

Universidades Lusíada

Tavares, Hugo Alexandre da Silva, 1979-

Responsabilidade civil na indústria farmacêutica : em particular no caso de interações medicamentosas

<http://hdl.handle.net/11067/7753>

<https://doi.org/10.34628/J4H3-RJ51>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

A presente sùmula de dissertação explora o regime da responsabilidade civil na indústria farmacêutica, com especial atenção à problemática das interações medicamentosas e aos efeitos adversos inesperados que delas possam decorrer. O trabalho examina o enquadramento jurídico português da responsabilidade civil, considerando o regime de responsabilidade objetiva previsto na Diretiva 85/374/CEE e o regime baseado na culpa. Com recurso a casos ilustrativos como os de Baycol e Talidomida, são discuti...

This summary of the dissertation explores the framework of civil liability within the pharmaceutical industry, focusing specifically on the issue of drug interactions and the unexpected adverse effects that may arise from them. The study examines Portuguese civil liability law, considering both strict liability as established in Directive 85/374/EEC and fault-based liability. Using illustrative cases such as Baycol and Thalidomide, it discusses the challenges of proving causation between produc...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Indústria Farmacêutica, Medicamentos - Efeitos secundários, Responsabilidade (Direito)

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 32 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-02-23T20:34:48Z com informação proveniente do Repositório

RESPONSABILIDADE CIVIL NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: EM PARTICULAR NO CASO DE INTERAÇÕES MEDICAMENTOSAS

*CIVIL LIABILITY IN THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY:
PARTICULARLY IN THE CASE OF DRUG INTERACTIONS*

Hugo da Silva Tavares¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/J4H3-RJ51>

Resumo: A presente súmula de dissertação explora o regime da responsabilidade civil na indústria farmacêutica, com especial atenção à problemática das interações medicamentosas e aos efeitos adversos inesperados que delas possam decorrer. O trabalho examina o enquadramento jurídico português da responsabilidade civil, considerando o regime de responsabilidade objetiva previsto na Diretiva 85/374/CEE e o regime baseado na culpa. Com recurso a casos ilustrativos como os de Baycol e Talidomida, são discutidos os desafios de comprovação do nexo de causalidade entre o defeito dos produtos e os danos sofridos pelo consumidor, bem como a complexidade na atribuição de responsabilidade aos produtores de medicamentos. Pretende-se, assim, delinear os critérios legais que fundamentam a obrigação de indemnizar, contribuindo para um melhor entendimento da proteção do consumidor no âmbito da responsabilidade civil por produtos defeituosos e dos riscos inerentes à produção farmacêutica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Responsabilidade objetiva; Indústria farmacêutica; Interações medicamentosas; Efeitos adversos inesperados; Defeitos de produto; Nexos de causalidade; Direito do consumidor; Farmacovigilância.

Abstract: This summary of the dissertation explores the framework of civil liability within the pharmaceutical industry, focusing specifically on the issue of drug interactions and the unexpected adverse effects that may arise from them. The study examines Portuguese civil liability law, considering both strict liability as es-

¹ Doutorando em Direito, Investigador do CEJEIA / Grupo Direito Privado; Advogado.

established in Directive 85/374/EEC and fault-based liability. Using illustrative cases such as Baycol and Thalidomide, it discusses the challenges of proving causation between product defects and consumer harm, as well as the complexities in assigning liability to pharmaceutical producers. The aim is to outline the legal criteria that underpin indemnification, thus contributing to a better understanding of consumer protection within the scope of civil liability for defective products and the inherent risks of pharmaceutical production.

Keywords: Civil liability; Strict liability; Pharmaceutical industry; Drug interactions; Unexpected adverse effects; Product defects; Causal link; Consumer law; Pharmacovigilance.

Sumário: I. Introdução. 1. Escopo. 2. A pertinência do problema na responsabilidade civil. II. Responsabilidade civil. 1. Enquadramento. 2. Tipos de responsabilidade. 3. Nota final. III. Conclusão.

I. Introdução

1. Escopo

Os medicamentos são bens necessários, indispensáveis para o tratamento e prevenção de doenças, para colmatar ou modificar funções fisiológicas ou para estabelecer diagnósticos médicos, o que equivale a dizer que possuem um valor social inegável. Frequentemente, no entanto, a sua utilização ou consumo apresenta efeitos colaterais associados, que são indesejáveis. Esta realidade conduz-nos à premissa indissociável deste tipo de produtos, conhecida como: benefício *vs* risco, ou seja, a ponderação científica que é realizada atendendo à utilidade (benefício) em relação aos riscos e danos que possa, eventualmente, causar.

Assumindo esta dupla vertente do benefício *vs* risco como intrínseca ao tipo de produto, é expectável que algumas reações adversas ocorram com a toma do fármaco, sendo que o problema reside, efetivamente, quando surgem as denominadas reações adversas inesperadas. É que, sendo estas totalmente desconhecidas ^[2], não permitem a ponderação a que aludimos no parágrafo que antecede.

O desenvolvimento, a conceção e a comercialização de um medicamento é um processo, para além de moroso, muito dispendioso, uma vez que são copiosas e muito exigentes as averiguações às quais esses produtos, singulares, são

² No entendimento de que, apesar de os medicamentos implicarem em certos casos efeitos secundários, alguns serão conhecidos e por decerto descritos no folheto informativo, contrariamente aos desconhecidos, donde resulta, pois, a questão da responsabilidade civil do laboratório farmacêutico.

submetidos antes de serem introduzidos no mercado. Num sistema de saúde pública, como o português, a Administração da Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde (INFARMED) tem a obrigação e o pelouro de zelar pela segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e produtos de saúde.

O medicamento encontra-se assim sujeito a um conjunto de ensaios pré-clínicos e clínicos rigorosos e ao controlo de segurança referidos, realizados pela autoridade, sem desconsiderar a atividade de farmacovigilância desenvolvida após o lançamento do produto no mercado. Além dos efeitos secundários que são detetados na fase de desenvolvimento do produto, pelo que, imperativamente, são objeto de descrição no denominado folheto informativo disponível ao profissional de saúde e utente, ainda assim, verificam-se casos de reações adversas inesperadas que, por conseguinte, não cabem no binómio benefício-risco ^[3].

Tais circunstâncias podem originar consequências extremamente danosas. Inúmeros são os casos relatados que nos permitem perceber a relevância desta matéria. Veja-se a propósito o caso Baycol/Lipobay, medicamento desenvolvido pela empresa alemã Bayer A.G., para o colesterol à base de cerivastatina. Lançado no mercado em 1997, o Baycol provocou a morte de pelo menos 52 pessoas no mundo inteiro, quatro anos depois do seu lançamento, tendo sido retirado do mercado em 2001. Segundo especialistas, as mortes foram decorrentes dos potentes efeitos colaterais do medicamento, que causavam o bloqueio dos músculos abdominais e geravam falhas no sistema renal ^[4].

Mais célebre foram os danos causados pelo medicamento Talidomida, receitado para combater enjoos típicos da gravidez. Este medicamento foi comercializado pela empresa Grunenthal nos anos 50 do século transato e retirado do mercado em 1961. Somente alguns anos mais tarde, se estabeleceu a relação (nexo de causalidade) entre a toma deste produto e o nascimento de várias crianças com deformações congénitas (malformação dos membros, no caso focomelia).

O presente trabalho pretende debruçar-se sobre os critérios que permitem determinar em que circunstâncias os danos, resultantes dos efeitos indesejáveis e inesperados dos medicamentos autorizados, podem ser objeto de indemnização. Tendo em vista tal propósito, faremos a incursão que se impõe pelo instituto da responsabilidade civil enquanto fonte de obrigações, designadamente no âmbito da responsabilidade aquiliana com enfoque na responsabilidade objetiva.

³ Cfr., SILVEIRA, Diana Montenegro. 2010. *Responsabilidade por danos causados por medicamentos defeituosos*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 13.

⁴ Cfr. Choi, Han W, Lee, Jae Hong. 2011. *Principles and practice of pharmaceutical medicine*. In Edwards, L.D., fox, A.W., Stonier, P.D. (eds.). *Pharmaceutical product liability*. 3rd ed. Blackwell Publishing, pp.688-701.

2. A pertinência do problema na responsabilidade civil

Uma primeira abordagem à questão tem por base o Estatuto do Medicamento: Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na atual redação (doravante “EM”) que define, logo no seu artigo 3.º n.º 1, al. eee), a reação adversa como sendo *uma reação nociva e não intencional a um medicamento*. Esta definição legal não alcança integralmente o problema em debate, pois o que pretendemos é estudar uma situação particular: a reação adversa por interação medicamentosa. Em causa está, por conseguinte, uma reação nociva e não intencional a um medicamento sempre que esta resulte da interação de dois ou mais medicamentos administrados a um doente.

O facto de a potencialidade ofensiva dos medicamentos ter sido elevada quase ao infinito pela revolução industrial e pelos sucessivos desenvolvimentos tecnológicos e científicos, pode parecer um paradoxo. Mas, na verdade, tais fatores aumentaram enormemente a capacidade produtiva do homem, transformando a produção, outrora artesanal, manual ou mecânica, circunscrita ao âmbito familiar ou a um pequeno círculo de pessoas, numa produção em massa para atender às necessidades das massas. E é justamente aí que reside a ameaça, dado que um único erro de conceção, um vício de fórmula, um defeito de produção pode vir a causar danos a milhares de consumidores e sendo, infelizmente, já inúmeros os exemplos passíveis de relato que trazem consigo a reflexão que nos propomos. São riscos coletivos, de enorme abrangência, resultantes da potenciação da produção para o amplo mercado.

Os efeitos adversos resultantes do uso de medicamentos desabam, em regra, num de sete grupos de casos ^[5]: (i) efeitos tóxicos; (ii) efeitos alérgicos; (iii) dano indireto: quando o medicamento interfere com funções psicológicas ou físicas, resultando em danos colaterais; (iv) dependência; (v) interações entre medicamentos e/ ou medicamentos e alimentos; (vi) ineficácia, quando o medicamento não realiza a função primordial; (vii) uso social adverso, do qual é exemplar a toma excessiva de medicamentos (caso dos antibióticos) e a consequente resistência do organismo aos mesmos.

Procuraremos, assim, explorar com a desejável acuidade, pelo interesse académico e prático que detém, a questão relacionada com a responsabilidade civil cometida aos agentes do medicamento, em particular, à Indústria Farmacêutica decorrentes de danos causados pela interação entre dois ou mais medicamentos tomados pelo doente-consumidor. Nesse sentido, buscaremos perceber como a jurisprudência e, em particular, a doutrina respondem ao problema, examinando a arduidade que existe em identificar o nexo de causalidade em tais circunstâncias, e que tipo de exigências, critérios e procedimentos o instituto da

⁵ Dukes, Maurice Nelson Graham, Swartz, Barbara. 1998. *Responsibility for drug-induced injury: a reference book for lawyers, the health professions and manufacturers*. Amsterdam: Elsevier.

responsabilidade civil impõe para que um caso de dano, nas referidas circunstâncias, possa ser sindicável.

As leis gerais de responsabilidade civil do produto (por produtos defeituosos, entenda-se) baseiam-se num (i) regime de responsabilidade *objetiva* ^[6] sobre as leis nacionais dos Estados-Membros que implementaram a Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, acerca da Responsabilidade por Produtos Defeituosos da UE (a “Diretiva”). No caso de Portugal, a transposição ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro ^[7], na sua atual redação. As leis gerais de responsabilidade civil baseiam-se ainda em (ii) sistemas de responsabilidade suplementar baseados em culpa (negligência ou dolo) sob o primado das leis nacionais de responsabilidade civil aplicável a praticamente todos os Estados-Membros da UE. Ambos os regimes de responsabilidade aplicam-se em paralelo.

Embora seja geralmente mais fácil para um requerente (*plaintiff* ^[8]) estabelecer uma “reclamação” ao abrigo do regime de responsabilidade objetiva da Diretiva, a responsabilidade baseada no requisito da culpa continua a desempenhar um papel nos casos em que o lesado procura o ressarcimento dos danos para além das limitações e limites de responsabilidade aplicáveis ao abrigo da norma Europeia.

As regras circunscritas (na ideia de responsabilidade civil objetiva ^[9], consagração do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro) de responsabilidade civil do produto em todos os Estados-Membros podem hoje ser descritas como harmonizadas, se não mesmo como bastante homogêneas, em especial porque a Diretiva não permite desvios substantivos ^[10].

⁶ Quando, para obrigar certa pessoa a reparar danos causados a outrem, o juízo de censura seja irrelevante, isto é, não considerando o pressuposto da culpa (juízo de censurabilidade de que a conduta de certa pessoa é suscetível), estamos a tratar da denominada responsabilidade civil objetiva.

⁷ Regime Especial de Responsabilidade do Produtor Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril) referente à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

⁸ Designação comum para o “Demandante” nos sistemas anglo-saxónicos.

⁹ Conhecida, igualmente, como “*Strict Liability*”, como princípio da *Tort Law*, que providencia, *in casu*, que um produtor de produto é responsável sem culpa pelo dano causado pelo mesmo, se for vendido com defeito.

¹⁰ Apesar da liberdade atribuída aos Estados-Membros de adotarem ou derogarem algumas regras enunciadas, designadamente as que se relacionam com as exclusões. Vide, a este propósito, Silveira, Diana Montenegro. 2013. *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*. In Gomes, C.A., Raimundo, M.A, Monge, C. (coord.). *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, p. 146-157.

Os “produtos”, na aceção da Diretiva, artigo 2.º, são “(...) qualquer bem móvel, excluindo as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça, mesmo se estiver incorporado noutro bem móvel ou imóvel”. Esta definição bastante lata inclui todos os produtos acabados, bem como matérias-primas e componentes incorporados num produto acabado. Em resultado do amplo escopo da definição, os padrões estabelecidos sob a égide da Diretiva e refletidos no normativo Português, aplicam-se a quase todos os medicamentos e dispositivos médicos. No entanto, os medicamentos ou dispositivos feitos por encomenda normalmente não se enquadram no escopo da Diretiva, abrangendo esta apenas os produtos que foram produzidos industrialmente. Também assim, o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto [Estatuto do Medicamento (EM)]^[11], na sua atual redação^[12], designadamente no art.º 2.º n.º 1, que circunscreve o âmbito de aplicação do referido diploma, estabelece que “(...) o presente decreto-lei aplica-se aos medicamentos preparados industrialmente ou em cujo fabrico intervenha um processo industrial. “. É certo, então, que o conceito de produto abarca um conjunto interminável de bens móveis que cabem, neste conceito, todos os tipos de bens produzidos, independentemente de se tratarem de bens de consumo, como eletrodomésticos, brinquedos, ou bens de produção, como materiais de construção, ou bens industriais, como máquinas, ou bens artesanais e artísticos, donde se inclui, inegavelmente os produtos farmacêuticos^[13]. Note-se, independentemente de perderem ou manterem a sua individualidade e autonomia, ao serem incorporados noutros bens, uma vez que a Diretiva supramencionada e, naturalmente, o presente Decreto-Lei, não fazem qualquer alusão ao destino a dar ao produto

É, similarmente, reveladora e conclusiva a ideia de que, a responsabilidade recai principalmente sobre o “produtor” do produto, componente ou matéria-prima defeituosos. Todavia, o artigo 3.º da Diretiva alarga a definição de “produtor” de modo a incluir^[14]:

¹¹ Estabeleceu o regime jurídico dos medicamentos de uso humano, transpondo a Diretiva n.º 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de novembro, que estabeleceu um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano. Estabeleceu ainda as Diretivas n.ºs 2002/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de janeiro, 2003/63/CE, da Comissão, de 25 de junho, e 2004/24/CE e 2004/27/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e alterou o Decreto-Lei n.º 495/99, de 18 de novembro.

¹² À data do presente texto a última alteração (correspondendo à décima) ao EM, que se conhece, foi realizada por Decreto-Lei n.º 26/2018, de 24 de abril.

¹³ A este propósito veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto. 14/07/2010. Processo n.º 1073/2000.P1. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1d95617cc33d0ce3802577ba0046f198?OpenDocument>>

¹⁴ A este propósito aproveita-se a explicação de TRIGO, Maria da Graça. 2015. *Responsabilidade civil: temas especiais*. Universidade Católica Editora, pp. 106-107.: “O art. 3.º n.º 1, do Decreto-Lei n.º 383/89, dispunha, na redação original, que se entende por produto “qualquer coisa móvel, ainda

- qualquer pessoa que, colocando o seu nome, marca ou outro elemento distintivo no produto, se apresente como produtor;
- qualquer importador que tenha importado o produto, componente ou matéria-prima com defeito para o mercado da União Europeia;
- qualquer fornecedor (por exemplo, o revendedor, distribuidor ou armazenista) se o produtor não puder ser identificado.

Procura-se assegurar, em face de tão abrangente definição, que, se o “produtor” do produto defeituoso (componente ou matéria-prima defeituosa) estiver localizado fora do Espaço Económico Europeu (EEE), a parte lesada será, idealmente, capaz de responsabilizar uma empresa sediada no EEE pelo dano causado^[15]. O “produtor” do produto acabado e o “produtor” da peça ou matéria-prima defeituosa podem ser responsabilizados conjunta e solidariamente^[16]. Parece-nos pacífica a conclusão de que um laboratório farmacêutico que produz determinado medicamento e que o comercializa é, à luz deste regime específico, um produtor, encontrando-se por isso abrangido pelo diploma. Autores^[17] há que esclarecem para efeitos de responsabilização, inclusive, diversos tipos de produtores. Ao abrigo do n.º 1 do art.º 2.º do supracitado Decreto-Lei, deparamo-nos, desde logo, com dois tipos de produtor, o produtor real, “o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima” que nos escritos de CALVÃO DA SILVA é “toda a pessoa humana ou pessoa jurídica que sob a sua responsabilidade e participa na criação do mesmo, seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima” e o produtor aparente, “quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”. Se o lesado conseguir identificar no produto o produtor aparente, na pessoa de um distribuidor ou grossista, mas também o real fabricante, então é este último que deve ser demandado, como responsável pelo dano causado, já que o produtor aparente identificou corretamente as par-

que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”. O n.º 2 deste preceito, que excluía da noção de produto os bens das atividades económicas primárias, “(...) quando não tivessem sofrido qualquer transformação”, constituía uma solução facultativa que o legislador português entendeu adotar, mas que foi, entretanto, revogado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001.”

¹⁵ Não obstante a definição, a jurisprudência tem sabido aplicar as diversas categorias de produtor, como por ex. no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 1995, onde se entende que a ré não era responsável ao abrigo deste regime especial, uma vez que era vendedora do bem e o tinha importado de outro país da União Europeia.

¹⁶ A montante, discutir-se-á com maior detalhe esta questão, que se relaciona com o nexo de causalidade, dando como exemplo a Holanda que aplica a Teoria da Causalidade Alternativa, justamente com o objetivo de acatar a imposição de responsabilidade por todos os danos causados pelo produto sobre todos os produtores, de forma solidária.

¹⁷ Por exemplo CALVÃO DA SILVA, João. 1999. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, pp. 545-570, e da op. cit., SILVEIRA, 2010, pp. 133-136.

tes envolventes, sem criar a aparência de ser ele o próprio produtor.

O Decreto-Lei em causa, considera igualmente como produtor, nos termos da alínea a) do n.º 2 do referido art.º 2.º, o importador comunitário e o fornecedor de produtos anónimos, que designa por produtor presumido. Ou seja, “[a] quele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição”. Esta norma pretende dar cobertura aos lesados para mais facilmente identificarem um responsável ^[18].

Noutro espectro de análise ao diploma, o regime de responsabilidade objetiva imposta pela Diretiva estabelece, três requisitos fundamentais para determinar a responsabilidade por parte do produtor: i) um defeito do produto; ii) um dano; e iii) umnexo de causalidade entre os anteriores.

Para determinar se um produto está com defeito, um teste de “expectativa de segurança razoável” aplica-se sobre o primado da norma Europeia (devidamente refletida no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro): Um produto será considerado defeituoso se não fornecer a segurança que os consumidores geralmente têm o direito de esperar, levando em consideração todas as circunstâncias, incluindo a apresentação do produto, a sua utilização, que poderia ser razoavelmente esperado, e o momento em que o produto foi colocado em circulação (artigo 6.º da Diretiva).

Numa reputada decisão de março de 2015 ^[19], o Tribunal de Justiça da União Europeia ampliou consideravelmente o conceito de “*defeito de produto*” sob a diretriz no que respeita aos dispositivos médicos implantáveis. O tribunal considerou que um defeito potencial em marca-passos e desfibriladores cardioversores implantáveis poderia levar à conclusão que todos os dispositivos do mesmo modelo / série seriam defeituosos. Neste caso, o lesado só precisaria de provar que tinha havido um aumento no número de falhas do dispositivo no mesmo lote ou série e não necessariamente demonstrar que o implante individual que ele recebera sofria de um defeito pertinente. Acompanhando o raciocínio de GRAÇA TRIGO ^[20], acrescente-se que: “[e]stá em causa a segurança, não em absoluto, mas aquela que o consumidor pode esperar em função de diversos fatores, entre os quais três que o legislador indica: a apresentação do produto, a utilização razoável do mesmo e o momento em que foi colocado em circulação.”

Um produto não será considerado defeituoso pelo simples facto de um produto com maior qualidade e por garantir maior segurança, ser posteriormente colocado em circulação. Tal significa que o defeito de um produto é medido

¹⁸ Diga-se que, é o próprio EM, que impõe que no folheto informativo seja claramente indicado o titular de autorização de introdução no mercado, bem como, do fabricante, artigo 6.º n.3 alíneas vi) e vii), respetivamente.

¹⁹ Acórdão de 5 de março de 2015, Processos apensos C-503/13 e C-504/13.

²⁰TRIGO, 2015, Op. cit., p. 107.

em relação a um padrão objetivo, sendo irrelevante quais os níveis de segurança esperado pelo requerente individual ^[21].

Conquanto, e no caso, ao contrário do que sucede com outros produtos, a questão da segurança dos medicamentos não pode em situação alguma ser descrita com a total ausência de risco ^[22] (o que se aceita em face da relação bicéfala a que temos vindo a fazer nota), já que tal assunção remeteria para o domínio da impossibilidade. Assim, é de considerar que um medicamento é classificado como adequado para ser comercializado (insignes autores usam o adjetivo seguro, todavia, somos compelidos a discordar ^[23] ^[24], quando os riscos que apresenta são manifestamente inferiores em relação aos benefícios sociais com que presenteia a comunidade.

A Diretiva aplica-se a danos causados por morte ou por danos pessoais, progressivamente estendida aos danos materiais, ainda que nem sempre de forma completa ^[25]. A responsabilidade geralmente não é limitada. No entanto, os Estados-Membros podem estabelecer um limite para a responsabilidade total de um produtor em caso de morte ou danos pessoais causados por itens idênticos com o mesmo defeito. A lei Alemã, por exemplo, fixou esse teto (total de responsabilidade) em 85 milhões de euros (limites superiores aplicam-se em relação aos medicamentos).

Em geral, o ónus da prova cabe à parte lesada no que diz respeito ao dano, ao defeito e à relação causal entre os dois (artigo 4.º da Diretiva). Ou seja, o lesado carece, em face do que antecede, demonstrar que o produto se encontra com defeito, que ele ou ela sofreu um dano e que existe uma ligação causal entre o defeito e a lesão.

Vale a pena notar o produtor, tal qual o patenteamos *supra*, não se pode eximir da obrigação indemnizatória. Uma vez provado que um facto de terceiro concorreu para a produção do dano – art.º 7.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, diploma que deu estampa à Diretiva –, o lesado ver-se-á, face à

²¹ Na mesma linha de pensamento: “Os consumidores não estão necessariamente legitimados a esperar que um medicamento esteja isento de riscos. A expectativa dos pacientes relativamente à segurança do medicamento que se pode ter por razoável e legítima é a de que o medicamento é seguro quando o médico prescritor e o farmacêutico de oficina estão devidamente alertados para todas as possíveis reacções adversas do medicamento e, ponderando os riscos e as vantagens do uso daquele medicamento pelo concreto paciente, o prescreve ou dispensa.” (op. cit., SILVEIRA, 2013, p. 149).

²² Veja-se o que dita a alínea b) do n.º 4 do artigo 158.º do EM que precisamente proíbe que se: “b) Sugira que o efeito do medicamento é garantido, sem reacções adversas ou efeitos secundários, com resultados superiores ou equivalentes aos de outro tratamento ou medicamento;”

²³ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. 2018. *Danos causados por medicamentos*. Coimbra: Almedina, p. 21.

²⁴ Justamente, pelas razões expostas acerca da perigosidade associada e decorrente do que consta do EM. A corroborar esta ideia, encontramos o artigo 4.º n.º 5 do Código Deontológico para as Práticas Promocionais da Indústria Farmacêutica e para as Interacções com os Profissionais de Saúde e Instituições, Organizações ou Associações Constituídas por Profissionais de Saúde Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica (APIFARMA), 2017: “A palavra “seguro” nunca deve ser utilizada para qualificar um medicamento.”

²⁵ Cfr. TRIGO, 2015, op. Cit., p.109.

disposição especial, na faculdade de poder demandar ao produtor a totalidade do valor da indemnização, incidindo sobre este o ónus de acionar o terceiro na medida da contribuição deste para o dano.

A Diretiva, pese embora, contém algumas válvulas de escape que o produtor poderá aproveitar (artigo 7.º da Diretiva). O ónus da prova para essas defesas cabe por sua vez ao produtor. Pode este, assim, escudar a responsabilidade se puder mostrar que:

- não colocou o produto em circulação;
- as circunstâncias do respetivo caso justificam a presunção de que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi posto em circulação pelo respetivo produtor ou que esse defeito surgiu posteriormente;
- não fabricou o produto para fins lucrativos ou qualquer forma de distribuição com intenção económica;
- o defeito é devido à conformidade do produto com os regulamentos obrigatórios emitidos pelas autoridades públicas;
- o estado do conhecimento científico e técnico, no momento em que o respetivo produtor o colocou em circulação, não permitia ainda a descoberta do defeito (“estado da arte”);
- no caso de ser fabricante de uma parte componente; o defeito é atribuível ao projeto do produto no qual o componente foi instalado ou às instruções dadas pelo respetivo produtor.

Além disso, seja no âmbito da Diretiva como nas situações identificadas como negligência, a responsabilidade do produtor pode ser limitada se o produtor puder provar que a negligência do consumidor causou ou contribuiu de algum modo para o dano.

A responsabilidade atinente caducará, ao abrigo da Diretiva, após 3 anos a partir da data em que o lesado tomou conhecimento ou razoavelmente poderia ter conhecimento do dano e da sua causa, do defeito e da identidade do produtor. De resto, aplica-se um longo prazo. Assim, independentemente do conhecimento ou do conhecimento construtivo, a responsabilidade do produtor caduca 10 anos após a data de colocação em circulação do produto (artigo 10.º da Diretiva). No entanto, novamente, poderão ser aplicados diferentes prazos de prescrição das leis de ilícito (negligência) dos Estados-Membros ao abrigo dos regimes de responsabilidade baseados em culpa.

Em Portugal, estatui-se no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, que: “[d]ecorridos 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano, caduca o direito ao ressarcimento, salvo se estiver pendente acção intentada pelo lesado”.

Se bem que as leis substantivas de responsabilidade de produto de todos os Estados-Membros da UE estejam amplamente conciliadas no que respeita à Diretiva, as leis processuais nacionais e as práticas judiciais dos Estados-Membros que se aplicam, entre outros, em litígios de responsabilidade de produto, podem diferir significativamente. Em particular, vários aspetos, que podem ser considerados típicos para os litígios Norte-Americanos neste setor, geralmente não existem na União Europeia. Por exemplo, fora das jurisdições de *Common Law* não há nenhuma “descoberta pré-julgamento”, não há julgamentos por júri e nenhuma forma de dano punitivo (“*punitive damages*”) ^[26]^[27] está ao dispor das partes. Ademais, não existem procedimentos de ação de classe ao estilo dos Estados Unidos da América, mesmo que alguns, poucos, Estados-Membros tenham introduzido recentemente várias outras formas de reparação coletiva para consumidores. De um modo geral, é possível asseverar que, embora as regras substantivas de responsabilidade do produto europeu sejam em grande parte semelhantes às leis substantivas dos EUA, os riscos gerais de litígio de um produtor são geralmente mais baixos na maioria dos Estados-Membros da UE devido às diferenças nas suas práticas processuais.

II. Responsabilidade Civil

1. Enquadramento

Diante da questão em análise, é necessário determinar em que circunstâncias uma pessoa que sofreu danos resultantes de um medicamento defeituoso, especialmente uma reação adversa inesperada decorrente de interação medicamentosa, tem direito a ser indemnizada nos termos da lei e por quem, o que nos remete invariavelmente para o instituto da responsabilidade civil. Este entronca na ideia plasmada por MOTA PINTO de que “[q]uando a lei impõe ao autor de certos factos ou ao beneficiário de certa actividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos ou por essa actividade, depara-se-nos a figura da responsabilidade civil” ^[28].

²⁶ “(...) a figura dos danos punitivos é a tradução literal para “*punitive damages*” que consiste na possibilidade que um tribunal tem de, numa acção de indemnização civil, condenar ao pagamento de uma quantia superior ao dano sofrido em virtude da conduta ilícita” (GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. 2001. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. Direito e Justiça*, 15 no 1, pp. 159-206)

²⁷ Para melhor entendimento acerca desta figura jurídica clássica dos ordenamentos jurídicos reconhecidos como *Common Law*, vide, GONZÁLEZ, José Alberto. 2017. *Direito da responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, pp. 28-35, ou Cfr. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. 2017. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncípia, pp. 54-80.

²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. 2005. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 128

Não nos assistem dúvidas de que, a responsabilidade civil na indústria farmacêutica pelos danos causados pelo defeito do medicamento causador de uma reação adversa tem abrigo à luz do regime especial já mencionado, consagrado pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, responsabilidade objetiva porque independe de culpa do produtor, nesse sentido, idealmente mais favorável ao lesado. Esta realidade, no entanto, não impede que o lesado não possa recorrer ao regime comum de responsabilidade civil, designadamente, extracontratual no caso que ora observamos^[29]. Tal é um corolário expresso do Decreto-Lei supra-mencionado, o artigo 13.º, o qual dá justamente previsão a esta possibilidade, ou seja, de o lesado, caso este assim o entenda, recorrer ao instituto comum de responsabilidade. A doutrina também não parece contestar tal ideia, estando esta interpretação harmonizada^[30].

Releva mencionar que, em termos de responsabilidade do laboratório fabricante por danos causados por medicamentos, ganham especial relevância os danos decorrentes de reações adversas totalmente desconhecidas, de interações medicamentosas também desconhecidas e da falta de informação do medicamento. Quer isto dizer que existem outras circunstâncias que podem originar danos e consequente responsabilidade.

Desta sorte, e por razões de clarificação da exposição, acomoda primeiramente apresentar as razões axiológicas que nos encaminham para um determinado tipo de responsabilidade em detrimento de outros que se mostram, por sua vez, de difícil aplicabilidade, mesmo que esse regime, se revele (juridicamente) capacitado para responder ao problema dos danos causados pela administração de medicamentos.

2. Tipos de responsabilidade

(i) Generalidades

Uma brevíssima nota com relevância no presente estudo: a distinção entre a *responsabilidade subjetiva* e *responsabilidade objetiva*. Certos de que, em qualquer destas modalidades, a suportação do dano vai ser imputável ao lesante^[31]. Mas ali essa imputação faz-se a título culposo, enquanto nesta última a imputação não se alicerça em nenhum juízo de culpa, nem de ilicitude^[32]. Duas formas pode assumir esta última modalidade:

²⁹ Em alguns casos, até pode ser mais favorável, *v.g.*, quando a responsabilidade do produtor tenha já caducado ou de ver a possibilidade de o produtor se escudar à responsabilidade alegando “riscos de desenvolvimento”. Neste sentido *vide.*, SILVEIRA, 2010, *ob. cit.*, p. 82.

³⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, *op. cit.*, p. 462.

³¹ Sobre o prisma da imputação do dano, bem se reconhece, de acordo com o sistema vigente cabe ao titular da esfera jurídica suportar os danos por si sofridos.

³² Cfr. SEQUEIRA, Elsa Vaz. 2020. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: Católica Editora, p.95 e ss.

- a. A responsabilidade pelo risco, que determina que, em certas situações, quem cria, mantém, desenvolve ou tira proveito de uma atividade perigosa ou de uma fonte de perigo deve suportar os danos originados com tais atividade ou fontes de perigo na esfera jurídica de outrem;
- b. A responsabilidade por ato ilícito ou pelo sacrifício, em que, não obstante se permitir a ação e o dano, se impõe ao agente ou beneficiário dessa conduta o dever de indemnizar, por se entender não ser razoável obrigar o lesado a suportar o dano.

Já no que concerne à *responsabilidade subjetiva*, pode assumir três configurações clássicas:

- a. Responsabilidade extraobrigacional ou aquiliana, cf. artigo 483.º e ss. do CC;
- b. Responsabilidade obrigacional, cujo respaldo legal se encontra nos artigos 798.º e ss. do CC; e
- c. Responsabilidade pré-contratual, *culpa in contrahendo*, prevista no artigo 227.º do mesmo diploma legal.

(ii) Responsabilidade obrigacional

A responsabilidade obrigacional, igualmente conhecida como *contratual*, como um dos tipos fundamentais da divisão clássica bipartida promovida pela doutrina, pressupõe, antes demais, a existência de uma relação jurídica da qual emergem obrigações às quais o respetivo titular não deu cumprimento^[33], ou seja, resulta, portanto, de uma violação de um direito de crédito ou obrigação^[34].

Especificamente e no que concerne à responsabilidade contratual pela venda de coisas defeituosas encontramos o seu regime previsto nos artigos 913.º e segs. do Código Civil. Com efeito, ergue-se desde logo o problema, sobretudo nos tempos industrializados que correm, de identificar o vínculo obrigacional entre vendedor e comprador, sendo extremamente difícil apurar numa cadeia complexa de fabrico de um medicamento o vínculo contratual entre ambos. O facto de à indústria farmacêutica não ser facultada a possibilidade de diretamente vender ao público os produtos que comercializa, existindo para o efeito um circuito do medicamento, representa que entre produtor e utente-consumidor não se estabeleça a relação obrigacional derivada da venda do produto. Neste sentido estatuem as diversas alíneas do n.º 1 do art.º 79.º do EM^[35].

³³ Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto. 2014. *Código civil anotado*, Vol. II. Lisboa: Quid Juris, p. 610.

³⁴ Cfr. ALMEIDA E COSTA, Mário Júlio de. 2010. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, p. 539.

³⁵ “Artigo 79.º:

Aquisição direta de medicamentos

1 - Os fabricantes, importadores ou distribuidores por grosso só podem:

a) Vender medicamentos diretamente a farmácias;

Na complexa cadeia de comercialização de produtos farmacêuticos, e nos casos em que muitas das vezes o produtor não se confunde com quem efetivamente comercializa o produto, parecem existir obstáculos à aplicação das regras de responsabilidade obrigacional, sobretudo se tomarmos em consideração o reconhecido princípio da *relatividade* dos contratos em vigor no ordenamento jurídico português, que, em princípio, institui que os contratos apenas produzem efeitos *inter-partes*, mas não em relação a terceiros ^[36] ^[37] ^[38]. Afirme-se que, não obstante, no caso de se tratar de um medicamento manipulado preparado em oficina, este impedimento não se coloca, porquanto o produtor (em sentido lato conferido pela Diretiva Europeia acima melhor descrita), efetivamente, coincide com o vendedor. CALVÃO DA SILVA, igualmente questiona, “(...) como responsabilizar em sede contratual o fabricante perante o consumidor final, se deste se encontra distanciado pela cadeia distributiva, não sendo seu devedor? Ora, sendo esta a relação de longe a mais frequente na coeva sociedade, em que ambos são terceiros e não partes, em linguagem técnica, e onde a “relatividade do contrato^[39]” emerge como grande obstáculo à responsabilidade negocial do produtor, bem se compreenderia que a solução da questão fosse relegada da via contratual para o

b) Vender medicamentos não sujeitos a receita médica a pessoas singulares ou coletivas autorizadas, por força da lei, a vender medicamentos ao público;

c) Transacionar medicamentos livremente entre si;

d) Vender medicamentos a estabelecimentos e serviços de saúde, públicos ou privados, e a instituições de solidariedade social sem fins lucrativos, que disponham de serviço médico e farmacêutico, bem como de regime de internamento, desde que os medicamentos adquiridos se destinem ao seu próprio consumo e estes estabelecimentos, serviços e instituições se encontrem devidamente autorizados para o efeito pelo INFARMED, I.P.;

e) Vender determinado medicamento a entidades públicas ou privadas a quem o INFARMED, I.P., haja concedido, por razões fundamentadas de saúde pública ou para permitir o normal exercício da sua atividade, uma autorização de aquisição direta do medicamento em questão, desde que seja assegurado o acompanhamento individualizado dos lotes e adotadas as medidas cautelares adequadas.”

³⁶ Para ulteriores desenvolvimentos consultar, RAMALHO, Tiago Azevedo. 2013. *O princípio da relatividade contratual e o contrato a favor de terceiro: da titularidade do direito à prestação por parte do beneficiário*. Coimbra: Coimbra Editora, passim.

³⁷ O problema da eficácia externa das obrigações extravasa, em muito, o escopo do presente estudo. Sobre a complexa questão, cfr., sobre as posições restritivas, v.g., ANDRADE, Manuel Domingues de. 1966. *Teoria geral das obrigações*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 48-51; COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2013. *Noções fundamentais de direito civil*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, p.25; PINTO, 2005, op. cit., p.35; e, ainda, aceitando, em termos variáveis, a eficácia externa das obrigações, v.g., ASCENSÃO, José de Oliveira. 1993. *Direito civil-reais*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p.47; VASCONCELOS, Pedro Paes de. 1983. *O efeito externo da obrigação no contrato-promessa*. *Scientia Juridica* XXXII, pp. 103-104; MARTINEZ, Pedro Romano. 2006. *O subcontrato*. Coimbra: Almedina, p. 157.

³⁸ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota., CALVÃO DA SILVA, João. 1989. *Da responsabilidade civil do produtor*. O direito, 121, II, p. 285.

³⁹ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 286.

campo delitual ou extracontratual.” No mesmo sentido se pronuncia o Supremo Tribunal de Justiça ^[40] de 08 de novembro de 2011, atestando que “não estamos perante um qualquer contrato de direito civil ou comercial, mas tipicamente no âmbito do direito do consumo, em que a obrigação de indemnizar, se existir, tem fonte extracontratual e pode ser objetivamente imputável ao produtor”.

Não sendo aquele o único dilema que se coloca ao nível da reparação de danos resultantes de defeito de medicamentos ao nível da responsabilidade contratual, cumpre retomar a ideia acima referida, de que quanto ao regime da responsabilidade contratual pela venda de coisas defeituosas o mesmo encontra-se plasmado nos artigos 913.º e segs. do Código Civil.

Ora, dispõe o n.º 1 do preceito que “se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim (...)”, isto é, a coisa é defeituosa se tiver um vício ou se for desconforme em relação ao que as partes acordaram. O vício corresponde, assim, a imperfeições em relação à qualidade normal de coisas daquele género, sendo que, a desconformidade reporta à discordância com respeito ao fim pré-estabelecido ^[41]. A ideia finalística da coisa é reforçada pelo n.º 2 do 913.º do Código Civil “[q]uando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.”. Com tal o legislador indica o critério da inadequação da coisa ao fim que se destina, utilidade da coisa que se infere do contrato. No caso concreto, para se aferir se a coisa vendida tem defeito torna-se imperativo demonstrar que (i) o vício a desvaloriza; (ii) que impede a realização do fim a que se destina; (iii) não está presente uma qualidade assegurada pelo vendedor e, (iv) falta um atributo necessário para a consecução daquele fim ^[42]. Resulta, então, que o regime de responsabilidade contratual previsto pelos artigos 913.º e segs. do Código Civil não considera a falta de segurança de produtos defeituosos. Estão, deste modo, em causa os chamados vícios redibitórios (defeitos ocultos da venda) que, por essa razão não podem ser conhecidos pelo comprador quando realiza o negócio, e que tornam o seu uso ou destinação imprerestáveis, impróprios ou lhe diminuem o valor ^[43].

Por outras palavras a noção de vício do produto não se confunde com a noção de defeito. Evidencia-se esta distinção porquanto no que diz respeito a casos

⁴⁰ RIBEIRO, Neves. (Relator). 2001. Acórdão do STJ de 8/11/2001: Processo n.º 2838/01. *Coletânea de Jurisprudência, Ano IX, Tomo III*, p. 111. Nesse mesmo sentido CARVALHO, Jorge Morais. 2013. *Manual de direito do consumo*. Coimbra: Almedina, p. 230 e PARRA LUCAN, Maria Angeles. 1990. *Daños por productos y proteccion del consumidor*. S.l.: s.n., p. 562.

⁴¹ Neste sentido, MARTINEZ, Pedro Romano. 2014. *Direito das obrigações: parte especial: contratos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 130.

⁴² Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto. 2014. *Código civil anotado*, Vol. III. Lisboa: Quid Juris, p. 52.

⁴³ Cfr. GONZÁLEZ, 2014, op. cit., p. 53

de venda de coisas defeituosas reportamo-nos à falta de qualidades asseguradas pelo vendedor ou das qualidades necessárias à prossecução do seu fim. Por contraposição, no âmbito dos danos causados por produtos defeituosos ^[44], estes tornam-se perigosos para a saúde e acompanhando, como nos merece, o entendimento de ANTUNES VARELA ^[45], “[j]á não se trata apenas da venda de coisas que não possuem as qualidades asseguradas pelo vendedor (vinho de certa colheita (...)) ou as qualidades necessárias ao preenchimento do seu fim (...) Trata-se principalmente de coisas que mercê do seu defeito, se tornam perigosas para a saúde ou até para a vida do consumidor ou podem causar danos sérios no património do adquirente”. A finalidade que preside à obrigação de indemnizar permite-nos confrontar com clareza as diferenças. A responsabilidade do vendedor tem como primordial intenção remover o defeito enquanto que, no que concerne à responsabilidade do produtor verificamos que se intenta ressarcir os danos, pessoais e patrimoniais resultantes da utilização da coisa defeituosa.

No que se refere a identificar um protótipo de produto medicamento que, à luz do normativo que temos vindo a mencionar se dedica à responsabilidade por venda de coisas defeituosas é muito feliz o exemplo dado por DIANA SILVEIRA ^[46], quando afirma que, pode ser considerado defeituoso, justamente, o fármaco que atua como um placebo ^[47], ou seja, não realiza o fim a que se destina. Noutra sentença e conforme já tivemos oportunidade de expor, encalça o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, na medida em que a responsabilidade que edifica se refere, antes, à segurança do produto colocado em circulação, conforme dispõe o art.º 6.º n.º 1 da Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985: “[u]m produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: a) A apresentação do produto; b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar; c) O momento de entrada em circulação do produto.”

Ademais, pelo vício ou falta de qualidade do produto a proteção é feita ao adquirente de coisas defeituosas de acordo com o que prescrevem os artigos 905.º e segs. do Código Civil, designadamente, em primeiro lugar, facultam-se ao comprador a supressão do contrato, fonte de qualquer daquelas obrigações (art.º 905.º, *ex-vi* art.º 913.º n.º 1 do Código Civil); em segundo lugar, reconhece-se ao

⁴⁴ Para além do regime dos artigos 913.º e seguintes, no regime da Lei n.º 24/96, de 31 de julho que diz respeito ao regime legal aplicável à defesa dos consumidores e do regime previsto no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

⁴⁵ Cfr. VARELA João de Matos Antunes. 2010. *Obrigações em Geral*, Vol. II. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 132.

⁴⁶ Cfr. SILVEIRA, 2010, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁷ Fármaco desprovido de qualquer princípio ativo. Um placebo é elaborado para ter a aparência exata de um medicamento real, porém, é composto por substâncias químicas inativas.

comprador a possibilidade de exigir a reparação do defeito, caso esta seja possível, ou a substituição da coisa defeituosa, naturalmente se esta for fungível e se a entrega da coisa de coisa substitutiva não corresponder a uma prestação excessivamente onerosa para o vendedor, atento o proveito do comprador (art.º 914.º e 921.º do Código Civil); em terceiro lugar, atribui-se ao comprador o direito de reclamar a redução do preço convencionado (art.º 911.º *ex-vi* art.º 913.º n.º 1 do Código Civil); em quarto e por último lugar, concede-se-lhe a faculdade de pedir uma indemnização (art.º 911.º, *ex-vi* art.º 913.º do Código Civil)^[48]. Pese embora, o regime da responsabilidade contratual defender os defeitos fundamentais, das suas formas de reparação ^[49] verifica-se que permanece controversa a discussão se fora do seu escopo se mantêm os danos não patrimoniais ou morais sofridos pelo consumidor por aquisição de um produto defeituoso ^[50], pelo que, também aqui reside uma questão de relevo quanto à aplicabilidade do instituto.

Mais significativo, e em proveito da análise, é constatar-mos também que os defeitos de informação ficam de fora do âmbito de aplicação dos normativos acima descritos ^[51], o que, no caso da interação medicamentosa impediria, quase em absoluto, responsabilizar qualquer laboratório.

Por sua vez, o artigo 915.º do Código Civil, restringe as condições em que se pode exigir uma indemnização ao estabelecer que a mesma não é devida se o vendedor desconhecia ^[52] sem culpa o vício ou falta de qualidades que a coisa padece o que, no caso de medicamentos, criaria uma válvula de escape difícil, senão impossível, de contornar para o lesado. Observe-se nesta extensão o que determinou o STJ no seu Acórdão: “VII - Não sendo o vendedor de coisa defeituosa obrigado a indemnizar o comprador pelos danos contratuais negativos emergentes do contrato quando desconheça, sem culpa, o vício de que a coisa padece, não

⁴⁸ Cfr. SILVA, Vitor Manuel Pinhal Baía. 2015. *Responsabilidade civil farmacêutica por reações adversas (graves e inesperadas) medicamentosas* (Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito do Porto), Porto.

⁴⁹ Neste sentido *vide* MARTINEZ, 2014, *op. cit.*,

⁵⁰ Num primeiro sentido de não aplicabilidade, VARELA, Antunes., 1986. *Das obrigações em geral*, Vol. I. 5ª ed. Coimbra: Almedina, pág. 565 e LIMA, Pires de, VARELA, Antunes. 1987. *Código civil anotado*, Vol. I. 4ª ed. Coimbra, pág. 501; num segundo sentido – que corresponde à doutrina e jurisprudência maioritárias – VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva. 1959. *Reparação do dano não patrimonial*, *British Medical Journal*, n.º 83, p. 102; VAZ SERRA, Adriano. 1973. Anotações ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 108, p. 122; JORGE, Pessoa. 1975. *Direito das obrigações*, Vol. I. Lisboa, pág. 576, COSTA, Mário Júlio de Almeida. 1984. *Direito das obrigações*. 4ª ed., Coimbra, p. 396 e TELLES, Galvão. 1989. *Direito das obrigações*. 6ª ed. Coimbra, p. 383. ALARCÃO, Rui de. 1983. *Direito das obrigações*, Coimbra, p. 278 – sustenta que uma compensação por danos morais só pode, em princípio ser feita valer no terreno delitual.

⁵¹ Sobre esta questão falaremos pormenorizadamente mais à frente.

⁵² “Esse desconhecimento tem de ser alegado e provado pelo próprio vendedor, visto tratar-se de um facto impeditivo do direito contra si invocado pelo comprador (era. 342º, n.º 2) e estar obrigado a prestar a coisa isenta de vícios ou defeitos.”, CALVÃO DA SILVA, 1999, *op. cit.*, p. 200.

pode, porém, opor-se à anulação do contrato, com fundamento em simples erro sobre o objecto do negócio, se conhecia ou devia conhecer a essencialidade do erro do comprador.”^[53]. O farmacêutico vendedor que dispensa, habitualmente, o medicamento poderia exonerar-se de responsabilidade argumentando que desconhecia, logo sem culpa, o defeito do medicamento.

Em forma de conclusão não somos alheios à tentação de se recorrer às regras previstas pelo instituto da responsabilidade obrigacional. Nas palavras de CALVÃO DA SILVA “(...) o recurso à via contratual surge como um refúgio, motivado pelas vantagens oferecidas pelas regras contratuais comparativamente às da responsabilidade extracontratual.”^[54]. São incontornáveis as evidências, começando pelo facto do lesado ter como amparo a presunção de culpa do lesante e ter para si um prazo bem mais alargado de prescrição de vinte anos, contrariamente aos três anos no âmbito da responsabilidade aquiliana e, sem o propósito de sermos exaustivos, a ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros^[55].

Embora, e sem prejuízo dos empreendimentos realizados para se estender as regras de responsabilidade contratual em defesa dos interesses do lesado, os argumentos acabam, invariavelmente, por se revelar produções infundadas e inconsistentes de materializar uma responsabilidade contratual sem que haja contrato. Nesse sentido, procurou-se antes abrigo à luz das regras previstas para a responsabilidade aquiliana com vista à proteção do consumidor de produtos defeituosos.

(iii) Responsabilidade extraobrigacional

Tratámos de referir anteriormente que existe diploma legal especial que se debruça sobre a responsabilidade do produtor por produtos defeituosos. O Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, por sua vez, expressamente, abarca a possibilidade de o lesado recorrer a outros institutos, é o que se retira, com clareza, do que se estabelece no artigo 13.º do aludido diploma legal “[o] presente diploma não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais.”.

Concluímos, pelas razões supra aduzidas, que a responsabilidade obrigacional não possui a aptidão para responder aos casos de danos causados por medicamentos, quedando assim referir, em face do artigo 13.º, que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, não levanta problemas de maior (no que concerne à sua aplicabilidade, que não é o mesmo que dizer da sua efetividade em favor do lesado) em respeito da responsabilização do produtor.

O artigo 483.º do Código Civil vem determinar uma cláusula geral de responsabilidade por factos ilícitos, adotando o modelo clássico proposto por Ihering, por

⁵³ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2010. Processo nº 2990/06.0TBAC.B.C. S1, de 04-05-2010.

⁵⁴ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 346.

⁵⁵ Nesta linha de pensamento CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 287.

consequente, assente na dualidade entre culpa e ilicitude^[56]. Este tipo de responsabilidade funda-se, assim, na violação ilícita ou culposa de direitos subjetivos ou de normas destinadas a proteger interesses alheios. Perceba-se que, a ideia subjacente à responsabilidade civil é a de permitir ao lesado imputar a um terceiro a lesão sofrida (*ubi commodata, ibi incommodata*^[57]). A este ensejo, e recorrendo à súmula apresentada acima, digamos que o Código Civil português consagrou duas formas de responsabilidade aquiliana. Uma filiada no pressuposto da culpa (responsabilidade por factos ilícitos, que iremos abordar) e segundo uma espécie de responsabilidade extracontratual que se funda na ausência desse mesmo pressuposto, tendo sido a mesma tratada numa subsecção própria do Código. É inequívoco, pese embora o que se regista, o carácter excecional da responsabilidade que não se baseia no requisito da culpa, conforme n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil “[s]ó existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.”^[58] Finalmente, consagra ainda o legislador como modalidade de responsabilidade contratual a responsabilidade ligada à prática de certos factos lícitos causadores de danos.

“Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”, *ex vi* do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil. Decorre, desse modo, da análise do preceito que o dever de reparar os danos depende da verificação de vários pressupostos cumulativos, desde logo: (i) de uma conduta do agente (facto voluntário); (ii) da violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude); (iii) de ser uma conduta censurável (culpa); (iv) que tenha provocado um dano, (v) e que se verifique um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado^[59]. Surgem, em face do que antecede, os seguintes pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Propomos que se faça uma breve incursão sobre os mesmos^[60].

A. Ação juridicamente relevante

O primeiro requisito da responsabilidade civil é aquele que exige que tenha existido uma conduta humana, que tenha causado o dano, para este efeito, tanto se admite uma conduta ativa ou omissiva. Importa entender que, não obstante o

⁵⁶ Cfr. BARBOSA, 2017, op. cit., p. 99.

⁵⁷ Princípio segundo o qual aquele que desfruta vantagens ou benefícios de uma dada situação deve também suportar os prejuízos dela decorrentes.

⁵⁸ Cfr. VARELA, 2017, op. cit., p. 524.

⁵⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2018. *Direito das obrigações*, Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 283 e segs.

⁶⁰ Sugere-se para melhor desenvolvimento dos pressupostos a leitura da obra de MENEZES CORDEIRO, António. 2010. *Tratado de direito civil VIII: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, p. 435 e segs.

que precede, que o comumente requisito, também designado de facto voluntário do agente, não se inscreve nos factos voluntários que se encontram fora da esfera de controle do agente, tais como, acontecimentos do mundo exterior causadores de danos (tremores de terra, etc.).

De fazer notar por não se apresentar como simples, que no que concerne à imputação ao agente por omissão, a mesma só pode ser causa de dano sempre que exista o dever jurídico de praticar determinado ato que poderia impedir a ocorrência do dano que se pretende ressarcir. Tanto a responsabilidade civil como a penal determinam que a omissão de um comportamento, ainda que seja apto a provocar um dano, em princípio, não gera responsabilidade. A ideia é que, se a omissão for ilícita, seja imposta a obrigação de atuar, pelo que, só é lícita a ação.

De acordo com o artigo 486.º do Código Civil, só excepcionalmente é que a omissão de um comportamento pode gerar responsabilidade. Há pelo menos dois casos, em que a omissão pode, efetivamente, dar origem a responsabilidade: I – casos em que pela força da própria lei ou negócio jurídico, haja o dever de praticar determinado ato (ex. os pais em relação aos filhos, existe o dever de cuidar e vigiar os próprios filhos); II – no direito penal existe/ defende-se casos de omissão que podem gerar responsabilidade: ex. resultante de ingerência em bens alheios – se alguém pratica atos que implicam ingerência em bens alheios tem o dever de praticar atos necessários para preservar os bens alheios.

Na responsabilidade obrigacional, anteriormente tratada de forma abreviada, já não existe uma limitação da responsabilidade por omissão, conforme prescreve o artigo 798.º do Código Civil, uma vez que ela tanto surge por ação como por omissão. Não há exceção à omissão e a regra do art.º 486.º Código Civil não se aplica *in casu*. A responsabilidade por omissão é, neste particular, a mais comum.

O facto voluntário significa, pois, um facto objetivamente controlável ou dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como manifestação do comportamento de um sujeito responsável ^[61]. Portanto, assente está que a atividade de fabrico de medicamentos comporta, em face do que antecede, um facto voluntário do agente.

B. Ilícitude

Há ilicitude quando se atua de forma contrária ao Direito. O legislador português consagrou no artigo 483.º do Código Civil uma exigência expressa da ilicitude como tipificação das posições jurídicas cuja lesão pode originar responsabilidade civil. É necessário identificar, apesar disso, em que é que consiste a conformação da ilicitude, porque não basta que alguém pratique um facto prejudicial aos interesses de um terceiro, para que se veja na obrigação de reparar o dano provocado pela sua conduta.

⁶¹ LEITÃO, 2018, op. cit., p. 283.

Do referido preceito retiram-se duas formas expressas de ilicitude: (i) violação de um direito alheio (direito de outrem conforme a lei *praescribit*) e (ii) violação de um interesse alheio protegido.

No que diz respeito à violação de um direito de outrem trata-se, conforme se antevê pela letra da lei, de direitos subjetivos^[62], compreendendo nesta rúbrica os designados direitos absolutos de personalidade, direitos reais, direitos familiares e propriedade intelectual. Em rigor e em face do estudo que propomos, é esta precisamente a modalidade que interessa para a nossa análise.

Sem prejuízo, sempre se dirá que a lei prevê ainda a infração da norma destinada a proteger interesses alheios^[63]. Não correspondendo, por contraposição, a direitos subjetivos, a lei protege, ainda assim, as situações que embora protejam interesses particulares não se encontram na esfera jurídica do interessado, porquanto não lhe conferindo a tutela que anteriormente se aludia. No que toca à violação de interesses alheios protegidos pressupõe que se distinga entre interesses diretamente protegidos e interesses reflexamente protegidos. Interesses reflexamente protegidos, são aqueles em que a proteção é uma “resultância” para o titular do interesse – é, portanto, casual. A norma que protege o interesse não está instituída para esse titular, mas para outros efeitos (*ex.* numa campanha de vacinação, pretende-se proteger a saúde pública, mas quem não se submeter à vacinação não é protegido e ninguém poderá fazer nada contra tal facto, ficando naturalmente excluído da possibilidade de exigir indemnização).

Por seu turno, interesses diretamente protegidos, aqueles que relevam para a norma, não podendo ser direitos subjetivos e não representando interesses reflexamente protegidos, são, assim, situações em que a norma que protege um interesse, de igual modo, não confere um direito (*ex.* normas que estabelecem regras sobre segurança: como a sinalização de obras na via pública que deve ser assinalada. Os a alertar os transeuntes devem ser alertados para o perigo decorrente dos trabalhos, se a obra não foi devidamente sinalizada e daí incorrer um dano, o lesado poderá exigir essa responsabilidade. É pela omissão da sinalização que resulta a violação de direitos de personalidade alheia).

Podemos identificar na perspectiva do produtor de produtos farmacêuticos, identificar que o facto ilícito pode ser derivado de uma fase embrionária da conceção do produto ou fabrico, outrossim, ter como base a falta de informações. Na linha de raciocínio de Diana Silveira^[64] e no que concerne ao dever de informar, cabe fazer referência ao art.º 485.º n.º 2 do Código Civil, preceito que diz respeito à responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Este disposi-

⁶² Remete-te para a leitura da obra do Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Reimpressão da edição de 1944. *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Volume I. Lisboa: Imprensa FDUL.

⁶³ Cfr. VARELA, 1986, *op. cit.*, p. 536.

⁶⁴ Cfr. SILVEIRA, 2010, *op. cit.*, p. 107 e segs.

tivo interessa, justamente, pelo que se infere da lição de Side Monteiro, onde se lê se refere que as instruções de uso defeituosas constituem uma categoria autónoma no âmbito da responsabilidade do produtor. Acrescenta, clarificando "(...) à imagem da responsabilidade no âmbito do fabrico de produtos farmacêuticos, podem aí distinguir-se dois tipos de deveres de instrução, consoante o esclarecimento diz respeito a perigos de aplicação ou a perigos de efeitos secundários ^[65]".

A ideia a reter, é a de que de uma maneira geral cabe ao fabricante de produtos farmacêuticos mitigar um perigo que origina, como por ex. prestando a informação adequada aos profissionais de saúde prescritores, bem como ao público em geral, para que uns e outros de uma forma informada e esclarecida possam tomar uma decisão ponderada de consumo: "(...) *failure to warn defects - also known as marketing defects - are flaws in the way a product is marketed, such as improper labeling, insufficient instructions, or inadequate safety warnings.*" ^[66]

Uma nota final para referir que, a lei expressamente vaticina que para haver lugar a responsabilidade civil, a violação de direitos subjetivos ou de normas de proteção ^[67] tem que ser realizada ilicitamente o que, equivale a dizer, que se admite uma possível violação realizada de forma lícita. A conduta potencialmente ilícita, pode consumir-se conforme ao Direito, desde que, se verifiquem os pressupostos de uma determinada causa de justificação ^[68]. Referimo-nos à clássica ordenação doutrinal sobre as causas de exclusão de ilicitude, circunstâncias em que é excluída a ilicitude em virtude do agente se encontrar no âmbito de uma circunstância a que lei oferece acolhimento, porquanto justificada. As causas legais de justificação especiais (porque ao lado destas encontramos, sem disciplina legal especial, duas causas gerais: o regular exercício de um direito e o cumprimento de um dever jurídico) habitualmente consideradas são: Ação direta, art.º 336.º do Código Civil; Legítima defesa, art.º 337.º do Código Civil; Estado de necessidade, art.º 339.º do Código Civil; e Consentimento do lesado, art.º 340.º do Código Civil.

C. Culpa

Sobre o requisito de culpa impõe-se desde logo relembrar que de acordo com a conjugação do n.º 1 e n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil, a responsabilidade civil pressupõe, em regra, a verificação deste pressuposto. Como refere o n.º 2 do mesmo preceito, só excepcionalmente a lei se contenta com a existência de um puro nexos material entre o facto e o agente que provocou o dano ^[69].

⁶⁵ Cfr. SIDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. 1989. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, pp. 327-327.

⁶⁶ Cfr. CHOI, LEE, 2011, op. cit., pp. 690.

⁶⁷ De acordo com a ideia plasmada na obra de LEITÃO, 2018, op. cit., p. 292.

⁶⁸ Vide GONZÁLEZ, 2017, op. cit., p. 302.

⁶⁹ Cfr. ALMEIDA E COSTA, 2010, op. cit., p. 579.

A conceção subjacente ao requisito é a de que a atuação, para além naturalmente do seu caráter ilícito, esteja relacionada a uma pessoa identificando-a como agente do dano (nexo de imputação do facto ^[70]) reconhecendo, igualmente, que ela podia e devia ter agido de forma diversa. Isto é, não o tendo feito o agente age de uma forma que, o legislador, figura como censurável. A culpa pode assim ser definida como o juízo de censura ao agente que podendo atuar de um modo consentâneo com o padrão de conduta imposto pela lei, não o fez.

Para que o agente possa ser efetivamente censurado pela sua conduta é necessário que ele conheça ou devesse conhecer o desvalor do seu comportamento, porquanto lhe era possível escolher a forma de atuar o que entronca no primeiro pressuposto da culpa a imputabilidade do agente ^[71].

Adicionalmente, obedece determinar, em face de circunstâncias concretas, se a conduta do agente é reprovável, operando neste caso, as modalidades de culpa que habitualmente se referem. Numa palavra, a culpa em sentido estrito ou negligência, e o dolo. A primeira como sendo entendida como a violação de uma norma por falta de cuidado, prudência ou de diligência ^[72]. Ao invés, no dolo, está subjacente o raciocínio de que o agente tem a representação do resultado danoso, isto é, o agente configura o resultado e age com esse intento, mesmo que o configure apenas como possível (dolo eventual). Acrescentar apenas por mero dever de prudência, uma vez que o presente trabalho não pretende escarpelizar a matéria geral da Responsabilidade Civil melhor descrita em diversas obras de ilustres autores, que reconhecemos as diferentes categorias referenciais de negligência: negligência consciente e inconsciente, bem como as categorias de dolo: dolo direto, dolo indireto e dolo eventual.

Interessa sim, neste escopo, constatar que o legislador consagrou a apreciação da culpa em abstrato. Por outras palavras, a culpa será valorada em face dos contextos de cada situação, pela diligência de um bom pai de família, conforme dita o n.º 2 do artigo 482.º do Código Civil.

Ora, acarreta cruzar duas ordens de ideias no que se refere à responsabilidade por produtos defeituosos. Se incumbe ao lesado a prova de culpa do autor da lesão, exceto no caso de presunção de culpa (artigo 487.º n.º1 do Código Civil), e se neste campo releva averiguar a existência de culpa com base no critério de um diligente profissional do sector, “agindo em conformidade com o estado de arte do sector produtivo em que se insere^[73]”, não é de todo difícil concluir que é altamente complicado, para não dizer improvável, o lesado provar a culpa do

⁷⁰ A culpa era definida como o nexo de imputação do ato ao agente, que se considerava existir sempre que o ato resultasse da sua vontade.

⁷¹ Para melhores desenvolvimentos sugere-se a leitura da obra de ALMEIDA E COSTA, 2010, ob. cit, p. 580.

⁷² Cfr. CORDEIRO, 2010, op. cit., pp. 472-473.

⁷³ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 388.

produtor em face da complexidade técnico-científica inerente ao fabrico de um medicamento, convergindo na ideia estabelecida pela doutrina de *probatio diabólica* ^[74].

O reconhecimento, de que a responsabilidade civil baseada em culpa levanta problemas graves e se mostra inadequada, originou a formulação de novas soluções legais com vista a proteger o consumidor.

Evidentemente que esta dificuldade se agudiza quando se trata de produtos farmacêuticos com todas as variáveis subjacentes à complexidade do produto e diferentes reações que se produzem no organismo de cada consumidor. A prova é realmente muito penosa. Nos termos do artigo 487.º n.º 1 que estamos a analisar, incumbe ao lesado a prova de culpa do autor, ónus este que reduz em grande medida as possibilidades efetivas de obter indemnização. Neste vínculo, oferece, o legislador, ferramentas para o lesado, podendo este, em determinadas circunstâncias, fazer-se valer de um critério diferente, porquanto estabelece presunções de culpa, invertendo-se o ónus da prova (art.º 350.º do Código Civil).

Precisamente, uma dessas situações previstas pelo legislador encontra-se consagrada no artigo 493.º n.º 2, responsabilidade por culpa presumida daquele que causar danos a um terceiro no exercício de uma atividade perigosa pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados. Pergunta-se então se o fabrico de medicamentos pode ser qualificado como atividade perigosa, pelo que, neste particular enquadrada em benefício do lesado. Um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto ^[75] oferece o enquadramento que se procura em relação a este normativo:

“I – Embora o art. 493º, nº2, do CC estabeleça uma presunção de culpa, fazendo inverter o ónus da prova, dela não resulta a responsabilidade objectiva, conservando-se a culpa como fundamento da responsabilidade, agravando a medida da ordinária diligência que o agente deve prestar, pondo a seu cargo o dever de adoptar todas as medidas aptas a evitar o dano.

II – A mencionada previsão legal abrange toda a actividade que tem uma periculosidade intrínseca ou em relação aos meios de trabalho utilizados, perigosidade essa que deve existir no exercício da actividade considerada em abstracto, havendo dois critérios basilares que permitem definir o que é actividade perigosa: a intensidade da lesão em que a perigosidade se pode consubstanciar (critério qualitativo) e a especial probabilidade de a perigosidade da coisa ou actividade provocar um dano (critério quantitativo).”

Sem prejuízo do preceito prever a presunção de culpa no que se refere a responsabilidade por danos decorrentes do exercício de uma atividade perigosa,

⁷⁴ Sugere-se a leitura para ulteriores desenvolvimentos de CAVALCANTI, Caio de Oliveira. 2014. *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova* (Tese de Mestrado apresentada à Universidade de Coimbra Faculdade de Direito). Coimbra.

⁷⁵ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. 10/09/2009. Processo n.º 3174/03.5TBGDM.P.1.

não é pacífico o enquadramento nos casos de produtos defeituosos, justamente, porque a norma se remete ao exercício de atividade perigosa e não propriamente se debruça sobre a ideia de perigosidade do produto *per si*. Não é este o entendimento do autor Calvão da Silva ^[76], na obra que temos vindo a citar. Ali se defende a extensão da aplicação do preceito aos casos de danos resultantes de produtos defeituosos, no raciocínio de que o defeito do produto tem origem no ciclo produtivo, sendo que o perigo originado no exercício da atividade produtiva se materializa no produto final. O mesmo autor refere-se ainda de forma expressa à indústria farmacêutica “[v]ale o mesmo afirmar que a determinação da actividade perigosa não se exaure na mera produção, mas abarca ainda a comercialização do objecto que tempo resultado. Assim, se atentarmos na indústria alimentar, na indústria farmacêutica (...) aceitar-se-á que a sua periculosidade deriva tanto da actividade em si como do resultado final – resultado que integra no ciclo económico normal da respectiva indústria ^[77]”.

Entendemos, ser justa esta posição, em particular no que diz respeito aos medicamentos, porquanto se trata de um produto perigoso com risco associado, o perigo da atividade farmacêutica está ligado, em particular neste caso, à perigosidade do medicamento.

D. Dano

Para que haja lugar à obrigação de indemnizar é necessário, como condição absolutamente essencial, que exista dano, isto é que o facto ilícito culposo tenha causado um prejuízo a alguém ^[78].

A desvantagem para o lesado, em consequência de certo facto, é costumadamente designada de dano em termos naturalísticos. A primeira grande distinção a realizar no tratamento do conceito consiste na exposição das características entre *dano real* e *dano patrimonial*. Em referência à primeira, dizer que em sentido real, o dano corresponde à avaliação em abstrato das utilidades que eram objeto de tutela jurídica, que segundo ANTUNES VARELA “(...) reveste a mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa ^[79]”. Por sua vez, em sentido patrimonial, o dano acomoda a avaliação a ser realizada dos efeitos da lesão na situação patrimonial do lesado.

Dando seguimento à exposição, entendemos, aqui referir que o nosso legislador, no artigo 562.º do Código Civil, confere prevalência à reconstituição natural da situação em que o dano não se tivesse verificado. Assim, só quando não é essa reconstituição natural, a indemnização é fixada em dinheiro. Neste caso, a indem-

⁷⁶ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 400.

⁷⁷ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 407.

⁷⁸ Cfr. VARELA, 1986, op. cit., p. 597.

⁷⁹ Cfr. VARELA, 1986, op. cit., p. 598.

nização toma como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado e que teria caso não existissem danos (art.º 566.º do Código Civil). Cabe ainda dizer ainda que, no que pertence aos danos patrimoniais podemos encontrar os danos emergentes e os lucros cessantes. Os primeiros compreendem o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado. Por sua ordem, os lucros cessantes cobrem os benefícios que o lesado deixou de auferir em face da lesão provocada e que constituem uma expectativa que o lesado vê frustrada.

A par dos danos patrimoniais, o legislador português consagra os danos morais ou danos não patrimoniais⁸⁰ que são insuscetíveis de avaliação pecuniária porque atingem bens que não correspondem ao património do lesado, levando inclusive à discussão sobre se se pode falar em rigor de uma indemnização ou antes de uma compensação ao lesado, artigo 496.º do Código Civil.

E. Nexo de causalidade

A conduta lesiva, para o ser, pressupõe uma certa conexão entre a conduta humana, porquanto imputável a determinada pessoa, e o dano a ela associado^[81]. Em resultado do que dispõe o artigo 483.º do Código Civil “(...)fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”, implica a exigência que esse comportamento seja causa dos danos sofridos.

Por conseguinte, não existe obrigação geral de ressarcir todos os danos que sobrevenham ao facto ilícito, antes os que tenham sido providos efetivamente dessa atuação, conforme preceitua o artigo 563.º do Código Civil. Nos clássicos ensinamentos de ALMEIDA E COSTA^[82], o nexa de causalidade entre o facto e dano configura, ainda, uma dupla utilidade de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação a indemnizar.

As questões, sumariamente descritas, que se colocam são se, e em que medida a causalidade para efeitos jurídicos difere da causalidade natural, e quais os critérios apropriados para em sede de responsabilidade civil, se poder atestar que uma conduta deu origem a certo dano^[83].

⁸⁰ Pese embora a simplicidade com que se apresenta o tema dos danos não patrimoniais, cumpre reavivar a ideia de que se trata de uma questão doutrinária (a da ressarcibilidade desta espécie de danos) de complexidade elevada e que foi durante muito tempo objeto de discussão pelos diversos autores. Argumentava-se, na tese da não aceitação, que os referidos danos não são por natureza suscetíveis de reparação, porquanto não se poderia quantificar a dor ou desgosto sofrido por alguém.

Contrapuseram-se a esta ideia, as asserções que defendem que a indemnização não pretende eliminar o dano, mas antes conceder ao lesado uma utilidade que vise atenuar os danos e de que entre a solução de nenhuma indemnização e a de se lhe ser atribuída uma compensação, esta última configura-se como mais justa, mesmo apesar de alguma inevitável discricionariedade.

⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ, 2017, op. cit., p. 196.

⁸² Cfr. ALMEIDA E COSTA, 2010, op. cit., p. 605.

⁸³ Cfr. GONZÁLEZ, 2017, op. cit., p. 196.

Na redarguição desta problemática, surgiram diversas teorias que se podem considerar evolutivas no pensamento doutrinal, designadamente, (i) teoria da *conditio sine qua non*; (ii) teoria da causa próxima; (iii) teoria da condição eficiente; (iv) teoria da causalidade adequada e (v) teoria do escopo da norma violada ^[84].

Pese embora se possa perfilhar uma predominância na posição da tese da causalidade adequada na sequência da obra que temos vindo a citar, do Professor Antunes Varela, é razoável asseverar que não se trata de uma questão conformada e que, em face do momento presente, merece, segundo diversos autores, uma apreciação crítica que pressupõe um natural progresso: “[n]o tocante ao nexo de causalidade requerido pela responsabilidade aquiliana, cumpre deixar explícito que não existem, no estado actual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas. (...) A causalidade relevante deve ser contruída, caso a caso, perante as diretrizes da Ciência do Direito”^{[85][86]}.

Acerca da teoria da causalidade adequada, faz-se notar que esta conforma um entendimento em que já não se averigua qual a causa do dano (simplesmente), mas olha-se antes para o comportamento do lesante para ver se, em abstrato, ele é ou não adequado a produzir um dano daquele tipo. Numa formulação positiva cumpre determinar se é adequado que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano ou numa formulação negativa saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o de lesante ^[87]. Fundamentalmente e a reter, a ideia de que para impor a alguém uma obrigação de reparação de um dano (1) não basta que o facto, em abstrato, tenha sido causa do dano, é imperativo que, em abstrato, (2) aquele facto seja uma causa adequada à produção do dano, entroncando na norma do artigo 563.º do Código Civil “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”, conformando-se aqui uma formulação negativa. MENEZES CORDEIRO, por sua vez, afirma com a habitual propriedade: “[n]a verdade, a lei não refere qualquer adequação, o que não prejudica, uma vez que estamos, por excelência, numa área de elaboração jurídico-científica. De todo o modo, fica claro que não se deve pedir ao artigo 563.º o que ele não pretende dar ^[88]”.

⁸⁴ Cfr. LEITÃO, 2018, op. cit., pp. 344-349.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, 2010, op. cit., pp. 548-549.

⁸⁶ Para uma abordagem do problema entre nós *vide* BARBOSA, 2017, op. cit., pp. 249-250: “Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexo de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico.”

⁸⁷ Neste sentido, BARBOSA, 2017, op. cit., p. 261.

⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, 2010, op. cit., p. 549.

Geralmente entendido como o último pressuposto da responsabilidade civil aquiliana, em particular nos manuais de direitos das obrigações, a causalidade tem merecido o cuidado e a reflexão de grande parte dos autores, o que tem conduzido a soluções divergentes como temos vindo a realçar. Recentemente, alguma doutrina, onde se destaca o nome de Pietro Trimarchi^[89], tem afirmado a impossibilidade de estabelecer uma fórmula unitária completa para a teoria da causalidade, de tal forma que consiga ser potencialmente aplicada nos diversos casos da vida real.

3. Nota final

De tudo o quanto se acaba de expor, serve para asseverar que ao dispor do utente-consumidor / lesado encontra-se, com efeito, esta possibilidade, a de recorrer ao instituto da responsabilidade extracontratual para ver ressarcidos os danos provocados pela administração de um produto farmacêutico, máxime porque nesta sede se pode afrontar a responsabilidade do produtor perante qualquer lesado e não apenas para o consumidor final do produto. Esta questão não é de somenos interesse no caso dos medicamentos, se levarmos em atenção o facto de em muitos casos o lesado não se confundir com quem administra o produto, como sucedeu, a título de exemplo, no caso relatado da Talidomida (medicamento para combater os enjoos durante a gravidez, cujos efeitos adversos levaram ao nascimento de bebés com malformações congénitas por focomelia.

A dificuldade, como naturalmente se antevê, reside nas dificuldades de prova que o regime oferece ao lesado. Desde logo, pelo facto de como corolário deste regime, o ónus incidir sobre aquele, tal qual se regulamenta no n.º 1 do artigo 487.º do Código Civil “[é] ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.”. Desta feita, quanto maior for a mecanização da atividade produtiva; a divisão de tarefas; a complexidade de fabrico e o número de agentes envolvidos no processo interventivo, mais espinhosa se tornará a atuação do lesado com vista a descobrir a real causada do defeito do medicamento e estabelecer a existência de culpa na sua origem^[90].

Entendemos que pode este instituto surgir como alternativa, ou melhor, como complementaridade ao regime da responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos, sobretudo nos casos, que adiante melhor explicitaremos, de recair a demanda nos riscos de desenvolvimento.

⁸⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. 2018. *Controvérsias atuais em responsabilidade civil estudos de direito civil-constitucional*. Coimbra: Almedina.

⁹⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 385.

(i) Responsabilidade civil objetiva

i. Gênese sumária

Como resultado de diversas transformações, particularmente ao nível das mutações económicas, técnicas industriais e comerciais, que têm gerado um inevitável distanciamento entre as figuras clássicas do consumidor e do produtor, o direito costumado revela-se inadequado para dar resposta às necessidades dos lesados. Neste contexto, intervém o Estado, ainda que no caso em questão se baseie nas normas europeias que, por sua vez, incorporaram o arraigado sistema norte-americano de responsabilidade pelo produto (*product liability*). Perante situações de lesão provocada por medicamentos, constitui verdadeiramente um farol para o legislador europeu ^[91].

Pois bem, na responsabilidade objetiva do que verdadeiramente se trata é de decidir acerca da existência de alguma razão ou fundamento para operar a transferência de riscos ^[92]. Referimo-nos a domínios em que o homem, regra geral, tira o partido de atividades que, potenciando a suas possibilidades de lucro, importam o aumento de risco para outros. Estas tendências legislativas, claro está, inserem-se na ideia de criar ferramentas eficazes ao dispor do consumidor e de interesses difusos ^[93]. Legitimamente, encontramos nos diversos ordenamentos jurídicos europeus alusões à responsabilidade objetiva. Vejamos por exemplar, o artigo Art. 5:101. “Actividades anormalmente perigosas (1) Aquelle que exercer uma actividade anormalmente perigosa é responsável, independentemente de culpa, pelos danos resultantes do risco típico dessa actividade”, presente nos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil - *European Group on Tort Law*, ou no caso direito alemão e apesar desta matéria não se encontrar sistematizada da mesma forma que no direito português, com efeito, excetuando a norma do § 833 do *Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil Alemão (BGB), que estabelece uma forma de responsabilidade civil objetiva pelos

⁹¹ “Product liability is one of the fastest growing and most economically significant applications of tort law. Product liability actions against pharmaceutical companies are among the most widely publicized classes of suits in the United States and Europe, prompting pharmaceutical companies to lobby vigorously for tort reform. (Nace et al., 1997). The liability burden on pharmaceutical companies has been described as grossly disproportionate to their sales in comparison with other manufacturing industries (The Progress & Freedom Foundation, 1996, p. 101). Direct comparisons, however, are difficult because the market for pharmaceuticals is unlike the usual market situation, where consumers have options among competing products on the basis of quality and price. In the case of pharmaceuticals, a physician generally selects the specific drug, and the consumer bears only a fraction of the cost burden, because health insurance defrays a significant part of the cost (Mossialos et al., 1994). The recent increase in product liability actions against pharmaceutical companies as well as healthcare professionals has also been described as having an impact on the practice of medicine itself (Pendell, 2003)”, vide, CHOI, LEE, 2011, op. cit., p.688.

⁹² Cfr. GONZÁLEZ, 2017, op. cit., p. 404.

⁹³ Cfr. PINTO, 2005, op. cit., p. 134.

danos causados por animais, não domésticos, destinados à ocupação, atividade económica ou subsistência do agente, o grosso da responsabilidade civil objetiva encontra-se, ainda assim, regulado em legislação avulsa, donde cumpre destacar a Lei do Medicamento, de 24 de agosto de 1976 [*Arzneimittelgesetz (AMG)*] – que determina a responsabilidade civil objetiva, pelos danos causados por produtos farmacêuticos.

No acompanhamento, que nos merece, da lição de MENEZES CORDEIRO ^[94], encontramos duas linhas de alicerce deste tipo de responsabilidade civil: a “justiça distributiva”, por um lado, no juízo de que associado ao risco se encontra a vantagem, implicando, deste modo, que, em princípio, o risco corra pelo titular do direito que venha a ser suprimido, sem prejuízo, podem ocorrer outras saídas, *v.g.* quem beneficia de trabalho alheio correrá o risco de acidentes de trabalho. Por sua vez, a “ilicitude imperfeita” remete para o princípio de que, o Direito, demanda que não haja danos. Destarte, na impossibilidade de imputá-los por motivo de infração, a imputação objetiva revela-se uma adequada ferramenta para que sejam tomadas medidas preventivas.

Na essência, o que sobrevém é que o lesado fica, em face do que antecede, sem necessidade de vir comprovar, por neste regime em particular se prescindir, o requisito da culpa, sucedendo, conseqüentemente, que o lesante responda pelo dano causado que surja a ele associado mesmo que, para o efeito, tenha atuado com o máximo de diligência que lhe era humanamente exigível.

Em forma de remate, a consequência lógica deste regime de responsabilidade civil objetiva consiste em “*l’esercente risponde per il fatto di aver posto in essere una serie di condizioni obiettive atte, nella loro globalità, a generare situazioni con elevata potenzialità di danno*” ^[95], independentemente de culpa.

ii. Responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos

A génese do surgimento de uma figura de responsabilidade do produtor, especialmente consagrada no ordenamento jurídico português, de responsabilidade do produtor já foi de algum modo apontada anteriormente, conquanto, e salientado Salientamos aqui que, o lesado, caso não se considerasse um instituto de responsabilidade objetiva, o lesado seria obrigado a provar todos os pressupostos da responsabilidade civil, conquanto a figura de responsabilidade do produtor acarreta o justo raciocínio de que a prova se tornaria demasiado árdua, pelo que, injusto para o lesado. Com efeito, à luz da responsabilidade extracontratual, torna-se para o lesado imprescindível para o lesado, à luz da responsa-

⁹⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, 2010, *op. cit.*, p. 595.

⁹⁵ ZIVITZ, Patrizia. 1988. *Le attività pericolose. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Ano IV, nº 3, p. 182.

bilidade extracontratual, conhecer dos os processos de fabrico para que a ação tenha alguma chance de procedimento.

Desta necessidade premente, surge no Direito Europeu ^[96], através da Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, já revista pela Diretiva 1999734/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999, a estatuição de uma responsabilidade independentemente de culpa acometida ao produtor de produtos defeituosos. Transpostas para nosso ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, e Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril, respetivamente. Diplomas estes que têm como propósito proteger os lesados no âmbito da compra e venda de produtos defeituosos, consagrando um princípio absolutamente inovador, mas essencial para os consumidores, que é o princípio da responsabilidade objetiva do produtor, independente de culpa: “[d]etermining whether a party has been negligent is often a highly fact-intensive process. Adducing proof of negligence may therefore be economically costly and time consuming. For example, showing how carefully the defendant acted on a particular occasion may involve more cost and time than showing that the defendant was involved in a particular activity for which strict liability is imposed.

Expert testimony is more likely to be required or permitted to prove negligence than to prove the defendant’s involvement in such an activity. Evidence of compliance with, or violation of, a customary practice is admissible because it is relevant to negligence, but it is unlikely to be relevant in a strict liability action ^[97]”.

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, dita claramente a imposição na sua epígrafe “Responsabilidade objectiva do produtor”, determinando no n.º 1 que “[o] produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação”. Esta responsabilidade do produtor, ainda assim, e como se verá mais adiante, é relativa na medida em que em certos casos este poderá eximir-se dessa responsabilidade (artigo 5.º do referido diploma), cabendo ao lesado, por seu turno, a prova do dano efetivamente sofrido, do defeito do produto e do nexos causal, pressupostos essenciais para haver lugar a indemnização.

Impõe-se, por último, assinalar que o diploma expressamente prevê, no caso de contribuição de vários produtores, uma responsabilidade solidária o que representa que o lesado não tenha de se dirigir a todos os corresponsáveis para ser

⁹⁶ Por influência da doutrina norte-americana, precursora nesta matéria. É muito interessante perceber as razões de fundo desta figura que diversos autores identificam como surgida do caso *Greenman v. Yuba Power Products* em 1962, e atentar à linha que separa a *Strict Liability* e negligência “It would be difficult to exaggerate the extent to which the distinction between negligence and strict liability is embedded in tort law. At the requisite level of generality and across a wide range of settings, the distinction is perfectly valid and easily applied. Negligence is the failure to exercise reasonable care; strict liability is the imposition of liability even when reasonable care has been exercised.” (ABRAHAM, Kenneth S. 2012. *Strict liability in negligence*. *DePaul Law Review*, 61, n.º 2, p. 274.)

⁹⁷ KENNETH, 2012, op. cit., p.277.

integralmente compensado, conforme do n.º 1 do artigo 6.º do diploma “[s]e várias pessoas forem responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade”.

iii. Escopo e exclusão

O regime especial da responsabilidade do produtor, previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, apesar de proteger todo e qualquer lesado que tenha sofrido danos com um produto defeituoso tem, conforme se pode apurar do que dispõe o Acórdão da Relação do Porto, dois âmbitos de aplicação bastante diferenciados. Patenteia “um para os danos pessoais, aplicando-se a toda e qualquer pessoa, profissional ou consumidor, contratante ou terceiro, outro para os danos materiais, aplicando-se somente aos consumidores, ficando de fora os profissionais ou aqueles que usam o produto no âmbito de uma atividade comercial ^[98] ^[99]”.

Torna-se evidente, assim, que este regime não foi somente criado para proteger os consumidores, outrossim, os profissionais, quando estejam em causa danos pessoais, como determina o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, na sua atual redação, ao preceituar que “são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino”.

No que respeita aos danos materiais, importa, assim, enfatizar que ficam excluídos do círculo de aplicação do regime, todos aqueles que tenham adquirido um determinado produto para um fim profissional ou no âmbito de uma atividade comercial e não aqueles que tenham adquirido um produto para um fim privado, pessoal, familiar ou doméstico, como aliás indica o Acórdão do STJ “[e] especificamente no que tange às normas do DL 383/89 de 6/11? De harmonia com o preceituado no art.º 8º, nº 1º desse diploma só são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao “uso ou consumo privado” e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.

A *ratio essendi* dessa estatuição normativa é proteger apenas o consumidor em sentido estrito, ou seja, aquele que utilize a coisa destruída ou determinada pelo produto defeituoso para um fim privado, pessoal, familiar ou doméstico, que não para um fim profissional ou uma atividade comercial ^[100]”.

Os medicamentos, já o sabemos, podem apresentar defeitos e, desse modo, os fabricantes encontram-se sujeitos a responsabilidade pelos danos causados

⁹⁸ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. 17/06/2004. Processo n.º: 0433085.

⁹⁹ Cfr. COELHO, Vera Lúcia Paiva. 2017. *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos*: Teste de resistência ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor. *Revista Electrónica de Direito*, p. 8.

¹⁰⁰ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 13/01/2005. Processo n.º: 04B4057.

que o regime do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, assim prevê. A particularidade deste tipo de produtos diz respeito ao facto de os medicamentos serem inelutavelmente defeituosos, porquanto não se podem afirmar como 100% seguros, daí que se coloque legitimamente a questão sobre se o regime da Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, se mostra inteiramente adequado. Precisamente por esta razão alguns Estados-Membros, desenvolveram regimes especiais para medicamentos, como seja, o caso da França que publicou a Lei n.º 2011/2012, de dezembro de 2011 (*relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*), ou o caso Alemão da Lei do Medicamento, de 24 de agosto de 1976 (AMG).

Diga-se, ainda como nota introdutória, que o regime, pese embora, estabeleça que o produtor responda independentemente de culpa não desobriga por completo o lesado da dificuldade de prova, porquanto, este último deve ainda fazer prova do dano, do defeito do produto e do nexa causal. De resto, e conforme já se fez menção o regime impõe um prazo limite para reagir de 10 anos após a entrada em circulação do produto, alegadamente, defeituoso. O decurso do tempo tem, além disso, implicações no regime da prescrição (art.º 11.º, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro), que se distancia do regime geral do artigo 498.º do Código Civil, uma vez que o prazo de três anos se conta a partir do momento em que o lesado teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor^[101]. Limite temporal que, no caso dos fármacos pode erguer problemas de difícil resolução aos lesados, uma vez que, as reações adversas podem apenas ser identificadas muitos anos após a entrada em circulação do produto. É o caso paradigmático e notório da substância DES que visava evitar partos prematuros e cuja ação nociva apenas se veio a identificar decorridos muitos anos tendo causado danos irreversíveis de infertilidade em gerações vindouras.

Impõe-se, então, analisar criticamente os pressupostos deste regime especial e cujo lesado tem de fazer prova^[102].

¹⁰¹ TRIGO, 2015., op. cit., p. 112.

¹⁰² *A este propósito oferece-nos COELHO (2017) o seguinte entendimento: “A prova, enquanto elemento decisivo da responsabilidade objetiva, comporta a demonstração da veracidade de certos fatores que levam à responsabilização do produtor, sem o qual o mesmo não poderá ser considerado responsável. E como tal, embora estejamos perante uma responsabilidade objetiva do produtor, o mesmo só será responsável se o lesado apresentar uma “tripla prova”, ou seja, se provar o defeito, o dano que sofreu em virtude desse defeito e a relação causal entre ambos, caso contrário, não será indemnizado pelo produtor. Aliás, como tem entendido a nossa jurisprudência, referindo-se a título de exemplo o Acórdão da Relação do Porto de 6/03/2001165 que afirmou que incumbe ao lesado, como facto constitutivo do seu direito, provar a existência do defeito do produto, do dano e do nexa causal entre um e outro. O que de certa forma, vai de encontro à regra geral prevista no Código Civil de que “quem invoca um determinado direito cabe fazer prova dos factos constitutivos desse direito”, enquanto que a contraparte tem de alegar e “provar os factos impeditivos modificativos ou extintivos desse mesmo direito” (COELHO, 2017, op. cit., p. 35).*

iv. Pressupostos

A. O medicamento defeituoso

No propósito de demarcar o que supra se expôs ^[103], atentemos na lei (art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, na sua atual redação) que define como defeituoso um produto que não oferece a segurança com que legitimamente se pode computar, considerando todas as circunstâncias, em particular, a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação tal qual consta do n.º 1 do artigo 4.º do diploma acima identificado “[u]m produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.”. É este o entendimento a que aludimos acima a propósito da figura da responsabilidade contratual ^[104] no contexto que ora se desenvolve e que diverge do disposto nos artigos 913.º e segs. do Código Civil.

De assinalar, em face do que ora antecede, que o defeito do produto está relacionado com a segurança que o mesmo oferece e já não com a falta das qualidades para a realização do fim a que se destina, residindo assim o problema, reside, no facto de não se pode exigir a um medicamento uma segurança plena. Será, pois relativa ou limitada a segurança com que legitimamente se pode contar, ou seja, não se pode pretender atender às expectativas subjetivas de um consumidor mas antes as expectativas objetivas do público em geral, correspondendo, à segurança esperada ^[105] e tida como normal no circuito de consumo.

Podemos então concluir, que a expectativa dos utentes-consumidores no que concerne a segurança do medicamento é a de que ele é seguro em face do binómio risco-benefício, devidamente escrutinado e ponderado, risco-benefício. Por outras palavras é seguro o sempre que o médico ou farmacêutico munidos das informações necessárias, logo também alertados para as eventuais consequências, o prescrevem ou dispensam. É interessante compreender que, desde que a empresa farmacêutica informe (através do folheto informativo) médico prescriptor do produto e o utente-consumidor para as possíveis reações adversas

¹⁰³ Ponto 1.4. do presente trabalho e para o qual se remete.

¹⁰⁴ Ponto 3.1. do presente trabalho e para o qual se remete.

¹⁰⁵ A questão não está na falta de conformidade ou qualidade do produto, mas na sua falta de segurança desejável: aquela (“clássica garantia por vícios, mais restrita do que a segurança”) prende-se com “o interesse (da equivalência entre a prestação e a contraprestação) subjacente ao cumprimento perfeito do contrato, pela entrega de coisa com as qualidades ou características adequadas ao fim a que se destina; esta («products liability»), tem por objectivo a proteção de valores fundamentais como «a vida e integridade físico-psíquica das pessoas, a sua saúde e segurança». P. ex., o medicamento que apesar de adequado” a cumprir o resultado pretendido, provoca RAM. Cfr. CALVÃO DA SILVA, João. 2008. *Compra e venda de coisas defeituosas*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, pp.197-198.

que, eventualmente, possam ocorrer e se uma dessas reações adversas se verificar, o produto não será considerado defeituoso, já que tal risco é uma verdadeira característica. Na opinião versada de Vera Raposo, “[a]qui reside a grande falácia criada pela Directiva: o produtor pode, com a informação disponibilizada com o produto, “moldar” tais expectativas e assim limitar a sua responsabilidade. ^[106]”.

Posto isto, a pergunta que se coloca é a de se saber que critérios atender para se figurar se um medicamento é defeituoso.

Mas a resposta não é clara.

Para isso teremos de atender ao artigo 4.º do referido Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro que obriga a que sejam consideradas determinadas circunstâncias e enumera algumas, que deverão ser apreciadas pelo juiz no caso em concreto, que Calvão da Silva, cuja lição se acompanhamos, designa de “elementos de valoração”. São eles assim: (i) a sua apresentação, quando a embalagem não corresponde à finalidade do produto em causa, o público tem a expectativa de que a segurança externa do produto corresponda à segurança intrínseca do produto, o que acontece, por ex. quando as instruções que acompanham o medicamento são erróneas; (ii) a utilização que pode ser feita do medicamento. Este elemento significa que o produtor ao conceber, fabricar e comercializar um produto, deve ter em conta não só a utilização conforme ao seu fim e destino mas também a outros usos que razoavelmente possam ser feitos, de forma a que o produtor apenas coloque no mercado produtos seguros; (iii) a sua entrada em circulação Para aferir do defeito do medicamento deve atender-se não ao momento da ocorrência do dano mas sim à data da sua colocação em circulação. O mesmo será dizer que, se no momento em que o produto foi colocado à disposição do consumidor apresentava toda a segurança, o medicamento é perfeito, mesmo que venha a ser aperfeiçoado no futuro. O critério é o de que o produto satisfaça na data de entrada em circulação as legítimas expectativas do grande público. Segundo a alínea b) artigo 5.º do mencionado Decreto-Lei é ao produtor que cabe demonstrar a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação.

No entanto, refere ainda este autor que para além destes três elementos, deve ter-se em consideração para determinação do defeito, *todas as circunstâncias do caso*, como a natureza do produto e o seu preço, a sua utilidade ou importância para a humanidade, a possibilidade de ser eliminado o defeito sem pôr em risco a utilidade do medicamento, a viabilidade de um produto que o substitua ou de um produto alternativo que satisfaçam a mesma necessidade sem insegurança, a possibilidade tecnológica, a probabilidade do dano e a sua evitabilidade pelo utente ^[107].

¹⁰⁶Cfr. RAPOSO, 2018, op. cit., p. 73.

¹⁰⁷ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., pp. 637-648.

aa. Sobre o defeito de informação

Tratando-se objetivamente de um tema que propende para análise sobre interação medicamentosa (tal qual descrita acima) é impreterível ocuparmo-nos das questões que envolvem o dever de informar os utentes-consumidores, em particular, sobre as possíveis reações adversas, alertando-se, por um lado para os riscos e, por outro, não menos importante, para as indicações de uso, permitindo assim ao utente-consumidor, prescritor ou quem dispensa o fármaco estar devidamente informado dos riscos associados. Informação deve estar descrita no resumo das características do medicamento (“RCM”) ou no folheto informativo do produto.

Em resultado do rigor e exigência dos testes e da análise da relação risco-benefício no decurso do processo de aprovação de medicamentos e dos regimes de fabrico em jogo, os medicamentos, regra geral, são considerados menos propensos a apresentar os chamados defeitos de fabricação e *design* do que outros produtos. Em vez disso, os casos de responsabilidade pelo produto farmacêutico, tendem a girar ao redor da qualidade da informação elaborada para esclarecimentos dos pacientes (por ex. se é omissa, errónea ou suscetível de ser mal interpretada), em particular no que respeita aos riscos de efeitos colaterais, quando o nexo de causalidade foi estabelecido.

É com alguma curiosidade que verificamos que, que numa decisão de 18 de fevereiro de 2018 (10 Ob 8/18 ¹¹⁰⁸), o Supremo Tribunal Austríaco confirmou uma decisão do Tribunal Regional Superior de Viena que esclareceu que, com a prescrição médica, a tarefa de avaliar os riscos, decidindo sobre a adequação do tipo medicação e aviso ao utente-consumidor sobre os efeitos colaterais, recai principalmente sobre o médico. O tribunal viu o folheto informativo do fabricante como informação adicional fornecida ao utente-consumidor numa data posterior, às informações obrigatórias e judiciosas comunicadas pelo médico prescritor. A jurisprudência recente do Tribunal Regional Superior de Viena (5 R 129 / 17b) examinou como e de que forma os doentes que adquirem medicamentos sujeitos a receita médica recebem informação e advertências sobre potenciais efeitos secundários: num dos casos, a requerente sofreu uma trombose, um efeito colateral conhecido do anticoncepcional hormonal combinado (“pílula anticoncepcional”) que lhe estava a ser administrado. Ela argumentou que havia sido insuficientemente advertida no folheto informativo do medicamento, onde o risco havia sido “banalizado” e que, além disso, a informação não era compreensível para um leigo.

O tribunal não considerou os argumentos da requerente suficientemente persuasivos: sustentou que, como o contraceptivo era apenas de prescrição, a tarefa de avaliar os riscos, decidir sobre a adequação desse tipo de anticoncepcional e advertir o paciente sobre os efeitos colaterais recaía principalmente sobre o mé-

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL AUSTRIACO. 18/02/2018. Entscheidung 10 Ob 8/18. Disponível na Internet em: https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_20180220_OGH0002_0100OB00008_18A0000_000

dico. O tribunal considerou que, depois de examinar o cliente, avaliar o histórico médico e computar os riscos médicos, o médico deverá discutir os riscos com o paciente. Ou seja, o tribunal considerou o folheto informativo do fabricante, como informação complementar fornecida ao paciente em data posterior, às informações elucidativas e ponderadas que o paciente deve receber da parte do médico prescritor. No caso em questão, o tribunal determinou que as informações fornecidas no folheto informativo do pacote eram suficientes para absolver o produtor da responsabilidade.

O tema não é novo e encontra-se vastamente debatido na jurisprudência norte-americana ^[109]. A decisão que ora trazemos ao conhecimento pretende meramente evidenciar o problema que é eminentemente prático e que, em caso de reação adversa resultante da toma de dois ou mais medicamentos, é ainda mais intrincado.

Repare-se que, em linha com o que temos vindo a dizer, tendo o produtor a obrigação de fornecer adequadamente todas as informações que sejam necessárias para assegurar um uso correto do produto, e outrossim, minimizar o risco da sua utilização, caso assim não suceda (e o mesmo é dizer que não o fazendo), a sua omissão acarreta a caracterização de medicamento defeituoso. *A contrario sensu*: “[e]n definitiva, se admiten medicamentos con riesgos adversos inevitables. Puede ser de interés general su comercialización. Pero hay que advertir de esos riesgos que pueden sobrevenir, de los efectos secundarios. El producto puede no ser defectuoso desde el punto de vista del diseño y no hay alternativa razonable, pero puede fallar en la información que se suministra y privar al paciente de la libertad de decidir si asume ese riesgo o no. Otra cosa es, como ya se ha señalado con anterioridad, que deban indemnizarse los daños producidos si sobreviene el riesgo.

Diferente problema es el que se plantea cuando sí se ha informado de los posibles efectos secundarios. La exigencia legal de que se informe a los médicos y a los pacientes, mediante la ficha técnica y el prospecto, de los posibles efectos secundarios de los medicamentos supone en la práctica que la comercialización de un producto vaya acompañada de una larga lista de amenazas que, tomadas en serio, desaconsejarían a cualquier persona prudente tomar ningún fármaco. Debe excluirse la responsabilidad del laboratorio fabricante que ha advertido de los efectos secundarios, por entender que habrían sido asumidos voluntariamente por el consumidor informado?

En este caso el producto no tiene un defecto de diseño ni de información, de donde podría deducirse que falta uno de los presupuestos para establecer la responsabilidad civil. Pero estos son solo argumentos teóricos contruidos sobre la base de un estudio formal del último estadio de la responsabilidad por productos ^[110]’.

¹⁰⁹ Exemplo de um estudo muito interessante: DENEMARK, Howard A. 1989. *Improving litigation against drug manufacturers for failure to warn against possible side effects: keeping dubious lawsuits from driving good drugs off the market. Case Western Reserve Law Review*, 413, nº 2, pp. 413-450

¹¹⁰ PARRA LUCÁN, Maria Angeles 2014. *Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos*.

O EM aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, e decorrente da Diretiva Europeia, estabelece no seu artigo 106.º, justamente, a obrigação do medicamento ser acompanhado pelo folheto informativo que, por sua vez, deve ser elaborado de acordo com as informações contidas no RCM. O n.º 3 do preceito, impõe entre o demais que: "(...) O folheto informativo é elaborado em conformidade com o resumo das características do medicamento, devidamente atualizado, e contém os elementos seguintes, pela ordem indicada: a) Nome do medicamento, seguido das suas dosagens, forma farmacêutica e, quando for caso disso, da menção para lactentes, crianças ou adultos; deve ainda incluir a denominação comum, se o medicamento contiver apenas uma substância ativa e o seu nome for um nome de fantasia; b) Categoria farmacoterapêutica ou tipo de atividade, em termos facilmente compreensíveis para o doente; c) Indicações terapêuticas; d) Informações relevantes para a utilização do medicamento: i) Contra-indicações; ii) Precauções de utilização adequadas; iii) Interações medicamentosas ^[111] e outras, designadamente com álcool, tabaco ou alimentos, suscetíveis de afetar a ação do medicamento; iv) Advertências especiais. e) Instruções de utilização, incluindo: i) Posologia; ii) Modo e via de administração; iii) Frequência da administração, se necessário indicando o momento em que o medicamento pode ou deve ser administrado(...)". Fornecer as adequadas informações oferece ao utente-consumidor o ensejo de tomar a decisão mais adequada em face da necessidade de tomar determinado medicamento. Sublinha Calvão da Silva, "(...) um produto pode ser ilegitimamente inseguro por falta (...) advertências ou instruções sobre o seu uso e perigos conexos. Em si mesmo não defeituoso, porque bem concebido e fabricado, o produto pode, todavia, não oferecer a segurança legitimamente esperada porque o seu fabricante o pôs em circulação sem as adequadas instruções sobre o modo do seu emprego, sem as advertências para os perigos (...) menção das contra-indicações (...)"^[112]". Um dado interessante a acrescentar à discussão, é a constatação que na Deliberação n.º 44/CD/2008, de 7 de Fevereiro, que aprovou o regulamento sobre os aspetos da publicidade de medicamentos previstos nos artigos 154.º, 162.º, n.º 2, 164.º e 202.º, n.º 1, j), à data do EM, foram estabelecidos como elementos obrigatórios a incluir na peça publicitária entregue ao profissional de saúde: i) Denominação do medicamento; ii) Composição qualitativa e quantitativa; iii) Forma farmacêutica; iv) Indicações terapêuticas; v) Posologia e modo de administração; vi) Contra-indicações; vii) Efeitos indesejáveis, não obstante, como elementos a incluir se relevantes sob o ponto de vista clínico, portanto não imperativos: i) Advertências e precauções especiais de utilização e ii) Interações medicamentosas e outras formas de inte-

Centro de Estudios de Consumo, p. 20.

¹¹¹ Sublinhado nosso.

¹¹² Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 659.

ração. Ou seja, sem embargo de ser aconselhável, à luz da publicidade de medicamentos, parece que o regulador não entendeu ser indispensável a inclusão das interações medicamentosas. Concebemos em resultado de todo o exposto que, esta menção ao utente-consumidor, prescritor ou farmacêutico é, igualmente, imperativa conquanto o fabricante tenha dela conhecimento. É justo asseverar que a deliberação em exame já se encontra desatualizada em face das alterações promovidas no EM¹¹³.

A indústria farmacêutica, como é elementar, só deve responder por defeitos de informação quando omite a informação e advertências de riscos conhecidos ou previsíveis de acordo com o estado de conhecimento da ciência e da técnica no momento da colocação do medicamento no mercado ^[114]. Ora, com tal ideia não se pretende prejudicar o justo raciocínio de que o produtor seja, identicamente, responsável por informar acerca dos riscos que forem detetados após efetiva comercialização, pois o defeito do produto, é fundamental não perdermos o posicionamento do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, traduz-se na ausência de segurança com que legitimamente se pode esperar.

Torna-se evidente, até pelo tipo de produto acarretar inevitáveis riscos, que é tarefa complicada, embora necessária, realizar uma ponderação sobre a informação que acompanha o medicamento e sobre o momento essa informação se pode revelar insuficiente. Assinalamos, pois, que, em nosso entender a empresa que queira efetivamente salvaguardar-se deve informar sobre todos os riscos possíveis, mesmo que, essa informação conduza, sobretudo no utente-consumidor, ao desencorajamento e à sua não aquisição. Este é um problema a que a jurisprudência, sobretudo além-fronteiras, tem tentado responder e que constitui efetivamente objeto de litigância habitual "(...) *The majority of drugs from which litigation has arisen over the past twenty years are still marketed. The risk benefit ratio of these drugs still favors marketing. The defect, if any, lies neither in the manufacturing process nor in the formulation, but in the adequacy of the warning accompanying such pharmaceuticals. Comment h to section 402A provides that "[where... [the seller] has reason to anticipate that danger may result from a particular use... he may be required to give adequate warning of the danger ... and a product sold without such warning is in a defective condition." The Model Act is in accord, and generally defines a defective product as one that was "unreasonably unsafe because adequate warnings or instructions were not provided." If the product, for example, a drug, is one with "unavoidably dangerous aspects," the Model Act holds the product seller liable if he failed to warn of the known danger.* ^[115]".

¹¹³ TAVARES, Hugo da Silva. 2017. *Publicidade do medicamento*, 2ª versão. Disponível na Internet em: https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/novosramos/hugotavares_publicidademedicamento.pdf, p. 18

¹¹⁴ Cfr. SILVEIRA, 2010, op. cit., p. 158.

¹¹⁵ WILSON, Kathleen H. 1980. *The liability of pharmaceutical manufacturers for unforeseen adverse*

O delicado equilíbrio^[116] da informação a ser prestada é consequência da magnitude e complexidade da mesma. O cumprimento integral dos deveres de informação da parte da indústria farmacêutica tem como destinatários os profissionais de saúde^[117], prescritores de produtos, designadamente de produtos sujeitos a receita médica, farmacêuticos que dispensam os produtos e, como se tem vindo a focar, os utentes-consumidores. Por esta razão, o Comité de Avaliação do Risco em Farmacovigilância (PRAC), emite mensalmente informação pertinente que se relaciona com as evidências a nível europeu da toma de medicamentos atualizando e centralizando a informação que, depois disponibiliza. Bastará, para o efeito, uma leitura aleatória dos documentos, para nos apercebermos que são identificados correntemente outros riscos que não os que à data de comercialização foram reconhecidos e, por essa razão, publicitados através do RCM ou folheto informativo. Alguns desses riscos, são objeto de recomendações claras que em última instância podem levar à suspensão (numa fase inicial) da comercialização dos produtos. Outros há que compelem os titulares das Autorizações de Introdução no Mercado a atualizar a informação dos medicamentos. Um exemplo foram as notificações sobre casos pós-comercialização que indicam uma eventual interação entre medicamentos que contêm ritonavir e levotiroxina. A hormona estimuladora da tiroide (TSH) deve, em face das novas evidências, ser monitorizada nos doentes tratados com levotiroxina pelo menos durante o primeiro mês após o início e/ou interrupção do tratamento com ritonavir, conforme recomendações do PRAC em 22 de fevereiro de 2018^[118]. Esta advertência compeliu os Titulares de Autorização de Introdução no Mercado a atualizar as respetivas informações do produto: *“[h]aving considered the available evidence, including data from EudraVigilance and the literature, the response from the MAH for Norvir and Kaletra (AbbVie Ltd) and the advice from the Pharmacokinetics Working Party (PKWP), the PRAC has concluded that an interaction between levothyroxine and ritonavir cannot be ruled out based on spontaneous reports and should therefore be reflected in the product information of ritonavir- and levothyroxine-containing medicinal products.*

The MAHs for medicinal products containing ritonavir and lopinavir/ritonavir and those levothyroxine-containing products whose product information does not mention a

drug reactions. For Law Review, 49, n.º 5, pp. 743-744.

¹¹⁶ Cfr. RAPOSO, 2018, op. cit., p. 95.

¹¹⁷ A jurisprudência norte-americana dá especial enfoque aos deveres de informação do médico (*learned intermediary doctrine*). Em suma porque o médico tem o ónus, dada a sua especial competência técnica, de prestar informações claras e fundamentadas minimizando o risco da administração do medicamento. Apreende, portanto, o profissional de saúde com muito mais propriedade as informações dos fabricantes acerca dos riscos do produto, podendo, assim, prestar a informação ao utente-consumidor. Para maiores desenvolvimentos *vide*. RAPOSO, 2018, op. cit., p. 105 e segs.

¹¹⁸ EUROPEAN MEDICINES AGENCY. 22/02/2018. PRAC recommendations on signals. Disponível na Internet em: <https://www.ema.europa.eu/documents/prac-recommendation/prac-recommendations-signals-adopted-5-8-february-2018-prac-meeting_en.pdf>.

possible interaction with protease inhibitors, should submit a variation within 3 months to amend the product information as described below (new text underlined).

The PRAC also recommended that Member States should consider communicating the outcome of the signal assessment to appropriate patient organisations at national level.” que representou, então, incluir novas informações refletidas no RCM e folheto informativo.

Nesse sentido andou bem em decidir, o Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 1185/07-01, de 27-06-2007, quando entendeu que:

- I - O uso de medicamento envolve o risco da ocorrência de reacções adversas ou efeitos prejudiciais, que deve ser dado a conhecer por quem o produz e comercializa.
- II - Porém, por seu turno, o destinatário desta informação tem que ponderar (esta decisão é, em última análise, do paciente, embora, na maioria dos casos, seja guiada por um técnico, o seu médico, sobretudo quando se trate de medicamento sujeito a receita médica) os benefícios e os riscos possivelmente emergentes e adopta a decisão de o utilizar ou não.
- III - Assim, o paciente que, aconselhado a tratar-se com determinado medicamento e tendo à sua disposição informação dos possíveis efeitos adversos, decide tomá-lo, aceita o risco inerente à sua potencial toxicidade.
- IV - Como assim, não possui qualquer direito indemnizatório contra a empresa que produz ou comercializa o medicamento.”

B. O dano

Por redundante que pareça, para que exista obrigação de indemnizar tem de se verificar um dano: *“[d]añō no significa más que nociemento o perjuicio, es decir, amioración o alteración de una situación favorable. (...) Pero además ser um fenómeno físico, puede integrar um fenómeno jurídico, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde punto de vista, entra em los dominios del estudio de los juristas ^[119].”* Este pressuposto da responsabilidade civil, em geral, que conforma uma ofensa em bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica vem, *in casu*, logo mencionado no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro. Para aferir que tipo de danos o diploma abarca, o legislador remete-nos para o artigo 8.º “[s]ão ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.”. Isto posto, configura que, no caso de morte ou lesão pessoal serão objeto de compensação todos os danos, sejam eles patrimoniais ou não. Com efeito, a norma não distingue o tipo de danos suportados pelo lesado para efeitos de indemnização.

¹¹⁹ CUPIS, Adriano de. 1966. *El daño en teoría general de la responsabilidad civil*, Vol. I. Barcelona: Casal Editorial, p. 81.

No que toca a extensão dos danos valem as regras de direito comum^[120], porquanto aplicando-se, aos danos patrimoniais, o disposto no artigo 566.º n.º 2 do Código Civil, o que equivale a dizer que se observa o critério de cálculo previsto no preceito, no concernente a diferença entre a situação patrimonial do lesado e a que teria nessa data se não se tivesse verificado o dano^[121]. Já no que respeita aos danos não patrimoniais ou, como alguns autores referem, danos pessoais^[122], deve-se atender antes ao artigo 496.º n.º1 que aceitou, em termos gerais, a tese da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, delimitando-a, contudo, àqueles que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito^[123].

Cumpra ainda, acrescentar, pela pertinência que detêm no âmbito da responsabilidade do produtor, que assumem especial relevância os chamados danos patrimoniais indiretos. Estes propiciam a reparação dupla no sentido, por assim dizer, em que existirá lugar a compensação do puro dano não patrimonial acrescido da indemnização dos seus reflexos materiais^[124]. São, portanto, danos patrimoniais indiretos aqueles que, pese embora, abranjam valores ou interesses não patrimoniais (bom nome, honra, etc.), conquanto, se refletem no património do lesado^[125].

Quanto ao mais, digamos, que o pressuposto que ora abordamos é o menos caro para efeitos de prova. Um utente-consumidor que se veja a par com uma Reação Adversa (RAM), poderá identificá-la numa ida ao hospital, até porque muitas dão verdadeiramente origem a internamento hospitalar, sendo que, assiste, então, lugar a procedimentos automáticos institucionalizados e obrigatórios de comunicação de eventos adversos às autoridades nacionais responsáveis^[126], designadamente, o INFARMED, conforme prescreve o artigo 166.º do EM.

¹²⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 680.

¹²¹ “O montante da indemnização pecuniária mede-se pela diferença entre a situação (real) em que o lesado se encontra e a situação (hipotética) em que ele se encontraria se não tivesse ocorrido o facto gerador do dano.” (Lima, Varela, 1987, op. cit., p. 582).

¹²² Cfr. ALMEIDA E COSTA, 2010, op. cit., p., 594.

¹²³ Acrescentam Lima e Varela “A gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objectivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de factores subjectivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada).”, (1987, op. cit., p. 499).

¹²⁴ Cfr. Almeida e Costa, 2010, op. cit., pp., 593-594.

¹²⁵ VARELA, 1986, op. cit., p. 612.

¹²⁶ O papel do INFARMED é coordenar todo o SNF, sendo responsável pela monitorização da segurança dos medicamentos com autorização de introdução no mercado através da recolha e avaliação das notificações de reações adversas a medicamentos (RAM) recebidas no SNF (Serviço Nacional de Farmacovigilância), identificação de riscos associados à utilização de medicamentos, da sua avaliação, da implementação de medidas de minimização dos riscos e da comunicação destes aos profissionais de saúde, doentes, consumidores e cidadãos em geral (INFARMED. 2019?. *Farmacovigilância*. Disponível na internet em: <http://www.infarmed.pt/web/infarmed/entidades/medicamentos-uso-humano/farmacovigilancia>.)

C. Nexa de causalidade (e responsabilidade solidária)

“Cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano”, é o que nos dita a Diretiva Europeia (Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985), designadamente, no seu artigo 4.º. Tem assim o lesado o ónus de provar que o defeito foi causa do evento danoso ocorrido, isto é, entre a violação ilícita e culposa de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção – interesse legalmente protegido – e o dano sobrevivendo, deve haver uma relação ^[127]. Nesse associa, convém, destacar que, o Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, nada dispõe em especial a este respeito, uma vez que, a Diretiva Europeia entregou o seu tratamento às ordens jurídicas dos Estados-membros. Este mandato normativo impõe, ainda assim, uma obediência funcional e objetiva ao regime lá estabelecido ^[128], o que nos remete, necessariamente, para a tutela do artigo 563.º do Código Civil que, conforme antevimos *supra* ^[129], reconhece, e assim se defende maioritariamente ^[130], a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa ^[131].

Afigura-se, e desde já se aponta, onerosa para o lesado esta prova ^[132] neces-

¹²⁷ MENEZES CORDEIRO, 2010, op. cit., p. 531.

¹²⁸ V.g., em matéria de inversão do ónus da prova pode ler-se nas conclusões do Acórdão de 20 de novembro de 2014, Novo Nordik Pharma, C-310/13, EU:C2014:2385 que: “O artigo 13.º da Diretiva 85/374 começa com a expressão «A presente diretiva não prejudica os direitos que o lesado pode invocar nos termos ...», que indica, na minha opinião, a natureza complementar dos regimes de responsabilidade mencionados nesta disposição, face ao regime instituído pela diretiva. O artigo 13.º não prevê nenhuma derrogação a favor de outros regimes de responsabilidade, mas permite, tão-só, que os lesados exerçam direitos decorrentes de outros regimes de responsabilidade, independentemente dos que lhes assistem por força da diretiva. Isso parece evidente para a responsabilidade contratual e para a responsabilidade extracontratual baseada num outro princípio de responsabilidade diferente do instituído pela diretiva.”

¹²⁹ Cf. *supra* 3.2.1. (E).

¹³⁰ Esta questão, como se sabe, não é de todo pacífica, e tem de facto suscitado dúvidas com relevância prática. É que a própria redação da norma suscita essa questão de saber se afinal se consagrou, ou não, a teoria da causalidade adequada. V.g., o Professor Doutor MENEZES LEITÃO, defende, por contraposição, como a melhor forma de determinação do nexa de causalidade a teoria do escopo da norma violada, i.e., para o estabelecimento do nexa de causalidade é necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Cfr. MENEZES CORDEIRO, 2018, op. cit., p. 347.

¹³¹ “(...) mais do que se verificar positivamente se a conduta é causa normal do dano, se parte antes do seguinte princípio: desde que a conduta tenha sido condição *sine qua non* do dano, o nexa de causalidade encontra-se estabelecido a menos que aquele tenha sucedido por circunstâncias manifestamente excecionais (*freakfish*). Verdadeiramente a conduta só não será causa do dano quando, tendo colocado uma condição para a sua produção, não tenha sido decisiva para o efeito; isto é, quando se trate, no fundo, de consequências imprevisíveis e/ou imponderáveis da mesma”, (GONZÁLEZ, 2014, op. cit., p. 313).

¹³² Oferece, exemplarmente, o Professor Doutor R. PEREIRA o seguinte escrito para entendimento do tema: “Não raras vezes, em contextos de responsabilidade civil, discute-se se é, ou não, possível a demonstração de um nexa causal entre a conduta ilícita e resultado lesivo para efeitos de responsabilização do agente e, em caso negativo, se ainda assim poderá, ou não afirmar-se a responsabilidade do agente.”. Cfr. PEREIRA, Rui. S. 2017. O nexa de causalidade na responsabilidade delitual: fundamento e limites do juízo de condicionalidade. Coimbra:

sária do nexo de causalidade entre o defeito e a verificação do dano daí decorrente, em particular, no caso dos medicamentos. Esta limitação ocorre atendendo à assimetria informativa existente entre o putativo lesado e os restantes operadores do mercado do medicamento, os quais possuem informações de natureza técnica de difícil alcance e compreensibilidade por parte do primeiro. Calvão da Silva, inclusive refere “(...) que a prova do nexo de causalidade se afigura não raramente muito difícil, como sucede, *v.g.*, quanto às lesões causadas por medicamentos e produtos químicos.”^[133]”.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), tem sido convocado a pronunciar-se em diversos casos sobre a prova do nexo de causalidade de responsabilidade do produtor no que se refere a medicamentos. Num Acórdão de 21 de junho de 2017^[134], relacionado com a toma de uma vacina contra hepatite B, um utente-consumidor tendo administrado o fármaco nos finais dos anos 90 e, pouco tempo depois, apresentado sintomas de esclerose múltipla, veio a falecer no ano de 2011. Os familiares da vítima propuseram, uma ação contra a empresa alegando, em suma, que a doença de que o utente-consumidor passou a padecer teria sido originada pela administração do medicamento. Os familiares fizeram uso de um expediente específico do direito francês (a jurisdição de origem) que possibilita a presunção da existência do nexo de causalidade quando uma doença se revele imediatamente após a administração de certo medicamento e não existam antecedentes familiares que permitam outro tipo de associações. Esta regra teve origem na prática jurisprudencial da *Cour de Cassation*, que veio a perfilhar uma presunção¹³⁵ de causalidade na falta de outras causas passíveis de esclarecer o dano^[136]. Perceba-se que, este caso ora relatado deu origem à interpretação do TJUE^[137] sobre a questão de se saber se aquelas presunções são compatíveis com a Diretiva Europeia, atento ao teor do artigo 4.º da disposição europeia que claramente impõe ao lesado o ónus de demonstrar o dano, o defeito e o nexo causal, tendo o tribunal afinal vindo esclarecer que não existe uma inversão do ónus da prova, sendo o lesado compelido a provar os indícios da responsabilidade do produtor, em resultado dos quais poderá ou não o tribunal lançar mão da referida presunção. Justifica tal ideia com a dificuldade de o lesado provar os pressupostos da responsabilidade do produtor.

Nesta linha de reflexão Calvão da Silva^[138], considera, que não se poderá

Almedina, p. 1177.

¹³³ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 712.

¹³⁴ Acórdão de 21 de junho de 2017, C621/15, W e Outros, ECLI:EU:C:2017:484.

¹³⁵ VERA RAPOSO, explica que o termo presunção no ordenamento jurídico francês oferece um sentido particular: configura um raciocínio que permite deduzir um determinado facto e dá-lo como assente, a partir de um outro facto que as partes conseguem em juízo demonstrar, 2018, op. cit., p. 76

¹³⁶ Cfr. Raposo, 2018, op. cit., p. 76.

¹³⁷ Acórdão de 21 de junho de 2017, C621/15, W e Outros, ECLI:EU:C:2017:484.

¹³⁸ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, op. cit., p. 711.

rejeitar que, estando provados os anteriores pressupostos, a prova do nexo causal não se reconduza a um mero juízo de probabilidade ^[139], sob pena de o diploma da responsabilidade do produtor não cumprir o seu objetivo primitivo de proteção do consumidor. O artigo 563.º do Código Civil parece igualmente assim o sugerir na sua redação “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Atento à ideia de que a fórmula prevista neste artigo do Código Civil português deve ser interpretada na perspectiva de que não basta que o evento tenha produzido certo efeito para que este, num sentido jurídico, se possa considerar causado por ele. Para tanto, é ainda indispensável que o evento danoso seja uma causa provável a causar aquele efeito, leia-se dano ^[140]. ANTUNES VARELA, refere na sua obra “(...) para que um dano seja reparável pelo autor do facto, é necessário que o facto tenha actuado como condição do dano. Mas não basta a relação de condicionalidade concreta entre o facto e do dano. É preciso ainda que, em abstracto, o facto seja uma causa adequada (*hoc sensu*) desse dano ^[141].”

Ora, se na maioria dos casos é difícil apurar se a situação clínica do lesado é resultado de uma RAM derivada da toma de determinado medicamento ou se, resulta de qualquer outro facto contribuidor, mais complicado se torna quando em causa está a administração de vários medicamentos ao mesmo tempo, podendo a RAM, desde logo, resultar do defeito de apenas um dos medicamentos ou de incompatibilidade dos produtos administrados no organismo do utente-consumidor (interação medicamentosa). Entende-se, assim que, em face desta anunciada dificuldade, alguma doutrina tenha vindo a defender a menor transigência da prova do nexo de causalidade.

Atendendo aos circunstancialismos descritos, tem a doutrina e a jurisprudência encetado esforços para minorar a carga probatória do nexo de causalidade, que compete, em regra, ao lesado. Uma das vias de concretização deste ensejo é o apelo ao critério da prova *prima facie*. Em termos genéricos, está em causa a faculdade de tão-somente impor ao lesado o ónus de demonstração do dano proveniente do defeito do medicamento e a ligação da produção destes aos

¹³⁹ Identicamente, PINTO refere “A principal razão para se rejeitar a substituição geral da exigência de uma condição necessária pela condição suficiente (ou de um elemento necessário para esta) reside, porém, a nosso ver, na função jurídica que o conceito de causalidade desempenha na responsabilidade civil – a não exigir (felizmente) a resolução das dificuldades que o conceito de causa, justamente nos casos de redundância causal, tem levantado no domínio filosófico. A imposição de responsabilidade, mesmo quando não exista um ilícito (um dever de evitar o resultado e a sua violação) ou culpa, apenas faz sentido quando o resultado não era faticamente inevitável, e, portanto, o curso dos acontecimentos podia ser mudado. Ora, se certa conduta (ativa ou omissiva) era condição necessária para o resultado, este teria sido evitado com outra conduta. Pensamos que esta é a noção de “evitabilidade *prima facie* do resultado (...)”, (PINTO, Paulo Mota. 2018. *Direito civil: estudos*. Coimbra: Gestlegal, p. 753.

¹⁴⁰ Cfr. LIMA, VARELA, 1987, op. cit., p. 499.

¹⁴¹ VARELA, 1986, op. cit., p. 900.

efetivos produtores daquele (mesmo que em termos potenciais). Significa isto que se reduz o ónus da prova do lesado à demonstração de que os elementos ora elencados são causas adequadas para a verificação do dano. Em termos parciais, autorizam-se, assim, presunções de incumprimento ^[142], em particular, nos casos em que também devem ser os lesantes a ficar onerados com o risco do desrespeito concreto de uma regra de experiência. Esta moderação do sacrifício imposto pelo ónus da prova, dispensa o lesado da produção de prova em situações nas quais se revelaria excessivamente difícil essa demonstração ^[143]. O recurso a esta solução não é novo no âmbito da responsabilidade civil, e encontra-se não só sancionada pela doutrina ¹⁴⁴ como pela jurisprudência ^[145]. Tal sucede, em especial, perante circunstâncias em que é especialmente difícil fazer a prova direta de determinados factos, sendo atribuída relevância a juízos de probabilidade, baseados em regras da experiência com vista a permitir abarcar terminações onde elas se revelariam particularmente custosas de determinar ^[146].

Esta via de resolução e, assim, de desoneração da posição jurídico-processual (com repercussões de natureza jurídico-substantiva) não pode ser consagrada como *magna solutio* do problema sob escrutínio, deverá ser um recurso a atender. Transpondo o raciocínio para o problema *in casu* – a toma de medicamentos e sucessiva RAM –, caberá ao produtor demandado provar que o dano não resultou do fármaco por si produzido, mas de outra qualquer causa, com base na já referida formulação negativa da teoria da causalidade adequada. O juízo que é realizado não é então de certeza absoluta, na função da demonstração da realidade dos factos (artigo 341º do Código Civil), somente uma probabilidade bastante que se baseia na experiência do que normalmente sucede ¹⁴⁷.

Cabe verificar que a solução que ora se acolhe tem respaldo legal, em termos variáveis, em outros ordenamentos jurídicos. Tal sucede, *v.g.*, no Ordenamento Jurídico Alemão. No âmbito da Lei do Medicamento, de 24 de agosto de 1976 (AMG), alterada em agosto de 2002, é estabelecida uma presunção de causalidade em favor do *utente-consumidor*, isto é, a reforma de 2002, entregou às entidades

¹⁴² A fixação de presunções como é sabido, repercute-se na distribuição do ónus da prova, isto é, aquele a quem caberia, geralmente, provar certo facto, fica dispensado de o fazer, recaindo sobre o outro sujeito o ónus de provar o facto contrário.

¹⁴³ Cfr. SIQUEIRA MUNIZ, Francisco Arthur de, BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. 2017. *Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal e 15 anos no Brasil*. São Paulo: Juspodivm, pp. 171-172.

¹⁴⁴ Exemplo MARTINS, João Marques. 2016. *Presunções judiciais na responsabilidade civil extracontratual*. Lisboa: Principia.

¹⁴⁵ *V.g.*, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça – BARROS, Oliveira. 14/10/2004. Processo n.º 04B2885 e BRANDÃO, Sousa. 07/032007. Proc. n.º 06S1824.

¹⁴⁶ Cfr. PEREIRA, 2017, *op. cit.*, p. 1118.

¹⁴⁷ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, *op. cit.*, p. 388.

que integram a indústria farmacêutica (detentora dos conhecimentos técnicos e científicos, comumente designado de “*know-how*”) o ónus da prova de que o medicamento não foi causador do dano. Assim, sempre que o medicamento seja idóneo a causar o dano (aplicação do critério da probabilidade estatística a favor do lesado)^[148], de acordo com o contexto da dos factos putativamente geradores de dano, presume-se que o dano derivou de tal fármaco. Sem perder de vista um justo equilíbrio de *poderes* entre o *utente-consumidor* e o *produtor* – e, bem assim, o interesse legítimo destes na não introdução de insegurança jurídica que conflitue com a atividade de investigação –, o legislador alemão criou uma solução de compromisso segundo a qual reparte o ónus nos seguintes termos: i) o lesado deverá demonstrar que consumiu o medicamento e convencer o tribunal da suscetibilidade de o medicamento causar o dano alegado; e ii) o produtor farmacêutico tem que demonstrar a existência de circunstâncias igualmente adequadas a produzir o dano e que não resultam da toma do seu medicamento ^[149]. É o que resulta do § 84 da lei alemã (“*Gefährdungshaftung*”). Recorrendo à tradução do n.º 2 do referido preceito para inglês, podemos constatar: “[i]f the medicinal product administered is capable of causing the damage, in the circumstances pertaining to the individual case, the damage will be presumed to have been caused by the medicinal product in question ^[150]. The capability in the individual case will be determined according to the composition and the dosage of the administered medicinal product, the manner and duration of its administration when used as intended, the temporal relationship to the occurrence of the damage, the damage symptoms and the person’s state of health at the time of the administration as well as all other circumstances which, in the individual case, speak for or against the causation of damage. The presumption shall not apply if, in the light of the circumstances pertaining to the individual case, another fact is capable of causing the damage. However, the administration of additional medicinal products which, in the circumstances pertaining to the individual case, are capable of causing the damage shall

¹⁴⁸ HOLTORF, Marc L., TRAUMANN, Julia. 2018. *Medicinal product regulation and product liability in germany: overview*. Thomson Reuters Practical Law. Disponível na internet em <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-500-7507?transitionType=Default&contextData=Default&firstPage=true&comp=pluk&bhpc=1> (sc).

¹⁴⁹ “The Medicinal Products Act (Section 84) provides for the strict liability of the marketing authorisation holder and/or the pharmaceutical entrepreneur, regardless of fault. As the entity named on the packaging (for the German market) is also held liable for any damages that arise from the product, importers or re-importers are also liable if the product is sold under their name. Manufacturers, suppliers, spare part suppliers and domestic importers can also be held liable under tort law. Where multiple parties are responsible, each party is jointly and severally liable. The pharmaceutical entrepreneur may be excluded from liability in the case of off-label use – as the product is not used according to its defined application – unless it was aware of the off-label use (this is determined on a case-by-case basis). Depending on the informed consent of the patient, the treating physician may also be excluded from liability.”, in Dr. TOBIAS MAIER e Dr. MAGDALENA ANNA KOTYRB (MAIER, Tobias, KOTYRB, Magdalena Anna. 2018. *Lexology*. Disponível na Internet em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=15056a41-5a95-4139-afc3-6d0ad1054614>.)

¹⁵⁰ Sublinhado nosso.

not be considered as another fact unless, owing to the administration of these medicinal products, claims for reasons other than the lack of causality for the damage, do not exist under this provision. ^[151]”

Conforme mencionado *supra*, ainda que se restrinja o âmbito objetivo do ônus da prova do lesado, impõe-se desenhar um conteúdo mínimo do qual aquele não pode ser desonerado: i) a demonstração de que o dano verificado é um efeito da interação de medicamentos e, por outro lado, ii) a determinação dos sujeitos passíveis de serem os produtores dos medicamentos em causa. Esta última questão tem ínsita a circunstância de a identificação efetiva do produtor ser uma tarefa de labor acrescido, pois, não raras vezes, são vários os laboratórios que concorrem com a produção e comercialização do mesmo medicamento. Neste particular, relevamos, a doutrina americana do *market-share liability* ^{[152][153]} que afere qual a quota de mercado detida por cada um dos produtores dos respetivos produtos em causa (potenciais produtos causadores do dano) usando-a como critério indemnizatório. Assim, sempre que o lesado faça prova dos danos sofridos em virtude da toma de determinado medicamento defeituoso, poderá assacar daqueles operadores, com referência à expressão lucrativa comercial, a devida pretensão ressarcitória. O valor a pagar por cada um dos responsáveis, é determinado assim de acordo com o volume da respetiva quota de mercado, no raciocínio de que quanto maior a quota maior a probabilidade de ter sido esse produto o causador do dano ^[154]. Contudo, face ao Ordenamento Jurídico Português, este critério deve ser considerado com cautela. Aliás, no espaço jurídico da União Europeia a imputação aos produtores do dano tem vindo a ser objeto de análise. Veja-se a este propósito no Ordenamento Jurídico Holandês, onde vinga a *teoria da causalidade alternativa* aplicada na Holanda ^[155]. Esta tese aceita a imposição da responsabilidade por todos os danos causados pelo produto sobre todos os produtores, admitindo o recurso à quota de mercado apenas como forma de estabelecer a responsabilidade proporcional de cada um ^[156]. As mesmas preocupações foram repercutidas no plano legal no Ordenamento Jurídico Alemão, que no § 84 n.º 2 da AMG admite a da causalidade cumulativa ^[157]. Em

¹⁵¹ FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE. 2005. *Medicinal products act*. Disponível na Internet em: <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s19642en/s19642en.pdf>.

¹⁵² Sobre esta questão a decisão do SUPREME COURT OF PENNSYLVANIA. 1997. *Skipworth v. Lead Industries Association*. Disponível na Internet em <https://h2o.law.harvard.edu/collages/15911>.

¹⁵³ *Vide*, para melhor desenvolvimento do tema. SILVEIRA, 2010, op. cit., pp. 192-200.

¹⁵⁴ Cfr. RAPOSO, 2018, op. cit., pp.80-81.

¹⁵⁵ *Vide*, SILVEIRA, 2013, op. cit., p. 155.

¹⁵⁶ *Vide*, HONDIUS, Ewoud. 1994. A dutch des case: pharmaceutical producers jointly and severally liable. *European Review Private Law* 2, p. 155.

¹⁵⁷ Estamos diante da causalidade cumulativa quando as ações de mais de um sujeito contribuem para a ocorrência do dano, sendo que quaisquer das condutas são passíveis, por si só, de ocasionar o

causa estão situações em que na origem do dano estiveram vários medicamentos defeituosos consumidos pelo lesado e fabricados por diferentes produtores. Sem prejuízo das situações de exclusão de responsabilidade em que o produtor demandado demonstra que não causou o dano ou *que existem outras circunstâncias suscetíveis de o terem feito, a norma acima referida* acolhe já mencionada presunção de incumprimento, *rectius*, nos casos em que o produtor não demonstrar em termos absolutos que outros medicamentos e/ou produtos cuja responsabilidade de produção são assacáveis a outros produtores foram responsáveis pelo dano verificado na esfera do lesado. Numa palavra: quando o produtor apenas demonstrar a mera potencialidade da suscetibilidade de causar dano advindo de outros medicamentos/produtos, responde solidariamente pelos danos causados ao lesado, sem prejuízo do direito de regresso sobre os demais.

Por confronto, a causalidade alternativa, que se verifica quando o causador do dano se situa necessariamente dentro de um determinado grupo de pessoas, mas não é possível determinar quem é o efetivo lesante^[158], levanta algumas dúvidas interpretativas, justamente, porque o lesado deve provar que consumiu o medicamento fabricado pelo demandado. Ainda assim, parece curial afirmar que o fármaco administrado deve ser idóneo para causar o dano^[159], presumindo-se que o dano foi causado por esse medicamento, esta presunção subsiste mesmo que o demandado prove que outros medicamentos defeituosos podem ter contribuído, porquanto idóneos, para causar aquele dano. Portanto, o demandado responderá solidariamente com outros laboratórios, conforme prevê o § 93 da lei alemã supradita.

No que ao Ordenamento Jurídico Português diz respeito, é pacífica a conclusão de que a teoria norte-americana do *market-share liability* não possui aplicabilidade, desde logo, porque não encontra reflexo nas normas jurídicas em vigor no nosso Ordenamento Jurídico^[160]. Note-se, porém, que os préstimos do critério que dele decorre não são de despiciendos na estrita medida em que deve considerar-se cumprido o ónus da prova do lesado quando decorra dos factos que existe uma probabilidade razoável de o produtor ter contribuído, por via da produção/venda de um dado medicamento, para a verificação de uma RAM, operando-se, assim, uma redistribuição do ónus da prova e autorizando-se uma presunção de nexos causais de incerta demonstração judicial^[161].

dano. Cfr. COELHO, Francisco Manuel Pereira. 1998. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, p. 24

¹⁵⁸ Para melhor esclarecimento, *vide* MONTEIRO, Cassia Gomes da Silva. 2014. *Responsabilidade civil: causalidade alternativa* (Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto) Porto, 2014.

¹⁵⁹ Cfr. SILVEIRA, 2010, *op. cit.*, pp. 206-297.

¹⁶⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, 1999, *op. cit.*, p. 581.

¹⁶¹ Cfr., em termos próximo, RAPOSO, 2018, *op. cit.*, p. 81.

Para flexibilizar as dificuldades de prova que se relacionam com a demonstração de causalidade em juízo, e que, conforme antecede, não conflituam com o disposto no artigo 563.º do Código Civil, a solução preconizada passa por minimizar a exigência imposta ao lesado, ou seja, bastará a probabilidade de o defeito do produto ser causa do dano, ao invés de se exigir a asseveração absoluta. É que, pese embora, a singularidade da lei alemã que temos vindo a evidenciar, é indispensável reconhecer que a solução que lei alemã apresenta não tem paralelo no Ordenamento Jurídico Português, uma vez que, não só não possui consagração legal, outrossim não haveria lugar às soluções previstas nos art.ºs 497.º acerca da responsabilidade solidária e 490.º do Código Civil, sobre a responsabilidade dos autores, instigadores e auxiliares, respetivamente. Note-se que, não havendo norma expressa no ordenamento português semelhante ao § 830 do BGB, não é possível a aplicação dos referidos artigos do Código Civil Português nos casos de concurso alternativo^[162], ou seja, nas situações em que dois ou mais eventos incidem sobre uma situação de dano, não sendo, todavia, determinável qual deles o provocou.

Num caso, como o nosso, de existir a toma de dois ou de mais fármacos^[163] que causam um dano, levanta-se o problema de individualização do produtor, já que, neste contexto, importa distinguir o fundamento da RAM. Esta pode resultar i) do defeito de apenas um medicamento tomado pelo utente ou ii) da interação de um ou de mais medicamentos. O Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, na sua atual redação, no seu artigo 6.º, estabelece a responsabilidade solidária em caso de autoria concorrente ou paralela. Ou seja, nos casos em que existem vários responsáveis que contribuem para o dano. Claro está que, no caso de um dano derivado da toma de medicamentos será difícil determinar o grau de culpa de cada produtor para esse dano, ainda que, no âmbito da responsabilidade civil, esta demarcação não seja fundamental, na medida em que é um problema que se repercute no domínio das relações internas: nestas deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano” (cf. n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro). Ante o lesado respondem, pois, todos pela indemnização. Note-se que esta solução estabelecida em lei especial encontra paralelo no artigo 497.º do Código Civil no que tange à responsabilidade solidária.

O Código Civil Português, consagra, identicamente, esta figura da respon-

¹⁶² Cfr. MENEZES CORDEIRO, 2010, op. cit., p. 740

¹⁶³ Note-se que, a questão pode ser aplicada *mutatis mutandis* às situações em que A ao realizar um tratamento prolongado com medicamento prescrito pelo médico, sofre RAM. Demonstrando-se que, a RAM é decorrente da administração do fármaco o problema pode emergir da circunstância do produto ser produzido por vários laboratórios concorrentes. Não sabendo o utente-consumidor qual o produto em particular causador do evento de RAM, porquanto todos se mostram aptos a consituir causa real e concreta dos danos.

sabilidade solidária, designadamente, no artigo 497.º Aliás, aplica-se aos casos em que se não poderá, por manifestamente complicado, individualizar o autor do dano, nos termos do disposto nos arts.º 490.º e 497.º, sobrevirá, desse modo, um caso de pluralidade de responsáveis ^[164].

A responsabilidade solidária consagrada - não temos dúvidas - é a que melhor acautela os interesses do lesado, posto que este último poderá reivindicar toda a indemnização a qualquer dos potenciais devedores, conforme artigo 519.º do Código Civil. À rigidez da abstração de que caberia ao lesado demonstrar quem é o causador real dos danos, com a dificuldade de prova a que já referimos, se contrapõe a justeza de tal opção. Preconizamos nestes casos a solução que encontra abrigo no artigo 563.º do Código Civil, nomeadamente, na formulação negativa da causalidade adequada.

Apurada a suscetibilidade abstrata de um qualquer produtor (na hipótese de dois produtos pertencerem a dois produtores distintos e a toma dos dois medicamentos ser causa do dano), sem que possa com certeza absoluta dizer-se que a RAM foi provocada pelo defeito de um produto isoladamente ou pela interação de ambos, defendemos, tal-qualmente, que o lesado apenas terá de alegar e demonstrar que os demandados são os prováveis responsáveis. A presunção de que os demandados são os sujeitos responsáveis afigura-se justificada em ordem a evitar que os danos sejam isoladamente suportados pelo lesado, cabendo, desse modo ao lesante a demonstração da inadequação, até porque no âmbito em que estamos - o da responsabilidade pelo risco -, este encontra-se em melhores condições para poder ilidir a probabilidade.

(ii) Causas de exclusão da responsabilidade sobre os riscos de desenvolvimento

Já tivemos oportunidade de nos debruçar sumariamente sobre as causas de exclusão da responsabilidade consagradas na Diretiva Europeia, e que redundaram no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, na sua atual redação. Este permite-nos, por ora, objetivar para o de uma figura em particular, estabelecida pela alínea e) do artigo 5.º do mesmo diploma, como sendo, controversa e decididamente aplicável aos casos de responsabilidade civil da indústria farmacêutica. A saber, que o produtor pode achar-se sem responsabilidade se provar: “e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito”.

Na linha do que temos vindo a debater, revela-se sintomática a reflexão entre diferentes binómios, sobretudo no caso dos medicamentos. Este foi igualmente *rácio* do pensamento do legislador europeu, que originou alguma discussão a propósito da exclusão da responsabilidade do produtor por defeitos de desen-

¹⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ, 2017, op. cit., p. 126 e segs.

volvimento, tendo-se no final optado pela não responsabilização nesses casos. Sem prejuízo, note-se, dos Estados poderem adotar regras em contrário ^{[165][166]}. Esta relação fez-se a pensar se a adoção de uma medida de responsabilização não iria fragilizar um direito universal e de interesse de saúde pública. Por outras palavras, responsabilizar a empresa farmacêutica por defeitos supervenientes poderia em última instância desencorajar a investigação científica promovida pela indústria que é absolutamente crítica para a descoberta e desenvolvimento de novos meios de tratamento, impondo-se desde logo o justo receio de que as suas descobertas acabassem por ser fonte de litígio em face dessa responsabilização para as empresas (comumente designadas de “*Sponsors*” neste contexto).

Dito isto, não representa nem afronta com o dever da indústria de monitorizar o seu produto e os seus efeitos, tal qual, esclarecemos *supra*, mediante regras de farmacovigilância atualmente em vigor e que, podem originar a alteração das informações relacionadas com o produto, designadamente, riscos de uso. Por conseguinte, como bem clarifica Vera Raposo ^[167], um risco detetado à posteriori e que passa a ser conhecido, porquanto passa a integrar o estado de arte, deve ser atendido para efeitos de produção desse fármaco. Se se provar que a empresa produtora perante o conhecimento desse “novo” risco, nada fizer no sentido de informar devidamente a comunidade científica e possíveis utentes-consumidores, ou em última instância proceder à retirada do produto de comercialização em resultado do tipo de defeito detetado, e com isso originar um dano num utente-consumidor e se se provar que esse o risco já era conhecido da empresa à data da ocorrência desse dano, nenhuma dúvida restará que à empresa deve ser imputada a sua responsabilidade. Pelo menos, em teoria.

É inegável, quer-nos parecer, que pesa em demasia sobre o lesado a ideia de ter de suportar um risco do qual não tem qualquer conhecimento e que, saliente-

¹⁶⁵ Na Alemanha, reconhecendo-se a inadequação do regime comum de responsabilidade e considerando a especial perigosidade do setor farmacêutico, consagrou-se um regime especial de responsabilidade do produtor, (*Arzneimittelgesetz*, § 84-94) nascido em como solução aos obstáculos do seu regime probatório, que prevê a responsabilidade objetiva por RAM, independentemente da causa se granjear nos riscos de desenvolvimento, rejeitando-a como cláusula exoneratória; ao mesmo tempo que corrige o desequilíbrio entre as partes, adjudicando quer a inversão do ónus da prova ao produtor (alocando o risco à sua área de influência, terreno fértil por excelência), como a sua obrigação de contratação de seguros que garantam a cobertura dos danos ressarcíveis (incluindo o dano moral), não sem antes fixar os tetos máximos indemnizatórios, enquanto cláusula de salvaguarda por encargos excessivos. Cfr. SILVA, V.M.P. 2015. *Responsabilidade Civil Farmacêutica Por Reações Adversas (Graves e Inesperadas) Medicamentosas* (Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito do Porto), Porto.

¹⁶⁶ Ou o caso de Espanha, por exemplo, que, em relação a medicamentos e produtos alimentares destinados a consumo humano, impõe a responsabilidade do produtor por riscos desconhecidos no momento da comercialização desse tipo de produtos, conforme *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*. (JUAN CARLOS I, 1994).

¹⁶⁷ Cfr. RAPOSO, 2018, op. cit., p.115 e segs.

-se, mesmo munido de vasta documentação, não pode estar ao mesmo nível da do produtor, uma vez que foi este que estudou, criou e desenvolveu o fármaco em causa. Só este poderá, idealmente, estar capacitado para detetar defeitos ocultos e corrigi-los, quer ainda antes do seu lançamento, quer durante toda a sua vida comercial. Outrossim, em consequência do que a lei impõe (artigo 7.º da Diretiva Europeia e artigo 5.º do referido Decreto-Lei), cabe à empresa farmacêutica fazer prova dos factos que apoiam esta defesa, cumprindo-lhe demonstrar que teria sido absolutamente impossível, detetar o defeito do produto, à luz dos conhecimentos científicos existentes, à época da sua entrada em circulação ^[168].

III. Conclusão

Em forma de desfecho do que acabamos de expor, começamos por declarar que em nenhum momento descurámos o facto de que à escolha da temática estaria sempre associada a dificuldade inerente ao estudo da matéria da responsabilidade civil. Assim, as observações que foram sendo realizadas não passam de meros compêndios das diversas bifurcações a que este tema se presta (e superiormente estudadas pelos diferentes autores que fomos citando e para cujas obras se remete), sendo, no âmbito deste trabalho, destituído de sentido desenvolvê-las além do intento descrito. Para mais, de mão dada com este tipo de complexidade, o estudo de um tema de responsabilidade civil associado ao medicamento aumenta exponencialmente o problema, uma vez que pouco se tem escrito sobre o tema e, em rigor, quase nada se tem discutido a nível jurisprudencial em Portugal para que seja possível apresentar, fundamentadamente, posições adotadas pelos nossos tribunais ou sequer pela doutrina em geral.

Em face do que têm sido as diversas experiências de países Estados-Membros, sem descurar os sistema jurídico anglo-saxão, *Common Law*, com especial enfoque na jurisprudência e doutrina norte-americana, resta-nos assim, não só trazer à discussão determinadas soluções, que têm sido consagradas por diversos ordenamentos jurídicos, como, aqui chegados, apresentar uma opinião sobre o

¹⁶⁸ "Para implicar a responsabilidade de um produtor pelos seus produtos defeituosos, nos termos da Directiva 85/374, o lesado não tem que provar a culpa do produtor, mas este, de acordo com o princípio da justa repartição dos riscos entre o lesado e o produtor, expresso no artigo 7. da directiva, deve poder eximir-se da sua responsabilidade se demonstrar a existência de determinados factos que o isentem e, designadamente, «que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito». Embora, neste contexto, o produtor deva demonstrar que o estado objectivo dos referidos conhecimentos, incluindo o seu nível mais adiantado, e sem qualquer restrição ao sector industrial em causa, não lhe permitia detectar o defeito, é necessário que os conhecimentos, para que possam validamente ser opostos ao produtor, tenham sido acessíveis no momento da colocação em circulação do produto.", in Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 29 de maio de 1997. - Comissão das Comunidades Europeias contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. - Incumprimento - Artigo 7., alínea e), da Directiva 85/374/CEE - Transposição incorreta - Isenção da responsabilidade pelos produtos defeituosos - Estado dos conhecimentos científicos e técnicos. - Processo C-300/95.

que se entende ser a melhor solução para a problematização que inicialmente se erigiu e deu mote à dissertação, e ora à presente súmula: quais são as ferramentas eficazes de que dispõe atualmente um utente-consumidor para ressarcimento do dano e, em última análise, para a sua proteção, depois que lhe foi administrado dois ou mais medicamentos e dessa circunstância resultou uma RAM?

Dúvidas não subsistem do mérito e bondade da Diretiva Europeia, que temos vindo a mencionar e que, incontestavelmente, à luz do direito português, será a ferramenta cujos pressupostos mais facilitam a demanda do lesado, ainda que, se revelem insuficientes. A prova do defeito do produto, em particular de medicamentos, que cabe ao lesado, é uma prova árdua, de complexidade técnica elevada. Se por um lado a evidência do dano não se discute, levando inclusive a casos de morte, por outro, a prova do defeito e do nexo de causalidade pode se mostrar inexequível.

Ora, o produtor, em princípio, conhecerá todas as substâncias por ele utilizadas e qualquer dano que advenha dessas substâncias deveria, idealmente, ser por ele reparado, não importando se à época em que o produto foi colocado no mercado ele não tinha como saber do vício.

É responsabilizando o produtor pelo risco do desenvolvimento, como vimos anteriormente, que é possível fazer com que o mesmo assuma integralmente todos os riscos provenientes de sua atividade, como se isso fora um começo da socialização do risco e do prejuízo.

O objetivo da responsabilidade civil, cabe não esquecer, é restabelecer o estado anterior ao dano e consiste na obrigação do causador de o reparar. O legislador europeu, ao optar pela responsabilidade objetiva para os casos referentes a danos causados por defeito de produtos, leva em consideração o caráter complexo e a dificuldade de se provar a culpa do fornecedor. Sobre este o ângulo, da responsabilidade objetiva, não importa o causador do dano, mas sim o risco. Portanto, na ocorrência de um dano efetivo e uma atividade perigosa, basta que se encontre o nexo de causalidade entre esses dois elementos para que se aplique, então, a responsabilidade civil ^[169]. Porém, pode não bastar, justamente, porque a demonstração do nexo de causalidade pode ser de tal modo complicada que desmorse o edifício dos três andares, *i.e.*, o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade objetiva que o Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, na sua atual redação, determina. Donde surge a solução da prova *prima facie* que, afigura-se-nos extremamente importante nos casos que abordámos.

Acompanhando um pouco a alteração legal ocorrida em 2002, na lei alemã, entendemos, igualmente, ser necessário envidar esforços por desenvolver mecanismos que permitam simplificar, indiscutivelmente, o ónus probatório, e, nesse pressuposto, quiçá alvitrar um regime especial de responsabilidade por produtos

¹⁶⁹ Cfr. POLICARPO, Nathália Sant'Ana. *O risco do desenvolvimento e a responsabilidade do fornecedor*. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível na Internet em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12402.

farmacêuticos que concorra com a responsabilidade subjetiva em vigor nos diversos ordenamentos, com limite indemnizatório. Por sua vez, é preciso em todo o momento atender à necessidade imperiosa de investigação profícua de novos medicamentos, equilibrando, desse modo, a balança em favor dos eventuais lesados, pelo que, qualquer regime nesse sentido deverá antes demais considerar este facto. Com tal, não pretendemos defender uma responsabilização absoluta do produtor, uma vez que, deve ser respeitado o carácter ímpar dos medicamentos em face dos demais produtos, cuja segurança nunca pode ser total. A proposta é antes no sentido de adoção de um sistema híbrido que comporte, a ideia já plasmada da expectativa de um produto seguro ao mesmo tempo que atenda às especiais características destes produtos, donde a indústria com a sua comercialização lucra. Prestaria ser um passo rumo à evidência de que para que coexista a evolução científica e tecnológica não se pode alienar a segurança expectável do utente-consumidor.

Tomando, para o efeito, o exemplo do Reino Unido, surgem cada vez mais, propostas alternativas que atendem à necessidade de não onerar em demasia o produtor, conquanto se ofereça uma forma eficaz de compensar os lesados, mediante a instituição de um fundo social de compensação de danos (no caso do Reino Unido, *Vaccine Damage Payment Act* de 1979 ^[170] ^[171]).

¹⁷⁰ “An Act to provide for payments to be made out of public funds in cases where severe disablement occurs as a result of vaccination against certain diseases or of contact with a person who has been vaccinated against any of those diseases; to make provision in connection with similar payments made before the passing of this Act; and for purposes connected therewith.” (ELIZABETH II. 1979. Vaccine damage payments Act 1979. Disponível na Internet em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/17/introduction>).

¹⁷¹ Cfr. RAPOSO, 2018, op. cit., p.124.

