com o paciente, elucidando-o acerca da intervenção, da técnica a utilizar, dos riscos e, em bom rigor, da harmonia e das proporções que serão mais adequadas ao tipo corporal, bem como das implicações que podem advir para a saúde do mesmo, e esta é uma falha que o sistema deveria colmatar.

Mas não só! Sentimos também que, para além da importância que tem a transmissão de informação de qualidade e uma decisão livre e esclarecida, muitas vezes fruto do sistema ou dos objetivos pouco humanos e mais económicos, existe ainda um certo desamparo do paciente, perdendo a verdadeira interação humana que se reduz a um bordão fundamental, a confiança plena do paciente no médico, isto não só nas especialidades mais genéricas, como também, no nosso entender, com maior incidência na cirurgia plástica por ser uma cirurgia de carácter não necessário.

O sistema tende para a entropia, pelo que os interesses económicos se vêm sobrepondo aos direitos, aos interesses humanos, à doença e à pessoa. Os direitos são hoje reduzidos a uma *fast medicine*, mais preocupada com os lucros da clínica, das seguradoras e dos médicos, esquecendo-se da velha guarda da medicina através da necessidade de melhorar, tratar e curar.

Neste sentido, e fundamentando esta nossa visão, seguiremos de perto o pensamento de Jaime King e Benjamin Moulton²⁰² que chamam a atenção para a necessidade de humanização da medicina e da relação entre o médico e o paciente, culminando com dois requisitos essenciais, a palavra e a comunicação.

Urge criar um ambiente mais casual, em que o paciente não sinta constrangimentos e receios no momento em que deve expressar ao médico aquilo que deseja, aquilo que sente e aquilo que anseia, porque podem vir a ser informações essenciais à determinação da vontade e da necessidade de determinado tratamento ou, no caso concreto, de alguma

²⁰² King, Jaime Staples and Benjamin Moulton. *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, Pgs. 469 a 479

modificação corporal. Entendemos ser essencial dar permissão ao paciente para questionar, para se intrigar e para compreender. Deve admitir-se maior honestidade por parte do profissional de saúde, com uma necessidade nuclear de criar empatia com o paciente.

A par desta aproximação, será útil que o paciente possa ter conhecimento e consciência da sua condição, das possibilidades que o circundam e do tratamento ou, neste caso, da aparência desejada que é compatível não só esteticamente, mas através da sua anatomia. Os investigadores avançam que esta interação na sua própria enfermidade ou condição traz uma maior satisfação para com o médico, reduzindo o desconforto no que respeita à sua saúde (parece-nos credível que também possa fazê-lo em relação à sua imagem, ou às preocupações que se associam à cirurgia plástica), redução de sintomas como a ansiedade e a sensação de controlo numa circunstância que se desvia da sua zona de conforto.

Essas são evidências clínicas clarificadoras de que o paciente pode melhorar (ou pelo menos reduzir) os sintomas relativos à sua condição, física e psicológica.

Cristalinamente, é certo que o tratamento e as informações prestadas deverão ser conduzidos pelo médico estabelecidos pelos critérios que já anteriormente aceitamos como pertinentes²⁰³, que é o profissional habilitado com conhecimentos acerca da ciência e da profissão.

O que se mostra útil é que o paciente seja verdadeiramente parte integrante no processo que, conseqüentemente, mais informado e mais esclarecido compreenda o seu corpo e o fenómeno com o qual está a lidar, ao qual os autores chamam de “Communication Challenges”, que admitimos ser a maior dificuldade na prática deste sistema.

A verdade é que de todos os benefícios que a comunicação entre médico e paciente pode trazer, traz também agregadas dificuldades práticas que não podemos subverter. Primeiramente, os médicos são apenas treinados cientificamente, existindo uma natural falha no conhecimento da interação e comunicação humana, o que resulta, normalmente, numa forma pouco efetiva de transmissão de informação perceptível e de qualidade. Outro desafio é a tradicional falta de confiança no médico para além daquilo que ele lhe propõe em concreto, isto é, o paciente não questiona o tratamento que o médico lhe sugere, porque não está suficientemente munido de informação acerca de outras possibilidades, outros tratamentos, nem acerca dos riscos que podem advir, muito menos acerca de aspetos técnicos

²⁰³ Quer o critério objetivo, quer o critério subjetivo.

e científicos, por não lhe serem adequadamente expostos, pelo que aceita, cegamente e sem mais, culminando na falta de preocupação do médico em reverter esta situação, por lhe ser mais confortável. Isto conclui, num caos de informação clínica, totalmente despreocupada com a situação pessoal e interna do paciente, não transparecendo a informação de modo adequado, pelo que o consentimento nunca se mostra total e transparentemente autodeterminado²⁰⁴.

A nossa crença infere na importância da comunicação e da palavra que pode levar à construção de uma relação de confiança entre médico e paciente, a qual fará não só com que venham a existir menos ações de responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado, bem como aumentar a facilidade de prova do médico, deixando de existir o perigo da prova única do formulário do consentimento no caso de, ainda assim, ela vir a existir por haver verdadeiro envolvimento das partes em todo o processo.

Findamos nosso estudo com um pensamento diferenciado e reportando-nos à realidade experienciada em Ontário, onde em 2007 se evidenciou o caráter atrasado da regulamentação nos casos de negligência de cirurgiões plásticos²⁰⁵, mediaticamente, através do caso de Krista Stryland que faleceu, na sequência de complicações que surgiram como consequência de uma lipoaspiração realizada por um médico generalista que não tinha qualquer designação cirúrgica. Após esta morte, o CPSO²⁰⁶, implementou reformas para poder supervisionar as clínicas de cirurgia estética privada, baseada na redução de assimetrias da informação entre o médico e o paciente. Passaram a existir inspeções às instalações, que podem servir também como exame quanto às qualificações dos próprios médicos, que devem possuir uma certificação válida, surgiram regulamentações que passaram a evitar o uso enganoso de termos que insinuavam credenciais de especialistas, houve uma mudança obrigatória nos relatórios da prática da atividade médica, que muitas vezes se seguem por entrevistas e sessões de observação e de treino adicional e, por fim, com um sistema de inspeção e de avaliação, exigindo-se, aos profissionais, que

²⁰⁴ A questão da falta de comunicação de qualidade entre médico e paciente e da ausência de uma relação de confiança tem sido avançada por vários investigadores, especialmente pela falta da exploração dos sentimentos e pela despreocupação do médico acerca dos medos e preocupações do paciente naquela intervenção. Neste sentido, vide Mavroforou, Anna; Giannoukas, Athanasios, Emmanuel. *Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery* (2004), 23 Med. & L. 479.

²⁰⁵ Collen M. Flood, Bryan Thomas & Leigh Harrison-Wilson. *Cosmetic Surgery Regulation and Regulation Enforcement in Ontario*, Pgs, 31, 41, 48, 49, 55 e 61

²⁰⁶ Ibidem. P. 41. Após este caso mediático não houve, nos casos de cirurgia plástica regulamentação estadual, mas sim pelas mãos da CPSO.

desenvolvam, estabilizem e mantenham os padrões de treino, de educação, ética e prática da atividade médica²⁰⁷, sendo imprescindível garantir que aquele tenha completado com sucesso o treinamento supervisionado que lhe dá competências para exercer aquela atividade e, essencialmente, para a necessidade de, veemente, promover o consentimento informado, providenciando ao paciente mais informação acerca dos procedimentos, dos seus riscos e benefício

Verifica-se que a litigância médica se pauta pela especial complexidade, pelo caráter dispendioso e demorado, que causam dificuldade na prova, especialmente nos casos de negligência com base na ausência de consentimento informado isto porque, na grande maioria dos casos, os pacientes confiam inteiramente no procedimento indicado pelo médico, independentemente dos riscos adicionais que possam correr, dificultando-lhe provar que outro paciente, nas mesmas circunstâncias e mediante informação adequada, teria optado por um caminho diferente.

Por fim, concordamos com André Pereira²⁰⁸ que enunciou ser desejável que o consentimento não seja uma pura burocracia, mas sim um mecanismo livre e esclarecido e que têm existido, entre nós, avanços na sua organização e proteção deste, do médico e do paciente. Têm existido tentativas no sentido de ensinar os médicos a criar um clima de discussão e de integração do paciente na sua terapêutica, trazendo-lhe consciência acerca dos riscos da intervenção a que se submete e, conseqüentemente da sua própria responsabilização; do mesmo modo que humaniza e melhora as relações entre ambos. Concluimos que ainda há muito a fazer e que a transparência, deve passar não só desta (re)união entre médico-paciente, mas também num plano mais complexo que permita que aconteça relativamente à fiscalização da prática da profissão e das instituições de saúde, tal como tem funcionado no exemplo que enunciámos e que inferimos ter conveniência.

²⁰⁷ Que resulta numa espécie de privilégios, fruto da boa prática médica.

²⁰⁸ Ob. Cit. Loureiro, João; Pereira, Dias André; Barbosa, Carla. *Direito da Saúde...* Pgs. 163 e ss

Conclusão e resultados da investigação

O propósito que nos norteou ao longo da elaboração desta dissertação foi, desde o início, a necessidade de harmonização do sistema de responsabilização do médico cirurgião plástico, sendo necessário um pensamento sobre as várias questões que classicamente a assolam e a tentativa de compreender se haveria propostas de melhoria no sentido de poder proteger melhor a posição do próprio profissional de saúde, mas também de modo a não deixar desamparada a posição do paciente. Concretizaremos, de seguida, as questões que suscitaram mais controvérsia ao longo deste estudo e as quais merecem especial destaque.

Desde logo, a contratualidade da relação médico-paciente, como um contrato socialmente típico e caracterizado por ser uma relação obrigacional complexa, que deve recorrer a regras como as normas de proteção do consumidor, deontológicas, usos, costumes e até o Código Civil. No caso da cirurgia plástica, concluímos que ela se rege pelas mesmas normas, todavia com especial cautela, por ser um trabalho extremamente técnico e minucioso, de caráter não necessário e não fugindo a uma carga de riscos e incertezas, cujo resultado desajustado pode comprometer a vontade das partes.

É neste panorama que se torna popular a dicotomia obrigação de meios-resultado, na qual aceitamos que a maioria da prática da medicina se rege pelas obrigações de meios, por não ser praticável ao médico obter determinado resultado. No caso do cirurgião plástico entendemo-la de modo diverso, pois só se o resultado procurado for alcançado é que valerá a pena, pelo que um resultado absolutamente desajustado ou a sua ausência constituem sinais de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação. Seguimos, então, a doutrina de que o cirurgião plástico assume uma obrigação de resultados ou de quase-resultado, caso queiramos proteger melhor a sua posição, não nos parecendo, no fim das contas, que esta seja a maior problemática no que respeita aos casos de responsabilidade civil relativamente às cirurgias plásticas, especialmente porque aceitamos a inversão do ónus da prova como uma possibilidade de facilitar ao paciente a sua posição em tribunal (cf art. 799º/1 do CC).

Notámos que a atuação médica não é isenta de riscos e que nem todas as práticas médicas insatisfatórias são fruto de um comportamento desconforme à *legis artis*, aos deveres laterais e às regras de conduta, pelo que estas devem ser avaliadas de acordo com o critério do médico médio, que não funcionará, por si só, nos casos de médicos especialistas

(cf art. 487º/2 do CC), por ser mais formado, ter mais capacidades técnicas e científicas, perícia e especialidade, como será o caso do cirurgião plástico, pelo que não seria justo avaliar a sua conduta do mesmo modo. Não obstante, existirão casos em que há realmente má prática médica que leva à responsabilização civil do médico: quer extracontratualmente, apesar de esta não ser tão vantajosa, quer contratualmente que será a mais vantajosa para o paciente e a qual admite, hoje, não só o ressarcimento por danos patrimoniais, mas também pelos não patrimoniais. Estes, no âmbito da cirurgia plástica são fruto de uma atividade cirúrgica que implica riscos não só morais, como também anátomo-funcionais e, claro, estéticos. Entre nós, o dano estético tem sido avaliado sem que exista uma tabela concreta que os avalie, restando-nos utilizar as tabelas relativas à Portaria 679/2009 e ao Despacho 2243-A/2018. Porém, seria útil uma proposta que avaliasse o dano estético de modo a concretizar o tipo de dano, decorrente da má prática médica.

Outro ponto que merecedor da nossa especial atenção foi em relação ao nexos causal. No nosso panorama nacional, seguimos a teoria da causalidade adequada (cf art. 563º do CC), a qual se caracteriza pela existência de um juízo de prognose que exclui situações anómalas ou fortuitas. Todavia, na esfera médica é, muitas das vezes, difícil auferir a sua existência, mesmo com o auxílio de um perito, por esse motivo e apesar de não haver concordância doutrinal, concluímos ser útil, nalguns casos utilizar o instituto da *Res Ipsa Loquitur* e *Faute Virtuelle*, com presunção, mediante determinados critérios de que um ato médico simples aparentemente sem risco, provocou um dano despropositado no paciente entendido apenas por um erro grosseiro do médico; e a Perda de Chance relativa ao ressarcimento de um dano, desde que, *a priori* existisse a probabilidade de evitar um prejuízo ou deste alcançar um benefício; pelo que entendemos que ele deve ser tratado como um dano autónomo, por não poder ser estancado a sua repercussão no âmbito dos danos patrimoniais ou não patrimoniais, e por ela ser uma incerteza, devendo reportar-se à chance em si mesma e não, em concreto, à possibilidade que perdeu.

Em suma, concluímos este nosso estudo, com a crença de que algo poderá ser feito, antes mesmo do caso chegar ao tribunal e salientamos o consentimento informado como uma necessidade vital em qualquer intervenção médica. Compreensivelmente não podemos aceitar que, na cirurgia plástica, o consentimento possa ser tácito ou presumido, devendo o paciente ser informado exhaustivamente, com indicações detalhadas, rigorosas e ser alertado para os riscos atípicos e excepcionais, justificado pelo teor não necessário da intervenção.

É essencial um profissional de saúde formado e preparado para criar abertura para com o paciente para que este possa (num ambiente de total honestidade) compreender, ponderar e questionar não só relativamente à sua esfera como também a posição do profissional de saúde. E é neste domínio que expusemos o sistema adotado em Ontário como exemplo de rigor profissional e de transparência, com parâmetros muito elevados a nível profissional, técnico e científico, exigindo-se uma permanente atualização das técnicas e da própria atividade. Para além destes fatores, existem também inspeções periódicas e caráter publicitário através de um registo público das credencias, das atividades e da competência do médico em determinada especialidade.

A falta de cumprimento do médico na exposição e na recolha de esclarecimento em total liberdade, relativos a qualquer intervenção, é considerada como uma atuação que deve ser ressarcível por estar a subtrair a liberdade e a autodeterminação do paciente.

Apesar de não serem desmerecedores os esforços realizados no sentido de melhorar algumas destas questões, parece-nos que conseguir um sistema mais diáfano do que aquele que vivenciamos protegeria, em grande escala, a posição do médico, mantendo-o o mais possível atualizado e formado, de modo a conseguir evitar os “Communication Challenges” com o paciente, incentivando a que a prática médica seja revestida de cautelas e afastando os maus profissionais (não credenciados ou por nós não reconhecidos em atividade) fazendo com que *a priori* já se eliminem ações de responsabilidade médica e se munam os profissionais de saúde com mais armas a nível processual para a sua isenção do ónus da prova que sobre si recaiam, tornando o sistema mais justo no que respeita quer à posição do médico, à posição do paciente.

Bibliografia

Doutrina:

A.B. Wallace *History and evolution of plastic surgery*. Reader in Plastic Surgery. University of Edinburgh

Abbott, Jason. *Gynecological indications for the use of botulinium toxin in women with chronic pelvic pain*. School of Women's and Children's Health. University of New South Wales

Alcalá, Calitxo Díaz Regañon García. *El Régimen de la Prueba em la Responsabilidad Civil Médica: Hechos y Derecho* (1996) Aranzadi. Editorial

Almeida, Moitinho de. *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro* (1972) Scientia Iuridica, XXI

Armstrong A.P., Cole A. A. and Page R.E. *Informed consent: are we doing enough?* (1997) British Journal of Plastic Surgery, 50

A short history of plastic surgery. N.C. Hughes. Royal Victoria Hospital (1968-69)

Beamonte, José Ramón de Verda y. *Obligación de medios y obligación de resultados em la cirugía estética desde la perspectiva del derecho español*. (2017) Lex Medicinæ, Año 14. N° 27-28

Bilancetti, Mauri e Bilancetti, Francisco. *La responsabilità penale e civile del medico* (2010) Settima Edizione Cedam

Bishop, W.J. *The Early History of surgery*. Barnes & Noble books New York

B Winiger, E Karner, K Oliphant, *Digest of European Tort Law, Volume 3: Essential Causes on Misconduct*, Berlin/ Boston (2018) De Gruyter.

B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmerman. *Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Causes on Natural Causation* (2007) Springer, Wien. New York

Calvo, Eugenio Laborda. *Baremos en valoración del daño corporal*. Revista Portuguesa de dano corporal. (2006) N° 16. Año XV

Caputo, Alice. *La nuova responsabilità penale del medico tra i mutevoli perimetri della rilevanza penale per colpa e le sfide all'alleanza terapeutica medico-paziente. Il caso italiano*

Carvalho, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. (2012) Coimbra Editora

Cendon, Paolo. *La Prova E Il Quantum Nel Risarcimento del Danno Non Patrimoniale. Dano Biologico, Esistenziale e Morale*. (2008), I, Utet Giuridica

Collela, Roberta. *A Imagem da Mulher nas Revistas de Moda: O caso da Vogue*

Collen M. Flood, Bryan Thomas & Leigh, Harrison-Wilson. *Cosmetic Surgery Regulation and Regulation Enforcement in Ontario*

Cortés, Galán. *Responsabilidad civil médica* (2005). Thomson, Civitas

Dantas, Eduardo. *Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente*. (2008) *Lex Medicinae*. Centro de Direito Biomédico Ano 4, nº 8

Doménech, Javier Barceló. *Cinco Casos de Responsabilidad Médica Em España em 2014*. *Lex Medicinae*, ano 14, nº27-28 (2017)

Duru, Onyekachi Wisdom Ceazar. *The Applicability of the Doctrine of Res Ipsa Loquitur Negligent Actions: a Critical Appraisal*

Dušková, Markéta et al. *Introduction to the surgery*, Univerzita Karlova v praze lékařská faculta Klinika plastické chirurgie 3. LF a FN KV (2009)

Enciclopédia Verbo. Luso-Brasileira de Cultura. Edição Século XXI. Editorial Verbo Lisboa/São Paulo

Esperança, Pina A.J.A *Responsabilidade dos Médicos*, (1998) Lidel, 2ª Edição

Ferreira, Rui Cardona. *A Perda de Chance Revisitada (a propósito do mandatário forense)*.

Fiolhais, Carlos. (2014) *Revista Portuguesa de Cirurgia. II Série. Nº 29*

Flood, M. Collen, Thomas Bryan, Harrison Leigh-Wilson. *Cosmetic Surgery Regulation and Regulation Enforcement in Ontario*.

Frada, Manuel Carneiro da. *Direito Civil -Responsabilidade Civil. O método do caso* (2006). Almedina

García, Manuel Ángel de las Heras. *Lexis Artis, Onus Probandi y Responsabilidad Médica* (2005). Revista Jurídica nº 36.

Gralheiro, Carlos João. *Do ato médico de empreitada*. Resumo revisto e atualizado de um percurso já feito. Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico. (2015) Ano 12-nº23-24

Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira. Volume XIII. Página Editora

Godinho, Adriano Marteleto. *Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes*. Lex Medicinæ, Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Vol I, nº 4

Haag, Kimberly. *Res Ipsa Loquitur: a step along the road to liability without fault*. (2003) University of Louisville Brandeis Law Journal.

Hubinois Philippe. *Législations et Indemenisations de la Complication Médicale en France et Europe*” (2006) Bruylant.

King, Jaime Staples and Benjamin Moulton. *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*

Knutsen, Erik S. *The medical malpractice landscape in Ontario: facts, trends and analysis of trials and appeals*. *The Advocates'* (2007) Quarterly, Volume 47, number 2

Koch, (ed) Bernhard A. *Medical Liability in Europe. A comparison of selected jurisdictions*. European centre of tort and insurance law. Vol 29

LeBlang, Theodore T., King, Jane L. *Tort Liability for Nondisclosure: The Physician's Legal Obligations to Disclose Patient Illness and Injury*. (1984) 89 Dick.L. Rev. 1

Leitão, Luís Menezes, *Direito das Obrigações* (2010) vol. III, contratos em especial, 7.^a edição, Coimbra, Almedina

Loureiro, João; Pereira, André Dias; Barbosa, Carla. *Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Segurança do Paciente e Consentimento Informado. A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente* (2016) Vol. 3 Almedina.

Luelmo, Andrés Domínguez. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. 2.^a edição. Lex Nova

Manso, Duarte. *Responsabilidade Civil Médica nos Cuidados de Saúde Reprodutiva: a Ginecologia-Obstetrícia - Os deveres de informação e documentação profissional* (2014)

Matos, Filipe Albuquerque, *Traços Distintivos e sinais de Contacto Entre s Regimes de Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual*, Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico (2015) Ano 12-nº23-24

Mayer, Dan, Cambridge University Press. *Essential Evidence-Based Medicine*

Mavroforou, Anna; Giannoukas, Athanasios; Michalodimitrakis, Emmanuel. *Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery* (2004).23 Med. & L. 479

Medical Responsibility in Western Europe. Reserch Study of the European Science Foundation. Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York

Montani, Alberto. *Il consenso Informato nella chirurgia Estetica*. (2013-2014)
Universita' Degli Studi Di Pisa

Monteiro, António Pinto, *Direito dos Contratos*, Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, Centro de Direito do Consumo.

Monteiro, Jorge Sinde e Dias, Jorge Figueiredo. *Responsabilidade Médica em
Portugal* (1984).

Oill, Carolyn, Greines, Esq, Stein, Martin & LLP, Richland. *Understanding Perry v.
Shaw- Making Informed Consent Better*

Oliveira, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, (dissertação de mestrado), *O
erro médico nas instituições públicas de saúde*. Porto (2013). Escola de Direito da
Universidade Católica do Portuguesa

Pedro, Rute Teixeira- *A Responsabilidade Civil do Médico- Reflexões sobre a noção
da perda de chance e a tutela do doente lesado*

Penneau, Jean. *La responsabilité du médecin. Connaissance du droit*. (1996) Dalloz

Pereira, Dias André, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (2012)

Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente*.
Coimbra Editora

Pereira, André Dias. *O consentimento informado na experiência europeia*. I
Congresso Internacional sobre: “Os desafios do Direito face às novas tecnologias”

Pereira, André Dias. *O consentimento para Intervenções Médicas Prestado em
Formulários: Uma proposta para o seu Controlo Jurídico*, in Boletim da Faculdade de
Direito

Pereira, André Dias. *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares-alguns
casos da jurisprudência*. Lex Medicinæ. Ano 4, nº 7

Perret, Louis. *Analyse Critique de la Jurisprudence Récente en Matière de
Responsabilité Médicale et Hospitalière - Critique de la Théorie des Obligations de Moyen
et des Obligations de Résultat*, (1972) 3 Rev. Gen. 58

Pinto, Carlos Alberto Mota e Monteiro, António Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*
(2005), 4ª Edição, Coimbra Editora.

Pinto, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*.
(2009). Coimbra. Vol. II

Raposo, Vera Lúcia *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional* (2015)
Almedina

Reineking, H. *The Legal Responsibilities of the Surgeon*, (1914) 7 Law. & Banker & S. Bench & B. Rev. 250

Ribeiro, Joana Carvalho Ferreira. *Quantificação dos Danos Corporais no Pedido de Indemnização Civil* (2014)

Ribeiro, Ricardo Lucas. *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*. (2010)
Coimbra Editora

Riggs, Lauren E.: *The Globalization of cosmetic surgery: examining BRIC and Beyond*. The university of San Francisco (2012) Master's Thesis

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes. *Sinopse Esquemática da Responsabilidade Médica em Geral*. Lex Medicinæ (2007) Ano 4 nº 8

Rodriguez, Manuel Martínez-Pereda. *La cirugía estética y su responsabilidad*.
Editorial Comares

Sawh, Rajendra, Martinez MD and Patel, Ash. *History of plastic surgery*, MBChB, FACS. Chapter 3

Sepúlveda, Darío. *Los Daños Corporales y su Valoración, una mirada desde el derecho español*. (2011) Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 2. Nº 2

Shiffman, Melvin A. *Medical Liability Issues in Cosmetic and Plastic Surgery* (2005) 24 Med. & L. 211

Sousa, Andreia Filipa Paiva. *O impacto psicossocial da intervenção estética*. (2015) Outubro (Dissertação de Mestrado de Psicologia, FPCEUP)

Sousa, Luís Filipe Pires de. *Casos de Responsabilidade Civil, nos Tribunais Comuns, Em Portugal*. Lex Medicinæ

Sousa, Luís Filipe Pires de. Datavenia. *O ónus de prova na responsabilidade civil médica* Revista Jurídica Digital. 8 de Junho de 2018

Sousa, Rabindranath Capelo de. *O direito Geral de Personalidade*. (2011) Coimbra Editora.

Taipale, Vappu. *Mental Health and Quality of Mental Health Care* (2001) 20, Med. & L.531

The History and Evolution of Plastic Surgery (Res Medica- Journal of the Royal Medical Society), A.B. Wallace - University of Edinburgh

Thomas, Faunce and McEwan Alexandra, *The High Court's Lost Chance in Medical Negligence*. ANU College of Law Research Paper No. 11-08

Varela, Antunes. *Das Obrigações em Geral* (2000) Vol. I. 10ª Edição. Almedina

Varela, Antunes. *Das obrigações em geral*. (1997) II volume, 7ª edição. Almedina

Vasconcelos, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos* (2009), 2ª edição. Coimbra. Almedina

1.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina, Lex Medicinæ, Centro de Direito Biomédico caso apresentado pelo juiz desembargador José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho

Bibliografia Digital:

- Academic Search Ultimate em [www. http://web.a.ebscohost.com](http://web.a.ebscohost.com);
- American Society of Plastic Surgeons em <https://www.plasticsurgery.org/>;
- Datajuris em <https://www.datajuris.pt/>;
- DGSI- Bases Jurídico- Documentais em www.dgsi.pt;
- Estudo Geral da Universidade de Coimbra em <https://estudogeral.sib.uc.pt/>;

- Google Books em <https://books.google.pt/>;

- Heinonline em <https://heinonline.org/>;

- Lexis Nexis Academic em <https://www.lexisnexis.com/>;

- Portal da Ordem dos Médicos em <https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2019/06/Regimento-CPRE-2019.05.09.pdf>

- Portal da Ordem dos Advogados: <https://portal.oa.pt/upl/%7Babf960a0-9079-4ea6-8655-fd8dc58f9e9c%7D.pdf> e <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>;

- Revista Juridica Datavenia <https://www.datavenia.pt/>;

- Science Direct em <https://www.sciencedirect.com/>;

- Social Science Network Research em <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>

Diplomas Legais:

- Código Civil Italiano;

- Código Civil Português;

- Constituição da República Portuguesa;

- Código Deontológico da Ordem dos Médicos;

- Código Penal;

- Código de Nuremberga;

- Convenção de Oviedo;

- Despacho 2243-A/2018 de 5 de Março;

- Lei 22/2007 de 29 de Junho;

- Lei 36/98 de 24 de Julho;
- Lei 49/2018 de 14 de Agosto;
- Lei 101/99 de 26 de Julho;
- Portaria 679/2009 de 25 de Junho

Jurisprudência:

Americana:

- Caso *Canterbury versus Spence*;
- Caso *Perry versus Shaw*;
- Caso *Schloendor versus Society of New York Hospital*;

Canadiana:

- Caso de *Krista Stryland*

Espanhola:

Supremo Tribunal Espanhol:

- Processo número: *1998/8371*, de 1998-10-10;
- Processo número: *2008/5789*, de 2008-10-23;
- Processo número: *2009/4459*, de 2009-07-08

Italiana:

Corte di Cassazione:

- Processo número: 12253/1997;
- Processo número: 6906, de 1983-11-19

Corte Costituzionale:

- Processo número: 184, de 1986-07-14;
- Processo número: 233, de 2003-07-11

Tribunal de Bari:

- Processo número: 1780 de 2011-05-23

Portuguesa:

Supremo Tribunal Administrativo:

- Processo número: 1932/2013, de 2015-03-25

Supremo Tribunal de Justiça:

- Processo número: 08A183, de 2008-03-04;
- Processo número: 117/2000, de 2012-11-15;

- Processo número: 1263/2006, de 2015-06-02;
- Processo número: 209/2006, de 2011-12-15;
- Processo número 544/2009, de 2009-12-17;
- Processo número: 674/2001, de 2011-09-22;
- Processo número: 3784/ 2015, de 2019-02-21;
- Processo número 3925/ 2007, de 2014-10-09;
- Processo número: 6669/2011, de 2017-03-07;
- Processo número: 7053/2012, de 2018-03-22

Tribunal Central Administrativo Sul:

- Processo número: 8411/12, de 2016-05-05

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Processo número: 53/2010, de 2013-12-10

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Processo número: 10328/2006, de 2007-04-24;
- Processo número: 1447/2012, de 2017-04-26;
- Processo número: 1889/2015, de 2018-02-06;
- Processo número: 3784/2015, de 2018-06-12;
- Processo número: 487/2012, de 2018-07-05

Tribunal da Relação do Porto:

- Processo número: 3233/2005, de 2013-03-05