Universidades Lusíada

Pessoa, João Jorge do Nascimento Cabral

Obrigações de atividade (ou meios) e obrigações de resultado na responsabilidade civil médica

http://hdl.handle.net/11067/2273

Metadados

Data de Publicação 2016-04-28

Resumo As obrigações de meios e as obrigações de resultado são conceitos que dominam divergências na doutrina jurídica. É necessária uma análise profunda á natureza destas obrigações, especialmente quanto aos contratos civis de prestação de serviços médicos. A relação contratual existente entre médico e paciente comporta por parte do médico uma obrigação contratual, que, em caso de não cumprimento, será o médico alvo de responsabilidade contratual. A natureza destas obrigações será, sem dúvida, a for...

Palavras Chave Médicos - Responsabilidade profissional - Portugal, Responsabilidade (Direito) - Portugal, Direito e legislação da medicina - Portugal

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T04:22:48Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Obrigações de atividade (ou meios) e obrigações de resultado na responsabilidade civil médica

Realizado por:
João Jorge do Nascimento Cabral Pessoa
Orientado por:
Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientador:	Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Arguente:	Prof.ª Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Dissertação aprovada em: 28 de Julho de 2015

Lisboa

2015

Universidade Lusíada de Lisboa

Obrigações de atividade (ou meios) e obrigações de resultado na responsabilidade civil médica

João Jorge do Nascimento Cabral Pessoa

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Lisboa, 2015

Universidade Lusíada de Lisboa

Obrigações de atividade (ou meios) e obrigações de resultado na responsabilidade civil médica

João Jorge do Nascimento Cabral Pessoa

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor José Alberto González

Mestrado em Ciências Jurídico – Civilísticas

Lisboa, 2015

Agradecimentos

Agradeço ao Professor Doutor José Alberto González por ter aceitado orientar a minha tese sobre esta matéria das obrigações de meios e obrigações de resultado. Sempre me apoiou e incentivou a escrever sobre este tema, desde o trabalho sobre o contrato de prestação de serviços médico que apresentei e elaborei na sua cadeira de Mestrado de Direito Civil Avançado. As suas orientações e opiniões foram preciosas e essenciais para a elaboração desta Dissertação e por isso lhe agradeço profundamente.

Agradeço também á Universidade Lusíada de Lisboa que me formou juridicamente e academicamente e onde fiz quer a minha licenciatura e faço atualmente o mestrado, que será sempre a minha "casa".

Agradeço ainda a todos os meus professores das cadeiras de mestrado pois todos eles me ensinaram conceitos, métodos e formas de elaboração da tese, que me ajudaram na elaboração deste texto na exposição mais coerente e abrangente do tema.

Um agradecimento especial á minha mãe Carla Nascimento por me ter permitido fazer aquilo de que gosto, por ter sempre batalhado para que eu me formasse cada vez melhor quer academicamente, quer como pessoa.

Agradecimento á minha família, em especial á minha avó Elisabete Cabral Pessoa e á minha tia Belisa Cabral Pessoa por me terem sempre apoiado e contribuído para a minha formação académica e pessoal.

Ainda agradecer ao meu amigo João Roque, aluno da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Nova de Lisboa, que contribuiu para este trabalho ao ajudar-me e esclarecer-me com elementos de ciências que não me dizem tanto como o Direito.

Agradecer também á Ana Nascimento, ao Nuno, ao Mateus e restantes amigos que tiveram comigo neste percurso tão importante do ponto de vista académico.

Por último, e igualmente importante agradeço á Jessica Mckay, minha namorada, que com extraordinária paciência e carinho me ajudou nesta minha etapa académica.

A todos, muito obrigado!

Índice

1. Introdução – **Pág. 9**

2. Relação jurídica entre médico e paciente. O contrato médico – **Pág. 11**

2.1 A relação jurídica entre médico e paciente (Introdução) – **Pág. 11**

2.2 Surgimento da ideia de um contrato entre médico e paciente – **Pág. 13**

2.3 Contrato médico – conteúdo, classificação e características – **Pág.14**

2.4 Obrigações emergentes do contrato entre médico e paciente – **Pág. 17**

2.4.1 Conteúdo da obrigação do médico (deveres do médico) – **Pág. 17**

2.4.2 Os deveres do paciente – **Pág. 20**

3. A querela doutrinária das obrigações de meios e obrigações de resultado – **Pág. 21**

3.1 Responsabilidade contratual – noções preliminares – **Pág. 21**

3.2 Noção, origem e definição de obrigações de meios e obrigações de resultado – **Pág. 22**

3.3 Obrigações de meios e obrigações de resultado no ordenamento Jurídico Português – **Pág.23**

3.3.1 Posições críticas acerca das obrigações de meios e obrigações de resultado – **Pág. 24**

3.3.2 Posições favoráveis á diferenciação entre obrigações de meios e obrigações de resultado – **Pág. 25**

3.4 Críticas á relevância da distinção de obrigações de meios e obrigações de resultado em matéria da impossibilidade superveniente da prestação – **Pág. 29**

3.5 Posições quanto á relevância das obrigações de meios e obrigações de resultado quanto ao ónus da prova da culpa do artigo 799º, nº1 do Código Civil **- Pág. 31**

3.5.1 Posições favoráveis á inversão do ónus da prova da culpa do artigo 799º, nº1 do Código Civil – **Pág. 32**

3.5.2 Posições favoráveis a aplicar a presunção de culpa do artigo 799º, nº1 do Código Civil – **Pág. 35**

4. Natureza das obrigações de meios e das obrigações de resultado – cumprimento da obrigação – **Pág. 39**

4.1 Serão todas as obrigações de resultado? Ou de meios? – **Pág. 39**

4.2 Obrigação de meios e de resultado como elementos do cumprimento da obrigação. De obrigações de meios para obrigações de atividade – **Pág. 41**

4.3 O comportamento devido no cumprimento da obrigação de atividade e no cumprimento da obrigação de resultado – **Pág. 43**

4.4 Efeitos da diligência do devedor ligado a uma atividade e ligado a um resultado – **Pág. 48**

4.5 Prova da culpa nas obrigações de atividade e nas obrigações de resultado – **Pág. 52**

5. Apuramento do tipo da obrigação: se a obrigação é de atividade ou se a obrigação é de resultado – **Pág. 62**

5.1 Obrigações de atividade e obrigações de resultado na prestação médica – critérios de distinção – **Pág. 62**

5.2 Autonomia da Vontade e cláusulas limitativas de Responsabilidade Civil – **Pág. 67**

5.2.1 Cláusulas de transformação de obrigações de atividade em obrigações de resultado, e de transformação de obrigações de resultado em obrigações de atividade – **Pág. 67**

5.2.2 Cláusulas de garantia no contrato médico – **Pág. 71**

6. Conclusões – **Pág. 75**

Bibliografia – **Pág. 78**

Resumo

As obrigações de meios e as obrigações de resultado são conceitos que dominam divergências na doutrina jurídica. É necessária uma análise profunda á natureza destas obrigações, especialmente quanto aos contratos civis de prestação de serviços médicos.

A relação contratual existente entre médico e paciente comporta por parte do médico uma obrigação contratual, que, em caso de não cumprimento, será o médico alvo de responsabilidade contratual.

A natureza destas obrigações será, sem dúvida, a forma de aferir o cumprimento da obrigação, que no caso das obrigações de meios se mede pela atividade do médico e nas obrigações de resultado mede-se pelo resultado que o comportamento do devedor se obriga a causar.

Teremos assim obrigações de atividade (em vez de meios) e obrigações de resultado que terão profundo impacto em matéria de cumprimento da obrigação.

Assim teremos de avaliar os efeitos concretos da natureza destas obrigações na atividade médica.

O método utilizado será o método jurídico, isto é, iremos analisar a lei aplicável em Portugal, os estudos jurídicos elaborados por vários autores sobre a matéria e ainda a sua aplicação prática de forma a escrutinar melhor o tema destas obrigações na responsabilidade médica.

Abstract

The obligations of means and obligations of result are concepts that dominate divergences in legal doctrine. An in-depth analysis is needed to the nature of these obligations, especially regarding civil contracts for the provision of medical services.

The existing contractual relationship between doctor and patient acts on the part of the doctor a contractual obligation, which, in case of non-compliance, will be the subject of contractual liability medical.

The nature of these obligations is undoubtedly the way to evaluate the compliance with the obligation, in which case the obligations of means is measured by the activity of the doctor and the obligations of result is measured by the result that the behavior of the debtor is obliged to cause.

We have thus obligations of activity (instead of means) and obligations of result that will have profound impact on compliance with the obligation. So we will have to assess the concrete effects of the nature of these obligations in medical activity.

The method used shall be the legal method; this means that, we will examine the law applicable in Portugal, the legal studies prepared by various authors on this subject and its practical application in order to scrutinize the theme on these obligations in medical liability.

Palavras-chave

-Obrigação de meios

-Obrigação de resultado

-Obrigação de atividade

-Responsabilidade civil médica

-Arte médica

-Cumprimento da obrigação médica

-Prova na responsabilidade médica

Lista de abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Cf. - Confira

CRP – Constituição da República Portuguesa

Pág. – Página

Págs. – Páginas

Ob. cit. – Obra citada

Ob. ult. cit. – Última obra citada

Segs. – Seguintes

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Vol. – Volume

1. Introdução

Nos dias de hoje há na nossa sociedade um ”frenesim de informação” e uma evolução rápida em questões estruturantes da vida e do bem-estar comum.

Hoje em dia todos nós temos o “privilégio” de viver numa época em que temos acesso a muita informação facilmente e de ter certas “mordomias” que facilitam em muito a nossa vida e aumentam o nosso bem-estar.

Exemplo dessa rápida evolução é a ciência médica, que no século XX e neste início do século XXI, nos tem apresentado grandes maravilhas e progressos, o que faz com que vivamos mais tempo e em melhores condições.

A Medicina era uma ciência “fechada e santificada” no início do século XX, os médicos eram vistos como milagrosos ou com poderes perto do divino, havia pouca informação das populações dos vários procedimentos que podiam melhorar o seu bem-estar.

Em meados do século passado tudo mudou, a ciência médica evoluiu de tal maneira, com descobertas como o Genoma, penicilina, o desenvolvimento de medicamentos e o encontrar de curas para as doenças que durante séculos mataram homens e mulheres.

Neste século XXI pensamos que a cura de uma simples gripe, procedimento tão simples e “corriqueiro” nos dias de hoje, não era assim tão simples há um século atrás e que essa gripe chegava a ser mortal, não como hoje que, de certa forma, temos como certos esses procedimentos e essas facilidades.

Assim a atividade médica, vista como “divina” em que só os médicos sabiam os sintomas e curas, virou algo que podemos compreender e analisar aos olhos de uma ciência e que mesmo os “não médicos” podem ter informação sobre esses assuntos.

Nos dias de hoje, a maioria dos cidadãos, ao sentirem alguma maleita vão mais facilmente procurar a informação á internet (ignorando se a informação é verdadeira ou não), do que se dirigem ao seu centro de saúde.

Com esta evolução da arte médica tem forçosamente também a ciência jurídica de acompanhar este fenómeno que hoje em dia é tão escrutinado e analisado, deixando para trás os tempos em que o médico era visto como divino, o que ocorreu até aqui.

A importância da construção de Demogue acerca das obrigações de meios e obrigações de resultado é hoje questão imprescindível para a responsabilidade civil médica, pois com a evolução da Medicina, já há procedimentos médicos em que o grau de erro é tão minúsculo que já se entende que o médico está sujeito a uma obrigação de resultado, indo contra a tradicional ideia de que o médico estava sujeito a uma obrigação de meios.

É imprescindível que analisemos a relação do paciente e do médico, assim como a própria questão da responsabilidade civil médica para percebermos o porquê de alguns procedimentos serem hoje vistos como obrigações em que o devedor promete um resultado concreto e noutras isso ainda não acontece.

A própria questão das obrigações de meios e obrigações de resultado sempre foi controversa na doutrina portuguesa (bem como com autores de outros países como França, Itália, Alemanha, Espanha) e teremos de analisar aprofundadamente a natureza destas obrigações e os seus efeitos na responsabilidade civil e mais concretamente na responsabilidade civil médica.

Como é óbvio iremos usar o método da ciência jurídica de forma a podermos aprofundar e evoluir esta temática que tem sido alvo de tanta controvérsia pelos autores. [1]

[1] Galvão Telles diz que "o jurista de começar por conhecer os textos legais, não se dispensando de um primeiro esforço de exegese. Tem, depois, de relacioná-los, para alcançar deles uma visão de conjunto e apossar-se do espírito que o domina e com isso faz a dogmática. Tem depois de descer á terra e olhar para os concretos interesses vitais e nessa medida recorre á jurisprudência dos interesses. Mas isto tudo não é suficiente. Tem de fazer usos do seu senso crítico, verificando se as normas positivas estão de acordo com as aspirações do povo, satisfazem as solicitações sociológicas, são efectivamente respeitadas ou há entre elas e a realidade um desajuste que denuncia o seu desacerto e se são conformes com a idiossincrasia nacional", *Introdução ao Direito*, Volume II, pág. 257/258, 1ª edição, Coimbra, 2000; Ver, ainda, acerca do método jurídico José de Oliveira Ascensão, *O Direito*; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*; Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, págs. 359 e segs.; Germano Marques da Silva, *Introdução ao Direito*, pág. 259 e segs.

2. Relação jurídica entre médico e paciente. O contrato médico

2.1 Relação jurídica entre médico e paciente (Introdução)

A relação jurídica entre médico e o seu paciente é há muito tempo discutida e estudada, por juristas, devido á sua natureza complexa. O regime jurídico desta relação entre médico e paciente foi sempre um regime dúbio quando aplicado em concreto e sempre suscitou divergências entre a jurisprudência e grande parte da doutrina. Aliás essas divergências colocam muitas vezes obstáculos á realização da "justiça material" ao caso em concreto, fazendo com que haja decisões injustas e nada pacificas quando se trata á aplicação do Direito.

Para além da natural complexidade desta natureza jurídica vamos ainda ter maiores dificuldades a especificar qual o regime jurídico aplicável devido á diferenciação, no nosso ordenamento jurídico, entre a responsabilidade na relação jurídica entre o paciente com unidades privadas de saúde (clínicas privadas, médicos que estejam ao exercício da Medicina como profissão liberal) e a responsabilidade na relação jurídica entre o paciente e unidades públicas de saúde, ou seja, hospitais pertencentes á rede do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Quanto á natureza da relação jurídica entre o hospital público e o particular (utente) é entendimento de Freitas do Amaral[2] que estamos perante uma relação de serviço público e, portanto, estes atos médicos vão assumir a natureza de atos de gestão pública por estarem em causa atos praticados no exercício de poderes públicos que tem em vista a realização do interesse público.

Já para Figueiredo Dias e Sinde Monteiro[3] há uma figura contratual nesta relação entre o serviço público e o particular (utente) com base nas figuras do contrato de adesão ou relações contratuais de facto, sendo que em caso de erro do médico do SNS, este prejuízo daria origem a responsabilidade contratual do hospital público por atos dos auxiliares no cumprimento (artigo 800º do CC).

A nossa posição, assim como a maioritária da doutrina e da jurisprudência, é de considerar aplicável a posição de Freitas do Amaral devido á própria natureza do SNS ser uma natureza de serviço público constitucionalmente adotado (artigo 64º, nº 2, alínea b da CRP). Realmente

[2] Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Natureza da responsabilidade civil por atos médico praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in Direito da Saúde e bioética, pág. 123 e segs., 1991, Lisboa

[3] Cf. Jorge de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, *Responsabilidade médica em Portugal*, in Boletim do Ministério da Justiça, Janeiro de 1984, nº332, pág. 47 e segs.

este artigo 64º da CRP é uma norma que determina as políticas de saúde que o Estado português terá de prosseguir.[4]

Sendo também este SNS "geral e tendencialmente gratuito" (art.64, nº1 CRP), a natureza dos atos praticados por médicos em hospitais públicos será em prossecução de um interesse público constitucionalmente protegido, daí esta adoção pela maioria da doutrina e jurisprudência pela tese de Freitas do Amaral.

Assim sendo o regime aplicável às relações entre instituições públicas de saúde e os utentes do SNS vai ser o regime da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro, acerca do regime da responsabilidade extracontratual do Estado e pessoas colectivas de Direito Público.

Logo em caso de culpa leve do médico vai ser o Estado a responder "exclusivamente" pelo dano de acordo com o artigo 7º, nº1 da Lei nº67/2007. Importa dizer que esta responsabilidade do Estado é obviamente extracontratual.

Nos casos em que haja do médico uma ação cometida " com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferior aquele que se encontrava obrigado", vai o médico responder no âmbito da responsabilidade civil extracontratual (artigo 8º, nº1 da Lei Nº67/2007). Neste caso a responsabilidade do hospital é solidária (artigo 8º, nº2 do mesmo diploma) e terá, posteriormente, direito de regresso caso já haja pago a indemnização (art.8º, nº3 da mesma lei).

Logo é ao Direito Administrativo que cabe a resolução do litígio entre o utente e o hospital público enquanto, com as instituições privadas de saúde essa resolução não passará pelo âmbito administrativo. Vamos ao encontro dos ensinamentos de Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha[5] em concluir que é ao Direito Administrativo que cabe regular a coordenação entre a multiplicidade de entidades que desempenham tarefas de serviço público.

Verificamos assim que há uma diferença material enorme entre a prática da medicina nas instituições públicas e privadas, sendo que, nas privadas vai ser o contrato a principal fonte da obrigação do médico e neste vamos delimitar melhor a responsabilidade e objeto da relação médico-paciente em concreto.

Vamos ver em seguida a natureza jurídica da relação entre médico e paciente no âmbito privado, ou seja, quando haja um contrato celebrado com instituições privadas de saúde (clínicas) e médicos individuais que estejam no exercício da Medicina como profissão liberal.

---

[4] Como dizem Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha (Cf.) em *Direito da Saúde*, pág. 32, 2014, Universidade Católica Editora, Lisboa

[5] Maria João Estorninho…,ob. cit., pág. 67

2.2 Surgimento da ideia de um contrato entre médico e paciente

Nos dias de hoje é entendimento quase unânime que as relações que ligam o médico ao paciente têm, nas relações privadas, natureza contratual. Contudo esta questão nem sempre foi tão pacífica como é hoje em dia.

Como ensina Ferreira de Almeida[6] nem sempre foi este o entendimento sufragado. No século XIX era entendido que a responsabilidade médica seria extracontratual, isto porque, se entendia que a vida e saúde humana eram bens que não podiam, em caso algum, ser objeto de um contrato. A atividade do médico era até á pouco tempo (pouco antes do inicio do século XX) uma atividade muito próxima de divina, ou seja, as pessoas em geral viam o médico não aquele que tem conhecimentos científicos para prestar certa atividade mas aquele que tem conhecimentos divinos para fazer com que o paciente melhore. O médico estaria assim vinculado na sua atividade á lei e a alguns deveres deontológicos.

Contudo no século XX todo esse paradigma foi alterado, não só pela grande evolução da ciência médica como, também, por se começar a entender que a relação jurídica entre médico e paciente era, na verdade, um contrato.

Concordando com este entendimento foi a sentença do Cour de Cassation francês, a 20 de Maio de 1936, que nos veio dizer que na relação entre médico e paciente haveria um verdadeiro contrato.[7] Foi uma decisão única que fez com que, ao concluir a figura de contrato, a atividade médica, seria "desmistificada" e, segundo André Pereira, passamos de "um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito".[8] Isto fez com que se visse o médico apenas como mais um contraente, acabando com a perspetiva de ato divino á volta da sua atividade.

Assim entende-se que a atividade médica é regulada por um contrato, ou seja é um negócio jurídico bilateral (artigo 405º do CC).

Do art.405º do CC resulta o princípio da liberdade contratual que irá comportar duas componentes essenciais: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.[9] Como ensina José González "a primeira significa que os particulares são livres de contratar, adotando modelos legais (contratos típicos) ou arquétipos não previstos na lei (contratos atípicos) "[10]; e

---

[6] Cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Os contratos de prestação de serviços médicos*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pág. 75 e segs.
[7] Cf. André Dias Pereira, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito Civil*, pag.31, Coimbra Editora, 2004
[8] André Dias Pereira, ob. cit., pág. 32
[9] Cf. José Alberto González, *Código Civil Anotado – Volume II*, 2012, Quid Juris, pág. 22
[10] Ob. ult. Cit., pág. 22

a segunda que "as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos e introduzir-lhes as cláusulas que lhes aprouver".[11] [12]

Sendo a fonte jurídica do ato médico o contrato vamos perceber em que tipo iremos enquadrar esta relação.

2.3 O contrato médico – conteúdo, classificação e características

A relação contratual paciente e médico tem como conteúdo a prática de um ou mais médicos realizados por médico a uma pessoa (paciente) de diagnóstico, prevenção e execução do tratamento adequado.[13] Deste entendimento é Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha que concluem que "no caso do contrato médico o resultado do trabalho em causa traduz-se na prática de atos médicos com vista á prevenção, diagnóstico ou tratamento da pessoa do doente e não ao resultado último da cura ou restabelecimento do seu estado de saúde".[14]

Também desta opinião é Pedro Romano Martinez[15] que define o objeto da prestação de serviços médicos como " a tutela da pessoa do paciente".

Logo o ato médico deve conservar as qualidades previstas no art. 31º do CDOM, que exige a " prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano."

Quanto á classificação pacífico é o entendimento que nos diz que a natureza do contrato médico é um contrato de prestação de serviços, ao que o médico se compromete a prestar serviços médicos e o outro contraente se obriga a pagar os honorários acordados.[16]

O contrato de prestação de serviços é regulado pelo Código Civil no artigo 1154º sendo " aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar á outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição". Este é certamente o contrato mais ajustado para enquadrar a prática dos atos médicos num tipo de contrato legal. O contrato de prestação de serviços é definido, no art. 1154 do CC como "aquele em que uma das partes se obriga a

---

[11] Ob. ult. Cit. pág. 22

[12] Sobre o artigo 405º do CC ver Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil Anotado - volume I*, pág. 355, 4ªedição Revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987

[13] Sobre a definição ver Vera Lúcio Raposo, *Do ato médico ao problema jurídico*,2013, pág. 13 e segs., Almedina, 2013

[14] Maria João Estorninho…, ob. cit. pág. 186

[15] Cf. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, in *Estudos de Homenagem ao professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Volume II*, pag.464, Janeiro de 2011, Almedina

[16] Cf. Maria Estorninho…, ob. cit., pág. 185)

proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição".

Quanto ao tipo de contrato de prestação de serviços, a lei define os tipos legais de prestação de serviços, no artigo 1155º do CC, sendo eles o contrato de mandato, o contrato de depósito e o contrato de empreitada. O contrato de prestação de serviços médicos não parece configurar nenhum destes tipos legais previstos no art.1155º do CC, contudo é a própria lei que no artigo seguinte põe a hipótese de haver contratos de prestação de serviços que não configurem os tipos do 1155º. De facto no artigo 1156º do CC vem a lei dizer que há contratos de prestação de serviços que não estão no 1155º e que estes seguirão o regime geral do mandato. Quando á aplicação do artigo 1156º do CC, Antunes Varela e Pires de Lima ensinam que para os serviços prestados pelas profissões liberais ficam em princípio esses serviços sujeitos ao regime do mandato.[17]

Neste entendimento vai José Gonzalez na anotação deste artigo 1156º do CC ao explicar que "o contrato de mandato constitui o arquétipo da prestação de serviços. O seu regime serve para regular a generalidade dos contratos que, cabendo no modelo do 1154º, não estejam especificamente previstos na lei".[18]

Neste caso os prestadores de serviços não estão subordinados, em regra, a instruções ou indicações daqueles que deles beneficia[19] e estarão, isso sim, submetidos às regras de técnicas (*legis* artis) a que obedece o exercício dessa função. Estão os médicos vinculados primeiros às suas regras técnicas como nota Antunes Varela e Pires de Lima.[20]

Apesar de seguir o regime geral do mandato este não é um contrato de prestação de serviços que está diretamente tipificado na lei. Logo entendemos que este vai ser um contrato de prestação de serviços atípico.

Pedro Pais de Vasconcelos reconhece que ao abrigo da liberdade contratual prevista no art.405º do CC o legislador vem dar a liberdade de, " dentro dos limites da lei", serem as partes a celebrar "contratos completamente diferentes dos tipos legais, contratos que correspondem a modificações dos tipos legais por inserção de cláusulas adicionais e contratos em que sejam reunidos ou misturados vários tipos".[21] É o próprio autor que vai distinguir os

---

[17] Cf. Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil Anotado – Volume II*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1997, pág. 785

[18] José Alberto González, *Código Civil Anotado – Volume III Contratos em especial*, Quid Juris, 2014,pág. 345

[19] Cf. José Alberto González, ob. ult. cit., pag.345

[20] Antunes Varela e Pires de Lima, ob. ult. cit., pág. 785

[21] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, Pág. 211

contratos atípicos em puros e mistos[22] sendo os primeiros contratos completamente diferentes dos tipos legais e os segundos são modificações ou misturas de tipos legais de contrato já existentes.[23] Como nota o autor em Portugal a maioria já foi tipificada por lei sendo que a maioria dos contratos atípicos no nosso Ordenamento Jurídico apenas é atípico legalmente, mas socialmente e na prática são típicos.[24]

Ferreira de Almeida adota esta ideia, dizendo que realmente este contrato médico é socialmente típico devido á existência de uma prática e assumida do vinculo jurídico entre médico e paciente.[25]

Logo o entendimento dos autores quando aplicados ao contrato de prestação de serviços médicos é o de este ser um contrato de prestação de serviços atípico que segue o regime geral do mandato.[26]

Há ainda, segundo Carlos Ferreira de Almeida quem entenda que nos contratos em que o objeto é a colocação de próteses ou análises laboratoriais se esteja perante um contrato de empreitada pois estes exames parecem envolver o médico numa certa "obra".[27]

Não nos parece ser este o entendimento preferível na matéria pois, estando a colocação de próteses e as análises clinicas nos atos classificáveis como atos médicos, não nos parece correto classificar certos atos médicos como "obras", até porque o objeto do contrato de prestação de serviços médicos são pessoas, não coisas. Estes atos médicos, com uma natureza mais provável, terão de ser apreciados, logicamente, de forma diferente de outros atos cuja natureza seja a própria atividade. Contudo iremos aprofundar essa questão no momento oportuno.

Para além de ser um tipo social de contrato o contrato médico não carece de forma específica vigorando assim a liberdade de forma presente no 219º do CC. Verificamos que as consultas médicas são normalmente marcadas por telefone.

Quanto á prestação pode ser gratuita ou onerosa, podendo até as partes fixar, depois de realizada a prestação médica, a contraprestação do paciente.[28] Contudo este contrato pode-se presumir oneroso de acordo com o 1158º, nº1 do CC pois o médico praticará esses atos como profissão.

---

[22] Cf. Ob. ult. Cit. Pág. 211 e segs.
[23] Cf. Ob.ult.Cit. Pág. 212
[24] Cf. Ob. ult. cit. pág. 213
[25] Carlos Ferreira de Almeida, ob.cit.
[26] Sobre este entendimento ver Rute Teixeira Pedro, A *Responsabilidade Civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 70 e segs.; e ver também Pedro Romano Martinez, ob.cit., pag.463
[27] Cf. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pag.88
[28] Cf. Pedro Romano Martinez, ob. cit. pág. 464

Será ainda um contrato *intuitu personae,* isto é, a relação que se estabelece é entre o médico e o paciente, não podendo o médico delegar em terceiros a obrigação que assumiu perante o doente do seu tratamento. Podem intervir terceiros na realização das atividades instrumentais sob a orientação do médico que é parte na relação contratual, como entende Maria Estorninho e Tiago Macieirinha.[29] Temos assim uma relação de confiança entre médico e paciente, em que este deixa o médico aplicar os seus conhecimentos e saberes no seu benefício.

2.4 Obrigações emergentes do contrato entre médico e paciente

2.4.1 O conteúdo da obrigação do médico (deveres do médico)

Como é normal, emergentes do contrato vão resultar obrigações quer para o médico quer para o paciente. Como já vimos quanto ao conteúdo dos contratos, é a prática de atos médicos que são realizados em prossecução do benefício da saúde e melhor qualidade de vida do paciente.

Estes atos médicos vão ter que cumprir os requisitos presentes nas leis de atuação médica, isto é, vão ter de seguir uma *legis artis (*as regras técnicas já referidas quanto á extensão do contrato de mandato á prestação de serviços médica). Vão ter de ser, portanto, cumpridas as regras da técnica e arte médica, isto é claro, de acordo com "o estado da arte da ciência médica".[30]

Isto que dizer que, como é óbvio, o médico terá logo á partida o dever de se atualizar das práticas médicas aceites na altura da sua atuação, não podendo alegar que desconhece certa evolução técnica na ciência médica quando ela está totalmente aceite na *legis artis* médica. Por exemplo, nos anos 50 era costume os médicos receitarem a pessoas nervosas tabaco, como forma de os fazer acalmar. Contudo testes posteriores provaram que o tabaco era prejudicial para a saúde, aumentando a probabilidade de cancro nos pulmões. A ciência médica evoluiu muito desde essa altura e seria, hoje em dia, impensável que um médico receitasse tabaco para acalmar a ansiedade do paciente. Este parece um exemplo extremo, mas podemos ver outros mais recentes, por exemplo, na questão das análises ao sangue (onde na maioria dos exames a margem de erro é ínfima).

O médico tem que atualizar os seus conhecimentos de acordo com a evolução das regras técnicas da medicina, de forma a proporcionar um serviço de maior qualidade e de maior confiança ao paciente. Vamos falar mais para a frente neste problema de atualização e cumprimento da *legis artis* ao falarmos da responsabilidade civil do médico.

---

[29] Cf. Maria Estorninho…, ob. cit., pág. 190
[30] Maria Estorninho e Tiago Macieirinha, ob. cit., pág. 200

Continuando nos deveres do médico, Maria Estorninho e Tiago Macieirinha consideram que a obrigação típica é a obrigação de tratamento.[31] Dizem estes autores que são elementos da obrigação de tratamento a Anamnese, a Observação, o Diagnóstico, a Indicação e a Terapêutica.[32]

Estes elementos têm de estar de acordo com a *legis artis* não podendo o médico afastar-se destes, tendo a obrigação de tratamento, segundo os autores, uma natureza de obrigação de meios ou noutros casos natureza de obrigação de resultado.[33]

Para estes autores são Obrigações acessórias a Segurança do equipamento ("o médico ou a unidade de prestação de serviços de saúde estão obrigados a garantir a segurança e o bom funcionamento dos equipamentos, instrumentos ou materiais que utilizem na realização da prestação"[34]), a informação e segredo médico (" O médico está vinculado á obrigação de informar o doente sobre o seu estado de saúde e a guardar segredo para a generalidade das relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde"[35]) e a Documentação da observação clinica do paciente (" O médico tem ainda o dever de registar por escrito o resultado da sua observação clínica – processo clínico – e o dever de o conservar, acordo com as normas do segredo médico"[36]).

Já Romano Martinez diferencia (como Ribeiro Faria) deveres específicos do médico e deveres gerais de proteção.

---

[31] Cf. ob. ult. cit. pág. 200

[32] "Assim, consideram-se elementos da obrigação de tratamento:

a)Anamnese, que consiste na apreensão da história clínica do paciente através de um diálogo entre o médico e o paciente ou, se for caso disso, o seu representante legal;

b) Observação, eventualmente através da utilização de aparelhos médicos, no sentido de captar a situação física e mental do paciente, de forma a poder realizar o diagnóstico;

c) Diagnóstico que consiste em subsumir os sintomas detetados e os resultados obtidos a uma determinada doença ou quadro clínico;

d) Indicação, que consiste na verificação se uma determinada terapêutica é adequada ao paciente em face do diagnóstico realizado;

e) Terapêutica, que compreende a definição e aplicação das medidas terapêuticas adequadas"; Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, Ob. ult. cit., pág. 200/201

[33] Cf. ob. ult. cit. pág. 202 e segs

[34] ob. ult. cit. pág. 205

[35] ob. ult. cit. pág. 206

[36] ob. ult. cit. pág. 206

Os deveres específicos não carecem de forma especial, podem resultar de contrato, mas também há deveres específicos que não emanam de um contrato, mas de uma promessa pública (459º do CC) ou de gestão de negócios (arts. 464º e segs. do CC).[37]

Caso não haja uma obrigação decorrente de um contrato, um negócio unilateral por parte do médico ou este esteja a atuar em gestão de negócios entende-se que mesmo assim haverá deveres gerais de proteção a proteger o paciente, e em caso de responsabilidade civil teremos de aplicar as regras da responsabilidade extracontratual.

Para este autor a diferença vai ser no caso do ónus da prova sobre o erro médico. Se o médico violasse deveres gerais de proteção caberia ao lesado provar a culpa do médico (art.487, nº 1 do CC), já se fossem violados deveres específicos era ao médico que caberia afastar a culpa (art.799º, nº 1 do CC).[38]

Precisamente fala José Alberto González acerca de deveres genéricos aos quais a ordem pública e a boa-fé vinculam determinadas pessoas e que não se sustentam numa relação jurídica (ou mais amplamente *prima facie duties* como defende o autor).[39] Defende assim o autor que "a intensidade e o conteúdo de tal dever devem modular-se e preencher-se em função das circunstâncias do caso, atendendo, em especial, às suas particularidades mas, sobretudo, á condição das pessoas. O empenho exigível a um médico para salvaguarda da vida alheia (mesmo que não se trate de um paciente seu) não é comparável àquele que se pode pretender de um cidadão comum; este fará o que lhe for possível, na medida em que isso esteja ao seu alcance. Ou, mesmo dentro da categoria dos profissionais de saúde, não se equipara o comportamento requerido a um médico daquele que se impõe a um enfermeiro"[40]

Assim esta atuação e deveres vão variar conforme a boa-fé (objetiva), os bons costumes e a ordem pública interna.[41]

O médico estará assim sujeito a deveres de ordem pública em determinados casos, até pelo juramento que este presta[42], que pode ser entendido como missão pública, adotamos por isso sem reservas a afirmação de José González de que o empenho exigível a um médico na assistência a uma pessoa que cai inconsciente na rua é totalmente diferente de uma pessoa e cidadão comum, leigo em medicina, precisamente porque se entende que o médico tem uma

---

[37]Cf. Pedro Romano Martinez, ob. cit. pág. 465

[38]Cf. ob. ult. cit. pág. 468

[39] Cf. José Alberto González, *Testamento Vital e procuração de cuidados de saúde*, Quid Juris, 2013, págs. 24/25

[40] José González, ob. ult. cit., pág. 29/30

[41] Cf. Ob. ult. cit. pág. 30/31

[42] Ver acerca do juramento médico e segredo médico a obra de Maria do Céu Rueff, *O segredo médico como garantia de não discriminação – estudo de caso HIV/SIDA*, Coimbra Editora, 2009

obrigação moral de prestar assistência imediata, mesmo que não haja contrato a vinculá-lo a uma obrigação.

Assim vamos também entender que existem determinados deveres a que o médico estará sujeito devido á posição de responsabilidade e confiança que tem, pelo juramento que presta, e pelo "espírito de missão" que é necessário para praticar a atividade médica.

2.4.2 Os deveres do paciente

A atuação do paciente será, em muitos casos, determinante para a sua recuperação e para o sucesso dos meios e técnicas aplicadas pelo profissional médico.

Assim logo o primeiro dever do paciente é o dever de colaboração, isto é, "acatar orientações do médico quanto ao cumprimento da prescrição do médico e ao abandono das práticas nocivas de saúde".[43]

Como é óbvio o paciente terá de cumprir as recomendações e exigências do médico, como por exemplo, tomar determinado medicamento duas vezes ao dia durante um mês ou, por exemplo, parar de fumar quando o paciente se queixa que tem dificuldades de respiração.

Outro dever do paciente será o dever de informar o profissional médico acerca da sua história clinica e dos seus sintomas para que este tenha uma maior precisão na análise do problema e a solução mais adequada ao paciente. Tem assim o paciente de informar, por exemplo, de determinadas alergias que tenha (como á penicilina), para que a atuação do médico não ponha em risco a vida e estado de saúde do paciente. Este dever de informar e o dever de colaborar serão, assim, fundamentais para que o médico cumpra o seu dever com uma maior acuidade e para que a qualidade do tratamento seja maior.

Também tem o paciente, obviamente, o dever de pagar os honorários acordados com o médico de forma a cumprir o contrato.

[43] Maria Estorninho…, ob. cit., pág. 206

3. A querela doutrinária das obrigações de meios e obrigações de resultado

3.1 Responsabilidade contratual – noções preliminares

No nosso ordenamento jurídico há três regimes de responsabilidade civil: a pré-contratual, a contratual e a extracontratual. [44]

Verificámos, atrás, que a fonte jurídica geral entre um médico e um paciente é o contrato. É certo que há situações como, por exemplo, se a pessoa estiver em situação de urgência, inconsciente, e não conseguir dar o seu consentimento, estaremos numa situação em gestão de negócios (art.464º CC) do médico já que este assume tratar a pessoa sem que essa tenha dado o seu consentimento. [45]

A responsabilidade contratual vai resultar " da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico" [46].

Em contraposição a responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, "deriva da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos atos que, embora lícitos, produzem dano a outrem"[47].

Como nota Romano Martinez, " as duas modalidades de responsabilidade civil delimitam-se mal, pois em vez de constituírem compartimentos estanques, encontram-se intimamente interligadas"[48].

O autor verifica que as diferenças mais relevantes de regime destas duas modalidades são três:

"-Na responsabilidade contratual a culpa do devedor é presumida, de acordo com o art. 799º nº1 do CC, enquanto na responsabilidade extracontratual é ao lesado que cabe provar a culpa de quem o lesou, de acordo com o art.487º do CC.

-Se houver pluralidade de responsáveis na responsabilidade contratual vale o regime da conjunção (art.513º do CC, enquanto na extracontratual vale o regime da solidariedade (art.497º do CC).

-Os prazos de prescrição nas duas modalidades são diferentes, sendo de vinte anos na contratual (art.309º do CC) e de três anos na extracontratual (art.498º do CC)"[49]

---

[44] Cf. José Alberto González, *Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Quid Juris,2009, pág. 20
[45] Ver Pedro Romano Martinez, ob. cit. pág. 465;e Maria Estorninho…, ob. cit., pág. 187
[46] Mário Júlio Almeida e Costa, *Direito das Obrigações*, 9º edição Revista e Aumentada, Almedina, 2006, pág. 493
[47] Mário Júlio Almeida e Costa, ob. ult. cit. págs. 493/494
[48] Pedro Romano Martinez, ob. cit., pág. 460
[49] Pedro Romano Martinez, ob. ult. cit.pag.460

Assim, fora estes casos, os regimes e pressupostos serão idênticos entre as duas modalidades, sendo em regra o regime da responsabilidade contratual o mais favorável, não só devido á regra da culpa presumida do art.799º do CC como do facto de o direito de prescrição ser de vinte anos em detrimento dos três anos da extracontratual.

Assim sendo, vamos assumir que a responsabilidade regra do médico e paciente será a modalidade de responsabilidade contratual, precisamente porque a fonte da relação jurídica entre médico e paciente (no âmbito civil) é em regra o contrato.

Quanto ao concurso dos regimes contratual e extracontratual no caso da responsabilidade médica é entendimento dominante que em caso de concurso entre as duas responsabilidades (contratual e extracontratual) pode o paciente lesado escolher aquela que mais lhe aprouver. Exemplo disso é o acórdão do STJ de 7/10/2010 que refere que:

"I. A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual.

II. Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra.

III. A tutela contratual é, em regra, a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC) "[50]

Notamos que o lesado pode escolher qual o regime que lhe é mais favorável, sendo que, em princípio, como já vimos, o regime da responsabilidade contratual será o mais favorável ao lesado.

3.2 Noção, origem e definição de obrigações de meios e obrigações de resultado

De importância fundamental vai ser, a nosso ver, a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado para o apurar da responsabilidade civil médica. As obrigações de meios são, de forma geral, obrigações em que o devedor se vai obrigar apenas a "desenvolver uma actividade ou conduta diligente em direcção ao resultado final (realização do interesse primário do credor), mas sem assegurar que este se produza"[51]. As obrigações de resultado

[50] Processo 1364/05.5TBBCL.G1

[51] Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pág. 20

são aquelas em que o devedor "fica adstrito á produção de um certo efeito útil, que actua satisfatoriamente o interesse creditório final"[52].

Percebemos logo á partida que o médico estará, em princípio, vinculado a uma obrigação de meios, contudo o entendimento mais recente tem sido o de considerar alguns atos médicos como obrigações de resultado.

Esta dicotomia foi introduzida na doutrina "francesa moderna" por René Demogue (como nos dizem os autores Henry, Leon e Jean Mazeaud na expressão "Introduite par Demogue dans la doctrine française moderne…"[53]) mas, como nota Ricardo Lucas Ribeiro, Demogue foi apenas o impulsionador principal desta distinção e não o seu iniciador.[54]

Para Mazeaud esta distinção de obrigação de meios e obrigações de resultado trata do objeto da prestação em causa, adotando como Demogue a dicotomia de meios/resultado (moyens/resultat)[55].

Para o autor espanhol António Hernandez Gil[56] apresenta uma dicotomia de prestações de atividade e prestações de resultado, dizendo que nas primeiras o credor não impõe ao devedor um resultado mas sim uma atividade diligente, sendo o resultado indiferente. De forma contrária nas prestações de resultado estará vinculado a um resultado fazendo esse resultado parte da prestação.

Em Portugal a grande parte da doutrina tem vindo a adotar a dicotomia de obrigações de meios e obrigações de resultado, tendo, assim, posições a favor da distinção no direito português (Almeida e Costa, Antunes Varela, Galvão Telles, Romano Martinez, Ricardo Lucas Ribeiro, Manuel de Andrade, Calvão da Silva, Nuno Pinto de Oliveira) havendo uma doutrina minoritária que rejeita esta distinção (Menezes Cordeiro, Ferreira de Almeida, Menezes Leitão e Gomes da Silva).

3.3 Obrigações de meios e resultado no ordenamento jurídico português

A maior parte dos autores nacionais adota a distinção de Demogue quanto ao ordenamento jurídico português. Contudo há também aqueles que não são partidários desta divisão, e entendem que esta dicotomia não tem relevância no ordenamento jurídico português. Os autores falam, assim, deste tipo de obrigações com vista á impossibilidade superveniente da

---

[52] Ricardo Lucas Ribeiro, ob. ult. Cit., Pág. 20

[53] Henri Mazeaud, Jean Mazeaud, Léon Mazeaud et François Chabas; *Leçons de Droit Civile - tome II*, Sixiéme Edition, Editions Montchrestien, Paris, 1978, pág.20

[54]Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 24

[55] Henri Mazeaud…, ob. cit., pag.20

[56] Cf. António Hernandez Gil, *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, España (Spain), 1983, pág. 125

prestação não imputável ao devedor, enquanto outros autores falam desta relevância na distribuição do ónus da prova. Vamos analisar primeiro os argumentos contra a diferenciação de obrigações de meios e de resultado.

3.3.1.Posições críticas acerca das Obrigações de meios e resultado

Para Menezes Cordeiro todas as Obrigações são de resultado pois tem sempre como fim o interesse do credor (art. 398º do CC). Este autor defende que só o resultado interessaria ao credor, estando em causa, isso sim, "a natureza do resultado procurado, nas suas infinitas graduações"[57].

Na sua senda vai Menezes Leitão ao referir que, para além de todas as obrigações serem de resultado, não haveria "no nosso direito base para essa distinção"[58].

Antes destes dois autores era já Gomes da Silva que usava este mesmo argumento de interesse do credor para refutar a tese da existência de obrigações de meios e obrigações de resultado, ao dizer que mesmo nas obrigações de meios havia um fim a alcançar.[59]

Assim entendem estes três autores que esta distinção não poderá vigorar no ordenamento jurídico português e consideram que todas as obrigações são de resultado, sendo esse o interesse do credor.

Para Ferreira de Almeida esta dicotomia de obrigações é elemento de perturbação do artigo 799º, nº1 do CC, quanto á presunção de culpa do devedor.[60] Para este autor a distinção entre estas modalidades das obrigações "não cumpriria função útil, resultando em elemento de perturbação", ou seja, ao admitir que tínhamos diferentes aplicações quanto ao ónus da prova da culpa do não cumprimento (como é defendido por aqueles que defendem que o ónus da prova de culpa nas obrigações de meios cabe ao credor, e nas obrigações de resultado caberia ao devedor) iríamos contra a regra da presunção de culpa do devedor do 799º, nº1 do CC.

Ferreira de Almeida vai ainda apresentar dois argumentos contra a distinção deste tipo de obrigações, o primeiro é a comparação do ordenamento jurídico português com o francês ao dizer que no francês as obrigações de meios e resultado cumpririam uma função útil conciliando os artigos 1137º e 1147º do Código Civil francês, enquanto em Portugal estas só

---

[57] António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações – 1ºVolume*, 1ªEdição (Reimpressão), AAFDL, 1986, pág. 358/359

[58] Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações - vol. I*, 3ª Edição, Almedina, 2003, págs. 128 a130

[59] Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 206 e 238

[60] Cf. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., págs. 110 a 112

seriam elementos de perturbação.[61] O segundo argumento vem da interpretação feita do Código Civil português que presume a culpa do devedor nas relações contratuais e que esta distinção, feita dessa forma, iria violar inteiramente esse princípio.

Como nota Pinto de Oliveira[62] o primeiro argumento de Ferreira de Almeida vai "ter dificuldades em conciliar-se como uso da distinção entre dois tipos de obrigações em dois dos projectos de unificação do direito europeu dos contratos". Pinto de Oliveira apresenta o exemplo em que o projeto do UNIDROIT (referente a convenções para a unificação do Direito Privado), no art. 5.1.4 considera que há dois tipos de obrigações, tendo este artigo como epígrafe "obrigações de meios e obrigações de resultado". Aqui fica expressa a aceitação dos vários ordenamentos jurídicos de haverem obrigações de resultado, "Quando a obrigação de uma parte envolva o dever de obtenção de um resultado específico, essa parte está obrigada a alcançá-lo"(nº1 do artigo), e de obrigações de meios, "Quando a obrigação de uma parte envolva o dever de melhores esforços no cumprimento de uma atividade, essa parte está obrigada a empreendê-los, como uma pessoa razoável, com as mesmas qualificações, e nas mesmas circunstâncias" (nº2 do artigo)[63].

Assim esse argumento de que somente no ordenamento francês a distinção seria útil fica logo afastado.

Quanto ao segundo argumento utilizado por Ferreira de Almeida, vamos abordar a questão do ónus da prova a questão depois de clarificarmos primeiro algumas posições a favor dessa tese.

3.3.2 Posições favoráveis á diferenciação entre obrigações de meios e obrigações de resultado

Entre nós a problemática das obrigações de meios e de resultado é acolhida por grande parte da doutrina. A doutrina maioritária atribui às obrigações contratuais do médico a qualificação de obrigação de meios.

Manuel de Andrade foi o primeiro na doutrina nacional a qualificar as obrigações dos médicos como de meios ao dizer que "Embora o doente busque, ao recorrer ao médico, a cura, o médico não se obriga á produção desse resultado, mas apenas a empregar uma certa diligencia para tentar curar o doente …prestar assistência, mediante uma série de cuidados ou

[61] Ver Ferreira de Almeida, pág. 110-111 e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade Civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 198

[62]Cf. Nuno Manuel Pinto de Oliveira, ob. cit., págs. 200-201

[63] Retirado dos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010, tradução FDL, http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=-kkfXYDdHEM%3D&tabid=839

de tratamentos aptos a curar. Só a isso se obriga, só responde por isso”[64]. Manuel de Andrade destaca ainda a relevância desta distinção quanto á impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor.[65]

Também neste sentido vai Almeida e Costa[66] ao distinguir as obrigações de meios e resultado, onde vai também admitir a existência de uma terceira espécie que são as obrigações de garantia. Para o autor são de meios aquelas “ em que o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza. Dá assim o exemplo da obrigação contratual do médico “a empregar a sua ciência na cura do doente” e do advogado no que toca ao “êxito da causa que patrocina”.

Contrapõe-se as obrigações de resultado que são aquelas em que se “verifica quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil”. Os exemplos dados são o do camionista que se compromete a conduzir as mercadorias a certo destino ou a obrigação de entrega de uma coisa.

Nas obrigações de garantia o devedor vai “prometer ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido.”Logo o devedor responde de qualquer forma em caso de incumprimento mesmo que haja uma causa estranha que tornou impossível a prestação.[67]

Assim para Almeida e Costa, caso fosse obrigação de meios o devedor ficaria exonerado em caso de impossibilidade objetiva e de impossibilidade subjetiva (artgs. 790º e 791º do CC)[68]. Caso estivéssemos perante uma obrigação de resultado a impossibilidade subjetiva não exoneraria o devedor enquanto somente a impossibilidade objetiva produziria esse efeito exoneratório.[69] Nas obrigações de garantia o devedor nunca ficava exonerado da prestação.

Para Antunes Varela, que acolhe a tese de Manuel de Andrade, apesar de aceitar a distinção, diz que esta não “pode ser levada demasiado longe”. Para este autor “se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não se soube actualizar, se o advogado perde a acção porque negligentemente perdeu um prazo … é evidente que há não cumprimento das

---

[64] Manuel de Andrade - com colaboração de Rui Alarcão, Teoria Geral das Obrigações, Almedina, Coimbra, 2ªEdição, 1963 pág. 414

[65] Ob. ult. cit., págs. 413-415

[66] Mário Júlio de Almeida e Costa, ob. cit., pág. 971

[67] Ob. ult. cit., pág. 972

[68] Mário júlio Almeida e Costa distingue a impossibilidade objetiva, que é aquela em a prestação é impossível para todas as pessoas, e a subjetiva, onde a prestação é apenas impossível para a pessoa do devedor, ob. cit., pág. 650

[69] Ob. ult. cit., pág. 971

obrigações assumidas porque estas se encontram sujeitas… ao dever geral de diligência (art.762º, nº2 do CC) "[70].

Galvão Telles aceita também a distinção e entende que nas obrigações de meios " se promete apenas a usar a diligência necessária para conseguir que terceiro pratique o facto em causa" e que em caso de não cumprimento desta o devedor "só responde se não tiver sido suficientemente diligente". Já nas obrigações de resultado, em contraposição, há uma promessa de realizar determinado facto em "quaisquer circunstâncias" e se não se cumprir esse facto o devedor "responde ainda que tenha tido diligência máxima"[71].

Já Álvaro Dias e Ribeiro de Faria entendem que a distinção terá relevância em matéria de repartição do ónus da prova[72]. Entendem estes autores que a distinção tem a consequência de fazer com que, quanto á culpa na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de uma obrigação de meios, essa culpa teria de ser provada pelo credor afastando o critério da culpa presumida do art.799º do CC, enquanto em caso de responsabilidade contratual por não cumprimento de uma obrigação de resultado a culpa do devedor era presumida como consta no artigo 799º do CC. Assim, segundo estes autores a presunção de culpa da responsabilidade contratual, caso estivéssemos perante uma obrigação de meios, não iria valer, cabendo ao credor provar a culpa do devedor.

Já quanto ao conceito mais concreto a utilizar Teixeira de Sousa diz, por sua vez, que as obrigações de meios deveriam denominar-se obrigações de risco ou de resultado aleatório dizendo que no caso do médico este apenas se obriga "a usar a sua diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapêutica adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável"[73].

Também quanto a denominações diferentes da tradicional vêm Pedro Múrias e Maria Lurdes Pereira dizer que as obrigações de resultado " poderiam chamar-se obrigação de causação ou obrigações causívas" pois "nelas o devedor obriga-se a causar certo resultado, o resultado definidor da prestação". Quanto às obrigações de meios deveriam denominar-se "obrigações de tentativa ou obrigações de adequação", ou seja, estas obrigações também se definiriam por

---

[70] João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – I*, 8ª edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 87, nota de rodapé

[71] Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição Revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997, pág. 42

[72] João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996; e Jorge Ribeiro de Faria, *Da prova na responsabilidade civil médica-Reflexões em torno do direito alemão,* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* Ano I, 2004

[73] Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, págs. 125/126

um resultado mas que o devedor obrigava-se, não a causa-lo, mas sim, a praticar atos para o causar[74].

Quanto á classificação das obrigações a que o médico se compromete diz a maior parte da doutrina que estas são entendidas como obrigações de meios como já vimos atrás as posições de Manuel de Andrade, Almeida e Costa, Antunes Varela e Galvão Telles.

Também para Álvaro Dias e Ribeiro Faria (que admitem a relevância da distinção em matéria de repartição do ónus da prova) admitem a obrigação como de meios.

Como é óbvio os autores que refutam a tese das obrigações de meios e resultado ao dizer que todas as obrigações são de resultado, como Menezes Cordeiro e Menezes Leitão, não classificam a obrigação médica como de meios. É em Ferreira de Almeida que vamos encontrar explicita a ideia que as obrigações dos médicos são de resultado[75]. Para Ferreira de Almeida, em primeiro lugar, ao classificarmos o contrato do médico com o paciente como uma prestação de serviços, o médico estaria sujeito a atingir "um certo resultado" como resulta do 1154º do CC. Ferreira de Almeida diz que estas qualificações são opostas e se excluiriam uma á outra, ou qualificamos o contrato médico como prestação de serviços e afirmamos que o médico está sujeito a um determinado resultado, ou qualificamos o dever do médico como obrigação de meios e desta forma negamos que o contrato entre médico e paciente é um contrato de prestação de serviços[76]. A segunda objeção de Ferreira de Almeida é contra a repartição do ónus da prova nas obrigações de meios, pois seria uma violação do critério de distribuição presente no artigo 799º do CC.

Quanto ao primeiro argumento, a interpretação feita por Ferreira de Almeida, esta parece-nos demasiado literal, pois o autor assume, a meu ver mal, que se na letra do artigo 1154º do CC está lá que há um resultado a atingir então é porque o próprio legislador admite que nos contratos de prestação de serviços só o resultado interessa. Aceitando este argumento como verdadeiro então também estaremos a admitir que o advogado está vinculado a um resultado pois o contrato que permite ao advogado praticar atos jurídicos pelo paciente é o contrato de mandato. De facto a relevância da diferenciação até aqui feita é que distinguimos apenas que num tipo de obrigações o devedor estará obrigado a "praticar actos de forma a cumprir um resultado", enquanto nas obrigações de resultado ele se compromete de facto a atingir um resultado e não a praticar atos de forma a alcançá-lo. Na verdade, no contrato de mandato, há

---

[74]Cf. Pedro Múrias e Maria Lurdes Pereira, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custo da prestação*, Para *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, pag.1, podemos ver em http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf

[75] Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 111

[76] Cf. Pinto de Oliveira, ob. cit., pág. 205

uma obrigação a praticar atos de forma a alcançar um resultado e são esses atos que vão ser apreciados em caso de incumprimento da obrigação e não se atingiu o resultado que se propunha atingir com esses atos. Desta maneira há uma obrigação diferente num contrato de empreitada ou num contrato de mandato, num o empreiteiro vai realizar uma obra (exemplo fazer uma casa) e no outro o mandatário pratica os atos de acordo com os seus conhecimentos (exemplo, advogado vai fazer as diligências normais, de forma a conseguir ganhar o processo). Contudo o advogado não responde se não ganhar o processo, mas sim se for provado que não praticou atos fulcrais para que a ação tivesse procedência como por exemplo, se deixou passar um prazo ou se não cumpriu algum dever deontológico, enquanto o empreiteiro vai ter de responder perante o credor se a obra não for realizada pois a sua atividade vai, de certo modo, ser "medida" conforme atinja o resultado ou não. Assim o empreiteiro que não termina a obra vai responder perante o credor, por se tratar de uma obrigação em que, se o empreiteiro praticar os atos normais, com enormíssima probabilidade irá atingir o resultado.

Vamos assim ter de analisar quais as diferenças entre estas duas modalidades e depois iremos perceber se esta distinção tem, como diz Manuel de Andrade, "carácter meramente descritivo ou um verdadeiro valor dogmático"[77]. Portanto, como nota Pinto Oliveira, os autores vão, no caso de considerarem esta distinção meramente descritiva, um único critério do ónus da prova sempre que há incumprimento. Aqueles que dizem que a distinção tem "valor dogmático" divergem em três opiniões, os que entendem que a distinção apenas releva na impossibilidade da obrigação do 790º e 791º do CC, os que acham que tem relevância apenas em matéria de distribuição do ónus da prova da culpa do 799º do CC e os que "ampliam esse valor dogmático" a ambas as situações.

3.4 Crítica á relevância da distinção de obrigações de meios e resultado em matéria de impossibilidade superveniente da prestação

Como vimos anteriormente tanto Manuel de Andrade como Almeida e Costa entendem que a diferença entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado tem relevância em matéria de impossibilidade superveniente da prestação. Relembrando, diziam estes autores que em caso de impossibilidade objetiva (ou seja nem o devedor nem outra pessoa conseguem realizar a prestação) não haveria diferenças entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado, enquanto em caso de impossibilidade subjetiva (caso em que o devedor não consiga

[77] Cf. Manuel de Andrade …, ob. cit., pág. 412, nota 5

cumprir a prestação mas outras pessoas podem realizá-la) haveria diferenças nos dois regimes, pois em obrigações de resultado o devedor não iria ser exonerado da prestação enquanto nas obrigações de meios o devedor ficaria exonerado. Somente, como nota Pinto Oliveira, "se o devedor assumisse o compromisso de se fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação" nunca ficaria exonerado da obrigação[78].

Quanto a esta opinião de Almeida e Costa e Manuel de Andrade, Fernando Pessoa Jorge[79] entende que a questão de obrigações de meios e resultado não tem nenhuma relevância quanto ao efeito exoneratório da impossibilidade objetiva e quanto á impossibilidade subjetiva. Pessoa Jorge coloca em causa o efeito exoneratório na impossibilidade subjetiva quando está em causa uma obrigação de meios, que defendem Manuel de Andrade e Almeida e Costa, defendendo que esta também não exoneraria o devedor. Para o autor, do entendimento do artigo 791º do CC resultava que, da expressão "se o devedor não puder fazer-se substituir por terceiro" resultava a interpretação que esta "expressão que parece dar a entender que só se produz o efeito exoneratório quando o devedor esgotou as possibilidades de se fazer substituir no cumprimento"[80]. Entende por isso que a "impossibilidade subjetiva só não ser exoneratória quando, nos termos da própria obrigação, o devedor estiver vinculado a fazer-se substituir por terceiro", isto é, seria a própria natureza da obrigação (fungível ou infungível) que relevaria para a exoneração e não se a obrigação se qualificasse como de meios ou de resultado. Pessoa Jorge conclui que a dicotomia entre obrigações de meios e resultado não terá nenhuma influência na exoneração da prestação quanto a impossibilidade subjetiva, fazendo com que estas obrigações não tenham relevância em matéria de impossibilidade superveniente do cumprimento não imputável ao devedor[81].

Ricardo Lucas Ribeiro quando se confronta com a questão, conclui que, na matéria de impossibilidade superveniente do cumprimento não imputável ao devedor "pode haver casos de obrigação de resultado em que a impossibilidade subjetiva extingue o vínculo", dando o exemplo da cirurgia estética de embelezamento em que o cirurgião promete uma determinada forma de nariz, e diz ainda que pode haver obrigações de meios em que a impossibilidade subjetiva não exoneraria o devedor, só exonerando a impossibilidade objetiva[82] [83]. Assim,

---

[78] Aqui estaríamos perante uma obrigação de garantia, como nota Antunes Varela in *Obrigações em geral- volume II*, pág. 74, nas obrigações de garantia "é responsável haja o que houver e não tem a possibilidade de invocar a causa estranha que haja tornado a obrigação impossível"

[79] Cf. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 105 a 112

[80] Ob. Ult. Cit. Pág. 110

[81] Ob. ult. Cit. Pág. 110

[82] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pag.89/90

[83] Ver Antunes varela, *Obrigações em geral - volume II*, págs. 73-74

seria critério para apurar se o devedor estava ou não exonerado, o critério de apurar a fungibilidade ou não fungibilidade da prestação, sendo indiferente se a obrigação era de meios ou resultado[84].

Parece-nos ser esta última tese a mais correcta, sobretudo no âmbito da responsabilidade médica, pois de facto só a fungibilidade da obrigação interessa de acordo com a letra do 791º do CC, ou como diz Pessoa Jorge tem que se apurar se "nos termos da própria obrigação" está o devedor sujeito ou não a fazer-se substituir por terceiro.

No caso da responsabilidade médica em princípio a questão seria quase irrelevante, dado a natureza da obrigação médica e do contrato médico. O contrato médico, como vimos anteriormente, é um contrato *intuitu personae*, ou seja, na relação médico e paciente vale a confiança que o paciente tem na arte e conhecimentos do médico quanto á ciência médica a aplicar no caso.

Da mesma forma nem todas as obrigações de meios são prestações infungíveis, nem todas as obrigações de resultado serão fungíveis. Como reparámos no caso do médico-cirurgião que se vincula a atingir um resultado estético e que assume uma obrigação de resultado, é o próprio contrato, a própria natureza da obrigação, que faz com que o médico não se possa fazer substituir por terceiro pois, de facto, o paciente só contratou esse médico devido á sua conhecida perícia e conhecimentos técnicos.

A própria relação de confiança médico-paciente faz com que a prestação realizada pelo médico seja adstrita á sua pessoa, não podendo ele fazer substituir-se quando estão em causa essas obrigações que só ele as pode efetuar.

3.5 Posições quanto á relevância das obrigações de meios e obrigações de resultado no ónus da prova da culpa do 799º, nº1 do CC

Já vimos que há autores que entendem que a diferença entre obrigações de meios e obrigações de resultado importa em sede do ónus da prova da culpa. Os problemas em sede do ónus da prova surgem quando "o juiz, depois de analisada a prova, fica com dúvidas insanáveis sobre a verificação de factos essenciais ao julgamento da ação[85].

Antunes Varela refere que "o non liquet do julgador converte-se (…) num liquet contra a parte a quem incumbe o ónus da prova do facto", ou seja, o juiz em caso de dúvida vai decidir

[84]Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 90
[85]Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 91

contra quem cabe o "ónus probandi", isto é, a quem cabe alegar determinado facto determinante para o processo[86].

Do artigo 8º,nº1 do CC resulta o princípio da proibição de denegação de justiça[87]. Este princípio agora com assento constitucional (art.20º e 202º da CRP) encontra razões históricas em casos em que se "encontrassem lacunas legais"[88].

Quanto ao ónus da prova a doutrina distingue entre ónus da prova subjetivo e ónus da prova objetivo. No primeiro o juiz só pode decidir de acordo com os factos alegados e provados pelas partes, ou seja, indo em conta ao princípio dispositivo o juiz aprecia as provas de forma autónoma, isto é, uma prova apenas conclui para aproveitar a parte que dela alega e não pode aproveitar a parte que não faz prova desse determinado facto. No segundo, como é o caso do sistema português, onde para além do princípio do dispositivo, este princípio é articulado com o princípio do inquisitório e o princípio da aquisição processual[89], ou seja, o juiz deve tomar em consideração todas as provas, tenham sido elas feitas por quem devia ou não ter provado tal facto[90].

Assim no nosso ordenamento jurídico, como nota Alberto dos Reis, "cada uma das partes aproveita todo o material da instrução recolhido no processo, independentemente da consideração da pessoa para o processo o carreou"[91].

Vendo a matéria do ónus da prova de um modo introdutório vamos agora iniciar e explicar porque é que alguns autores entendem a relevância da distinção de obrigações de meios e de resultado nesta matéria.

3.5.1 Posições favoráveis á inversão do ónus da prova da culpa do 799º, nº1 do CC

Ao impulsionar a divisão entre obrigações de meios e obrigações de resultado, Demogue, optou por usar a diferença quanto á repartição do ónus da prova, como diz Lucas Ribeiro[92]. Há duas teorias quanto á repartição da culpa, a teoria clássica e a teoria de Demogue das obrigações de meios e das obrigações de resultado.

Como refere o autor a teoria clássica da culpa é a da culpa provada na responsabilidade extracontratual e da culpa presumida na responsabilidade contratual. Na teoria de Demogue

[86] Cf. João Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora; *Manual de processo civil*, 2ª Edição Revista e actualizada de acordo com o Decreto-Lei 242/85, Coimbra Editora, 1985, pág.447
[87] Cf. José Alberto González, *Código Civil anotado- volume I*, ob. cit. pág. 27
[88] Cf. Ob. ult. cit., pág. 28
[89] Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., págs.91 e 92
[90] Cf. Antunes Varela, ob. ult. cit., pág. 448 a 451
[91] José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado – vol. III*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª Edição (reimpressão), 1981, pág. 272
[92] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 95

no caso de estarmos perante uma obrigação de meios a culpa teria de ser provada, no caso de estarmos perante uma obrigação de resultado a culpa seria presumida.

O nosso Código Civil adotou, sem dúvida alguma, a teoria clássica (contudo a regra da culpa provada na responsabilidade extracontratual comporta exceções, como por exemplo, os casos que são qualificados como responsabilidade extracontratual objetiva), encontrando-se esse ónus da responsabilidade contratual no artigo 799º, nº1 do CC, que nos diz que é ao devedor que cabe o ónus de provar que a culpa, em caso de não cumprimento ou cumprimento defeituoso, não é sua.

Há, porém, autores que entendem que a teoria das obrigações de meio e obrigações de resultado no sistema português deve ser o entendimento geral e que, estas obrigações, terão relevância em matéria de apreciação do ónus da prova.

Ribeiro Faria é um dos autores que entende que nas obrigações de meios cabe ao credor provar a culpa do devedor e que nas obrigações de resultado haverá uma culpa presumida do devedor. No entendimento deste autor, o legislador compôs o Código Civil a pensar unicamente nas obrigações de resultado pois seriam essas as mais comuns.

Dizia ainda este autor que o que estaria em causa nas obrigações de meios era que o devedor não se tinha comportado de uma determinada maneira que teria de cumprir um determinado grau de diligência. Assim a violação de uma obrigação de meios configuraria uma violação contratual positiva, traduzido na violação da relação de proteção[93].

Logo, conclui, no caso de haver uma "inobservância desse dever de cuidado ou diligência" estaríamos perante um critério de ilicitude, enquanto nas obrigações de resultado essa inobservância da diligência seria um critério da culpa[94]. Assim no caso de uma obrigação de resultado iria haver uma presunção de culpa, enquanto nas obrigações de meios essa presunção não iria vigorar.

Teixeira de Sousa também chega á conclusão de que o ónus da prova no caso da responsabilidade médica, caso estivéssemos numa obrigação[95] de meios ou estivéssemos numa obrigação de resultado, iria variar. Contudo o seu fundamento não é bem quanto á teoria das obrigações de meios e obrigações de resultado mas sim quanto á natureza da responsabilidade civil dos médicos. Isto quer dizer que, para Teixeira de Sousa, na área da responsabilidade civil médica não se justificava a presunção de culpa do art.799º, nº1 do CC pois, segundo o autor, "a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não

[93] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 111; e Ribeiro de Faria, ob. cit., Pág. 117
[94] Cf. Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 226 e 227
[95] Como vimos Teixeira de Sousa não utiliza o termo de "meios" mas sim "de risco" ou "resultado aleatório"

acrescentaria qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional (…) não se deveria atribuir qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, á eventual celebração de um contrato"[96].

Portanto no entendimento de Teixeira de Sousa, ao credor cabe o ónus de alegar e provar a culpa do médico e, conclui que, no caso dos médicos haveria sempre um regime da prova da culpa igual ao da responsabilidade extracontratual (art.487º, nº1 do CC), mesmo em caso de concurso de responsabilidades (contratual e extracontratual) a prova da culpa teria de seguir as regras do 487º, nº1 do CC, cabendo ao credor (paciente).

Já Álvaro Dias aceita a teoria de Demogue dizendo que no caso de ser uma obrigação de resultado "a simples verificação de que certa finalidade não foi alcançada (não cumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica do devedor (podendo este provar o contrário) ". Nas obrigações de meios cabe ao credor provar a culpa tendo ele que "fazer uma demonstração em juízo que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do resultado almejado"[97].

Como em princípio a atuação do médico vai ser uma obrigação de meios, entende o autor que o ónus de provar o defeito ou incumprimento da prestação cabe ao credor que terá também de provar a culpa do médico.

O entendimento de que o ónus da prova quanto às obrigações de meios e de resultado e, também, quanto á responsabilidade médica, deve funcionar de forma diferente da normal forma de repartição do ónus da prova para a responsabilidade contratual positivada no artigo 799º, nº1 do CC. De facto o entendimento de Ribeiro Faria de que o legislador apenas tomou em consideração, para a regra do 799º, nº1 do CC, é falso, como iremos ver Vaz Serra estava bem ciente da discussão que estava a ter lugar em França quanto á diferença das obrigações de meios e de resultado.

Também não nos parece ter cabimento a ideia de Teixeira de Sousa ao admitir que mesmo que haja um contrato entre médico e paciente (de notar que hoje o entendimento dominante é da existência de um contrato mas nem sempre assim o foi) se vai aplicar o regime da culpa provada da responsabilidade extracontratual, esta ideia não tem nenhum apoio ou bases legais. É verdade que o contrato entre médico e paciente é um contrato de serviços atípicos, contudo precisamente por ser um contrato o seu regime de responsabilidade por incumprimento está bem delineado nos artigos do Código Civil. Aliás se há exceção ao princípio da culpa provada

---

[96] Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., pág. 137

[97] Álvaro Dias, *Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica*, in *Revista Portuguesa Dano Corporal*, 1993, Ano II, nº3, pág. 30

na responsabilidade extracontratual é o da responsabilidade extracontratual objetiva, onde se entende que há alguns riscos nessas áreas e, de forma a se protegerem os lesados, há uma presunção de culpa contra quem lesa os outros decorrentes da sua atividade. De facto a regra da presunção de culpa na responsabilidade contratual vai valer, também, para o contrato de serviços médico. Também Álvaro Dias não invoca bases legais para que haja uma inversão do ónus da prova da culpa presente no art.799º, nº1 do CC. Vamos assim, analisar os argumentos contra esta inversão do ónus da prova da culpa e que são a favor da aplicação do regime da responsabilidade contratual quer haja obrigações de meios, quer haja obrigações de resultado.

3.5.2 Posições favoráveis a aplicar a presunção da culpa do artigo 799º, nº1 do CC

A maior parte da doutrina tem-se oposto á tese que entende a não aplicação da presunção da culpa às obrigações de meios. Assim entende a maior parte da doutrina que o regime do artigo 799º, nº1 do CC em nada altera seja uma obrigação de meios ou seja uma obrigação de resultado.

Vaz Serra que parecia estar a par da discussão que havia em França, "por culpa" de Demogue, entendeu que essa distinção não teria influência na presunção de culpa do devedor no caso de responsabilidade contratual. Vai assim dizer que na responsabilidade contratual "há um devedor constituído numa obrigação preexistente, devedor que deve velar pelo exato cumprimento da especial obrigação que sobre ele impende". Assim, teria o devedor sempre o ónus de provar que não tinha tido culpa no cumprimento da obrigação, sendo que o autor salienta a razão de ser dessa imposição: "(…) a imposição do encargo da prova ao credor teria o perigo de facilitar a falta de cumprimento das obrigações; e a imposição dele ao devedor não tem os inconvenientes que á primeira vista pode aparentar (…)"[98].

Romano Martinez nota ainda que, apesar de Vaz Serra não ter autonomizado matéria de cumprimento defeituoso "como modo de não cumprimento das obrigações (art.801º e segs. do CC) fez questão de esclarecer que a presunção de culpa do devedor tanto existe em caso de falta de cumprimento como de cumprimento defeituoso da obrigação (art.799º,nº1 do CC) "[99].

[98] Adriano Vaz Serra, *Culpa do devedor ou do agente*, Separata do Boletim do ministério da Justiça, 68, Lisboa, 1957, págs. 77 a 81

[99] Cf. Pedro Romano Martinez, ob. cit., pág. 476

Carneiro da Frada vai, por sua vez, entender que haveria sempre uma culpa presumida do 799º, nº1 do CC, quer a obrigação fosse de meios, quer a obrigação fosse de resultado[100]. Carneiro da Frada vai atribuir um "alcance diferente" a cada um dos casos.

Vai entender que nas obrigações de meios a presunção de culpa "cingir-se-ia á questão da censurabilidade", ou seja, " o significado da culpa reconduzir-se-ia á censurabilidade pessoal da conduta do agente"[101]. Nas obrigações de resultado a presunção da culpa vai mais longe, constituindo uma presunção de uma conduta ilícita e culposa.

Ao analisar a tese de Carneiro Frada, Pinto Oliveira vai retirar daí três "afirmações: na primeira a ilicitude e a "causalidade fundante da responsabilidade" constituem pressupostos da responsabilidade contratual, na segunda diz que o credor não tem de provar "essa ilicitude", nem "essa causalidade"; e na terceira o credor não terá de demonstrar nem "essa ilicitude nem essa causalidade em consequência da derrogação dos critérios gerais de distribuição do ónus da prova da culpa" do art.799º, nº1 do CC. O autor aceita a primeira e segunda afirmação mas rejeita a terceira[102].

Ricardo Lucas Ribeiro vai de encontro com estes autores [103] no entendimento que na violação de obrigações de meios, por se tratar de um critério de ilicitude quanto á conduta, o credor terá de alegar e provar a ilicitude. Por contrário entendem também que no caso da violação de uma obrigação de resultados, por se combinar um critério de ilicitude quanto ao resultado, exonerava o credor de alegar e provar a ilicitude e a culpa.

Por último temos a posição dos autores Henriques Gaspar e, posteriormente, Sinde Monteiro e Figueiredo Dias. Para Henriques Gaspar, na responsabilidade médica, os casos de litígio seriam em sede de cumprimento defeituoso da prestação, e assim sendo o ónus desse cumprimento defeituoso caberia ao credor, enquanto o ónus da prova de inexistência da culpa iria ser do devedor. Assim argumenta que o cumprimento defeituoso da prestação vai ser presumido que foi por culpa do médico cabendo ao médico afastar essa presunção de culpa.

O autor argumenta que "(…)apenas o cumprimento defeituoso se presume proceder de culpa do médico (devedor); mas pressuposto desta presunção seria o próprio defeito do cumprimento que teria, naturalmente, de ser provado por quem o invocasse". Logo o credor

[100] Manuel Carneiro da Frada, *Contratos e deveres de protecção*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento Vol. XXXVIII, Coimbra, 1993, págs. 335 a 337
[101] Ob. ult. cit. pág. 193
[102] Cf. Pinto Oliveira, ob. cit., pág. 235
[103] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 117 e 118

deveria demonstrar o defeito no cumprimento por parte do devedor, tendo o devedor contra si uma presunção de culpa, caso se provasse que a obrigação foi prestada de modo defeituoso[104].

Sinde Monteiro e Figueiredo Dias vão mais longe e, na senda de Henrique Gaspar, concluem que caberá ao lesado demonstrar a ilicitude do ato médico, cabendo a este provar que a conduta adotada por este foi contra as leis da arte (*legis artis*), cabendo ao médico provar que a sua atuação não procedeu de culpa sua e que naquelas circunstâncias não poderia ter atuado de melhor forma[105]. É, portanto, opinião dos autores que o ónus da prova que cabe ao credor existe nos outros pressupostos da responsabilidade, havendo somente na presunção da culpa um ónus da prova contra o devedor que teria de provar que não procedeu com culpa. Dizem, portanto, que a prova que cabe ao credor (do cumprimento defeituoso do contrato) é bem mais difícil, pois não é fácil a um leigo nas artes médicas fazer a prova que o médico atuou contra a *legis artis* ou que deveria ter atuado melhor. No fim dizem que "as provas de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece, pois, justo impor-lhe esse ónus"[106].

Na doutrina mais recente André Dias Pereira vai ao encontro do entendimento destes autores admitindo que, de facto, a natureza destas obrigações será relevante quanto ao incumprimento da obrigação do médico e não terá relevância na repartição no ónus da prova da culpa, tendo na obrigação de meios o lesado de "provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis"[107].

Esta última solução parece-nos ser a mais certa tanto do ponto de vista da lei como do ponto de vista da própria natureza da atuação médica.

Já dissemos que, ao ser a prestação de serviços médicos um contrato, terá de se reger pelos princípios da responsabilidade contratual, não sendo importante se a obrigação é de meios ou de resultado. Assim, a presunção de culpa do 799º, nº1 do CC, que impõe ao devedor um ónus de provar que não atuou com culpa quando a prestação é defeituosa, nunca poderá ser afastada para que esse ónus caiba ao credor, pelo menos quando é o contrato a fonte jurídica da relação entre médico e paciente. De facto na questão da responsabilidade médica caberá sempre a demonstração do cumprimento defeituoso da prestação ao credor, pesando sobre o paciente um ónus de provar a ilicitude desse ato médico. Para provar essa ilicitude o credor terá de provar que o médico não atuou conforme a *legis artis* médica, tornando uma prova

[104] António Henriques Gaspar, *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, ano III, 1978, pág. 344/345
[105] Cf. Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, ob. cit., pág. 46
[106] Ob. ult. cit., pág. 31
[107] Cf. André Dias Pereira, ob. cit., pág. 425

difícil de se fazer, principalmente para um paciente que não conhece os princípios básicos da atuação médica e numa área tão sensível que o risco de determinado tratamento ou intervenção médica será sempre uma incógnita, pelo menos na maior parte das vezes. Contudo o "risco" a que está sujeito o médico decorre do seu próprio conhecimento sobre a ciência médica e do conhecimento do paciente (por exemplo, se é alérgico a penicilina, ou se tem problemas com determinado tipo de tratamento).

Há quem apoie, como vimos, que devem ser aplicadas figuras da responsabilidade extracontratual como o dever do lesado provar a culpa do lesante (art.487º, nº1 do CC), contudo essas opiniões não terão base no direito médico pois há um contrato e, acima de tudo, há uma relação de confiança do paciente nos conhecimentos do médico.

A relação de confiança aqui presente denota o princípio mais básico dos contratos, o *pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser respeitados. Ao assumir essa obrigação de tratamento o médico irá transmitir, pela confiança que o paciente tem nos seus conhecimentos técnicos, determinadas expectativas ao paciente.

Desta forma notamos que para além de haver um contrato, que denota uma grande confiança do paciente no médico, há determinadas expectativas a que o médico se compromete a cumprir, mas neste caso não irá ser, na maioria das vezes, um resultado mas sim uma atuação diligente.

Por isso a questão de atribuir às obrigações de meios determinados efeitos na prova de culpa e às obrigações de resultado outra parece-nos errada não só porque esta presunção de culpa se aplica a todas as obrigações contratuais, sejam de resultado ou meios, como que estes elementos farão parte da ilicitude, ou seja, a prova de uma obrigação de meios e obrigação de resultado terá impacto quanto á ilicitude do ato médico e não á culpa.

Daí adotarmos a tese de Henriques Gaspar, Sinde Monteiro e Figueiredo Dias, precisamente porque caberá ao devedor provar a ilicitude do ato, ou seja a violação da *legis artis*, como entendem que a presunção de culpa impende sempre sobre o devedor. Esta parece-nos a decisão mais correta pois, como iremos ver as obrigações de meios e obrigações de resultado são elementos da ilicitude, ou seja, nelas vamos verificar qual o dever do devedor e vamos medir a diligência com que o médico atuou. Iremos ver a nossa exposição em seguida sobre a natureza das obrigações de meios e obrigações de resultado.

4. Natureza das obrigações de meios e obrigações de resultado. Cumprimento da Obrigação

4.1 Serão todas as obrigações, obrigações de resultado? Ou de meios?

Como já vimos anteriormente há autores que entendem que a diferença entre obrigações de meios e obrigações de resultado não tem base legal no ordenamento jurídico português. Vimos atrás as posições de Meneses Cordeiro, Menezes Leitão e Ferreira de Almeida que defendem que todas as obrigações serão de resultado, sendo esse resultado "o interesse do credor".

Como refere Lucas Ribeiro[108], já Marton teria tido este entendimento, depois da exposição de Demogue no sistema francês, dizendo que o objeto da obrigação seria um resultado fixo, pois o credor quando contratava com alguém não estaria á espera de uma atitude diligente mas antes de ver obtido "um resultado económico", sendo o resultado obtido pelo devedor "mais ou menos amplo". O exemplo dado é o de um arquiteto que comporta um resultado menos amplo, na construção de uma casa, do que os pedreiros, carpinteiros ou serralheiros com o arquiteto. Concluía o autor a dizer que as obrigações de meios serão unicamente de resultado, rejeitando a distinção destes dois tipos de obrigações (obrigações de meios e obrigações de resultado)[109].

No ordenamento jurídico português, e depois das intervenções de Menezes Cordeiro e Menezes Leitão, Pedro Romano Martinez conclui que a distinção entre obrigações de meios e de resultado tem um "indiscutível cariz conceptualista"[110].

Para Romano Martinez tendo em conta a boa-fé todas as obrigações teriam um resultado a atingir, ou seja, que o médico, tendo em conta a boa-fé, se vinculava a uma obrigação de resultado, sendo esse resultado o fazer bem o diagnóstico ou realizar um exame com perícia[111]. Este autor fundamenta este argumento no artigo 762º, nº2 do CC concluindo que em todas as obrigações há um resultado mas que tendo em conta a boa-fé poderá haver diferentes consequências conforme a prestação.

Contudo o autor nota que fora as obrigações de garantia não haverá "puras obrigações de resultado", pois "o transportador tem de realizar bem o transporte, mas se a mercadoria ficar

---

[108] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., págs. 32 e 33

[109] Marton, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, pág. 510 e segs

[110] Cf. Pedro Romano Martinez, ob. cit., pág. 476

[111] Cf. Ob. ult. cit., pág. 477

destruída porque um terceiro incendiou o camião, o transportador não responde por incumprimento da obrigação de transporte"[112].

Também diz que não haverá "puras obrigações de meios em que o devedor se aliena do resultado a atingir". Parece-nos, contudo, estranho que a conclusão de Romano Martinez seja a de só haver obrigações de resultado pois haverá sempre um resultado a atingir. Do mesmo modo seja a obrigação de meios ou de resultado também haverá sempre um dever de diligência imposto a quem cumpre a obrigação e claro que o devedor nunca se aliena do resultado a atingir mas, também nunca se aliena de cumprir os deveres de diligência necessários para o cumprimento da obrigação. Aliás, no exemplo do transportador que não cumpriu a entrega porque a mercadoria foi incendiada por terceiro, podemos também concluir que o transportador actuou sempre com diligência, contudo não cumpriu o resultado pretendido, e de igual modo a uma obrigação de meios não irá responder pois no caso em concreto há uma intervenção externa de um terceiro. Precisamente por isso é nosso entendimento que, ao não haver obrigações "puras de meios" e obrigações "puras de resultado"(exceto, claro, as obrigações de garantia), não podemos dizer que todas as obrigações são de resultado nem, pelo contrário, que todas as obrigações são de meios.

Calvão da Silva tem, a nosso ver, o melhor entendimento sobre a matéria. Este autor afirma que realmente todas as obrigações prosseguem um interesse do credor, contudo, nos casos da relação do médico com o paciente ou do advogado com o seu cliente, a própria obrigação só exigia a empregar os meios e diligência requeridas á prossecução do interesse do credor, ou seja, o devedor não se vinculava a um "resultado final" mas apenas á atividade diligente, não importando se o resultado final é ou não alcançado[113].

Entende, por isso o autor que "todas as obrigações são obrigações de meios e obrigações de resultado"[114]. São todas de meios pois o devedor está sempre sujeito a uma atuação diligente de forma a cumprir a obrigação, sendo o resultado dessa atuação a própria atividade em si. São todas de resultado pois há sempre um resultado a atingir que é o interesse do credor.

Assim parece-nos ser esta a melhor opinião em relação á existência ou não das obrigações de meios e de resultado. Também pois, como nota Lucas Ribeiro, esta opinião não põe em causa a existência destas formas de obrigações[115].

---

[112] Ob. ult. cit., pág. 477

[113] Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 1995, pag.78, nota 154, até pág. 81

[114] Ob. ult. cit. pág. 80

[115] Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 33-34, nota 43

Logo todas as obrigações são, na realidade obrigações de meios e obrigações de resultado, o que faz com que a sua existência se presume em todas as obrigações.

Assim teremos de ver onde se irão encaixar estas obrigações e de que maneiras vão ser diferentes na aplicação prática.

4.2 Obrigações de meios e obrigações de resultado como elementos do cumprimento da obrigação. De obrigações de meios para obrigações de atividade.

Acabámos de ver que, na realidade, todas as obrigações são de meios e de resultado, isto porque em todas há um dever de diligência no cumprimento da obrigação e em todas há um resultado final a atingir, o interesse do credor.

Assim, e tendo afastado também a relevância das diferenças entre obrigações de meios e obrigações de resultado em matéria de impossibilidade superveniente do cumprimento não imputável ao devedor e na matéria de distribuição de ónus da prova da culpa, aceitamos a distinção entre estas obrigações em matéria de ilicitude. Como vimos o entendimento de que em matéria de cumprimento defeituoso do prestação médica, a doutrina a aceitar é aquela que impõe um ónus de provar a ilicitude do ato do devedor, ou do cumprimento defeituoso, ao credor e que admite que provado esse cumprimento defeituoso da prestação caberá ao médico afastar a presunção culpa que contra si vigora, decorrente do artigo 799º, nº1 do CC.

Aceitamos por isso que a culpa tem de ser sempre afastada pelo devedor quando o credor tenha provado a deficiência do cumprimento da prestação.

Logo entendemos que a divergência em matéria de obrigações de meios e obrigações de resultado resulta da ilicitude, ou seja, do próprio cumprimento defeituoso da prestação.

Sendo as obrigações de meios e as obrigações de resultado um elemento da ilicitude, teremos de estudar alguns elementos da ilicitude na responsabilidade contratual.

José González entende que as obrigações de meios e obrigações de resultado são relevantes para determinar se há ou não cumprimento da obrigação contratual. O autor entende, assim, que estas obrigações são elementos do cumprimento, remetendo-nos para o problema da ilicitude na responsabilidade contratual[116].

Também Calvão da Silva, que referimos ao considerar todas as obrigações simultaneamente de meios e de resultado, fala da diferença na parte do cumprimento da obrigação e distingue o interesse do credor (que muitos autores dizem ser o resultado de todas as obrigações) num

[116] Cf. José Alberto González, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 106

interesse da "prestação como conduta ou acção de prestar" (como é o caso das obrigações de meios) e no interesse da prestação como resultado (como nas obrigações de resultado)[117].

É por isto que todas as obrigações são simultaneamente de meios e de resultado, precisamente porque em todas é exigida ao devedor que tenha uma conduta prudente e diligente a cumprir o que se obrigou, e, simultaneamente, em todas as obrigações há um resultado a obter.

Contudo quanto ao cumprimento em algumas prestações o cumprimento (ou incumprimento) é aferido apenas pela atividade e noutras prestações o cumprimento (ou incumprimento) é aferido pelo resultado obtido. É por isto que, por exemplo, a atuação de um médico ou de um advogado vai ser apreciada, em regra, segundo a sua atuação, enquanto a atuação do serralheiro ou de um carpinteiro vai ser vista de modo diferente.

É aqui que vamos encontrar o fundamento das obrigações de meios e das obrigações de resultado, no cumprimento da obrigação, ou seja, na atuação do agente durante a execução da prestação. Logo esta diferença fará parte da ilicitude no âmbito da responsabilidade contratual designadamente quanto ao cumprimento da obrigação.

Exatamente por isso é nosso entender que as obrigações de meios se deveriam denominar obrigações de atividade em vez de obrigações de meios.

Vamos assim adotar a denominação sugerida por António Hernandez Gil que, como já vimos, prefere usar a dicotomia de obrigações de atividade[118] e obrigações de resultado isto porque, realmente quanto ao cumprimento há na realidade da parte do credor um interesse na atividade, ou seja a conduta, que o devedor tem de cumprir de forma a satisfazer o interesse do credor.

É precisamente pela própria atividade que se vai aferir o cumprimento, por exemplo quando olhamos para o caso de um cumprimento defeituoso na prestação médica estamos a analisar a atividade que o médico teve ou deveria ter na sua atuação e em caso de não cumprir a atividade como o credor espera a prestação presume-se defeituosa.

Contudo é claro que a atividade do médico tem que se reger pela *legis artis* médica, e é essa atuação que o credor está, obviamente, á espera. Ao contratar o médico nunca o credor pode, na generalidade dos casos, pensar que o médico irá resolver tudo de forma a curá-lo, mas irá, isso sim, o credor esperar que o médico cumpra a *legis artis* médica e utilize o seu conhecimento profissional, com base nessa *legis artis*, de forma ao tratamento apicado ser o melhor possível. Por isso mesmo é que ao contratar com determinado médico, cujos

[117] Cf. João Calvão da Silva, ob. cit., págs. 75 e segs
[118] Cf. António Hernandez Gil, ob. cit., pág. 125

conhecimentos são bem acima da média, estamos isso sim a pensar em alguém que irá aplicar essa *legis artis* de uma forma mais eficaz e cuidada.

Do outro lado temos as obrigações de resultado onde vamos apreciar o cumprimento da obrigação com base no resultado, isto é, o que vamos avaliar quanto ao cumprimento é se o devedor cumpriu determinado resultado ou se não o cumpriu. Assim avaliamos a atuação de um transportador primariamente pelo seu resultado, ou seja, se fez ou não o transporte, da mesma forma que avaliamos a prestação feita por um carpinteiro, ou seja, verificamos se ele fez ou não a mesa ou peça que lhe pedimos especificamente.

Enquanto nas obrigações de atividade há um interesse do credor na conduta do devedor, é essa conduta que será analisada, enquanto nas obrigações de resultado haverá um resultado a atingir e, precisamente, por não conseguir atingir esse resultado, vamos tender a pensar que, com muita probabilidade o devedor não teve a conduta devida.

Portanto é em nosso entender mais correto utilizar o termo de obrigação "de atividade" em vez do tradicional "de meios", precisamente porque é através dessa atividade que vamos aferir o cumprimento do contrato. Vamos assim apurar se o devedor teve ou não o comportamento devido na prestação, enquanto nas obrigações de resultado o facto de esse resultado não ser atingido faz com que se assuma que o devedor não teve, com muita probabilidade, comportamento devido.

Logo vamos ter que aferir como se mede esse comportamento que o devedor deve ter de forma a satisfazer o interesse do credor, seja em obrigações de atividade, seja em obrigações de resultado.

4.3 O comportamento devido no cumprimento da obrigação de atividade e no cumprimento de uma obrigação de resultado

A ilicitude na responsabilidade contratual acontece, primariamente, quando há a violação de um dever obrigacional, ou seja, quando há um cumprimento defeituoso ou incumprimento do contrato. Desta forma, e sendo a matéria das obrigações de atividade e obrigações de resultado matéria de ilicitude, teremos de analisar o ato ilícito de forma a perceber até que ponto os dois divergem.

Começar por dizer que, para Fernando Pessoa Jorge, quando analisamos o ato ilícito teremos de começar por analisar qual "o comportamento devido", isto é, "determinar com rigor os actos que o devedor ou agente devia ter praticado e não praticou"[119].

[119] Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 71

Este autor entende que quanto á determinação da conduta a que o devedor se encontra vinculado, essa não é a mesma para todas as obrigações, pois "o comportamento devido encontra-se mais definido numas do que noutras"[120]. O autor verifica que nas obrigações de depósito, mandato ou entrega de um bem vendido o conteúdo, ou dever, do comportamento que o devedor tem de ter será diferente. Logo considera que no caso do mandatário, em relação aos outros, "a inderteminação da prestação é maior…" pois fica "obrigado a realizar actos da mais diversa índole…", enquanto no caso do ato de quem entrega um bem vendido "o acto está quase perfeitamente delimitado…", ou seja, nas diferentes obrigações a forma de cumprimento será diferente, fazendo com que, necessariamente, a forma de aferirmos o incumprimento será também diferente.

Relembramos aqui o entendimento de Calvão da Silva, em que o devedor está sujeito simultaneamente a um resultado, o interesse do credor, e a uma conduta, que tem de ser tomada em cada obrigação para atingir o resultado último. Assim todas as obrigações são "de meios", mas como vimos preferimos "de atividade", e "de resultado", precisamente pois em todas elas o devedor tem de atuar com a diligência necessária de forma a cumprir o interesse do credor.

Ao analisar a palavra "diligência", presente principalmente na definição das prestações de atividade, Pessoa Jorge vai distinguir e dar grande importância á diligência normativa, sendo esta, "…o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever"[121].

O autor vai aplicar esta diligência normativa às obrigações, mais concretamente aos deveres que tem conteúdo indefinido, dando assim, especial relevância á diligência nos deveres de conteúdo indefinido. Esta diligência normativa vai ter relevo "na definição dos comportamentos implícitos na prestação ou dos comportamentos tendentes á remoção de obstáculos ao cumprimento"[122].

Quer estejamos numa prestação de conteúdo definido ou indefinido haverá sempre "uma margem de indefinição", sendo que a diligência normativa vai intervir "nessa zona de indefinição". Logo, o autor conclui que o comportamento devido "…delimitado em termos de diligência normativa é indefinível em abstracto: depende de todas as circunstâncias que rodeiam a actuação do sujeito e do fim que ele deve atingir"[123], isto é, que a diligência que o

[120] Ob. ult. cit. pág. 73
[121] Cf. Fernando Pessoa Jorge, ob. cit., pág. 76
[122] Ob. ult. cit., pág. 79
[123] Ob. ult. cit., pág. 80

devedor teve e deveria ter no cumprimento da obrigação só vai ser apreciada em concreto dependente das circunstâncias em que atua e do fim que pretende alcançar.

Assim vamos apreciar as circunstâncias em que atua o devedor e a medida da diligência vai ser "medida" de acordo com a própria natureza. Até as aptidões profissionais fazem com que a diligencia normativa varie, assim o dever de diligencia de um médico não será igual á de um leigo em medicina quanto á prestação de primeiros socorros numa situação urgente.

A diligência normativa também vai ser apreciada conforme o fim que se pretende alcançar, ou seja, mesmo que as prestações sejam idênticas "as actividades impostas ao devedor são concretamente diversas de caso para caso"[124]. Portanto também define o dever de diligência a probabilidade da lesão do direito de outrem[125].

É nesta diligência a que o devedor está adstrito que encontramos a relevância da matéria das obrigações de atividade e das obrigações de resultado. De facto verificamos que o cumprimento da obrigação está intimamente ligado ao comportamento do devedor, isto é, o comportamento que o devedor tem ou deveria ter tido.

O incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato pressupõe a ilicitude do comportamento devedor, ou seja, que este não atuou com a diligência devida.

Nas obrigações de atividade será, pela própria atividade que vamos apreciar se haverá ou não a diligência normativa. No caso em concreto dos médicos, o credor terá de provar que o médico não cumpriu as regras da arte médica, ou seja, que o médico violou a *legis artis* durante a sua atividade e os atos que praticou.

Pelo contrário nas obrigações de resultado a diligência vai-se apreciar pelo resultado obtido, pois, são obrigações que, pela sua natureza, o comportamento esperado do devedor atingirá, com grande probabilidade, determinado resultado. Assim caberia unicamente ao credor a prova que o devedor não conseguiu atingir o resultado, depreendendo-se logo á partida que o devedor não teria atuado da forma como era esperada.

Logo, um médico que faz análises clinicas ao paciente, se não fizer com perícia as análises e se enganar nos procedimentos e métodos, ao não atingir o resultado provável, fará com que, com muita probabilidade, pela simplicidade do procedimento se depreenda que o médico não cumpriu a *legis artis*, ou seja, sendo o procedimento algo tão simples que a atuação segundo a arte médica pressupõe determinado resultado, ao não conseguir produzir bem esse resultado (fazer com perícia o procedimento) deduzimos que a *legis artis* está violada (neste

[124] Ob. ult. cit., pág. 81
[125] Cf. ob. ult. cit., pág. 86

entendimento vai o acórdão do STJ de 4/3/2008:" I - Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos - art. 1154.º do Código Civil.

II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a prioristicamente naquela dicotómica perspectiva.

III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naqueloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.

IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico-cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as legis artes; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.

V - Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

VI - Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de actuação que observe os deveres gerais de cuidado.

VII - Se se vier a confirmar á posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise"[126]).

A distinção será da grande probabilidade do comportamento diligente do devedor produzir ou não determinado resultado. Ao analisarmos a atividade de um médico que faz determinada operação de risco não estará no domínio do médico o sucesso da prestação, sendo um

[126] Processo nº08A183

procedimento difícil e que até ao comportar-se, como o esperado pela *legis artis*, o médico não tem a certeza absoluta do sucesso da prestação.

Assim entendemos por obrigações de resultado aquelas que, se o devedor tiver o comportamento devido, o devedor vai atingir determinado resultado, sendo que, se não o atinge, se depreende que com grande probabilidade o devedor não teve o comportamento devido. Nas obrigações de atividade o devedor, ao ter um comportamento diligente, terá mesmo assim alguma indefinição quanto se o resultado se irá produzir. Nestas obrigações é a diligência da atividade, da conduta do devedor, que é apreciada, enquanto nas obrigações de resultado apreciamos a conduta do devedor mas relativamente ao resultado.

Logo entendemos normalmente que em regra, se o carpinteiro tiver a diligência normal no cumprimento da obrigação, irá com grande probabilidade cumprir o resultado, enquanto a cura do doente por parte do médico ou o ganhar de um processo por um advogado são atividades em que mesmo a diligência normal pode resultar numa incerteza maior do resultado. Como é óbvio o apreciar da diligência com base numa atividade é um processo bem mais complexo que apreciar a diligência nas obrigações em que a diligência se liga intimamente com o resultado.

Ao qualificarmos uma obrigação como de resultado ou de atividade temos, como é óbvio, de perceber se a diligência normal faz com que o devedor atinja um resultado ou se o devedor não se obriga a obter um resultado mas sim a praticar os atos necessários á prossecução desse resultado.

Percebemos portanto que a diligência normativa, ou seja, o comportamento devido do devedor no cumprimento está intimamente ligada às obrigações de atividade e às obrigações de resultado.

As obrigações de atividade (entendidas normalmente como "de meios") são como vimos anteriormente as obrigações em que o devedor se vai obrigar apenas a "desenvolver uma atividade ou conduta diligente em direção ao resultado final (realização do interesse primário do credor), mas sem assegurar que este se produza"[127].

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor "fica adstrito á produção de um certo efeito útil, que atua satisfatoriamente o interesse creditório final"[128]. Verificamos logo que a diferença está no resultado que o devedor se compromete a provocar nas obrigações de resultado, ao contrário das obrigações de atividade onde o devedor atua de forma a obter o resultado, mas não assegura que este se irá produzir.

[127] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 20
[128] Ob. ult. Cit., Pág. 20

Já enquadrámos a matéria das obrigações de atividade e de resultado quanto á ilicitude, adstrito ao comportamento ou conduta exigível do devedor ao cumprimento da obrigação.

Ricardo Lucas Ribeiro nota ao analisar os critérios de diferenciação entre estes dois tipos de obrigações (contudo chama "de meios" ás obrigações que entendemos ser "de atividade") que estes não devem ser alegados no ordenamento jurídico português pois a dicotomia destes dois tipos de obrigações nem tinha expressão legal[129].

Assim os critérios para as diferenciarmos no ordenamento jurídico português vai ser o da diligência normativa, ou seja, vamos apreciar as circunstâncias do cumprimento e o fim e qualificar conforme a probabilidade da conduta considerada normal do devedor se apreciar pela conduta ou pelo resultado.

4.4 Efeitos da diligência do devedor ligado a um resultado ou ligada a uma atividade

No último capítulo vimos que nas obrigações de atividade a diligência normativa vai ser apreciada em função da atividade que o devedor se obrigou a praticar e nas obrigações de resultado a diligência normativa do devedor apreciar-se-á se o resultado da prestação é ou não cumprido.

Resultam daqui logo dois efeitos imediatos: nas obrigações de atividade vamos apreciar o cumprimento da prestação a partir da conduta do devedor; enquanto nas obrigações de resultado vamos apreciar o cumprimento a partir do resultado obtido pelo devedor. Logo a conduta, nas obrigações de resultado, depreende-se em falta, pois, a conduta exigível naquelas obrigações se afere com o atingir do resultado da prestação.

Imaginemos que somos credores de duas obrigações, uma de atividade e outra de resultado. Por um lado vamos ser sujeitos a uma avaliação médica geral, do outro temos um empreiteiro que nos faz uma obra em nossa casa. Ora na avaliação médica, não nos queixamos de nenhuma maleita, sendo que os exames nada dizem ao médico, passado duas ou três semanas descobrimos em exames que temos um tumor maligno que se aloja no nosso corpo há seis semanas. Neste caso será a atitude do médico um incumprimento?

Em princípio não haverá nenhum incumprimento por parte do médico, precisamente porque ao estar adstrito a uma obrigação de atividade a sua atividade foi, á primeira vista normal, isto porque fez exames gerais e, não me tendo eu queixado de nenhuns sintomas, não podia o médico fazer mais do que aquilo para o qual ele se tinha obrigado, ou seja, fazer uma avaliação médica geral. Apenas estaria a incumprir a obrigação se, por exemplo, nos exames

[129] Cf. Ob. ult. cit., pág. 54

gerais fosse notório tal tumor, pelo que me caberia a mim de demonstrar que o médico teria violado o *legis artis*. Isto porque mesmo que fosse notório, poderia não ser notório para a maioria dos médicos de clinica geral e apenas os especialistas o poderiam detetar. Quanto ao empreiteiro que fez a obra na nossa casa a sua conduta seria mais depressa visível ou mais fácil de provar, se a obra não estava conforme o combinado ou se passado duas semanas a obra ruía, depreendíamos que o empreiteiro não tinha usado da diligência devida. Isto precisamente porque o resultado interessava para aferirmos a diligência usada pelo devedor no cumprimento da obrigação.

No caso específico da atividade médica iriamos apreciar a conduta de igual modo. Todo o ato médico se rege por uma *legis artis*, quer seja uma obrigação de atividade ou de resultado, mas, como é óbvio a atividade médica se rege em principio pela obrigação de atividade. A maior parte dos atos médicos não tem um grau de certeza quase absoluto o que faz com que apreciemos a diligência nos atos médicos, a maior parte das vezes, pela sua atividade.

Contudo há atos médicos que, precisamente pela evolução da *legis artis* ao longo dos tempos, se foram tornando atuações que estavam vinculadas a um resultado. Verificamos uma longa evolução só no último século, há cem anos ainda Alexander Fleming não tinha descoberto a penicilina, há cinquenta anos muitos médicos recomendavam tabaco para os nervos ignorando os malefícios para a saúde. Assim, como é óbvio, seria impensável que um médico, hoje em dia, recomendasse a um doente que se queixa de ansiedade fumar um maço de tabaco, isto porque, é entendimento das regras de arte médica atual que tal atuação constitui uma violação dessa mesma *legis artis.* Da mesma forma o conhecimento de alguns aspetos mais simples da medicina é, hoje em dia, conhecimento de grande parte da população, como por exemplo, que se tivermos uma gripe tomamos antibióticos.

Por isso alguns procedimentos médicos, hoje em dia simples são entendidos como obrigações de resultado, precisamente porque o seu grau de certeza quando realizados corretamente é quase absoluto, ou seja, a probabilidade de falharem é quase nula. Temos como estes exemplos as análises clínicas como já se encontra em alguma jurisprudência (por entendimentos jurisprudenciais) e em alguma doutrina (por entendimentos da doutrina).

É este o entendimento por exemplo na aplicação de próteses, determinadas cirurgias (cirurgia estética de embelezamento) como demonstra o acórdão do STJ de 17/12/2009 que diz acerca desta matéria que: “1 – Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria

estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que só o resultado vale a pena.

2 – Aqui, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor.

3 – Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o nº1 do art.799º do CC.

4 – Ao médico não basta, para cumprir esse ónus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente); é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das *legis artis*, foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco considerada e não dentro da percentagem em que normalmente a intervenção teria êxito"[130].

Logo verificamos que, quando o procedimento devido á evolução da *legis artis* não tem nenhum risco quando haja o comportamento devido do devedor, ao credor basta provar a não existência do resultado para se depreender que a atuação do médico não foi a melhor, ou seja, depreende-se que o médico violou a *legis artis*.

O critério que o julgador tem de ter ao querer qualificar a obrigação como de meios ou de resultado vai, no caso da medicina, de analisar através da diligência normativa se o comportamento a que o devedor se compromete será apenas a atividade ou, por outro lado, será um resultado, que resulte de uma atuação diligente que, quase com absoluta certeza, vai produzir o resultado da obrigação.

O paciente numa ação de responsabilidade médica terá de provar, na ilicitude, que o médico violou a *legis artis*, ou seja, as leis de arte da atuação médica. Nas obrigações médicas que se entendam de atividade a prova dessa violação será, logicamente, mais difícil pois ao credor não basta provar que não se curou da doença que padecia.

Se o médico atribui determinado tipo de tratamento ao paciente e este não melhora, ao paciente não basta demonstrar que o tratamento não tem qualquer efeito, tem sim de demonstrar que o médico, de acordo com a *legis artis*, não cumpriu a sua atividade de forma diligente, ou seja, que a atuação do médico foi errada de acordo com os princípios médicos e que o tratamento recomendado não se faz naquelas circunstâncias, ou que há, segundo a *legis*

[130] Processo nº544/09.9YFLSB

artis médica, um melhor tratamento para o caso. Verificamos que este pressuposto é de difícil prova, não sendo ao paciente fácil de provar que o médico violou a *legis artis*.

Nas obrigações de resultado a prova de ilicitude é mais simples bastando ao credor provar que não foi cumprido o resultado da prestação. Esse resultado é aquele em que a atuação médica diligente pressupõe o mínimo de risco e que, ao não atingir o resultado, se entende que o devedor não teve a diligência que deveria ter tido no cumprimento da obrigação. Precisamente por se tratar de uma atuação sem riscos é que se depreende que o devedor não atuou com a diligência devida, ou seja, que provavelmente não agiu segundo a *legis artis*.

Não é matéria fácil a distinção de quais são as obrigações de atividade e quais são as obrigações de resultado, precisamente porque vamos ter de avaliar sempre o que a normal conduta do devedor vai causar.

Contudo torna-se mais fácil ao pensarmos que, quando analisamos a conduta do devedor quanto ao cumprimento, conseguimos em cada obrigação específica delinear o que a diligência esperada do devedor causará e as próprias expectativas do credor. Assim sabemos que por mais saber jurídico que tenha um advogado poderá sempre perder uma causa, enquanto um empreiteiro médio ao atuar irá concluir a obra a menos que haja uma causa estranha.

Tudo isto está relacionado com a diligência com que o devedor tem de cumprir a prestação, mas nem sempre é fácil concluir se a conduta foi ou não a adequada, assim, pela natureza da obrigação, teremos mecanismos de analisar quais as condutas de qualquer devedor naquela situação e qual o resultado da sua atuação.

Sendo as obrigações de atividade e as obrigações de resultado elementos para avaliar a conduta devida pelo devedor ao cumprir a obrigação, vão estar relacionadas, no direito médico, com a violação das regras de arte, ou seja, a *legis artis* médica. Assim nas obrigações de resultado ao credor cabe provar que o resultado não foi atingido, depreendendo-se que a *legis artis* foi violada, enquanto, nas obrigações de atividade a prova que o credor tem de fazer da ilicitude do ato (cumprimento defeituoso) é a da violação dos deveres plasmados na *legis artis* médica nos atos efetuados pelo médico, devedor.

É portanto, uma prova mais fácil de fazer da ilicitude nas obrigações de resultado, isto é, para provar o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação o credor terá apenas de provar que o resultado da prestação não foi obtido. O incumprimento ou cumprimento defeituoso nas obrigações de atividade é provado somente quando o credor demonstra que o

devedor violou a *legis artis* médica na sua atuação, ou seja, que na sua atividade não teve a diligência devida pela *legis artis* médica, o que se torna uma prova mais difícil de se obter.

4.5 Prova da culpa nas obrigações de atividade e nas obrigações de resultado

Nas obrigações de atividade e nas obrigações de resultado, como já vimos, havia autores que entendiam que a presunção de culpa do devedor variava sendo afastada essa presunção em caso de uma obrigação de atividade e funcionava a presunção para obrigações de resultado. Anteriormente verificámos que esta distinção tem relevância na matéria de ilicitude, mais concretamente quanto ao cumprimento, não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação, sendo o facto do cumprimento diferente, pois nas obrigações de resultado apreciamos o cumprimento em função de um resultado, nas obrigações de atividade vamos escrutinar a atividade para saber se ela é vista como cumprimento da obrigação ou não.

Cabe ao credor provar a ilicitude da atuação em ambos os casos, ou seja, o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação, sendo, como é óbvio, mais fácil de demonstrar o não cumprimento numa obrigação de resultado pois, a não verificação do resultado é suficiente para pressupormos que não houve a diligência devida por parte do devedor.

Nas obrigações de atividade como o que vai ser avaliado quanto ao cumprimento é a própria atividade, a prova é mais difícil, tendo o credor que provar que a atividade desenvolvida pelo devedor não foi a que seria de esperar tendo em conta as regras da arte ou mesmo as regras de atuação em determinada situação.

Se o credor prova a ilicitude do ato, terá o devedor de afastar a culpa do não cumprimento como exposto no artigo 799º, nº1 do CC.[131]

---

[131] Isso é visível no acórdão do STJ de 15/12/2011, processo 209/06.3TVPRT.P1.S1, que explicita que: "III - Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as leges artis e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar.
IV - Importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se estamos perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.
V - Assente que o autor foi submetido a intervenção cirúrgica à coluna e nada mais se tendo provado que ajude a qualificar com precisão a obrigação, desconhecendo-se como surgiu a opção da sua submissão à intervenção cirúrgica, por iniciativa de quem, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido, se é que tal aconteceu, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, se foi informado dos riscos inerentes, resta então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente, estando cometida ao médico-cirurgião uma obrigação de meios.
VI - Sempre que se trate de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

Mas o que terá o devedor de fazer para afastar a culpa em ambos os casos visto que, num caso está em causa um resultado não obtido e no outro uma atividade que se prova que não é diligente e incumpre regras técnicas?

Primeiro teremos de apreciar a diferença entre a ilicitude e a culpa no âmbito da responsabilidade contratual, pois á primeira vista parece que atuam sobre o mesmo facto. Aqui também a grande confusão da doutrina ao aplicar á diferença entre as obrigações de atividade e as obrigações de resultado em matéria do ónus da prova. De facto, e como vimos anteriormente a presunção de culpa da responsabilidade contratual presente no art.799º, nº1 do CC será aplicada a todas as obrigações contratuais, sejam elas de atividade (ou "meios" como designam alguns autores) ou sejam de resultado. Caberá ao credor a prova dos outros requisitos da responsabilidade civil entre eles a ilicitude, onde inserimos as obrigações acima referenciadas.

A ilicitude e a culpa, na responsabilidade médica, são muito difíceis de distinguir e delimitar isto porque uma está inteiramente ligada á outra, ou seja, são dois pressupostos que estão profundamente ligados. Segundo Almeida e Costa enquanto a ilicitude "encara o comportamento do autor do facto sob ângulo objectivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto) ", a culpa "pondera o lado subjectivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto)"[132]. Portanto verificamos que a diferença essencial entre estes dois pressupostos está no juízo de censura emitido em cada um dos casos, na ilicitude é uma censura quanto ao próprio ordenamento jurídico em geral enquanto na culpa o juízo de censura é mais "pessoal", pois vai apreciar a conduta em concreto do agente.

Neste trabalho já falámos da diligência normativa e da conduta devida do agente quanto ao cumprimento da obrigação. Contudo na ilicitude vamos apreciar qual é o comportamento que o ordenamento jurídico entende como exigível. Assim o ordenamento jurídico entende que um médico que pratica uma determinada operação ou que está a zelar pela recuperação do doente terá um comportamento exigível diferente de um médico que faz uma análise simples ou que tira sangue ao paciente.

VII - Tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.
VIII - Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados".

[132]Cf. Mário Júlio Almeida e Costa, ob.cit., pág.530

Da mesma forma, o ordenamento jurídico não exige um comportamento igual a um advogado ou a um empreiteiro, precisamente porque a natureza das obrigações são diferentes. Já vimos que aqui se diferem as obrigações de atividade e as obrigações de resultado, precisamente porque o ordenamento jurídico entende que, de forma concreta, certa atividade já se vai apreciar em função do resultado obtido ou em função da atividade praticada.

Apesar do contrato de prestação de serviços exigir a obtenção de um resultado no artigo 1154º do CC, é evidente que no contrato de mandato a exigência não será igual da exigência no contrato de empreitada, pois a lei numa situação aprecia a obra do empreiteiro (resultado) e na outra situação aprecia os atos praticados no mandato (atividade).

A culpa já será um juízo "pessoal" da conduta e diligência do devedor (no caso da responsabilidade contratual), pois poderá haver situações em que a ilicitude do ato existe e não há causas para a exclusão da ilicitude, mas que essa censura á conduta pessoal do devedor não pode ser feita.

É por isso que a diligência é apreciada, de um modo, por duas vezes, tendo na ilicitude um sentido de apreciação se houve violação de um dever consagrado no ordenamento jurídico, e na culpa a apreciação vai apreciar se essa censura pode ser feita á atuação do devedor de um modo "pessoal". Dai que muitas vezes o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação não pode ser imputado ao devedor. Se, no exemplo do contrato de transporte o transportador não entregar a mercadoria por facto imputado a terceiro verificamos que, apesar de haver um incumprimento de um contrato, ou seja uma violação do dever de cumprimento dos contratos consagrado na lei, o devedor pode afastar a imputação desse incumprimento a si, ao alegar que houve uma intervenção de terceiros.

A culpa é apreciada, de acordo com o artigo 487º, nº 2 do CC, pela diligência do bom pai de família, isto significa que, a culpa vai ser apreciada olhando para a conduta do agente de acordo com os factos em concreto e na forma como deveria ter atuado em determinada situação. Vão ser analisados todos os fatores que poderiam ter influenciado o agente na sua conduta e vai haver ou não censura quanto á sua atuação. É assim apreciada em abstrato a culpa pois olhamos para a conduta que teria o homem médio naquela situação e a comparamos com o devedor.

Na responsabilidade médica olharemos para o chamado critério do profissional médico médio[133] pois consideramos que neste caso o médico "não pode atuar somente como um homem normal mas sim como um médico normal"[134].

[133] Cf. Vera Lúcia Raposo, ob. cit., pág. 93

A ilicitude e a culpa podem parecer compartimentos estanques e perfeitamente separados contudo na área médica teremos uma especial dificuldade em separá-los precisamente porque a maioria das obrigações médicas são obrigações de atividade. Nas obrigações de resultado o devedor afasta a culpa ao alegar um facto externo que condicionou a sua atuação pois, como vimos, a conduta normal do devedor iria atingir determinado resultado e somente uma atuação externa poderia impedir o resultado de acontecer. Vimos o exemplo do transportador que não entrega a mercadoria por causa de um facto imputável a terceiro. Nas obrigações de resultado não haverá grande ligação da ilicitude e culpa pois, á partida, delimitamos bem o que imputamos á conduta do devedor e no que a intervenção do terceiro teve influência para o não atingir do resultado.

Logo um médico em que as análises feitas não têm o resultado certo será provavelmente culpa do médico, mas pode o médico afastar esse juízo de censura pessoal ao alegar, por exemplo que foi o enfermeiro que alterou dolosamente os resultados.

No âmbito das obrigações de resultado encontramos uma maior diferença entre o ilícitude, que é o incumprimento do resultado, e da culpa, que o médico, no caso em apreço acima, afasta pois houve uma intervenção externa que condicionou o resultado. Isto significa que teremos mais facilidade em distinguir ilicitude e culpa quando apreciamos a conduta do devedor em função de um resultado.

Contudo esta distinção não será tão nítida em obrigações cujo incumprimento se aprecie em função da atividade desempenhada, isto é, vai ser mais difícil a distinção nas obrigações de atividade. Nas obrigações de atividade a conduta do devedor é apreciada não em função de um resultado mas sim em função dos próprios atos efetuados aquando a cumprir de uma atividade o que vai fazer com que a sua prova e censura sejam bem mais difíceis de conseguir. Para provar a ilicitude em caso de obrigações de atividade o credor terá de demonstrar que o devedor violou deveres que lhe foram impostos pelo desempenhar da própria atividade, sendo que no caso dos médicos tem que cumprir a *legis artis* médica, ou seja, as regras da arte médica que funcionam como os conhecimentos que são o essencial para alguém que pratique a atividade médica.

É normal que, por exemplo, quando se tire sangue ao paciente não se possa ter bolhas de ar dentro na seringa, precisamente porque se houver ar nas seringas que entram diretamente nas veias sanguíneas o paciente morre numa questão de segundos. Por isso os médicos tiram o ar todo das seringas antes de tirarem sangue ao paciente, sendo por isso parte dos conhecimentos

[134] Cf. Ob. ult. cit. pág. 94

médicos, isto é parte da *legis artis*. Se houver prova que o médico violou a *legis artis* haverá então uma censura pessoal sobre a conduta do médico?

Verificamos que na essência o facto em causa é o mesmo na prática, o que está em causa é a atividade do médico quanto ao apreciar a ilicitude e a censura á conduta do médico também será feita na apreciação da culpa. Se na ilicitude o credor prova que o médico viola a *legis artis*, na culpa vai-se apreciar se o médico pode provar que não violou essa *legis artis*, parecendo que o facto em apreciação se torna o mesmo. Nas obrigações de atividade a intervenção externa é indiferente, precisamente porque, a natureza destas obrigações denota que com grande probabilidade causas externas irão ser parte da obrigação, para que esta se faça apreciar pela diligência do devedor e não pelo resultado. Por exemplo um médico que trata o paciente está sujeito a que o tratamento não seja aceite pelo organismo do paciente, estando logo á partida a sua atividade sujeito a causas externas. Há assim autores que entendem que nas obrigações de atividade (contudo eles denominam-nas de "meios") o critério da apreciação da conduta do devedor é simultaneamente um critério de ilicitude/culpa (Pinto Oliveira) e por isso havia confusão em alguns autores ao atribuir a questão do ónus da prova da culpa ao credor nestas obrigações, precisamente porque entendiam que a culpa se apreciava pela violação da *legis artis* e por isso caberia ao credor. Contudo recusamos (e recusámos) essas doutrinas pois entendemos que a violação da *legis artis* vai ser primeiramente, e principalmente, uma questão de ilicitude e que caberá sempre ao credor a prova desta e de que, pelo contrário a prova da culpa estará por conta do devedor.

A violação da *legis artis* é a prova que o credor tem de apresentar para que essa ilicitude seja provada, pois, está em apreciação a conduta da atividade do devedor.

Enquanto nas obrigações de resultado essa prova é "mais fácil", pois basta provar que não houve o resultado para se provar a ilicitude nas obrigações de atividade somos obrigados a apreciar a atividade cabendo ao credor uma prova "mais difícil" e que qualifica a conduta do devedor como "não diligente". Parece realmente que ao dizer que o credor provou a *legis artis* estará a haver uma censura pessoal ao comportamento de devedor, e essa censura só é feita na apreciação da culpa.

Nas obrigações de atividade, ilicitude e culpa também serão diferentes, precisamente porque a prova feita pelo credor da ilicitude, ou seja, da violação da *legis artis* vai configurar uma prova de primeira aparência (ou prova *prima facie*). Esta é definida como aquela que "na demonstração da realidade dos factos (art.341º), não proporciona um juízo de certeza absoluta e de plena convicção no espírito do julgador, mas apenas um juízo de probabilidade bastante

assente nas lições práticas da vida e na experiencia do que acontece normalmente"[135]. Esta prova *prima facie* vai funcionar como uma presunção que houve uma violação da conduta caso seja provada a ilicitude cabendo depois ao devedor afastar a culpa, ou seja, essa presunção.

Normalmente falamos deste tipo de prova em sede de responsabilidade extracontratual devido á dificuldade da prova da culpa que cabe a quem alega o dano. Esta prova de primeira aparência é uma prova feita por quem está onerado de provar a ilicitude e que ao prova-la vamos pensar que, com muita probabilidade, houve culpa da parte contrária que poderá afastar esta prova.

Arriscamo-nos a dizer que, esta prova de primeira aparência não é única da responsabilidade extracontratual, aliás ela está bem presente e positivada no âmbito da responsabilidade contratual. Na responsabilidade contratual ao provarmos a ilicitude presume-se a culpa do devedor, como por exemplo, se o credor prova que o empreiteiro não construiu a parede vamos presumir que este terá culpa. Contudo fala-se na prova *prima facie* na responsabilidade extracontratual onde esta presunção de culpa não existe positivada (só em casos excecionais) e provar a culpa do lesante é tremendamente difícil. Logo a prova da ilicitude na responsabilidade contratual também é uma prova *prima facie*, pois depreendemos logo com grande probabilidade que haja culpa do devedor.

Nas obrigações de resultado esta prova de primeira aparência é o não atingir do resultado, o que se depreende que não houve a conduta devida do devedor, cabendo depois ao devedor afastar a presunção de culpa que impende sobre si. É esta prova de primeira aparência que importa na ilicitude pois, no âmbito da responsabilidade contratual, vamos presumir que houve culpa por parte do devedor. Assim, numa obrigação médica de resultado como o colocar de uma prótese, se o credor prova que a prótese não foi corretamente colocada haverá aqui uma prova de primeira aparência que nos permite concluir que, com muita probabilidade o devedor não adotou a conduta devida. O devedor terá de provar a causa externa para afastar a presunção de culpa, como por exemplo que a prótese teria um defeito que seria culpa do fabricante.

Nas obrigações de atividade também esta prova da ilicitude é prova de primeira aparência da violação da *legis artis*, ou seja, vai-se presumir que, muito provavelmente, houve violação da *legis artis* por parte do médico podendo depois o médico afastar a presunção de culpa a que está sujeito.

---

[135] Cf. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 387

É precisamente devido á dificuldade da prova da violação da *legis artis* por parte do médico, que o paciente apenas tem de provar que á primeira vista haverá violação da *legis artis*, cabendo depois ao médico afastar essa presunção. O médico conhece, obviamente, a *legis artis* melhor que o paciente que sendo leigo em matéria de ciência médica apenas pode alegar factos que com grande probabilidade violam a *legis artis*, e portanto o médico estará em maior proximidade com a prova que o paciente (art.344º, nº2 do CC)[136]. Depois da prova de primeira aparência da violação da *legis artis* caberá ao médico provar que não teve culpa na sua atuação e que não violou a *legis artis* na sua atividade.

É aqui que vai caber a ficha clinica do doente, com todos os passos dados pelo médico no tratamento do paciente e todas as suas conclusões. Para o médico afastar a sua culpa necessita de provar que atuou da forma indicada na *legis artis* e por isso necessita de saber muito bem como foi a sua atuação e esta ficha clinica pode ajudar em muito a "descodificar" a ideia do médico ao fazer determinado tratamento ou sugerir determinada terapia.

Paula Ribeiro de Faria entende que, para uma melhor apreciação destes casos de responsabilidade nestes casos o médico deve cumprir o seu dever de documentação. Para ela ao constar na ficha médica toda a informação médica do doente (tratamentos que fez, alergias, etc.) vai haver uma maior segurança do médico sempre que queira intervir a favor do doente. Entende assim que, "esta ficha clínica, e em geral, toda a documentação relativa ao doente, acaba muitas vezes por adquirir um valor fundamental em termos processuais e de prova, já que a informação deles goza de uma presunção de completude e correção, designadamente quando o testemunho de enfermeiros, ou de outros médicos, permite concluir que o que aí se encontra documentado corresponde aproximadamente ao que se passou"[137]. A ficha clínica que o médico elabora tem, assim, um valor probatório muito significativo pois, ao apreciá-la poderemos acompanhar melhor a atividade do médico e perceber algumas falhas e incorreções que haja na sua atuação.

Vamos poder avaliar melhor a atuação e censurar a atividade se tivermos os elementos que ajudaram e "incentivaram" o médico a adotar determinada conduta. É, a meu ver, a ficha clínica que o médico elabora do paciente importantíssima para determinar a conduta que teve (ou deveria ter tido) o médico, tendo o médico de documentar as informações médicas relativas ao paciente e as intervenções a que este se sujeitou.

---

[136]Cf. Vera Lúcia Raposo, ob. cit., pág. 109

[137] Cf. Paula Ribeiro Faria, *Os novos desafios da responsabilidade médica – entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento de dano*, in *Direito da Medicina: Eventos adversos, responsabilidade, risco*; Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2013, pág. 76

Para Vera Lúcia Raposo esta fundamentação de ser o médico a provar que não atuou com culpa deriva da proximidade com a prova. Diz a autora que "a posição do lesado depende em boa medida do conteúdo do seu processo clínico…" sendo que "esta regra pretende precisamente evitar que tais documentos desapareçam, sejam destruídos ou adulterados, como será o caso do médico que oculta a ficha clínica do paciente, ou que destrói a compressa que fora utilizada no doente e que era necessária para demonstrar certo facto"[138]. A autora vai basear-se também nas decisões de tribunais italianos e espanhóis, a primeira, do Corte di Cassazione italiano, referente a um médico que, alegadamente, teria errado no diagnóstico de um rapaz que se teria cortado com um copo. Em primeira instancia os tribunais italianos decidiram absolver o médico por não haver culpa, derivado da deficiente ficha clinica médica que estava incompleta. Contudo o Corte di Cassazione italiano decidiu de outra forma, fundamentando que as lacunas não serviam para afastar a culpa do médico mas sim para se presumir que o médico não teve a diligência devida pois o seu "processo clínico", ou ficha clínica", deveria estar completo se o médico atuasse com a diligência devida[139].

Na segunda decisão apreciada, do "Tribunal Supremo de España", o tribunal condenou um hospital público com fundamento em má prática médica, porque no caso da assitencia durante um parto na história cliníca da gestante faltavam vários dados fulcrais relacionados com o parto e o período do pós-parto[140].

Verificamos que por vezes algumas falhas na documentação de determinados factos médicos servem para concluir que houve uma violação da diligência a que o devedor está adstrito, faz notar que o médico não teve a conduta devida. Assim o médico para afastar a culpa nas obrigações de meios tem de demonstrar através da ficha clínica que tomou todos os procedimentos adequados e que teve toda a diligência e zelo na sua atividade.

Claro que se, como nota Paula Ribeiro Faria, se a ficha clínica está incompleta ou não existe, o médico pode provar a sua conduta devida através de prova testemunhal, provando "qual o seu juízo sobre determinada situação clínica", mas, como denota a autora, "a sua posição processual encontra-se aqui consideravelmente onerada"[141].

Notamos assim que a ficha clínica tem uma importância fundamental e essencial para apreciarmos a conduta do médico e que ela é importantíssima não só para se apreciar se o médico violou a *legis artis*, mas também, para saber se esse comportamento foi-lhe pessoalmente censurável ou não. O médico pode violar a *legis artis* mas, do ponto de vista da

[138] Vera Lúcia Raposo, ob. cit., pág. 109
[139] Corte di Cassazione, 5/07/2004, nº12273
[140] Tribunal Supremo de España, decisão de 2/1/2012, nº4/2012
[141] Paula Ribeiro Faria, ob. cit., pág. 76

culpa, o seu comportamento não lhe ser pessoalmente censurável precisamente de acordo com o critério do profissional médico médio, ou seja, pode o médico provar que o médico "médio" em condições normais, naquela situação, também iria ter a mesma atividade que o médico em questão. Imaginemos por exemplo que um médico trata um doente cuja doença se cura de determinada maneira de acordo com a *legis artis* mas que o médico não tem ao seu dispor os medicamentos ou o equipamento devido para fazer esse tratamento mais adequado e decide por outro com os medicamentos e equipamento á sua disposição, é lógico que não iremos censurar a atividade do médico por este não ter os meios adequados para efetuar essas diligências que manda a *legis artis* médica. Aqui é bem patente a separação que há na ilicitude e culpa na responsabilidade médica pois, neste exemplo, á primeira vista haverá ilicitude porque o médico viola a *legis artis*, mas quanto á culpa, a censura do comportamento da pessoa do médico não é possível precisamente porque se prova que ele não tinha á sua disposição meios para efetuar o tratamento daquela maneira recomendada. Por isso mesmo a ficha clínica em nossa opinião é que precisamos de ter acesso no processo de responsabilidade civil médica precisamente para perceber quais os passos dados pelo médico na sua atividade e perceber se houve realmente uma violação com culpa da *legis artis*.

Realmente a falta ou insuficiência desta ficha clinica indica, com grande probabilidade, que o médico não terá sido diligente na sua atuação, tendo o médico que recorrer a outros meios de prova (como a prova testemunhal) para afastar a sua culpa.

Assim a prova de forma a afastar a presunção de culpa do médico tem de ser feita de forma clara para que não restem dúvidas que a censura do comportamento do médico não é possível, precisamente pois a sua atividade não pode ser censurada.

Quer sejam obrigações de atividade ou obrigações de resultado, em ambos os casos terá de ser afastada a culpa por parte do médico, sendo nestas duas modalidades apenas diferente o facto que gera a ilicitude. Numas a ilicitude é alcançada com o não atingir de um determinado resultado, pois a apreciação da conduta normal do devedor se faz pelo resultado, isto é, a normal diligencia do devedor faria com que atingíssemos determinado resultado, ao não atingirmos, presumir-se-á que não houve a diligência exigida; noutras a ilicitude é alcançada com a violação de determinado comportamento considerado impróprio do devedor, ou seja, a apreciação vai-se basear nos atos e atividade praticados pelo devedor e, desta forma, a apreciação e prova por parte do credor vai ser mais difícil pois vamos ter de ter em conta as regras de atuação devidas, no caso dos médicos, a *legis artis* médica.

Naturalmente que se vamos apreciar factos ilícitos diferentes, de um lado a atividade e do outro o não atingir do resultado, a prova da culpa por parte do devedor será apreciada de forma diferente, sendo mais fácil o afastar da culpa nas obrigações de atividade pois, teremos de apresentar elementos de prova como a ficha clinica que expliquem a nossa atuação e sejam mais claros de qual o nosso entendimento quando praticámos determinado ato. Do outro lado é mais difícil afastar a presunção de culpa no caso das obrigações de resultado, pois vamos ter de alegar um fator externo para o não atingir de determinado resultado, isto é, vamos ter que provar a intervenção de um facto externo á relação jurídica que influenciou a nossa atuação, o porquê de não atingirmos o resultado.

Verificamos assim que a atividade médica tem de ter cuidados com a documentação dos processos e estados clínicos do paciente para que, não só, a intervenção seja mais segura, como haja um elemento de prova importante que afaste a culpa do médico quando confrontado com possível ato ilícito deste. O dever de documentação e elaboração de uma ficha clínica completa é imperativo na atividade médica, que tem de ser "transparente" para o paciente, de forma a funcionar como um elemento de maior confiança do paciente na atuação do médico.

5. Apuramento do tipo da obrigação; se a obrigação é de atividade ou se a obrigação é de resultado

5.1. Obrigações de atividade e obrigações de resultado na prestação médica – critérios de distinção

Falamos até aqui da diferença das obrigações de atividade e de resultado e vimos os efeitos que teríamos ao qualificarmos uma obrigação numa destas categorias. Reparámos que as obrigações de atividade e obrigações de resultado são aferidas conforme a natureza da relação obrigacional e que a sua diferença é essencial para permitir perceber se houve ou não um cumprimento da obrigação a que está vinculado o devedor.

Ao analisar em concreto as obrigações a que estão vinculados os médicos verificamos que, hoje em dia, já há atividades praticadas pelo médico cujo cumprimento se afere pelo resultado produzido por este, e não unicamente pela atividade que este praticou.

Assim e de forma a podermos qualificar mais corretamente a natureza da obrigação a que o médico está vinculado teremos de conseguir arranjar um critério que possamos aplicar com a maior exatidão e a maior segurança, para que não haja injustiças evidentes quanto á forma como vamos avaliar o cumprimento da obrigação do médico (pela atividade ou pelo resultado) e quanto aos direitos e expectativas do paciente (credor).

Ricardo Lucas Ribeiro fala destes critérios de diferenciação entre obrigações de atividade (a que o autor denomina "de meios") e obrigações de resultado, dividindo assim esses critérios em objetivos (aqueles em que importava a natureza da prestação) e subjetivos (aqueles que se referiam á situação pessoal das partes)[142] [143].

Como critérios de distinção entre obrigações de atividade e obrigações de resultado subjetivos entendem estes autores ser o critério da situação pessoal do devedor e o critério dos direitos do credor.

O primeiro critério foi sugerido por Demogue e distinguia as obrigações consoante o devedor fosse profissional liberal, caso em que haveria uma obrigação de atividade (ou "de meios), ou o devedor estivesse a praticar um "ofício", caso em que estaríamos perante uma obrigação de resultado. Para o autor as profissões de médico ou advogado, profissionais liberais, contrastava com profissões como de pedreiro, que via como ofícios e que, portanto a técnica apropriada iria conduzir a um resultado.

---

[142] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, Ob. cit. pág., 53 e segs.

[143] Vem esta divisão do autor na mesma linha que Joseph Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, págs. 128 e segs

Este critério não é, sem dúvida, admissível para a distinção pois, para além da distinção entre profissionais liberais e quem pratica ofícios ser muito controversa, há situações em que o médico se compromete a obrigações de resultado, mesmo o advogado, fazendo com que este critério não possa ser aceitável. É verdade que há diferença na obrigação a que se vincula o pedreiro e o médico, contudo essa diferença não é passível de ser avaliada por estarmos perante uma profissão liberal ou ofício.

Por sua vez o critério dos direitos do credor referia que caso o contrato afetasse a vida ou integridade física do credor haveria uma obrigação de resultado, enquanto se o contrato determinasse "obrigações destinadas a evitar um dano de natureza puramente económica ou moral"[144], estaríamos perante uma obrigação de atividade.

Obviamente que logo á primeira vista se repara que as obrigações dos médicos, geralmente de atividade, seriam sempre, por este critério, obrigações de resultado, o que consideramos inadmissível. Assim também teremos de considerar inadmissível este critério.

Quanto aos critérios objetivos, ou seja, aqueles que dizem respeito á natureza da prestação, temos três: o critério da aceitação dos riscos, o critério da maior ou menor determinação da prestação prometida e o critério da álea.

No primeiro entende-se que há dois elementos, "a produção de um dano e a colocação voluntária do lesado numa situação potencialmente danosa"[145]. O julgador vai assim apreciar a prestação do devedor e depois a ação do credor de forma a perceber qual a aceitação dos riscos que este teve. Contudo esta teoria não é universal e o próprio autor admite que só num pequeno número de casos é que se aplica (por exemplo no transporte gratuito ou participação em desportos violentos, como o boxe[146]).

Na segunda teoria cada vez que uma pessoa se obriga a uma prestação "determinada", "com contornos jurídicos e materiais precisos"[147], estaremos perante uma obrigação de resultado, enquanto se o devedor não assegurar o fim a alcançar estaremos numa obrigação de atividade. Esta teoria não possui uma linha separatória que nos permita saber até que ponto a obrigação está mais determinada ou menos determinada, pois não há elementos concretos neste critério que diferenciem a prestação mais determinada da menos determinada.

Por fim temos o critério da álea[148] em que vamos apreciar se a realização da obrigação será aleatória ou se a realização desta não é aleatória. Isto significa que nas obrigações de

[144] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 61
[145] Ob. ult. cit., pág. 56/57
[146] Ob. ult. cit., pág. 57
[147] Ob. ult. cit., pag.58
[148] Apontado a Mazeaud…, Ob. cit., pág. 15/16

atividade a diligência normal usada pelo devedor terá um grande risco de probabilidade de não concretizar o resultado desejado pelo credor; enquanto nas obrigações de resultado a obrigação a que o devedor está vinculado poderá com grande probabilidade ser efetuada, pois o uso da diligência "normal" usada para o cumprimento da obrigação configurará com grande probabilidade um certo resultado. Assim pensamos o que distingue a obrigação a que se propõe o médico e a que se propõe um pedreiro, a generalidade das obrigações do médico tem probabilidades de sucesso muito aleatórias, ou seja, não tem na generalidade uma certeza ou probabilidade de sucesso muitíssimo elevada.

Pensamos assim num tratamento oncológico que o médico "médio" ao agir nestes casos terá sempre uma incerteza no resultado da sua obrigação, sendo que a diligência do médico "médio" neste caso fará com que a probabilidade de realização da obrigação não seja altamente aleatória, ou seja, não é altamente provável que o resultado seja alcançado pera "normal" diligência do médico "médio".

Quem fala no médico pode falar noutro devedor qualquer num caso de uma obrigação de atividade, este tipo de obrigação é precisamente medido em função dos atos praticados pelo devedor (portanto pela atividade praticada pelo devedor) precisamente porque se percebeu que há determinados tipos de obrigações em que a diligência exigida (e exigível) ao devedor "médio" faz com que o resultado do processo não seja altamente provável, e por isso se avalia o cumprimento deste tipo de obrigação pela atividade levada a cabo pelo devedor.

Para fazer a parede de uma casa, na esmagadora maioria dos casos, teremos um determinado processo, certo, que fará que com grande probabilidade a parede seja concluída. Assim medimos estas obrigações pelo resultado e o cumprimento está dependente desse resultado que com grande probabilidade irá ser alcançado.

A diferença está obviamente na probabilidade de sucesso do devedor ao cumprir a obrigação com a diligência "média", o que faz com que releve depois a forma de apreciação do cumprimento.

Apesar de ser a tese que "goza de maior aceitação doutrinal e jurisprudencial"[149], esta teoria também tem contra si críticas, nomeadamente a que em todas as obrigações existe algo de aleatório e que haveria dificuldade em distinguir as obrigações aleatórias daquelas que comportam um risco normal.

Este argumento crítico ao critério da álea não pode ser adotado. Primeiro porque parece que os críticos se esquecem que, é a maior probabilidade da diligência do devedor causar um

[149]Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., pág. 56

resultado que define o critério e não a aleatoriedade da obrigação. Claro que qualquer obrigação é aleatória e que há riscos nas obrigações, contudo é evidente que numas obrigações a conduta do devedor "médio" terá uma grande probabilidade de certeza enquanto noutras essa conduta do devedor terá uma menor probabilidade de atingir um resultado último. Daí que nas obrigações com maior probabilidade de atingirmos um resultado o cumprimento da obrigação será pelo resultado atingido pois pressupõe-se que o devedor teve a conduta exigida, precisamente porque essa conduta com grande probabilidade causa o resultado. Nas obrigações em que a probabilidade não é "quase certa", o cumprimento destas obrigações será aferido pela atividade praticada pelo devedor, precisamente porque não haverá grande probabilidade de um resultado.

Dizer que não se aceita que numas há uma probabilidade "quase certa" de atingir um resultado e noutras a probabilidade não é "quase certa", e dizermos que em todas as obrigações são aleatórias é dizer o mesmo, ou seja não estamos a negar a teoria, precisamente porque até nas obrigações com probabilidade "quase certa" de atingir um resultado se admite que todas as obrigações são aleatórias.

Este argumento crítico a meu ver é profundamente errado pois as obrigações têm apenas grande probabilidade de certeza de um resultado ou não. Este argumento é semelhante ao dizer que não podemos admitir obrigações de atividade e de resultado porque todas as obrigações têm um resultado, onde é óbvio que apesar de todas as obrigações terem um resultado, numas o cumprimento é aferido pela atividade do devedor e noutros pelo resultado alcançado pelo devedor, ou seja, são argumentos críticos que estão errados pois não criticam a questão de fundo mas apenas uma parte superficial sem nunca se preocuparem com a questão realmente a ser discutida.

Da parte da jurisprudência podemos encontrar este entendimento explicitamente descrito no acórdão do STJ, 7/10/2010, ao dizer que, "O critério distintivo entre obrigações de meios (ou de pura diligência) e obrigações de resultado, reside, respectivamente, no «carácter aleatório» ou, ao invés, «rigorosamente determinado» do resultado pretendido ou exigível pelo credor"[150]. Este critério tem aceitação jurisprudencial precisamente pois a diferenciação entre as obrigações de atividade (aqui no acórdão denominada "de meios") e as obrigações de resultado vai só poder ser aferida no caso em concreto.

Entendemos por isso que o critério da álea é, sem dúvida, o melhor critério para distinguir as obrigações de atividade e as obrigações de resultado. De facto numa obrigação de resultado há

[150]Processo 1364/05.5TBBCL.G1

uma grande probabilidade de certeza no atingir de um resultado, isto é, a conduta "normal" do devedor irá causar o resultado. Como já vimos anteriormente a questão das obrigações de atividade e obrigações de resultado vão inserir-se na matéria do cumprimento da obrigação, ou seja, na ilicitude em caso de incumprimento. É óbvio que pode o transportador, que com grande probabilidade de certeza cumprir a obrigação, não atingir o resultado, porque, por exemplo, houve um acidente provocado por terceiro que o fez perder a mercadoria. Ora aqui verificamos que o elemento da ilicitude, ou seja incumprimento da obrigação, está preenchido, mas o elemento da culpa será possível de afastar o devedor devido a intervenção externa de terceiro.

Contudo este critério da aleatoriedade, ou probabilidade, terá de ter em conta do que pode ser exigido na relação contratual pelo devedor e pelo credor. Por isso umas análises clínicas são um ato médico que se entende como uma obrigação de resultado, precisamente porque a evolução das práticas médicas fez com que em muitos casos tornasse um procedimento que o devedor, ao ter a conduta "normal" no cumprimento da obrigação, terá uma quase certeza no atingir de um certo resultado.

Pode haver casos em que as obrigações de resultado possam considerar-se obrigações de atividade, precisamente por a certeza não ser assim tão grande como na generalidade dos casos. Assim pode haver máquinas de análises com margem de erro ínfimas por uma clínica em Lisboa, mas noutro ponto do país haver uma máquina tão avançada cujo grau de certeza ainda não é tão certo como a generalidade.

Se o doente necessita de fazer análises em Moura e o Hospital ou centro de saúde dessa região não tem o equipamento que lhe de certezas quase absolutas haverá uma obrigação de atividade, enquanto em Lisboa que o equipamento dá garantias quase certas do atingir de um resultado correto haverá uma obrigação de resultado.

Assim os compartimentos de obrigações de atividade e de resultado não são estanques, ou seja, não é por uma certa obrigação num caso ser considerado obrigação de resultado que noutro parecido não poderá configurar uma obrigação de atividade.

Claro que duas análises clínicas, na mesma clínica, em espaços temporais próximos serão configuradas da mesma maneira, por exemplo, se uma clínica tem uma máquina cujo erro é quase nulo e há duas análises feitas na mesma máquina, nas mesmas condições, será exigível que configurem obrigações de resultado evidentemente.

Agora se uma clínica tem uma máquina que tem grande margem de erro para as análises e adquire uma máquina nova, com grau de certeza quase certo, é óbvio que a análise feita pela

máquina com grau de certeza grande configurará uma obrigação de resultado, enquanto a outra, provavelmente, uma obrigação de atividade pois a máquina em que foram feitas essas análises tem grande margem de erro.

Logo as análises não foram feitas nas mesmas condições, o que faz com que necessariamente haja uma apreciação diferente. Também assim é quanto aos aspetos temporais, ou seja, com o passar do tempo a arte médica evolui, os processos vão ficar, evidentemente, mais certos e eficazes, e por isso, algo que hoje pode configurar uma obrigação de atividade, como a eliminação de um tumor maligno, daqui a vinte ou trinta anos poderá configurar uma obrigação de resultado, precisamente porque a arte médica poderá ter evoluído de tal forma que esse procedimento seja tão simples como o curar uma constipação.

Teremos de ter ainda em atenção, como é lógico, a vontade das partes e o que contrataram, podendo ser admitido que um médico se obrigue a atingir determinado resultado com grande probabilidade e ser assim apreciado o seu cumprimento, bem como o médico dizer ao paciente que a sua atividade não terá um grau de certeza assim tão grande como a que ele pensa que poderá ter. É na falta de vontade expressa dos contraentes que iremos aplicar este critério, pois, sem a sua vontade apenas poderemos pressupor quais as expectativas exigíveis, ou seja, aquelas que na generalidade poderiam exigir, sendo que em caso da declaração expressa, das partes, poderemos aferir as expectativas exigidas por ambas.

5.2 Autonomia da vontade e cláusulas limitativas de responsabilidade civil

5.2.1 Cláusulas de transformação de obrigações de atividade em obrigações de resultado, e de obrigações de resultado em obrigações de atividade

No último ponto dissemos que o critério para aferir se estamos perante uma obrigação de atividade ou uma obrigação de resultado será o da aleatoriedade da prestação, pois afere-se consoante a natureza da própria obrigação pois, nas obrigações de resultado a diligência do devedor médio naquelas condições fará com que haja um certo resultado com uma grande probabilidade, e nas obrigações de atividade a diligência normal do devedor fará com que não haja uma probabilidade quase certa de obter um resultado e o que interessa ao credor são os atos e atividade desempenhada pelo devedor.

Contudo notamos que a natureza das obrigações de atividade e de resultado irá resultar do contrato efetuado pelas partes, ou seja, é através da análise da obrigação a que o devedor se obriga no contrato que vamos poder aferir qual a obrigação que temos presente.

A natureza e o objeto do contrato vão resultar das declarações de vontade das partes pois ao aferir a vontade das partes e interpretar as suas declarações negociais vamos conseguir apurar que ato médico, no caso da atividade médica obviamente, o devedor se obrigou a praticar.

Assim e aceitando o ensinamento de Mota Pinto "a interpretação nos negócios jurídicos é a actividade dirigida a fixar o sentido e alcance decisivo dos negócios, segundo as respectivas declarações integradoras"[151]. Teremos então de analisar as declarações de vontade e fixar qual a vontade do paciente no procedimento, quais as suas expectativas, e qual a atuação do médico a que este, objetivamente, se obriga.

Já vimos que do contrato médico resultam as obrigações e deveres do médico, os deveres do paciente (até porque se acorda o pagamento pela prestação de serviços prestados) e outros detalhes da obrigação entre médico e paciente.

Agora vamos analisar concretamente as cláusulas que podem inserir as partes no contrato, mais concretamente as cláusulas que aferem se estamos perante uma obrigação de atividade ou uma obrigação de resultado, ou seja, se as partes podem alterar aquilo que comummente se determina como obrigação de atividade e transformá-la numa obrigação de resultado, e vice-versa.

Como vimos até aqui as obrigações de atividade e as obrigações de resultado são elementos quanto á natureza da própria obrigação que relevam em matéria do cumprimento da obrigação, sendo que nas de atividade o cumprimento da obrigação vai ser aferida pela atividade praticada pelo devedor enquanto nas obrigações de resultado esse cumprimento será aferido pelo resultado obtido pelo devedor. Relevam assim, no caso de responsabilidade contratual na matéria de incumprimento/ilicitude.

Á primeira vista nota-se que nas obrigações de atividade a prova de incumprimento é mais difícil por parte do credor e este tem um pesado ónus, pois terá de provar que a atividade desenvolvida pelo devedor não foi a adequada e deveria ter sido outra. Fazer com que o credor prove este incumprimento é, indiscutivelmente, mais difícil que o credor provar através de um resultado que houve incumprimento da obrigação.

Assim é, sem dúvida, o regime da prova das obrigações de atividade mais favorável ao devedor e o regime de prova das obrigações de resultado mais favorável para o credor (em comparação com o regime de prova das obrigações de atividade).

[151] Cf. Carlos Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 3º Edição actualizada, 11ª Reimpressão,Coimbra Editora, 1996, pág. 444

Vamos assim ter de analisar o tema das cláusulas de limitação e de exclusão de responsabilidade civil para verificar se será correto aceitar a validade destas cláusulas na responsabilidade civil médica, e se poderemos aceitar a validade de cláusulas que transformam obrigações de atividade em obrigações de resultado e vice-versa.

Ricardo Lucas Ribeiro vai defender que em princípio estas cláusulas terão de ser validadas quer na transformação de obrigações de atividade em obrigações de resultado, quer na transformação de obrigações de resultado em obrigações de atividade[152]. Lucas Ribeiro defende que as partes serão soberanas nesta matéria, mas que a vontade das partes terá de ter limites. Defende que nos casos em que o médico, sujeito a uma obrigação de atividade, prometa determinado resultado essa cláusula de conversão da obrigação de atividade em obrigação de resultado será válida.

Também admite este autor que a transformação de obrigações de resultado em obrigações de atividade será válida pois haverá, segundo ele, uma presunção de ilicitude alargada á culpa nas obrigações de resultado e que as partes podem afastá-la impondo ao credor o ónus de provar a ilicitude e nexo de causalidade em caso de litígio.

António Pinto Monteiro[153] defende o oposto, dizendo que em nenhum caso são permitidas cláusulas de limitação e responsabilidade civil por motivos de ordem pública. Este autor defende que o médico está vinculado a deveres de ordem pública e não poderá "por via de cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, sem essas cláusulas, incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituiriam na obrigação de indemnizar o doente, designadamente por qualquer culpa sua ou dos seus auxiliares"[154].

Para Pinto Monteiro "estão em causa valores (…) cujo respeito e protecção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula exoneratória hipoteticamente aceite pelo doente"[155].

Seguindo entendimento de Pinto Monteiro relativamente á matéria também me parece que na atividade médica estas cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade poderão ser permitidas precisamente porque os médicos estão sujeitos a valores e princípios de ordem pública na sua atuação.

---

[152] Cf. Ricardo Lucas Ribeiro, ob. cit., págs. 66 e segs

[153] António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento Vol. XXVIII, Coimbra, 1985, págs. 309 e segs.

[154] Cf. Ob. ult. cit. pág. 310

[155] Ob. ult. cit. pág. 310

Ao artigo 809º do CC expressamente proíbe a as cláusulas em que o credor renuncie aos seus direitos, remetendo depois a exceção á regra par ao artigo 800, nº2 do CC. Aqui é expresso que a exclusão ou limitação da responsabilidade será nula quando não compreenda violação de deveres impostos por ordem pública. Significa assim que, no caso de estarem em causa deveres de ordem pública essas cláusulas serão evidentemente nulas.

Os médicos estão sujeitos como é óbvio aos deveres da *legis artis* médica, bem como a deveres profissionais e deontológicos. Parece óbvio que o médico está sujeito a deveres de ordem pública, como por exemplo no artigo 5º, nº2 do CDOM que diz expressamente, quanto aos deveres dos médicos, que: "O médico não deve considerar o exercício da Medicina como uma atividade orientada para fins lucrativos, sem prejuízo do seu direito a uma justa remuneração". Está aqui plasmado um exemplo de um motivo de ordem pública que obriga os médicos a seguirem os deveres deontológicos em detrimento de uma atividade que persegue fins lucrativos.

O médico está sujeito a uma missão, e essa missão a que está sujeito é de ordem pública, tendo o médico de aplicar a sua arte a favor do doente, e não do lucro ou ganhos económicos. Obviamente que terá de ser justamente ressarcido pelos serviços que presta, contudo, na sua atuação está sujeito a valores deontológicos, valores de ordem pública, que o impedem, obviamente, neste caso, de limitar a sua responsabilidade perante o paciente.

É óbvio que nas obrigações de atividade e de resultado no ato médico as cláusulas não serão válidas, mas e nas restantes hipóteses de obrigações de atividade e de resultado fora da responsabilidade médica?

A resposta terá de ser negativa, isto precisamente por causa de valores da ordem pública e porque, parece-nos que a própria lei não permite essa construção.

Relembramos que a matéria das obrigações de atividade e de resultado releva quanto ao cumprimento da obrigação, ou seja, á ilicitude do comportamento do devedor. Vimos que estas obrigações são diferenciadas por critérios de aleatoriedade e pela própria natureza da obrigação a que o devedor se obriga.

Parece contrário á ordem pública permitir às partes que alterem a natureza da obrigação quanto ao seu cumprimento até porque isso iria causar não só injustiças como questões de aproveitamento de uma das partes nesse facto. Por exemplo, um transportador de mercadoria transformar a sua obrigação de resultado numa obrigação de atividade seria não só injusto como do ponto de vista prático seria impossível, então como é que o credor aferia o cumprimento da obrigação senão pelo resultado? Então se comprarmos um móvel e o

transportador se obriga a transportar o móvel de que outra forma eu poderia aferir o seu cumprimento senão unicamente pelo facto de me ter entregado o móvel? Não podemos, precisamente porque o que caracteriza cada obrigação, neste caso de atividade e de resultado, é o facto do comportamento diligente do devedor ir com muita probabilidade obter um resultado ou não. Precisamente por a incerteza ser grande de conseguir um resultado em alguns procedimentos médicos é que se mede o cumprimento pela atividade, ou seja, é a natureza da obrigação que importa. Se a natureza da obrigação é que o resultado é quase certo então não podemos dizer que será incerto. Se transformarmos a obrigação de resultado que o transportador tem ao trazer-me um móvel em obrigação de atividade não teremos meio de aferir o cumprimento da obrigação.

Iriamos apreciar se o transportador teria cumprido a obrigação com a sua atividade? Apreciando se o transportador tratou bem o móvel, ou se fez as curvas de forma devida? Obviamente que só podemos aferir o cumprimento pelo resultado pois é nele que a obrigação se funda.

Não contratamos um transportador para "passear a mercadoria", mas sim para cumprir um resultado de entregar a mercadoria e entregá-la nas melhores condições.

Assim não pode ser válida a transformação de obrigações de resultado em obrigações de atividade, pois estas obrigações dizem respeito á natureza da própria obrigação quanto ao seu cumprimento, o que faz com que não possam ser alteradas pelas partes. O contrário também é verdade, a transformação de obrigações de atividade em obrigações de resultado é inválida, pois o cumprimento da obrigação de atividade depende de uma grande incerteza.

As obrigações de atividade e de resultado têm relevância na matéria do cumprimento da obrigação, e por isso não podem ser sujeitas a cláusulas que limitam ou excluem a responsabilidade civil. A natureza da obrigação é que determina o tipo de obrigação, se de atividade, se de resultado.

Contudo há cláusulas admitidas no contrato de prestação de serviços médicos e são essas cláusulas as cláusulas de garantia.

5.2.2 Cláusulas de Garantia no contrato médico

Anteriormente neste trabalho foi referenciada a questão das obrigações de garantia sendo estas aquelas em que o devedor "assume o risco da não verificação do efeito pretendido"[156]. As obrigações de garantia aparecem muitas vezes ligadas às obrigações de atividade e de

[156] Cf. Mário Júlio Almeida e Costa, ob. cit., pág. 972

resultado, principalmente pois estas obrigações têm efeitos relevantes quanto ao não cumprimento do devedor.

Como vimos para alguns autores a matéria das obrigações de atividade e de resultado teria efeitos quanto ao inadimplemento da obrigação por culpa do devedor, contudo como vimos também, não aceitamos essa relevância pois, como exposto anteriormente, relativamente a essa matéria, principalmente quanto a impossibilidade objetiva e subjetiva da prestação será relevante, isso sim, o de saber se a obrigação é fungível ou infungível.

A obrigação de garantia será sem dúvida matéria do não cumprimento da prestação imputável ao devedor precisamente porque esta obrigação importa apenas quando há incumprimento.

Ao analisarmos as obrigações de garantia verificamos que, ao contrário das obrigações de atividade e das obrigações de resultado, estas obrigações não terão "fundação" na natureza da obrigação até porque elas não nascem da obrigação em si, mas si de cláusulas ou uma obrigação por parte do devedor de, com certeza absoluta, conseguir obter determinado resultado certo.

As obrigações de garantia nascem, assim, de uma cláusula no contrato em que o devedor assegura a cem por cento que irá fazer algo ou cumprir determinado resultado, assumindo os riscos inerentes ao não cumprimento da obrigação. Por exemplo, o médico que assegura ao paciente que irá usar um determinado procedimento e não outro diferente ou que vai conseguir a cura da sua doença sem nenhuma dúvida. Ou mesmo exemplo de um transportador que assegura a cem por cento que entregará a mercadoria sem estragos pois não haverá qualquer acidente no percurso.

Nas obrigações de garantia por isso nem a impossibilidade subjetiva, nem a impossibilidade objetiva exonerarão o devedor pois "este assumiu o risco da não verificação do resultado ou efeito pretendido, pelo que ficam a seu cargo as circunstâncias fortuitas ou de força maior que tornem impossível o cumprimento da prestação"[157].

Logo, conclui Pinto Monteiro, "ainda que não haja culpa do devedor, mesmo que o cumprimento se tenha tornado impossível por força das circunstâncias exteriores, impossíveis de prevenir e/ou suportar, o credor tem a garantia de que o devedor responderá pela não obtenção do resultado prometido"[158].

Assim as cláusulas de garantia funcionarão como uma aceitação do risco por parte do devedor o que fará com que a posição do credor fique, claro, favorecida mas resultante da vontade das

[157] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 266/267
[158] Cf. Ob. ult. cit. pág. 266/267

partes o que nos faz depreender também que muitas vezes se o devedor não garantisse a cem por cento determinado facto o credor poderia ficar "sem confiança" no devedor e só por haver determinada garantia é que o negócio se concretiza.

Contudo não vamos entender que estas cláusulas possam ser válidas no âmbito da atividade médica, precisamente por valores de ordem pública e por valores inerentes á confiança do médico e do paciente.

Verdade que as partes tem liberdade contratual e podem adicionar as cláusulas que lhes aprouver, claro nos limites da lei, mas a atividade médica é uma atividade regida por princípios que impedem que essas cláusulas possam ser admitidas.

Como diz André Dias Pereira, "pode-se questionar se este tipo de cláusulas é compatível com o tipo de certos actos médicos que se afiguram aleatórios por natureza e com o princípio de independência dos médicos.

Permitir que o médico se coloque numa situação de total subordinação á vontade do paciente ou que oriente a sua acção no sentido de alcançar um determinado resultado prometido pode afigurar-se contrário á ordem pública (art.280º, nº 2 do CC) "[159].

Realmente o médico não deve permitir que o paciente possa interferir na sua atuação, se o paciente contrata com o médico é precisamente pela relação de confiança que terá de existir entre médico e paciente, e não através de cláusulas de garantia.

O médico é procurado precisamente para aplicar a *legis artis* médica da melhor maneira ao paciente, é a ele que cabe a decisão de como tratar o paciente, podendo escutar e dialogar com o paciente para saber, por exemplo, dentro de alguns tratamento quais deste prefere, mas a atuação do médico não pode estar condicionada unicamente com a vontade do paciente pois é ao médico que cabe a escolha das melhores terapias naquele caso em concreto. Ao paciente cabe aceitar ou não as indicações e sugestões do médico mas nunca impor a sua vontade para que a atuação do médico esteja vinculada unicamente a essa vontade.

O médico ao aceitar isso até estará a violar deveres deontológicos de independência e atuação segundo a *legis artis* pois essa subordinação é, precisamente, uma violação da profissão médica.

Pelo contrário também se o médico garantir que um procedimento é cem por cento certo quando há, isso sim, uma aleatoriedade no sucesso da obrigação, estará também o médico a violar a *legis artis* pois o médico não estará a prestar um devido esclarecimento, e o facto de

[159] Cf. André Dias Pereira, ob. cit., pág. 434/435

sugerir um sucesso certo num procedimento aleatório mostra que poderá não ter o conhecimento da *legis artis* médica.

A inserção destas cláusulas de garantia no contrato médico pode ser visto, sempre que estas tiverem o conhecimento do médico, como o desconhecimento do médico pelos princípios deontológicos e profissionais ou um total desprezo deles.

A meu ver estas cláusulas não serão admissíveis na atividade médica, estando em contraposição com deveres de ordem pública a que os médicos estão sujeitos.

6.Conclusões

Chegamos finalmente ao capítulo das conclusões, capítulo onde vamos, obviamente, repetir muitos conceitos que até aqui expusemos.

O objetivo desta investigação era o de precisamente conseguir apurar a relevância prática das obrigações de atividade (entendidas por muita doutrina como de meios) e das obrigações de resultado, cuja existência sempre foi controversa e fez com que houvesse discussão acérrima entre aqueles que achavam que não havia bases para a distinção e aqueles que achavam que essa distinção deveria ser acolhida.

Mais, verificámos a aplicação do problema em especial á obrigação que o médico, ao celebrar um contrato de prestação de serviços com o paciente, fica adstrito de realizar. Para isso analisámos elementos da relação jurídica entre médico e paciente de forma a compreendermos melhor o problema das obrigações de atividade e obrigações de resultado na prestação de serviços médicos.

Primeiro analisámos a relação jurídica entre médico e paciente e concluímos que é celebrado, quando o médico exerce a sua atividade em profissão liberal, um contrato de prestação de serviços.

Quanto á natureza do contrato vimos que este era um contrato de prestação de serviços médicos (art.1154º do CC quanto ao contrato de prestação de serviços) e que este contrato não se encontrava nos contratos previstos no artigo 1155º do CC (o contrato de prestação de serviços médicos, entenda-se). Contudo é a própria lei no artigo seguinte (art.1156º do CC) que admite que há outros contratos para além daqueles que a lei prevê que seguem o regime do mandato com as necessárias modificações.

O contrato de prestação de serviços médico é, por isso, um contrato atípico, que segue em alguns aspetos o regime geral do mandato.

Daí resultam determinados deveres a que o médico está sujeito, sendo que alguns deles não resultam, como vimos, apenas do contrato, mas são deveres de ordem pública, alguns deveres dos médicos como por exemplo, o segredo profissional ou o auxílio urgente a uma pessoa inconsciente.

De seguida analisámos a questão das obrigações de meios e obrigações de resultado e a forma como tem sido acolhida na doutrina portuguesa.

Notámos que há posições que negam a existência e relevância desse tipo de obrigações no nosso ordenamento jurídico, invocando argumentos como o de que todas as obrigações têm

um resultado último, o interesse final do credor, e não havia base no nosso direito para tal distinção.

Por outro lado temos a maioria dos autores nacionais que acolhem a distinção e consideram que essa tem relevância em matéria de impossibilidade superveniente da prestação ou em matéria da prova da culpa em caso de incumprimento.

Os que defendem a distinção em matéria de impossibilidade superveniente da prestação distinguem que nas obrigações de resultado apenas a impossibilidade subjetiva a obrigação se extingue, enquanto nas obrigações de resultado a prestação extingue-se esteja o devedor impedido de cumprir a obrigação por impossibilidade objetiva ou subjetiva.

Em nosso entender esta posição não deve ser adotada pois releva nesta matéria de impossibilidade superveniente da prestação a fungibilidade ou não da prestação, sendo esse o valor decisivo, não a questão das obrigações de meios e de resultado.

Em matéria de ónus da prova da culpa há autores que defendem que nas obrigações de meios a prova da culpa cabe ao credor enquanto nas obrigações de resultado essa prova da culpa cabe ao devedor. Refutamos completamente essa ideia que não tem nenhuma base legal no nosso direito, precisamente porque o legislador expressamente diz que em caso de incumprimento contratual cabe ao devedor provar que não teve culpa no incumprimento ou cumprimento defeituoso (art. 799º, nº1 do CC).

Em caso de incumprimento da obrigação terá o credor de provar todos os requisitos de responsabilidade civil exceto a culpa, pois essa caberá ao devedor de afastar, ignorando se estamos perante uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado.

Notámos que, apesar de todas as obrigações terem um fim último, também todas requerem um grau de diligência específico, não havendo puras obrigações de meios, nem puras obrigações de resultado, pois em todas as obrigações há um resultado a atingir, mas também uma diligência requerida, podendo até nas obrigações de resultado o devedor afastar a culpa ao provar que teve a diligência requerida para o cumprimento da obrigação.

Depois vimos que esta temática das obrigações de meios e obrigações de resultado teria sentido quanto ao cumprimento da obrigação pois, nas obrigações de meios aferíamos o cumprimento pela atividade desenvolvida pelo devedor, e nas obrigações de resultado esse cumprimento era feito pelo resultado.

Preferimos então denominar as obrigações de meios por obrigações de atividade, precisamente porque o cumprimento nestas será aferido pela atividade que o devedor praticou

e porque era esta atividade que era avaliada para aferir se podia ou não o devedor ter outra conduta.

Nas obrigações de atividade a diligência e conduta exigíveis ao devedor vão fazer com que não haja um resultado fixo e tenhamos de avaliar essa conduta através da análise dos atos praticados pelo devedor na sua atividade. Nas obrigações de resultado a conduta e diligência exigíveis ao devedor farão com muita probabilidade, quase de certeza, produzir um determinado resultado e por isso, o não atingir do resultado revela, com grande probabilidade, que o devedor poderá não ter tido a conduta devida.

Assim o incumprimento nas obrigações de resultado é mais simples de provar do que nas obrigações de atividade, precisamente porque nas obrigações de resultado basta provar que o resultado não foi alcançado para se provar o incumprimento, enquanto nas obrigações de atividade teremos de provar, no caso da obrigação médica, que o devedor violou a *legis artis* médica e que este devia ter tido outro comportamento.

Para afastar a culpa terá o médico de, nas obrigações de resultado, invocar um motivo externo, enquanto nas obrigações de atividade terá de provar que teve o comportamento exigido e que não podia ter atuado de outra forma, facilitando a apresentação da ficha médica para que o médico explique e fundamente a sua atuação.

Vimos ainda que o critério para distinguir as obrigações de atividade e as obrigações de resultado será o critério da álea, ou seja, teremos de ter em conta a aleatoriedade do cumprimento da obrigação tendo o devedor a conduta exigida, sendo que nas obrigações de resultado a conduta do devedor vai com uma probabilidade quase certa provocar determinado resultado enquanto nas obrigações de atividade essa quase certeza não existe.

Por fim vimos que as cláusulas limitativas de responsabilidade civil são nulas na atividade médica devido a valores de ordem pública e que cláusulas de transformação das obrigações (de atividade em resultado, e de resultado para atividade) também não serão admissíveis, precisamente por ter a medicina valores de ordem pública e que a natureza do cumprimento das obrigações (atividade e resultado) não poderá ser transformada com essas cláusulas no contrato médico.

Bibliografia

- **ALMEIDA,** Carlos Ferreira de; *Os contratos de prestação de serviços médicos*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996

- **AMARAL**, Diogo Freitas do; *Natureza da responsabilidade civil por atos médico praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in Direito da Saúde e bioética, Lisboa, AAFDL, 1991

- **ASCENSÃO**, José de Oliveira; *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição Refundida, 4ª reimpressão da edição de Março/2005, Coimbra, Almedina, 2010

- **CORDEIRO**, António Menezes; *Direito das Obrigações – 1ºVolume*, 1ªEdição (Reimpressão), AAFDL, 1986

- **COSTA**, Mário Júlio Almeida e; *Direito das Obrigações*, 9º edição Revista e Aumentada, Almedina, 2006

- **DIAS**, João Álvaro; *Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica*, in *Revista Portuguesa Dano Corporal*, 1993, Ano II, nº3

- **DIAS**, João Álvaro; *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

- **DIAS**, Jorge de Figueiredo e **MONTEIRO**, Sinde; *Responsabilidade médica em Portugal*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº332, Janeiro de 1984

- **ESTORNINHO**, Maria João e **MACIEIRINHA**, Tiago; *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014

- **FARIA**, Jorge Ribeiro de; *Da prova na responsabilidade civil médica-Reflexões em torno do direito alemão,* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* Ano I, 2004

- **FARIA**, Paula Ribeiro; *Os novos desafios da responsabilidade médica – entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento de dano*, in *Direito da Medicina: Eventos adversos, responsabilidade, risco*; Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2013

- **FRADA**, Manuel Carneiro da; *Contratos e deveres de protecção*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento Vol. XXXVIII, Coimbra, 1993

- **FROSSARD**, Joseph; *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965

- **GASPAR**, António Henriques; *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, ano III, 1978

- **GIL**, António Hernandez; *Derecho de obligaciones*, España (Spain), Editorial Ceura, 1983

- **GONZÁLEZ**, José Alberto, *Código Civil anotado - Volume I,* 1ªedição, 2011, Quid Juris

- **GONZÁLEZ**, José Alberto; *Código Civil Anotado – Volume II*, 1ª edição, 2012, Quid Juris

- **GONZÁLEZ**, José Alberto; *Código Civil Anotado – Volume III,* 1ª edição, *2014,*Quid Juris

- **GONZÁLEZ**, José Alberto; *Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Quid Juris,2009

- **GONZÁLEZ**, José Alberto; *Testamento Vital e procuração de cuidados de saúde*, 1ª edição, Quid Juris, 2013

- **JORGE**, Fernando Pessoa; *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995

- **LARENZ**, Karl; *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014

- **LEITÃO**, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações - vol. I*, 3ª Edição, Almedina, 2003

- **MACHADO**, João Batista; *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador,* 9ª (Reimpressão), Coimbra, Almedina, 1996

- **MARTINEZ**, Pedro Romano; *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, in *Estudos de Homenagem ao professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Volume II*, pag.464, Almedina, 2011

- **MARTON**, G.; *Obligations de résultat et obligations de moyens*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935

- **MAZEAUD**, Henri; **MAZEAUD**, Jean; **MAZEAUD**, Léon et **CHABAS**, François; *Leçons de Droit Civile - tome II*, Sixiéme Edition, Paris, Editions Montchrestien, 1978

- **MONTEIRO**, António Pinto; *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento Vol. XXVIII, Coimbra, 1985

- **MONTEIRO**, António Pinto; *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990

- **MÚRIAS**, Pedro e **PEREIRA**, Maria Lurdes; *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custo da prestação*, Para *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf

- **OLIVEIRA**, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

- **PEDRO**, Rute Teixeira; A *Responsabilidade Civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

- **PEREIRA**, André Dias; *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito Civil*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

- **PINTO**, Carlos Mota; Teoria Geral do Direito Civil, 3º Edição actualizada, 11ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

- **RAPOSO**, Vera Lúcio; *Do ato médico ao problema jurídico*, 1ª Edição, Almedina, 2013

- **REIS**, José Alberto dos; *Código de Processo Civil anotado – vol. III*, 3ª Edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1981

- **RIBEIRO**, Ricardo Lucas; *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

- **RUEFF**, Maria do Céu; *O segredo médico como garantia de não discriminação – estudo de caso HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

- **SERRA**, Adriano Vaz; *Culpa do devedor ou do agente*, Separata do Boletim do ministério da Justiça, 68, Lisboa, 1957

- **SILVA**, Germano Marques da; *Introdução ao estudo do Direito*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica editora, 2009

- **SILVA**, Gomes da; *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, sn., 1944

- **SILVA**, João Calvão da; *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 1995

- **SILVA**, João Calvão da; *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990

- **SOUSA**, Miguel Teixeira de; *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996

- **TELLES**, Inocêncio Galvão; *Direito das Obrigações*, 7ª edição Revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

- **VARELA**, João Antunes e **LIMA**, Pires de; *Código Civil Anotado - volume I*, 4ªedição Revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987

- **VARELA**, João Antunes e **LIMA**, Pires de; *Código Civil Anotado – Volume II*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

- **VARELA**, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em Geral – I*, 8ª edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 1994

- **VARELA**, João Antunes; *Das Obrigações em geral- volume II*, 7ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2001

- **VARELA**, João Antunes; **BEZERRA**, J. Miguel e **NORA**, Sampaio e; *Manual de processo civil*, 2ª Edição Revista e actualizada de acordo com o Decreto-Lei 242/85, Coimbra, Coimbra Editora, 1985

- **VASCONCELOS**, Pedro Pais de; *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995