

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

A Responsabilidade Civil Médica

(decorrente de actos médicos
praticados em hospitais públicos)

Rui Torres Vouga

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

JUNHO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





O Juiz Desembargador Rui Torres Vouga já tinha abordado a problemática da Responsabilidade Civil Médica numa acção de formação da Jurisdição Civil em 2016, dando origem ao excelente e exaustivo texto que consta no e-book desta colecção, "Responsabilidade Civil Profissional", de Maio de 2017.*

Foi a partir daqui que surgiu o novo convite para a sua participação nos "Temas de Direito Administrativo", do Plano de Formação 2016-2017, analisando a mesma temática na área dos Tribunais administrativos.

A análise passou a incidir sobre um pano semelhante, mas num fundo distinto: A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos).

De fora ficou apenas o estudo da matéria do consentimento informado e o da perda de chance, por ainda não existir nesta Jurisdição jurisprudência publicada (não tendo sido questões levantados nas acções instauradas contra o Estado nos Tribunais administrativos). De todo o modo, estas problemáticas estão já abordadas no já referido e-book.

De assinalar que a Jurisprudência recolhida neste estudo, está actualizada até 08 de Junho de 2018.

A análise crítica e racional e a exaustividade da abordagem permanecem neste novo texto, e o CEJ não pode deixar agradecer ao Juiz Desembargador Rui Torres Vouga a colaboração prestada, sublinhando a **excelência** do resultado em que se traduz esta nova edição, que - aliás - justifica a sua autonomização.

Entre a candência do que se refere à responsabilidade do Estado (que tem implicações no erário público) e a pertinência do que respeita à Medicina e aos seus (eventuais) erros, encontramos a palavra Confiança, cuja violação (em qualquer patamar neste contexto) leva a que os processos surjam em Tribunal e a que tenham de ter uma resposta: os cidadãos esperam-na, o Estado exige-a, os Tribunais definem-na...

Aqui fica mais um contributo para o CEJ cumprir as suas funções e a Comunidade Jurídica ter ao seu dispor mais um imprescindível elemento de estudo!

(ETL)

* Aqui disponível: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)

Autor:

Rui Torres Vouga – Juiz Desembargador, Tribunal da Relação de Lisboa

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Fernando Duarte – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ*

Sofia David – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ*

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2016/2017:

Temas de Direito Administrativo, 19 e 26 de maio e 2 e 9 e de junho de 2017 (programa)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

* À data da realização da ação de formação.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 14/06/2018	

A Responsabilidade Civil Médica

(decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)

Índice

I. Tipos de Responsabilidade (contratual ou extra-contratual)?	9
i) A actividade médica prestada nos estabelecimentos públicos de saúde	9
II. Regime jurídico da responsabilidade civil por facto ilícito (por danos decorrentes do exercício da Função Administrativa)	21
i) A responsabilidade subjectiva	21
ii) A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço	22
iii) As modalidades de imputação subjectiva: o dolo e o zelo e diligência manifestamente inferiores ao devido	23
iv) Modalidades de ilicitude: ilegalidade (n.º 1), inobservância de deveres de cuidado (n.º 1) e funcionamento anormal do serviço (n.º 2)	24
a) Primeira modalidade de ilicitude: ilegalidade	25
b) Segunda modalidade de ilicitude: inobservância de deveres objectivos de cuidado	26
c) Terceira modalidade de ilicitude: funcionamento anormal do serviço	37
v) O pressuposto “culpa” na responsabilidade civil da Administração	39
a) Substituição do critério do bom pai de família pelo critério da diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor	40
b) Presunção de culpa leve em caso de incumprimento de deveres de diligência	42
c) A actividade médica exercida em hospitais públicos é ou não passível de ser considerada perigosa, nos termos e para os efeitos do Artigo 493.º- 2, do Código Civil?	46
d) Responsabilidade dos estabelecimentos de saúde públicos por violação do dever de vigilância relativamente aos seus internados por anomalia psíquica	52
vi) Nexos de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente	60
a) Critério de aferição da existência (ou não) de Nexos de Causalidade	61
b) Casos em que os Tribunais Administrativos consideraram verificado o pressuposto do Nexos de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos nos hospitais públicos e os danos sofridos pelo paciente	63

vii) O Ónus da Prova nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil extracontratual por danos decorrentes de actos ou omissões praticados em Hospitais Públicos	66
a) A actividade médica pode ser considerada uma “actividade perigosa”, nos termos e para os efeitos do art. 493.º-2 do CC?	67
b) Casos de inversão do ónus da prova	71
c) A quem cabe o ónus da prova do requisito constituído pelo nexo de causalidade entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde?	73
III. Bibliografia	92
IV. Vídeos de apresentação	96

CAPÍTULO I

TIPOS DE RESPONSABILIDADE (CONTRATUAL OU EXTRA-CONTRATUAL)?

i) A actividade médica prestada nos estabelecimentos públicos de saúde

O ordenamento jurídico português distingue, submetendo-os a **diferentes regimes jurídicos**, entre, por um lado, **unidades privadas de saúde** (*maxime*, as chamadas “clínicas privadas”) e, por outro, **unidades públicas de saúde**, ou seja, os **hospitais públicos**, pertencentes à rede do Serviço Nacional de Saúde (doravante referido pela sigla *SNS*).

Na vigência do **Decreto-Lei n.º 48 051**, de 21/11/1967 – que só cessou com a entrada em vigor (no dia 30 de Janeiro de 2008: cfr. o seu artigo 6.º) da **Lei n.º 67/2007**, de 31-XII, que aprovou o novo *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* e revogou aquele diploma – tanto na **jurisprudência**, como na esmagadora maioria da **doutrina portuguesa**, entendia-se, pacificamente, que a **relação que se estabelece entre o hospital público e o utente particular** (que lá se dirige, seja para ser sujeito a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento médico específico pré-programados, seja para realizar uma simples visita ambulatoria, v.g. uma consulta médica) constitui **uma relação de serviço público**, assumindo, pois, os respectivos **actos médicos** a natureza de **actos de gestão pública**, visto em causa estarem, sobretudo, **actos praticados no exercício de poderes públicos**, com vista à realização do interesse público¹.

Na **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo**, sempre se entendeu, de modo uniforme, que:

– «É enquadrável no âmbito da responsabilidade civil extracontratual – DL n.º 48 051 de 1967.11.21 – a pretensão indemnizatória da autora, relativa a danos emergentes de um procedimento médico-cirúrgico de que foi alvo, num estabelecimento de saúde pública, ao qual recorreu na qualidade de utente.» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator – POLÍBIO HENRIQUES], acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– «A responsabilidade por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual, incumbindo ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade, regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei 48 051, de 21 de Novembro de 1967» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011 [Processo n.º 0762/09; Relator – ADÉRITO SANTOS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

¹ Cfr., neste sentido, nomeadamente, FREITAS DO AMARAL (in “*Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 121 e ss.), GUILHERME DE OLIVEIRA (in “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, incluído in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005), SÉRVULO CORREIA (in “*As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*”, incluído in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 11 e ss.) e ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ (in “*Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso À Justiça Administrativa*”, Coimbra, 2003, pp. 36-42).

– «**A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos**» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16/01/2014 [Processo n.º 0445/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

O único aresto que se afastou desta orientação praticamente pacífica e uniforme foi o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 30/11/2012 (Proc. n.º 01425/04.8BEBRG; Relator – ROGÉRIO PAULO DA COSTA MARTINS [cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtcn>], no qual se entendeu que «*No domínio da prestação dos serviços de saúde é mais adequado à realidade e conduzir a soluções mais justas, a aplicação do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – art.º 1154.º do Código Civil –, e, por isso, a justificar a mesma protecção legal.*». Trata-se, porém, duma decisão inédita, contrária a uma orientação há muito sedimentada na jurisprudência dos Tribunais Administrativos e dos próprios tribunais comuns, e ancorada em fundamentos de muito duvidosa legalidade².

A **fundamentação** geralmente aduzida para fundamentar o entendimento segundo o qual os actos médicos praticados nos hospitais públicos assumiam a natureza de actos de gestão pública era, nuclearmente, a seguinte:

– «Quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de ‘utente’, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas.

Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto.» – cit. Acórdão do STA de 20/04/2004;

² Nuclearmente, o TCAN entendeu, no cit. aresto, que, «*No domínio da prestação dos serviços de saúde, entre outros, entendemos (...) ser mais adequado à realidade e conduzir a soluções mais justas, a aplicação do regime da responsabilidade contratual.*» «*Designadamente, no que diz respeito às regras de repartição do ónus da prova, as quais, no domínio da responsabilidade contratual, são mais favoráveis ao credor (lesado), existindo neste domínio presunções de culpa que a lei não estabelece no domínio da responsabilidade extracontratual (vd. art.º 799.º, n.º1, do Cód. Civil; Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro, A responsabilidade médica em Portugal, no BMJ 332, pp. 38 e segs.). Isto porque: «Faz mais sentido – e é justo – que sejam os técnicos que prestam os cuidados de saúde, neste caso o membros da equipa médica que procedeu ao parto, a provarem que agiram com zelo, precisamente porque dominam – ou é suposto dominarem - os conhecimentos técnicos na sua área de actuação, do que fazer recair o ónus da prova da falta de zelo sobre os pacientes que, na generalidade dos casos, não têm conhecimentos técnicos na área da saúde.» (ibidem). «Para já não falar na natural inibição dos técnicos da área deporem de forma desfavorável aos seus colegas de profissão.» (ibidem).*

«*Aliás, não estamos no caso concreto, em bom rigor, perante responsabilidade emergente de actos de gestão pública, uma vez que na prestação de assistência hospitalar, designadamente, no acompanhamento e assistência a um parto, não existem prerrogativas de autoridade ou uma regulamentação de natureza pública que permita distinguir, como acto de gestão pública, a assistência prestada por um hospital público e a assistência prestada, como acto de gestão privada, por um hospital particular.*» (ibidem).

– «Nem o utente, nem os funcionários ao serviço do Hospital estão a agir a coberto de um negócio jurídico. Nem o utente pode escolher o médico, nem os funcionários podem escolher o paciente, devendo a atendimento seguir as regras legais aplicáveis e de acordo com o que for definido pela Direcção do Hospital. Não há, portanto, uma vontade das partes a que a lei atribua efeitos jurídicos, mas sim um serviço público posto à disposição dos utentes, nos termos definidos pelo bloco de legalidade aplicável: Lei 11/93, de 15 de Janeiro, com as alterações dos Dec. Lei 177/2009, de 4 de Agosto; 28/2008, de 22 de Fevereiro; 276/A/2007, de 31 de Julho; 222/2007, de 29 de Maio; 223/2004, de 3 de Dezembro; 185/2002, de 20 de Agosto; 68/2000, de 26 de Abril; 157/99, de 10 de Maio; 156/99, de 10 de Maio; 401/98, de 17 de Dezembro; 97/98, de 18 de Abril; 53/98, de 11 de Março e 77/96, de 18 de Junho)» – cit. Acórdão do STA de 16/01/2014.

Na jurisprudência dos tribunais comuns, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008** (Processo n.º 08A3323; Relator – MÁRIO CRUZ) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também entendeu que:

«– A prestação de cuidados de saúde, ao abrigo do serviço nacional de saúde, decorre de uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos que careçam dos cuidados médico-cirúrgicos, independentemente da vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados, porque a tal não se pode recusar.

– O pagamento de taxas moderadoras não corresponde ao pagamento de um preço pelo serviço, mas um acto simbólico para fazer lembrar aos que ocorram aos serviços médicos e hospitalares do SNS que há custos gerais para os contribuintes, e assim de algum modo se poder evitar o congestionamento de serviços por razões que não necessitariam de consulta ou tratamento.

– Por isso mesmo, **nos serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do serviço nacional de saúde ou que com ele tenham protocolo, a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual;**

– Nas instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o serviço nacional de saúde, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual.»

Este entendimento voltou a ser reiterado pelo **Supremo Tribunal de Justiça**, no seu Acórdão de 24/5/2011 (Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1; Relator: HÉLDER ROQUE) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> –, onde também se considerou que:

«– Tem natureza extracontratual a responsabilidade civil, por alegados factos ilícitos cometidos por um médico, em serviço público hospitalar, em relação a um doente, em virtude da inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante.»³.

³ A **fundamentação** aduzida para justificar este entendimento é a seguinte:

Já em 2015, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2015** (Proc. n.º 804/03.2TAALM.L.S1; Relator – ARMINDO MONTEIRO) – cujo texto integral está acessível online in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – reafirmou que:

«– O acto médico praticado em hospital público integrado no SNS representa um acto técnico no exercício de uma dada profissão de acordo com certas prescrições, naturalmente que da ciência médica, constituindo uma função pública, integrada na denominada “função técnica do Estado”, qualquer que seja a natureza de que se revista o hospital, com ou sem autonomia patrimonial, empresarial ou sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, segundo a classificação adoptada na Lei de Gestão Hospitalar n.º 27/2002, de 08-11.

– O Hospital demandado, onde a arguida e demandada, médica especialista da área de medicina interna, prestava serviço, à data dos factos – 2003 – assume a natureza de sociedade anónima, entidade englobada num fenómeno visando a “criação de uma Administração indirecta privada”, uma “privatização formal da Administração e uma utilização instrumental da personalidade jurídica privada”, para o desempenho de tarefas de interesse público correspondentes ao exercício da função.

– Dominantemente se recusa a natureza contratualista à prestação de serviços médicos na rede nacional de hospitais públicos, em contrário do que sucede nos hospitais privados, ditos particulares ou em consultórios de idêntica categoria, havendo que fundá-la, antes, na responsabilidade civil extracontratual, seja ela por facto negligente ou voluntário e, também, ilícito.

– A responsabilidade contratual, nos hospitais públicos, derivaria de o facto de o doente em tratamento não ser um estranho e lhe assistir um genérico direito a não ver lesada a sua integridade física ou moral; é alguém que, positivamente, tem direito a certo número de cuidados prestados com a diligência exigível.

– **É, pois maioritária a posição – excluindo-se, ainda a concepção da natureza atípica – que perfilha o entendimento de que a prestação de serviços médicos nos hospitais públicos se não enquadra no contrato de prestação de serviços previsto no CC, no art. 1154.º e ss., antes assumindo uma simples prestação de serviço público**, em que como regra, o médico é desconhecedor da pessoa do doente e este da pessoa do médico, surgido acidentalmente, ignorando as suas qualidades técnicas, de quem espera o melhor desempenho na aplicação dos melhores e mais oportunos conhecimentos da sua ciência e que não recebe do

«Não invocando o autor o exercício de medicina privada, por parte do réu médico, nas instalações do réu Hospital, goza do direito de reclamar uma indemnização pelos danos que lhe foram causados, por alegado facto ilícito culposo gerador de responsabilidade civil extracontratual.

Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza extra-contratual, em que **a obrigação de indemnizar nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, devido à inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante, sendo esta, também, a concepção que melhor se adapta à essência dos serviços públicos ou de interesse público, porquanto qualquer pessoa pode, indistintamente, utilizá-los, nas condições gerais e impessoais dos respectivos estatutos e regulamentos, sem possibilidade da sua recusa ou da negociação de cláusulas particulares** [Vaz Serra, *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes*, BMJ, n.º 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, RDES, Ano XIX, 123 e ss.; STJ, de 7-5-74, BMJ n.º 237, 196; RT, Ano 93.º, 282].»

beneficiário ordens ou instruções, gozando de uma quase total ou, melhor dizendo, total independência.»

E, ainda mais recentemente, o **Supremo Tribunal de Justiça** tornou a considerar, no seu Acórdão de 29/10/2015 (Processo n.º 2198/05.2TBFIG.C1.S1; Relator – MANUEL TOMÉ SOARES GOMES) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – que:

«A responsabilidade civil emergente de ato praticado por médico de serviço em hospital público, numa situação pontual de emergência sequencial à ocorrência de um acidente de viação, é de natureza extracontratual.»

Na jurisprudência do **Tribunal dos Conflitos**, também é pacífico o entendimento segundo o qual «*A relação jurídica estabelecida entre o Serviço Nacional de Saúde e o utente é de natureza apenas administrativa*» – Acórdão de 30/10/2008 (Proc. n.º 08/08; Relator – BETTENCOURT DE FARIA) [cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf>]. Isto porque:

«O Estatuto do Médico – DL 373/79 de 08.09 – determina no seu art.º 8.º n.º 2 que todos os médicos que exerçam funções profissionais em serviços e estabelecimentos directamente dependentes da Administração Central, Regional e Local ficam sujeitos ao regime disciplinar dos funcionários e agentes daquelas Administrações. E acrescenta, no seu n.º 3 que, em casos de responsabilidade civil, têm aplicação a lei reguladora da responsabilidade civil extracontratual do Estado no domínio dos actos de gestão pública.

Deste modo, (...) perante os citados preceitos, “o conteúdo da relação estabelecida entre utente e a instituição de saúde é uma relação especial de direito administrativo” e (...) “...os actos praticados pelos médicos em causa, porque dirigidos ao cumprimento de uma atribuição pública, devem ser qualificados como funcionalmente públicos”.

Mais recentemente, o **Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 9/06/2010** (Proc. n.º 08/10; Relator – SOUTO DE MOURA) [cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf>] voltou a reiterar o entendimento segundo o qual:

«(...) As pessoas admitidas nos hospitais são utentes do serviço público hospitalar, estabelecendo-se uma relação de serviço público entre umas e outros, devendo o serviço hospitalar agir com o zelo e diligência adequados á situação particular dos utentes a que se destina, como obrigação de carácter geral, resultante da lei, porquanto se falta, culposamente, a esse dever, causando danos, por omissão dos seus agentes, o hospital público tem o dever de indemnizar.

Assim sendo, tendo a vinculação do hospital público, perante utentes ou terceiros, a natureza de uma relação de serviço público, a responsabilidade em que incorre assume, necessariamente, carácter extracontratual.

Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza extra-contratual, em que a obrigação de indemnizar nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, sendo esta, também, a concepção que melhor se adapta à essência dos serviços públicos ou de interesse público, porquanto qualquer pessoa, indistintamente, pode utilizá-los, nas condições gerais e impessoais dos respectivos estatutos e regulamentos, sem possibilidade da sua recusa ou da negociação de cláusulas particulares [Vaz Serra, Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes, BMJ, n.º 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, Responsabilidade da Administração Hospitalar, RDES, Ano XIX, 123 e ss.; STJ, de 7-5-74, BMJ n.º 237, 196; RT, Ano 93º, 282.].

Assim sendo, actualmente (isto é, a partir de 30/01/2008 – data em que o diploma entrou em vigor), o **regime de responsabilidade aplicável** a este tipo de relações que se estabelecem entre os **hospitais públicos** integrados no SNS [Serviço Nacional de Saúde] e os respectivos **utentes** é, necessariamente, o da **Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro**, relativa ao **regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, de acordo com o qual o hospital público responde (extracontratualmente) – e responde “exclusivamente” – pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (cfr. art. 7.º, n.º 1 do regime)^{4 5}.

Apesar de o regime de responsabilidade civil das pessoas colectivas instituído pela cit. Lei n.º 67/2007 não recortar o seu **âmbito de aplicação material** por referência aos **danos resultantes de actos de gestão pública** – como fazia o artigo 1.º do cit. DL. n.º 48 051, de 21NOV1967⁶ –, mas antes por referência à noção de **“danos resultantes do exercício da função administrativa”**, «*mantém-se a diversidade de regimes jurídicos substantivos consoante o acto causador do dano se caracterize como um acto de gestão pública ou como um acto de gestão privada*»⁷, como o evidencia o facto de o n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 67/2007 definir a **função administrativa** por referência às **“acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”**⁸ – o que

⁴ O Hospital também será exclusivamente responsável **sempre que os danos causados a um doente não resultarem do comportamento concreto do médico ou não se consiga provar a autoria pessoal do acto ou da omissão causadora do dano, e este deva ser atribuído a um funcionamento anormal do serviço** (artigo 7.º/3).

⁵ No entanto, o próprio **médico** também (e apenas) pode, nos termos do n.º 1 do art. 8.º, incorrer em **responsabilidade civil extracontratual** caso exista da sua parte **“diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado”**, ou – como é evidente – **em caso de dolo**. Nestes casos, a **responsabilidade do hospital** será **solidária** (art. 8.º, n.º 2), cabendo-lhe posteriormente **direito de regresso**, se for obrigado a indemnizar o paciente, logo que haja sido paga a indemnização respectiva (cfr. n.º 3 do art. 8.º).

O **exercício do direito de regresso** tornou-se **obrigatório** com a entrada em vigor da cit. Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, estando, inclusivamente, previsto que a secretaria do tribunal, que tenha condenado o hospital no pagamento da indemnização ao paciente, remeta certidão da sentença, logo após o respectivo trânsito em julgado, ao hospital, para que este exerça esse direito de regresso.

⁶ Cujo teor era o seguinte: «A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas **no domínio dos actos de gestão pública** rege-se pelo disposto no presente diploma, em tudo que não esteja previsto em leis especiais».

⁷ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”*, 1ª ed., Coimbra, 2008, p. 29.

⁸ O **exercício de prerrogativas de poder público** e a **sujeição a um regime de direito administrativo** são, portanto, dois dos indicadores através dos quais é possível caracterizar a **função administrativa**. «A atribuição de poderes de autoridade a uma dada entidade (pública ou privada) há-de resultar directamente da lei, traduzindo-se esses poderes de autoridade na faculdade de essa entidade, de modo unilateral, editar normas jurídicas, produzir efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, e utilizar, se necessário, meios coercivos para executar as suas decisões» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”* cit., p. 30). «Constituem manifestações do exercício de poderes de

permite concluir que o regime instituído neste diploma é aplicável apenas aos actos de gestão pública^{9 10}.

No âmbito **subjectivo**, o n.º 5 do cit. art. 1.º da Lei n.º 67/2007 estende o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas públicas nela instituído à responsabilidade civil das **pessoas colectivas de direito privado** (e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares) que actuem no exercício de prerrogativas de poder público ou se rejam por normas e princípios de direito administrativo – «o que compreenderá todas as pessoas colectivas de direito privado criadas por entidades públicas (sociedades anónimas de capitais públicos), bem como entidades privadas que exerçam poderes públicos (no âmbito de concessões de serviços públicos ou de parcerias público-privadas)»^{11 12}.

autoridade a emissão de regulamentos administrativos, a prolação de actos administrativos e a celebração de contratos administrativos, que constituem formas jurídicas comuns de actuação das entidades administrativas» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «Mas o exercício da função administrativa não envolve apenas uma actividade **jurídica**, mas também uma actividade **material** ou **técnica**, destinada a assegurar a produção de bens e a prestação de serviços para satisfação das necessidades colectivas, em que a Administração igualmente age numa posição de supremacia em relação aos particulares» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*).

«Um outro factor identificativo do conceito de função administrativa é a vinculação do exercício da actividade a um regime de direito administrativo» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «O grau de sujeição a um regime de direito administrativo, como direito comum da administração pública, depende da natureza da personalidade jurídica da entidade em causa e do grau de envolvimento no exercício da actividade administrativa» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*). «As **pessoas colectivas de direito público**, salvo indicação legal expressa em contrário, estão subordinadas ao direito administrativo e, desde logo, aos princípios constitucionais que regem a actividade administrativa (artigos 22.º, 266.º, 268.º e 271.º da CRP)» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in ob. cit., p. 31). «Inversamente, as **pessoas colectivas de direito privado**, criadas pelo Estado ou por outras entidades públicas para realizarem tarefas de interesse público (que podem ser designadas como entidades administrativas privadas), bem como os particulares que sejam chamados a colaborar com entidades públicas para o exercício dessas tarefas (v.g., os concessionários), regem-se, em regra, pelo direito privado, e apenas estão vinculadas ao direito administrativo, por determinação expressa da lei, na medida em que, para a execução de tarefas públicas de que sejam incumbidas, lhe sejam outorgadas prerrogativas de autoridade ou imposta a observância de deveres especiais» (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*).

⁹ Cfr., neste sentido, FILIPA CALVÃO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 61-63.

¹⁰ Como bem observam CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (in “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*”, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25), «Trata-se claramente de um caso de mudança terminológica sem mudança substantiva: o legislador, pretendendo acolher as muitas críticas que se faziam sentir à distinção entre gestão pública e gestão privada, abandonou-a, e passou a falar na função administrativa; todavia, ou por impossibilidade teórica ou prática, ou por entender que não era o local adequado, ou ainda por não o considerar a melhor solução, a verdade é que não forneceu um critério material que caracterize as actividades que concretamente fazem parte da função administrativa (critério material, que seria o único a resolver o problema de modo qualitativamente diferente⁹), tendo-se limitado a continuar o caminho que vinha sendo trilhado, consagrando um entendimento, que acaba por ser o clássico, sobre a divisão entre actividade submetida ao direito público e actividade não submetida ao direito público» [p. 6]. É que «a tradicional distinção entre actos de gestão pública e gestão privada traçava-se, precisamente, de acordo com os critérios das prerrogativas de direito público e do regime substantivo da acção ou omissão⁷; ou seja, de acordo com os mesmos critérios que surgem agora nos n.ºs 2 e 5 do artigo 1.º do RRCEE, que foram “recauchutados” pelo legislador» (*ibidem*, pp. 5-6).

¹¹ FILIPA CALVÃO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 65.

¹² «Caem sob o seu âmbito tanto as **empresas públicas** (sob forma societária, pois as entidades públicas empresariais e as entidades empresariais locais, como pessoas colectivas públicas que são, entram na referência do n.º 2), como os **concessionários**, como **demais entidades particulares**, desde que a acção ou omissão geradora de responsabilidade traduza prerrogativas de poder público ou se reja por normas jusadministrativas, possibilidades expressamente admitidas para a generalidade das empresas dos sectores empresariais estadual e local: v. artigos 14.º do Regime do Sector Empresarial do Estado (RSEE) e 17.º do Regime do Sector Empresarial Local (RSEL).»

E, por sua vez, o n.º 4 do mesmo preceito torna extensivas as disposições desta Lei à responsabilidade civil “*dos demais trabalhadores ao serviço das entidades [públicas] abrangidas*”, o que significa que **outros servidores** que se encontrem vinculados a entes públicos, ainda que sem a qualificação de **funcionários** ou **agentes administrativos**, estão igualmente sujeitos ao regime de responsabilidade individual que àqueles é aplicável (cfr. artigos 7.º e 8.º).

Consequentemente, quaisquer agentes que prestam serviços no contexto dum pessoa colectiva pública, mas sem directo vínculo jurídico (laboral ou de prestação de serviços) com esta entidade – por exemplo, um médico que preste serviços num Hospital, E.P.E. mas em execução dum contrato de prestação de serviços que celebrou com uma empresa privada, com a qual aquele Hospital celebrou um contrato de prestação de serviços – estão ainda sujeitos a este diploma¹³.

O que, de resto, bem se compreende: «*Na perspectiva de um utente do serviço público, não há diferença entre o trabalhador e o prestador de serviço com a aparência de estar integrado na organização administrativa dessa instituição*»¹⁴. «*Pelo que, para o efeito de determinar o responsável por danos eventualmente causados ao utente, não pode deixar de relevar essa aparência de relação funcional*»¹⁵. «*Na perspectiva do utente que acorre ao hospital para receber cuidados de saúde, perante a aparência de relação funcional, mostra-se irrelevante qual a relação jurídica, directa ou indirecta, entre o Hospital e o médico que o atendeu e lhe prestou os cuidados, provocando-lhe danos*»¹⁶. «*No plano da relação jurídica externa, os danos decorrentes da acção ou omissão do médico são produzidos no exercício da função administrativa, por eles devendo responder o Hospital como se de um seu trabalhador se tratasse*»^{17 18}.

Ora, os **hospitais públicos**, em sentido amplo – sejam os que estão enquadrados no **sector público administrativo**, como os que apenas fazem parte do **sector empresarial do Estado** (caso das **sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos** – em que o XV Governo Constitucional transformou 36 estabelecimentos hospitalares do sector público administrativo, no quadro da [entretanto revogada] Lei n.º 27/2002, de 8-XI – e das **entidades públicas empresariais** – em que o Governo subsequente transformou aquelas sociedades anónimas [cfr. o Decreto-Lei n.º 92/2005, de 7-VI]) e também os que corporizam **Parcerias**

(CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO in “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*” cit., loc. cit., p. 8.

¹³ Cfr. neste sentido, FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 69.

¹⁴ FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 68.

¹⁵ FILIPA CALVÃO, *ibidem*.

¹⁶ FILIPA CALVÃO in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 69.

¹⁷ FILIPA CALVÃO, *ibidem*.

¹⁸ «Apenas no plano da relação jurídica interna é que o problema da ausência de vínculo jurídico directo entre o médico e a entidade pública pode justificar a aplicação de regime jurídico diferente» (FILIPA CALVÃO, *ibidem*). «Um eventual direito de regresso será, nesse caso, exercido, não contra o médico, mas contra a entidade (privada) a quem este está vinculado, a qual por sua vez poderá depois exigir ao médico a restituição do que prestou» (FILIPA CALVÃO, *ibidem*).

Público-Privadas¹⁹ –, todos eles actuam no exercício de prerrogativas de poder público e/ou exercem actividades reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, pelo que os actos médicos (sejam eles acções ou omissões) neles praticados correspondem, inequivocamente, ao exercício da função administrativa^{20 21 22 23 24 25}.

¹⁹ Cfr., no sentido de que «a mesma solução se aplica ainda a hospitais explorados em regime de parceria público-privada, solução que hoje decorre do extenso âmbito de aplicação conferido à Lei nº 67/2007 pelo respectivo art. 1.º, com a especificidade de, neste caso, a acção ser exclusivamente intentada contra a entidade privada exploradora», VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico”, Coimbra, 2015, p. 200.

²⁰ Cfr., explicitamente neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1ª ed., 2015, pp. 799-800.

²¹ Cfr., no sentido de que «Se um Hospital está integrado no SNS e nessa medida, desenvolve as tarefas necessárias à implementação e melhoria deste Serviço e colabora na realização de uma das finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado – a protecção e defesa do direito à saúde, art.º 64.º da CRP – é forçoso concluir que as actividades por ele desenvolvidas devem ser consideradas integradas na função administrativa, independentemente desta envolver, ou não, o exercício de meios de coacção e independentemente das regras técnicas ou de outra natureza que na sua prática devam ser observadas ou mesmo da forma jurídica da instituição (administração indirecta do Estado, instituto público ou EPE), pelo que, «Tendo a acção como fundamento a reparação de danos decorrentes de actos praticados no cumprimento das finalidades prosseguidas pelo SNS, haverá que considera-los como actos de gestão pública o que quer dizer que o litígio, também por esta razão, configura um litígio emergente das relações jurídicas administrativas e consequentemente serão competentes para dele conhecer os Tribunais Administrativos», o **Acórdão da Relação de Évora de 19/03/2009** (Proc. nº ; relator – PIRES ROBALO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtre>.

²² Cfr., no sentido de que «São de classificar como actos de gestão pública os actos materiais de prestação de cuidados de saúde prestados por um médico pertencente ao quadro de um hospital público, ou seja, uma pessoa colectiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira, sujeita à superintendência e tutela do Ministério da Saúde», o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2010** (Processo nº 128-99.8TAVIS.C2.S1; relator – RODRIGUES DA COSTA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

²³ Cfr., no sentido de que «São competentes os tribunais administrativos para o conhecimento de acção em que é pedida indemnização pela prestação deficiente de cuidados de saúde a um hospital, com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, integrado no Serviço Nacional de Saúde», o **Acórdão do Tribunal de Conflitos de 9/06/2010** (Proc. nº 08/10; relator – SOUTO DE MOURA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

²⁴ Cfr., no sentido de que «A Santa Casa da Misericórdia é pessoa colectiva de direito privado e de utilidade pública administrativa, incluindo-se entre os seus fins estatutários o desenvolvimento de actividades de serviço ou interesse público que lhe sejam solicitadas pelo Estado ou outras entidades públicas», pelo que «Um litígio relacionado com os prejuízos alegadamente sofridos por utente do Serviço Nacional de Saúde, decorrentes de acto médico praticado no âmbito do Serviço Nacional de Saúde em entidade privada que está integrada na rede do Serviço Nacional de Saúde através de contrato-programa celebrado com o Estado prende-se com a realização de tarefas de interesse público, emergindo de uma relação jurídico administrativa» – o que consequência que «A competência para o conhecimento da respectiva acção pertence aos tribunais administrativos», o **Acórdão do Tribunal de Conflitos de 21/04/2016** (Proc. nº 06/15; relator – MARIA DO CÉU NEVES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf>.

²⁵ Cfr., todavia, no sentido de que «É materialmente competente o tribunal judicial para conhecer de uma acção em que é alegada negligência médica ocorrida em hospital público em data posterior à sua transmissão para uma sociedade anónima de direito privado que o passou a gerir em vez do Estado e assumiu a responsabilidade pelos danos causados a terceiros, e em que é formulado o correspondente pedido de reparação em dinheiro e em espécie contra a sociedade gestora, a médica ao serviço desta, clínica privada e médicos em serviço nesta e seguradora (esta no âmbito de um contrato de seguro de responsabilidade civil)», o **Acórdão da Relação de Guimarães de 6/02/2014** (Proc. nº 1615/13.2TBRRG.G1; relator – MOISÉS SILVA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf>. Para tanto, invocou-se o seguinte **argumentário**: «Embora o hospital seja um estabelecimento público, no sentido de que pertence ao Estado e são prestados cuidados de saúde às pessoas que aí se dirigem e deles carecem, é a 1.ª R. a responsável pelo regular e bom funcionamento do serviço de saúde a prestar, nos termos do contrato que celebrou com aquele. Não se trata de uma concessão de domínio público, mas da transmissão do estabelecimento hospitalar. Não estamos perante a atuação do Estado, mas de uma entidade privada, e é esta a responsável pelos danos que causar a terceiros no âmbito da atividade prestada no estabelecimento que gere, tal como resulta bem claro do contrato que está junto aos autos.».

A Relação de Guimarães reiterou o entendimento segundo o qual «Cabe aos tribunais judiciais, e não aos tribunais administrativos, a competência material para conhecer de acção de indemnização – decorrente de alegada negligência médica ocorrida após a contratada parceria público-privada – instaurada contra o Hospital de Braga –

Não obstante esta **diversidade de regimes legais de responsabilidade – responsabilidade administrativa versus responsabilidade civil –**, submetidos aliás a **diferentes jurisdições** (no primeiro caso, a administrativa, no segundo, a comum), há – na doutrina portuguesa – quem se questione sobre a efectiva **diferença material entre medicina pública e medicina privada** que justifique tal diversidade de regimes ^{26 27}.

De resto, a própria **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo** não deixa de reconhecer, de modo praticamente uniforme, que:

– «A responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas colectivas por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta nos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil, que são o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante (culpa), o prejuízo ou dano, e o nexó de causalidade entre este e o facto» (Acórdão do

Escala Braga Sociedade Gestora do Estabelecimento, S. A. e o agente do ato médico.», no **Acórdão de 20/11/2014** (Proc. nº 1615/13.2TBRRG.G2; relator – JOSÉ MANSO RAÍNHO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf>.

A solução adoptada nestes dois arestos da Relação de Guimarães suscita-nos muitas reservas, porquanto, não obstante a **entidade gestora do estabelecimento de saúde** em causa ser uma **entidade de direito privado** (por via de regra, uma sociedade comercial), o **contrato** pelo qual o Estado transfere para esta pessoa colectiva de direito privado a gestão deste hospital atribui-lhe **obrigações contratuais** que fazem com que o **relacionamento entre o estabelecimento de saúde em causa e os seus utentes** (cujo universo é constituído por todos os habitantes residentes nos concelhos servidos por esta unidade da saúde) assumam **características** em tudo **similares às que existem entre um hospital pertencente ao sector público administrativo e os respectivos utentes**.

De resto, segundo a opinião da mais qualificada **doutrina administrativista**, «as parcerias [público-privadas] não configuram (...) um novo tipo contratual, mas constroem-se com base em contratos correspondentes a tipos já anteriormente existentes, de entre os quais sobressai a figura das concessões» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *“Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”*, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, 2005, pp. 175 a 190). Segundo este Autor, trata-se de uma revitalização, renascimento ou “nova roupagem” da centenária **concessão**, agora dotada de uns traços mais modernos, mas ainda assim uma verdadeira **“concessão”**. Esta visão é compartilhada por outros Autores, como é o caso de EDUARDO PAZ FERREIRA e MARTA REBELO (in *“O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004, pp. 17 a 20), que consideram, igualmente, que a PPP consiste numa «recuperação da figura centenária da concessão, ajustando o seu elemento essencial (a contribuição dos recursos privados para a criação de infra-estruturas públicas) às necessidades e ao modelo de Estado e de Administração dos nossos dias».

²⁶ Na verdade, «reconhecendo-se o acto médico como substancialmente idêntico, independentemente de em concreto se verificar uma relação de direito público ou antes uma relação de direito privado, parecem-nos de não pequena monta as consequências que daí derivam, sobretudo se tivermos em conta a situação de tendencial desfavor em que o paciente-lesado se encontra no âmbito do regime da responsabilidade civil extracontratual» (PAULO JORGE FERREIRA ROSA in *“A Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos”*, Tese de Mestrado apresentada em 2012/2013 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [pág. 4]).

²⁷ Também MAFALDA MIRANDA BARBOSA (in *“LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”*, Ano 5, nº 10 – 2008, págs. 161 a 179) questiona a razoabilidade da dualização do regime de responsabilidade do médico, que, consoante actue no serviço nacional de saúde ou no sector privado, será confrontado com regras delituais próprias. Segundo esta Autora, «mais do que um corte abrupto entre a prática médica no serviço nacional de saúde e o exercício da medicina privada discerne-se um *continuum* cada vez mais evidente entre os dois sectores» (loc. cit., p. 171). É que «os deveres do médico são sempre os mesmos ou, nas palavras de SINDE MONTEIRO e de FIGUEIREDO DIAS, “o acto médico é fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado e nem a especial conexão do acto com o serviço ou a actividade (de carácter público)” se mostra capaz de acrescentar “razões que justificam a competência especializada dos tribunais administrativos, a não ser (...) quando a responsabilidade não resulte de um acto médico em sentido estrito (isto é, quando estiver directamente em causa a organização dos serviços e não propriamente a problemática do erro técnico ou erro profissional)” (loc. cit., pp. 171/172). «Donde se questiona qual a razão de ser do tratamento desigual de duas situações que são, inequivocamente, análogas na sua pressuposição ética e axiológica e bem assim na sua intencionalidade problemática, ou mais concretamente por que motivo há-de o médico que actua no Serviço Nacional de Saúde ficar a coberto de um regime de irresponsabilidade por culpa leve quando, ao actuar no seu consultório privado, vê recair sobre si, em caso de violação ilícita e culposa da esfera de incolumidade do paciente da qual resultem danos, um dever de indemnizar o último» (loc. cit., p. 172).

Supremo Tribunal Administrativo de 3/07/2007 [Processo n.º 0443/07; Relator – JORGE DE SOUSA), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.];

– «Os requisitos da responsabilidade civil extracontratual da Administração pela prática de acto ilícito são idênticos aos do regime da responsabilidade civil extracontratual prevista na lei civil: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o prejuízo ou dano, e o nexo de causalidade entre este e o facto» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2/12/2009 [Processo n.º 0763/09; Relator: PIRES ESTEVES), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

Não obstante, em matéria **de responsabilidade civil do Estado pelos actos médicos praticados nos hospitais públicos**, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo afirmou – mesmo na vigência do cit. DL. n.º 48.051, diploma onde ainda não estava sequer expressamente consagrada a chamada “*faute du service*” ou **culpa administrativa** (que hoje se mostra consagrada no artigo 7.º, n.º 3, da cit. Lei n.º 67/2007²⁸) – a responsabilidade civil do ente colectivo hospital perante o utente do SNS independentemente da imputação do evento danoso à culpa psicológica de qualquer um dos agentes (médicos) que actuaram em seu nome:

« – A culpa do ente colectivo, como um Hospital, não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causar certos danos que pode resultar de um conjunto, ainda que mal definido, de factores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou da falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo.

(...)

– Há culpa funcional dos serviços públicos, no caso um hospital central, quando se prova a descoordenação desses serviços, como seja quando inexistente no SO do Hospital um profissional perito em reanimação – deslocado para outro serviço –, e o doente é deixado cerca de cinco horas, fora da cama, em garagem fria, à espera que chegue uma ambulância para o transportar para outro hospital»²⁹;

– «Agem com negligência os serviços de certo hospital distrital que mantém numa das suas salas de parto equipamento e material avariado e não funcional e que, por isso, dificultou substancialmente a realização de manobra de entubação endotraqueal de recém-nascido»³⁰;

²⁸ Preceito no qual se estatui expressamente, em termos inovatórios (face ao cit. DL. n.º 48.051) que: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço”. Quanto ao que deva entender-se por “**funcionamento anormal do serviço**”, estabelece o n.º 4 do mesmo art. 7.º da Lei n.º 67/2007 que: “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997 (Processo n.º 038856; Relator: PADRÃO GONÇALVES), acessível (apenas o sumário) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18/10/2000 (Processo n.º 043527; Relator: MACEDO DE ALMEIDA), acessível (apenas o sumário) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

– Provado que **o bebé nasceu com hipoxia (privação parcial de oxigénio), que surgiu durante o parto, por o mesmo se ter arrastado por mais de uma hora, devido a dificuldades de montagem e/ou utilização de cinco ventosas e não tendo o Réu provado, que as dificuldades de aplicação decorressem da evolução do parto ou da morfologia da parturiente, nem se incluindo as dificuldades de montagem no universo dos riscos próprios, normais e comuns dos partos com recurso a ventosas**, há que concluir pela existência de uma *faute de service*, traduzida numa prestação deficiente à A dos serviços de saúde prestados pelo Réu, violando, assim, o dever de diligência técnica exigível, e, desse modo, agindo com culpa funcional³¹;

Ora, relativamente a **estabelecimentos de saúde privados**, muito dificilmente se concebe que possa ser exigida responsabilidade civil por danos causados por actos ou omissões neles praticados, independentemente da imputação do evento danoso à culpa psicológica de qualquer um dos agentes (médicos) que actuaram em seu nome. À face do direito português vigente, a responsabilização das **clínicas privadas** por danos decorrentes de actos médicos neles praticados pressupõe, necessariamente, a imputação desses danos a **actos dos auxiliares** (médicos ou enfermeiros) utilizados pelo estabelecimento na execução das prestações a que ele se obrigou por virtude dos **contratos de prestação de serviços médicos** que celebrou com os seus utentes (nos termos do art. 800.º do Cód. Civil) ou, quando muito, o funcionamento da **presunção de culpa estabelecida no art. 493.º, n.º 1, do Cód. Civil** pela utilização de equipamentos de diagnóstico ou de cura que o estabelecimento tem a obrigação de vigiar.

De sorte que a consagração (primeiro na jurisprudência pioneira do Supremo Tribunal Administrativo, a partir do cit. **Acórdão de 17/06/1997** [Processo n.º 038856; Relator: PADRÃO GONÇALVES] e, desde 2007, no próprio texto legal) duma **responsabilidade civil do Estado perante o utente do SNS pelos actos médicos praticados nos hospitais públicos**, independentemente da imputação do evento danoso à culpa psicológica de qualquer um dos agentes (médicos) que actuaram em seu nome, constitui um poderoso argumento a favor da especificidade da **responsabilidade civil decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos integrados no SNS**, relativamente à **responsabilidade civil em que incorrem os médicos e as clínicas privadas no âmbito da chamada medicina privada**.

De qualquer modo, é inegável que, entre nós, no caso das relações que se estabelecem entre os hospitais públicos integrados no SNS e os respectivos utentes, apenas pode existir **responsabilidade extra-contratual da instituição hospitalar**, não se divisando nenhuma hipótese de o utente poder responsabilizar um hospital público a título (meramente) de **responsabilidade contratual**.

³¹ **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/06/2004** (Processo n.º 01666/02; Relatora – FERNANDA XAVIER), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

CAPÍTULO II

REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR FACTO ILÍCITO (POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA)

i) A responsabilidade subjectiva

A cit. Lei n.º 67/2007 mantém a distinção (que já constava do revogado DL. n.º 48 051, de 21/11/1967) entre **responsabilidade exclusiva da Administração**, por danos resultantes de actuações imputáveis ao agente por culpa leve (art. 7.º) e **responsabilidade pessoal do agente**, quando as actuações são imputáveis a título de dolo (art. 8.º), funcionando, nesta segunda hipótese, o regime da solidariedade perante o ente público³². No entanto, inovou ao alargar o âmbito da responsabilidade à **negligência grosseira**.

Efectivamente, da conjugação dos arts. 7.º e 8.º da cit. Lei n.º 67/2007 resulta que a solução legislativa adoptada não foi a de instituir a responsabilidade solidária em todas as situações de responsabilidade civil: «a opção do legislador foi a de instituir apenas a responsabilidade solidária a propósito das acções ou omissões que tiverem sido cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo e no exercício e por causa do exercício das suas funções»³³.

Por conseguinte, o regime instituído implica uma **responsabilidade exclusiva das entidades públicas** (regulada no art. 7.º), em caso de comportamento ilícito cometido apenas com culpa leve dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, e uma **responsabilidade pessoal e directa do titular do órgão, funcionário ou agente** (prevista no art. 8.º), solidariamente com o ente público, relativamente às acções ou omissões cometidas com dolo ou com negligência grosseira³⁴.

³² Na vigência do cit. DL. n.º 48 051 – à sombra do qual a acção proposta contra o Estado ou pessoa colectiva pública para efectivação de responsabilidade civil por facto ilícito praticado por agente seu, no exercício das suas funções e por causa dele, só podia ser dirigida contra este último quando as lesões que deram origem aos prejuízos peticionados tiverem sido provocadas com dolo (cfr. os respectivos arts. 2.º e 3.º) –, o **Acórdão do STA de 6/06/2007** (Proc. n.º 0295/05; Relator – COSTA REIS) – acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que «os médicos RR accionados só podiam ser corresponsabilizados pelo pagamento da indemnização peticionada, se tivesse sido alegado que o acto que fundamentava o pedido tinha sido praticado com dolo, em qualquer um dos graus em que, doutrinariamente, o mesmo costuma ser distinguido»; «E, porque assim, cumpria à Autora alegar que aqueles médicos, ao operá-la, quiseram que a mesma ficasse a sofrer dos males de que se queixa e, portanto, erraram propositadamente (dolo directo) ou que, querendo praticar um correcto acto médico, sabiam que essa prática envolvia, necessária ou eventualmente, a possibilidade de terem de praticar um acto ilícito e de, em consequência deste, a Autora ficar a padecer daqueles males e, apesar disso, terem avançado, livre e voluntariamente, e terem praticado o acto ilícito (dolo necessário ou eventual).» De sorte que, não tendo essa alegação sido feita, isto é, não tendo sido alegados factos que, provados, pudessem conduzir à conclusão de que os RR médicos tinham agido com dolo, estes últimos deviam ter sido (como foram) absolvidos do pedido, logo na fase do Despacho Saneador, não se justificando que a acção prosseguisse contra eles.

³³ RAQUEL CARVALHO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 226.

³⁴ «A exclusão da responsabilidade pessoal no caso de culpa leve deve-se a razões de política legislativa e tem em vista evitar os constrangimentos de actuação que poderiam ocorrer – com consequências negativas para a actividade corrente da Administração e para a própria eficiência administrativa – se o funcionário ou agente tivesse de responder civilmente sempre que, em cada situação concreta, tivesse agido com menor cuidado ou empenho»

Comparativamente ao regime resultante do cit. DL. n.º 48 051, alargou-se a responsabilidade solidária, visto que aquele regime previa a responsabilidade exclusiva do titular quando este excedia o limite das suas funções e reservava a responsabilidade solidária da Administração à actuação dolosa do funcionário ou agente.

«A opção legislativa tem consequências ao nível das relações externas, permitindo ao lesado decidir quem demanda em caso de responsabilidade civil: só o ente público, o ente público e o titular do órgão, funcionário ou agente ou apenas o titular do órgão, funcionário ou agente»³⁵.

ii) A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço

Na senda da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, o art. 7.º, n.ºs 3 e 4, da cit. Lei n.º 67/2007 consagra um regime de responsabilidade da Administração por *funcionamento anormal do serviço*, que tem um alcance inovador³⁶.

«Com a introdução do instituto em análise, assegura-se que a Administração não responde apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas de agentes determinados, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento que o lesado não tenha obrigação de suportar, porque não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*, como afirma o n.º 4»³⁷.

Estão aqui em causa **dois tipos de situações**: a *falta colectiva* e a *falta anónima*.

«A *falta colectiva* abrange os casos em que os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma actuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos sectores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*»³⁸.

«A *falta anónima*, por seu turno, existe nas situações em que a lesão não pode deixar de ser imputável ao concreto comportamento de um determinado agente, mas não é possível determinar a identidade desse agente e, portanto, apurar a autoria pessoal do facto lesivo»³⁹.

(CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 113).

³⁵ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

³⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 219.

³⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

³⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 221.

³⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 222.

«Ainda neste caso, a produção dos danos evidencia a existência de um funcionamento anormal do serviço, na medida em que se possa afirmar que, se o serviço, através desse agente indeterminado, tivesse funcionado como deveria, os danos não se teriam produzido»⁴⁰.

«É sobretudo no domínio das omissões de condutas devidas que tendem a ocorrer situações de *funcionamento anormal do serviço*, por ser primordialmente nesse domínio que mais difícil se torna estabelecer a conexão entre o dano e a concreta conduta de um agente passível de ser individualizado»⁴¹.

«Como resulta do n.º 4 [deste art. 7.º], a falta do serviço deve ser apreciada em abstracto, atendendo a padrões de rendimento médio que seria exigível observar nas circunstâncias do caso concreto»⁴². «A ilicitude da conduta não se avalia portanto, em função de um padrão normativo de conduta, mas de um padrão objectivo de funcionamento»⁴³.

«Para definir o padrão de comportamento exigível poderão considerar-se as normas internas do serviço, os relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atendam a dados comparativos com serviços congéneres»⁴⁴.

«Parece, assim, de entender que não haverá responsabilidade quando os danos possam ser atribuídos a falta de recursos humanos, materiais ou financeiros – mas isto (...) apenas na medida em que o serviço disponha dos recursos mínimos que seja razoável exigir para que ele possa funcionar nas condições necessárias para evitar os danos produzidos»⁴⁵.

iii) As modalidades de imputação subjectiva: o dolo e o zelo e diligência manifestamente inferiores ao devido

«Ao circunscrever a responsabilidade directa do titular de órgão, funcionário ou agente às situações em que tenham intervindo com *dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que estavam obrigados em razão do cargo*, a norma [do cit. artigo 8.º] tem em vista quer a actuação intencional, quer a actuação com negligência grave»⁴⁶.

«Na falta de qualquer outra especificação da lei, deve entender-se que a actuação dolosa abarca as circunstâncias em que o agente age para atingir o resultado ilícito (dolo directo) e

⁴⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 223.

⁴³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁴ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 133.

⁴⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁴⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 136.

aquelas outras em que o agente encara o resultado ilícito como uma consequência possível da sua conduta (dolo eventual)»⁴⁷.

«Por sua vez, omissão do dever de diligência ou de zelo integra o conceito de negligência ou de mera culpa, e cobre as situações em que o agente não adoptou as precauções necessárias para evitar o resultado danoso (culpa consciente) ou não previu sequer, por imprevidência ou descuido, a possibilidade de o facto ilícito ocorrer (culpa inconsciente)»⁴⁸. «Exigindo-se, no entanto, para o funcionamento da responsabilidade directa, que o agente tenha actuado *com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que estavam obrigados em razão do cargo*, a lei está a referir-se a uma modalidade de negligência grave que, por contraposição à negligência leve (a que alude o antecedente artigo 7.º, n.º 1), pressupõe a existência de uma culpa grosseira ou manifesta»⁴⁹. «Ao adjectivar como “manifestamente inferiores” a diligência e o zelo, o legislador caracteriza a negligência como grosseira ou grave»⁵⁰. Consequentemente, «a mera negligência não implica responsabilidade pessoal do trabalhador em funções públicas; apenas a responsabilidade prevista no artigo 7.º»⁵¹.

Dito isto, por força do regime de **solidariedade passiva nas relações externas** instituído no n.º 2 do artigo 8.º, no que respeita à obrigação de indemnizar, o lesado pode pedir a totalidade ou parte da prestação indemnizatória a todos os responsáveis ou apenas a um deles (cfr. o disposto nos arts. 512.º, n.º 1, e 519.º, n.º 1, ambos do Cód. Civil). Ora, «se o lesado propuser a acção apenas contra a Administração Pública, em rigor não será necessário o apuramento de culpas»⁵². «Este apuramento é importante para o ente público [tendo em vista o exercício do direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, que lhe é conferido pelo n.º 3 do cit. art. 8.º] mas não para o lesado, por força do regime da solidariedade». Na verdade, «para o lesado, as relações internas à Administração Pública não são determinantes para o exercício do seu direito»⁵³.

iv) Modalidades de ilicitude: ilegalidade (n.º 1), inobservância de deveres de cuidado (n.º 1) e funcionamento anormal do serviço (n.º 2)

É no artigo 9.º da cit. Lei n.º 67/2007⁵⁴ que se procede à definição dos parâmetros pelos quais deve ser aferido o preenchimento do pressuposto da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas consubstanciado na **ilicitude**.

⁴⁷ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁴⁸ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁴⁹ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁵⁰ RAQUEL CARVALHO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 230.

⁵¹ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

⁵² RAQUEL CARVALHO in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 232.

⁵³ RAQUEL CARVALHO, *ibidem*.

⁵⁴ Cujo teor é o seguinte:

“1 — Consideram -se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

«Tal como já anteriormente, à face do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 (...), também no âmbito do n.º 1 do presente artigo 9.º é, assim, possível identificar duas modalidades de ilicitude, distinguindo as situações danosas causadas pela prática de atos jurídicos ilegais, daqueles que resultem de operações materiais ilícitas: ilicitudes por ilegalidade e ilicitudes por inobservância de deveres objectivos de cuidado»⁵⁵.

Embora o art. 9.º/1 não aluda expressamente à distinção entre **actos jurídicos** e **actos materiais** – ao contrário do que sucedia com o artigo 6.º do revogado DL. n.º 48 051⁵⁶ – «esta omissão não tem, no entanto, qualquer significado, visto que a indemnizabilidade de danos resultantes de actos jurídicos ou de actos materiais está implícita na dicotomia estabelecida entre a *violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares* (que constitui motivo de ilegalidade quando esteja em causa um acto jurídico) e a *infracção dessas normas e princípios e ainda das regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado* (que tem específica aplicação em relação a actividades materiais ou técnicas)»⁵⁷.

A estas duas modalidades, o n.º 2 do mesmo preceito vem acrescentar uma terceira, que corresponde às **situações de funcionamento anormal do serviço**, tal como previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º.

a) Primeira modalidade de ilicitude: ilegalidade

A primeira modalidade de ilicitude contempla os casos de **violação de normas e princípios jurídicos**.

«Inscrevem-se neste domínio tanto as situações de ofensa de direitos subjectivos, como de interesses legalmente protegidos, por violação de disposições legais dirigidas a proteger interesses alheios: as chamadas normas de protecção»⁵⁸.

Porém, no campo da responsabilidade civil por actos ou omissões praticados em **hospitais públicos**, está sobretudo em causa a ilicitude consubstanciada na **infracção de regras de ordem técnica** ou **deveres objectivos de cuidado** e não tanto a **violação de normas e princípios jurídicos**, porque os danos potencialmente indemnizáveis resultam quase sempre de **actividades materiais ou técnicas**.

2 — Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º

⁵⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 243.

⁵⁶ Cujo teor era o seguinte: «Para os efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os **actos jurídicos** que violem as normas legais ou regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os **actos materiais** que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.»

⁵⁷ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado” cit., p. 148.

⁵⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 244.

Como bem observa VERA LÚCIA RAPOSO⁵⁹, «a ilicitude da actividade médica não resulta necessariamente de violação da lei, do contrato, e nem mesmo do interesse de outrem, mas sim da violação das regras próprias da prática médica, consagradas nos mais diversos locais».

b) Segunda modalidade de ilicitude: inobservância de deveres objectivos de cuidado

Na opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁶⁰, «ao fazer corresponder as situações de ilicitude das condutas administrativas, não só aos casos de **violação das normas pelas quais a Administração Pública se deve pautar na sua actuação**, mas também às situações de **inobservância dos deveres objectivos de cuidado que se lhe impunham** o preceito [o cit. artigo 9.º/1 da cit. Lei n.º 67/2007] assume (...) um entendimento amplo de *ilicitude*, no sentido francês de *faute*, que nele integra um componente que, nos quadros do nosso Direito Civil, corresponde à culpa, que é, precisamente, entendida [pelos civilistas] como a inobservância de deveres objectivos de cuidado».

«Na verdade, é frequente que, em situações decorrentes de acções materiais ou omissões da Administração Pública, que não de emissão ou recusa de actos jurídicos, a lesão dos direitos de outrem não resulte da violação de normas»⁶¹. «Ora, ao assumir que, nesse tipo de situação, são ilícitas as condutas que envolvam violação de deveres objectivos de cuidado, o preceito assume que, **para que exista ilicitude, as consequências da lesão do direito de outrem sem causa justificativa têm de ser imputadas à inobservância dos deveres objectivos de cuidado que ao agente se impunham para evitar a ocorrência da lesão**»⁶². «De outro modo, não haverá ilicitude»⁶³.

No campo da **responsabilidade civil médica**, «só existe falta médica quando o médico viola, cumulativamente, uma lei da arte e o dever de cuidado que lhe cabe, e assim se afasta daquilo que dele é esperado naquele caso (o que, no mundo anglo-saxónico, é conhecido como “*common practises*”)»^{64 65 66 67}.

⁵⁹ In “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*”, Coimbra, 2015, p. 17.

⁶⁰ In “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 246.

⁶¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁶⁴ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., p. 15.

⁶⁵ «I - **Estando os RR, médicos num hospital público, obrigados não só a tratar devidamente os seus doentes como a prever as consequências negativas que podem resultar desses tratamentos, a sua conduta só podia ser criminalmente censurada se esse cuidado fosse negligenciado quer porque, pura e simplesmente, não ministraram aos doentes os cuidados devidos, podendo tê-lo feito, quer porque fizeram errados diagnósticos e promoveram errada terapêutica quando tinham condições para fazer correctos diagnósticos e correcta terapêutica e só por grave negligência o não fizeram.**

II - **Deste modo, e não se tendo provado que se outros procedimentos tivessem sido tomados a situação clínica da Autora teria tido outros desenvolvimentos e que ela não teria sofrido as dramáticas consequências descritas no probatório, não se pode concluir ter havido negligência médica.**» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011** (Proc. nº 0109/11; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁶ Desde que, «nos termos do art.º 6.º do DL. nº 48 051, se consideram ilícitos os actos que infrinjam os deveres legais ou regulamentares e as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração,

É o que sucede quando, por exemplo, **no âmbito de uma cirurgia é deixado um pano no interior do corpo do paciente**, não se procedendo no final à contagem dos panos de modo a detetar a falta (omissão de um dever de diligência)⁶⁸ ou **quando se deveria ter removido o rim esquerdo de um paciente e, por falta de prévio esgotamento de exames e observações médicas aconselháveis, se extraiu o rim direito**⁶⁹.

«Noutros casos **a falta médica não radica no ato praticado** – aquele resultado nefasto pode até ser considerado um dos riscos possíveis e inevitáveis do ato médico, ou uma consequência que no caso concreto não se ficou a dever a uma falta do agente – **mas sim na ausência do subsequente ato que corrigiria o resultado lesivo**»^{70 71}.

«**A falta médica pode até radicar na mera decisão de não transferir o paciente para outro estabelecimento hospitalar onde teria melhores cuidados médicos à sua disposição, ou na tomada dessa decisão num momento temporal já muito retardado no tempo**»⁷². Isto porque «os médicos (e as instituições de saúde) apenas devem aceitar pacientes quando acreditem estar (e assim seja em termos objectivos) credenciados para o tratamento e possam dispor de meios técnicos bastantes»⁷³. Por isso, «exceto tratando-se de uma situação de urgência, não deve o médico aceitar pacientes quando tenha dúvidas relativamente à sua capacidade técnica e material para lhes acudir, sendo que nesse caso se impõe o seu envio para outro médico (e para outro hospital)»⁷⁴.

para saber se um determinado acto médico é ilícito e se, por isso, poder gerar responsabilidade civil importará saber se na sua realização ou no processo que a ele conduziu essas regras ou deveres legais foram observados.» Ora, «*Tais regras impõem que o médico aja segundo as legis artis e os conhecimentos científicos então existentes, isto é, que actue com competência e sensatez e de acordo com um dever objectivo de cuidado, o que passa pela realização de todos os exames e observações que a situação concreta exige antes de intervir cirurgicamente*» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005** (Processo nº 01299/04; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁶⁷ «*Não há violação da legis artis pelo pessoal médico se ficar por demonstrar que na prática do ato médico o agente atuou em desconformidade com um padrão de conduta profissional que um profissional dessa área medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes.*» – Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 17/04/2015 (Processo nº 01995/07.9BEPRT; relator – HELENA RIBEIRO), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/>.

⁶⁸ **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007** (Proc. nº 07A3426; relator – RUI MAURÍCIO), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>. Neste aresto, o STJ considerou que «*Apesar de se ter provado que a enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, o médico tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa*».

⁶⁹ Cit. **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005** (Processo nº 01299/04; Relator – COSTA REIS), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁷⁰ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*” cit., p. 16.

⁷¹ Cfr., no sentido de que «*Faltam aos seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiros do hospital em que determinada doente foi operada, para remoção de útero, ovário e tropa esquerdos, devido a miomatose uterina, que, em várias consultas subsequentes, ao longo de vários meses, não diligenciaram pela determinação das causas de corrimento de pus e sangue abundante e muito fétido, de que, poucos dias após aquela operação, a doente passou a sofrer e de que, repetidamente, se queixou naquelas consultas.*», o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006** (Proc. nº 0985/04; relator – ADÉRITO SANTOS), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

⁷² VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁷³ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

⁷⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *ibidem*.

Hipóteses em que os Tribunais Administrativos consideraram ilícitos e culposos os actos médicos praticados em Hospitais públicos integrados na rede do SNS:

- Revela a inobservância de "regras de prudência comum", a que se refere o art. 6 do D.L. n. 48051, **o médico que faz um exame e um diagnóstico precipitados e encaminha o doente para o seu domicílio, depois de lhe mandar aplicar um corticóide de acção rápida, em vez de ficar sob vigilância médica, dado que apresentava dificuldade em respirar, rouquidão, sensação de objecto estranho na garganta, falta de ar e excesso de saliva;** ao infringir essas regras de "prudência médica", o referido médico praticou acto ilícito, nos termos e para os fins do art. 6 do D.L. n. 48051 (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997 [Processo n.º 038856; Relator: PADRÃO GONÇALVES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);
- É culposa a conduta de um médico que, sem justificação, não aplica as regras de prudência exigíveis, nos termos da conclusão anterior, pois que, assim, não age com a diligência de um "bom pai de família" (cit. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/06/1997);
- Estando provado, no caso concreto, que **o resultado espúrio – perfuração intestinal – foi originado, em termos causalmente adequados, pela intervenção cirúrgica efectuada – laqueação tubar por laparoscopia – e, gorado o intento da Ré de demonstrar que a perfuração intestinal estava incluída no universo dos riscos próprios, normais e comuns da cirurgia em causa,** está justificada a convicção do tribunal a quo, que considerou provada a violação das *leges artis* (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator: POLÍBIO HENRIQUES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);
- A actuação médica de **colocação de pinos de schanz no foco de uma fractura viola a "legis artis", sendo tal conduta censurável, se houve ao dispor dos médicos, no hospital, meios técnicos que permitiriam a correcta colocação** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8/07/2004 [Processo n.º 01129/03; Relator – JOÃO CORDEIRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);
- Em acção de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, **apresenta-se como ilícito e culposo o facto de no decurso de uma intervenção cirúrgica o médico que a executava ter deixado alojado no interior da cavidade abdominal do doente material cirúrgico ou mais concretamente uma "pinça de coração"** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/02/2005 [Processo n.º 01662/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);
- Em acção em que a A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente prestação de serviços médicos, integra-se na previsão do artº 6.º do DL 48.051 enquanto omissão ofensiva das "regras técnicas e de prudência comum" ou do "dever geral de cuidado" e por isso ilícita, **a conduta omissiva da equipa médica e**

nomeadamente da anestesista que possibilitou que as percentagens de fármacos ou oxigénio ministradas à autora em sede de anestesia durante a intervenção cirúrgica a que foi submetida, terem sido não só inferiores às devidas como ainda ministradas durante períodos de tempo inferiores aos devidos (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/03/2005 [Processo n.º 01530/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Resultando da matéria de facto dada como demonstrada, que **aquela situação era perfeitamente visível e controlável pelos médicos presentes e nomeadamente pela anestesista, uma vez que dispunham de mecanismos ou de tecnologia suficiente para dar a conhecer as insuficiências nas dosagens de fármacos que estavam a ser ministrados à A., daí resultando que só a manifesto descuido aquela ocorrência se tivesse verificado, demonstrada está igualmente a culpa funcional do réu ou dos respectivos agentes**, cuja censura assenta no defeituoso funcionamento dos serviços, manifestamente abaixo do nível médio de actuação que deles se poderia razoavelmente esperar (cit. Acórdão do S.T.A. de 10/03/2005);

– Pode afirmar-se que (...) se agiu com ilicitude e culpa, **se, perante o grave estado de saúde de um doente, se procedeu a uma intervenção cirúrgica para a extracção do rim esquerdo e se, por falta do prévio esgotamento dos exames e observações médicos aconselháveis, se extraiu o rim direito** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29-06-2005 [Processo n.º 01299/04; Relator – COSTA REIS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– **Faltam aos seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiras do hospital em que determinado doente fora operado ao baço com colocação de dreno que ao longo de várias consultas subsequentes não repararam que o dreno se interiorizou, não valorizando as suas queixas de mal-estar, dores e picadas no abdómen, e obrigando-o, meses depois, a nova cirurgia para extracção do dreno** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/06/2005 [Processo n.º 0671/04; Relator – J SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– O facto de a interiorização do dreno ser uma complicação inerente a toda a actividade cirúrgica não significa que é inevitável ou que não possa ser detectada precocemente com a vigilância devida, evitando outros padecimentos (cit. Acórdão do STA de 29/06/2005);

– Em acção em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente prestação de serviços médicos, integra-se na previsão do artº 6.º do DL 48.051 enquanto omissão ofensiva das “regras técnicas e de prudência comum” ou do “dever geral de cuidado” e por isso ilícita e culposa, **a conduta dos médicos de um hospital que, após um erro de diagnóstico e consequente administração de um determinado fármaco ao doente, tendo verificado que o seu estado de saúde se agravou acentuadamente, agravamento esse revelado nomeadamente através de elevadas temperaturas que a tomada de medicamentos para as fazer baixar, nomeadamente Benuron ou Aspegic, se revelava de todo infrutífero, continuaram no entanto a permanecer nesse erro de diagnóstico e a**

administrar ao doente o mesmo medicamento durante cerca de 3 dias, afastando por conseguinte qualquer outra hipótese de diagnóstico (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/11/2005 [Processo n.º 0935/04; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das *legis artis* da medicina, a actuação de médicos de um hospital que atenderam e trataram um doente que tinha sofrido uma infecção dentária, medicando-o apenas para esta simples infecção, quando a sua situação clínica era já compatível com evolução para uma infecção generalizada (sépsis), que lhe não diagnosticaram e que sobreveio àquela, causando-lhe a morte (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/11/2005 [Processo n.º 0729/05; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Faltam aos seus deveres de cuidado e diligência os médicos e enfermeiros do hospital em que determinada doente foi operada, para remoção de útero, ovário e tropa esquerdos, devido a miomatose uterina, que, em várias consultas subsequentes, ao longo de vários meses, não diligenciaram pela determinação das causas de corrimento de pus e sangue abundante e muito fétido, de que, poucos dias após aquela operação, a doente passou a sofrer e de que, repetidamente, se queixou naquelas consultas (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006 [Processo n.º 0985/04; Relator – ADÉRITO SANTOS]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– É de concluir que a actuação do Réu é ilícita, pois ocorreu violação das regras técnicas que deveriam ter sido observadas, designadamente **ao não ter sido investigada e diagnosticada a causa da ausência dos pulsos distais e, conseqüentemente, não ter sido ordenada a imediata transferência do Autor para os Hospitais da Universidade de Coimbra, perante a necessidade de intervenção imediata a nível de cirurgia vascular, que os serviços do Réu não podiam assegurar**, porquanto, à face da matéria de facto fixada, tem de considerar-se assente que a ausência de pulsos distais é para qualquer médico um sintoma de gravidade da lesão e impõe uma investigação da causa dessa ausência, que deveria ter sido efectuada de imediato e possibilitaria, muito mais rapidamente, providenciar para que o Autor fosse transferido para os Hospitais da Universidade de Coimbra (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3/07/2007 [Processo n.º 0443/07; Relator – JORGE DE SOUSA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Integra um acto ilícito culposo, por violação das *legis artis*, o comportamento dos funcionários de um Hospital público – pessoal médico e de enfermagem – se, perante a situação que se lhes deparava, deviam ter optado pela realização de um parto por cesariana e se, para além disso, tendo optado, erradamente, pelo parto por via vaginal não adoptaram, comprovadamente, as práticas que se impunham (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/04/2008 [Processo n.º 097/08; Relator – RUI BOTELHO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Tendo sido provado que foi a falta de vigilância à Autora durante o pós-operatório da cirurgia a que foi submetida (Instrumentação de Harrington-Luque e toracoplastia à direita) que levou a que não fosse detectado o processo de isquemia que conduziu à situação de

paraplegia da Autora, logo na sua fase inicial, o que determinou as lesões subsequentes da mesma, verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil extra-contratual do Hospital Réu (facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano) (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/11/2008 [Processo n.º 0682/07; Relatora – ANGELINA DOMINGUES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **Procedendo os clínicos de um Hospital Público a uma cirurgia e não tendo feito uma boa limpeza da cavidade abdominal intervencionada, facto este que esteve na origem do quadro séptico que determinou a transferência da paciente para outro Hospital, sendo certo que tal cirurgia aconselhava a uma lavagem cuidadosa de toda a cavidade peritoneal daquela paciente tais clínicos praticaram um acto ilícito e culposo**, pois violaram os princípios gerais aplicáveis e ainda as regras de ordem técnica e prudência comum que deviam ser tidas em consideração (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 02/12/2009 [Processo n.º 0763/09; Relator – PIRES ESTEVES]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Em acção em que os AA. pretendem obter a condenação do R. (Centro Hospitalar) no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, decorrentes da morte da esposa do A. e mãe da Autora que imputam a deficiente tratamento médico-hospitalar, **apresenta-se como ilícita e culposa** nomeadamente por se apresentar como violadora das regras técnicas e de prudência comum ou do dever geral de cuidado (art.º 6.º do DL 48.051) **a conduta dos serviços ou agentes do R. que, apresentando a doente determinados sintomas, não houve da parte dos médicos do estabelecimento hospitalar a preocupação de valorizar devidamente o quadro clínico que a doente apresentava, omitindo a realização de determinados exames auxiliares que poderiam conduzir ao esclarecimento do caso e à tomada de outras medidas terapêuticas que eventualmente poderiam ter alterado ou invertido a evolução da doença**: Em vez de explorarem e esgotarem todas as possibilidades de diagnóstico ou estudado as origens ou as causas do agravamento do estado de saúde da doente que culminou com a sua morte, verificou-se uma certa preocupação dos serviços do R. em resolver a situação com tratamentos pontuais, mesmo quando se verificou que o estado de saúde da doente em vez de melhorar se foi progressivamente agravando, sendo certo que a medicação ministrada se revelava de todo infrutífera e além de eventualmente ter contribuído para atrasar o diagnóstico correcto da situação clínica da doente, “teve efeitos adversos” (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/4/2010 [Processo n.º 0751/07; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das *leges artis* da medicina e do funcionamento dos serviços hospitalares da rede pública abaixo dos moldes que lhes são exigidos de acordo com os padrões standard estabelecidos para esses estabelecimentos do serviço nacional de saúde, **a assistência prestada por um hospital público a uma criança de 11 meses, que veio a falecer com meningite bacteriana cerca de 20 horas após ter dado entrada no seu serviço de urgência, em que:**

(i) **Havendo, ab initio, suspeitas de que padecia de meningite, esteve cerca de duas horas sem ser examinada por um médico;**

(ii) Só após sete horas nos serviços de urgência, foi internada em pediatria, em regime de isolamento;

(iii) Demorou mais de seis horas a ser-lhe efectuada a punção lombar, meio apropriado ao diagnóstico definitivo da meningite;

(iv) Só mais de duas horas depois da realização dessa punção lombar lhe foi administrada a terapêutica específica para a doença (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/04/2012 [Processo n.º 0798/11; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

– Não pratica uma boa técnica, nem obedece às *leges artis* o profissional de saúde que, após o parto, deixa ficar inadvertidamente vestígios do parto, os quais produziram fortes dores abdominais e obrigaram a A., passados quinze dias, após o parto, a ter de ser submetida a uma “raspagem”. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/06/2012 [Processo n.º 01497/06.0BEPRT; Relatora – MARIA DO CÉU ROSA DAS NEVES], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– Porque a decisão de transferir a parturiente de um ambiente hospitalar – Hospital de S. Marcos, em Braga – quando essa parturiente se encontrava há, pelo menos, 13 horas nesse Hospital, em trabalho de parto, onde existia, pelo menos, a possibilidade de detectar o sofrimento fetal e de reagir de imediato, para outro hospital (Hospital de Barcelos), diminuiu drasticamente as hipóteses de vir a dar à luz a sua filha com vida, importa que se conclua pela verificação do requisito da ilicitude e da culpa por parte dos serviços do Hospital. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/01/2013 [Processo n.º 00209/05.0BEBRG; Relator – ANTERO SALVADOR]), acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>);

– I. Se o resultado imediato e depois prolongado de uma cirurgia nada tem a ver com uma situação normal ou comum, há ilicitude da actuação médica; II. Se, além disso, nada de activo, eficaz e continuado foi feito durante o pós-operatório e após a alta para ajudar a doente a melhorar do aspecto objectivamente anormal deixado pela actuação cirúrgica, a conduta ilícita continua. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21/11/2013 [Processo n.º 09361/12; Relator – PAULO GOUVEIA PEREIRA]), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/>;

– Houve violação das *leges artis*, e por isso, a conduta do réu deve qualificar-se como ilícita, pela não opção imediata pela cesariana, na seguinte situação de facto:

– A partir da 5.55 horas os médicos deviam comprovar a situação de sofrimento fetal agudo e bradicarida fetal (facto 42);

– Verificou-se uma situação de sofrimento fetal agudo, pelo menos a partir de 1 momento situado entre as 5:48 e as 6:10 (facto 31);

- O período expulsivo demorou entre 20 a 35 minutos (facto 36);
- O bebe nasceu às 6 horas e 30 minutos (facto 10);
- Nasceu muito hipótico, com bradcardia e sem movimentos respiratórios (facto 32);
- Em virtude de encefalopatia hipóxico-isquémica, o autor foi internado de imediato na Unidade de Cuidados Intensivos de Recém-Nascidos do réu HUC e necessitou de reanimação profunda, tendo iniciado ventilação artificial que se prolongou até ao 7.º dia de vida (facto 33);
- Teve convulsões (facto 34);
- Sofreu lesões no pavilhão auricular, uma fractura parietal extensa e hemorragia craniana interna (facto 35);
- O período expulsivo do parto demorou entre 20 a 35 minutos, e houve, pelo menos duas tentativas de extrair o bebé por fórceps, uma pela Dra. A..... (sem êxito) e outra pelo Dr. B..... (esta bem sucedida), e o autor falecido veio a sofrer de hipoxia-isquémica (falta de afluxo de oxigénio ao cérebro – e, depois, um estado de paralisia cerebral grave (36) (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/09/2014 [Processo n.º 0812/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);
- No caso dos autos, apesar do Autor se ter queixado de dores nos testículos, o que levou a que tal queixa ficasse gravada na ficha clinica de urgência, tal sintomatologia não levou a qualquer consequência. Ou seja, esta **desvalorização das queixas e a não consequente realização dos exames de diagnóstico, uma vez que não se verificaram as outras patologias inicialmente colocadas, revela uma actuação imprudente e violadora das *leges artis***, e que teve como consequência a remoção do testículo esquerdo do Autor (orquiectomia esquerda) (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 4/12/2015 [Processo n.º 02860/09.0BEPRT; Relator – JOAQUIM CRUZEIRO], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>);
- **Não tendo ocorrido outra intervenção cirúrgica entre as realizadas no Hospital Réu e a primeira realizada nos Hospitais da Universidade de Coimbra, e tendo esta sido realizada por ter havido secção do nervo mediano do canal cárpico direito, presume-se, natural ou judicialmente, que a intervenção não foi feita com o cuidado devido e que tal se deveu a culpa do hospital, cabendo a este provar que as lesões provocadas não tiveram nada a ver com uma actuação deficiente (afastando a ilicitude).** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/12/2015 [Processo n.º 01687/08.1BEVIS; Relator – JOAQUIM CRUZEIRO], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>);
- I. Tendo sido provado, no caso concreto, que da intervenção cirúrgica para exérese da tacícula radial direita resultou uma lesão grave do nervo radial, e que não é previsível que durante uma cirurgia da tacícula radial aconteçam lesões iatrogénicas neurológicas, embora a proximidade do ramo motor do nervo radial seja real, é de concluir que aquela lesão não

se inclui no universo dos riscos próprios, normais e comuns da cirurgia em causa, como também que o médico que a executa há-de adoptar os procedimentos próprios daquela cirurgia com a específica preocupação de tentar evitar que haja do nervo radial.

– II – Nessas circunstâncias, **esses factos provados constituem base probatória bastante para firmar um juízo de certeza histórico-empírica quanto à violação das regras da arte e dever geral de cuidado.** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19/02/2016 [Processo n.º 00473/07.0BECBR; Relator – HÉLDER VIEIRA], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>);

– **Se porque o quadro clínico o aconselhava havia sido determinado pela médica, que então observou a doente, a sua monitorização, e esta veio a ser interrompida, não por opção clínica, mas por indisponibilidade do aparelho, deve concluir-se que houve aqui, e neste aspeto, a omissão de um comportamento devido – a inobservância das leges artis – ao ter sido interrompida neste contexto, e pelo período de uma hora, a monitorização, configurando tal omissão a verificação dos pressupostos da ilicitude, à luz do disposto no artigo 6.º do DL. n.º 48051, de 21/11/1967.** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 5/05/2016 [Processo n.º 08411/12; Relator – HELENA CANELAS], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>);

– **Há erros clínicos manifestos pelo seu próprio resultado**, relativamente aos quais, pela sua imprevisibilidade e falta de sustentação nos documentos clínicos disponíveis, deve ser significativamente aligeirado o ónus que recai sobre o lesado para demonstração dos requisitos ilicitude e culpa da responsabilidade civil.

Estamos perante um desses casos quando, no decurso de uma cirurgia para correcção de hipertrofia mamária bilateral, antecipadamente programada e preparada, sobrevêm para a doente (Autora) graves deformidades, consistentes em aréola da mama direita irregular, perda do mamilo esquerdo, aréola da mama esquerda irregular e deformada, cicatrizes hipertróficas e queloides. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/11/2016 [Proc. n.º 00783/10.0BECBR; Relator – JOÃO BEATO OLIVEIRA SOUSA], acessível (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf>);

Casos em que os Tribunais Administrativos não reconheceram o carácter ilícito e culposo da actuação desenvolvida pelos médicos, em hospitais públicos:

– **Não é decisivamente integrador de negligência assistencial**, nem causal relativamente à asfixia neonatal de que resultaram graves lesões cerebrais e, mais tarde, a morte da criança por paragem cardíaca, **o atraso de cerca de 15 minutos em chamar a médica obstetra de serviço de prevenção, se ao ser detectada uma bradicárdia fetal as enfermeiras chamaram prontamente uma médica pediatra que estava no hospital e havia sinais de recuperação da bradicárdia, normalizando após as contracções**, sendo certo que esse tempo seria à mesma consumido na preparação de uma cesariana, se a dita médica estivesse perto da parturiente (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/02/2003 [Processo n.º 0648/02; Relator – J SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– Também **não se pode concluir pela existência de omissão negligente e respectiva ligação causal àquele resultado por a doente não ter sido monitorizada pelo cardiotocógrafo (CTG/RCT), se o feto foi sendo controlado pelo método PINAR (pelo qual foi detectada a bradicardia), se o aparelho tinha sido anteriormente retirado dela para o ligar a outra doente (decisão médica cuja bondade não vem questionada), e se dá também como provado que aquela pode ter outras causas pré-natais**, ficando assim por demonstrar que com a maior probabilidade aquele tipo de monitorização teria podido evitar tais consequências (cit. Acórdão do S.T.A. de 5/02/2003);

– Provando-se que **"durante o internamento (a doente) não apresentou qualquer sinal da existência da infecção"**, provando-se ainda que o diagnóstico efectuado (hérnia discal) era compatível com as fortes dores sentidas, os médicos do hospital onde a doente estava internada com fortes dores na coxa esquerda, e que não diagnosticam a tempo de ser tratada uma **"fascite necrotizante da coxa esquerda e sepsis"**, que lhe causou a morte, **não violaram as *leges artis***, não sendo por isso ilícita a sua actuação (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/01/2004 [Processo n.º 01665/02; Relator – SÃO PEDRO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– Na acção em que o A. pretende obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com fundamento em deficiente assistência médica e de enfermagem que lhe foi prestada nos serviços do R., **não tendo sido demonstrada a ocorrência de falta de cuidado passível de merecer um juízo de reprovação ou censura por parte dos serviços do R. nomeadamente por se ter demonstrado ter o A. sido devidamente medicado após lhe ter sido detectada uma infecção donde faz emergir os danos que invoca**, tal significa que na situação não pode ser considerada como demonstrada a culpa funcional da ré ou dos respectivos agentes, e daí a **improcedência da acção** (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/10/2004 [Processo n.º 02005/03; Relator – EDMUNDO MOSCOSO]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>).

I – **Pese embora ter ficado provado que foi em consequência do parto efectuado pela parteira que assistiu da criança, que esta ficou com paralisia braquial do plexo braquial esquerdo, este facto, por si só, não pode ser considerado desgarrado dos demais**, de onde resulta que:

(i) No decorrer da gravidez nada indiciava que justificasse a realização de uma cesariana, designadamente porque a parturiente já havia sido mãe de duas crianças com 3,600gr e 3,890 gr, que nasceram de parto normal e que a bacia da mãe era adequada ao nascimento desta terceira filha, por parto eutócito;

(ii) A parturiente esteve sempre monitorizada, sem que algo tivesse sucedido que justificasse outro tipo de intervenção e que após a ruptura de membranas [vulgo rebentamento das águas], o parto se desenrolou de forma rápida, tendo-lhe sido feita

inclusive uma episiotomia (uma incisão na região perineal destinada a facilitar a extracção fetal);

(iii) que a criança nasceu com um Apgar 5 [dificuldade de grau moderado].

II – Deste modo, **não resulta da matéria assente que as manobras efectuadas pela parteira que assistiu a A, designadamente a força utilizada para puxar a criança, depois da expulsão da cabeça, tenham sido praticadas em violação das boas práticas médicas, denominadas *leges artis*.** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/06/2012 [Processo n.º 01497/06.0BEPRT; Relatora – MARIA DO CÉU ROSA DAS NEVES], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– **Não traduz um facto ilícito, por eventual violação do dever de diligência, gerador do dever de indemnizar, a conduta de uma equipe médica de um hospital público que não ponderou a hipótese de mobilizar a língua do Autor que ficara imobilizada em resultado de uma operação a um cancro na boca, de agressividade máxima, de 4 numa escala de 1 a 4, dadas as circunstâncias de o paciente não ter abandonado, contra o conselho dos médicos, os hábitos de consumo de álcool e tabaco, dadas as complicações que surgiram posteriormente, em concreto, a necessidade de proceder a uma operação devido a uma fístula, às análises clínicas negativas e ao surgimento de uma tuberculose.** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 28/06/2013 [Processo n.º 01897/04.0BEPRT; Relator – Rogério Paulo da Costa Martins], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– **Não há violação da *leges artis* pelo pessoal médico se ficar por demonstrar que na prática do ato médico o agente atuou em desconformidade com um padrão de conduta profissional que um profissional dessa área medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes.** (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 17/04/2015 [Processo n.º 01995/07.9BEPRT; Relator – HELENA RIBEIRO], acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– **Não consubstancia ato ilícito, por omissão do dever de vigilância, a circunstância de o Réu hospital não ter evitado a defenestração da Autora, quando se provou que:**

- i) A doente encontrava-se internada voluntariamente;
 - ii) Não apresentava consciência mórbida ou ideação autodestrutiva;
 - iii) Não necessitava de vigilância permanente, mas apenas relacionada com o perigo de fuga;
 - iv) Foi deixada sozinha por alguns minutos na sala de convívio, situada no 1.º andar do edifício, cujas janelas, que distam 5 metros do solo, têm um mecanismo de segurança.
- (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/05/2015 [Processo n.º

01224/06.2BEPRT; Relator – ESPERANÇA MEALHA), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>).

– Verificada uma situação de “distocia unilateral de ombro” no parto, a opção médica para libertar o ombro impactado e extrair o feto, consistente na “manobra de McRoberts” conjugada com a pressão suprapúbica, constitui um dos procedimentos correspondentes às “legis artis” em caso de verificação de tal emergência obstétrica;

– Entre as complicações mais frequentes da “distocia de ombros” estão precisamente as lesões do plexo braquial, o que implica que tenham de se considerar compreendidas no universo dos riscos específicos dessa emergência obstétrica.

– Assim, não tendo a Autora alegado factos concretos que, a provarem-se, tivessem potencialidades para revelar ter existido, no caso concreto, uma incorrecta execução das manobras realizadas, o Tribunal a quo não podia inferir a má execução dessas manobras, das lesões sofridas pela Autora, designadamente da lesão grave (irreversível) do plexo braquial com “síndrome de Claude Bernard-Horner”. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26/11/2015 [Processo n.º 09288/12; Relator – ANTÓNIO VASCONCELOS), acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/>);

c) Terceira modalidade de ilicitude: funcionamento anormal do serviço

Uma terceira modalidade de ilicitude pode ser extraída do regime do aludido art. 9.º da Lei n.º 67/2007: corresponde às situações de **responsabilidade por danos resultantes dum funcionamento anormal do serviço**, contempladas no n.º 2 do preceito e cuja previsão consta dos citt. n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º do mesmo diploma.

«A responsabilidade por danos resultantes de um funcionamento anormal do serviço prescinde do apuramento da imputabilidade do facto lesivo a um determinado titular do órgão ou agente, como pressuposto da responsabilidade das entidades públicas»⁷⁵. «Mesmo quando os danos não tenham resultado de um comportamento concreto de determinada pessoa, ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal de uma acção ou omissão efectivamente ocorrida, existe responsabilidade da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal do serviço – ou seja, desde que, atendendo às circunstâncias e por referência a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço a adoção de uma conduta susceptível de não ter causado ou ter evitado os danos produzidos»⁷⁶.

Justamente porque a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço assenta num juízo de censura que se dirige não à conduta dum agente determinado da Administração, mas directamente ao próprio funcionamento dos serviços, é que o n.º 2 deste art. 9.º, para o efeito

⁷⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 249.

⁷⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

de as qualificar como ilícitas, tem o alcance de equiparar as situações de funcionamento anormal do serviço àquelas em que, nos termos do n.º 1, a responsabilidade das entidades públicas pressupõe a imputação dum concreto facto lesivo à conduta ilícita, no sentido supra apontado de infringidora de deveres objectivos de cuidado, de um determinado agente.

«Este regime não se confunde, pois, com os regimes de responsabilidade objectiva, como o da responsabilidade pelo risco, em que o que está em causa não é a reparação de danos resultantes do funcionamento anormal dos serviços, mas a reparação dos danos inerentes ao seu próprio funcionamento normal, na medida em que decorre da objectiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das actividades que desempenham que o seu funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos»⁷⁷.

«Para o efeito da previsão, no n.º 1 do artigo 9.º, das situações de ilicitude por violação de deveres objectivos de cuidado por parte de agentes concretos, o padrão de comportamento por referência ao qual cumpre apurar se houve violação de tais deveres é o do n.º 1 do artigo 10.º: por conseguinte, a entidade pública responde quando seja de reconhecer que o agente, mesmo sem violar qualquer norma, não se comportou com a diligência e aptidão que era razoável exigir, nas circunstâncias do caso, de um agente zeloso e cumpridor»⁷⁸.

Mas, nos casos de **responsabilidade por funcionamento anormal do serviço**, por seu turno, **o critério do n.º 1 do artigo 10.º é substituído pelo critério do n.º 4 do artigo 7.º**. «Como, na verdade, os danos não são imputados à conduta de um agente determinado, é por referência aos padrões médios de resultado, a que se reporta o n.º 4 do artigo 7.º, que cumpre apurar se o serviço funcionou como devia, ou seja, com a diligência que lhe era devida, ou se actuou de modo censurável, por não ter observado a diligência devida»⁷⁹.

O que tem várias **consequências**.

É claro que «existe responsabilidade da entidade pública por funcionamento anormal do serviço **quando se demonstre que, dentro da organização, houve violação de normas ou de deveres objectivos de cuidado por parte de indivíduos concretos, mas não identificáveis**: são as situações em que se reconhece a existência de uma *culpa anónima*»⁸⁰. «Mas esse tipo de situação não esgota o âmbito de aplicação deste regime, na generalidade dos casos de *culpa colectiva*, em que os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de alguém ou mesmo a qualquer conduta identificável»⁸¹.

«Pode, assim, dizer-se que, enquanto o n.º 1 do artigo 9.º assenta numa perspectiva que reporta a ilicitude à conduta do lesante e, portanto, à formulação de um juízo de desvalor sobre a sua acção ou omissão – consagrando, assim, uma *ilicitude da conduta* –, o n.º 2 do

⁷⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 250.

⁷⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 251.

⁷⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁸⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 253.

⁸¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

artigo 9.º, ao remeter para os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, tem o sentido e o alcance de configurar uma modalidade autónoma de ilicitude, de diferente natureza, que se reporta ao resultado, à lesão antijurídica do direito ou interesse, consagrando uma *ilicitude do resultado*⁸². «A solução é, desse modo, expressão de uma orientação que centra na protecção do lesado o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública, acentuando a sua função essencialmente reparadora de danos e não sancionadora de condutas»⁸³.

v) O pressuposto “culpa” na responsabilidade civil da Administração

A Lei n.º 67/2007 não rompeu com a solução legislativa consagrada no n.º 1 do artigo 2.º do cit. DL n.º 48 051 que erigia a **culpa** como um pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos.

Na verdade, «sem prejuízo da consagração autónoma da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, e do alargamento da responsabilidade pelo risco e do âmbito da indemnização pelo sacrifício, operada nos artigos 11.º e 16.º do novo regime, a Lei n.º 67/2007 não afastou o princípio da culpa»⁸⁴.

Mantém-se, portanto, o princípio segundo o qual, tirando as situações em que estejam em causa “*danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos*” (artigo 11.º) e as hipóteses de *indemnização por sacrifício* (artigo 16.º), só se justifica imputar um dano à administração «quando haja um facto ilícito e [cumulativamente] seja possível formular um juízo de censura ético-jurídica à conduta da Administração»⁸⁵.

Não obstante, o novo regime afastou-se do critério seguido pelo artigo 4.º do revogado DL. n.º 48051, que se limitava a remeter, quanto à **culpa**, para o disposto na lei civil, ao estabelecer que “*a culpa dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil*”.

«Essa remissão devia considerar-se como feita para o artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil, implicando que a culpa funcional devesse ser aferida em abstracto (isto é, tendo em conta a diligência de um bom pai de família, e não a diligência normal do autor do facto danoso), mas tendo em linha de conta as circunstâncias de cada caso»⁸⁶.

«Efectuando uma interpretação extensiva desse artigo 4.º, n.º 1, a jurisprudência administrativa acabou por entender a remissão como feita para todo o artigo 487.º, de modo a abarcar não apenas a matéria da apreciação da culpa, que consta do seu n.º 2, como também

⁸² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ibidem*.

⁸³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., pp. 253-254.

⁸⁴ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 265.

⁸⁵ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁸⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA in “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 161.

o regime relativo ao ónus da prova, que resulta do n.º 1»⁸⁷. Ora, como este n.º 1, na sua parte final, ressalva os casos em que existe uma **presunção legal de culpa** do ónus que, em princípio, impõe ao lesado quanto à prova da culpa do autor da lesão, «tornou-se possível [aos tribunais administrativos] estender ao regime de responsabilidade civil da Administração as diversas modalidades de presunção de culpa previstas nas disposições dos artigos 491.º e segs. do Código Civil, e especificamente a *culpa in vigilando* a que se referia o artigo 493.º, n.º 1»⁸⁸.

Porém, o art. 10.º da Lei n.º 67/2007 estabelece **um critério próprio de aferição da culpa**, no domínio da responsabilidade da Administração (n.º 1) e contém **uma referência específica a situações de presunção de culpa** (n.ºs 2 e 3).

Não obstante, o novo regime mantém a solução – que já vinha do DL n.º 48 051 – de não responsabilizar civilmente os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, quer directamente perante os lesados, quer em sede de direito de regresso, por factos ilícitos não praticados com dolo ou culpa grave⁸⁹.

a) Substituição do critério do *bom pai de família* pelo critério da *diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor*

Ao determinar que «A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor», o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 substitui ao critério do *homem médio* o paradigma do *agente zeloso e cumpridor* ou do *bom administrador*.

«A bitola adotada para medir o grau de diligência exigível é normativa e não sociológica»⁹⁰. «O artigo 10.º, n.º 1, não manda atender ao modo como na prática os serviços públicos em geral ou o serviço específico em causa cumprem as suas funções»⁹¹. «O julgador não deve, por isso, atender “às práticas de desleixo, de desmazelo ou de incúria, que porventura se tenham generalizado no meio”, sendo antes determinante confrontar a conduta do lesante com a conduta exigível dos funcionários “de boa formação e de são procedimento»⁹².

⁸⁷ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁸⁸ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ibidem*.

⁸⁹ «Subjacente à protecção assim concedida no âmbito da chamada culpa leve está a ideia de que, se o titular do órgão, funcionário ou agente pudesse ser responsabilizado também nesses casos, haveria um risco sério de “o agente, confrontado com a possibilidade de se arruinar para reparar prejuízos causados a terceiros por atos seus, eventualmente por deficiente avaliação das circunstâncias – quantas vezes originadas pela urgência de uma decisão –, passe a hesitar, opte por consultar o seu superior hierárquico, enfim, acabe por não adotar conduta alguma, provocando com tal omissão ainda mais danos” [JOÃO CAUPERS, *Os malefícios do tabaco – Acórdão do Tribunal Constitucional nº 236/2004, CJA, nº 46 (2004)*, p. 20], *apud* RUI MEDEIROS (in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., pp. 269-270).

⁹⁰ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 275.

⁹¹ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹² RUI MEDEIROS, *ibidem*.

«Por outro lado, a bitola consagrada é muito exigente»⁹³.

É certo que a alusão às “*circunstâncias de cada caso*”, «além de impor que se atenda ao circunstancialismo fáctico objectivo em que se enquadra a conduta do lesante, obriga a tomar em consideração os específicos deveres funcionais exigíveis a um funcionário do tipo do lesante e que exerça uma actividade semelhante»⁹⁴.

Daí não decorre, porém – como defende CARLOS CADILHA⁹⁵ – que «o modelo abstracto de comportamento devido é, portanto, aquele que seria exigível ao titular do órgão, funcionário ou agente **medianamente diligente**, quando se deparasse perante a mesma situação concreta». Na verdade, «a lei parece ter em consideração, mais do que um funcionário médio, um bom ou excelente funcionário, visto que considera relevante como padrão de diligência tendencialmente exigível – sem prejuízo das especificidades que o concreto circunstancialismo fáctico imponha – um funcionário zeloso e cumpridor de todo e qualquer dos concretos deveres funcionais a que se encontra adstrito»⁹⁶. Tanto assim que «a lei nem sequer distingue em função da diferente relevância dos concretos deveres jurídicos violados ou das regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado infringidos»⁹⁷. «Ou seja, ao tomar como padrão de referência o agente zeloso e cumpridor, a lei assume que “é imperativo que a Administração atue, através dos seus [...] agentes, com a diligência a que uma pessoa competente está vinculada, sob pena de violação dos deveres de zelo e de boa administração” [Acórdão do STA (1ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 13 de Maio de 1999 (recurso n.º 38.081)]»⁹⁸. Ou seja: «ao tomar como referência o funcionário ou agente zeloso e cumpridor ou o bom administrador e, portanto, o funcionário respeitador da lei e dos regulamentos e das *leges artis* que lhe sejam aplicáveis, a lei pode ser lida como tomando por padrão um funcionário “excepcionalmente diligente”, isto é, o equivalente ao civilístico “*diligentissimus pater familias*”»⁹⁹.

Especificamente em matéria de **responsabilidade civil médica**, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/10/2014**¹⁰⁰ (Proc. n.º 0279/14; Relator – COSTA REIS) – proferido num caso ocorrido em 1995 (ainda em plena vigência do cit. DL. n.º 48 051) – entendeu que:

«III – O juízo de culpa pressupõe a existência de um comportamento padrão a observar em determinadas circunstâncias sobre o qual se há-de aferir a conduta do agente traduzindo-se esse juízo numa censura à desconformidade entre aquele comportamento que o agente podia e devia ter tido e aquilo que efectivamente realizou.

⁹³ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁴ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁵ In “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., p. 163.

⁹⁶ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁷ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 276.

⁹⁸ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

⁹⁹ RUI MEDEIROS in “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*” cit., p. 277.

¹⁰⁰ Cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

IV – Por ser assim, age com culpa, violando o dever objectivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do *standard* técnico/científico da actuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias do caso concreto.^{101 102}»

b) Presunção de culpa leve em caso de incumprimento de deveres de diligência

Um aspecto inovador do novo regime legal consiste no estabelecimento de uma **presunção de culpa** leve para a prática de **actos jurídicos ilícitos** (artigo 10.º, n.º 2) e para o **incumprimento de deveres de vigilância** (artigo 10.º, n.º 3).

No campo da responsabilidade civil pelos danos resultantes de **actos médicos** (acções ou omissões) praticados em **hospitais públicos** (em sentido amplo), estão sobretudo em causa **operações materiais**, e não **actos jurídicos**, pelo que assume especial relevância a presunção de culpa estabelecida no n.º 3 do preceito em questão: «*Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.*»

Segundo CARLOS CADILHA¹⁰³, o artigo 10.º, n.º 3, ao prever **uma presunção de culpa leve sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância**, pretende consagrar a orientação jurisprudencial já firmada no domínio do Decreto-Lei n.º 48051 quanto à culpa *in vigilando*, remetendo para um regime similar ao dos artigos 491.º e 493.º, n.º 1, do Código Civil¹⁰⁴. «Ficam excluídas, deste modo, a presunção de culpa em relação a danos resultantes do exercício de actividades perigosas, a que se reporta o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, e relativamente aos quais se encontra prevista uma forma de responsabilidade objectiva, nos

¹⁰¹ Cfr., também no sentido de que «*Age com culpa, violando o dever objectivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do standard técnico/científico da actuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias do caso concreto*», o **Acórdão do STA de 13/03/2012** (Proc. n.º 0477/11; Relator – POLÍBIO HENRIQUES), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

¹⁰² No entanto, apesar de proferido ainda em plena vigência do referido DL. N.º 48 051, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/06/1992** (Proc. n.º 030609; Relator – AMÂNCIO FERREIRA) — cujo sumário integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> — entendeu que «*A diligência de um bom pai de família a que alude o n.º. 2 do art. 487.º do C. Civil identifica-se, no que concerne aos profissionais de saúde que prestam serviço nos hospitais públicos, com a diligência exigível aos bons profissionais de medicina e de enfermagem.*» — Formulação que parece afastar-se da bitola do **funcionário médio**, exigindo antes **um bom ou excelente funcionário** (à semelhança do que hoje parece dever entender-se, à face do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007 (que — como vimos — substituiu ao **critério do homem médio** o **paradigma do agente zeloso e cumpridor** ou **do bom administrador**).

¹⁰³ In “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*” cit., pp. 168-169.

¹⁰⁴ Em concreto, a jurisprudência começou por admitir a **presunção de culpa** relativamente a diversas **situações em que existisse um encargo de vigilância por parte de entidades públicas**, reportando-se a danos causados pela existência de **obstáculos na via pública, deficiente conservação das vias, queda de árvores, ruína de edifício ou ruptura de condutas**: cfr., entre as mais recentes decisões, os Acórdãos do STA de 10 de Maio de 2006 (Processo n.º 121/06), de 4 de Abril de 2006 (Processo n.º 1116/05), de 9 de Março de 2006 (Processo n.º 837/03), de 16 de Fevereiro de 2006 (Processo n.º 1039/05), de 3 de Novembro de 2005 (Processo n.º 792/05), de 19 de Outubro de 2005 (Processo n.º 394/05), de 29 de Junho de 2005 (Processo n.º 566/04), de 19 de Maio de 2005 (Processo n.º 590/04), de 26 de Abril de 2005 (Processo n.º 245/05) e de 7 de Abril de 2005 (Processo n.º 856/04).

termos descritos no artigo 11.º desta Lei, bem como todas as demais situações de presunção de culpa consignadas no Código Civil, e especialmente nos artigos 491.º e 492.º.

Para RUI MEDEIROS¹⁰⁵, «deixando por agora de lado a hipótese especial prevista no n.º 2 do artigo 493.º (danos causados no exercício de uma actividade perigosa), o n.º 3 do artigo 10.º tem em vista as presunções de culpa estabelecidas no artigo 491.º (responsabilidade por pessoas obrigadas à vigilância de outrem) e no n.º 1 do artigo 493.º (danos causados por coisas ou animais sob vigilância), podendo porventura entender-se, mas a questão é mais controversa, que a remissão do n.º 3 do artigo 10.º também abrange o disposto no artigo 492.º (danos causados por edifícios ou outra obra que ruir)».

Quanto à tese restritiva – propugnada por CARLOS CADILHA – que pretende excluir da remissão feita na segunda parte do n.º 3 do cit. art. 10.º as presunções de culpa consagradas nos artigos 491.º e 492.º do Cód. Civil, apenas abrangendo tal remissão a presunção estabelecida no n.º 1 do art. 493.º do mesmo Código, RUI MEDEIROS¹⁰⁶ faz notar que «a presunção de culpa por incumprimento de deveres de vigilância não se encontra prevista apenas no artigo 493.º do Código Civil, não se vislumbrando por que razão a mesma conclusão não há-de poder também valer para o disposto no artigo 491.º». O Autor invoca, nomeadamente, o dever de vigilância do Estado em face dum menor com 16 anos a quem tenha sido aplicada a medida tutelar educativa de internamento em centro educativo e também o dever de vigilância relativamente a uma criança em perigo acolhida em instituição psiquiátrica. Se o menor ou a criança se encontrarem numa situação de incapacidade natural e desde que a actividade do centro educativo ou da instituição de acolhimento seja enquadrada por disposições ou princípios de direito administrativo, «a abertura da segunda parte do n.º 3 do artigo 10.º permite abarcar, nestes casos, a presunção de culpa in vigilando consagrada no artigo 491.º do Código Civil, não se vislumbrando os motivos que, neste tipo de situações, apontam para solução diversa daquela que é acolhida em relação ao disposto no n.º 1 do artigo 493.º»¹⁰⁷.

Relativamente à **presunção de culpa prevista no n.º 2 do artigo 493.º do Cód. Civil**, RUI MEDEIROS sustenta que, «efectivamente, ao contrário do que sucede nas demais situações, o artigo 11.º [da Lei n.º 67/2007] (...) prevê expressamente, numa solução que alarga o âmbito do disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, que “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos [...]”». «Ou seja, enquanto o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil dispõe que “*quem causar danos a outrem no exercício e uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir*”, consagrando uma responsabilidade fundada numa culpa presumida, os danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos

¹⁰⁵ In “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 285.

¹⁰⁶ In “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 286.

¹⁰⁷ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

são enquadrados, no novo diploma [Lei n.º 67/2007], no âmbito a responsabilidade (objectiva) pelo risco»¹⁰⁸.

Portanto – segundo RUI MEDEIROS¹⁰⁹ –, «significa isto que, à partida, tendo o legislador optado por enquadrar a tutela ressarcitória de “danos decorrentes de actividades excepcionalmente perigosas”, na formulação do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, ou especialmente perigosas, no artigo 11.º da nova lei, no âmbito da responsabilidade pelo risco, instituindo assim para a Administração **um regime de responsabilidade mais amplo do que o previsto no Código Civil**, não há espaço para convocar a presunção de culpa a que alude o n.º 2 do artigo 493.º, pois não há uma lacuna no sistema de responsabilidade civil dos poderes públicos».

De todo o modo, RUI MEDEIROS considera que «não está em absoluto excluído que possa haver situações não cobertas pela cláusula da responsabilidade pelo risco e passíveis de ser abrangidas pela presunção civilística de culpa para as actividades perigosas». «É certo que a situação era mais clara em face da legislação anterior [DL. n.º 48 051], uma vez que [na sua vigência] se podiam equacionar situações em que a actividade fosse perigosa [“tout court”], mas não, como exigia o artigo 8.º do decreto-Lei n.º 48051¹¹⁰ para operar a responsabilidade pelo risco, *excepcionalmente* perigosas»¹¹¹. Como, «a nova lei, porém, alargou o âmbito da responsabilidade pelo risco, contentando-se hoje, para que a pretensão de indemnização possa operar, que os danos decorram de actividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente* perigosos [cfr. o artigo 11.º, n.º 1, da cit. Lei n.º 67/2007]», **encurtou-se o leque de actividades que ficam de fora do círculo das actividades perigosas passíveis de fundamentar a responsabilidade Estadual pelo risco**. «Ainda assim – segundo RUI MEDEIROS¹¹² –, e caso se entenda que as actividades perigosas a que se refere o n.º 2 do artigo 493.º [do CC] podem não se subsumir no conceito de actividades especialmente perigosas adotado no artigo 11.º do novo regime – e a conclusão está por demonstrar (...) –, justifica-se aplicar a referida presunção de culpa às situações cobertas pelo n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil e não abrangidas na cláusula geral de responsabilidade pelo risco (actividades que, não sendo especialmente perigosas, são perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados)». Isto porque «a solução é coerente com a abertura geral consagrada no n.º 3 do artigo 10.º, não é infirmada pelo disposto no artigo 11.º, que não abrange estas hipóteses, e é consentânea com o sentido global amigo dos lesados que subjaz à nova regulamentação da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos»¹¹³.

¹⁰⁸ RUI MEDEIROS in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 288.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cujo teor era o seguinte: «O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos *excepcionalmente perigosos* ou de coisas e actividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas actividades, ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um.»

¹¹¹ RUI MEDEIROS, *ibidem*.

¹¹² In “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., pp. 288-289.

¹¹³ RUI MEDEIROS in “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas” cit., p. 289.

A solução preconizada por RUI MEDEIROS é igualmente defendida por CARLA AMADO GOMES¹¹⁴ (cfr. *infra*).

Estas presunções de culpa leve para a prática de *actos jurídicos ilícitos* (artigo 10.º, n.º 2) e para o *incumprimento de deveres de vigilância* (art. 10.º, n.º 3) também se aplicam às violações das *leges artis* ?

PAULA BRUNO¹¹⁵ afasta expressamente a aplicação da presunção prevista no n.º 2 do art. 10.º da Lei n.º 67/2007 ao domínio da medicina, precisamente por entender que ela não é extensiva às violações das *leges artis*.

No mesmo sentido se pronuncia ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA¹¹⁶, para quem a presunção de culpa prevista no n.º 2 do art. 10.º «só se aplica nos atos jurídicos e não a atos técnicos, nos quais se incluem os cuidados de saúde».

Diversamente, PAULA LOBATO FARIA/SARA VERA JARDIM/JOÃO RIBEIRO DA COSTA¹¹⁷ sustentaram que o n.º 2 do art. 10.º traria uma inovação relevante, no domínio da responsabilidade médica, na medida em que, doravante, seria suficiente provar uma violação das *leges artis* ou de deveres objectivos de cuidado para que a culpa (leve) se presuma – o que constituiria uma mudança de paradigma, atenuando assim significativamente as conhecidas dificuldades de prova no campo da medicina.

A interpretação defendida por estas Autoras não tem cobertura no texto legal, porquanto o n.º 2 só se dirige aos **actos jurídicos** (deixando de fora os **actos materiais de índole técnica**) e o n.º 3 apenas contempla situações em que exista **incumprimento de deveres de vigilância** (o que, no domínio da medicina, se aplica especialmente aos estabelecimentos do foro psiquiátrico, os quais têm um dever acrescido de garantia da segurança e vigilância dos doentes mentais neles internados).

Como podem ser ilididas as presunções de culpa consagradas no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007?

As presunções de culpa estabelecidas no n.º 3 do art. 10.º da Lei n.º 67/2007 podem ser **ilididas**, nos termos gerais, **mediante prova do contrário** (art. 350.º, n.º 2, do Código Civil).

«Concretamente, para além das situações de facto de terceiro ou do próprio lesado ou “de caso de força maior, o ente público pode ilidir tal presunção alegando e provando que, de forma sistemática e continuada, empregou todos os esforços e adoptou todas as medidas adequadas a prevenir acidentes do género, tendo-se os danos produzido apesar dessa

¹¹⁴ In “Presunção e diligência, cada um toma a que deve”, publicado in *Cadernos da Justiça Administrativa*, nº 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40 [p. 39].

¹¹⁵ In “Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 68.

¹¹⁶ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, 1ª ed., 2015, p. 811.

¹¹⁷ In “O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde”, publicado in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, nº 1 (Janeiro/Junho 2008).

actuação”¹¹⁸ (Acórdão do STA de 8/10/2003 [Proc. n.º 1923/02; Relator – SIMÕES DE OLIVEIRA]))», cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

c) A actividade médica exercida em hospitais públicos é ou não passível de ser considerada perigosa, nos termos e para os efeitos do Artigo 493.º- 2, do Código Civil?

O **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/12/2005** (Processo n.º 0351/05; Relator - COSTA REIS) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – considerou que:

– **Uma actividade é excepcionalmente perigosa quando for razoável esperar que dela possam, objectivamente, resultar graves danos, isto é, danos que superem os que eventualmente possam decorrer da normalidade das outras actividades e que os prejuízos são anormais ou especiais quando oneram pesada e especialmente algum ou alguns cidadãos e, conseqüentemente, ultrapassam os pequenos transtornos e prejuízos que são inerentes à actividade administrativa e sobrecarregam de forma mais ou menos igualitária todos eles.**

Relativamente a **uma transfusão sanguínea** efectuada no período pós-operatório, **que teve como resultado ficar o paciente infectado com o vírus HIV**, o mesmo aresto excluiu que a mesma pudesse ser havida como *perigosa*, no sentido do artigo 493.º/2 do Cód. Civil, desde que realizada numa época em que aludido vírus era desconhecido da ciência médica, com base no seguinte argumentário:

«Está assente que o Autor marido foi infectado com o vírus da SIDA em resultado de uma transfusão de sangue no pós operatório de uma cirurgia a que foi submetido no HSA e que, sendo aquele desconhecido na data em que ela se realizou, era impossível prevenir e evitar a sua propagação e, portanto, impedir a sua contaminação. – vd. pontos 16.º a 21.º da matéria de facto.

Será que, nestas circunstâncias, a referida transfusão pode ser considerada uma actividade excepcionalmente perigosa e que o prejuízo dela decorrente é anormal e especial e, por isso, não deve ser suportado pelos Autores?

Vejamos.

As transfusões sanguíneas constituem um tratamento médico vulgar desde há muitos anos, pelo que - muito embora cada caso seja específico e singular – pode afirmar-se que, desde que rodeadas dos cuidados e normas de segurança exigíveis, são, em princípio, actos médicos seguros, isto é, actos de que, por via de regra, não resultarão danos que atentem contra a vida ou afectem gravemente a saúde dos que a eles se submetem.

¹¹⁸ Ainda assim, «*Não é suficiente, para esse efeito, a prova, em abstracto, da existência de um corpo de técnicos encarregue da vigilância e reparação das vias municipais, devendo a mesma ser acompanhada da demonstração de que tais agentes actuaram na situação concreta como seria lícito esperar-se.*» (cit. Acórdão do STA de 8/10/2003).

E, porque assim, e muito embora se admita que as mesmas envolvem sempre algum risco e, portanto, que a sua realização contém sempre uma dose não negligenciável de perigo, pode afirmar-se que os prejuízos dela esperáveis não podem, por regra, ser qualificados como prejuízos especiais e anormais.

E pode, também, afirmar-se que as mesmas, desde que rodeadas daqueles cuidados e normas de segurança, não se podem considerar como uma actividade excepcionalmente perigosa, uma vez que este conceito está reservado para aquelas actividades que, objectivamente, por si só e à partida, isto é, no momento em que são realizadas, se preveja que encerrem perigos muito mais intensos que as actividades correntes e vulgares e, portanto, actos de que seja razoável esperar que provoquem, com forte grau de probabilidade, lesão grave. É o caso, por exemplo, de certo tipo de cirurgias.

O que significa que não podemos qualificar como excepcionalmente perigosa uma actividade, quando esta é vulgar, corrente e, por norma, segura, muito embora a mesma possa, num ou noutro caso, esporadicamente, causar grave dano.

Ou seja, e revertendo ao caso dos autos, o facto de, por excepção, e por motivos inesperados e de previsão impossível, uma transfusão de sangue provocar a morte do doente ou colocar a sua saúde em sério risco e, conseqüentemente, não é suficiente para que a mesma possa ser qualificada como actividade excepcionalmente perigosa, pois que, como se disse, o que caracteriza a excepcional perigosidade da actividade é a significativa possibilidade dela importar, em si mesma e normalmente, lesão grave ou intensa. Ora, as transfusões sanguíneas, pelas razões expostas, não cabem nesta categoria de actos médicos.

5. 1. No caso sub judicio, ficou assente que o vírus que infectou o Autor marido era desconhecido na época em que ocorreu a fatídica transfusão e não foi alegado nem, tão pouco há notícia, de que ela tenha sido realizada com inobservância das legis artis próprias da época.

E, porque assim, e porque se tratava de um acto médico vulgar e corrente não era previsível que a mesma pudesse vir a provocar mais perigos do que aqueles que normalmente lhe estão associados, os quais, como é sabido, não incluem danos de uma intensidade tão forte como aqueles que afectaram o Autor marido. O que significa que a mesma, no momento em que foi realizada, não podia ser qualificada como uma actividade excepcionalmente perigosa.

Ou seja, a circunstância daquela infecção ter ocorrido não basta para que a mesma possa ser qualificada como uma actividade excepcionalmente perigosa, porque essa avaliação tem de ser contemporânea do momento em que o mesmo é realizado e não, posteriormente, em função dos conhecimentos que a ciência, entretanto, aportou ou dos resultados inesperados dela resultantes.

É certo que essa transfusão, mercê do citado desconhecimento e da conseqüente ignorância dos danos que a mesma podia causar, provocou aos Autores prejuízos anormais, visto não

ser comum nem normal que uma transfusão de sangue provoque a morte ou doença grave na pessoa receptora, e especiais uma vez que, das muitas transfusões ocorridas no período em que ela ocorreu, poucas foram, felizmente, as que tiveram os desastrosos efeitos que o atingiram.

Só que não basta a verificação deste requisito – os prejuízos anormais ou especiais – para se poder fazer funcionar a responsabilidade pelo risco, uma vez que, como se disse, a operatividade deste tipo de responsabilidade depende da reunião de dois pressupostos: a ocorrência de prejuízos anormais ou especiais e destes terem sido causados por uma actividade excepcionalmente perigosa.»

Em termos gerais, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011** (Processo n.º 0762/09; Relator – ADÉRITO SANTOS) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – excluiu que, numa acção destinada a efectivar a responsabilidade extracontratual por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos – em que incumbe ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade (então regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e actualmente disciplinada pela cit. Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), a qual assenta na verificação cumulativa dos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil, que são o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o prejuízo ou dano e o nexo de causalidade entre este e o dano – possa aproveitar ao lesado (para o efeito de fazer impender sobre o hospital réu o ónus de provar que a sua conduta não foi causa adequada do dano) a presunção legal estabelecida no artigo 493.º, número 2, do Código Civil. Isto porque «essa norma consagra, apenas, uma presunção de culpa na produção de danos no exercício de actividade perigosa e não uma presunção de causalidade adequada entre o exercício de actividade com tal natureza e o evento danoso».

Na mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16/01/2014** (Processo n.º 0445/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – também acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – considerou que «*o art. 493.º, 2, do Código Civil não é aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*».

Para tanto, louvou-se no seguinte argumentário:

«**No âmbito da gestão privada** a actividade perigosa é, em geral, exercida em proveito do agente e, portanto, justificativa de um regime de responsabilidade civil próximo da responsabilidade pelo risco (art. 493.º, 2 do C. Civil). Quem beneficia da actividade perigosa, também tem o encargo de evitar o perigo que eventualmente possa causar e daí a especial onerosidade quanto ao ónus da prova. A justificação do regime de inversão do ónus da prova no art. 493.º, 2 do CC aproxima-se da justificação da responsabilidade pelo risco e daí a semelhança entre ambos os regimes (quem benéfica da actividade perigosa suporta os danos por ela causados se não provar que não teve culpa).

Tal não acontece com os serviços e actividades perigosas prestadas pelo Estado aos seus cidadãos, onde o benefício desse exercício redunda a favor de quem os procura – como é exemplar o caso da prestação de cuidados médicos. Deste modo, havendo no Dec. Lei 48.051,

um regime geral de responsabilidade civil para as actividades perigosas deve entender-se que o Estado, pelo exercício de tais actividades, responde objectivamente, mas apenas nos termos e condições previstas no art. 8.º, isto é, quando o perigo seja especial e quando os danos sejam também especiais e anormais.

Este regime não invalida, bem entendido, a responsabilidade do Estado e demais entes públicos, nos termos gerais, isto é, sempre que se prove a culpa, mas sem recurso à presunção do art. 493.º, 2 do C. Civil – permitindo-se também quanto à culpa o recurso a presunções naturais.»

Esta **orientação geral da jurisprudência administrativa**, no sentido da exclusão da aplicabilidade do art. 493.º, n.º 2, do Cód. Civil no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos, é objecto de **forte crítica, por parte da doutrina portuguesa**.

Comentando desfavoravelmente o **Acórdão do STA de 29/5/2014**¹¹⁹ – no qual se entendeu, uma vez mais, que «*O art. 493.º, n.º 2, do Código Civil não é aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*» – observa CARLA AMADO GOMES¹²⁰ que, embora a solução seja indiscutível à sombra do DL. n.º 48 051, de 21/11/1967, se bem que por fundamentos diversos dos invocados pelo STA, a resposta já não é tão linear à face da Lei n.º 67/2007.

É que «aqui, o art. 493.º, n.º 2, do Cód. Civil não constitui, como no regime de 1967, um factor disruptivo, antes se configurando, em contrapartida e num primeiro relance, como uma solução supérflua»¹²¹. Com efeito, «porque o art. 11.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007] ampliou o âmbito de actividades perigosas pelas quais as entidades públicas podem responder sem culpa (risco) por danos provocados por actividades (tão-só) especialmente perigosas, fica a questão de saber se o art. 493.º, n.º 2, do Código Civil ainda terá, no domínio das omissões de vigilância do desenvolvimento de actividades que sejam consideradas perigosas pela sua natureza ou em razão dos meios utilizados, algum préstimo»¹²².

Afrontando esta questão, a Autora secunda a posição de RUI MEDEIROS no sentido de que, embora o art. 11.º da Lei n.º 67/2007 tenderá a absorver na sua previsão uma ampla gama de situações, ainda poderá fazer sentido utilizar a norma do Código Civil [o cit. art. 493.º/2] relativamente a actividades que, não sendo **especialmente perigosas**, são, não obstante, **perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados**. Esta posição «cria uma espécie de clareira aplicativa residual para as situações em que a actividade não seja, em abstracto, especialmente perigosa (nos termos e para os efeitos do cit. art. 11.º da Lei n.º 67/2007), mas se revele como tal, em concreto»¹²³.

¹¹⁹ Cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

¹²⁰ “Presunção e diligência, cada um toma a que deve”, publicado in *Cadernos da Justiça Administrativa*, nº 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40.

¹²¹ CARLA AMADO GOMES in loc. cit., p. 39.

¹²² CARLA AMADO GOMES, *ibidem*.

¹²³ CARLA AMADO GOMES, *ibidem*.

Mais recentemente, também FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS¹²⁴ veio defender que «a circunstância de o regime definido em 1967 [no citado **artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48 501**, anteriormente transcrito na nota 110] para a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas prever a responsabilidade objectiva quando do exercício de **actividades administrativas excepcionalmente perigosas** decorressem **prejuízos especiais e anormais**, não invalidava a convocação neste âmbito temático da presunção de culpa estatuída no art. 493.º, n.º 2». Isto porque, «estando em causa actividades perigosas, e quando as mesmas revestissem um nível de perigosidade capaz de se lhes poder associar o epíteto de **actividades excepcionalmente (especialmente) perigosas**, encontraríamos razões justificativas sérias para não se aplicarem sem mais as regras gerais da responsabilidade subjectiva»¹²⁵. Mas já «quando estivéssemos situados no universo da **responsabilidade subjectiva** [dos médicos enquanto agentes ou funcionários do Estado ou demais pessoas colectivas públicas, fora portanto do campo da responsabilidade objectiva destes entes públicos], uma vez que a responsabilidade objectiva do Estado apenas seria de afirmar quando se ultrapassassem de modo flagrante e excessivo os incómodos “a pagar”, como contrapartida do “preço” ou do “risco” de viver em sociedade, fazia, no entanto, algum sentido apoiar o lesado numa tarefa que podia ser particularmente penosa: a prova da culpa dos órgãos ou agentes administrativos»¹²⁶, razões que assumem um peso significativo em sede de responsabilidade médica.

De resto, segundo o mesmo Autor¹²⁷, além destas **considerações probatórias**, particularmente relevantes e susceptíveis de inviabilizar o exercício e a efectivação dos direitos substantivos dos utentes, «as [próprias] exigências da unidade do sistema jurídico apontam no sentido de **inverter o ónus da prova** da culpa **quando a actividade médica exercida em hospital público** seja de qualificar como **excepcionalmente perigosa**».

Ora – para o mesmo Autor¹²⁸ –, em face da nova lei [Lei n.º 67/2007], «estes problemas continuam a colocar-se, uma vez que tais questões se encontram hoje reguladas, respectivamente, nos n.ºs 1 e 4 do art. 10.º», já que, «apesar de o art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007 deixar de se reportar ao **critério da diligência do bom pai de família** acolhido pelo Código Civil no art. 487.º, n.º 2, e se referir antes à **diligência e aptidão que seja razoável exigir, nas circunstâncias do caso concreto, a um funcionário zeloso e cumpridor**, certo é que os problemas a resolver são substancialmente os mesmos e os critérios adequados para a sua resolução também». Isto porque «a **diligência e a aptidão que sejam razoáveis exigir a um funcionário zeloso e cumpridor** não são mais do que a especificação do critério do bom pai de família no âmbito da Administração Pública»¹²⁹.

Se assim é, existindo no universo civilístico normas que disciplinam de modo significativo o lesado em matéria do ónus da prova – como ocorre com o cit. art. 493.º, n.º 2, do Cód. Civil –,

¹²⁴ In *Responsabilidade civil médica nos estabelecimentos públicos de saúde*, publicado in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 118, Julho-Agosto de 2016, pp. 20 a 34.

¹²⁵ FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *ibidem*, p. 29.

¹²⁶ FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *ibidem*, pp. 29-30.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 30.

¹²⁹ FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *ibidem*.

não se afiguram a este Autor dúvidas que **a presunção de culpa aí prevista também deve ser aplicada quando nos deparamos com actividades da Administração passíveis de ser qualificadas como perigosas**¹³⁰.

É que – conclui este Autor¹³¹ –, bem vistas as coisas, **a Lei n.º 67/2007 consagra o mesmo tipo de responsabilidade civil anteriormente regulada pelo DL n.º 48 051**, tendo mantido o regime da responsabilidade pelo risco em termos semelhantes aos anteriormente definidos no cit. art. 8.º do diploma de 1967, apenas havendo substituído a expressão “*excepcionalmente perigosos*” por “*especialmente perigosos*” – o que afinal traduz mais **uma alteração quantitativa ou de grau**, que propriamente **de essência** –, ao que acresce que o art. 11.º da Lei n.º 67/2007 deixou de exigir como requisito para a responsabilização do Estado a ocorrência de prejuízos especiais e anormais, tendo assim determinado um alargamento do âmbito material deste regime jurídico.

Em síntese, pode, portanto, dizer-se que, segundo a maioria da doutrina portuguesa, **a presunção de culpa estabelecida a favor do lesado no artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil também se aplica no universo das actividades da Administração Pública passíveis de ser qualificadas como *perigosas***, nomeadamente as que forem prestadas no âmbito dos cuidados médicos.

No tocante à subsunção da actividade médica às **actividades perigosas pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados** abarcadas pela previsão do cit. art. 493.º, n.º 2, o entendimento dominante é o de que, embora a medicina não seja, em geral, considerada uma “actividade perigosa”, para efeitos deste art. 493.º/2 (cfr. *infra*), todavia, a **utilização de instrumentos ou aparelhos médicos**¹³², enquanto “coisas móveis”, as **infecções nosocomiais**^{133 134 135 136} ou as **quedas ocorridas no edifício hospitalar**^{137 138}, enquanto decorrentes de “coisas imóveis”, preenchem as presunções de culpa previstas no art. 493.º/2.

¹³⁰ FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*, loc. ultim. cit.

¹³² Como veremos *infra* (aquando da abordagem da responsabilidade civil médica no quadro da medicina privada), é relativamente consensual o entendimento segundo o qual casos como a realização de **tratamentos médicos com raios x e ondas curtas**; a realização de **operações ousadas**, tais como **operações de enxerto e de transplantação de órgãos** (embora aqui exista um regime de responsabilidade objectiva); a utilização de **aparelhos de ressonância magnética**, de **hemodiálise** e de **incubadoras** são subsumíveis à previsão do mesmo art. 493.º, n.º 2.

¹³³ Trata-se de **infecções contraídas em meio hospitalar**, aquando dum internamento ou após a alta do doente, quando este esteve hospitalizado ou foi sujeito a procedimentos médicos. Geralmente, são causadas pela presença de genes ou bactérias no próprio estabelecimento.

¹³⁴ Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA (in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p.733), «as infecções nosocomiais constituem por todo mundo uma importante causa de lesões à saúde nos hospitais». Por isso, «causar ou não evitar uma infecção é um dos *tipos reais* de responsabilidade médica apontados pela doutrina» (*ibidem*).

¹³⁵ Entre nós, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/11/2005** [Processo nº 0729/05; Relator - ANTÓNIO MADUREIRA] - acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> - condenou um Hospital público [o Hospital de Santa Maria] por não ter tomado as medidas de precaução necessárias no sentido de erradicar a bactéria *serratia* no local altamente propício à sua existência e face a um estado de pós-operatório, vindo o doente a ser contagiado, ficando cego de um olho.

¹³⁶ «A infecção hospitalar representa um risco permanente em qualquer ponto do mundo e impõe aos hospitais o dever de controlo contínuo, através de comissões específicas e adoção de medidas de rigorosa assepsia» (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*” cit., p. 734). «Um índice decisivo para aferir da imputação subjectiva do dano decorrente da infecção nosocomial ao estabelecimento hospitalar passa por averiguar se existe e se opera de acordo com os standards exigidos uma comissão de controlo de infecção hospitalar» (*ibidem*). «Se esta existe ou se não se encontra a laborar de acordo com as *leges artis* internacionais,

d) Responsabilidade dos estabelecimentos de saúde públicos por violação do dever de vigilância relativamente aos seus internados por anomalia psíquica

Está o Estado sujeito a um dever de vigilância relativamente aos doentes internados nos seus estabelecimentos em virtude de anomalia psíquica?

É que, desde logo, só haverá omissão ilícita (no sentido de ausência duma actividade material que, por força da lei, constituiria uma actividade devida) se tal dever existir, a cargo dos estabelecimentos de saúde públicos.

A jurisprudência dos Tribunais Administrativos tem entendido (consensualmente) que sobre os estabelecimentos de saúde e respectivos profissionais (médicos e enfermeiros) recai um dever de vigilância relativamente aos seus internados em virtude de anomalia psíquica.

«Quando o Estado (*lato sensu*) está vinculado por esta obrigação, existe um interesse público no respectivo cumprimento, o qual sairá reforçado se as entidades públicas forem responsáveis pelos danos decorrentes da sua inobservância culposa»¹³⁹. «O mencionado interesse público reconduz-se não só á tutela dos terceiros, mas também à protecção dos próprios vigiados, com o objectivo de os proteger contra danos que possam infligir a si próprios – como sucederá, por excelência, com um doente portador de uma anomalia psíquica com propensão para o suicídio»¹⁴⁰.

Resolvida esta **questão preliminar**, cabe depois apurar em que circunstâncias se pode e deve afirmar a ilicitude da conduta [da Administração Pública] no incumprimento do referido dever de vigilância.

Segundo o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/01/2009** (Proc. n.º 0966/08; Relator – MADEIRA DOS SANTOS) - cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> - , «*O dever de vigilância só existe em relação a perigos representáveis*

então verifica-se uma conduta ilícita e culposa da instituição, pelo que esta deve responder pelos danos causados» (*ibidem*).

¹³⁷ O **Acórdão da Relação de Lisboa de 9/05/2002** (publicado in *Colectânea de Jurisprudência* 2002, tomo III, pp. 69-70) considerou que “*A entidade hospitalar responde pelos danos decorrentes da queda duma utente dos serviços na casa de banho do hospital, aberta ao público, em condições de perigosidade para a integridade física dos utilizadores, por ter o piso molhado.*” O Tribunal, todavia, ignorou a **presunção de culpa** estabelecida no cit. art. 493.º/1.

¹³⁸ O **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 8/02/2013** (Proc. n.º 00115/04.6BEMDL); relator – CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf> - ocupou-se precisamente dum caso de **queda dum utente no chão, ocorrida num edifício hospitalar**, e entendeu que, como «*não se afigura questionável a existência dum dever geral de diligência e cuidado por parte da unidade de saúde na conservação das suas instalações para uma utilização normal e sem perigo dos utentes que ali se deslocam*», «*a omissão desse dever faz incorre-la em responsabilidade civil extracontratual pelos danos causados a utente que, ali se tendo deslocado, veio a escorregar, desequilibrar-se e cair desamparada no chão, chão esse que estava escorregadio sem que tal estado do piso estivesse sinalizado ou com aviso que alertasse para o perigo dum piso escorregadio, nem que existissem, nomeadamente, estruturas ou tapetes em rede ou outro tipo de materiais que assegurassem uma circulação em segurança*».

¹³⁹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ in “*Responsabilidade da Administração por prestação de cuidados de saúde e violação do dever de vigilância*”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 29.5.2004, P. 922/11, publicada in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 110, Março/Abril de 2015, pp. 37-52 [p. 44].

¹⁴⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem*.

por um avaliador prudente», pelo que, «Não estando provado um qualquer facto gerador da suspeita de que um doente internado num hospital pudesse tentar o suicídio e sabendo-se que a vigilância que sobre ele recaiu era conforme à patologia diagnosticada e aos riscos previsíveis, não pode dizer-se que o facto de ele se atirar «ex abrupto» de uma janela adveio de “culpa in vigilando”».

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/05/2014** (Proc. n.º 0922/11; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) - cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> - também considerou que «Não é ilícita a conduta do Hospital réu, permitindo que um doente do foro psiquiátrico, ali internado, deambulasse livremente no seu perímetro circundante e que veio a suicidar-se, se não ocorreram factos que tornassem previsível tal conduta.»¹⁴¹.

Na mesma linha, o **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22/05/2015** (Processo n.º 01224/06.2BEPRT; Relator – ESPERANÇA MEALHA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/> - entendeu que «Não consubstancia ato ilícito, por omissão do dever de vigilância, a circunstância de o Réu hospital não ter evitado a defenestração da Autora, quando se provou que:

- i) A doente encontrava-se internada voluntariamente;
- ii) Não apresentava consciência mórbida ou ideação autodestrutiva;
- iii) Não necessitava de vigilância permanente, mas apenas relacionada com o perigo de fuga;
- iv) Foi deixada sozinha por alguns minutos na sala de convívio, situada no 1.º andar do edifício, cujas janelas, que distam 5 metros do solo, têm um mecanismo de segurança».

À luz desta **orientação jurisprudencial**, para haver responsabilidade da entidade pública prestadora de cuidados de saúde, «impõe-se a demonstração não apenas de que a **ausência de vigilância** [dos doentes internados num hospital psiquiátrico] **originou a violação de uma posição jurídica substantiva** (*in casu*, o direito de personalidade de natureza jusfundamental: o direito à integridade pessoal), mas também de que **tal ausência representou uma ofensa**

¹⁴¹ Na mesma linha destes dois arestos, já o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/11/1998** (Proc. nº 038737; relator – MÁRIO TORRES) - cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsta> - tinha entendido que: «Não integra acto ilícito, por pretensa violação do dever de vigilância, a não oposição à saída da mulher do autor do Serviço de Psiquiatria, se se apurou, em matéria de facto, que (i) o Serviço de Psiquiatria do Hospital de Santa Maria é um serviço em regime <de porta aberta>; (ii) no caso da mulher do autor não existia indicação expressa para a doente não deixar o Serviço; (iii) o tratamento de doenças do foro psiquiátrico através da detenção do doente no Serviço não é utilizado no Serviço de Psiquiatria do Hospital de Santa Maria por se obterem melhores resultados terapêuticos com o sistema de <porta aberta>, no qual é deixada uma ampla liberdade de movimentos ao doente; (iv) os médicos do Serviço consideraram ser desaconselhável restringir a liberdade de movimentos da mulher do autor; (v) no dia em que realizou a tentativa de suicídio, a mulher do autor vestira-se, arranjara-se, fizera uma análise ao sangue e tomara o pequeno almoço em aparente normalidade; (vi) esse comportamento não fazia prever a tentativa de suicídio; (vii) no dia anterior, a mulher do autor havia-lhe revelado as suas ideias de autodestruição, mas este só revelou ao Serviço de Psiquiatria essa conversa, que tivera com a mulher, depois de esta executar a tentativa de suicídio.».

das regras técnicas (das *leges artis*) ou de deveres objectivos de cuidado/regras de prudência»¹⁴².

Assim sendo, «a prova do pressuposto da **ilicitude** implica a prova da violação das *leges artis*, enquanto conjunto de regras técnicas de tratamento e intervenção, assim como de conveniência e idoneidade dos meios que, segundo a comunidade científica e académica, devem ser adotadas num caso concreto para o exercício da arte de curar»¹⁴³.

Quid juris?

Não se põe em dúvida o acerto da orientação jurisprudencial seguida pelo STA, segundo a qual, «em matéria de responsabilidade no âmbito da prestação de cuidados de saúde, a observância das regras de ordem técnica e de prudência comum (a que se reporta o art. 6.º do DL n.º 48 051) ou de deveres objectivos de cuidado (nos termos do actual n.º 1 do art. 9.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007]) implica o cumprimento das exigências das *leges artis*, atentos os conhecimentos científicos então existentes, assim como de certos deveres específicos (v.g., o dever de utilizar a técnica adequada)»¹⁴⁴.

Não obstante – segundo ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹⁴⁵ –, «a enunciação abstracta deste critério confronta-se, porém, com algumas **dificuldades práticas**, emergentes das **específicas terapias a que alguns doentes psiquiátricos se encontrem sujeitos** – algumas das quais pressupõem a criação de um ambiente de confiança, que se não compadece com uma vigilância muito apertada dos pacientes, sob pena de pôr em causa o próprio tratamento».

«Da aplicação das *leges artis* pode, por isso, resultar que a **concessão de uma maior liberdade de movimentos ao paciente** (e, por conseguinte, uma vigilância mais aligeirada) se revele **uma terapêutica mais apropriada**»¹⁴⁶.

Ainda assim, as dificuldades e complexidades que a questão suscita não ficam por aqui, «porquanto o problema de saber **qual o tratamento mais adequado a um determinado doente** (e, por conseguinte, **qual o grau de vigilância exigido**) depende também do **diagnóstico** da respectiva **patologia**; pode, pois, suceder que a **ausência** (ou a **diminuição**) da **vigilância** se deva a um **erro de diagnóstico** (i. e., as medidas de controlo adotadas eram as recomendadas pelas *leges artis* para um doente com o tipo de patologia diagnosticada, mas o paciente em causa carecia de uma terapêutica com medidas mais agressivas, na medida em que a doença de que padecia era [afinal] outra)»¹⁴⁷.

«Por isso, «a conciliação das considerações anteriores implica que, nestes casos, se torna necessário averiguar, designadamente pelo recurso à prova pericial:

¹⁴² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹⁴³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹⁴⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

¹⁴⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 45].

i) **Qual a patologia de que o doente sofre** (em particular, se essa patologia envolve uma propensão para o suicídio;

ii) **Qual o tipo de vigilância mais adequada para pacientes com aquela patologia, de acordo com as *leges artis*;**

iii) **Se o profissional de saúde e/ou o hospital observou todas as regras desse modelo de vigilância;** e

iv) **Se, à luz das boas práticas da medicina, o resultado danoso** (o suicídio de um paciente que abandonou o hospital) **constitui um risco pouco provável dos métodos de vigilância adotados para doentes com aquele tipo de patologia»**¹⁴⁸. «Embora dogmaticamente cindíveis, «estas quatro questões encontram-se técnica e juridicamente imbrincadas, pelo que apenas a sua análise conjugada permitirá concluir pela verificação do pressuposto da ilicitude por incumprimento dos deveres de vigilância»¹⁴⁹.

De qualquer modo, sempre se imporá convocar para a resolução destes casos as **presunções legais de culpa**, em especial na *culpa in vigilando*.

É que, conquanto no âmbito do cit. DL. n.º 48 051 fosse, pelo menos, duvidosa a mobilização, no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, das **presunções legais de culpa estabelecidas no Código Civil**, entre a quais figura a presunção legal de culpa *in vigilando* prevista no art. 491.º do Cód. Civil – sendo que alguma doutrina rejeitava a possibilidade de invocação daquelas presunções, com fundamento na circunstância de o legislador apenas recuperar o critério de culpa constante do art. 487.º sem todavia remeter para aquelas normas, pelo que a natureza do direito administrativo como direito comum da função administrativa arredaria tal possibilidade, posição que não era, porém, a da jurisprudência administrativista, que, tirando a presunção estabelecida no n.º 2 do art. 493.º do Cód. Civil (associada a actividades perigosas), admitia a convocação das restantes presunções, em nome do carácter não exaustivo do DL. n.º 48 051, da não circunscrição da remissão do art. 4.º deste diploma às normas expressamente referidas no preceito (arts. 487.º e 497.º do CC) e da necessidade de completar o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado com a disciplina jus-civilística, em tudo em que esta não colidia com aquele¹⁵⁰ –, o actual Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas, ao contrário do que sucedia com o cit. DL n.º 48 051, contempla expressamente **duas hipóteses de presunções de culpa**, nos n.ºs 2 e 3 do art. 10.º da Lei n.º 67/2007, a saber: **presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos** e **presunção de culpa leve sempre que tenha havido violação de deveres de vigilância**.

Ora, no domínio da **responsabilidade por prestação de cuidados de saúde**, sobretudo (mas não só) quando estão em causa **hospitais psiquiátricos** – nos quais se intensifica o dever de vigilância e segurança dos doentes (cfr. *supra*) –, releva sobretudo o n.º 3 do cit. art. 10.º, ao

¹⁴⁸ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 46].

¹⁴⁹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 46].

¹⁵⁰ Cfr., neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 47].

dispor que: «*se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento dos deveres de vigilância*».

Segundo ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹⁵¹, «a consagração de uma **presunção de culpa**, neste contexto, vem acolher algumas preocupações já reveladas pela doutrina, relacionadas com a circunstância de, tratando-se (pelo menos, em regra) de uma **omissão**, a Administração se encontrar em melhores condições que o lesado para provar os factos que afastam a culpa, detendo um certo “monopólio da prova”».

Embora esta presunção seja paralela à prevista no art. 491.º do Cód. Civil, existe uma diferença fundamental entre esta última e a presunção de culpa do regime da responsabilidade dos poderes públicos, possuindo o cit. n.º 3 do art. 10.º da Lei n.º 67/2007 um âmbito de aplicação mais largo que o do preceito civilítico: enquanto o art. 491.º do CC «destina-se a proteger apenas os terceiros contra os danos causados pelos naturalmente incapazes sujeitos à vigilância (mas já não a tutelar tais incapazes relativamente a danos que estes causem a si próprios)», como o n.º 3 do cit. art. 10.º não faz tal restrição, «as acções futuras em matéria de responsabilidade civil a decidir nos termos do RRCEE [Lei n.º 67/2007] devem considerar que a presunção de culpa in vigilando prevista neste diploma abrange também os danos causados a si própria pela pessoa sujeita à vigilância»¹⁵².

Deste modo, «verificando-se um incumprimento do dever de vigilância [e, por conseguinte, uma omissão ilícita], o n.º 3 do art. 10.º permite presumir a **culpa leve** do profissional de saúde; ao doente-lesado bastará a prova da existência do dever de vigilância¹⁵³, do dano e do nexo de causalidade»¹⁵⁴.

Tratando-se duma **presunção legal**, pode a mesma, nos termos gerais, ser **ilidida** mediante a **prova do contrário** (art. 350.º, n.º 2, do Cód. Civil).

In casu, «o agente apenas conseguirá ilidir a presunção se comprovar que, por um lado, representou todos os riscos prováveis, assim como os riscos possíveis que, não se revelando fortuitos ou extraordinários, ainda seriam considerados por um profissional de saúde normalmente prudente; e que, por outro lado, diligenciou no sentido da prevenção dos riscos representados e ponderados»¹⁵⁵.

Conciliando esta conclusão, o n.º 3 do art. 10.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007] e a norma constante do art. 491.º do Cód. Civil, «podemos concluir que a presunção de culpa ficará afastada quando:

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵² Cfr., neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

¹⁵³ Efectivamente – como justamente faz notar FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS (in *Responsabilidade civil médica nos estabelecimentos públicos de saúde*, loc. cit., p. 29) –, a presunção de culpa estabelecida no cit. art. 10.º, n.º 3, da Lei nº 6/2007 «não exime, porém, o lesado do encargo de provar a violação dos deveres de vigilância, uma vez que esta presunção de culpa não é simultaneamente uma presunção de ilicitude»

¹⁵⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

¹⁵⁵ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 48].

a) **Não houve violação do dever de vigilância** – nesta situação, não está sequer cumprido o pressuposto subjacente à aplicação do n.º 3 do art. 10.º do RRCEE, que exige o incumprimento de deveres de vigilância (e, por conseguinte, a ilicitude) para o funcionamento da presunção de culpa aí prevista;

b) **Verificou-se uma violação do dever de vigilância, mas este incumprimento não foi culposo** – neste caso, a presunção fica afastada através da prova de que nenhuma culpa coube ao agente na situação concreta. Considere-se, v.g., que, não obstante o profissional de saúde se ter comportado com a diligência média exigida perante as circunstâncias do caso concreto, não conseguiu observar as regras de vigilância porque, nesse momento, ocorreu um motim de pacientes, não lhe sendo, por conseguinte, exigível outro comportamento»¹⁵⁶.

A mais destas duas soluções, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹⁵⁷ hipotiza ainda uma terceira, relativa aos casos em que existiu uma violação culposa do dever de vigilância mas os danos ter-se-iam produzido ainda que tal violação não houvesse ocorrido. Trata-se duma hipótese típica de **relevância negativa da causa virtual**, expressamente acolhida na parte final do art. 491.º do Código Civil¹⁵⁸. A Autora exemplifica com a hipótese de o paciente ter ingerido, antes de dar entrada no hospital, uma dose letal de uma substância venenosa, comprovando-se que sempre morreria por suicídio, independentemente da fuga do estabelecimento de saúde.

É certo que – como a Autora logo antecipa – a doutrina civilística recusa, em princípio, a relevância negativa da causa virtual, salvo quando o próprio legislador expressamente o admite (como ocorre no cit. art. 491.º), advogando, como tese geral, a **irrelevância negativa**¹⁵⁹. Por isso, «só se admitirá a relevância negativa da causa virtual se existir uma analogia entre a intencionalidade problemática subjacente ao art. 491.º do Código Civil e a intencionalidade problemática subjacente aos casos de omissão do dever de vigilância da Administração»¹⁶⁰.

Segundo a Autora¹⁶¹, «verifica-se, efectivamente, uma analogia entre os problemas normativos [suscitados] quando a responsabilidade dos poderes públicos se reporta a danos causados a terceiros pelo vigilando: apenas nesta hipótese, está em causa a produção de danos indirectamente causados pelo responsável (aquele sobre o qual impende o dever de

¹⁵⁶ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [pp. 48-49].

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁵⁸ «As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, **salvo se mostrarem** que cumpriram o seu dever de vigilância ou **que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido**.»

¹⁵⁹ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA in “*Das Obrigações em geral*”, Vol. I, 10ª ed., Coimbra, 2000, p. 931; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA in “*Direito das Obrigações*”, 11ª ed., Coimbra, Abril de 2008, pp. 768-770 e LUÍS MENEZES LEITÃO in “*Direito das Obrigações*”, Vol. I, 3ª ed., Janeiro de 2003, pp. 348-350. Na doutrina portuguesa, apenas PESSOA JORGE (in “*Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*”, Lisboa, 1968, pp. 417-418) se pronunciou a favor da **aplicação genérica da relevância negativa da causa virtual**, considerando ser ela a solução lógica em consequência da posição por si propugnada de atribuição sistemática da indemnização com base na teoria da diferença e que a função reparatória é a função primordial da responsabilidade civil, pelo que não deve a prossecução de funções acessórias impedir a consagração da relevância negativa da causa virtual. Porém, tirando este Autor, todos os outros se orientaram no sentido da consideração como regra geral da **irrelevância negativa da causa virtual**.

¹⁶⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 49.

vigilância), pelo que a relevância negativa surge justificada pela compensação do agravamento da posição do obrigado a indemnizar». Assim sendo, «pelo menos **quando estiver em causa uma situação de danos causados a terceiros por pessoa sujeita à vigilância**, o obrigado a este dever poderá eximir-se da responsabilidade, invocando que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse cumprido – aplicando o disposto na parte final do art. 491.º do Código Civil, por força da remissão para “os princípios gerais da responsabilidade civil” (constante do n.º 3 do art. 10.º do RRCEE [Lei n.º 67/2007]) ou por analogia»¹⁶².

Dito isto, a mesma Autora considera que o caso em apreço (**suicídio de doentes internados em hospital psiquiátrico por violação do dever de vigilância a cargo do estabelecimento de saúde público envolvido**) justifica a mobilização do instituto da **culpa do serviço** ou – na terminologia da Lei n.º 67/2007 – do **funcionamento anormal do serviço**.

É que «a determinação da verificação do pressuposto da culpa do agente em acções de responsabilidade administrativa anuncia-se sempre como particularmente complexa»¹⁶³. E «os problemas agudizam-se na responsabilidade por danos decorrentes da prestação de cuidados de saúde nas hipóteses em que não existe a possibilidade de emitir juízos de censura ético-jurídicos relativamente a sujeitos determinados ou determináveis»¹⁶⁴.

«Neste horizonte, o apelo à ideia de **culpa do serviço** [*faute du service*] ou de **funcionamento anormal do serviço** permite acentuar uma realidade específica, a saber, a afirmação da responsabilidade (e, conseqüentemente, a ampliação das hipóteses de responsabilização) sempre que ou não se consiga apurar qual o agente responsável pela comissão do facto danoso (culpa anónima), ou tal facto não decorra da conduta censurável de um agente determinado, mas resulte de um deficiente funcionamento do serviço (culpa colectiva)»¹⁶⁵. «Nestas situações, imputa-se subjectivamente o facto danoso ao responsável pelo funcionamento do serviço (a pessoa colectiva pública ou privada em causa), sendo tratado como um caso de responsabilidade exclusiva das pessoas colectivas»¹⁶⁶.

Neste contexto, afigura-se muito problemática a exoneração do Estado do dever de indemnizar decidida no **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21/06/2012** (Proc. n.º 08532/12; Relator – ANTÓNIO VASCONCELOS) – acessível [o texto integral] in: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf> –, num caso em que **um doente que sofria de “Alzheimer”** mas, apesar de sofrer da doença de diabetes, não corria risco de vida, nem padecia de doença que fizesse prever a sua morte subitamente, **tendo chegado de ambulância a um hospital público e sido ali admitido no serviço de urgência**, referenciado como doente que tinha sofrido perda de conhecimento, náuseas e vómitos, **posto o que a médica que o observou (e que já conhecia este doente e o seu estado clínico mental por o mesmo já ter sido ali assistido) pediu a realização de electrocardiograma, de raio X e análises, tendo posteriormente mandado repetir análises às enzimas e disse aos familiares que acompanhavam o doente que não dava alta ao mesmo sem análises prévias e exames**

¹⁶² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁶³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁶⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 49].

¹⁶⁵ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [pp. 49-50].

¹⁶⁶ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *ibidem* [p. 50].

adequados, tendo-lhes posteriormente dito que o doente teria de ficar em observação e repetir análises já de madrugada e que só depois se podia avaliar a situação e eventualmente dar-lhe alta – o que levou os familiares a retirarem-se do hospital para o respectivo domicílio, tendo-lhes sido dito no dia imediato, quando telefonaram para o hospital a indagar notícias do doente, que este ainda não tinha tido alta, e que só prestariam mais informações dentro de determinados horários pré-estabelecidos e, posteriormente, no mesmo dia, que o doente tinha uma consulta de cardiologia, à qual não tinha comparecido –, **veio finalmente, depois de estar desaparecido durante 16 dias, a ser encontrado morto, num estado de putrefacção muito avançado, num terreno baldio, que se localiza a cerca de 1800 metros do hospital em questão.**

Neste aresto, o Estado foi exonerado dos pedidos indemnizatórios contra ele formulados pela viúva e pela filha do doente por se entendido que **«Das normas legais ou regulamentares potencialmente aplicáveis ao caso sub judice – Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e o Estatuto Hospitalar, aprovado pelo Decreto – Lei n.º 48357, de 27 de Abril de 1968 – não resulta qualquer obrigação para o [Hospital] ora Recorrido de controlar e/ou evitar a saída dos doentes»**, sendo que, **«No domínio dos serviços de saúde a “prudência comum” mais não é do que a percepção de determinados estados patológicos dos utentes adequados a afastar, na medida do possível, os riscos que a manutenção ou evolução daquelas patologias poderá acarretar»**, pelo que **«A operacionalidade do dever de vigilância existe em relação a perigos representáveis por um avaliador prudente»** – o que consequência que, **«sempre que a patologia especial não seja comunicada, ou diligentemente perceptível, não poderá o doente considerar-se abrangido pelo âmbito de protecção regulamentar.»**

A esta luz, decidiu-se que, **«Não se verificando o nexo causal entre o alegado facto ilícito (omissão de vigilância) e o dano (morte) em termos de causalidade adequada, tanto basta para não estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, em razão do que a acção não podia deixar de ser julgada improcedente»**.

Desde o momento que se provou que **a médica que observou o doente no serviço de urgência conhecia este doente e o seu estado clínico mental por o mesmo já ter sido ali assistido**, dificilmente se entende como pôde ter-se concluído que **o pessoal médico do Hospital não estava obrigado, segundo as regras da “prudência comum”, a tomar especiais medidas de vigilância no sentido de controlar e/ou evitar a saída do doente das instalações hospitalares.**

Em qualquer caso, **mesmo que não se pudesse imputar o desaparecimento do doente à conduta omissiva de qualquer um dos profissionais de saúde que o atenderam neste hospital, sempre se imporia a responsabilização do Estado com base na ideia dum deficiente funcionamento do serviço (culpa colectiva).**

vi) Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente

A jurisprudência dos Tribunais Administrativos tem secundado, uniformemente, a orientação (adoptada pela jurisprudência dos tribunais comuns, *maxime* pelo Supremo Tribunal de Justiça) segundo a qual **a responsabilidade civil extracontratual** pressupõe, a par da **ilicitude** e da **culpa**, o **nexo de causalidade entre a acção ou omissão imputada ao agente e o resultado danoso verificado**, só ocorrendo tal pressuposto se este constituir uma consequência normal, típica, provável daquelas, pelo que, se o demandante não lograr fazer prova deste pressuposto – cujo ónus lhe pertence (nos termos do art. 342.º-1 do Código Civil) –, a acção improcede.

Nesta linha se situa, entre muitos outros, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11/03/2010** (Processo n.º 0191/09; Relator - FREITAS CARVALHO) – acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> –:

«I – Constituindo um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, a par da ilicitude e da culpa, o nexo de causalidade adequada entre a acção ou omissão imputada ao agente e o resultado danoso verificado, só ocorrendo tal pressuposto se este constituir uma consequência normal, típica, provável daquelas.

II – Não tendo o Autor, como lhe competia (artigo 342.º do C. Civil) feito prova de tal pressuposto, a acção improcede.»

Dentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/02/2002** (Processo n.º 047809; Relator – SIMÕES DE OLIVEIRA) – também acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que:

«**A meningococemia fulminante, diagnosticada às 8H00 desse dia e que foi causa da morte da menor pelas 10H30, é uma doença muito grave e de evolução extremamente rápida, mas que ainda assim permite uma taxa de sobrevivência da ordem dos 60 a 70%, pelo que é preciso estabelecer o nexo causal entre aquela omissão e o resultado produzido – o que equivale a determinar se uma vigilância e observação médica durante aquele período de tempo podia ter evitado a morte da menor**», pelo que, «Se essa matéria foi alegada pelos AA. mas não foi levada à base instrutória, impõe-se a anulação do julgamento para ampliação da matéria de facto (art. 712.º, n.º 4, do C.P.C.).»

Ainda na mesma linha, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/05/2012** (Processo n.º 0576/10; Relator – ADÉRITO SANTOS) - acessível *on-line* (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – decidiu que:

– Por falta deste último pressuposto da obrigação de indemnizar [nexo de causalidade entre este e o dano], **deve ser julgada improcedente acção de responsabilidade civil extracontratual, proposta contra estabelecimento hospitalar, por danos sofridos pelos autores durante e após parto aí ocorrido, se estes não lograram fazer prova de que a conduta dos agentes do réu, durante esse parto, foi causa daqueles danos.**

Mais recentemente, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/09/2014** (Proc. n.º; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – acessível on-line (o texto integral) in: – considerou que:

Existe nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito (a não opção imediata pela cesariana e a demora na extracção do feto) e os danos sofridos pelo bebé (a paralisia cerebral), decorrentes das lesões sofridas durante o parto. Isto porque, deu-se como provado não só que *a demora na extracção do feto perante uma bradicardia é apta a produzir, ou pelo menos aumentar, o risco da hipoxia isquémica e subsequente paralisia cerebral que o bebé sofreu* e ainda que *a situação clínica da mãe e do feto, só por si e desacompanhada de outros factores, nomeadamente de ordem peri-natal, não justificava que o mesmo viesse a padecer de paralisia cerebral grave.*

Além disso, deu-se ainda como provado que *“a estenose hipertrófica do piloro pode estar associada a uma malformação cromossómica susceptível de desencadear a paralisia cerebral grave, mas este não era o caso dos autos”.*

Contudo, **não se tendo provado que a morte do bebé – ocorrida 10 anos depois – tenha sido causada pelas lesões sofridas durante o parto e, portanto, que a morte tenha sido consequência do facto ilícito (demora na extracção do feto) imputado ao hospital réu, não está este obrigado a ressarcir – com autonomia – o dano morte.**

a) Critério de aferição da existência (ou não) de Nexo de Causalidade

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo reafirma, sistematicamente, a orientação – também perfilhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – segundo a qual o **art. 563.º do Código Civil consagra a teoria da causalidade adequada**, devendo adoptar-se a sua formulação negativa correspondente aos ensinamentos de ENNECERUS-LEHMANN, segundo a qual **uma condição do dano deixará de ser considerada causa dele sempre que seja de todo indiferente para a produção do dano e só se tenha tornado condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias.** Nesta formulação, para que haja causalidade adequada, não é necessário que o facto, só por si, sem a colaboração de outros, tenha produzido o dano, nada obstando a que ele seja apenas uma das condições desse dano: cfr., a título exemplificativo, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13/03/2012** (Processo n.º 0477/11; Relator – POLÍBIO HENRIQUES), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta..>

O **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/5/2010** (Proc. n.º 0793/09; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO) – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt/jsta – introduziu **uma precisão importante**, em matéria de **nexo de causalidade**, ao entender que:

«Havendo violação de disposições legais de protecção (ou das *legis artis*) ocorre uma inversão do ónus da prova, desde que o resultado possa ser visto como um dos perigos a evitar com o cumprimento de tais regras. Com efeito, se através da violação das “*legis artis*” é aumentado o risco de dano, vindo a ocorrer uma lesão localizada no “círculo de perigos” que a

legis artis violada pretende evitar, deve impor-se ao infractor a prova de que o dano se verificou independentemente da lesão (SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica, Direito e Bioética*, págs. 148 e seguintes [pág. 150]). Ou seja o **lesado deve provar factos de onde resulte que o resultado foi causado pelo acto anestésico e que esse resultado se localiza no âmbito dos perigos que o escrupuloso cumprimento das *legis artis* pretende evitar. O lesante, para afastar o nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado, deve provar que, tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as *legis artis*.**»

Ora,

«No caso dos autos é indubitável que:

- (i) Que o resultado (paraplegia) do autor foi causado pelo acto anestésico;
- (ii) O resultado (paraplegia) é um dos perigos que uma anestesia através da técnica epidural adequadamente feita se destina a evitar;
- (iii) As vicissitudes do acto anestésico (perfuração da *dura mater*, repetição por três vezes da infiltração no mesmo local e dose elevada do químico) e o juízo pericial considerando que seria prudente a mudança de local, mostram ter havido violação do dever objectivo de cuidado (*legis artis*)».

Assim, a esta luz, temos que, uma vez demonstrado que o dano se localiza no âmbito dos perigos que uma conduta de acordo com as “*legis artis*” pretende evitar, para o réu afastar o nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado deveria ter provar que tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as *legis artis*.

Não sendo feita essa prova (por parte do hospital réu), os factos assentes são bastantes para imputar aos serviços do réu a lesão sofrida pelo autor, na medida em que:

- (i) Está provado o resultado,
- (ii) Está provado que o resultado foi causado pelo acto anestésico,
- (iii) Está provado que o acto anestésico não foi prudente, e
- (iv) Não foi feita a prova de que esse resultado, com toda a certeza, pudesse ter outra causa, isto é, que teria ocorrido mesmo que o acto anestésico tivesse sido prudentemente praticado.

Daí que, no caso em apreço, o STA tenha concluído que:

«I – Para que seja imputável ao réu a lesão sofrida pelo autor (paraplégia) após um acto anestésico (epidural) o lesado (autor) deve provar os factos de onde resulte que aquele

resultado foi causado pelo acto anestésico, que houve violação das "legis artis" e que o referido resultado se localiza no âmbito dos perigos que escrupuloso cumprimento das legis artis pretende evitar.

II – Feita essa prova o réu só não responderá civilmente se, não obstante, provar que tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as "legis artis"».

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19/05/2016** (Proc. n.º 0576/10; Relator – COSTA REIS) – cujo texto integral está acessível online in: www.dgsi.pt/jsta – densificou nos seguintes termos os parâmetros do pressuposto consubstanciado no **nexo de causalidade**:

«I – O nexo naturalístico a que se refere o art.º 563.º do CC ocorre sempre que o facto ilícito é susceptível de se mostrar, face à natureza das coisas e à experiência comum, como adequado à produção do dano e, por isso, o mesmo só deixará de ser fonte da obrigação indemnizatória quando, «segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano».

II – Sendo assim, e sendo que esse juízo é um juízo lógico e racional que decorrerá da não só da valorização de todos os factos apurados mas também da sua interacção com o quadro jurídico regulador, *maxime* o art.º 563.º do CC, e sendo, ainda, que o mesmo nunca poderá ser assimilado a um juízo de certeza factualmente absoluta o qual, de resto, nem sequer é necessário, importará concluir que bastará a formulação de um juízo que encerre um grau de probabilidade tão elevado que só a contraprova o poderá destruir.

III – Nesta conformidade, e **encontrando-se provado que a actuação do Réu foi ilícita e culposa e que a mesma tinha, no plano naturalístico, aptidão para originar os pedidos danos**, isto é, de que era sua condição e que se não provou tais danos só se produziram em **virtude de outras circunstâncias extraordinárias**, é forçoso concluir que se verifica o nexo causal entre o modo como o parto foi realizado e as consequências que dele decorreram.»

b) Casos em que os Tribunais Administrativos consideraram verificado o pressuposto do Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos nos hospitais públicos e os danos sofridos pelo paciente

– Ainda que, **ocorrida uma torção do testículo, o Autor tivesse sempre de realizar uma intervenção cirúrgica para debelar o mal, existe nexo de causalidade adequada entre o comportamento ilícito e culposos do médico que o assistiu num hospital público – o qual não procurou, de imediato, conforme se impunha (a intervenção tem de ser realizada no espaço de 6 a 8 horas, após a ocorrência da torção), uma certeza quanto ao diagnóstico, mediante o recurso a meios instrumentais de diagnóstico (como o Eco-poppler), ou à exploração cirúrgica imediata, em face dos resultados irremediáveis caso se tratasse de uma torção –, e a despesa subsequentemente realizada com a intervenção num hospital privado (Acórdão do**

Supremo Tribunal Administrativo de 25/05/2005 [Processo n.º 0855/04; Relatora - ANGELINA DOMINGUES], acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– **Existe nexó de causalidade entre a omissão de vigilância de uma criança e a morte da mesma, por meningococemia fulminante**, no seguinte quadro essencial:

– Entra no Hospital Réu, de Famalicão, pelas 02h - 03h;

– Face ao quadro febril que apresenta é determinado que permaneça no respectivo serviço de urgência, apenas lhe sendo fornecida medicação para atenuar a febre;

– Entre as 04h e as 08h não é sujeita a nenhum acompanhamento médico;

– Pelas 05h aparecem lesões difusas tipo manchas azuladas, com formas e contornos irregulares ao longo do corpo da doente, sintomatológicas dum hipotético quadro de meningococemia;

– Em todo aquele período não é diagnosticado nem efectuado qualquer tratamento para a meningococemia;

– Vem a ser transferida para o Hospital de S. João no Porto, onde chega pelas 10 horas e falece pelas 11h30;

– O Conselho Médico-Legal considera que se impunha ter-se realizado uma punção lombar, hemoculturas, etc., e instituir em seguida uma terapêutica adequada, que no Hospital Réu a doente foi vigiada tempo excessivo e que a doente deveria ter sido enviada mais cedo para o Hospital de São João. (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006** [Processo n.º 0137/05; Relator – ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **A demora na assistência, na realização de exames complementares de diagnóstico e na administração da medicação aconselhada são de considerar causais da morte, pois que, a meningite, embora sendo uma situação clínica grave, potencialmente letal, não é sempre geradora da morte dos pacientes, sendo, desde que atempada e devidamente tratada, estatisticamente curável entre 90% a 95% dos casos, pelo que é fortemente provável que, se a criança tivesse sido tratada devidamente, não teria ocorrido a sua morte.** E, assim sendo, as referenciadas condutas não são de considerar indiferentes na produção do dano, pelo que é de considerar verificado o nexó de causalidade entre as condutas ilícitas e culposas *supra* referenciadas e a morte dessa criança (**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/04/2012** [Processo n.º 0798/11; Relator – ANTÓNIO MADUREIRA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>);

– **Existe esse nexó de causalidade entre a indução de dióxido de carbono em quantidade excessiva (em vez de protóxido de azoto) à vítima, na cirurgia a que foi submetida – da qual resultou como consequência direta, necessária e adequada choque anestésico com paragem**

cardíaca, seguido de edema cerebral, este consequência da ação direta tóxica do dióxido de carbono sobre as células e fluxo sanguíneo cerebral e de asfixia, resultante da paragem cardíaca que a deixou em Estado de coma com sinais de sofrimento grave no sistema nervoso central – e a morte cerca de 7 dias após, sempre em situação de internamento hospitalar (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/03/2015 [Processo n.º 01932/13; Relatora – ANA PAULA PORTELA]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>)

c) Casos em que, diversamente, os Tribunais Administrativos consideraram não provado o pressuposto do Nexo de Causalidade entre os actos médicos praticados ou omitidos nos hospitais públicos e os danos sofridos pelo paciente:

– Não é decisivamente integrador de negligência assistencial, nem **causal relativamente à asfixia neonatal de que resultaram graves lesões cerebrais e, mais tarde, a morte da criança por paragem cardíaca, o atraso de cerca de 15 minutos em chamar a médica obstetra de serviço de prevenção, se ao ser detectada uma bradicárdia fetal as enfermeiras chamaram prontamente uma médica pediatra que estava no hospital e havia sinais de recuperação da bradicárdia, normalizando após as contracções, sendo certo que esse tempo seria à mesma consumido na preparação de uma cesariana, se a dita médica estivesse perto da parturiente (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/02/2003 [Processo n.º 0648/02; Relator – J SIMÕES DE OLIVEIRA]), acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);**

– Também **não se pode concluir pela existência de omissão negligente e respectiva ligação causal àquele resultado por a doente não ter sido monitorizada pelo cardiocógrafa (CTG/RCT), se o feto foi sendo controlado pelo método PINAR (pelo qual foi detectada a bradicárdia), se o aparelho tinha sido anteriormente retirado dela para o ligar a outra doente (decisão médica cuja bondade não vem questionada), e se dá também como provado que aquela pode ter outras causas pré-natais, ficando assim por demonstrar que com a maior probabilidade aquele tipo de monitorização teria podido evitar tais consequências (cit. Acórdão do S.T.A. de 5/02/2003);**

– **Não se tendo provado que foi a aplicação de calor húmido que provocou queimaduras e que estas tenham sido a causa (possível) de lesões necróticas que implicaram a amputação parcial da extremidade distal da 3ª falange dos 3.º e 4.º dedos da mão direita;**

– **Provando-se, pelo contrário, que tal amputação era uma consequência possível de um corte no punho – secção total dos aparelhos flexor superficial e flexor profundo pequeno dos últimos 4 dedos e dos tendões dos pequenos e grande palmar e secção total dos nervos mediano e cubital, correspondendo ao que se costuma chamar por "amputação fisiológica da mão";**

– **Não é possível imputar a referida amputação à aplicação de calor húmido, ou aos tratamentos e cuidados médicos da lesão inicial sofrida pelo autor (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/02/2004 [Processo n.º 01830/02; Relator – SÃO PEDRO), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);**

– Não há nexa causal entre o atraso na marcação de uma cirurgia oftalmológica e a cegueira sofrida pelo autor se ficou provado que esta patologia adveio de um descolamento da retina não relacionável com esse atraso (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/03/2012 [Processo n.º 08/12; Relator – MADEIRA SANTOS]), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

vii) O Ónus da Prova nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil extracontratual por danos decorrentes de actos ou omissões praticados em Hospitais Públicos

Uma vez assente que a **responsabilidade civil** em que incorrem os **hospitais públicos** (em sentido lato) – e porventura também os respectivos **funcionários** ou **agentes** (o que – como vimos – apenas ocorre em caso de dolo ou culpa grave) – pelos **danos decorrentes das acções ou omissões neles praticadas**, é exclusivamente de **natureza extra-contratual**, não se divisando nenhuma hipótese de o utente poder responsabilizar um hospital público a título (meramente) de **responsabilidade contratual**, «escusado será dizer que é sobre o lesado que recai o ónus da prova dos factos constitutivos da sua pretensão indemnizatória»¹⁶⁷.

Consequentemente, é consensual o entendimento segundo qual, tratando-se de **responsabilidade extracontratual**, «o paciente lesado tem o ónus de provar:

- (1) Uma violação dos [seus] direitos absolutos/direito de personalidade (integridade física, vida, autodeterminação dos cuidados de saúde) por parte do médico ou de um órgão, representante ou auxiliar da entidade prestadora de cuidados de saúde;
- (2) A culpa do réu (dos seus órgãos ou auxiliares), e
- (3) O nexa de causalidade adequada entre o facto ilícito e o dano sofrido e (4) esses mesmos danos»¹⁶⁸.

Na **jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo**, o **Acórdão de 14/04/2005** (Proc. n.º 0677/03; Relator – FREITAS CARVALHO) – acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta> – não teve dúvidas em considerar que, «*Nas acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – art. 342.º, n.º1, C. Civil - de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização, salvo caso de presunção legal – art. 344.º n.º 1, C. Civil – ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado – art. 344.º, n.º 2 C. Civil*», refutando, assim, a tese dos Autores/Recorrentes segundo a qual, conquanto seja de natureza extra-contratual a responsabilidade civil resultante de actos médicos praticados em hospitais públicos, como é «*difícil a prova da negligência médica*

¹⁶⁷ MARGARIDA CORTEZ in “*Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde*”, publicado na obra colectiva intitulada “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra, 2005, pp. 257-273 [p. 266].

¹⁶⁸ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1ª ed., 2015, p. 777.

porque de um lado está um especialista (o médico) e do outro um não especialista (o doente), é preferível a tese a presunção da culpa por parte dos titulares dos órgãos da administração, seus funcionários ou agentes», sendo que, também quanto ao nexos de causalidade, não repugnaria aceitar que, «dada tal dificuldade, recaia sobre o médico o ónus da prova do nexos de causalidade por ele estar em melhores condições para alegar e demonstrar que utilizou todos os processos necessários à prestação dos melhores cuidados possíveis e à utilização das melhores técnicas (leges artis)».

Porque «é sempre tarefa delicada e difícil decidir se a realização de determinado acto médico foi a mais correcta e a mais adequada às circunstâncias do caso concreto ou se, pelo contrário, a mesma violou as regras de ordem técnica e de prudência comum que lhe deviam presidir, pois que não se tratando de uma operação matemática e, portanto, de uma operação em que o diagnóstico e tratamento só pudesse ser um único, os resultados desse acto dependem muitas vezes de variáveis nem sempre antecipadamente conhecidas ou controláveis», «**exige-se que numa acção deste tipo se articule e, depois, se prove por que razão se considera que a assistência médica ministrada não foi a mais adequada e porque é que foi a mesma a provocar os danos peticionados**, e isto porque o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas de que o Autor se queixa.» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6/06/2007** (Proc. n.º 021/07; Relator – COSTA REIS) - acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

Dito isto, embora o **regime-regra** seja o de que, nas acções a instaurar perante os Tribunais Administrativos, destinadas a efectivar a responsabilidade civil extracontratual dos Hospitais Públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde, é sobre o paciente/lesado que recai o ónus de alegar e provar todos os pressupostos de que depende a existência responsabilidade civil do Estado e dos demais Entes Públicos – nomeadamente, a **ilicitude** (consubstanciada na **infracção de regras de ordem técnica** ou **deveres objectivos de cuidado**), a **culpa** dos profissionais de saúde (aferida pelo critério da diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor, isto é, respeitador das *leges artis* que lhe sejam aplicáveis) e o **nexo de causalidade adequada** entre os actos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente -, não está excluído que a favor do paciente/lesado possam funcionar **presunções legais de culpa** a cargo do estabelecimento de saúde em causa, nomeadamente as previstas nos arts. 491.º e 493.º, n.º 2, do Código Civil e no art. 10.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, caso em que recairá sobre o hospital público demandado o ónus de as ilidir (nos termos do art. 350.º, n.º 2, do Código Civil).

a) A actividade médica pode ser considerada uma “actividade perigosa”, nos termos e para os efeitos do art. 493.º-2 do CC?

Segundo algumas opiniões, o **n.º 2 do artigo 493.º do Cód. Civil**, que estabelece uma presunção de culpa a cargo de quem causar danos a outrem no exercício duma **actividade perigosa**, seja por sua própria natureza seja pela natureza dos meios utilizados, só se livrando da obrigação de indemnizar “se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas

circunstâncias com o fim de os prevenir”, também seria aplicável no âmbito da responsabilidade médica, por serem frequentemente utilizados, no decurso dos tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas, coisas e instrumentos perigosos ¹⁶⁹.

O exemplo paradigmático apresentado por ANTUNES VARELA¹⁷⁰ é o do emprego dum bisturi eléctrico que envolve, em virtude da sua alimentação com energia eléctrica, uma série de perigos. Segundo este Autor¹⁷¹, também serão subsumíveis ao mesmo regime as hipóteses em que se produzam danos decorrentes da utilização duma incubadora com termóstato estabilizador da temperatura ou danos derivados de um tratamento médico com ondas curtas ou raios x ou de um tratamento dentário com broca. ANTUNES VARELA subsume igualmente à previsão do n.º 1 do art. 493.º os danos causados por agulhas médicas.

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO¹⁷², cabe neste leque de casos especiais previstos no art. 493.º, n.º 2, em que estão em causa procedimentos particularmente arriscados face ao comum dos actos médicos, «a realização de operações ousadas, com **operações de enxerto e de transplante de órgãos**».

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA¹⁷³ opina que, embora a **actividade cirúrgica** não caiba, em regra, no âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 493.º, «*pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso*» e advoga que «*esta tese deve valer não apenas para a cirurgia, mas ainda para intervenções de quimioterapia, radioterapia ou outras cujo perigo concreto seja elevado*». Este Autor secunda ainda a posição assumida por LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA¹⁷⁴ ao defender a subsunção à previsão do mesmo art. 493.º, n.º 2, de casos como «*a realização de tratamentos médicos com raios x e ondas curtas; a realização de operações ousadas, tais como operações de enxerto e de transplantação de órgãos (embora aqui exista um regime de responsabilidade objectiva); a utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise e de incubadoras*».

¹⁶⁹ Assim é que, para MANUEL LOPES ROCHA (in “Responsabilidade Civil do Médico/Recolha de Órgãos e Transplantações”, Separata da Revista “Tribuna da Justiça”, nº 3, 1987, p. 48 e segs.), «é razoável admitir que, ainda hoje, mesmo tendo em conta os espetaculares progressos das ciências médicas, certas operações de enxerto ou transplantação, sobretudo de órgãos, comportam um elevado grau de riscos para a saúde e para a vida do beneficiário, que permitem qualificá-los como perigosos, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados». «Justifica-se, aqui, um dever de diligência explicável pela ideia de que a previsibilidade do dano está in re ipsa, devendo o agente, ao actuar, ter em conta o perigo para terceiros e não sendo, por isso, bastantes os deveres de diligência normal: onde a periculosidade está ínsita na acção, há o dever de agir tendo em conta o perigo» (*ibidem*). «Certo que a solução tem o inconveniente de inverter o ónus da prova, que não é de modo algum dispiciendo, na medida em que fomenta o receio do médico de proceder a operações de alto valor sócio-terapêutico que possam desencadear a sua responsabilidade e, por esse lado, constituir entrave ao próprio progresso da ciência, que não dispensa uma contínua experimentação, como essencial à afinação da técnica» (*ibidem*).

¹⁷⁰ In *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª ed., Coimbra, 2006, p. 595.

¹⁷¹ In ob., vol. e loc. cit.

¹⁷² In “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 107.

¹⁷³ In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 760.

¹⁷⁴ In “O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL).”, acessível on-line in:

<http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>, p. 29.

Na **jurisprudência**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/02/1992** (Processo n.º 080855; Relator – RUI BRITO) – cujo sumário está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – aplicou a presunção de culpa estabelecida no art. 493.º, n.º 2 ao **médico que utilizou numa operação um cauterizador eléctrico**, considerado **um instrumento perigoso**, assim provocando no paciente queimaduras graves, razão pela qual decidiu que *«Recai sobre o médico, que numa operação usa um instrumento perigoso (cauterizador eléctrico) que veio a causar no operado graves queimaduras, provar que empregou todas as providências exigidas para que não ocorresse tal evento, não bastando provar que se comportou como se comportaria uma pessoa provida de média prudência, por na hipótese ser de presumir a sua culpa»*.

Por sua vez, o **Acórdão da Relação de Coimbra de 11/7/2006** (Processo n.º 3529/05; Relator: VIRGÍLIO MATEUS) – acessível (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf> – entendeu que *«Havendo especial periculosidade pela possibilidade de contaminação viral, a actividade de transfusão de sangue é perigosa para os efeitos do art. 493.º n.º2 do Código Civil, que consagra regime de responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada, atenta a específica presunção de culpa.»*

E o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/03/2007** (Revista n.º 96/07 - 6.ª Secção; Relator: NUNO CAMEIRA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também considerou que *«Enquadra-se na previsão do art. 493.º, n.º 2, do CC - exercício de actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados - a sujeição do lesado a transfusão de sangue que se tornou necessária para debelar anemia subsequente a intervenção cirúrgica de correcção a uma fractura da tibia»*.

Por seu turno, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008** (Processo n.º 08A3323; Relator: MÁRIO CRUZ) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – entendeu que *«As operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen podem enquadrar-se nas actividades perigosas»*.

Mais longe ainda foi o **Acórdão da Relação de Coimbra de 6/5/2008** (Processo n.º 1594/04.7TBLRA.C1; Relator: JAIME FERREIRA) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf> – ao considerar que **a actividade médico-cirúrgica em geral é uma actividade perigosa** para efeitos do art. 493.º, n.º 2, pelo que **cumpra a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem**, sendo que, quando assim não aconteça, fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493.º, n.º 2, 798.º e 800.º, n.º 1, todos do Cód. Civil.

Todavia, predomina largamente, na doutrina, o entendimento segundo o qual **a regra do cit. art. 493.º-2 apenas funciona quando há utilização, pelo médico, de aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento**: só nestes casos é que incumbe ao médico provar que os danos provocados por um desses aparelhos ou máquinas não são devidos a uma

utilização negligente, mas a factores independentes dessa circunstância, como, por exemplo, a um defeito de fabrico^{175 176 177 178}.

A tese sufragada pela generalidade dos Autores é a de que, conquanto a **medicina** seja, em certa medida, **uma actividade que intrinsecamente comporta perigos**, «a sua consideração como perigosa para efeitos de presunção de culpa do médico em toda e qualquer situação inibiria por completo a actividade médica»¹⁷⁹.

Ademais, «salvo raras excepções, por referência às quais o problema terá de ser reequacionado, o médico não aumenta extraordinariamente o nível de perigo já existente»¹⁸⁰. «Dito de outro modo, não é o médico com o seu agir que aumenta a propensão para a ocorrência do dano, resultando aquela de uma situação preexistente, clinicamente identificável com o estado patológico do doente»¹⁸¹. «Nessa medida, não fará sentido a mobilização do artigo 493.º, n.º 2, CC para resolver uma questão deste tipo»^{182 183}.

¹⁷⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 138.

¹⁷⁶ Cfr., igualmente no sentido de que, «sem prejuízo da susceptibilidade de recurso ao art. 493.º nº 1 quanto à presunção de culpa daquele que detém equipamentos técnicos de diagnóstico ou cura com a obrigação de os vigiar, não deve considerar-se a actividade médica [em si mesma] uma actividade perigosa para efeitos do nº 2 do aludido preceito», MANUEL CARNEIRO DA FRADA (in “Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso”, Coimbra, 2006, p. 116).

¹⁷⁷ Cfr., também no sentido de que, mesmo perfilhando-se uma concepção aberta de “actividades perigosas” – como a preconizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que tem vindo a considerar como perigosas actividades muito diversificadas (nomeadamente, a explosão em terreno pedregoso [Ac. do STJ de 16/2/1978]; a prova de corridas de automóveis [Ac. do STJ de 12/05/1981]; a indústria que produz detritos inflamáveis [Ac. do STJ de 2/11/1989]; a utilização de locomotiva de carvão [Ac. do STJ de 27/03/1979]; a utilização de uma empilhadora de toros de madeira [Ac. do STJ de 27/10/1992]; o lançamento de foguetes [Ac. do STJ de 18/03/1993]; a navegação marítima [Ac. do STJ de 12/07/1994]; o emprego de compressor com ponteiro de aço na construção civil [Ac. do STJ de 7/06/1994]; o uso de grua [Ac. do STJ de 30/06/1998]; a caça com arma de fogo [Ac. do STJ de 17/12/1998]; o derrube de um pinheiro [Ac. da Rel. do Porto de 12/11/1999]; a condução de energia eléctrica em alta tensão por fios aéreos [Ac. do STJ de 25/03/2004]; o Karting [Ac. do STJ de 6/06/2002]; a circulação de motas de água [Ac. do STJ de 30/11/2004]; o afogamento numa piscina aberta ao público [Ac. do STJ de 8/03/2005]; uma prova de rally [Ac. do STJ de 17/11/2005]; e um jacuzzi [Ac. do STJ de 4/07/2006]; a realização duma prova de todo o terreno com veículos motorizados geradores de poluição sonora, derramamento de óleos e combustíveis [Ac. do STJ de 25/09/2007]; a manobra de içamento duma embarcação [iate] com a dimensão retratada nos autos, através da utilização de uma grua de 60 toneladas [Ac. do STJ de 6/11/2007]; a escavação por máquinas pesadas na proximidade das fundações de prédio contíguo, de construção antiga, assente em terreno lodoso, já assaz deteriorado pelo seu tempo de duração [Ac. do STJ de 22/04/2008]; e a prática de salto mortal numa aula de ginástica por uma aluna de quinze anos de idade que caiu e se lesionou fisicamente, sem que a sua actuação estivesse a ser vigiada e assistida pelo Réu, professor de ginástica, que se encontrava distante cerca de cinco metros do local do salto [Ac. do STJ de 30/11/2010]) – não podem subscrever-se afirmações genéricas de que «toda a actividade médica seja perigosa, ou mesmo que toda a actividade cirúrgica se subsuma a esta norma, nem mesmo que todas as operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen sejam perigosas», ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica” cit., p. 761.

¹⁷⁸ Cfr., de igual modo no sentido de que, embora seja seguro que «qualquer intervenção médico-cirúrgica comporta riscos» (basta pensar que «a simples prescrição medicamentosa é acompanhada por uma infinidade de contra-indicações»), isto não é suficiente para qualificar a actuação dos profissionais de saúde como perigosa e, nesse sentido, sujeitá-los ao regime de responsabilidade plasmado no artigo 493.º, nº 2, do Cód. Civil, MAFALDA MIRANDA BARBOSA in “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003” publicado in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, nº 7 – 2007, pp. 119-150 [p. 138].

¹⁷⁹ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 107.

¹⁸⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA in “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003” cit., loc. cit., p. 138.

¹⁸¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ibidem*.

¹⁸² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ibidem*.

Ao nível da **jurisprudência**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2015** (Processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1; Relator – ARMINDO MONTEIRO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – também veiculou, em tese geral, o entendimento segundo o qual:

«A actividade de prestação de serviços médicos não se enquadra na previsão do art. 493.º, n.º 2, do CC, prevendo a responsabilidade pelo risco, por tal actividade não ser, na sua essência, genericamente, perigosa, nem por si nem nas suas consequências, devendo, por isso, o que retira proveito daquela sofrer as consequências da sua prática e prová-las, sendo excessiva a presunção de culpa no caso da actividade médica». Isto porque «A responsabilidade médica só em situações muito excepcionais se deve considerar excepcionalmente perigosa, o que teria a desvantagem, se fosse de assumir como regra, de conduzir a medicina com efeitos defensivos, trazendo o efeito de retardar o progresso em certas especialidades em prejuízo para o próprio doente, além de conduzir a inqualificáveis repercussões na dignidade pessoal e profissional do médico; de nada se lucrando alargar, sem reflexão, as hipóteses de responsabilidade objectiva, sendo salutar que a compensação pelos danos acidentais do acto médico, pelas suas “faults”, se processe por meio de um seguro ou fundo de garantia, com vantagem para o paciente que não tem que arrostar o cansaço do processo e as dificuldades patrimoniais do médico em suportar o montante dos danos».

b) Casos de inversão do ónus da prova

Nos termos do art. 344.º, n.º 2, do Código Civil, opera-se a **inversão do ónus da prova** “quando a parte contrária tiver culposamente [com dolo ou negligência] tornado impossível a prova ao onerado”.

Como bem observa RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁸⁴, «*avultam, aqui, dois requisitos, para a inversão do ónus da prova – o do comportamento culposo da parte não onerada com a demonstração de um facto controvertido e o da impossibilitação, por esse facto, da respectiva prova*».

Tal **comportamento** «*pode ser anterior ou concomitante ao período de pendência da acção em juízo, onde essa prova seria produzida*»¹⁸⁵. Por outro lado, «*parece que deverão ser relevantes, não só as condutas dolosas, mas também negligentes*»¹⁸⁶.

¹⁸³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA invoca um último argumento contra a subsunção da actividade médica em geral ao regime de responsabilidade instituído no art. 493.º, n.º 2: «Ainda que nos quiséssemos ater a uma visão tradicional da norma, reconduzível à presunção de culpa [segundo a Autora, no âmbito da previsão do artigo 493.º, n.º 2, «é não só a culpa como a própria ilicitude que se presumem a partir da simples constatação da ocorrência de um dano»], ficaria por explicar, em termos prático-normativamente cunhados, como se pode presumir a culpa na verificação de um dano que, ocorrendo no seio de uma situação em que ele poderia conhecer outra causa, pode simplesmente ser o resultado de um processo natural inexorável».

¹⁸⁴ In “A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado”, Coimbra, 2008, p. 365.

¹⁸⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, in ob. e loc. cit., nota 975.

¹⁸⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

Em todo o caso, a lei apenas contempla a **impossibilidade** e não a mera **dificuldade** de produção de prova. «Assim, a mera “falta de preparação técnica da parte onerada” ou a “especial dificuldade da prova” devida não serão, em princípio, argumentos capazes de fundar uma alteração ou inversão da repartição legal do ónus da prova»¹⁸⁷.

Segundo a mesma Autora¹⁸⁸, «exemplos paradigmáticos de hipóteses subsumíveis àquele preceito serão, pelo contrário, as **situações em que a parte contrária destrói documentos, que seriam necessários para que aquele que invoca um direito pudesse fazer prova de um facto constitutivo do mesmo**».

Ao nível da **responsabilidade médica**, a Autora aponta o caso da **destruição dolosa pelo médico da ficha clínica do doente**, que, por aquele deve ser elaborada, custodiada e conservada. «Tal comportamento culposo do profissional pode inviabilizar a actividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam referências aos vários actos adoptados pelo médico, às reacções do paciente, permitindo reconstruir o iter seguido pelo médico e o raciocínio em que se baseou a opção por uma dada terapia, a rejeição de outra e a razão de ser de uma inflexão num dado tratamento»¹⁸⁹. Consequentemente, ocorrendo aquele acto destrutivo do médico, ficará a seu cargo a prova de que agiu adequadamente.

Outro **exemplo** fornecido por VAZ SERRA (nos trabalhos preparatórios do Código Civil) numa situação que caberia na previsão do cit. art. 344.º-2 do Cód. Civil respeita a um caso decidido pelo Tribunal Federal Alemão em que, para averiguar a culpa dum médico, se tornava necessário conhecer a dimensão e o material (algodão ou gaze) de que era feita uma compressa, que não tinha sido retirada da ferida causada por uma determinada operação cirúrgica, tendo tal compressa sido inutilizada pelo médico, inviabilizando assim a prova que teria de ser feita pelo doente. Ora o tribunal, invertendo o ónus da prova, considerou o médico em causa onerado com a demonstração da sua não culpabilidade¹⁹⁰.

Caso o autor/lesado requeira a **notificação do réu/hospital para juntar documentação clínica** em poder deste (nos termos do art. 429.º do actual Código de Processo Civil), se o notificado incumprir o seu dever de cooperação para a descoberta da verdade (ao qual estão sujeitas todas as pessoas, sejam ou não partes na causa: cfr. o art. 417.º, n.º 1, do mesmo Código), tal **omissão será livremente apreciada pelo tribunal**, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 430.º e 417.º, n.º 2, do mesmo diploma, podendo conduzir mesmo à **inversão do ónus da prova** (ex vi deste último preceito). Em regra, essa omissão é valorada pelo tribunal no sentido de que a parte que recusa colaborar para a descoberta da verdade fá-lo porque receio o resultado daquela concreta diligência probatória.

¹⁸⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, in ob. cit., p. 366.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 367.

¹⁹⁰ Cfr., RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

Segundo LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA¹⁹¹, «o mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o Réu/médico [ou o Réu/hospital público] se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico».

c) A quem cabe o ónus da prova do requisito constituído pelo nexó de causalidade entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde?

Como se sabe, o **critério** adoptado pelo legislador português (nos arts. 562.º e 563.º do Cód. Civil), para **aferrir do nexó causal entre o acto praticado pelo lesante e os danos** de que o lesado pretende ser ressarcido é – segundo o entendimento consensual da doutrina –, o da **causalidade adequada**. Assim, não serão chamados a responder todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os autores daquela condição que, em termos gerais e abstractos e à luz das regras comuns da vida, se possa considerar causa de certo resultado.

E, dentre as várias formulações utilizadas para o **juízo de adequação destinado a apurar se, do ponto de vista jurídico, o acto praticado pelo agente deve ser considerado causa do dano sofrido pelo lesado**, a maioria da doutrina nacional preconiza que se adopte a formulação (considerada mais abrangente) enunciada por ENNECCERUS-LEHMANN, segundo a qual: «o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleichültig*) para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto»¹⁹².

A opção por esta formulação tem **repercussões no plano probatório**, «já que o doente/lesado terá apenas que provar que o facto foi condição do dano, cabendo depois ao médico/lesante “a prova de que tal condição é, em geral, inidónea para determinar o prejuízo” e, portanto, “que este foi uma consequência extraordinária dessa condição”»¹⁹³.

De todo o modo, devido à «*álea presente na actividade médica e ao conseqüente desconhecimento da exacta sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos e técnicas da ciência médica*»¹⁹⁴, a prova do nexó causal que incumbe ao doente (nos termos gerais – art. 342.º, n.º 1, do Cód. Civil –, dado tratar-se dum dos vários **factos constitutivos do direito de indemnização** que ele se propõe fazer valer, na acção intentada contra o médico ou a instituição hospitalar privada com quem celebrou um contrato de prestação de serviços médicos), levanta especiais dificuldades.

¹⁹¹ In “O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL).”, acessível on-line in:

<http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arguivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>, p. 29.

¹⁹² ANTUNES VARELA in *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª ed., Coimbra, 2006, pp. 890-891.

¹⁹³ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado”, Coimbra, 2008, p. 151.

¹⁹⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

Desde logo, o comportamento do médico concorre com outros factores potencialmente lesivos: basta pensar nos agentes patogénicos que já iniciaram o seu processo lesivo antes da intervenção do médico e que continuam a exercê-lo, apesar dessa intervenção destinada a combatê-los¹⁹⁵. Verifica-se uma interacção, no curso dos acontecimentos, entre as duas causas potenciais do dano: a natural e a desencadeada pelo médico. «*No campo da medicina é frequente que nem todos os danos sofridos pelo paciente possam ser imputados à conduta médica, dado que alguns deles existiriam de qualquer forma porque derivam da doença de que padece o paciente, logo, nem com os melhores e mais oportunos cuidados teriam sido evitados*»¹⁹⁶. O que, obviamente, dificulta, se é que não impede de todo, a tarefa de destrinçar a eficácia de cada uma delas (conduta médica e doença) para a produção do dano verificado e o reconhecimento de que a conduta do médico constituiu uma condição necessária do mesmo¹⁹⁷.

«*Por outro lado, a aplicação dos princípios que regulam o nexo de causalidade no campo médico reveste-se de particular dificuldade, dada a imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano, de tal forma que, e salvo raras excepções, é praticamente impossível afirmar com toda a certeza que, se determinada conduta tivesse sido adoptada, ou não tivesse sido adoptada, o dano não se teria verificado*»¹⁹⁸.

Por isso, «*a aplicação das regras – da responsabilidade civil e de repartição do ónus da prova – vigentes conduzirá frequentemente à rejeição da tese apresentada pelo doente, já que, perante a não demonstração – com a certeza necessária – da procedência causal do dano verificado, se conclui pela inexistência de uma relação de condicionalidade entre o comportamento ilícito do médico e o referido dano*»¹⁹⁹.

A **jurisprudência portuguesa** fornece múltiplos **exemplos de pretensões indemnizatórias que claudicaram devido à falta de prova**, por parte do lesado/demandante, do indispensável **nexo causal entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde**:

– «Além do nexo de imputação do facto ao sujeito, tem de existir sempre, para haver responsabilidade civil, um nexo de imputação objectiva entre o facto e o dano.

Se foram os diabetes que interferiram na cura da flictena e, até, no próprio aparecimento desta, o pessoal do centro médico de tratamento não responde pela indemnização se o paciente não informou ser portador dessa doença diabética» – Acórdão da Relação de Coimbra de 4/04/1995 (in *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, tomo II, pp. 31 e segs.).

– «A prova do nexo causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar, cabe ao credor da obrigação de indemnizar, independentemente da sua fonte.

¹⁹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 156.

¹⁹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, Coimbra, 2015, p. 50.

¹⁹⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

¹⁹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 51.

¹⁹⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 164.

É um dos pressupostos do direito que acciona, com vista ao ressarcimento do dano, que pretende com a acção.

O doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido, e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.

É necessário haver um nexu causal entre a acção (ou omissão) e o dano provocado. Mas não pode ser uma qualquer causa/efeito.» – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/5/2003²⁰⁰ (Processo n.º 03P912; Relator: NEVES RIBEIRO);

– Não se tendo provado que foi a aplicação de calor húmido que provocou queimaduras e que estas tenham sido a causa (possível) de lesões necróticas que implicaram a amputação parcial da extremidade distal da 3ª falange dos 3.º e 4.º dedos da mão direita; Provando-se, pelo contrário, que tal amputação era uma consequência possível de um corte no punho - secção total dos aparelhos flexor superficial e flexor profundo pequeno dos últimos 4 dedos e dos tendões dos pequenos e grande palmar e secção total dos nervos mediano e cubital, correspondendo ao que se costuma chamar por "amputação fisiológica da mão"; Não é possível imputar a referida amputação à aplicação de calor húmido, ou aos tratamentos e cuidados médicos da lesão inicial sofrida pelo autor – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/02/2004 (Processo n.º 01830/02; Relator – SÃO PEDRO), acessível on-line (o texto integral) in <http://www.dgsi.pt/jsta>.);

– «O médico cirurgião e o hospital não respondem civilmente se os danos morais cuja reparação a doente exige se traduzirem na angústia originada por uma complicação pós-operatória para cujo surgimento não concorreu qualquer erro cometido no decurso da operação» - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/2006** (Processo n.º 06A1503; Relator – NUNO CAMEIRA), – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

«– Em sede de causalidade adequada (...), tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar - e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido» – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/09/2007 (Processo n.º 07A2334; Relator - ALVES VELHO) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>;

«Não há nexu de causalidade entre o incumprimento contratual do lar de idosos que, por violação do dever de vigilância relativamente a um idoso com problemas mentais, não impediu

²⁰⁰ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 4, nº 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

a sua saída do lar e desaparecimento por mais de 24 horas e a sua morte ocorrida enquanto vagueou perdido e que, de acordo com a relatório de autópsia, foi causada por hemorragia cerebral.» – **Acórdão da Relação de Coimbra de 23/02/2011** (Proc. n.º 2051/08.8TBCTB.C1; Relator – FRANCISCO CAETANO), - cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>;

– Não há nexo causal entre o atraso na marcação de uma cirurgia oftalmológica e a cegueira sofrida pelo autor se ficou provado que esta patologia adveio de um descolamento da retina não relacionável com esse atraso – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/03/2012** (Processo n.º 08/12; Relator – MADEIRA SANTOS)), acessível on-line [o texto integral] in <http://www.dgsi.pt/jsta.>);

«– Por falta deste último pressuposto da obrigação de indemnizar [nexo de causalidade entre este e o dano], deve ser julgada improcedente acção de responsabilidade civil extracontratual, proposta contra estabelecimento hospitalar, por danos sofridos pelos autores durante e após parto aí ocorrido, se estes não lograram fazer prova de que a conduta dos agentes do réu, durante esse parto, foi causa daqueles danos.» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/05/2012** (Processo n.º 0576/10; Relator – ADÉRITO SANTOS), acessível on-line [o texto integral] in <http://www.dgsi.pt/jsta.>);

«– Alegando o autor que a cegueira do olho direito resultou do protelamento da realização de uma ecografia ocular, porque meio de diagnóstico necessário para a detecção atempada do descolamento da retina, deverá alegar e provar que, no «plano naturalístico», tal omissão foi condição dessa cegueira;

– A «adequação» de uma tal condição, enquanto vínculo causal relevante para a lei, é já, analiticamente, um juízo subsequente, que supõe a verificação da mesma no processo causal dos danos apurados e a afere em termos de ser, ou não, «indiferente» para a produção dos mesmos;

– Não integrando a matéria de facto provada qualquer elemento que permita ajuizar que se tivesse sido realizada essa ecografia era «possível» diagnosticar a situação de descolamento da retina, e tratá-la de modo a impedir a sua irreversibilidade, e consequente cegueira do olho direito, antes havendo uma «resposta negativa» do tribunal a tal questão, deverá ser julgada improcedente a pretensão de indemnização por falta de prova do indispensável nexo causal.» – **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 01/02/2018** (Processo n.º 062/17; Relator: JOSÉ VELOSO), acessível on-line [o texto integral] in <http://www.dgsi.pt/jsta.>).

Na **doutrina**, há quem preconize, no que concerne ao **nexo de causalidade** entre a conduta negligente do médico e os prejuízos sofridos pelo paciente, que *«se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma actuação negligente do médico, é a este que incumbe a prova de que, no caso concreto, não há qualquer nexos de causalidade entre esse*

dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento ou, mais precisamente, de que aquele dano se deve a um nexo causal pelo qual ele não é responsável»²⁰¹.

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA²⁰², comentando criticamente o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009**²⁰³ (Proc. n.º 08B1800; Relator – RODRIGUES DOS SANTOS) – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf> – também opina que, perante a dúvida se a morte da paciente (uma jovem que entrou saudável no bloco operatório para fazer uma lipo-aspiração e veio a morrer na sequência de complicações derivadas da anestesia) se ficou a dever a um choque anafilático (imprevisível e inesperado) ou a erro/excesso nas doses anestésicas, deveria impender sobre o médico anestesista réu o ónus da prova de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito raro da anestesia²⁰⁴.

De igual modo, JORGE RIBEIRO DE FARIA²⁰⁵ pondera que, *«exigindo-se ao paciente a prova da culpa (reconduzida praticamente à violação do cuidado exigível e dissolvida na ilicitude), e, ademais, a [prova] da causalidade, o que daí resulta é ficar ele praticamente sem protecção», isto é, «condená-lo ao insucesso de quase todas as acções neste domínio». Daí que este Autor preconize que «ao paciente fica apenas o encargo de provar o erro grosseiro do médico (...), o que é em princípio fácil, e a demonstração, também em princípio fácil, de que o resultado indesejado cabe no leque de resultados abrangidos pela negligência grosseira verificada»²⁰⁶.*

²⁰¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 143.

²⁰² In “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1ª ed., 2015, pp. 788/789.

²⁰³ Este aresto revogou o **Acórdão da Relação de Lisboa de 24/4/2007** (Processo nº 10328/2006-1; Relator: RUI VOUGA), cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>, estando igualmente publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXII- 2007, tomo I, p. 110. O cit. Acórdão do STJ de 15/10/2009 contém duas **declarações de voto de vencido** particularmente bem fundamentadas, cujos Autores (Conselheiros OLIVEIRA VASCONCELOS e JOÃO BERNARDO) preconizavam a condenação do médico anestesista, por considerarem provada, *in casu*, não só a **ilicitude** deste clínico como o **nexo de causalidade**.

²⁰⁴ O Autor subscrive, em particular, os argumentos aduzidos na Declaração de Voto exarada pelo Conselheiro JOÃO BERNARDO:

«Haviam os réus, contratualmente devedores, de demonstrar que a anestesia foi correctamente aplicada e que, perante a reacção gravíssima a ela, usaram as técnicas medicamente adequadas à situação.

No presente caso, não se pode, a meu ver, cindir a culpa (ou sua presunção) do comportamento devido. Portas adentro da sala de operações, cada fracção do comportamento devido (posição da doente, escolha dos anestésicos, modo de aplicação – oral, injectável, de uma só vez ou gradualmente – doses aconselhadas, conjugação e compatibilidade entre os fármacos, detecção imediata do início da bradicardia ou outra reacção adversa, modo de agir imediato sob o prisma das legis artis, etc) estava e esteve determinada pela diligência, ou falta dela, dos clínicos.

A presunção de culpa abrange, no presente caso, a ideia de que não se teve o comportamento devido e de que daí derivou a morte.

À conclusão da omissão do comportamento devido se chega, se necessário, como já chegou a Relação – trazendo o entendimento, que me parece de acolher, de Manual Rosário Nunes, O Ónus de Prova Nas Acções de Responsabilidade Civil, pág. 58 - pelo recurso à figura da prova da primeira aparência. A medicina não é uma ciência exacta. Cada doente pode constituir um caso particular. Mas, resultando uma morte numa anestesia local, numa doente sem dados clínicos desfavoráveis, é de considerar, em primeira aparência, a negligência de quem era o responsável pela administração da anestesia e/ou pela recuperação dela. Todos os dias, milhares e milhares de anestésias locais são aplicadas sem que haja o menor dano para os pacientes. A consequência mortal do caso agora em apreciação vai contra o normal evoluir das coisas, contra a sucessão vulgar dos acontecimentos, pelo que, atenta também tal figura, penso que caberia aos médicos demonstrar que a aplicação da anestesia foi correcta, que detectaram logo que algo se passava e que as tentativas de reanimação foram as mais adequadas, tudo de acordo com as legis artis.»

²⁰⁵ In “Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão”, publicado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, 2004, pp. 115 e segs.

²⁰⁶ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

«Tudo se passa pois, a partir daqui, como se o médico fosse responsável pelo resultado – o que, de resto, se justifica pela alta probabilidade da conexão causal entre o facto dele e o efeito lesivo da saúde do doente»²⁰⁷. Assim – segundo este Autor –, convertendo-se a obrigação do médico numa obrigação de resultado, pode exigir-se-lhe «a prova de que (e pelo menos só por aí é que ele em princípio se pode defender, de resto com muita dificuldade também) o mesmo resultado se teria produzido se tivesse havido o cumprimento do cuidado exigível».

JORGE RIBEIRO DE FARIA afasta-se, portanto, do entendimento (perfilhado, nomeadamente, pelo Acórdão do STJ de 4/04/1995, publicado *in Col. de Jurisprudência*, Ano XX [1995], Tomo II, pp. 31 e segs.) segundo o qual **o doente, além de onerado com a prova da ilicitude do médico, tem ainda de provar que o resultado se não teria produzido se o médico tivesse agido com a diligência devida.**

Segundo este Autor²⁰⁸, os nossos textos legais obrigam «o paciente à prova de um erro grosseiro, capaz de conter os danos cuja indemnização se pretende, para, a partir daí se fazer impender sobre o médico a prova de que os não causou ou de que de todo o modo eles seriam produzidos pela causalidade virtual do seu acto lícito (como é óbvio, se assim se tivesse agido)». A fundamentação aduzida para sustentar este entendimento acerca do **ónus da prova da causalidade** está na **presunção de experiência** segundo a qual a um erro grosseiro abstractamente apto a produzir um dado resultado ou efeito, no caso de ele efectivamente se ter verificado, deve-se aliar o juízo de que, em princípio, o causou²⁰⁹. Esta solução «*encontra a justificação cabal na ideia da responsabilização de quem tem o domínio sobre uma esfera de risco ou tem em si o poder de dominar um risco – que faz parte também (...) do património adquirido do nosso próprio direito*»²¹⁰.

Na mesma linha, o já cit. **Acórdão da Relação de Lisboa de 13/05/2013** (Processo n.º 2199/08.9TVLSB.L1-2; Relator: PEDRO MARTINS) - cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

– «É também ao cirurgião que cabe o ónus da prova de que a operação em abstracto, ou dada a sua natureza em geral, foi de todo em todo indiferente para a verificação das lesões, tendo-as provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.»

Em sintonia com esta orientação, o **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2015** (Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1-2; Relator: OLINDO GERALDES – cujo texto integral está acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf> – entendeu que:

«Há nexos de causalidade quando a lesão sobrevinda não constitui um resultado susceptível de ser considerado como atípico, confrontado com todo o circunstancialismo anterior e posterior da cirurgia.»

²⁰⁷ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

²¹⁰ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*.

Adentro da mesma orientação, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015** (Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1; Relator – HÉLDER ROQUE) - cujo texto integral pode ser acedido on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – considerou, a propósito de **exames ecográficos realizados durante a gravidez que não detectaram a existência de mal-formações do feto**, que:

«Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento o feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita».

Isto porque: «Ocorre a presunção, a favor do credor da informação sobre o diagnóstico, do seu não cumprimento pelo médico, que faz parte dos denominados “deveres laterais do contrato médico”, e pode ser causa de responsabilidade contratual, o teria feito comportar-se, de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho» (*ibidem*).

Efectivamente, «O facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre, por sua natureza, de todo inadequado à sua verificação, e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, o que não acontece quando o comportamento do lesante foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso» (*ibidem*).

De modo que: «O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço (*ibidem*).

Já anteriormente, com respeito ao mesmo tipo de **exames ecográficos**, o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2013** (Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1; Relatora: ANA PAULA BOULAROT) – cujo texto integral está também acessível on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> – havia entendido que:

– «A conduta dos Réus ao fornecerem à Autora uma «falsa» representação da realidade fetal, através dos resultados dos exames ecográficos que lhe foram feitos, contribuíram e foram decisivos para que a mesma, de forma descansada e segura, pensando que tudo corria dentro da normalidade, levasse a sua gravidez até ao termo.

– Estamos em sede de causalidade adequada, pois a conduta dos Réus foi decisiva para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem o nascimento do Autor com as malformações de que o mesmo era portador, o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam, isto é, com a representação das malformações de que padecia o Autor ainda em gestação».

Em termos gerais, pode e deve dizer-se que, uma vez que a **condição** (procedimento médico/cirúrgico) só deixaria de ser **causa do dano** se, segundo a sua natureza geral, fosse de todo **indiferente** para a produção do dano e se só se tivesse tornado condição dele, em virtude de **outras circunstâncias extraordinárias** (cfr. *supra*), «*qualquer causa que tenha contribuído para o resultado, ainda que remotamente, implica a responsabilidade do respectivo autor*»²¹¹.

Embora a doutrina da causalidade adequada tenha por finalidade, no campo da responsabilidade médica, apurar a relação de causa/efeito entre a violação das *leges artis* e o resultado antijurídico verificado, ou seja, o dano sofrido pelo paciente, «*a existência desta conexão não tem que atingir o estádio de certeza, de tal forma que só se possa afirmar a imputação objectiva quando seja possível garantir que o resultado não se teria produzido se aquela conduta não tivesse sido adoptada (ou, inversamente, se o tivesse sido)*»²¹².

Isto porque – em tese geral - «*a prova produzida em juízo não tem propriamente em vista a demonstração da realidade dos factos num grau de certeza absoluta*»²¹³. «*A demonstração da realidade a que tende a prova não é uma operação lógica, visando a certeza absoluta (a irrefragável exclusão da possibilidade de o facto não ter ocorrido ou ter ocorrido de modo diferente), como é, por exemplo, o desenvolvimento de um teorema nas ciências matemáticas*»²¹⁴.

Efectivamente, «*a prova visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do facto*»²¹⁵.

«*No âmbito do princípio da livre apreciação da prova [consagrado no art. 607.º, n.º 5, do actual Código de Processo Civil, cuja 1.ª parte corresponde ao n.º 1 do art. 655.º do CPC de 1961, resultante da reforma introduzida em 1995/1996 pelo DL n.º 329-A/95, de 12-XII, e pelo DL n.º 180/96, de 25-IX], não é exigível que a convicção do julgador sobre a realidade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano*»²¹⁶. «*Basta-lhe assentar num juízo de suficiente probabilidade ou verosimilhança, que o necessário recurso às presunções judiciais (arts. 349.º e 351.º CC) por natureza implica, mas que não dispensa a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança*»²¹⁷.

No campo da **responsabilidade civil médica**, embora, na maior parte dos casos, seja impossível ao tribunal afirmar, com absoluta certeza, que uma actuação médica de outra natureza teria logrado evitar ou atenuar o resultado danoso verificado, isso não tira que, «*por mais grave que seja a doença e por mais galopante que se denote o seu avanço, certo é que, desde que se*

²¹¹ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 53.

²¹² VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 57

²¹³ PAULO PIMENTA in “Processo Civil Declarativo”, Coimbra, 2014, p. 339.

²¹⁴ ANTUNES VARELA in “Manual de Processo Civil”, 2ª ed., Coimbra, 1985, p. 435.

²¹⁵ ANTUNES VARELA in ob. cit., pp. 435-436.

²¹⁶ JOSÉ LEBRE DE FREITAS in “Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código”, 3ª ed., Coimbra, Outubro de 2013, p. 200.

²¹⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ibidem*.

revele curável, existe sempre essa possibilidade, por outras palavras, essa chance, embora os nossos tribunais tenham algum receio em empregar a expressão (e a teoria) nos processos relativos a responsabilidade médica»²¹⁸.

No campo da **jurisprudência administrativa**, assume especial relevância o já cit. **Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo de 19/05/2016** (Proc. n.º 0576/10; Relator COSTA REIS) – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jsta> -, no qual se consagrou a tese segundo a qual:

– «Não sendo concebível – ou, pelo menos, não sendo lógico nem racional conceber - que um parto realizado na sequência de uma gravidez medicamente assistida, que evoluiu sem qualquer sinal anormal ou preocupante, normalidade que foi confirmada pelo exame que o precedeu, possa ter tido as graves consequências que teve, haverá que admitir que, muito provavelmente, o resultado danoso daquele acto foi consequência directa e causal do modo como o parto foi realizado, isto é, foi a consequência directa e causal dos serviços do Réu não terem optado pela cesariana, quando o podiam e deviam ter feito, isto é, ao agirem de forma ilícita e culposa. Tanto mais quanto é certo que esse resultado, atenta a forma como a gravidez evoluiu e atento o resultado do exame que precedeu o parto, não estava incluído no universo dos riscos próprios, comuns e normais desse parto. (...)

Assim, **encontrando-se provado que a actuação do Réu, por ter feito uma errada opção quanto à via como o parto veio a ser executado, foi ilícita e culposa e que a mesma tinha, no plano naturalístico, aptidão para originar os peticionados danos, dado não ser, pela sua natureza e em abstracto, indiferente à sua produção, e que se não provou que tais danos só se produziram em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, é forçoso concluir que se verifica o nexo causal entre o modo como o parto foi realizado e as consequências que dele decorreram** visto tais danos se localizarem no âmbito dos perigos que poderão ocorrer se a conduta tiver violado as “*leges artis*”.

Em **Itália**, embora a jurisprudência afirme que, em princípio, o ónus da prova do nexo causal entre a conduta do médico e o dano incumbe à vítima (cfr., nomeadamente, a **Sentença da Cassazione n.º 10743, de 11/05/2009**²¹⁹), todavia, em matéria de responsabilidade civil médica, os tribunais admitiram a possibilidade de proferir um juízo de condenação com base num nexo de causalidade “presumido”.

²¹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 58.

²¹⁹ Nesta Sentença, a *Cassazione* confirmou a orientação anterior, expressa mais recentemente na **Sentença n. 975, de 16/01/2009**, segundo a qual em matéria de responsabilidade civil na actividade médico-cirúrgica, se for invocada uma **responsabilidade contratual da estrutura sanitária e/ou do médico pelo cumprimento defeituoso da prestação sanitária, o lesado deve fornecer a prova do contrato** (ou do “contacto social”) **e do agravamento da situação patológica (ou do aparecimento de novas patologias por efeito da intervenção) e do relativo nexo de causalidade com a acção ou a omissão dos médicos**, ficando a cargo do obrigado – seja ele o médico ou a estrutura – a prova de que a prestação profissional foi realizada de modo diligente e que aqueles resultados foram determinados por um evento imprevisto e imprevisível. Todavia, **o ónus da prova que recai sobre o paciente em matéria de nexo de causalidade é mitigado**, segundo o Supremo Tribunal italiano, **pela probabilidade (ainda que não próxima da certeza) de sucesso do tratamento médico**. Na verdade, o inêxito ou o sucesso parcial duma intervenção rotineira ou, de qualquer modo, com elevada probabilidade de resultado favorável, implica por si só a prova do referido nexo de causalidade, já que tal nexo, no âmbito civilístico, consiste também na relação probabilística concreta entre comportamento e resultado danoso, segundo o critério, inspirado na regra da normalidade causal, do “mais provável que não”.

Efectivamente, afirmou-se que, quando não é possível estabelecer se a morte dum paciente foi causada pela incúria do médico interveniente ou por outras causas, e a incerteza resulte da incompletude da ficha clínica ou da não observância de outros deveres que recaem sobre o médico, este último deve ser considerado responsável pela morte, sempre que a sua conduta tenha sido abstractamente idónea para a causar ²²⁰.

Este princípio foi afirmado mesmo num caso em que a probabilidade de o dano ter sido causado pela conduta do médico parecia inclusivamente menor relativamente a outras possíveis causas, com o fundamento de que «o não apuramento do facto abstractamente idóneo para excluir o nexos causal entre conduta e resultado não pode ser invocado, ainda que do ponto de vista estatístico aquele facto seja “mais provável do que não”, por aquele a quem teria incumbido aquele apuramento e, todavia, não o tenha efectuado» (**Sentença da Cassazione n. 3847, de 17/02/2011**).

Por conseguinte, **quando aplica o princípio da causalidade adequada à matéria da responsabilidade do médico, o Supremo Tribunal italiano parece acrescentar um corolário posterior em matéria de repartição do ónus da prova**, que pode ser assim resumido:

- a) Se se apurou que o médico introduziu um antecedente causal abstractamente idóneo para produzir o dano;
- b) Se não se apurou se, no caso concreto, o dano foi efectivamente causado pela conduta do médico;
- c) Em tais situações, incumbe ao médico o ónus de provar concretamente, se quiser ficar isento de responsabilidade, que o dano ficou a dever-se a um factor excepcional e imprevisível ^{221 222}.

Entre nós, ao nível da doutrina, VERA LÚCIA RAPOSO²²³, embora **ressalvando a necessidade de isso ser feito com as maiores cautelas** (porque «a medicina depende de tantos factores que escapam ao controlo, e mesmo ao conhecimento do médico, que o uso mais leviano destas doutrinas (...) arrisca-se a tornar o médico numa espécie de seguro do paciente, dado que não apenas se presume a sua culpa, e com isto se torna quase uma responsabilidade objectiva, como acaba também por se presumir o seu contributo causal, e com isto deixa de ser uma responsabilidade jurídica»), também **admite o funcionamento de presunções judiciais do nexos causal**.

²²⁰ Cfr. a **Sentença da Cassazione n. 12103**, de 13/9/2000 (publicada in *Diritto e giustizia*, 2000, fasc. 34, p. 33); a **Sentença da Cassazione n. 11316**, de 21.7.2003; e a **Sentença da Cassazione n. 10060**, de 27/4/2010.

²²¹ Cfr., neste sentido, “*Responsabilità sanitaria e tutela della salute*” (a cura di MARCO ROSSETTI), CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *Quaderni del Massimario*, UFFICIO DEL MASSIMARIO, 2011, p. 27.

²²² Cfr., também explicitamente no sentido de que, em matéria de responsabilidade médica, «o nexos causal entre conduta do médico e dano se presume, quando o médico tenha tido uma conduta abstractamente idónea para causar o dano, mesmo na ausência de certezas acerca da efectiva indução do facto danoso, incumbindo ao médico o ónus de provar, se quiser ficar isento de responsabilidade, que o dano resultou dum factor excepcional e imprevisível», a **Sentença da Cassazione n. 9290/2012**, de 30/03/2012.

²²³ In “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 62.

Segundo esta Autora²²⁴, será legítimo e razoável inferir – em termos de **presunção judicial** susceptível de ser afastada – que o acto médico foi causa do dano nas seguintes hipóteses:

- a) «Desde logo quando o perito formula o seu juízo em termos condicionais e diz que “o facto x poderá ter sido causa do facto y”»;
- b) «Mas também assim quando o risco que se concretizou na prática é uma consequência típica do acto médico»;
- c) «Quando o dano esteja temporalmente muito próximo de um determinado ato médico»;
- d) «Ou quando não se vislumbra outra causa provável para o dano».

É certo que, em princípio, «a prova do nexo causal em processo civil cabe sempre ao lesado, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade [contratual ou extra-contratual], já que as presunções legais de culpa no campo do direito civil não têm qualquer correspondência em matéria de nexo de causalidade»²²⁵ «Porém, e embora a causalidade esteja excluída do domínio das presunções legais, não está proibido que à causalidade se apliquem presunções judiciais, isto é, ilações que o julgador utiliza para de um facto conhecido afirmar um facto desconhecido (art. 349.º do CC)»²²⁶.

Daí que alguns tribunais tenham, no âmbito de processos cíveis, recorrido a uma espécie de **presunção judicial do nexo de causalidade** com base na já referida **teoria da preponderância da evidência** (que nasceu como fundamento de uma presunção de culpa, mas que se tem arrastado para a causalidade), de forma a **dar por existente o nexo de causalidade a partir de certas regras da experiência**, o que no fundo se reconduz a uma **presunção dessa causalidade**.

Assim é que, embora fora do campo da responsabilidade civil médica, seja pacífico o entendimento segundo o qual:

– «Na ausência de prova das razões que determinaram um acidente de viação, a prova da culpa como pressuposto da responsabilidade civil extracontratual pode resultar, por via de presunções naturais, da violação objectiva de regras estradais cuja previsão se destina a evitar ocorrências como a que se mostrou causal do acidente.»; por isso, «Verificando-se que o veículo circulava numa via pública dentro de uma localidade e que se despistou quando alcançou um cruzamento, deixando um rasto de travagem de 34,70 m, pode concluir-se, por via de presunções naturais ou ad hominem, que o despiste se deveu a comportamento imprudente do condutor em face das circunstâncias que rodeavam o acto de conduzir o veículo automóvel.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 23/02/2006** (Proc. n.º 687/2006-6; Relator – ANA LUÍSA GERALDES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

²²⁴ In ob. cit., pp. 62 *in fine* e 63.

²²⁵ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 64 *in fine*.

²²⁶ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 65.

– «Não é possível a demonstração directa do nexo causal entre a condução sob a influência do álcool e o resultado danoso provocado pelo acidente do condutor alcoolizado. Atenta a dificuldade de demonstração directa, será suficiente a prova de primeira aparência, cabendo ao condutor a contraprova, apontando factos de que resulte a séria possibilidade de um decurso atípico.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 20/11/2008** (Proc. n.º 4722/2008-6; Relator – MANUEL GONÇALVES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «A relação causal entre o excesso de álcool e o acidente não é susceptível de prova directa (pelo menos ao nível do actual conhecimento humano e científico). É, por isso, legítimo ao tribunal mão da presunção natural (mais do que uma presunção judicial) de que a ingestão do álcool pelo réu acusando a referida taxa de 0.92 grs/l., foi causa natural directa e naturalística da diminuição das capacidades de percepção do espaço físico, da avaliação das distâncias e de lentidão na capacidade de reacção, perturbando-lhe os reflexos e a coordenação motora.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 22/11/2007** (Proc. n.º 7441/2007-2; Relator – VAZ GOMES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– «Nada impede o recurso a presunções judiciais para se estabelecer o nexo de causalidade entre a condução sob o efeito do álcool e um acidente de viação, que se tenha por causado por culpa de quem conduzia um veículo, apresentando uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida.» – **Acórdão da Relação de Coimbra de 7/9/2010** (Proc. n.º 329/06.4TBAGN.C1; Relator – FALCÃO DE MAGAÇHÃES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>;

– «O Tribunal pode recorrer a presunções judiciais para, no caso concreto, dar como provado que a condução sob a influência do álcool do réu lhe diminuiu as capacidades físicas, nomeadamente de visão e de reacção e lhe causou uma desinibição que determinou uma deficiente avaliação das distâncias e dos perigos», sendo que «Tais factos constituem causa adequada para o comportamento culposos do réu que deu causa ao acidente, estando assim feita a prova do nexo causal que cabia à autora seguradora» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 9/2/2012** (Proc. n.º 686/05.0TBBNV.L1-6; Relator – MARIA TERESA PARDAL), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>;

– Na acção de regresso contra o condutor com álcool, a prova (a cargo da seguradora) de que foi a taxa de alcoolemia de que era portador a causa, ou uma das causas, do acidente «pode ser feita com recurso a presunções judiciais resultantes da TAS do condutor, do circunstancialismo em que ocorreu o acidente e da falta de prova de outra causa» – **Acórdão da Relação do Porto de 20/09/2012** (Proc. n.º 3913/08.8TBVFR.P1; Relator – MARIA AMÁLIA SANTOS), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «É do conhecimento comum que o álcool influencia os comportamentos, actuando sobre o cérebro, e que uma TAS de 1,86 g/l era de molde a determinar as infracções estradais e as falhas de condução cometidas por um dos condutores, sendo razoável e previsível para um homem médio, que aquela taxa era adequada a influenciar o mesmo no acto de condução.»; por isso, «Não tendo o facto praticado pelo réu sido indiferente, na ordem natural das coisas,

para a produção do dano, tendo concorrido para a sua produção – ao não atentar na circulação do motociclo em sentido contrário (face à quantidade de álcool que tinha ingerido) e ao cortar a trajectória deste – considera-se verificado o nexo de causalidade entre o facto e os danos provados, tanto mais que a vertente negativa da causalidade adequada não pressupõe a exclusividade do facto condicionante do dano.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 28/11/2013** (Proc. n.º 1253/07.9TVLSB.L2-1; Relator – MANUEL MARQUES), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «A prova do nexo naturalístico entre a condução sob o efeito do álcool e a ocorrência do acidente pode fazer-se por via de presunção judicial, quando os factos simples provados sustentem a ilação retirada pelo julgador.»; assim, «Provado que o condutor do veículo exercia a respectiva condução com uma TAS de 1,28 gr/l, e que não viu o veículo que circulava à sua frente, só se apercebendo da presença deste quando lhe embateu na retaguarda, deve concluir-se que tal ausência de reacção resultou de agir sob o efeito do álcool.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 5/06/2014** (Proc. n.º 3423/11.6TVLSB.L1-6; Relator – FÁTIMA GALANTE), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «A constatação do facto em si – taxa de alcoolemia – pode funcionar como uma base de presunção (facto conhecido), da qual se pode inferir o facto desconhecido (nexo de causalidade entre a alcoolemia e o acidente), por aplicação dos artigos 349.º e 351.º do Código Civil, desde que conexionado com a apreciação crítica dos demais factos relevantes sobre a dinâmica do acidente e circunstâncias envolventes das quais resulte, de forma plausível e razoável, a existência do referido nexo de causalidade. Infere-se, nesses termos, a existência de nexo de causalidade adequada entre o estado etílico do condutor e o acidente quando aquele conduzia com uma TAS de 1,36g/l e embateu na traseira veículo que se encontrava parado, à sua frente, por não se ter apercebido que o trânsito se encontrava parado.» – **Acórdão da Relação de Lisboa de 8/09/2015** (Proc. n.º 4474/12.9TBVFX.L1-1; Relator – MARIA ADELAIDE DOMINGOS), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>;

– «O juízo sobre a causalidade de certa conduta activa ou omissiva é por natureza conclusivo, já que não incide sobre factos concretos passíveis de serem percebidos, constituindo antes uma decorrência de certos factos concretos e da ligação que por via do raciocínio é possível estabelecer entre eles. Por isso, o juízo sobre a causalidade de certa conduta é apenas eventualmente passível de prova pericial ou com base em presunção natural, tendo em conta as regras da experiência comum.» – **Acórdão da Relação do Porto de 3/02/2014** (Proc. n.º 2138/10.7TBPRD.P1; Relator – CARLOS GIL), acessível on-line (o texto integral) in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>.

No contexto da **responsabilidade civil médica**, «a *presunção do nexo de causalidade é particularmente utilizada nos casos em que opera a presunção de culpa fundada na prova prima facie*»²²⁷.

²²⁷ VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 66.

«A prova *prima facie*, ou prova de primeira aparência, expressa a ideia de que, segundo os princípios gerais da vida e o normal acontecer das coisas, certos factos só podem ter origem em determinadas causas»²²⁸.

«A tendência nestes casos vai no sentido de presumir, não apenas que o médico actuou culposamente, mas também que aquela violação do dever de cuidado foi adequada à produção do dano em causa, já que segundo a normalidade do acontecer – isto é, se tivessem sido respeitadas as regras técnicas da actividade médica – não teria o mesmo ocorrido»²²⁹.

Neste âmbito, a **prova de primeira aparência** assume uma importância determinante, tanto no que respeita à **culpa** como ao **nexo de causalidade**, «uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado acto médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “normalidade das coisas”, a “experiência comum”, o dano provavelmente não teria ocorrido se caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso»²³⁰.

Na **jurisprudência portuguesa**, um exemplo do recurso à **prova de primeira aparência** consta do já citado **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002** (relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO e proferido no Proc. n.º 02A4057)²³¹, no qual se entendeu que:

«Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.»

Efectivamente, «embora o tribunal fundamente esta conclusão no art. 799.º/1 do CC, em bom rigor, funda a presunção de culpa naquilo que parece ser uma prova de primeira aparência»^{232 233}.

Todavia, pouco depois, em 2003, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça concluiu – no seu **Acórdão de 22/5/2003**²³⁴ (Processo n.º 03P912; Relator – NEVES RIBEIRO) que:

«Não se poderá encontrar, sem mais, uma relação de causa e efeito, entre o antes e o depois da intervenção cirúrgica, de 13 de Junho de 1995, e concluir-se, em juízo eticamente fundado,

²²⁸ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p.124.

²²⁹ VERA LÚCIA RAPOSO in ob. cit., p. 66.

²³⁰ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, Coimbra, 2005, p. 58.

²³¹ Cujo texto integral pode ser acedido on-line in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

²³² VERA LÚCIA RAPOSO in “Do ato médico ao problema jurídico” cit., p. 124.

²³³ Em Itália, a jurisprudência há muito (desde 1978) que também entende, pacificamente, que, «tratando-se de uma intervenção de fácil execução e despida de dificuldades técnicas, a que, portanto, segundo um curso regular dos acontecimentos, se segue um resultado positivo (*maxime* a cura), a verificação de um insucesso terapêutico fará presumir a existência de uma actuação culposa por parte do médico e a sua eficiência causal para o dano ocorrido», pelo que «caberá, ao profissional, a destruição desta ilação» (RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico”, Coimbra, 2008, p. 341).

²³⁴ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 4, nº 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

que o agravamento da situação de deveu a um diagnóstico errado, à intervenção cirúrgica ou (e) toda a intervenção post operatória que, depois longa e penosamente se seguiu.»

E, mais recentemente, em 2010, o Supremo Tribunal de Justiça voltou a reiterar – no seu **Acórdão de 1/07/2010** (Processo n.º 398/1999.E1.S1; Relator: SERRA BAPTISTA) – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – que:

«– A prova do nexu causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar e medida da mesma, cabe ao credor da obrigação, independentemente da sua fonte.

– Pelo que o doente tem de provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e conduziu ao dano, sendo certo que se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado, teria levado á cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte, consoante o caso.

– Sendo necessário estabelecer uma ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquela.»

Com base nestas premissas, o STJ concluiu que:

«Os factos apurados não permitem estabelecer um nexu de causalidade entre o citado e errado diagnóstico efectuado pelos réus e os danos pela autora sofridos.»

É certo que «as fracturas pela A. sofridas pela sua queda, em si mesmas, são, sem dúvida, um dano, que, de forma alguma, é imputado aos réus. Pretendendo a mesma, com esta sua acção, assacar-lhes a responsabilidade civil pelas consequências que delas – e da omissão do conhecimento das mesmas no diagnóstico efectuado na clínica ré, sendo certo nem sabermos, por deficiente alegação, quem a assistiu inicialmente (a queda ocorreu no dia 1 e só foi assistida na clínica ré, pelo réu médico, no dia 3) no hotel – lhe advieram. Nomeadamente, pelas reduções existentes na coluna vertebral, aos níveis da 1ª e 5ª vértebras, pela IPP de que ficou a padecer, pela estadia forçada em Portugal (nem sabemos qual era a data aprazada para o seu regresso à Alemanha) e pelo pânico de paralisia (que não ficou demonstrado), pelo qual pede a grande fatia indemnizatória.»

«Mas, **não se pode encontrar na factualidade apurada uma relação de causa/efeito entre o antes e o depois do errado acto médico e que unicamente é imputado aos réus – o da desconsideração das fracturas das vértebras.** Sendo certo que a mesma autora, após o deficiente diagnóstico, terá ficado imobilizada durante alguns dias, desde a data do acidente (com desconhecimento, repete-se, de quem a assistiu inicialmente), tendo então usado colete de protecção e realizado sessões de fisioterapia (terá sido por prescrição dos réus?) – resposta ao quesito 8.º e al. B) dos factos assentes.»

«**Não se podendo, assim, e sem mais, concluir que o eventual agravamento das lesões pela A. sofridas, derivadas à queda, se ficaram a dever ao diagnóstico defeituoso.**»

«É um “salto” que o Tribunal não pode dar.

«Devendo, antes, a autora ter alegado e provado que tal acto médico a que se sujeitou, praticado pelos réus, assim tendo culposamente cumprido a obrigação que sobre eles impendia de forma defeituosa, a ter sido, como devia, correctamente praticado, teria obstado a um eventual agravamento das lesões – e será que estas se agravaram, não tendo resultado as referidas reduções vertebrais das ditas fracturas e da osteoporose generalizada de que a autora é portadora?; será que houve, ao invés, e apesar do acto censurável apurado, uma evolução normal das fracturas, não havendo qualquer outro tratamento a fazer a não ser a imobilização da paciente? – e às demais consequências danosas.»

Donde que, nesta decisão, o STJ, apesar da comprovação dum **erro de diagnóstico** cometido pelos médicos – consubstanciado na desconsideração das fracturas das vértebras –, não considerou suficiente a prova desse erro de diagnóstico para inferir a existência dum relação de causa a efeito entre o mesmo e as lesões sofridas pelo paciente.

Quid juris?

A orientação jurisprudencial – prevacente na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – segundo a qual, «*em sede de causalidade adequada (...), tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar – e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido*» (cfr., por todos, o **Acórdão do STJ de 18-09-2007** [Revista n.º 2334/07 - 1.ª Secção; Relato – ALVES VELHO] – cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf> – é **insuportavelmente restritiva e exigente**, conduzindo, na prática, ao insucesso da esmagadora maioria das acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil médica, na medida em que ignora a assimetria da relação entre o médico e o paciente (enquanto o paciente está particularmente enfraquecido, porque física ou mentalmente debilitado por virtude da patologia de que padece, o médico apresenta-se como uma pessoa capaz de lhe dar a protecção e o tratamento de que carece²³⁵) e faz tábua rasa do desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica existente entre ambas as partes (enquanto o médico-devedor é um profissional prestador de assistência médica, o doente-credor é, por via de regra, um leigo nessa matéria²³⁶).

Justifica-se, por isso, plenamente **libertar o doente do ónus de convencer o julgador de que, entre todos os factores potencialmente geradores do dano verificado, o comportamento reprovável do médico constituiu uma condição da produção do dano**, isto é, **que este, sem aquele comportamento, não se teria produzido**. «Tanto mais que o médico terá em seu poder um conjunto de elementos que desempenham uma importante função probatória (ficha clínica, estudos, resultados de exames, radiografias), e um conjunto de informações

²³⁵ Cfr., explicitamente neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in “A Responsabilidade Civil do Médico”, Coimbra, 2008, p. 165.

²³⁶ Cfr., também neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 166.

importantes que, aliadas à sua preparação técnica, lhe facilitariam a tarefa de esclarecimento (com consequências a nível de encargo probatório) que, segundo uma justa consideração dos factos, lhe deveria ser imposta»²³⁷.

A esta luz, pode e deve entender-se que, para concluir pela existência do nexo de causalidade, não é necessário demonstrar-se – com carácter de certeza – que a tempestiva execução duma determinada prestação médica teria seguramente evitado o resultado danoso, sendo para tanto suficiente uma probabilidade razoável.

A circunstância de não vigorar, em matéria de **nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado danoso ocorrido**, nenhuma **presunção legal** – ao contrário do que ocorre relativamente ao pressuposto da responsabilidade civil contratual consubstanciado na “culpa” (cfr. o cit. art. 799.º-1 do Cód. Civil) – não pode nem deve impedir o recurso, pelo tribunal, a **presunções judiciais**, ao aferir da existência ou não destoutro pressuposto.

Assim, «o juiz poderá, recorrendo a *presunções judiciais, hominis ou naturais*, extrair da “*relação de probabilidade típica, estabelecida através de regras de experiência comum ou de regras técnicas, entre um facto e uma causa*”, a afirmação do nexo causal entre o concreto comportamento do médico e o dano específico sofrido pelo doente, desde que, quer este comportamento, quer este dano se reconduzam à espécie de causa e facto ali relacionados»²³⁸. De qualquer modo, «*tal afirmação-presunção cederá se o médico provar que no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento*»²³⁹.

Por outro lado, nas **intervenções rotineiras e de fácil execução**, basta, para afirmar o nexo de causalidade, que o paciente demonstre que a patologia é posterior à lesão por ele sofrida no decurso da intervenção²⁴⁰, recaíndo, pelo contrário, sobre o cirurgião o ónus de provar a existência e a eficiência etiológica de outros factores – imprevistos, imprevisíveis ou em qualquer caso não superáveis mediante a diligência média exigida²⁴¹.

Finalmente, **quando existam factores de risco ligados à gravidade da patologia ou às precárias condições de saúde do doente**, é irrecusável que um diagnóstico errado ou inadequado agrava a possibilidade de se produzir o resultado negativo²⁴².

²³⁷ Cfr., também neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 171.

²³⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO in ob. cit., p. 370.

²³⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

²⁴⁰ Efectivamente – como certamente observou a *Cassazione* italiana (na cit. **Sentença n. 10743, de 11/05/2009**) –, «o inêxito ou o sucesso parcial duma intervenção rotineira ou, de qualquer modo, com elevada probabilidade de resultado favorável, implica por si só a prova do referido nexo de causalidade, já que tal nexo, no âmbito civilístico, consiste também na relação probabilística concreta entre comportamento e resultado danoso, segundo o critério, inspirado na regra da normalidade causal, do “mais provável que não”» [tradução livre].

²⁴¹ Na verdade – como decidiu a *Cassazione* italiana (na sua **Sentença n. 9290 de 30/03/2012**) – “no caso de prestação profissional médico-cirúrgica de rotina, cabe ao profissional superar a presunção de que as complicações foram causadas pela omitida ou insuficiente diligência profissional ou pela imperícia, demonstrando que [elas] foram pelo contrário, produzidas por um acontecimento imprevisto e imprevisível segundo a diligência qualificada com base nos conhecimentos técnico-científicos do momento» [tradução livre].

²⁴² De facto – como observou a *Cassazione* italiana (na sua **Sentença n. 4400, de 4/03/2004**) – «numa situação em que existe a certeza que o médico deu à patologia que lhe foi submetida uma resposta errada ou em qualquer caso inadequada, é possível afirmar que, em presença de factores de risco, a referida falta (que integra o incumprimento

Por isso, é legítimo e razoável inferir – em termos de **presunção judicial** (susceptível de ser afastada pelo médico, em cada caso concreto) – que o acto médico foi causa do dano, pelo menos nas quatro hipóteses *supra* apontadas por VERA LÚCIA RAPOSO, a saber:

- a) Quando o perito formula o seu juízo em termos condicionais e diz que “o facto x poderá ter sido causa do facto y”;
- b) Quando o risco que se concretizou na prática é uma consequência típica do acto médico praticado;
- c) Quando o dano esteja temporalmente muito próximo de um determinado acto médico;
- d) Quando não se vislumbra outra causa provável para o dano, senão o acto médico executado.

Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA²⁴³, constituem **exemplos do funcionamento da prova por primeira aparência**, em sede de **nexo de causalidade**, as seguintes situações:

- Objectos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica, por exemplo, pinça ou uma compressa dentro do abdómen do paciente;
- Operação ao lado errado;
- Lesão de outras áreas do corpo mais ou menos próximas da que está a ser objecto de tratamento;
- Extracção de uma parte do organismo que não devia ser extraída;
- Danos resultantes de infecções hospitalares;
- Danos causados pela anestesia;
- Queda de dentes pelo tubo digestivo;
- Infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- Omissão da realização de radiografias em casos que indicam a existência de fracturas;
- A ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;

da prestação sanitária) agrava a possibilidade de que se produza o resultado negativo. Não é possível afirmar que o resultado se teria ou não verificado, mas pode dizer-se que o paciente perdeu, por efeito do referido incumprimento, oportunidades [chances], que estatisticamente tinha, mesmo tendo em conta a especial situação concreta (particularmente se tinha sido levado a um hospital)» [tradução livre].

²⁴³ In “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1ª ed., 2015, pp. 781-782.

- A ocorrência de uma infecção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;
- Uma intoxicação alumínica em doente em hemodiálise.

A estes exemplos, RUTE TEIXEIRA PEDRO²⁴⁴ acrescenta as queimaduras derivadas dos utensílios (lâmpadas, botijas de água...) ou substâncias (raios x, produtos químicos) utilizados nos exames auxiliares de diagnóstico ou nos procedimentos de tratamento.

Como não se trata de **presunções legais**, mas tão só de **presunções judiciais**, fundadas na experiência comum, elas nem sequer importam uma verdadeira **inversão do ónus da prova** (nos termos do art. 344.º, n.º 1, do Cód. Civil), «*pois o que sucede é que aquele a quem a presunção beneficia é desonerado de provar o facto objecto da dita presunção, mas sem que daqui derive que sobre a contraparte recaia o ónus da prova do facto contrário*»²⁴⁵. «*Ao admitir a prova prima facie só se dá uma facilidade para a produção da prova e não uma total inversão do encargo da prova*» (**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010** [Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1; Relator: FERREIRA DE ALMEIDA], cujo texto integral está acessível on-line in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>).

«*Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de acção, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano*»²⁴⁶. «*Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte*»²⁴⁷.

Todavia, «*para a destruição da prova da primeira aparência de nexo causal não se considera bastante a demonstração de uma mera (...) possibilidade de um outro desenrolar atípico de acontecimentos*»²⁴⁸. «*À contraparte, para o aniquilamento da “prova prima facie” exige-se uma contraprova, que lance dúvidas (sérias) sobre a realidade da aparência construída*»²⁴⁹.

²⁴⁴ In “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, Coimbra, 2008, p. 347.

²⁴⁵ VERA LÚCIA RAPOSO in “*Do ato médico ao problema jurídico*” cit., p. 98.

²⁴⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in ob. cit., pp. 782 *in fine* e 783.

²⁴⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA in ob. cit., p. 783.

²⁴⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO in “*A Responsabilidade Civil do Médico*” cit., p. 343, nota 917.

²⁴⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ibidem*.

III. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio De, *“Direito das Obrigações”*, 11ª ed., Coimbra, Abril de 2008
- AMADO GOMES, Carla, *“Presunção e diligência, cada um toma a que deve”*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 15.5.2014, P. 1504/13, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015, pp. 37-40
- AMADO GOMES, Carla e Outro, *“Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”*, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25
- AROSO DE ALMEIDA, Mário, in *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 240-262
- AROSO DE ALMEIDA, Mário, *“Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”*, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, 2005, pp. 175 a 190
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica – Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2003”* publicado in *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 7 – 2007, pp. 119-150
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente «aplicável»”* – Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa, in *“LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”*, Ano 5, n.º 10 – 2008, págs. 161 a 179
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *“A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 38 Abril/Junho de 2012, págs. 14 a 27
- BRUNO, Paula, *“Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”*, 1ª ed., Coimbra, 2008
- CALVÃO, Filipa, *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 53-74
- CARVALHO, Raquel in *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, organização de RUI MEDEIROS, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 166-180 e pp. 225-239.

- CAUPERS, João, “*Os malefícios do tabaco*”, Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional de 13.04.2004, in ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º46, pp. 20 e segs.

- CORTEZ, Margarida, “*Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde*”, publicado in “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra, 2005, pp. 257-273.

- COSTA, João Ribeiro da, “*O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde*”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1

- DIAS, João Álvaro, “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, 1996

- FARIA, Jorge Ribeiro De, “*Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*”, publicado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pp. 115 e segs.

- FARIA, Paula Lobato e Outros, “*O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde*”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge e Outro, “*Responsabilidade Médica em Portugal*”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 1984

- FREITAS DO AMARAL, Diogo, “*Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 121 e ss.

- GASPAR, António Henriques “*A responsabilidade civil do médico*”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, pp. 335 e segs.

- GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

- JARDIM, Sara Vera e Outros, “*O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde*”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, vol. 26, n.º 1

- LEBRE DE FREITAS, José, “*Ação Declarativa Comum À Luz do Código de Processo Civil de 2013*”, 3ª ed., Setembro de 2013

- LEBRE DE FREITAS, José, “*Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*”, 3ª ed., Coimbra, Outubro de 2013

- MEDEIROS, Rui, *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 263-293

- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles De, *“Direito das Obrigações”*, Vol. I, 3ª ed., Coimbra, Janeiro de 2003

- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *“RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS RESULTANTES DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE EM ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS: O ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA”*, Coimbra, 2003

- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves in *“Responsabilidade da Administração por prestação de cuidados de saúde e violação do dever de vigilância”*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 29.5.2004, P. 922/11, publicada in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 110, Março/Abril de 2015, pp. 37-52

- NUNES, Manuel Rosário, *“O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”*, Coimbra, 2005

- PAZ FERREIRA, Eduardo e Outro, *“O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004

- PEDRO, Rute Teixeira, *“A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado”*, Coimbra, 2008

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *“Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”*, Coimbra, 1ª ed., 2015

- PESSOA JORGE, Fernando *“Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil”*, Lisboa, 1968

- PIMENTA, Paulo, *“Processo Civil Declarativo”*, Coimbra, 2014

- RAIMUNDO, Miguel Assis e Outro, *“Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”*, publicado in *Revista de Direito Público e Regulação*, Março de 2010, pp. 3-25

- RAPOSO, Vera Lúcia, *“Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional”*, Coimbra, 2015

- REBELO, Marta e Outro, *“O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, NPF Publicações, 2004

- ROCHA, Manuel Lopes, *“Responsabilidade Civil do Médico/Recolha de Órgãos e Transplantações”*, Separata da Revista *“Tribuna da Justiça”*, n.º 3, 1987, p. 48 e segs.

- RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “*Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*”, publicado in *Revista Direito e Justiça*, 2000, ano XIV, n.º 3, pp. 182 e segs.
- RODRIGUES, João Vaz, “*O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português: (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*”, Coimbra, 2001
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, “*As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 11 e ss.
- SINDE MONTEIRO, Jorge e Outro, “*Responsabilidade Médica em Portugal*”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1984
- SOUSA, Luís Filipe Pires De, “*O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTES TIPOS DE ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL)*”, acessível on-line in: <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “*Direito da Saúde e Bioética*”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 127 e segs.
- VARELA, João de Matos Antunes, “*Das Obrigações em geral*”, Vol. I, 10ª ed., Coimbra, 2000
- VARELA, João de Matos Antunes, “*Manual de Processo Civil*”, 2ª ed., Coimbra, 1985

IV. VÍDEOS

I.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/g45mt9xpp/flash.html?locale=pt>

II.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/kehtptatg/flash.html?locale=pt>

**Título: A Responsabilidade Civil Médica
(decorrente de actos médicos praticados em hospitais
públicos)**

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-19-3

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt