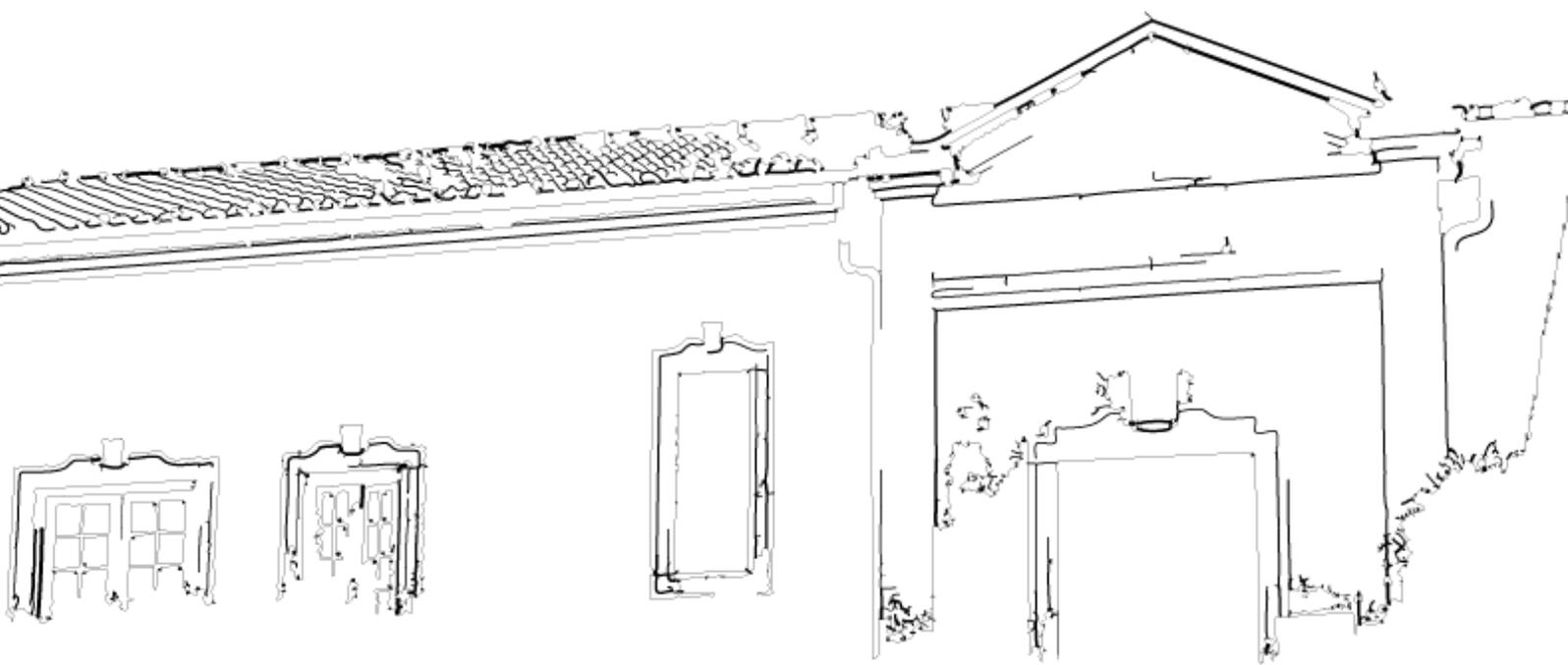


Coleção **Ações de Formação**

Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**Título: Curso Complementar de Direito da Saúde:
responsabilidade civil, penal e profissional**

Ano de Publicação: 2013

ISBN: 978-972-9122-34-7

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt

I Índice

NOTA: É possível **clicar** nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o capítulo ou subcapítulo em questão.

Índice	3
Ficha Técnica	6
Introdução e Objetivos	8
A Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual do Profissional de Saúde	9
Responsabilidade Civil Médica – Jorge Sinde Monteiro	10
Sumário	11
Videogravação da comunicação	13
Responsabilidade do Profissional de Saúde – esfera de ação, enquadramento(s) e contexto(s) – Lucília Nunes	14
Sumário	15
Texto da Comunicação	16
Videogravação da comunicação	40
A Responsabilidade Civil e Penal: análise de casos práticos	41
Da alegada negligência médica à avaliação pericial de violação das <i>leges artis</i> – Jorge Costa Santos	42
Sumário	43
Apresentação em powerpoint	44
Videogravação da comunicação	67
A Responsabilidade Civil Médica – Rui Torres Vouga	68
Sumário	69
Videogravação da comunicação	70

Direito da Saúde – Responsabilidade Penal – Casuística – Nuno Coelho	71
Texto da comunicação	72
Videogravação da comunicação	86
O ato médico: o erro médico e a negligência médica	87
O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa; a cirurgia plástica e reconstrutiva – Germano de Sousa	88
Sumário	89
Apresentação em powerpoint.....	90
Videogravação da comunicação.....	119
O Erro Clínico e a Negligência – Miguel Oliveira da Silva.....	120
Texto da comunicação.....	121
Videogravação da comunicação.....	123
O ato médico; o erro de diagnóstico; a intervenção médica curativa; a cirurgia plástica e reconstrutiva – André Dias Pereira.....	124
Sumário	125
Bibliografia.....	127
Videogravação da comunicação.....	129
O Consentimento Esclarecido: uma fonte de responsabilidade dos agentes médicos.....	130
A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos – João Vaz Rodrigues	131
Texto da comunicação	132
Videogravação da comunicação	158
O seguro de responsabilidade civil por danos causados no exercício da medicina..	159
O seguro de responsabilidade civil médica – Maria Manuel Veloso.....	160
Sumário	161

A prova nas ações de responsabilidade médica. O valor extraprocessual das provas	162
O valor extraprocessual das provas – Ações de responsabilidade civil por atos médicos – Manuel António do Rosário Nunes	163
Sumário.....	164
Bibliografia.....	165
Texto da comunicação.....	166
Videogravação da comunicação.....	175
O valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução – Rui Gonçalves Pinto	176
Sumário e bibliografia.....	177
Texto da comunicação.....	178
Videogravação da comunicação.....	207
Anexos	209
Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro	210
Convenção de Oviedo	214
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - 20/03/2012 (Manuel Marques) ..	228
Acórdãos do STJ e das Relações proferidos de 2002 a 2012 sobre temas de responsabilidade civil médica	237
Atividade Médica.....	238
Consentimento Informado	248
Direito a Não Nascer	252
Natureza Contratual	261
Ónus da Prova.....	325
Violação Leges Artis.....	441
Acórdão do STJ – 25/07/1985.....	448
Anotação do Dr. Joaquim Alcoforado Saldanha	448
O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo e prova pericial) – Luís Filipe Pires de Sousa	450

Ficha Técnica

Nome do curso: Curso Complementar de Direito da Saúde

Categoria: Ações de Formação Contínua

Data de realização: Lisboa, 19 e 20 de abril de 2012

Coordenação da Ação de Formação: Carla Câmara

Intervenientes:

Jorge Sinde Monteiro (Professor Catedrático, FDUC);

Lucília Nunes (Enfermeira, Professora da ESE e da ESS/IPS, CNECV)

Gabriel Catarino (Juiz Conselheiro - STJ)

Jorge Costa Santos (Professor da FMUL)

Rui Torres Vouga (Juiz Desembargador, TRL)

Nuno Coelho (Juiz de Direito, Varas Criminais de Lisboa)

Hélder Roque (Juiz Conselheiro - STJ)

Germano de Sousa (Professor Catedrático, antigo Bastonário da Ordem dos Médicos)

Miguel Oliveira da Silva (Professor Catedrático, CNECV-FMUL)

André Dias Pereira (Docente universitário, FDUC)

Carla Câmara (Juíza de Direito, Docente no CEJ)

João Vaz Rodrigues (Universidade de Évora, Vogal do CSM, Advogado)

Maria Manuel Veloso (Docente universitária, FDUC)

Rui Gonçalves Pinto (Professor da FDUL)

Edgar Taborda Lopes (Coordenador do Departamento da Formação do CEJ, Juiz de Direito)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes (Coordenador do Departamento da Formação do CEJ, Juiz de Direito)

Lucília do Carmo Perdigão (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

Nota: Foram respeitadas as opções de todos os intervenientes na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

II Introdução e Objetivos

O "Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional" é dirigido a juízes e magistrados do Ministério Público e a outros profissionais forenses com o objetivo de proporcionar uma análise sobre a temática do erro médico e suas consequências, o ónus de prova nas ações de responsabilidade, a apreciação de questões de exercício da medicina em prática isolada e em equipa e os seguros de responsabilidade e consequências processuais da intervenção de seguradoras.

A Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual do Profissional de Saúde

Responsabilidade Civil Médica

Jorge Sinde Monteiro

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

Jorge Ferreira Sinde Monteiro

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

I

Medicina Privada

1. Responsabilidade contratual e extracontratual.

Breve referência à diferença de regimes.

A questão do ónus da prova: aplicação do art. 799/1 no domínio da prestação de serviços médicos?

Nexo de causalidade – presunções judiciais.

Concurso de responsabilidades?

Dever de documentação e acesso aos registos no domínio privado (arts. 573.º s.).

2. Responsabilidade dos Estabelecimentos Particulares pelo seu pessoal.

O profissional integrado em equipa.

Cláusulas de exclusão da responsabilidade.

Incremento da “culpa de organização”; a proposta da sua consagração no art. 1353 do Projeto francês de reforma do Direito das Obrigações (“Projet Catala”).

3. Aplicação do art. 493.º/2?

Na nossa opinião só excepcionalmente, quando forem utilizadas coisas ou instrumentos particularmente perigosos (seria v.g. o caso dos raios X, se entretanto não tivesse sido criada uma responsabilidade objetiva).

II

Serviço Nacional de Saúde

4. Extensão do campo de aplicação do RRCEE (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, art. 1.º), incluindo pessoas coletivas d e direito privado (n.º 5).
5. Responsabilidade exclusiva do Estado (culpa leve).
6. Responsabilidade solidária.
7. A consagração aberta da “culpa do serviço” (ilicitude sem culpa, com responsabilidade exclusiva do Estado).
8. Presunções de culpa: art. 10.º, n.ºs 2 e 3. Aplicabilidade do art. 493.º/1 do CC, mas já não do art. 493.º/2 nem dos arts. 491.º e 492.º?
9. Responsabilidade pelo risco (art. 11.º).

III

DE LEGE FERENDA

10. Tem sido discutido se é possível qualificar a relação de internamento em Hospital Público como um contrato.
11. Mesmo que difícil de sustentar *de lege lata*, parece ser a melhor solução *de lege ferenda*, a exemplo do direito holandês.
12. Existência de uma proposta muito recente de introduzir a regulação do contrato de prestação de serviços médicos no BGB.
13. Uma reforma menor poderia consistir na introdução de uma disposição como a que vemos proposta no art. 56d, al. 2., do anteprojeto suíço de reforma da responsabilidade civil:

“Se a prova não pode ser estabelecida com certeza ou se não pode ser razoavelmente exigida a realização dessa prova à pessoa a quem ela incumbe, o tribunal pode contentar-se com uma verosimilhança convincente; ficará por outro lado habilitado a fixar a extensão da reparação de acordo com o grau de verosimilhança”.

Bibliografia: *La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens / Europäisches Haftungsrecht morgen, Nationale Revisionsentwürfe und europäische Haftungsprinzipien*, Edité par Bénédicte WINIGER, Bruylant / Schultess, Zürich, 2008.



Videogravação da comunicação

Responsabilidade do Profissional de Saúde – esfera de acção, enquadramento(s) e contexto(s)

Lucília Nunes

A Responsabilidade civil contratual e extracontratual do profissional de saúde; a Responsabilidade do Estado e de outros Entes Públicos; a Responsabilidade dos Estabelecimentos Particulares de Assistência pelo Pessoal ao seu Serviço. O profissional de saúde integrado em equipa."

Jorge Sinde Monteiro (Professor Catedrático da FDUC);

Lucília Nunes (Professora, CNECV –ESS);

Moderador: Álvaro Rodrigues (Juiz Conselheiro - STJ)

Responsabilidade do profissional de saúde – esfera de acção, enquadramento[s] e contexto[s].

Lucília Nunes

Sumário

Notas prévias e de estrutura [opção por enunciados].

1. Do[s] território[s] da Saúde.

- 1.1. Saúde como uma condição decisiva para o desenvolvimento do plano de vida de cada pessoa.
- 1.2. Saúde como área de intervenção multiprofissional.
- 1.3. Direitos das pessoas a aceder a cuidados de saúde e a tomar decisão sobre o que lhes é proposto.

2. Das profissões da Saúde.

- 2.1. Escopo de autoregulação - deontológico e profissional. Papel das Ordens.
- 2.2. Tomada de decisão clínica e ética em ambientes de complexidade e incerteza.
- 2.3. Responsabilidade profissional disciplinar – Deveres, *Leges artis* e *best practices*.

3. Da acção em contexto

- 3.1. Juízo sobre o realizado - enquadramento deontológico e profissional, apreciação do contexto e fundamentação do agir.
- 3.2. Trabalho dos profissionais de saúde requer cooperação - colaboração, equipa e rede.
- 3.3. Formação de equipas de elevado desempenho.
- 3.4. Distinção de cada um num contexto de atuação de equipa.

Notas prévias:

- i. Agradecimento ao CEJ, na pessoa do seu presidente, pela proposta ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- ii. Reconhecimento dos contributos de outras áreas, em particular para um olhar ético e bioético, uma pluralidade de olhares que é necessária e vital, para um campo tão humano como é o da saúde;
- iii. A estrutura que escolhemos parte do suposto que existe uma estrutura proposicional do nosso conhecimento – pois que, de acordo com Habermas, “as opiniões podem ser representadas na forma de enunciados”¹ e o conceito de racionalidade pode ser entendido “como uma disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de acção que se expressa ou se manifesta em formas de comportamento para os quais existem boas razões ou fundamentos”². Assim, apresentamos três partes:
 - Do[s] território[s] da Saúde, numa perspectiva macro,
 - Das profissões da Saúde, em torno das questões mais específicas do enquadramento da deontologia e da disciplina e
 - Da acção em contexto, eventualmente a abordagem mais concreta.
- iv. Nestas partes, apresentam-se enunciados, sendo expectável que sejam examinados – quer na perspectiva do discurso teórico, do discurso prático de expressão ético-moral e da crítica; procuraremos caminhar do território mais amplo para o mais concreto, pelo que os enunciados partem da área da saúde, para as profissões da saúde, a esfera de acção e responsabilidade do profissional de saúde bem como o contexto multiprofissional e trabalho em equipa. Cada enunciado tem desenvolvimento e fundamentação associada, sendo que uns serão mais pacíficos e outros mais inquietadores ou de eventual divergência intelectual. A distribuição é de 3 enunciados no primeiro tópico, três no segundo e quatro no terceiro.

¹ HABERMAS, Jürgen - *Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* v.1: *Reason and the Rationalization of Society*. Cambridge: Polity Press, 1997. p.01.

² Idem, p. 22

1. A saúde é uma das condições mais decisivas para o desenvolvimento do plano de vida de cada pessoa.

1.1. Cada projeto, individual ou colectivo, supõe um estado e um processo em que cada pessoa procura o equilíbrio e o bem estar, atendendo às vertentes física,

emocional, sociocultural e espiritual. A saúde tem, para cada um de nós, um significado próprio e cada um tem uma representação mental do seu estado de saúde. Existe uma relação próxima com a concepção de qualidade de vida e entende-se como um bem humano, em sentido amplo. Por isso, poderá pensar-se que os cuidados de saúde são especiais. Uns concordarão com esta afirmação pela sacralidade, outros pelo usufruto e fruição da vida, outros pela utilidade ou funcionalidade social, ou, ainda, numa óptica economicista porque envolvem grandes quantias de dinheiro (tanto na prestação direta como na segurada).

1.2. Mesmo partindo da consagrada definição da OMS, «Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças», percebemos que a sua formulação concreta é relativa e que diz respeito a uma capacidade individual de satisfazer as exigências do seu/nosso particular tipo de vida. Hoje vai-se configurando a saúde em sentido alargado, das dimensões pessoais de estado e percepção de saúde, à preocupação com a saúde em sentido coletivo, que atravessa as políticas do urbanismo ou do ambiente. Procuramos que os nossos atos sejam salutogénicos, promotores do bem estar físico, emocional, espiritual, cultural, mental e também do ambiente que nos envolve, em sentido próximo ou global. De qualquer forma, ao olhar a realidade de organização dos serviços de saúde, tem sido gritante tanto o modelo hospitalocêntrico como a centralidade na doença. É preciso centrar na saúde, mais do que sucumbir exclusivamente à tentação da doença e das situações-limite, e ter em conta os diversos entrelaçamentos com a educação, com os hábitos de vida, com as condições do trabalho, com a cidadania, com o ambiente. Este sentido afetará a ação das equipas de saúde, que intervêm no sentido de promover e proteger a saúde (prevenção primária), prevenir e tratar a doença (prevenção secundária) e promover a reabilitação e a reinserção social (prevenção terciária) ou acompanhar os processos de morrer (cuidados paliativos).

1.3. O conceito de saúde, como outros, reflete a cultura da sociedade, partilhada pelos seus membros, espelhando a variedade de contextos da experiência humana. A saúde e a doença são consideradas processos mais do que estados, fazendo parte integrante da vida, do espaço que medeia entre o nascimento e a morte. Assiste-se, como afirmava Ricoeur, ao redesenhar da saúde, cada vez menos associada à normalidade do corpo e cada vez mais ligada à normatividade da pessoa, à capacidade de cada um para levar a cabo um projeto de saúde, um compromisso com a existência. Nesta concepção,

coloca-se uma determinada perspectiva do humano, da saúde e da vida assim como do normal e do patológico, expressão de vulnerabilidade em si mesmo, e igualmente digno de estima e de respeito³.

2. Entende-se a Saúde como área de intervenção multidisciplinar que visa assegurar as respostas às necessidades das pessoas.

2.1. Os cuidados de saúde são, atualmente, a expressão de cuidado profissional e institucionalizado, garantido a todos, em Portugal, por via da Constituição da República Portuguesa, que no Artigo 64 prescreve o *direito à protecção da*

saúde. Porém, essa garantia confronta-se com a complexidade das dimensões política, económica e jurídica deste direito⁴ - melhor dizendo tem sido predominante a leitura económica, em dois eixos principais: o controle das despesas e o aumento do financiamento. Face à complexidade da questão da saúde percebe-se que «(...) as questões que se levantam não podem deixar de ter a sua raiz na ética tal como a sua plena adequação prática a tem na esfera do entendimento que a sociedade tem de si própria e do ordenamento político e jurídico com que se dota. Desde o nível das decisões pessoais – quanto à própria saúde ou aos cuidados de saúde a prestar a outros – até às decisões relativas à sociedade e às suas estruturas, encontram-se zonas problemáticas onde se inscrevem interrogações do domínio dos fundamentos éticos.»⁵

2.2. É particularmente para a dimensão ética deste direito - que se pode traduzir no direito ao acesso e ao melhor cuidado – que olhamos. Eventualmente, estaremos todos de acordo que a saúde se atravessa na nossa atenção, da protecção à reabilitação e reinserção, sendo que as ações dos sistemas de saúde têm os objectivos primários de promover ou proteger a saúde. Como se afirma na Convenção Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), há uma relação entre responsabilidade social e saúde

1. “A promoção da saúde e do desenvolvimento social em benefício dos respectivos povos é um objectivo fundamental dos governos que envolve todos os sectores da sociedade.
2. Atendendo a que gozar da melhor saúde que se possa alcançar constitui um dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, sem distinção de raça, religião, opções políticas e condição económica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve fomentar: (a) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e aos medicamentos essenciais, nomeadamente no interesse da saúde das mulheres e das crianças, **porque a saúde é essencial à própria vida e deve ser considerada um bem social e humano**; (b) o acesso a alimentação e água adequadas; (c) a melhoria das condições de vida e do meio ambiente; (d) a eliminação da marginalização e da exclusão, seja qual for o motivo em que se baseiam; (e) a redução da pobreza e do analfabetismo.” (*o negrito é nosso*) [Artº 14º]

³ RICŒUR, Paul - *Le Juste* 2, p.218.

⁴ CNECV - Parecer 14/CNECV/95, *Questões Éticas na Distribuição e Utilização dos Recursos para a Saúde*, § 19.

⁵ Idem, § 3.

- 2.3. Um dos elementos centrais associados ao campo da Saúde é o da confiança⁶ – e se a confiança alicerça as relações sociais, no geral, no caso da saúde em particular associam-se a vulnerabilidade das pessoas, o seu estado de necessidade e as assimetrias de informação, bem como os elementos de incerteza e risco. A confiança é importante na relação das pessoas com os profissionais, entre os profissionais e ao nível institucional. Nota-se, todavia, uma mudança nas relações estabelecidas que, tendendo a alterar o modelo de confiança, a mantém como elemento-chave. A mudança de uma confiança pessoal para uma confiança institucional; do declínio da autoridade unipessoal para a participação dos cidadãos e mais informação (que pode requerer descodificação da informação a que os cidadãos acedem); da decisão do profissional para o consentimento livre e esclarecido do cliente. Novas condições ou diferenças nos cenários decisórios, que se constituem como desafios da capacitação das pessoas e da literacia em saúde. Novas tecnologias ao serviço da saúde e padrões de cuidados estabelecidos pelos reguladores, são outras cambiantes a adicionar. Tenha-se em conta que o cidadão europeu (e português), coloca as profissões da saúde entre as cinco⁷ de maior confiança.
- 2.4. Outro aspeto relevante tem relação com os modos como se organizam os recursos existentes numa organização. Já não a um nível macro, das políticas e estratégias, mas numa espécie de nível meso (se o micro for cada unidade ou serviço) em que no seio de uma instituição prestadora de cuidados de saúde se planeia a quantidade e a natureza profissional dos recursos e se estabelecem as diretrizes para a sua distribuição – elementos que se materializam, por exemplo, nos horários do pessoal, nos horários de atendimento dos serviços. Portanto, indo além da dotação de pessoal, a forma como os recursos humanos são distribuídos e alocados, tendo em vista cumprir a missão da instituição. Na realidade, a materialização da acessibilidade das pessoas aos cuidados de saúde passa necessariamente pela existência de recursos humanos que os possam prover.
- 2.5. A Saúde é uma área de intervenção multidisciplinar – nenhum grupo profissional dá resposta cabal sózinho. E tanto podemos estar a pensar numa doença ou na vigilância de saúde. Eventualmente, o paradigma de pensamento sobre o ser humano e a sua saúde mudou, pelo que se está em fase de ruptura paradigmática, longe do tempo em que a centralidade estava no profissional médico. Aliás, esta amplitude afeta as próprias organizações, podendo nós equacionar se a elevada variabilidade de contextos de prestação de cuidados que hoje existe (como se evidencia nas unidades da RNCCI⁸, por exemplo, ou nas

⁶ ROWE, Rosemary; CALNAN, Michael – “Trust relations in health care—the new agenda”. *Eur J Public Health* (February 2006) 16 (1): 4-6. <http://eurpub.oxfordjournals.org/content/16/1/4.full>

⁷ A sequência é: pilotos de aviação (96%), bombeiros (95%), enfermeiros (91%), farmacêuticos (88%), médicos (87%).

⁸ Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados - modelo organizacional criado pelos Ministérios do trabalho e da Solidariedade Social e da Saúde, é formada por um conjunto de instituições públicas e privadas, que prestam cuidados continuados de saúde e de apoio social. Estas novas respostas promovem a continuidade de cuidados de forma integrada a pessoas em situação de dependência e com perda de autonomia. Tem unidades de internamento (com a tipologia de Unidades de Convalescença, Unidades de Média Duração e Reabilitação, Unidades de Longa Duração e Manutenção, Unidades de Cuidados Paliativos), ambulatório (Unidades de Dia e Promoção da Autonomia) e respostas domiciliárias (Equipas de Cuidados Continuados Integrados e Equipas Comunitárias de Suporte em Cuidados Paliativos). Site da Unidade de Missão: <http://www.nccci.min-saude.pt/nccci/Paginas/ARede.aspx>

unidades funcionais dos ACES⁹) não espelha este reconhecimento que as necessidades das pessoas são diversas, aos vários níveis de prevenção e requerendo profissionais qualificados de diferente formação, quer na coordenação quer na composição das unidades. Poder-se-ia ir mais longe, e considerar que o tipo de trabalho das equipas multiprofissionais afecta a qualidade e a continuidade dos cuidados de saúde prestados.

3. As pessoas têm direito de aceder a cuidados de saúde e a tomar decisão sobre o que lhes é proposto.

3.1. Notemos que o cuidado é essencial à vida. Tem um traço de universalidade, aparecendo sempre, no tempo e no espaço, na organização das comunidades e sociedades humanas, com a finalidade de melhorar ou manter uma condição

ou estilo de vida, de assegurar a continuidade da vida. Tanto é preciso cuidar da vida ao longo da vida, em situação de saúde como em situação de doença, de deficiência ou fragilidade. Entendemos cuidado enquanto acto que prestamos a nós mesmos em sentido genérico; enquanto *acto de reciprocidade*, que prestamos aos outros que, de forma temporária ou definitiva, em determinado momento ou contexto, têm necessidade de ajuda (e aqui se filiam o cuidado profissional na saúde, o cuidado na relação pedagógica ou na gestão de uma empresa) e o cuidado pelo mundo, no sentido do agir, tornar em acção, a responsabilidade pelo mundo.

3.2. Na Bioética, é claro o princípio do respeito pela autonomia da pessoa. Usamos a expressão “decisão face ao que lhe é proposto” na conjunção de que as pessoas têm direito a ser informadas (ou a não querer ser) e a decidirem consentir, dissentir ou querer segunda opinião. Tal encontrou expressão inaugural na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina¹⁰ -

- *Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.*
- *Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.*
- *A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.*

3.3. Num parecer de 2010, o CNECV¹¹ “considera que as *declarações antecipadas de vontade* e o consentimento informado se fundam no princípio do respeito pela autonomia da pessoa que autoriza ou recusa uma intervenção na área da sua saúde; outros princípios, nomeadamente os da beneficência e da

⁹ ACES são agrupamentos dos Centros de saúde - Decreto-Lei n.º 28/2008 de 22 de Fevereiro. Artigo 7.º - Unidades funcionais 1 — Os ACES podem compreender as seguintes unidades funcionais: a) Unidade de saúde familiar (USF); b) Unidade de cuidados de saúde personalizados (UCSP); c) Unidade de cuidados na comunidade (UCC); d) Unidade de saúde pública (USP); e) Unidade de recursos assistenciais partilhados (URAP); f) Outras unidades ou serviços, propostos pela respectiva ARS, I. P., e aprovados por despacho do Ministro da Saúde, e que venham a ser considerados como necessários.

¹⁰ Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, Capítulo II (consentimento), artigo 5º (regra geral).

¹¹ Parecer sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade. 59/CNECV/2010.

não-maleficência, não deixam também de estar presentes aquando da tomada de decisões sobre pessoas incapazes de se exprimirem”.

- 3.4. Assim, atravessamos a esfera da informação (que é um meio para o exercício de uma autodeterminação esclarecida) e do consentimento, sendo este uma condição essencial em situações planeadas, excluindo-se por via de regra, a situação de emergência, no mesmo princípio que supõe o consentimento presumido. Os profissionais têm dever de informar porque os clientes têm direito a decidir sobre si. Anotemos, por devido rigor, a situação especial do “privilégio terapêutico” que deverá ser excepcional. E quando referimos “consentimento” não estamos a mencionar uma assinatura num papel – isso seria a “burocratização” de um direito que as pessoas têm e que os profissionais devem proteger. O papel pode estar assinado e isso não quer dizer que a pessoa tenha sido informada, esclarecida nas dúvidas e validada a sua compreensão sobre o que ia ser realizado a seguir. Esta pode ser uma área delicada, pois requer que se vá além do papel e de uma cultura de burocratização dos processos, pretendendo uma verificação do cumprimento dos deveres dos profissionais, que se ancoram na proteção dos direitos das pessoas.
- 3.5. Note-se ainda uma certa diferença entre a ideia de «consentimento informado» e «consentimento livre e esclarecido», pois o que importa, mais do que ter recebido informação, é que esta seja compreendida, haja espaço ao esclarecimento de dúvidas e seja validada a compreensão da informação facultada. Acresce ainda que quando dizemos «consentimento» parece existir uma certa representação de um «dizer sim», quando o que se coloca é que a pessoa possa consentir, dissentir, querer outra opinião, não querer ser informado ou pretender que seja outra pessoa a ter a informação.
- 3.6. Do fundo ético da dignidade da pessoa decorre a afirmação¹² da sua autonomia para escolher os seus projetos de vida, no seu contexto situado e associando responsabilidade e respeito pelo Outro, sem considerar dispicienda a vulnerabilidade de cada um - por isso, tanto hoje se refere a adesão ao regime terapêutico e à parceria de cuidados.

4. Importa considerar o escopo das profissões autoreguladas e, em particular, o enquadramento deontológico e da disciplina.

4.1. O termo *profissão* aplica-se quando envolve compromisso e declaração pública de prestação de um serviço; é regulada quando, directa ou indirecta, em virtude de decisões legislativas, regulatórias ou administrativas, é controlado o acesso e o exercício da profissão; quando é auto-regulada, é a própria profissão

¹² *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*, art.º 5.º - “A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.”

que se regula. Portanto, é o órgão regulador que estabelece o acesso à profissão, o controlo do exercício (designadamente, pelas regras éticas e deontológicas bem como pela formulação de padrões de qualidade para o exercício), assume o poder jurisdicional e a sanção disciplinar, sendo a finalidade colocada ao serviço do público.

- 4.2. Uma *profissão liberal* caracteriza-se¹³ pela prática “com base em qualificações profissionais relevantes, na capacidade pessoal, responsável e profissionalmente independente, daqueles que prestam serviços intelectuais e conceptuais, no interesse do cliente e do público”. Assim, os elementos chave são as qualificações (profissões intelectuais e científicas), a responsabilidade pessoal pelos actos profissionais e a independência. Na transposição para o Direito português da Directiva n.º 2005/36/CE - Lei 9/2009 de 4 de Março - «Profissão regulamentada» é definida como “a actividade ou o conjunto de actividades profissionais em que o acesso, o exercício ou uma das modalidades de exercício dependem directa ou indirectamente da titularidade de determinadas qualificações profissionais, constituindo, nomeadamente, uma modalidade de exercício o uso de um título profissional limitado aos detentores de uma determinada qualificação profissional”; Evocando a ideia-fim de que a regulação protege os cidadãos e que “a competitividade da Europa exige mais e melhor regulação”¹⁴, notemos que a regulação corresponde ao conjunto de regras, normas, hábitos e regulamentações que se impõem sobre determinadas actividades e abarca o próprio processo de elaboração e implementação dessas regras.
- 4.3. Profissões autoreguladas têm Ordens Profissionais – Segundo Adriano Moreira, “a instituição marca a identidade dos seus membros, tem uma autoridade que ela própria legitima, uma disciplina que vigia, e sobretudo *regras da arte* que requerem fidelidade dos praticantes e vigilância da instituição”¹⁵. Mais se espera que: “A crise económica e financeira que atinge tão severamente o Estado e a sociedade civil, que sofre as consequências da má governança nacional e internacional, tem nas Ordens uma defesa, em liberdade, de *segurança dos direitos humanos* ameaçados. É natural que a saúde e a justiça sejam mais frequentemente chamadas à intervenção das Ordens, mas a questão das *regras da arte*, da *independência* de juízo, da *responsabilidade* profissional, são invioláveis pelos interesses da hierarquia que se manifestem em conflito com tais regras da arte.”¹⁶
- 4.4. Em Portugal, a entidade que agrega as Ordens, Conselho Nacional das Ordens Profissionais, tem atualmente 14 membros. De entre estes, as *Ordens da Saúde* poderiam ser consideradas como sendo as dos Enfermeiros, Farmacêuticos, Médicos, Médicos Dentistas e Médicos Veterinários; ao abrigo da

¹³ Liberal professions, [...] are, according to this Directive, those practised on the basis of relevant professional qualifications in a personal, responsible and professionally independent capacity by those providing intellectual and conceptual services in the interest of the client and the public.” in Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the Recognition of Professional Qualifications.

¹⁴ VASCONCELOS, Jorge - *A regulação em Portugal: arte nova, arte degenerada ou arte pobre?* Lição inaugural do 4º Curso de pós-graduação em Direito Público e Regulação. Disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/licao_inaugural.pdf

¹⁵ MOREIRA, Adriano - *A função das Ordens*. Colóquio “As ordens profissionais e autorregulação na sociedade portuguesa”. Organização CNOP. Março 2012. Disponível em <http://doc.cnop.pt/2012/03/20120322-cnop-adriano-moreira.pdf>

¹⁶ Idem, p. 8

nova lei quadro, foram criadas a Ordem dos Psicólogos e dos Nutricionistas (em comissão instaladora, ainda não surge como membro do CNOP). Não obstante a partilha do campo de acção, distinguiria (e esta distinção pode não ser pacífica) na Saúde, as Ordens dos *profissionais clínicos* - ou seja, dos que diagnosticam e prescrevem, junto da pessoa, com autonomia para tal, na sua esfera de acção, nomeadamente, Enfermeiros¹⁷ e Médicos¹⁸; Farmacêuticos¹⁹ e Psicólogos²⁰, ainda que haja diferenças relevantes nos dois primeiros, quer quanto à permanência junto da pessoa e ao seu acompanhamento quer quanto à amplitude e natureza do foco de atenção profissional.

- 4.5. De entre as características comuns decorrentes da regulação, releve-se a deontologia e a acção disciplinar. Sabemos hoje que os percursos deontológicos foram consagrando uma codificação convencional, com feição imperativa, na lógica de que um dos traços da autonomia profissional advém exactamente de se estabelecer a própria disciplina. Existe a consciencialização da utilidade social da profissão e dos inerentes deveres profissionais - a expressão dos deveres faz-se acompanhar da componente disciplinar e o nível de gravidade de uma eventual infracção é avaliada inter-pares.
- 4.6. A deontologia, como o direito, modifica-se, conforme as sociedades se desenvolvem e “necessita de ser balizada por paradigmas atualizados”²¹. Todavia, a dimensão disciplinar de uma profissão, pela sua especificidade, não pode ser simplesmente entregue à esfera do jurídico, ao tribunal ou ao mercado. Por um lado, a existência e o nível de gravidade de uma eventual falta deontológica é avaliada entre conhecedores que realizam o papel de terceiro a uma justa distância, sendo a pena decretada inter-pares; por outro lado, os deveres enunciados são confrontados com situações concretas e casos particulares.

¹⁷ Ordem dos Enfermeiros, criada pelo Decreto-Lei n.º 104/98 de 21 de Abril. Reconhecidos os enfermeiros como “corpo institucional idóneo para assumir a devolução dos poderes que ao Estado competem no que concerne à regulamentação e controlo do exercício profissional, designadamente nos seus aspectos deontológicos e disciplinares”, foi o Estatuto da Ordem tido como “um imperativo da sociedade portuguesa”. No desígnio fundamental da Ordem está “promover a defesa da qualidade dos cuidados de enfermagem prestados à população” assim como do “desenvolvimento, a regulamentação e o controlo do exercício da profissão de enfermeiro, assegurando a observância das regras de ética e deontologia profissional”

¹⁸ Ordem dos Médicos, criada pelo Decreto-Lei n.º 29 171 de 24 de Novembro de 1938, sucedendo-se à Associação dos Médicos Portugueses. Na última versão dos estatutos, DL n.º 217/94, de 20 de Agosto, lê-se que “A Ordem dos Médicos reconhece que a defesa dos legítimos interesses dos médicos pressupõe o exercício de uma medicina humanizada que respeite o direito à saúde de todos os cidadãos”, “exerce a sua acção com total independência em relação ao Estado, formações políticas, religiosas ou outras organizações”. Entre as finalidades essenciais (artigo 6º), releve-se: “a) Defender a ética, a deontologia e a qualificação profissional médicas, a fim de assegurar e fazer respeitar o direito dos utentes a uma medicina qualificada;”

¹⁹ Ordem dos Farmacêuticos, criada pelo Decreto-Lei n.º 334/72 de 23 de Agosto. De acordo com o Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro, “mantém a designação tradicional de Sociedade Farmacêutica Lusitana, de que é legítima continuadora”. É a associação pública que abrange e representa os licenciados em Farmácia ou em Ciências Farmacêuticas que exercem a profissão farmacêutica ou praticam actos próprios desta profissão em território nacional.

²⁰ Ordem dos Psicólogos Portugueses, criada pela Lei n.º 57/2008 de 4 de Setembro. Abrange os profissionais de psicologia que exercem a profissão de psicólogo.

²¹ Cf. NUNES, Lucília; RENAUD, Michel; SILVA, Miguel Oliveira da; ALMEIDA, Rosalvo (relats.) – Memorando sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade [site CNECV] p. 8 [“Na redacção de diplomas legais que regulam o equilíbrio entre o respeito pela autonomia da pessoa doente e o respeito pela independência e pelas boas práticas da prestação de cuidados de saúde (sabendo-se que aquela autonomia não deve resvalar para cuidados de saúde «a la carte» e reconhecendo-se que a deontologia dos profissionais de saúde necessita ser balizada por paradigmas actualizados), importa, a exemplo do que se faz e fez noutras sociedades civilizadas, ter presente que o consentimento/recusa em matéria de cuidados de saúde deve deixar uma margem de manobra bastante para abarcar a responsabilidade e a liberdade dos prestadores de cuidados de saúde.”].

4.7. Finalmente, a questão de *como* a deontologia se materializa na disciplina. Uma actuação disciplinar que balance aos extremos, inflexível ou omissa, condescendente ou tendenciosa, desacreditaria o apelo ao julgamento da Ordem por parte dos que se sentem ofendidos por prestações eventualmente condenáveis dos profissionais e comprometeria a utilidade social que dela se espera. Sabendo que não basta as regras estarem definidas, torna-se muito importante a sua interpretação e cumprimento, tanto em termos deontológicos como no que respeita à aplicação disciplinar. Finalmente, considerar que estamos perante o imperativo de protecção do público e da segurança dos clientes, razões em que se fundam quer a deontologia, quer a formulação das boas práticas e normas de orientação clínica.

5. A tomada de decisão (clínica e ética) ocorre em ambientes de complexidade e incerteza.

5.1. Tomar uma decisão é proceder a uma escolha que orienta os actos que realizamos. E agimos sempre, ainda que decidamos não agir. Evocando Paul Ricoeur, na sua tríplice fórmula relativa à Ética, todos procuramos o sentido de “uma vida boa, com e para os

outros, em instituições justas”²². Na suposição da existência de uma vontade livre, os *actos voluntários* são aqueles acerca dos quais sei que podia também tê-los deixado por fazer. Hannah Arendt afirma que “a pedra de toque de um acto livre – desde a decisão de saltar da cama todas as manhãs até às mais altas resoluções pelas quais nos comprometemos para o futuro – é sempre que sabemos que podíamos ter deixado por fazer o que efectivamente fizemos”²³.

5.2. É por escolher entre duas ou mais possibilidades que se realizam os actos, habitualmente por preferência e medindo tão longe quanto consigo as consequências possíveis. Se é acção de cada um, a essa possibilidade de fazer ou não fazer, de dizer *sim* ou *não* a certos actos que dependem de cada um, é o que se costuma chamar *liberdade*. E assumir a nossa liberdade implica aceitar a *responsabilidade* pelo que fazemos ou tentámos fazer e mesmo pelas consequências indesejáveis dos nossos actos.

5.3. *Tomar decisão* consiste em escolher a melhor alternativa de acordo com critérios estabelecidos, a partir de uma certa quantidade de informações, com o propósito de atingir um objectivo. Por isso, pode dizer-se que é dirigida para (uma certa finalidade), seja a resolução de um determinado problema ou a opção por determinada situação. A decisão é tomada a partir de probabilidades, possibilidades e ou alternativas, decorre de escolha e exige deliberação²⁴. Os antigos diriam: delibero, decido e ajo.

²² Idem, p. 203.

²³ ARENDT, Hannah - *A Vida do Espírito. Vol. II – Querer*. p. 33.

²⁴ A deliberação coloca duas questões primordiais: O que fazer para obter um determinado resultado? como fazer?. O conceito de deliberação inscreve-se numa cadeia conceptual que parte do desejo e da vontade, e se conclui com a escolha e a decisão (o objecto da escolha é o voluntário, pré-deliberado), que são prévias ao levar a cabo a acção. Para haver deliberação é necessário que o desejo seja realizável, se enquadre dentro dos nossos possíveis (mesmo que possa haver erro na avaliação do que julgamos possível). Sobre o assunto, veja-se F. Wiggins, D. - “*Deliberation and Practical Reason*” (1976), in A. O. Rorty, *Essays on Aristotle’s Ethics*, University of California Press, Berkeley, (1980), pp.221-240; *Deliberação*, Paulo Tunhas. Disponível em www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/deliberacao.pdf.

- 5.4. As decisões têm de ser fundamentadas, sejam de natureza científica, técnica, jurídica ou moral, assumindo-se que as escolhas individuais, de uma pessoa competente e capaz para decidir, têm ancoragem em princípios e valores. Quanto menos familiares (logo, mais instáveis e ambíguos) forem os problemas, mais morosa e analítica tende a ser a estratégia da decisão. É sobretudo face a uma situação nova ou inesperada, em que se exige uma decisão, que somos desafiados (ou forçados) a reflectir no que estamos a fazer e temos de explicar os motivos que nos levam a agir (ou não) de determinada forma. Acresce que a tomada de decisão envolve fenómenos, factos e valores, e pode ser compreendida a partir de vários factores e influências – lógicos, emocionais, comportamentais - que permeiam todo o processo.
- 5.5. Ainda assim, e se é fácil compreender que as decisões científicas se baseiam na evidência e em dados de investigação, as decisões ético-morais têm de ser fundamentadas numa cuidadosa deliberação racional sobre os factos existentes, no exame dos princípios morais relevantes, na apreciação das opções e possibilidades, na monitorização dos efeitos e consequências das acções – de que decorrerá, depois, aprendizagem e lições para o futuro. Por aqui se vê que, por um lado, a decisão pode ser orientada segundo uma ideologia, uma concepção pessoal do mundo e da vida, expressa em crenças e valores. Por outro lado, resolver o problema (que é o pretendido nas tomadas de decisão) é condicionado pela escolha (supôr-se-ia da melhor acção) e pela existência (ou não) de competências ou capacidade para a levar a cabo. Falar de decisão ética não é o mesmo ou da mesma natureza que de uma decisão científica, jurídica ou religiosa, não é seguir a lei ou as normas culturalmente aceites, agir de acordo com os valores religiosos e nem tão pouco pode ser tomado como uma ciência. O que distingue a decisão ética é ser terreno dos valores e dos princípios do[s] interveniente[s].
- 5.6. No geral, e por mais fundamentada que seja a decisão, o ambiente complexo e a gestão da probabilidades interferem - nunca se tem a certeza sobre o que vai acontecer. Pode ser uma elevada *probabilidade de*, mas as premissas em que se baseiam as inferências são de probabilidade – assim, estamos a afirmar um certo carácter precário da maior parte das permissas em que baseamos as inferências conclusivas do processo de pensamento clínico. Por isso, não se podem assegurar resultados, seja qual for a intervenção ou o projeto de saúde proposto e aceite pelo cliente. Dito de outra forma, nenhum profissional pode, em rigor, assumir que atingirá um determinado resultado mas pode, e deve, quanto ao melhor cuidado que vai realizar, portanto, pelos meios e recursos que utilizará. Ora a promessa do melhor cuidado, coloca-nos de novo nas questões da ética da promessa e da responsabilidade.

6. O profissional de saúde age de acordo com a sua esfera de responsabilidade e as melhores práticas (“best practices” ou *leges artis*) do ponto de vista científico, técnico e humano.

6.1. Procurando situar as diversas perspectivas do sentido da responsabilidade, recorreremos primeiro à arqueologia da palavra, que nos aponta a junção entre a “capacidade e obrigação de responder”²⁵; no sentido etimológico de *re-spondere*²⁶, encontramos o reforço a uma

promessa, um compromisso solene em que quem promete se (com)promete. Assim, responsabilidade como “a capacidade-e-obrigação de responder ou prestar contas pelos próprios actos e seus efeitos, aceitando as consequências”, inclui, simultaneamente, as ideias de uma capacidade - a responsabilidade é função do nível de discernimento de que se pode fazer prova – e de uma obrigação - a de responder pelos actos praticados e pelos compromissos assumidos. Encontramos a noção de ser-capaz muito próxima de *estar preparado para* responder, para prestar contas e para ser julgado (por isso a ligação à *accountability*²⁷ em termos macro), mormente à luz das promessas que fez ou dos compromissos que assumiu. Ricoeur considera ainda que se possa qualificar a acção de um agente pela aplicação de “aferidores de excelência”²⁸, de preceitos que definem o nível de sucesso e, simultaneamente, avaliam e normativizam um nível de qualidade.

6.2. A figura e a noção de responsabilidade assumiu contornos reguladores, assentes no princípio de reparar o prejuízo causado, pois quando se fere um interesse protegido torna-se imperioso o seu ressarcimento por parte de quem o lesou. Se a natureza do ressarcimento é patrimonial, configura-se a responsabilidade civil, duplamente baseada em não lesar o próximo e em reparar o dano causado²⁹. Não é confundível com a sanção criminal pela tutela de bens jurídicos diferentes. A responsabilidade civil supõe necessariamente este dever de reparação, por razões de pleno interesse individual e social. Se um determinado comportamento de uma pessoa (agente) contribui para o prejuízo sofrido por outra (vítima), não é qualquer acto humano (como, por exemplo, pedir desculpa) que é considerado apto a gerar o efeito ressarcitório.

²⁵ Cf. CABRAL, Roque – «Responsabilidade», in *Logos*, vol. 4, p. 724 (“a capacidade e obrigação de responder ou prestar contas pelos próprios actos e seus efeitos, aceitando as consequências”).

²⁶ A origem é o Latim *responsus*, participio passado de *respondere*, “responder”. Mas *re-spondere*, para além de “responder”, no sentido original - “comprometer-se”, “garantir”, “assegurar” - é formado de *re*, partícula reforçadora, e *spondere*, “prometer com solenidade”. Por isso conota uma resposta comprometida com a verdade, solenizada como na raiz de “esposo” e “esposa”, os que se prometeram – nos “esponsais” - entre si. (Cf. http://www.locutio.com/etymologie/cadre_etymologie.htm)

²⁷ O sentido de *accountability*, «account of responsibility» é quase intraduzível para português numa palavra. Tem-se utilizado uma conjugação de ideias no sentido de um estado de receptividade e preparação para dar explicações ou justificações a outros relevantes pelo seu próprio juízo, intenções, acções e omissões quando chamado a tal. É a obrigação de dar conta e um estar-preparado para ser julgado, aceitar a atribuição dos erros, maus julgamentos ou negligências assim como o reconhecimento da competência, da excelência e sabedoria. É estar-preparado para mudar á luz da avaliação e do ganho para os outros e para si. É considerada dimensão essencial do profissionalismo.

²⁸ *Ibid.*, p. 175.

²⁹ Cf. RANGEL, Rui Manuel de Freitas - *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil : um olhar sobre a jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2002.

6.3. Os requisitos da responsabilidade são que: a) exista uma conduta contrária à ordem (civil, criminal ou deontológica) constituída em facto; b) uma violação da obrigação, algo que não foi o que deveria ter sido; c) a imputação do acto ao agente, considerado seu verdadeiro e voluntário autor; d) o dano ou prejuízo causado; e) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Assim, a configuração da responsabilidade (contratual ou extracontratual) exige três elementos objectivos, a saber, um facto ilícito, um prejuízo causado e um nexo causal entre os dois.

6.3.1. A questão do nexo causal é importante, estabelecendo a relação entre o resultado e a acção e permitindo afirmar que *esta* acção produziu *aquela* resultado. O dano, que engloba o mal ou ofensa que uma pessoa cause a outra, aparece como resultado de uma causa ou cadeia causal, tendo de existir um vínculo (o nexo causal) entre ambas. Assim, para que seja exigível a responsabilidade civil não basta que alguém tenha agido com culpa, nem que outro alguém tenha sofrido um prejuízo; deve reunir-se a existência de um vínculo de causa-efeito entre a culpa e o dano, isto é, considera-se necessário que o dano sofrido seja a consequência da culpa cometida³⁰.

6.3.2. Consideremos que importa prestar atenção a montante da acção – aos “requeridos de precaução e de prudência susceptíveis de prevenir o dano”³¹. Há uma obrigação de nos prevenirmos contra os riscos e a ligação com a moral decorre “sob o signo da prudência preventiva”. A emergência do princípio da precaução é recente e está ligado à importância crescente do debate sobre o desenvolvimento sustentável, a gestão do risco e a avaliação das escolhas tecnológicas. Note-se que o dever de precaução se distingue da prudência ou da prevenção, pelo que julgamos poder ser definido como a natureza do tipo de risco que está em análise – ou conhecemos o risco, e trata-se de prevenção; ou os riscos são incertos, e damos espaço à precaução. Assim sendo, a prevenção é relativa à gestão do risco tal como a precaução é relativa à gestão de informação sobre a potencialidade de risco. A precaução responde ao hipotético, ao imponderável num contexto de (maior ou menor) incerteza.

6.4. Distingamos o plano jurídico e moral da responsabilidade - no plano jurídico, o autor é responsável pelos efeitos da sua acção, com relevância para os danos causados; no plano moral, “é pelo outro homem, o outro, que se é considerado responsável”³² e se esta relação está presente no direito civil e penal, tem nestes uma ligação ao dano objectivo. Na senda do maior rigor, distingamos a responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde, *maxime* médicos e enfermeiros, nas diversas esferas a que se encontram sujeitos – uma atuação pode, inclusivamente, cair sob as várias esferas, civil, criminal e disciplinar da instituição e da respetiva Ordem e, afetar o profissional bem como a instituição. Assim, e se a responsabilidade disciplinar que decorre “da violação (por acção ou omissão, dir-se-ia) de certos deveres

³⁰ MAZEAUD; TUNC - *Tratado Teorico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*. Buenos Aires, EJE, 1977, t. II, v. 2, p.1.

³¹ RICŒUR, Paul - *O Justo*, p.53.

³² RICŒUR, Paul - *O Justo*, p.54.

impostos por lei àqueles que, por se encontrarem inseridos numa determinada organização, ficam sujeitos a regras de conduta específicas”³³, pode um médico ou um enfermeiro responder disciplinarmente em sedes diferentes, a saber, a da organização (a instituição prestadora de cuidados de saúde) e a da entidade reguladora. Por isso, a responsabilidade disciplinar administrativa e a profissional³⁴.

6.4.1. O fundamento do poder disciplinar é similar em ambas no que respeita, por um lado, à auto-organização e auto-disciplina e, por outro lado, à protecção dos direitos das pessoas e assegurar o *bom exercício*³⁵ da profissão. São deveres gerais³⁶ dos trabalhadores que exercem funções públicas: prossecução do interesse público, isenção, imparcialidade, informação, zelo, obediência, lealdade, correcção, assiduidade e pontualidade. Uma análise superficial dirá que existe redundância entre “isenção” e “imparcialidade”, por exemplo, pelo que um deles seria desnecessário. O dever de “obediência” em relação a uma ordem do legítimo superior hierárquico, em matéria de serviço, pode ser reclamada e excluir-se a responsabilidade disciplinar, podendo incumprir-se ordens que impliquem conflito com a legalidade ou com a autonomia da actividade de prestação de cuidados de saúde por um profissional.

6.4.2. Duas notas simples: o dever de sigilo advem atualmente dos Códigos Deontológicos próprios e o exercício do direito à objecção de consciência acresce-se necessariamente a estes cenários.

6.4.3. Já a responsabilidade disciplinar profissional³⁷ é independente do contexto onde a profissão é exercida (público, privado, social), coexiste com as outras esferas (civil, disciplinar e criminal), sendo delas independente. O regime disciplinar dos enfermeiros³⁸ consagra a consideração sobre as circunstâncias modificativas da responsabilidade, sejam elas atenuantes³⁹, agravantes⁴⁰ ou

³³ CALVÃO, Filipa Urbano - A responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde. <http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/614-921.pdf>

³⁴ A qualificação dos dois tipos de responsabilidade disciplinar consagrada por J. A. ESPERANÇA PINA, A responsabilidade dos médicos, Lisboa, 1998, 2.ª ed., pp. 175 e 183.

³⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, Auto-regulação profissional e Administração Pública, Coimbra, 1997, pp. 71 e 260 e s.

³⁶ Lei n.º 58/2008 de 9 de Setembro - Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas

³⁷ As sanções aplicáveis, conforme o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros [EOE] e o Estatuto Disciplinar dos Médicos [EDM] são: a) advertência, por infracções leves [EOE refere “advertência escrita”]; b) censura, por infracções graves, que não justifiquem pena superior [EOE refere “censura escrita”]; c) suspensão até cinco anos, conforme art. 17.º do EDM e n.º 3 do art. 62.º do EOE, nomeadamente, em caso de violação de deveres consagrados em lei ou no Código Deontológico e que visem a protecção da vida, saúde, bem-estar ou dignidade das pessoas, quando não lhe deva corresponder sanção superior; d) expulsão, nos casos previstos no art. 18.º do EDM e no n.º 5 do art. 62.º do EOE, designadamente, para os médicos, “a) Quando tenha sido cometida infracção disciplinar que também constitua crime punível com pena de prisão superior a três anos; b) Quando se verifique incompetência profissional notória, com perigo para a saúde dos pacientes ou da comunidade; c) Quando ocorra encobrimento ou participação na violação de direitos da personalidade dos doentes.”; para os enfermeiros, em situação de infracção disciplinar muito grave quando “o comportamento violador dos deveres, cometido com acentuado grau de culpa ou dolo e que, nomeadamente, também constitua crime punível com prisão superior a três anos, demonstre incompetência profissional notória, com perigo para a saúde dos indivíduos ou da comunidade, ou implique o encobrimento ou participação na violação de direitos de personalidade dos clientes”. Existe ainda a possibilidade de aplicação de penas acessórias, como sejam a perda de honorários (arts. 20.º e 21.º do EDM) e a publicidade das penas principais (arts. 20.º e 21.º do EDM e n.ºs 2 a 4 do art. 60.º do EOE).

³⁸ http://www.ordemenfermeiros.pt/ordem/Documents/CJ_REGIMENTO%20DISCIPLINAR.pdf

³⁹ De acordo com o artigo 7º, são circunstâncias modificativas atenuantes da responsabilidade disciplinar: a) exercício da profissão com exemplar comportamento e zelo reconhecido, durante mais de dez anos; b) mérito reconhecido pela atribuição de menção elogiosa, louvor ou louvor com distinção; c) a confissão espontânea da infracção; d) comportamento posterior ao acto com intenção de reparação; e) a provocação; f) o acatamento bem intencionado de ordem de superior hierárquico, nos casos em que

dirimentes⁴¹; o regime disciplinar dos médicos consagra a existência de “circunstâncias agravantes especiais”⁴².

7. O juízo sobre o realizado carece, além do enquadramento deontológico e profissional, da apreciação do contexto e da fundamentação do agir.

7.1. Quando se evoca a responsabilidade, a ideia que surge é a de que se pretende reconhecer como *responsável* *aquela que é o autor dos seus actos* – ou seja, um acto pode ser atribuído a alguém. Mas a responsabilidade é também a que se exerce no compromisso

assumido ou perante uma missão que nos é atribuída; quando a obrigação é de cumprir certos deveres ou de assumir certos encargos ou compromissos; portanto, quando se trata de responder por algo que nos foi confiada ou por alguém que temos ao nosso cuidado⁴³. Ser responsável ultrapassa, desta forma, a capacidade de designar a si mesmo como o «verdadeiro autor» de uma acção cometida ou de assumir a acção realizada – delineia-se “como ter a cargo uma certa zona de eficácia, onde a fidelidade à palavra dada é posta à prova”.

7.2. O sentido mais débil da responsabilidade é o da imputação e o sentido mais forte, de acordo com Ricoeur, a “verdadeira responsabilidade não é senão a que se exerce a respeito de alguém ou alguma coisa frágil, que nos será confiada”⁴⁴. Neste sentido, é preciso que alguma coisa ou alguém me seja confiada, para que eu possa ser tido por responsável.

7.3. Ser responsável significa responder pelos actos - pelas decisões, que os antecedem, e pelas consequências, que se sucedem. Todavia, a partir do momento em que a responsabilidade é assumida como função, também é necessário responder pelos actos de outros, pelos quais se é responsável, em

não fosse devida obediência, não susceptível de ser considerado conluio; g) a existência de condições precárias de trabalho, no momento em que é praticada a infracção, que declaradamente prejudiquem a qualidade dos cuidados.

⁴⁰ Idem, São circunstâncias modificativas agravantes da responsabilidade disciplinar: a) a vontade determinada de, pela conduta seguida, produzir resultados prejudiciais nos clientes, colegas ou outros profissionais, ou à profissão em geral, independentemente de estes se verificarem; b) a produção efectiva de resultados prejudiciais, nos casos em que o enfermeiro pudesse prever essa consequência como efeito necessário da sua conduta; c) a premeditação (desígnio formado 24 horas antes, no mínimo, da prática da infracção); d) conluio com outros indivíduos para a prática da infracção; e) facto de ser cometida durante o cumprimento de pena disciplinar; f) a reincidência (se a infracção é cometida antes de decorrido 1 ano sobre o dia em que tiver findado o cumprimento da pena imposta por virtude de infracção anterior).

⁴¹ De acordo com o artigo 8º do Regimento Disciplinar, são circunstâncias dirimentes da responsabilidade disciplinar: a) a coação física; b) a privação accidental e involuntária das faculdades intelectuais no momento da prática do acto ilícito; c) a legítima defesa, própria ou alheia; d) a não exigibilidade de conduta diversa; e) exercício de um direito ou o cumprimento de um dever; f) consentimento do titular do interesse jurídico lesado, quando este interesse for livremente disponível e quem o prestar possuir o discernimento necessário para o avaliar.

⁴² Artigo 19º, do EDM: “a) A prática de quaisquer actos que visem a obtenção de lucros indevidos ou desproporcionados à custa dos doentes; b) A prática de quaisquer actos que importem prejuízo considerável para terceiros; c) A reincidência.2. Dá-se a reincidência quando a nova infracção disciplinar é cometida antes de decorrido um ano sobre a data em que tiver findado o cumprimento da pena imposta por virtude de infracção anterior.3. Ocorrendo qualquer circunstância agravante especial, as infracções a que correspondam as penas de advertência ou de censura são punidas com a pena de suspensão e naquelas a que corresponda pena de suspensão o seu limite mínimo é fixado em dois anos.”

⁴³ RICŒUR, Paul - *O Justo*, p.36 (“na medida em que são cometidos por vosso encargo ou ao vosso cuidado”).

⁴⁴ “L’auteur (Hans Jonas) y montre que la véritable responsabilité n’est autre que celle qu’on exerce à l’endroit de quelqu’un ou quelque chose de fragile, qui nous serait confié”. AESCHLIMANN, J-C – Entretien. In *Éthique et responsabilité*. Paul Ricœur, p.25.

virtude de pertencerem a um território sobre o qual exercemos poder - é o caso do responsável hierárquico. Por isso, é sempre útil (para não dizer indispensável) fixar as responsabilidades á-priori, esclarecê-las o melhor possível para que cada um possa formular as suas obrigações num quadro definido. É por isto, também, que é importante a descrição de funções atribuídas, do que cabe a cada um. O encadeamento da responsabilidade é a base de toda a hierarquia, muito mais que o ajustamento dos poderes.

7.4. O cuidado profissional não pode ter outros limites senão os decorrentes dos princípios éticos, das normas deontológicas e legais enquadrados nas situações concretas, balizadas por dados da evidência e suporte científico. As regras são referências que não podem substituir a tomada de decisão, em contexto, face a uma pessoa. Aliás, face àquela pessoa concreta. A diversidade de situações e a alteridade das pessoas fundamentam a necessidade de adequar o cuidado (aqui, poderíamos entroncar agora as decisões ligadas ao final da vida, à manutenção de meios, à ponderação de razões para suspender ou não iniciar medidas terapêuticas inúteis, da futilidade e da distanásia). Admite-se que em algumas áreas ou procedimentos não haja consensos ou guidelines seguros (por exemplo, em Normas de Orientação Clínica) e que possa realizar-se uma proposta terapêutica, fundamentada, aceite pela pessoa e que não seja considerada como violando as *leges artis*. Admita-se, igualmente, que as NOC e os consensos devem ser respeitados como boas práticas, no sentido das *leges artis*.

7.5. Falar de boas práticas não ilude a necessidade de pararmos um pouco na questão dos erros e dos eventos adversos. Não obstante os cuidados de saúde serem dirigidos ao benefício do público, devido a uma combinação complexa de processos, tecnologias e interações humanas, existe um risco inevitável que ocorram eventos adversos. Numa posição conjunta do International Council of Nurses (ICN), International Pharmaceutical Federation (FIP) e World Medical Association (WMA) sobre a segurança dos clientes, define-se evento adverso como um “dano ou prejuízo causado pela gestão da doença ou condição de um cliente por profissionais de saúde”⁴⁵ e erro em cuidados de saúde, “como engano no processo de cuidados e que resulta ou pode resultar em dano potencial para o doente”⁴⁶. Podem ser erros de comissão (fazer uma coisa errada), de omissão (não fazer uma coisa certa) ou de execução (fazer uma coisa certa incorrectamente). Alguns autores agrupam os erros em 4 categorias gerais: de erros de diagnóstico, erros de tratamento, erros de cuidados preventivos e erros envolvendo falhas (sistema de comunicação, equipamentos, sistema de cuidados de saúde).

7.5.1. Por um lado, e embora os erros humanos possam precipitar algumas vezes falhas graves, geralmente existem fatores sistémicos, mais profundos, que se devidamente atendidos previamente, poderiam ter evitado erros. Por outro lado há incidentes (eventos ou circunstâncias que podem ter ou

⁴⁵ An adverse event can be defined as harm or injury caused by the management of a patient’s disease or condition by health care professionals rather than by the underlying disease or condition itself. <http://www.whpa.org/factpsafety.htm>

⁴⁶ Idem, “healthcare errors as mistakes made in the process of care that result in or have a potential to result in harm to the patient”

conduzir a indesejado dano, queixa, perda ou prejuízo) que não causam dano, designados por «near misses», um erro evitado. De acordo com os estudos, as situações de «near misses» ocorrem, com e sem registo, e com muito maior frequência do que os eventos adversos.

7.5.2. O que ressalta da maior parte dos estudos das últimas décadas é que existe uma percentagem⁴⁷ relevante de eventos adversos que poderiam ser evitáveis, preveníveis e a maior parte dos estudos internacionais sobre segurança dos doentes, revela que a maior parte do dano causado aos doentes pode ser atribuído ao sistema de cuidados de saúde - factores como a interrupção na prestação de cuidados, perda de informação, equipamento fora de prazo, escassa identificação de fármacos, avisos inadequados sobre as incompatibilidades, escassez de recursos na dotação de pessoal, incidentes ambientais que conduzem a erros.

7.5.3. A acreditação, os standards de qualidade, o relato e discussão dos erros, são processos de segurança e de combate ao risco. Também é reconhecido que a sub-informação e o não-relato são muito dificultadores dificultam grandemente – uma cultura de culpa não reconhece que o erro individual e o erro do sistema de saúde estão, na maior parte das vezes, relacionados. É importante modificar a cultura de “*name, blame and shame*” para outra que procure prevenir erros futuros modificando estruturas e processos que contribuem para eventos adversos e erros evitados. “Somewhere in our history of seeking to ensure safe practice and a safe environment, making mistakes became unacceptable, and we introduced blame and punishment. The goal was appropriate, but some-how the outcome is a culture that seeks a person to blame.” (Thompson, 2000). Mesmo que a falta seja punível e o autor castigável, agir gerindo recursos humanos obriga a transformar em situação de aprendizagem. Inquietante é a possibilidade de alguém realizar um erro sem o identificar ou identificá-lo sem o assumir.

7.6. A responsabilidade associa a visão retrospectiva, da capacidade de imputação pelo acto realizado e suas consequências, e o sentido projectivo, por antecipação, acautelando no sentido de prevenir prejuízos futuros, num duplo imperativo de proteger a pessoa e garantir a excelência do exercício. Controlar os riscos e os perigos que ameaçam a qualidade dos cuidados, corresponde a realizar plenamente a obrigação profissional. É para proteger a pessoa dos riscos (actuais ou potenciais) e minimizar as sequelas que muitos actos profissionais são realizados. E este aspeto de minimização dos riscos ou de prevenção das complicações é muitíssimo relevante na tomada de decisão dos profissionais de saúde bem como no juízo sobre os realizados.

⁴⁷ Estudos nos EUA, UK e Austrália demonstram que os eventos adversos ocorrem entre 3.7 a 16.6% das admissões ao hospital, sendo que uma porção significativa poderia ser prevenível, isto é, evitável (Brennan et al.,1991; Kohn, Corrigan, & Donaldson, 1999; National Health Service, 2000; Wilson et al., 1995). *The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada* revelou que 7,5% dos doentes admitidos nos hospitais agudos do Canadá, em 2000, experienciaram um ou mais eventos adversos; 36,9% destes casos eram altamente evitáveis. A maior parte dos doentes que experienciou um evento adverso recuperou sem défice permanente – mas os EA contribuíram para uma estadia mais demorada.

7.7. A decisão moral singular coloca-se com particular acuidade pois a norma não prevê, nem poderia, o “justo por excelência”, que se desvela na tensão estabelecida com o concreto da acção, pela infinita diversidade das acções e circunstâncias, que nenhuma regra pode prever. O juízo, visando ser justo, tenderá a reconhecer nos sujeitos envolvidos simultaneamente o enquadramento dos factos e dos contextos, atentando a que “a sabedoria prática consiste em inventar as condutas que melhor satisfazem a excepção que exige a solicitude, traindo o menos possível a regra”⁴⁸. E quando não se segue a regra, será sempre necessário estar-se em condições objectivas de demonstrar as razões ou fundamentos do caminho divergente escolhido.

7.8. Na prática de atos de saúde, haja natureza contratual ou extracontratual, parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado. “Um juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o profissional não só devia como podia ter agido de outro modo”⁴⁹. Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento. Esta é a plataforma em que se reúnem os deveres profissionais, as *leges artis* e as *boas práticas*...

8. O trabalho dos profissionais de saúde requer cooperação colectiva – colaboração, equipa e rede.

8.1. Uma das expressões mais usadas e nem sempre bem, é a de *trabalho em equipa*. Entendamos *Equipa* como um sistema social em miniatura ou um grupo

que, reunindo determinadas características, realiza actividades conjuntas e conjugadas para atingir o ou os objectivos em vista. De um modo mais detalhado⁵⁰, definem-se equipas como um número limitado de membros com uma diversidade de competências apropriada para desempenhar uma tarefa específica, os quais estão comprometidos face a um propósito significativo para o qual definem objectivos alcançáveis de desempenho, de que se assumem como colectivamente responsáveis. De onde decorre: (a) um número (limitado, maior ou menor) de membros, (b) diversidade de competências dos membros, (c) compromisso com a missão da equipa, (d) propósito relevante estabelecido, (e) formulação de objectivos de desempenho, claros para todos, diríamos, e (f) sentido de responsabilidade do e pelo colectivo. Assim, o *trabalho em Equipa* materializa-se pela colaboração e co-operação (ou seja, agir junto) necessária de várias pessoas com perfis diferentes tendo por finalidade a realização de uma tarefa determinada. O trabalho em equipa, enquanto prática de comunicação entre os profissionais, faz parte do exercício do quotidiano e nele se opera a articulação das intervenções técnicas. A centralidade do

⁴⁸ RICCEUR, Paul - *Soi-même comme un autre*, p. 312.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo 1594/04.7TBLRA.C1. Nº Convencional:JTRC. Relator: Jaime Ferreira. Actos médico-hospitalares responsabilidade civil por danos danos não patrimoniais. Data do Acórdão: 05/06/2008.

⁵⁰ Mickan SM, Rodger SA – “Effective health care teams: a model of six characteristics developed from shared perceptions”. *J Interprof Care*. 2005 Aug;19(4): 358-70.

trabalho em equipa está na obtenção de resultados que expressem a finalidade do trabalho, ou seja, a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa, ou ainda, noutra perspectiva, a eficácia do trabalho conjunto.

- 8.2. Se pensarmos a formulação do trabalho de equipa como “o processo pelo qual um grupo de pessoas com um objectivo comum trabalham em conjunto, geralmente, mas não necessariamente, por forma a potenciar a eficiência das tarefas que tem em mão”⁵¹, compreende-se que os elementos da equipa vão além da sua esfera profissional criando e desenvolvendo uma concepção comum, desenhando juntos o modo como vão trabalhar os problemas de todos ou as áreas de complementariedade e articulação. É o grupo que nos coloca frente a frente conosco mesmo e no lugar do Outro, fazendo cada um interiorizar o Outro com os seus valores em particular ou no seu geral. Uma equipa de profissionais, em consonância com as suas necessidades e as das respectivas profissões, define objectivos a alcançar e planeia actividades conjuntas que concretizadas, darão consecução às metas previamente definidas e aceites.
- 8.3. Não basta colocar as pessoas juntas para se dizer que trabalham em equipa. Alguns estudos dos últimos anos⁵² demonstram que o mesmo acontece com as organizações e a colaboração inter-institucional. O exercício das profissões na saúde carece do inter-profissional⁵³ – em contexto institucionalizado, de forma mais evidente; em hospital ou nos cuidados de saúde primários, na RNCCI em qualquer contexto da organização dos serviços de saúde, público, privado ou social. Mesmo em contexto privado, de consulta, por exemplo, haverá potencialmente recurso, encaminhamento ou referência a outros profissionais. Todavia, dever-se-á distinguir o sentido de trabalho em equipa de pares, do trabalho em equipa multiprofissional e interdisciplinar e de um trabalho em rede, que não são exatamente a mesma coisa, pese embora estes modelos digam respeito ao exercício dos profissionais de saúde: trabalham autonomamente e em colaboração, equipa e rede. Clarificando, quando se consultam colegas em ordem a recolher outro parecer, estamos na dimensão da colaboração, inter-pares ou inter-profissionais; quando se encaminha ou referencia, transfere-se para outro profissional a análise, diagnóstico, planeamento e intervenção; quando se orquestram actividades em ordem a um fim conjunto e contemporâneo, temos trabalho de equipa; quando partilhamos e disseminamos resultados ou casos, promovendo o benchmarking, estaremos provavelmente em network.
- 8.4. Um outro conceito que convem distinguir é o de delegação, que não se pode confundir com trabalho de equipa - na explicitação da *Tomada de Posição sobre a delegação em Enfermagem*⁵⁴, junta-se o

⁵¹ Kvarnström S – “Difficulties in collaboration: a critical incident study of interprofessional healthcare teamwork”. J Interprof Care. 2008 Mar;22(2):191-203

⁵² RYAN, David Patrick et al - *Thinking Through Issues in Inter-Organizational Collaboration in Health Care*. Integrated health services networks are an emerging best practice for health service delivery. But, just as putting health professionals together to work in teams does not ineffably lead to effective teamwork, so just putting organizations together to work does not guarantee effective collaboration. Research demonstrates that integration has both benefits and liabilities. <http://rgps.on.ca/giic/Giic/pdfs/>

⁵³ LEATHARD, Audrey - *Going Inter-Professional: Working Together for Health and Welfare*. (1ª ed. Routledge, 1994). Taylor & Francis, 2001.

⁵⁴ http://www.ordemenfermeiros.pt/tomadasposicao/Documents/EnunciadoPosicao_23Abr2007.pdf

prescrito no REPE⁵⁵ e no Código Deontológico do Enfermeiro, afirmando-se que o enfermeiro tem a responsabilidade e a obrigação de prestar contas pela prestação e gestão de cuidados que realiza; é seu dever «responsabilizar-se pelas decisões que toma e pelos actos que pratica ou delega», bem como «assegurar a qualidade e a continuidade das actividades que delegar». De acordo com o REPE, «os enfermeiros só podem delegar tarefas em pessoal deles funcionalmente dependente quando este tenha a preparação necessária para as executar, conjugando-se sempre a natureza das tarefas com o grau de dependência do utente em cuidados de Enfermagem.»(art. 10º). Como delegante, o enfermeiro assume a responsabilidade pelo desempenho da tarefa por Outro.

8.5. O trabalho dos profissionais de saúde requer cooperação colectiva – é fundamental a organização dos cuidados de saúde em equipas interdisciplinares de forma a providenciar cuidados com maior qualidade e eficiência.

9. A formação de equipas de elevado desempenho é longitudinal, carece de investimento dos profissionais e requer confiança, compromisso, articulação, co-operação e co-laboração.

9.1. A prestação de cuidados em equipa, no tempo, tem, pelo menos, três eixos de leitura: (a) factores e processos relacionados com a comunicação; (b) atitudes e condutas dos membros da equipa, incluindo os contornos das relações interpessoais; (c) liderança da equipa. Se em equipa interagimos e nos influenciamos

reciprocamente, é igualmente claro que somos responsáveis por atingir objectivos comuns e percebermo-nos como entidade social na organização. E se qualquer relação profissional carece de um certo grau de confiança, as equipas precisam vitalmente da confiança⁵⁶, que decorre de uma expectativa positiva acerca dos actos dos outros em situações de risco. O que, queiremos ou não, faz com que a confiança se desenvolva a partir da consciência da competência dos outros e da equipa, da abertura, da reciprocidade e da integridade na e da equipa. Mais do que sentir-se incluído, importa crer na predictibilidade do comportamento do grupo e na liderança. Além da confiança, releve-se o sentido de compromisso com a equipa, que se desenvolve com a fundação de uma visão, motivações claras, acordo expresso quanto aos princípios que guiam as decisões.

9.2. Há dificuldades⁵⁷ quando alguns membros não respeitam os outros, se consideram chefias técnicas como lideranças, quando se oculta informação, quando a liderança é autocrática, entre outros

⁵⁵ Regulamento de Exercício Profissional dos Enfermeiros. Decreto-Lei 161/96 de 4 de Setembro.

⁵⁶ Cf. DUNCAN, Bev; JARRETT, Linda; SCRIMBITT, Bonnie; VOGT, Michele; CARLSON, Stephanie; DANYLCZUK, Renee – “TEAMWORK: Moving from Personal Effort To Collaborative Action”. Saskatchewan Institute of Health Leadership Project (SIHL). November, 2009. <http://prod.www.uregina.ca/cce/business/SIHL/projects/2009%20SIHL%20Brochure.pdf>

⁵⁷ Sobre o assunto, vide DOYLE, J. – “Barriers and facilitators of multidisciplinary team working: a review”. Paediatr Nurs. 2008 Mar; 20(2):26-9.

exemplos. A atenção aos resultados evidencia a articulação e co-operação dos membros da equipa. Bem como o co-laborar, trabalhar junto, escolhendo os “mais bem colocados” para responder aos problemas, ao invés de optar por modelo hierarquizado e burocrático. Notemos que a própria equipa passa por estádios⁵⁸ de desenvolvimento, enquanto grupo, existindo diferentes factores que influenciam, aspectos internos e externos, a ter em conta.

9.3. Para uma equipa ser eficiente, as estruturas externas de que depende e os seus membros individuais necessitam de se conjugar com as suas próprias estruturas e processos internos da equipa – e, de entre estes, tanto podemos alocar os objectivos comuns, as responsabilidades partilhadas, os papéis e intervenções definidos, os processos de monitorização e avaliação, a partilha e aprendizagem colectivas bem como a disponibilidade de recursos. Portanto, dimensões tão diferentes como as estruturas, os contextos, os processos e os resultados. Associe-se, se ainda não fosse complexo quanto baste, as dimensões intra-disciplinares, inter e trans-disciplinares. Poderia ser, ainda, aqui, o espaço para introduzir as questões do conflito e dos modos como as equipas desenvolvem formas de gestão de conflito. De certa forma, muitas designadas *equipas* são grupos em construção para serem equipa....Em síntese, a equipa “é um grupo organizado ligado por uma tarefa comum definida pela instituição. Trata-se, assim, de um conjunto intersubjetivo em estado de tensão entre três pólos: o grupo, a instituição e a organização.”⁵⁹

10. Distinga-se a responsabilidade e acção de cada um, num contexto de atuação de equipa.

10.1. Afirmámos que a *ética das profissões de saúde*⁶⁰ tem contornos próprios e, para além das diferenças que se assinalam entre os mandatos das profissões, partilham a finalidade (prestação de cuidados de saúde) e a orientação da actuação dos

profissionais de saúde a partir de dois grandes princípios: a protecção da vida e o alívio do sofrimento.

1.1. É suposto (e desejável) que cada membro da equipa confie na atuação adequada dos outros, nos recíprocos espaços da competência de cada um. Ou seja, cruza-se a responsabilidade própria de cada um no cumprimento do dever de cuidado. O que não impede o juízo discricionário de cada um – até porque em algumas situações se tem (ou se julga ter) razões fundamentadas para não confiar no comportamento

⁵⁸ MUCCHIELLI, Roger – “O Trabalho Em Equipe”. S. Paulo: Martins Fontes, 1980. 7.7. Para este autor, os pequenos grupos desenvolvem-se em quatro níveis: começa-se por se constituir como *grupo nominal*, quando as pessoas se reúnem por decisão exterior e nunca trabalharam juntas; depois, o *grupo fático*, tendo-se já estabelecido relações e confiança mútua, havendo a preocupação do consenso e da integração no grupo; o nível seguinte é o do *grupo conflitual*, em que cada elemento se envolve individualmente e defende as suas ideias, havendo competição entre os membros de onde surge, muitas vezes, o líder do grupo; e, finalmente, o *grupo unitário* que se caracteriza pela maturidade do grupo, em que cada um já aceitou os outros com a sua personalidade e capacidade.

⁵⁹ Cf. PINEL, Jean-Pierre – “Ensinar e educar em instituições especializadas: abordagem clínica dos vínculos de equipe”. <http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/epc/v23n4/v23n4a08.pdf>

⁶⁰ NUNES, Lucília– “*Ética das profissões de saúde*”. In SILVEIRA DE BRITO, José Henrique (Coord.) - *Ética das profissões*. Braga: Publicações da Faculdade de Filosofia, Universidade Católica. 2007. P.99-116.

de terceiro. Há uma ponderação associada, uma espécie de princípio de vigilância, que ligue confiança e responsabilidade no respeito pelo cuidados e boas práticas.

- 1.2. A competência, enquanto *poder-capacidade para agir*, enraiza-se e é suportada por um saber-fazer, sendo por ela que se estabelecem os laços de confiança, nas relações interpessoais e se enforma o poder-de-agir, no plano institucional. Entendemos que face a uma competência reconhecida, a hierarquia perde significado e importa menos a linha hierárquica do que a resposta efectiva aos problemas. Face a uma situação concreta, é a competência que torna os profissionais capacitados e acreditados para agir, no interesse das pessoas, e se identificam os mais bem colocados para resolver o problema.
- 1.3. Um caso paradigmático das questões do trabalho em equipa e da responsabilidade profissional – e que consta nas temáticas deste curso - é o do contexto de Bloco Operatório. Como alguém já definiu, o Bloco Operatório é “o local funcional onde um número grande de indivíduos, representando três grupos diferentes – enfermagem, anestesia e cirurgia – presta cuidados a um todo, holístico e central: o doente. Essas três disciplinas têm diferentes formações, objectivos, incentivos e culturas. O ambiente ideal do Bloco Operatório realçaria as interacções colegiais e recompensaria eficiência.”⁶¹. No âmbito das intervenções cirúrgicas desenvolveu-se tradicionalmente a designada *captain of ship doctrine*⁶² que hoje, em Portugal, não faz sentido. No mesmo *setting*, ou seja, na mesma sala, vários profissionais atuam com autonomia; no Bloco Operatório, as diferentes actividades são reagrupadas segundo um plano concebido expressamente para responder ao fim ou missão do próprio Bloco. Por exemplo, as relações entre as pessoas, numa sala, organizam-se em torno de um plano, tendo cada interveniente a sua esfera de acção. E se bem que, em termos operativos, a acção seja decidida e construída nesse especial *teatro de operações* contando com os factores de incerteza e de complexidade, parece certo que cada um age de acordo do seu papel e da sua área de competência, articulando-se com os outros. De onde, a importância do trabalho em equipa multiprofissional. O cirurgião tem a seu cargo a intervenção técnica, a cirurgia e é responsável pela segurança do ato cirúrgico; o anestesista⁶³ é responsável pela avaliação pré-anestésica, realização e acompanhamento da anestesia e prevenção do risco anestésico; os enfermeiros estão distribuídos nas funções de circulante, anestesia e instrumentação, sendo que cada um deles tem a sua

⁶¹ “The operating room is the functional location where a large group of individuals representing three diverse groups—nursing, anesthesia, and surgery—deliver care to the common, unifying, and key individual: the patient. These three disciplines have disparate training, goals, incentives, and cultures. The ideal operating room environment would enhance collegial interactions and reward efficiency. Unfortunately, this is rarely obtained or appreciated.” Robert Udelsman, *The Operating Room: War Results in Casualties*. <http://www.anesthesia-analgesia.org/cgi/content/full/97/4/936?ck=nck>

⁶² Segundo a qual o chefe da equipa médico-cirúrgica podia ser comparado ao capitão de um navio que dava as ordens à sua tripulação (*borrowed servants*). Consequentemente, defendia-se que o chefe de equipa devia ser responsabilizado por qualquer tipo de erro que ocorresse na sala de operações, independentemente da pessoa que o cometesse, e isto, enquanto consequência directa de não se reconhecer autonomia a ninguém, independentemente do nível de qualificação ou de especialização. Tradicionalmente, um *chefe de equipa* assumia globalmente a realização do processo terapêutico, pelo que cada acto dos *subordinados* não seria senão uma parcela delegada da actividade ; sobre o *chefe de equipa* recaíam um conjunto de atribuições desde a selecção dos colaboradores, verificação da sua qualificação técnica, orientação, supervisão e avaliação dos colaboradores.

⁶³ Cf. Nunes, J. Martins, «Da responsabilidade dos médicos anesthesiologistas. Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias. Consentimento informado». *Rev Sociedade Portuguesa de Anestesiologia*, 15 (2006), p. 30.

área de trabalho definida e não podendo o enfermeiro circulante, por exemplo, ser substituído por outro que não enfermeiro. Não faz sentido que não sejam responsáveis pelas atividades que são da sua área de competência realizar. Dito de outra forma, quando em presença de diversos profissionais científica e profissionalmente autónomos, não podem uns ser responsabilizados pelos actos que outros pratiquem e cada um deve responder pela sua área de atuação e competência, não obstante trabalharem em articulação, complementaridade e como “unidade funcional”. Cada profissional é responsável pelo exercício do seu trabalho, co-responsabilizando-se pelo que é comum, no cumprimento dos deveres de articulação. Eventualmente, valerá a pena atender à ideia de que “o hospital de hoje conserva certos traços do sistema *tradicional* e do sistema *profissional liberal*.”⁶⁴.

Em síntese:

A saúde é uma das condições mais decisivas para o desenvolvimento do plano de vida de cada pessoa - bem humano e social, que é área de intervenção multidisciplinar, visando assegurar as respostas às necessidades das pessoas. E as pessoas têm direito de aceder a cuidados de saúde e a tomar decisão sobre o que lhes é proposto.

*Considerem-se: o escopo das profissões autoreguladas e, em particular, o enquadramento deontológico e da disciplina; o facto da tomada de decisão (clínica e ética) ocorrer em ambientes de complexidade e incerteza bem como o pressuposto imperativo que o profissional de saúde age de acordo com a sua esfera de responsabilidade e as melhores práticas (“best practices” ou *leges artis*) do ponto de vista científico, técnico e humano.*

Ajuizar sobre as intervenções e atuações dos profissionais carece, além do enquadramento deontológico e profissional, da apreciação do contexto e da fundamentação do agir. Reconhece-se que o trabalho dos profissionais de saúde requer cooperação colectiva e que a formação de equipas de elevado desempenho é longitudinal e requer confiança, compromisso, articulação, co-operação e co-laboração. Não obstante, distinga-se a responsabilidade e acção de cada um, num contexto de atuação da equipa.

Uma nota de reforço à capacitação do cliente no sentido de reforçar a sua escolha livre e esclarecida, bem como ao respeito pela autonomia do Outro, no balanço (difícil) com a sua vulnerabilidade.

⁶⁴ GRAÇA, Luis. <http://www.ensp.unl.pt/lgraca/textos92.html>

Referências⁶⁵

Fundamentais

- AESCHLIMANN, J-C – *Éthique et responsabilité. Entretien Paul Ricœur*. Neuchâtel: La Baconnière, 1994.
- ARENDT, Hannah - *A Vida do Espírito. Vol. II – Querer*. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.
- CABRAL, Roque – «Responsabilidade». *Logos*, vol. 4, p. 724.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo – “A Justiça como Virtude e o Direito”. In *Revista Internacional d’Humanitats*. Núcleo Humanidades-ESDC. Univ. Autònoma de Barcelona. 2007. p. 23. Acessível em http://www.hottopos.com/rih_13/pfc_rih13.pdf
- “Liberdade, Ética e Direito”. In *Nomos. Revista do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará* 28. n.º 2 (2008): 111-138. Disponível em <http://works.bepress.com/pfc/49>
- GARAPON, Antoine — *O Guardador de promessas. Justiça e democracia*. Prefácio de Paul Ricoeur. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg – *O Mistério da Saúde. O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*. Lisboa: Edições 70, 1997.
- GORGONI, Guido– “La responsabilité comme projet. Réflexions sur une responsabilité juridique «prospective»” in EBERHARD, Christoph - *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysans juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 756 p (131-146)
<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/gorgonibruylant.pdf>
- HABERMAS, Jürgen - *Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. v.1. Cambridge: Polity Press, 1997.
- MOREIRA, Adriano – “A função das Ordens”. Colóquio “As ordens profissionais e autorregulação na sociedade portuguesa”. Organização CNOP. Março 2012. Em <http://doc.cnop.pt/2012/03/20120322-cnop-adriano-moreira.pdf>
- MOREIRA, Vital - *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- NUNES, Lucília – *Justiça, Poder e Responsabilidade: articulação e mediações nos cuidados de enfermagem*. Loures: Lusociência, 2005.
- “Ética das profissões de saúde”. In SILVEIRA DE BRITO, José Henrique (Coord.) - *Ética das profissões*. Braga: Publicações da Faculdade de Filosofia. 2007. p.99-116.
- NUNES, João Arriscado – “Saúde, direito à saúde e justiça sanitária” in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, Dezembro 2009, p. 143-169.
www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=2305
- PEREIRA, André - "Um Direito da Saúde para a Europa?" in *Debater a Europa*, Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20. N.2/3 Janeiro/Dezembro 2010. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/registo/000046664/>
- RICŒUR, Paul - *O Justo ou a Essência da Justiça*. Instituto Piaget. 2007.
- *Le Juste 2*. Paris: Esprit, 2001.
- *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas - *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2002.
- VASCONCELOS, Jorge - *A regulação em Portugal: arte nova, arte degenerada ou arte pobre?* Lição inaugural 4º Curso de Pós-graduação em Direito Público e Regulação.
http://www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDIPR_E_LicaoInaugural_DrJorgeVasconcelos.pdf
- WIGGINS, D. F. - “Deliberation and Practical Reason” (1976), in RORTY, A. O. - *Essays on Aristotle’s Ethics*, University of California Press, Berkeley, 1980, pp.221-240.

Específicas – Bioética

- BARBOSA, António; RIBEIRO DA SILVA, João; VALE, Fernando - *Contributos para a Bioética em Portugal*. Lisboa: Edições Cosmos/Centro de Bioética. 2002
- KEMP, P; RENDTORF, J. - *Basic Principles in Bioethics and Biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*. Copenhagen. Draft Report of the Biomed

⁶⁵ Constam no texto, em notas de rodapé, referências eletrónicas de textos específicos do contexto em que foram referidos e que, em benefício da economia, aqui não se repetem.

II Project. Centre for Ethics and Law in Nature and Society. 1998.

NEVES, M^a Céu Patrão (coord) - *Bioética ou bioéticas na evolução da sociedade*. Centro de Estudos de Bioética / Pólo Açores. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter - *Bioética Simples*. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

Específicas – Deontologia

CAMPOS, Alexandra; LOBATO DE FARIA, Paula – “O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos”. In *Revista Portuguesa de Saúde Pública*. Vol 27, N.º 1 — Jan/Jun 2009, p. 117-133. Em <http://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2000-2008/pdfs/rpsp-1-2009-1/08-2009.pdf>

DEODATO, Sérgio – Responsabilidade profissional em Enfermagem: valoração da sociedade. Tese Mestrado em Bioética. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

NUNES, Lucília, et al – *Código Deontológico do Enfermeiro. Anotações e comentários*. Lisboa: Ordem dos Enfermeiros, 2003.

- et al – *Código Deontológico do Enfermeiro. Dos comentários à análise de casos*. Lisboa: Ordem dos Enfermeiros, 2005.

NUNES, J. Martins – “Da responsabilidade dos médicos anesthesiologistas. Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias. Consentimento informado” in *Rev da Sociedade Portuguesa de Anesthesiologia*, 15 (2006).

PINA, J. A. Esperança - *A responsabilidade dos médicos*, 2.^a ed. Lisboa: Lidel, 1998.

Específicas - Trabalho em equipa

KVARNSTRÖM, S – “Difficulties in collaboration: a critical incident study of interprofessional healthcare teamwork”. *Journal of Interprofessional Care*. 2008 Mar; 22(2), 191-203:

LEATHARD, Audrey - *Going Inter-Professional: Working Together for Health and Welfare*. 2^a ed. Taylor & Francis, 2001.

MICKAN, S.M.; RODGER, S. A. – “Effective health care teams: a model of six characteristics developed from shared perceptions”. *Journal of Interprofessional Care*. 2005 Aug; 19(4): 358-70.

PINEL, Jean-Pierre – “Ensinar e educar em instituições especializadas: abordagem clínica dos vínculos de

equipe”. Disponível em <http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/epc/v23n4/v23n4a08.pdf>

MUCCHIELLI, Roger – *O Trabalho Em Equipe*. S. Paulo: Martins Fontes, 1980.

Pareceres

CNECV - Parecer 14/CNECV/95, *Questões Éticas na Distribuição e Utilização dos Recursos para a Saúde*.

CNECV - Parecer 59/CNECV/2010 - *sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade*.

Memorandos

NUNES, Lucília; RENAUD, Michel; SILVA, Miguel Oliveira da; ALMEIDA, Rosalvo (relats.) – *Memorando sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade* [site CNECV] 2010.

Tomadas de Posição

ORDEM DOS ENFERMEIROS. Delegação. 2007. http://www.ordemenfermeiros.pt/tomadasposicao/Documents/EnunciadoPosicao_23Abr2007.pdf

Declarações

UNESCO, Declaração universal sobre bioética e direitos humanos. 2005.

Legislação

Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 - aprova, para ratificação, a convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina, aberta à assinatura dos estados membros do conselho da europa em oviedo, em 4 de abril de 1997, e o protocolo adicional que proíbe a clonagem de seres humanos, aberto à assinatura dos estados membros em paris, em 12 de janeiro de 1998.

Decreto-Lei 161/96 de 4 de Setembro. Regulamento de Exercício Profissional dos Enfermeiros.

Lei n.º 111/2009 de 16 de Setembro. Procede à primeira alteração ao Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 104/98, de 21 de Abril.

Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto. Aprova o Estatuto Disciplinar dos Médicos.

Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho. Aprova o Estatuto da Ordem dos Médicos.

Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro. Aprova o novo Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos.

Lei n.º 57/2008 de 4 de Setembro. Cria a Ordem dos Psicólogos Portugueses e aprova o seu Estatuto.

Lei n.º 58/2008 de 9 de Setembro - Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas.

Decreto-Lei n.º 101/2006 de 6 de Junho. Cria a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.

Decreto-Lei n.º 28/2008 de 22 de Fevereiro. Criação dos ACES (Agrupamentos de Centros de Saúde).

Decreto-Lei n.º 8/2010 de 28 de Janeiro. Cria unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental.



Videogravação da comunicação

A Responsabilidade Civil e Penal: análise de casos práticos

Da alegada negligência médica à avaliação pericial de violação das *leges artis*

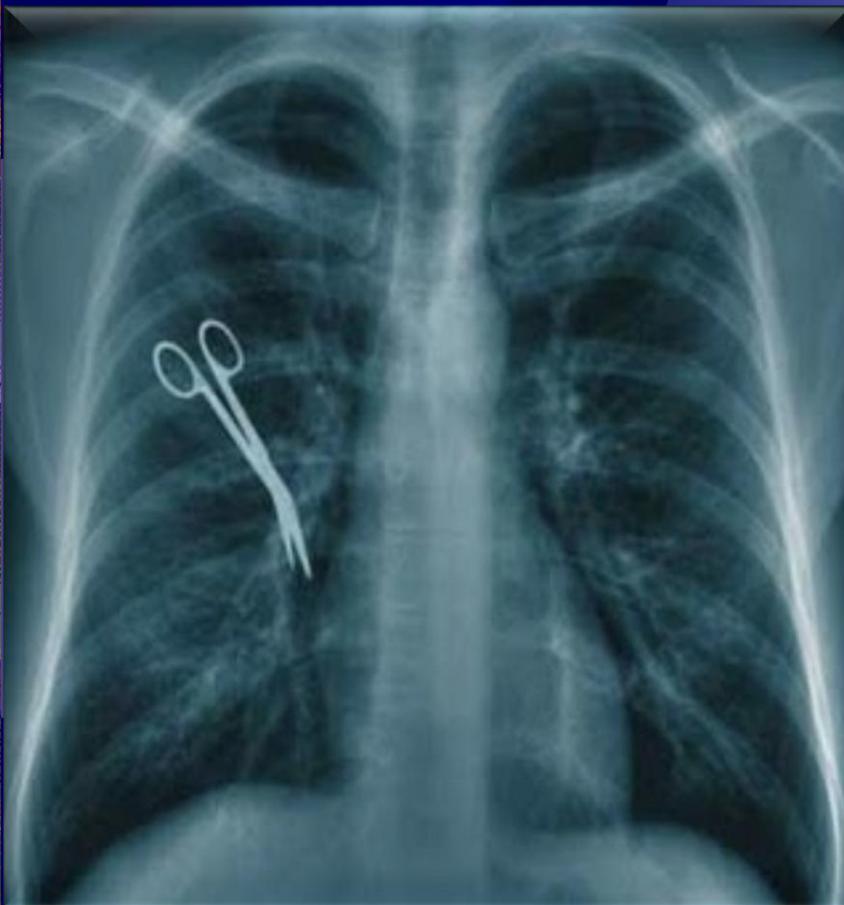
Jorge Costa Santos

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

"Da alegada negligência médica à avaliação pericial de violação das leges artis"

Sumário

- ✓ Algumas notas sobre o impacte social e económico do erro médico
- ✓ Principais condutas geradoras de erro médico
- ✓ A avaliação pericial (médico-legal e outra) de casos envolvendo alegada violação das leges artis
- ✓ Apresentação e discussão de alguns casos clínicos



Da alegada negligência médica à avaliação pericial de violação das *leges artis*

Jorge Costa Santos

Professor da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa
Director da Delegação do Sul do INMLCF, IP

Sumário

- ✦ Impacte económico e social do erro em medicina
- ✦ Medicina: da ideia romântica à realidade
- ✦ Definições
- ✦ Condutas geradoras de erros
- ✦ Tipos de erro médico
- ✦ Avaliação pericial de casos de alegada violação das *leges artis*
- ✦ Casos clínicos
- ✦ Prevenção dos erros

Impacte económico e social do erro médico

- ✱ **No mundo ocidental** (última década):
 - 5 milhões de mortes
 - 15 milhões de inválidos ou incapacitados
- ✱ **Nos Estados Unidos da América:**
 - 225.000 mortes/ano devido a “negligência médica”
 - Custos anuais: 7 biliões de dólares (indenizações pagas) a 28 biliões (valor estimado para as vítimas)
- ✱ **Na Austrália:**
 - 11% das mortes ocorridas nos hospitais resultam de erro médico

Evolução da Medicina

★ Evolução de uma medicina

Baseada na tradicional relação hipocrática *médico-doente*:

- para a prestação de cuidados de saúde exercida por seres humanos, naturalmente falíveis
- operando hoje no seio de organizações complexas
- com recurso a tecnologias cada vez mais sofisticadas

★ A Medicina Clínica é hoje, mais do que nunca, a “ciência do incerto e a arte da probabilidade” (W. Osler)

Negligência médica duplica em 2011

Erro médico. Pais de bebé morto por falta de oxigénio na barriga da mãe vão processar hospital. Em 2011, entraram 67 queixas só do DIAP de Lisboa



ILUSTRAÇÃO ANDRÉ CARRILHO

Corporativismo entre médicos complica prova

ENQUADRAMENTO

► Na lei portuguesa, a negligência médica não está configurada como crime, abrangendo todos os crimes praticados por técnicos de saúde em serviço

HOMICÍDIO POR NEGLIGÊNCIA

► Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até três anos de cadeia ou com pena de multa. Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos, refere o Código Penal. Não está prevista qualquer agravante para os profissionais de saúde.

OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA

► Diz o Código Penal que quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias. O tribunal pode dispensar de pena quando o agente for médico no exercício da sua profissão e do ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho graves.

CONSENTIMENTO

► Para haver intervenção ou ato médico, é necessário o consentimento do doente. Segundo a lei, o

de Berlim e chocolate para ver se ele se mexia mais, mas à tarde

Definições

✱ Erro:

Acto de errar; engano; equívoco; resultado falso; incorrecção; desvio do caminho; mau comportamento; desregramento; delito; culpa

(Dicionário Multimédia Universal de Língua Portuguesa)

✱ Erro médico:

Mau resultado ou resultado adverso provocado por ação ou omissão do médico, envolvendo violação das *leges artis*

Conduitas geradoras de erro

☀ Imperícia:

Inobservância das regras técnicas; insuficiência de conhecimentos; deficiente preparação ou inexperiência

☀ Imprudência:

Assunção, por acção ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico-científico bastante

☀ Negligência:

Inobservância, por acção ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta

Erro médico

O erro médico culposo

é diferente do

- Acidente imprevisível
- Resultado incontrolável
- Resultado adverso

Tipos de erro médico

- ✱ Erros de diagnóstico:
 - Inevitáveis
 - Evitáveis
- ✱ Erros de tratamento
- ✱ Erros de carácter preventivo
- ✱ Outros tipos

Erros de diagnóstico

☀ Inevitáveis:

- Alheios à competência do médico
- Resultam de diversos fatores (p. ex. limitações do conhecimento médico, carência de recursos, condições técnicas)

☀ Evitáveis (da responsabilidade do médico):

- Erro de raciocínio
- Deficiência na utilização ou interpretação dos resultados dos exames complementares de diagnóstico tidos por adequados
- Uso de exames ou técnicas inadequadas

Erros de tratamento

- ✱ Terapêutica inadequada
- ✱ Erro na realização de uma intervenção ou procedimento terapêutico
- ✱ Erro na posologia ou via de administração de fármacos

Erros na prevenção

- ✱ Adoção de medidas profiláticas inadequadas ou insuficientes
- ✱ Falha no aconselhamento preventivo
- ✱ Monitorização ou *follow-up* inadequados

Outros erros

- ✱ Erros de prognóstico
- ✱ Falhas na comunicação
- ✱ Falhas do equipamento

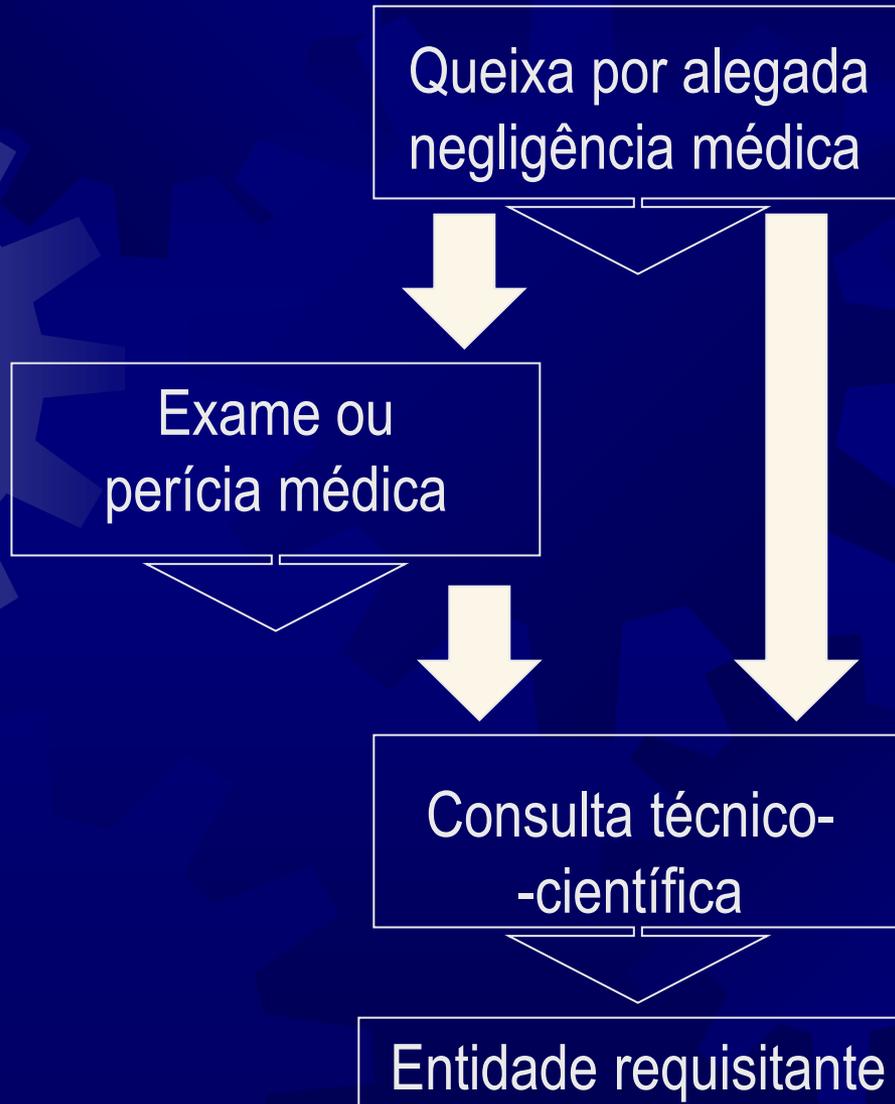
Queixas mais frequentes

- ✱ Prescrição incorreta de terapêuticas (fármacos e outras)
- ✱ Erro de avaliação ou diagnóstico
- ✱ Ausência de diagnóstico de uma doença ou perturbação
- ✱ Erro grosseiro no decurso uma cirurgia (p. ex. intervenção contralateral, objetos estranhos deixados no interior do corpo do doente)

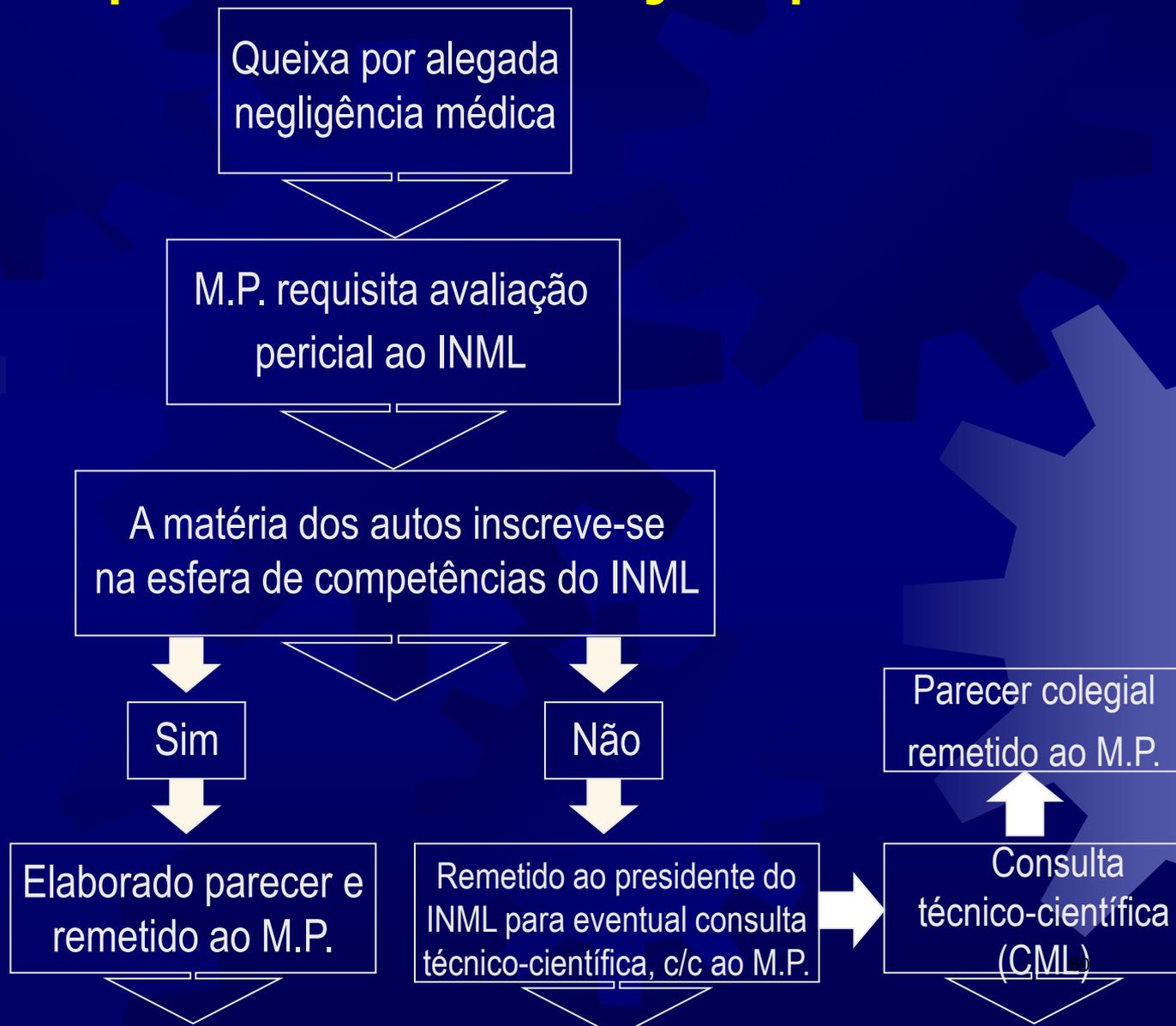
Casos especialmente problemáticos

- ★ Patologia nosocomial (infecções hospitalares)
 - Grave problema de saúde pública
 - Não é, por regra, imputável a um médico
 - Revela um erro na organização ou funcionamento serviço/hospital
 - As medidas preventivas envolvem enormes encargos financeiros
- ★ Quebra de acompanhamento ou vigilância médica

Casos de alegada negligência médica: Da queixa à valoração pericial



Casos de alegada negligência médica: Da queixa à valoração pericial



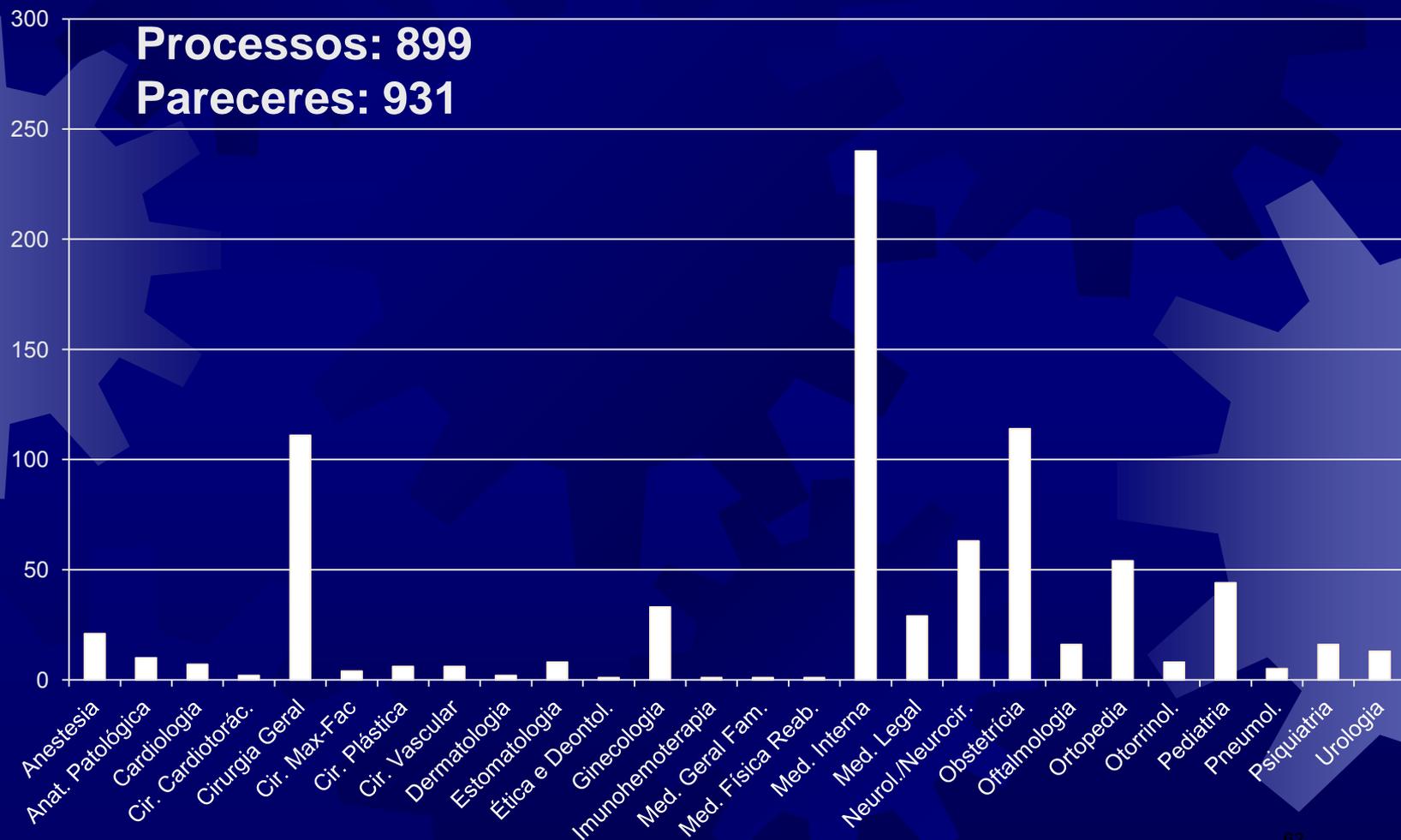
Consultas técnico-científicas

★ Decreto-Lei nº 131/2007, de 27 de Abril (reorganização do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.)

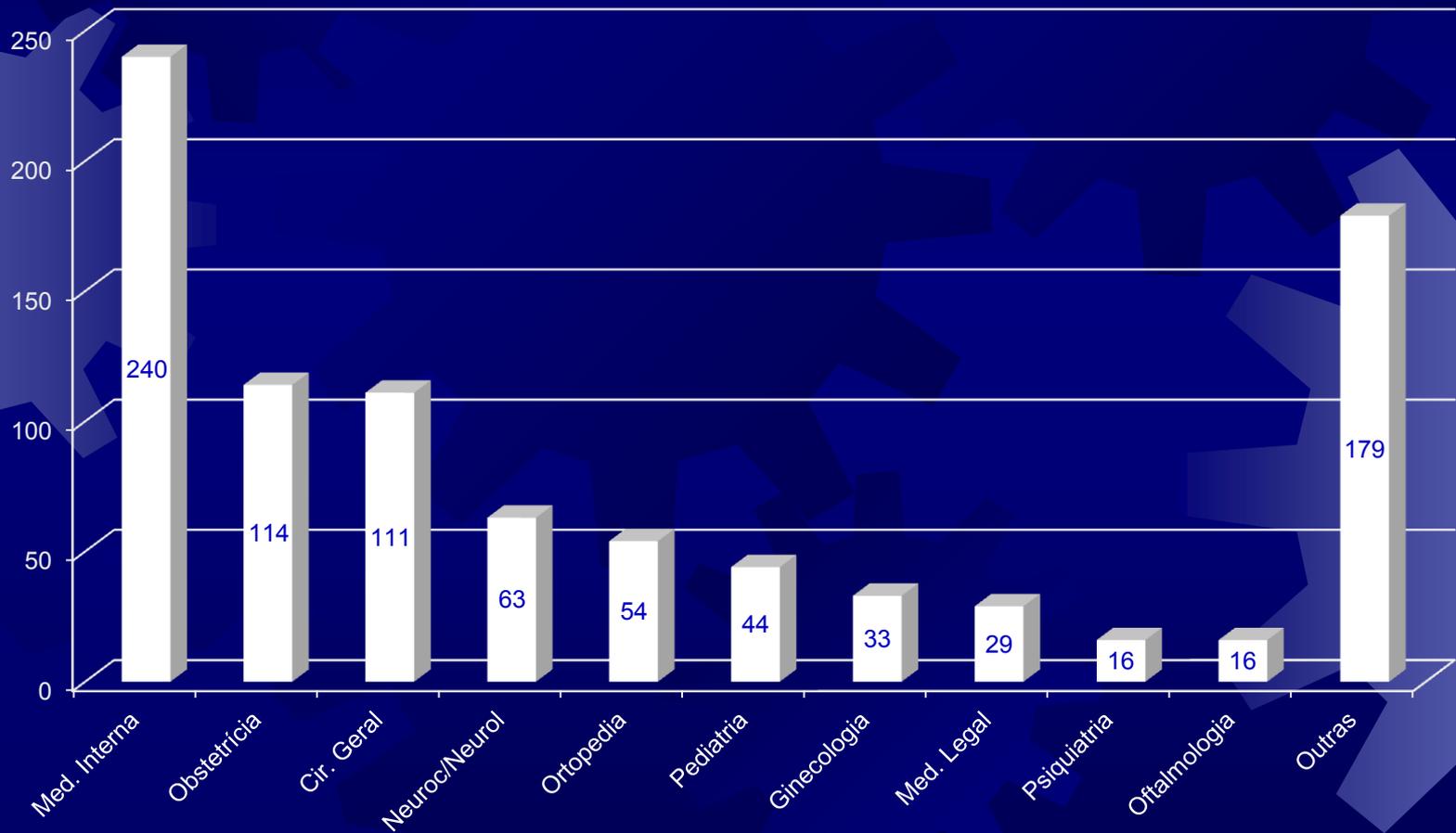
★ Artigo 6º - Conselho Médico-Legal

- 1 – (Composição)
- 2 – Compete ao conselho médico-legal exercer funções de consultadoria técnico-científica, designadamente:
 - a) Emitir pareceres sobre questões técnicas e científicas de natureza pericial;
 - (...)
- 3 – A consulta técnico-científica e ética pode ser solicitada pelo membro do Governo responsável pela área da justiça, pelo Conselho Superior da Magistratura, pela Procuradoria-Geral da República ou pelo presidente do conselho directivo do INML, I.P.;
- 4 – Os pareceres técnico-científicos emitidos pelo conselho médico-legal são insusceptíveis de revisão e constituem o entendimento definitivo do conselho sobre a questão concretamente colocada, salvo a apresentação de novos elementos que fundamentem a sua alteração.

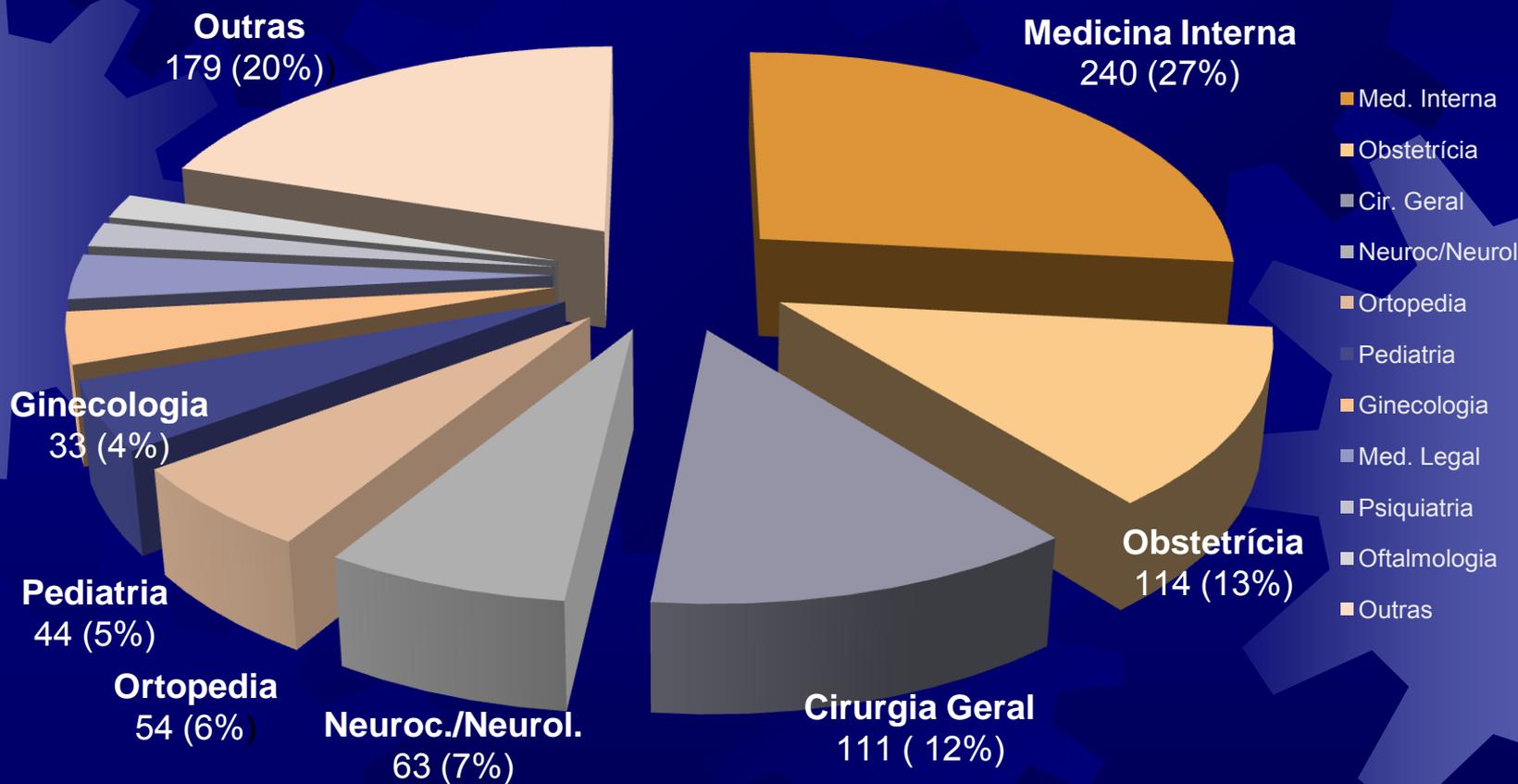
Consultas técnico-científicas, por especialidades médicas (2001-2008)



Consultas técnico-científicas, por especialidades médicas (2001-2008)



Consultas técnico-científicas, por especialidades médicas (2001-2008)



Avaliação pericial

- ★ Registos médicos e outros (diário clínico, diário de enfermagem, relatórios, etc.)
- ★ Registos psiquiátricos
- ★ Exames complementares de diagnóstico (imagiológicos, análises clínicas, etc.)
- ★ Prescrições terapêuticas (receituário, folhas de terapêutica, etc.)
- ★ Outras informações disponíveis

Bibliografia

- ❑ Andrade, M. Costa: *Direito Penal Médico*. Coimbra, Almedina, 2004.
- ❑ Bastos, J. Rodrigues: *Código Civil (Anotado e Actualizado)*. Coimbra, Almedina, 2008.
- ❑ Gonçalves, M. L. Maia: *Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. Coimbra, Almedina, 2007.
- ❑ Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
- ❑ Diaz-Regañón, C.: *Responsabilidad Civil Médica: Jurisdicción competente. Consentimiento informado*. Cuadernos de Jurisprudencia Civil, 2000, nº 53.
- ❑ Dyer, C. (Ed.): *Doctors, Patients and the Law*. Oxford, Blackwell Scientific Publications, 1992.
- ❑ Fragata, J. e Martins, L.: *O Erro em Medicina: Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade*. Coimbra, Almedina, 2004.
- ❑ Oliveira, G.: *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, 1999.
- ❑ Orbán, C.B.: *Responsabilidad Profesional del Médico: Enfoque para el Siglo XXI*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2003.
- ❑ Pereira, A.G.D.: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra Editora, 2004.



Videogravação da comunicação

A Responsabilidade Civil Médica

Rui Torres Vouga

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

I – Tipos de responsabilidade

- a) – contratual;
- b) – extracontratual;
- c) – coexistência ou regime unitário “transtípico” ?

II – Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica

- a) – Obrigação de meios ou de resultado ?
- b) – A presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do CC também vigora nesta sede ?
 - c) – A actividade médica (nomeadamente quando implica uma intervenção cirúrgica) pode ser considerada uma “actividade perigosa”, nos termos e para os efeitos do art. 493º-2 do CC ?
 - d) – A quem cabe o ónus da prova do requisito constituído pelo nexos de causalidade entre o acto do médico e os danos sofridos pelo doente na sua saúde ?

III – Acções de responsabilidade civil relacionadas com danos ocorridos em caso de concepção ou de nascimento indesejados numa criança.

- a) – Concepção indesejada (“*wrongful conception*”) ou Gravidez indesejada (“*Wrongful pregnancy*”);
- b) – Nascimento indesejado (“*wrongful birth*”);
- c) – Vivência indesejada (“*wrongful life*”).



Videogravação da comunicação

Direito da Saúde - Responsabilidade Penal - Casuística

Nuno Coelho

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

Direito da Saúde – Responsabilidade Penal - Casuística

1. A jurisdição e as disciplinas que incidem sobre a saúde e a biologia humana (saúde, medicina e ciências da vida).

2. A actividade jurisdicional e a realização do direito face às questões da saúde, da medicina e das ciências da vida.

3. Responsabilidade penal do profissional de saúde. Casuística.

4. O modelo jurisdicional em questão face aos problemas da saúde, da medicina e das ciências da vida

1. A jurisdição e as disciplinas que incidem sobre a saúde e a biologia humana (saúde, medicina e ciências da vida)

estamos num curso complementar de Direito da Saúde, em que se perspectiva a análise de casos práticos atinentes à responsabilidade civil e penal do profissional de saúde

a preocupação dirige-se, pois, para a necessidade de reflectir sobre temas e problemas à luz da actividade dos tribunais (actividade prática do direito), colocando-nos na perspectiva jurisdicional

definir um horizonte teórico e problemático (que se pretende) apto a lidar com as actuais necessidades do sistema judicial e dos tribunais no tratamento dos casos e das matérias que têm a ver com o universo da saúde e das ciências da vida

a jurisdição enquanto realização do direito pelo juiz (pelos órgãos judiciais) tem como centro (*rectius* intenção final) a decisão judicial

esta (a decisão judicial) vem a acontecer, neste domínio social - neste universo de actividade humana e social ligada com a saúde (e também com a biologia humana) , num contexto vasto de grande complexidade ético-social e técnico-científica (num cruzamento de disciplinas do saber e muitas vezes em zonas de “revolução epistemológica”)

a saúde, a medicina e as ciências da vida têm a ver com áreas do conhecimento e também da actividade humana e social (do *saber* e do *fazer*)

estas áreas desenvolvem-se na a actividade social (em domínios sociais vastos e também de grande implicação na governação pública [as políticas públicas da saúde são particularmente difíceis nos seus vários domínios]) e marcam bem o desenho que se pode obter dos ciclos da vida humana e dos seus vários eventos ou estados (tanto circunstâncias como constâncias) que são também declaradamente e recorrentemente eventos e estados jurídicos: procriação, concepção, nascimento, paternidade, personalidade, capacidade, imputabilidade, maioridade, doença, acidente, lesões (ofensas), velhice e morte; etc. etc.....

numa altura em que, de forma crescente, se questionam os limites ético-jurídicos da ciência e da técnica e se levantam dilemas preocupantes a propósito dos fenómenos epidémicos à escala global

os questionamentos são variados e demonstram a indispensabilidade desta iniciativa de formação, a qual pretende alargar o debate que tem surgido, a propósito destas temáticas, ao universo prático do direito:

. que solução pode o direito encontrar, no diálogo com as ciências e os outros saberes, para os problemas suscitados pela nossa actualidade política, social mas também ecológica, natural e sanitária?

. como definir o ramo do direito que se entende como receptor dos questionamentos e da necessária actividade normativa em torno da ciência e das técnicas biomédicas?

. qual o papel concedido ao jurista, ao aplicador do direito e aos tribunais na resolução dos conflitos e dos dilemas que, pela sua densidade ou heterogeneidade, colocam à prova os tradicionais mecanismos jurídicos?

. quais as repercussões do acto médico ou do profissional de saúde, da prestação de cuidados de saúde e do conflito de valores e de direitos naquelas situações de fronteira que surgem dos inevitáveis mistérios da vida, da doença e do sofrimento?

. que soluções jurídicas podem ser encontradas para esses casos e quais as disciplinas jurídicas e os institutos mais apetrechados a resolver esses dilemas?

. através de que vias normativas e regulativas se têm tentado solucionar esses casos?

. qual o nível de argumentação utilizada, quase sempre perpassada por valores éticos e de sedimentação cultural e política, e que soluções nos pode dar a experiência comparada?

estas áreas são naturalmente objecto de regulamentação legal e de regulação normativa e jurídica, de definição jurídica e objecto de tratamento pelos órgãos de administração da justiça e de aplicação do direito, sendo que os assuntos chegam aos tribunais de vários modos, nas várias especializações do direito e no domínio das várias matérias processuais, e contendem com o exercício da organização judiciária no seu todo

as decisões jurisdicionais encontram-se, aqui, com uma teia de outras decisões humanas e sociais, que têm a ver com a prossecução de actividades conexas com a saúde, a medicina e as ciências da vida:

a decisão médica (ínsita ao acto médico),

a decisão pericial (v.g. perícia médico-legal),

a decisão científica (ligada a testes de manipulação de organismo ou de material humano),

a decisão político-legislativa (no domínio da legislação que abrange estas áreas),

a decisão administrativa (aparelho político-burocrático da administração de saúde), e

a decisão consultiva e deontológica (conselhos médicos e comissões de ética)

a complexidade é primacialmente técnico-científica ou do domínio da prática médica e gera questionamentos e problemas no tecido social, no seu repositório de valores e também na sua organização política e jurídica; problemas e questionamentos esses de difícil elucidação, resolução e regulação ético-normativa

a complexidade ético-social e técnico-científica de que se falava tem incidência na actividade judicial segundo dois primas:

- substancial, no aspecto das matérias e dos assuntos a tratar (regulação normativo-jurídica das várias áreas envolvidas e apuramento dos factos ou da verdade judiciária [a prova, as perícias, a causalidade]); e

- institucional, na vertente das condições, da organização e dos procedimentos (formas e processos)

obviamente que esta complexidade contende com a capacidade e a qualificação dos tribunais e dos seus actores fundamentais em lidar com estes assuntos e em tratar dos problemas suscitados, tanto ao nível da decisão jurisdicional final como no decurso dos vários procedimentos e actividades até a ela se chegar

tratamos de assuntos ligados com o direito da saúde, com o biodireito e com a bioética

estas disciplinas jurídicas conexionadas com a actividade da saúde, com a medicina e as ciências da vida, apontam para os novos - e também fascinantes - territórios do jurídico, espaços onde os institutos jurídicos tradicionais e as clássicas distinções disciplinares são definitivamente colocados à prova

chegam aos tribunais casos cuja apreciação determina a indispensabilidade de um inevitável cruzamento disciplinar e de saberes entre, por um lado, as ciências, as práticas médicas, as biotecnologias ou as ciências da saúde em geral, e, pelo outro, o saber prático e prudencial do direito

tendo por base, esse mesmo cruzamento, discussões centradas na argumentação jurídica decisória e nas próprias fontes do direito de onde aquela emerge.

aqui o jurista privatista, o jurista publicista, o jurista criminalista ou o jurista civilista; o jurista cultor do direito administrativo ou do direito constitucional, ou o jurista que cuida mais das matérias especializadas do sector da saúde, tem de colocar à prova a sua capacidade de estabelecer conexões conceptuais, estabelecer pontes sistémicas, apelar a princípios fundamentais e aos direitos fundamentais, integrar preocupações éticas e deontológicas, tornar-se permeável à tradução dos dados empíricos e científicos, apelar à compreensão da realidade social, cultural, científica, económica e humana

uma magnitude temática onde confluem as análises do jurídico, do político, do social e do económico

este ponto de partida multidisciplinar favorece, desta forma, uma abordagem mais consistente das situações concretas apresentadas ao tratamento jurídico

a percepção da actividade jurisdicional salienta, deste modo, a necessidade de convocação de uma diversidade de saberes e capacidades orientadas para o reconhecimento do direito nas sociedades democráticas actuais. “O tribunal tem que desenvolver um complexo trabalho de observação e reflexão para identificar o direito, ou seja, para identificar e validar as normas capazes de garantir a estabilização social. Para tal, eles vão ter que dispor de uma observação exaustiva, pluridisciplinar e complexa das questões a regular na sociedade, bem como dos resultados dessa regulação; e, com base nisso, vão ter que estar habilitados a levar a cabo um diagnóstico prospectivo das soluções que respondam às expectativas de todos os interessados e, conseqüentemente, produzam arranjos consensuais e estabilizadores”.

António Manuel Hespanha, (2009), pp. 21-22, com referência aos novos saberes para o desempenho de novas funções, numa crítica ao formalismo, à burocratização e à tecnocratização dos saberes jurídicos académicos dos nossos dias.

na contraposição entre um direito de cariz normativo e um direito praticado, a designação “realização do direito” dá preferência a este último

chegados aqui, não nos podemos esquecer que estes vários níveis de abordagem têm como pressuposto ou conduzem ao âmago do trabalho jurisdicional, isto é, têm sempre em conta (enquanto preocupação teleológica) o momento do proferimento de uma decisão jurisdicional

a decisão aqui encarada na sua integração sistemática e organizativa e também no seu relacionamento com um decisor (o juiz) que colocado nesse sistema e dependente das suas condições organizativas se depara com as exigências próprias dos valores da qualidade, da eficiência e da democracia

para ser proferida a decisão precisa de ser pedida, argumentada em tese contrárias, fundada em debate, confrontada com trâmites, prazos, formas e rituais, e formulada numa estrutura argumentativa devidamente fundamentada e justificada, tanto em termos factuais como jurídicos

o juiz decisor actua e profere as suas decisões neste contexto organizativo e procedimental, e é legitimado por um estatuto constitucional e legal do qual se pode retirar a sua qualificação e a sua capacidade técnica e humana para a função de julgar

a actividade do aplicador jurisdicional do direito insere-se num contexto institucional, isto é, num processo institucional e organizacional que lhe confere sentido, legitimidade, validade e efectividade

mas, nesta sociedade técnica e do conhecimento em que nos encontramos, não se pode razoavelmente pensar que o juiz pode continuar a enfrentar a pluridisciplinaridade sem instrumentos adequados, como assessorias e perícias

é exíguo “o terreno deixado ao critério prudencial e à equidade e o juiz «perito dos peritos» (...)” vai-se “(...) gradualmente transformando em falácia perante o volume e a complexidade dos saberes técnicos e dos meios que as partes (...)” colocam “(...) ao serviço dos seus interesses” (Cunha Rodrigues, *Recado a Penélope*, 2009, pp. 22.

v.g. recordo caso Merck (vinda de prémios nóbéis da química a testemunhar em caso de defesa de patente médica

complexidade dos casos – litigância complexa – particular incidência na preparação da prova (v.g. meios de prova pericial)

acompanhamento de consultor técnico

pareceres deontológicos e médicos (Conselho Médico-Legal) v.g. recordar um parecer sobre negligência médica dos responsáveis de uma clínica privada de testes de paternidade (em que se colocou em causa a metodologia e as técnicas aí utilizadas)

3. Responsabilidade penal do profissional de saúde. Casuística.

ao falarmos de responsabilidade penal dos médicos ou dos profissionais de saúde estamos a tratar de crimes que assentam em actos praticados por médicos ou outros profissionais de saúde e que se encontram conexonados com a sua prática profissional, isto devido às situações em que se enquadram

estamos a referir-nos, obviamente, a condutas que contendem com a vida, a integridade física ou a saúde psíquica das pessoas humanas, genericamente da saúde física e mental (em termos latos, de acordo com o enunciado deste curso), enquanto bens jurídicos garantidos pela lei criminal de forma típica e especial, com reporte a valores fundamentais da comunidade social e defendidos pela ordem jurídica através da sanção penal e também civil

(não iremos tratar aqui de situações penais que terão a ver com o exercício da actividade médica mas que não contendem directamente com estes bens jurídicos, mesmo que usualmente ligados com a prática de casos em que podem intervir os médicos – v.g. atestados falsos ou violação de sigilo médico / crimes de falsificação e crimes contra a reserva da vida privada)

e desde logo a distinção entre os parâmetros das responsabilidades em causa, tanto civis como penais, se reveste por vezes de grande complexidade ao nível prático, dependendo muitas vezes da própria estratégia do acusador ou do próprio titular do bem ofendido e do seu patrocínio jurídico

temos assim que ao nível de protecção penal que é necessariamente mais exigente ao nível dos pressupostos e assentará sempre em ofensas consideradas suficientemente graves e assumidas como tal – tipificadamente e segundo um princípio de legalidade estrita (segundo os princípios de aplicação da lei penal) – pela comunidade política e social

claro que a responsabilidade penal, nestas situações, terá quase sempre como decorrência a existência de danos ou prejuízos, nas suas diversas formas, que podem e deverão ser indemnizados segundo os princípios da responsabilidade civil, mesmo em adesão ao processo de cariz penal

a casuística da responsabilidade penal dos médicos ou dos demais profissionais de saúde acompanha e convoca as características genéricas que desenvolvemos nos pontos anteriores:

- . complexidade técnica e científica das matérias e que é reflectida ao nível de condutas humanas que são um exercício prático – a medicina é uma praxis e assente em componentes de um saber prático, desenvolvido e com um adequado rigor técnico, metodológico e deontológico;

- . (exige) sensibilidade e atenção aos desenvolvimentos científicos e técnicos, o que exige plasticidade, mas em que não deve ser descurado o contexto de risco ou de perigo para a vida humana em todos os seus componentes (vida, integridade física e saúde mental); e

- . (além de uma) forte presença da ética, da deontologia e da delimitação das regras profissionais e técnicas.

no tratamento da casuística desta responsabilidade penal permitir-me-ia fazer dois tipos de abordagem;

A - abordagem normativa, que assenta no enunciado típico dos diversos tipos de crime e das cláusulas legais mais convocáveis (nesta área; normas que são convocadas uns mais do que outras) quando tratamos da responsabilidade penal dos médicos ou dos demais profissionais de saúde (no exercício da sua actividade profissional) (Parte Especial do Código Penal, sem descuidar a reflexão que tem de estar sempre presente da teoria geral do direito penal e da Parte Geral do mesmo Código)

. auxílio ao suicídio (eutanásia e suas diversas tipologias e distinções)

homicídio a pedido da vítima Art.º 134.º CPenal

incitamento ou ajuda ao suicídio Art.º 135.º CPenal

. aborto ou interrupção voluntária da gravidez (início e termo da vida; vida intra-uterina; discussão ética e cláusulas de justificação)

aborto e interrupção da gravidez não punível Art.ºs 140.º a 142.º CPenal

. ofensa à integridade física por negligência derivada de acto médico com dispensa facultativa de pena (se não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias)

Art.º 148.º, n.º 2, alínea a), CPenal

. consentimento na intervenção médica com ou sem fins terapêuticos (integração sistemática de várias situações distintas e normativos)

Art.ºs 149.º, 150.º, 156.º e 157.º (caso particular do Art.º 168.º), CPenal

com consentimento e com violação das legis artis (há que distinguir Art.º 150.º, n.º 1, CPenal

- intervenção médica com finalidades terapêuticas

- intervenção médica sem finalidades terapêuticas (Art.º 149.º CPenal; abordagem das situações enquadradas como experimentação pura (diferente da experimentação terapêutica?), tratamentos e métodos não cientificamente convalidados (mais

ou menos excêntricos), doação de tecidos e órgãos para transplantes, operações cosméticas, esterilização, transexualismo e castração)

crime de perigo de intervenção médico-cirúrgica violadora das legis artis – Art.º 150.º, n.º 2, CPenal

sem consentimento; intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários – Art.º 156.º CPenal, necessitando de ser ponderada a possibilidade, a extensão e a qualidade da informação médica prestada, com o dever de esclarecimento no Art.º 157.º CPenal

destaca-se aqui também o crime de procriação artificial não consentida – Art.º 168.º CPenal, que especializa ou desdobra esta matéria específica no seio dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

. crimes de perigo comum

(necessidade de articular as diversas classificações e tipologias de crime de perigo)

- corrupção de substância medicinal – Art.º 282.º CPenal

- propagação de doença, alteração de análise ou de receituário (meios complementares de diagnóstico ou de tratamento) – Art.º 283.º CPenal – (referência à sentença do 2.º Juízo Criminal de Coimbra de 6/10/2005, publicada na *Sub Judice*, 2007, n.º 38, pp. 165-211)

- recusa de médico (acto médico) – Art.º 284.º CPenal (especialidade da omissão de auxílio em vista do particular dever deontológico ínsito a este desempenho profissional, necessitando de uma maior ponderação dos casos de urgência médica e do dever de tratamento)

B - abordagem tónica, que assenta nos principais temas ou institutos de cariz criminal que são tratados, analisados ou reflectidos pela prática a propósito desta responsabilidade penal dos profissionais da saúde

. nível de intensidade da ilicitude - criminal e – civil (deslindar dos dois níveis de responsabilidade, servindo-nos do diapasão das tipologias criminais e do nível de lesão dos bens jurídicos em causa);

. incisivas dificuldades na prova (nem sempre existem evidência científicas e elas são também resultado de interpretações periciais) e

na abordagem do nexos de causalidade entre a conduta (ou a omissão) e o resultado;

- . particular funcionamento ou intervenção das causas de justificação, sobretudo ao nível do consentimento (cláusulas especiais justificativas, desculpativas ou até, num outro nível, de isenção de pena);

- . problemas de apuramento dos fenómenos de comparticipação face aos crimes específicos (que dependem de uma qualidade especial ou específica, designadamente profissional do agente; crimes específicos próprios e impróprios);

- . especial delineamento do perigo, tanto ao nível do dolo do perigo como do perigo comum e dos comportamentos negligentes perigosos;

- . distinção mais dificultada entre a . negligência e o . dolo, designadamente nas zonas de fronteira entre o dolo eventual e a negligência consciente;

- . apuramento da negligência, com especial recurso à chamada culpa normativizada (*leges artis* / *clinical practice guidelines* / normas de orientação clínica / código deontológico / comissões de ética / literatura científica) e com atenção a um ponderado princípio da confiança em matéria de divisão de tarefas no seio de uma equipa médica, cirúrgica ou de saúde, e também na articulação com as situações de urgência médica e o dever de tratamento;

- o tipo negligente consubstancia um dever de cuidado, com um apelo de princípio às capacidades da sua observância por um homem médio, mas com um apelo ao contexto e às capacidades pessoais do agente concreto; mas em que as capacidades pessoais inferiores à média não podem relevar logo ao nível do tipo de ilícito negligente, mas devem ser consideradas ao nível do tipo de culpa negligente; e em que as capacidades pessoais superiores à média devem ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito de negligência; aqui estaremos sempre a falar no padrão médio do médico ou profissional de saúde, zeloso, diligente e cuidadoso;

- numa particular atenção às fontes normativas (legais ou profissionais) concretizadoras desse dever de cuidado

- *leges artis* – "... um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos

semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”, A C Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, 2007

- normas de orientação clínica (protocoladas pela Ordem dos Médicos e pela Direcção-Geral de Saúde), numa formulação de 1990 e de divulgação internacional, “conjunto de recomendações, desenvolvidas de maneira sistematizada, que se destinam a apoiar o médico e o doente na tomada de decisões acerca dos cuidados de saúde, em situações clínicas específicas”, *Clinical Practice Guidelines: Directions for a New Program*, 1990, The National Academy of Sciences, pp. 38.

- Art.º 9.º do Código Deontológico dos Médicos – “o médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras de arte médicas”

- o erro médico (como em qualquer outra actividade de cariz humano e social) é também uma evidência, até estatística, havendo que funcionar aqui um adequado e ponderado mecanismo de percepção, análise e reflexão sobre os elementos obtidos na investigação e depois tratados, até do ponto de vista pericial e deontológico, no decurso do processo (fases de inquérito, de instrução ou de julgamento)

- casos

. situações mais recorrentes dos esquecimentos de cirurgião de material operatório no corpo do paciente (v.g. o cirurgião esquece-se inadvertidamente de uma gaze / uma compressa / um fio metálico / etc. e a situação vem a degenerar num processo inflamatório mais ou menos grave – Acs. da RL de 15/5/2008, processo 1931/08, 9.ª secção, de 18/1/2007, processo n.º 6002/06, 9.ª secção, disponíveis em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/>;

. Ac. da RP de 12/11/2008, proc. N.º 0813421, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/59f785b131bb849880257506004c8345?OpenDocument>, na qual se verificou que a fractura do corpo vertebral da D12 de uma vítima de atropelamento indicava a violência do traumatismo e justificava, por si só, o estudo radiológico da restante coluna; esta vítima teve alta no mesmo dia do acidente e veio a falecer no domicílio no dia seguinte; o tribunal considerou que o resultado (morte) deve ser imputado objectivamente à conduta omissiva do médico que não prestou à lesada os cuidados médicos necessários e adequados a evitar o resultado que a situação exigia, segundo as “legis artis” e os conhecimentos da medicina;

. Sentença do 2.º Juízo Criminal de Coimbra, de 6/10/2005, publicada na *Sub Judice*, 2007, n.º 38, pp. 165-211, em que trata de um caso de deficiente diagnóstico de carcinoma mamário e intervenções cirúrgicas, umas desnecessárias e outras insuficientes, em que se conjuga o problema da negligência em equipa médica e cirúrgica e dos meios complementares de diagnóstico; o tribunal considerou que no caso concreto existiu uma

violação do dever de cuidado e dos deveres de diligência e informação consentâneos com a habilitação técnica e as funções concretamente desempenhadas;

. Ac. da RL de 15/12/2008, processo n.º 9173/08-9, 9.ª secção, disponíveis em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/>; em que se tratou de um caso de um acidentado que após sutura apresenta pulso tedioso negativo e pé pálido e frio, e só veio a ser enviado ao serviço vascular do hospital seis dias depois da intervenção; o tribunal considerou que existia grave negligência;

. situação duvidosa relativa ao apuramento do princípio da confiança na divisão do trabalho da equipa médica, cirúrgica ou hospitalar – médico que administra uma injeção intravenosa sem confirmar previamente o conteúdo da seringa através da leitura do rótulo da ampola, reflectindo-se aqui sobre a abrangência do dever autónomo de fiscalização mesmo que essa injeção lhe tenha sido apresentada e preparada por um enfermeiro;

. outras situações citadas na literatura jurídica: - se o anestesista não controla devidamente a actividade cardíaca do paciente antes da administração da anestesia e o paciente vem a sofrer um ataque cardíaco durante a intervenção; - se o radiologista não obedece a determinadas cautelas na execução de intervenções radiológicas profundas, dando assim origem a fortes lesões da saúde do paciente; - se o médico assistente não analisa devidamente os elementos constantes da ficha clínica do seu doente e lhe administra um medicamento errado; - médico que sendo colaborador directo de um determinado especialista, tendo visitado várias vezes a doente, conversado com os seus familiares e consultado várias vezes a sua ficha clínica onde se indicava predisposição para determinado problema, teve oportunidade de duvidar do diagnóstico feito pelo seu colega (pancreatite) e “deixou correr as coisas”, vindo a complicar-se seriamente o quadro clínico da cliente com uma oclusão intestinal;

4. O modelo jurisdicional em questão face aos problemas da saúde, da medicina e das ciências da vida

(preocupação) a justiça continua a privilegiar a lógica dedutiva quando o conhecimento se abre cada vez mais a uma estrutura probabilística mais apta a lidar com a complexidade

a evolução para um posicionamento de cariz pragmático na realização do direito, o direito criado pelo próprio julgador (juiz criador do direito) – fundado no direito e na lei, segundo as gradações do domínio jurídico

em causa -, suscita a existência de uma racionalidade jurídica não dedutiva, caracterizada pela aplicação de princípios e de regras de experiência e atenta às expectativas suscitadas pelas normas legais

numa concepção dinâmica, probabilística e interactiva do julgador, sabendo dar importância devida aos factos – ao contexto factual – e retirando do cruzamento com as regras legais, a norma jurídica mais conforme ao direito e, daí, a solução jurídica mais adequada, razoável e conforme aos valores privilegiados pela ordem jurídica

a percepção da actividade jurisdicional salienta, deste modo, a necessidade de convocação de uma diversidade de saberes e capacidades orientadas para o reconhecimento do direito nas sociedades democráticas actuais.

“O tribunal tem que desenvolver um complexo trabalho de observação e reflexão para identificar o direito, ou seja, para identificar e validar as normas capazes de garantir a estabilização social. Para tal, eles vão ter que dispor de uma observação exaustiva, pluridisciplinar e complexa das questões a regular na sociedade, bem como dos resultados dessa regulação” (António Manuel Hespanha, *in* “Terão os juízes voltado ao centro do direito”, *in* *Julgar, O poder judicial numa democracia descontente – Impasses, desafios e modernização da justiça*, Número Especial, 2009, pp. 13-30).

juízes, enquanto intérpretes não só da norma como também da vida, tão eficazes pela técnica jurídica como pela intuição e pela equidade (bom senso e compreensão do mundo e da vida social)

Paul Ricoeur num célebre texto sobre o acto médico e as suas repercussões fez a analogia sempre feliz e perpétua entre o médico e o juiz, ambos assentes numa decisão com pressupostos muito técnicos e muito humanos; o direito e a medicina enquanto artes humanas, sociais e técnicas, que terão sempre de se adaptar à complexidade, à contingência e à plasticidade da realidade humana e social: no final quem decide é sempre uma pessoa humana (médico ou juiz)



Videogravação da comunicação

O ato médico: o erro médico e a negligência médica.

O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa; a cirurgia plástica e reconstrutiva

Germano Sousa

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa; a cirurgia plástica e reconstrutiva

SUMÁRIO

- 1 - Princípios Norteadores da Ética e Deontologia profissionais
- 2 - Comportamentos anti-éticos - o erro médico culposol
 - 2.1 - Imperícia
 - 2.2 - Imprudência
 - 2.3 – Negligência
- 3 - O erro médico "legítimo"x erro médico culposol
 - 3.1 - Compromisso de meios e compromisso de resultados
 - 3.1.1 - A cirurgia plástica
 - 3.1.2 - A Medicina dentária
 - 3.1.3 - As especialidades laboratoriais
 - 3.2 - O acidente imprevisível
 - 3.3 - O resultado incontrolável
 - 3.4 - O resultado adverso
- 4 - Erro de diagnóstico x erro de conduta
- 5 - A responsabilidade individual e responsabilidade colectiva
- 6 - O segredo profissional
- 7 - Distanasia



ERRO MÉDICO

GERMANO DE SOUSA

MÉDICO

PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

CONSELHEIRO DO C N E C V

EX-BASTONÁRIO DA ORDEM DOS MÉDICOS

CEJ – 20/4/2012

Ética Médica (I)



- A ética médica é uma ética normativa que respeita um dos preceitos fundamentais da ética Kantiana segundo o qual nenhum ser humano será visto como meio para a obtenção de qualquer finalidade, porque a dignidade humana impõe que o homem seja considerado somente como fim.
- Ocupa-se de questões que têm a ver com a prevenção e manutenção da saúde e conseqüentemente com a manutenção da vida.
- Sendo a vida humana o primeiro de todos os direitos, as normas reguladoras da ética médica integram-se totalmente no conjunto dos direitos humanos
- No seu conjunto vamos encontrar alguns dos grandes princípios que integram a ética filosófica.

Ética Médica (II)



- Beauchamp e James Childress, em 1979, na sua obra “*Principles of Biomedical Ethics*” aprofundam a ética hipocrática e propõem um modelo de ética principalista baseada no que se designa por princípios morais intermédios, princípios de "prima-facie" ou de obrigação
- São princípios de igual valor, que se mostram evidentes por si mesmos, que não obedecem a qualquer disposição hierárquica, que têm sempre de ser cumpridos e que em caso de conflito entre si, será a situação em causa e os seus conditionalismos que justificarão a precedência.

Ética Médica (III): Princípios de *Prima-facie*



- **princípio da beneficência** Resultante da tradição médica grega, centra sua atenção na ideia que o primeiro dever do médico é tudo fazer pelo seu doente. Nele se insere por exemplo a regra da confidencialidade e conseqüentemente a obrigação do segredo profissional.
- O **princípio da não maleficência** é originário da tradição médica grega e romana: “primum non nocere”. Formula a exigência de o médico não prejudicar o doente ou não lhe causar, moral ou fisicamente danos.
- O **princípio da autonomia** é fruto do pensamento kantiano e dos seus conceitos de verdade e liberdade. Dele decorre a liberdade do doente e o seu direito ao “consentimento informado” e integra a exigência de uma informação total sobre a razão de ser dos tratamentos e exames a que vai ser sujeito, até à recusa do próprio tratamento.
- O **princípio da justiça**, No particular da Medicina o sentido distributivo de justiça é o que se procura aplicar aos sistemas de saúde e justifica o direito á acessibilidade e equidade dos cuidados de saúde.

Ética Médica (IV)



- A ética médica tenta preservar os ideais éticos propostos historicamente pelas filosofias e implica a realização histórica de valores que encarnam os direitos de que todos os seres humanos deveriam primordialmente usufruir.
- Nesse sentido a atitude justificacionista, isto é, a tentativa de simplesmente pretender relacionar ou justificar o comportamento do médico e conseqüentemente os seus erros, designadamente a negligência, em função das dificuldades dos sistemas de saúde em que se movem é profundamente anti-ética.
- É preciso conhecer a realidade e as situações sobre as quais se vai exercer o juízo ético, mas fazer com que este juízo traduza uma mera justificação do que existe é propriamente renunciar à ética.

Erro médico culposo



- **Conduta profissional inadequada resultante da utilização de técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente.**
- **Pode ser cometido por:**
 - Imperícia: Impreparação. Fazer mal o que devia ser feito de acordo com as *leges artis*
 - Imprudência: Fazer o que não consta das *leges artis*
 - Negligência: Deixar de fazer o que as *leges artis* impunham que fosse feito

Caso nº 1



- Grávida faz ecografia morfológica às onze semanas. O obstetra que realizou o exame não refere nenhuma anomalia no relatório.
- O mesmo acontece às 24 semanas. Nada de especial foi relatado pelo obstetra
- Bebê nasce sem a mão direita
- Levantado processo disciplinar ao médico este argumenta que a posição do feto não lhe permitiu visualizar convenientemente o membro pelo que não suspeitou de nenhuma anomalia
- O obstetra é suspenso 8 meses pelo CDRS. Recorre para o CDN que mantém a pena. No recurso que fez para o Tribunal Administrativo é-lhe confirmada a sentença do CDN da OM

Caso nº 1 (cont.)



- **Porque foi punido o obstetra?**
- **Porque comete dois tipos de erro:**
 - 1- Erro médico culposo por imperícia. Não estava certificado pela OM nem pela FMF para fazer ecografias morfológicas (Revelou preparação inadequada e fez mal o que deveria ter feito bem)
 - 2 – Erro médico culposo por negligência. O ecógrafo utilizado não tinha as características de sensibilidade requeridas para a ecografia morfológica

Erro culposo x Dolo



- Os danos provocados pelo médico no doente, por acção ou por inacção, para se integrarem no conceito de erro médico culposo deverão ser feitos involuntariamente.
- Se esses erros forem deliberados e ficar provado que da parte do médico existiu a intenção voluntária de o produzir, deixa de existir erro para passar a haver dolo ou intenção dolosa e conseqüentemente crime.

Caso nº2



- Ao iniciar a anestesia geral, uma doente que ia ser submetida a uma intervenção do campo da cirurgia plástica (lipoescultura por aspiração da gordura subcutânea da face interna) faz uma paragem respiratória e o anestesista não consegue reanimá-la, acabando por morrer.
- O cirurgião que ia intervir recusa qualquer responsabilidade
- Após inquérito e processo são punidos, ambos com penas idênticas de 1 ano cada
- Porquê?

Caso n° 2 (Cont)



- **Negligência do anestesista : Bloco operatório não tinha as condições mínimas para uma intervenção deste tipo (era uma extensão do consultório do cirurgião num 5º andar)**
- **Negligência do cirurgião pelas mesmas razões. Embora não tivesse iniciado a cirurgia era o responsável pela situação criada**

Erro médico legítimo



- A Medicina presume geralmente um compromisso de meios e só nalguns casos é um compromisso de resultados.
- Cabe pois diferenciar o erro médico culposo do erro legítimo por:
 - Acidente imprevisível: caso fortuito incapaz de ser previsto ou evitado
 - Resultado incontornável: decorre de situação incontornável de curso inexorável quando até ao momento da ocorrência a ciência médica e a competência profissionais não dispõem de soluções.
 - Resultado adverso: quando o médico emprega todos os meios disponíveis sem obter o sucesso pretendido.

Caso nº 3



- Cirurgião plástico deu várias entrevistas a diversos meios de comunicação (Tv e revistas do Jet Set e de Saúde e Bem estar sobre os seus sucessos e nelas garantiu a excelência dos seus resultados
- Meses depois uma sua doente fica com defeito na face após “lifting” facial.
- Doente faz queixa à OM. Cirurgião argumenta que agiu de acordo com as *leges artis*. Colégio de Cirurgia plástica da OM confirma boas práticas
- Qual foi o desfecho

Caso nº 3 (cont.)



- O CDRS considerou que, o cirurgião agiu segundo as *leges artis* e que se estava perante um caso de resultado adverso (o médico empregou todos os meios disponíveis sem obter o sucesso pretendido). Porém, puniu-o com dois meses de suspensão. Porquê ?
- Porque, embora a Cirurgia plástica como as restantes especialidades presuma um compromisso de meios e não de resultados, neste caso houve da parte do cirurgião uma garantia pública de resultados nos “media”. Acresce que foi também punido por ter publicitado a sua prática de forma proibida pelo Código Deontológico

Deveres de Conduta



- Os deveres de conduta do médico constituem predicados essenciais na construção das virtudes inerentes á qualidade do acto médico.
- Se observados a contento e desenvolvidos, contribuem de forma perfeita para amenizar ou reduzir ao mínimo a possibilidade do erro médico.
- Qualquer que seja a forma de avaliar a responsabilidade de um profissional em determinado acto médico, no âmbito ético ou legal, é imprescindível que se levem em conta os seus deveres de conduta.

Responsabilidade



- Entende-se por responsabilidade a obrigação de reparar prejuízo decorrente de uma acção onde se é culpado.
- Por dever de conduta, no exercício da medicina, um elenco de obrigações a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento pode levá-lo a sofrer as consequências previstas normativamente quer disciplinares quer penais.
- Deste modo a responsabilidade é o conhecimento do que é justo e necessário por imposição de um sistema de obrigações e deveres em virtude de dano causado a outrem.

Erro de diagnóstico x Erro de conduta



- A maioria dos autores e legisladores é de opinião que o erro de diagnóstico não é culpável desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência, isto é, desde que o médico:
 - tenha examinado o seu doente convenientemente
 - tenha utilizado as regras e técnicas actuais recomendáveis e disponíveis,
 - tenha levado em conta os resultados dos exames complementares de diagnóstico,
 - não se tenha valido apenas do chamado “olho clínico”
 - não tenha optado por uma hipótese diagnóstica remota ou absurda ou
 - não tenha adoptado uma terapêutica errada ou desajustada.

Erros de conduta



- Já os **erros de conduta** são **culpáveis** e basta que esta:
 - seja contrária às regras vigentes e adoptadas pela prudência e pelos cuidados habituais,
 - que exista o nexo de causalidade e que o dano seja bem evidente
- Para que o médico possa ser considerado infractor e consequentemente responsável por esse dano.

Responsabilidade médica e o Sistema de Saúde

(I)



- Maus resultados na prática médica podem ser originados pelas deficiências do sistema e por más ou precárias condições de trabalho a que estão sujeitos os médicos.
- Os erros médicos e em especial a negligência poderão ser desculpáveis porque o médico não dispõe de toda a panóplia de técnicas e medicamentos que a modernidade põe ao dispor da medicina?
- Poderão imposições e condições sócio políticas justificar condutas erróneas ou até anti-éticas?
- Pode o médico ser desresponsabilizado pelas ineficiências do sistema onde se integra e trabalha, que lhe são alheias e sobre as quais não tem intervenção?

Responsabilidade Médica e o Sistema de Saúde

(II)



- Nenhuma destas circunstâncias iliba o médico de culpas se, independentemente dessas deficientes condições, o médico cometer erros de conduta que possam ser caracterizados como negligência ou imperícia.
- Podem do ponto de vista penal serem argumentadas aceites atenuantes ou até desculpabilizações para os erros cometidos nessas condições.
- Porém, do ponto de vista ético e disciplinar, elas não colhem. E não colhem porque configuram sempre erros de conduta.

Responsabilidade Médica e o Sistema de Saúde

(III)



- A falta de meios pode justificar a incapacidade de o médico ir mais além na busca do diagnóstico ou na aplicação da terapêutica mais adequada porém:
- Não tem desculpa o médico que exercer a sua profissão aceitando situações de interferência externa que lhe cerceiem a liberdade de fazer juízos clínicos ou éticos”
- “A liberdade de escolha pelo Médico dos meios de diagnóstico e tratamento, não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos.” .C.D. O.M.
- Se existirem condições sócio económicas adequadas para o cumprimento correcto e atempado das “leges artis” o médico não pode pactuar ou aceitar qualquer limitação à sua conduta resultante de imposições economicistas da instituição onde trabalha

Responsabilidade Médica e o Sistema de Saúde

(IV)



- o médico informar a sua Ordem sobre as condições precárias de trabalho, recusando-se inclusive a exercer sempre que em consciência considere que imposições estranhas contrárias às **Leges Artis** o impedem de diagnosticar e tratar os doentes a seu cargo de acordo com as boas práticas médicas. Só assim poderá eximir-se a uma acusação de **conduta negligente**

Caso nº5



- Grávida de oito semanas realiza uma pesquisa de anticorpos anti-HIV num laboratório médico
- Resultado positivo do teste, por método de quimioluminescência, confirmado após repetição com nova colheita e repetição pelo mesmo teste.
- No entanto o Director do laboratório não faz o teste Western-Blott para confirmar definitivamente o teste de quimioluminescência. Alegou que a ARS não paga esse teste e que o mesmo é muito caro
- Doente quer abortar mas antes repete o teste noutra laboratório que embora tenha obtido resultado reactivo com um índice semelhante ao do laboratório inicial.
- No entanto e de acordo com a norma ordenada pelo médico patologista clínico director de, apesar de não ser participado o laboratório realiza o teste confirmatório por Western-Blott, que é negativo e conclui-se que a positividade era apenas um falso positivo que surge por vezes na grávida.
- Após queixa e respectivo processo o médico director é punido com um mês de suspensão por ver cerceada a sua liberdade clínica por razões economicistas do SNS e não ter denunciado a situação à OM para que esta tomasse a posição adequada

Responsabilidade Individual e Responsabilidade Colectiva



- Um erro culposo que compromete o trabalho de uma equipe só raras vezes pressupõe a existência de responsabilidade colectiva
- No trabalho em equipa a responsabilidade é individual. Um médico especialista é o único responsável pela sua própria prática.
- O chefe de equipa, não deve dar ordens de cariz técnico-médico intrínseco a um outro especialista. Se as der o colega especialista, mesmo subordinado, não é obrigado a cumpri-las e por maioria de razão se forem incorrectas.
- Um chefe de equipa não pode ser responsabilizado por um erro culposo cometido por um seu colaborador de outra profissão

Responsabilidade Individual e Responsabilidade Colectiva



- O Tutor de um Interno ou o Chefe de equipa de um interno ou estagiário é responsável pelos erros médicos culposos cometidos por este, quando está sob a sua chefia.
- É também responsável, no caso das equipas cirúrgicas pelos erros cometidos pelos/as enfermeiros/as do bloco caso após ter conhecimento os não corrija de imediato
- Não é responsável se o erro for escondido por quem os comete

Caso nº4



- Doente F do sexo feminino foi submetido a uma cirurgia extensa da cavidade abdominal
- Após a alta começou a queixar-se desconforto abdominal, febrícula constante e dor na fossa ilíaca direita
- Ecografia revelou uma formação que podia corresponder a uma compressa esquecida.
- Feita laparotomia exploradora o diagnóstico confirmou-se e foi retirada a compressa.
- Responsabilidade da enfermeira que fez a contagem de compressas e enganou-se no número e informou erradamente o cirurgião

Segredo profissional e responsabilidade



- **“O segredo profissional impõe-se a todos os médicos e constitui matéria de interesse moral e social” CDOM**
- o dever de resguardar as informações de que teve conhecimento e de preservar a própria pessoa do doente e engloba não apenas o que o doente relata ao seu médico, mas tudo o que este observa, incluindo o que lhe é transmitido por outras pessoas ligadas ao doente e até o que toma conhecimento por observação do doente e da sua “entourage” ou “habitat”
- O médico não pode quebrar o segredo mesmo em sua defesa.
- No entanto o Segredo profissional era e é um campo minado para os médicos do ponto de vista do ético e do ponto de vista legal.

Caso nº 5



- Os membros de um casal são doentes do mesmo médico de família
- O marido tem SIDA mas apesar da insistência reiterada do médico recusa-se a dizê-lo à mulher e proíbe o médico de o fazer
- O médico de família resolve avisar a mulher da doença do marido, sem pedir escusa do Segredo profissional ao bastonário
- A Senhora em questão separa-se do marido (felizmente sem ter sido contagiada)
- O doente queixa-se do médico por quebra de sigilo.

A Distanásia



- O médico por vezes não consegue evitar intervenções terapêuticas inúteis não discernindo ser chegada a altura de deixar o doente morrer em paz e dignidade, abraçando a morte como o desfecho natural da vida e tenta prolongar inutilmente o sofrimento de um doente terminal
- A esta obstinação, este orgulho desmedido, este encarniçamento ou futilidade terapêutica, gerador de sofrimento e indignidade, tem um nome – Distanásia – e embora esteja nos antípodas da Eutanásia é do mesmo modo ética e deontologicamente censurável.
- Tal como a eutanásia a distanásia, é falta grave que merece ser penalizada embora com pena de menor amplitude
- É um erro médico culposo por Imprudência pois o médico faz o que não deveria ser feito.
- Acresce que o CDOM consagra o “Dever de abstenção da terapêutica sem esperança”



Videogravação da comunicação

O Erro Clínico e a Negligência

Miguel Oliveira da Silva

O ERRO CLÍNICO E A NEGLIGÊNCIA

(subsídios para uma breve reflexão no CEJ em 20.4.2012)

O erro médico é inerente a qualquer actividade clínica, isto é, a qualquer profissional de saúde que trabalhe com doentes.

Semanticamente, deve neste esquisso entender-se erro médico como sinónimo de erro involuntário, distinguindo-se da negligência, na qual, porque há consciência de não se proceder de acordo com as *legis artis*, há um voluntariedade que agrava a responsabilidade.

O conceito de *legis artis*, de que decorrem as chamadas boas práticas clínicas, devendo ter alguma uniformidade e consistência, pode, porém, variar consoante a experiência de cada centro e de cada profissional – o que num profissional excepcionalmente hábil e competente pode ser aceitável, num outro medianamente diferenciado e menos experiente é perfeitamente inaceitável. E também pode variar consoante a diferenciação e capacidade técnica, recursos humanos e materiais de cada centro.

O descuido e incúria na actualização profissional, científica e técnica é um acto de negligência, mesmo quando parcialmente imputável à instituição onde o profissional trabalha. Todo o profissional de saúde em exercício tem a obrigação de sempre procurar a excelência na sua actividade clínica.

Um erro médico (involuntário) pode ser devido a múltiplas causas: má ou ausência de comunicação entre os profissionais de saúde e/ou com o doente (ou sua família), cansaço, distração, excesso de trabalho, sobreposição de tarefas, conflito de deveres, excesso de prudência ou de ligeireza na relação clínica .

Actualmente, os erros de prescrição, com a obrigatoriedade da prescrição informática, são muito mais raros e mais controláveis.

O erro médico é muito mais frequente do que se pensa, é responsável por muito desperdício e gastos inúteis em, por exemplo, meios auxiliares de diagnóstico e prescrição de medicamentos; a maioria dos erros praticados não é sequer detectada e não tem, felizmente, consequências apreciáveis – são erros “menores”.

Exemplos: exames auxiliares de diagnóstico sem a periodicidade recomendada pelas linhas de orientação oficiais, posologia nos medicamentos prescritos ligeiramente diferente da

oficialmente indicada, efeitos secundários “minor” não reportados à autoridade de saúde, má comunicação com doentes e colegas.

Que fazer perante um erro reconhecido como tal ?

Informar sempre o doente ou a respectiva família e os colegas ?

Fazê-lo apenas quando se temem as consequências ?

Discuti-lo em equipa e assumi-lo perante os demais profissionais de saúde?

A literatura (anglo-saxónica) mostra, de uma forma geral, que os doentes e as suas famílias aceitam bem que os técnicos de saúde com eles partilhem e reconheçam os seus erros, independentemente das consequências.

Nos casos mais graves – mais frequentes em Portugal do que aqueles que são alvo de queixa judicial – a questão da prova assume importância decisiva.

Na altura em que os processos clínicos eram exclusivamente feitos sem registo informático, não era raro o desaparecimento de elementos essenciais para a prova (cardiotocogramas no trabalho de parto, ECG, EEG, Rx, ecografias, análises, etc).

Actualmente a controvérsia gira por vezes de posições por vezes contraditórias e até antagónicas entre diferentes peritos da mesma especialidade, aparentemente igualmente qualificados, havendo ainda um espírito corporativista de “protecção da classe”, a que não é por vezes alheia a própria Ordem dos Médicos, nalgumas das suas estruturas e posições.



Videogravação da comunicação

O ato médico; o erro de diagnóstico; a
intervenção médica curativa; a cirurgia
plástica e reconstrutiva

André Dias Pereira

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

1. Ato Médico

O papel do Direito face à atividade da Medicina

Referentes fundamentais do Direito da Medicina:

- 1) Criar confiança (Guilherme de Oliveira);
- 2) Reforçar a hospitalidade da medicina (Faria Costa);
- 3) Promover a solidariedade existencial na relação de cuidado-perigo a que os profissionais de saúde estão vinculados face às pessoas doentes.

• O erro médico e a negligência médica

O erro médico (evitável) como importante causa de morte

O falhanço da responsabilidade civil (função compensatória e função preventiva)?

• Negligência médica em Portugal

Inspeção-Geral de Atividades em Saúde: Relatório (Processo N.º 44/2010-INS) sobre Inspeção sobre Monitorização do Erro Médico e Ações Judiciais com Pedido de Indemnização por deficiente Assistência Médica (*FollowUp*)

• Sistema de notificação de eventos adversos: confidencialidade e a *proteção* da informação

Salvaguarda de um bem jurídico-constitucional: o acesso a cuidados de saúde de qualidade e a proteção da integridade física e moral da pessoa humana e o direito à vida.

Proibições de prova e as proibições de valoração da prova?

2. O erro de diagnóstico.

Ac. STJ de 24 de Maio de 2011 (HÉLDER ROQUE) (Proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1)

Ac.STJ de 4 de Março de 2008 (FONSECA RAMOS) (Proc. 08A183) (CJ-STJ, I, 135-143)

Comentários:

- Justiça distributiva na responsabilidade civil?
- Obrigações de meios vs. obrigações de resultado
 - Análise casuística das obrigações de resultado (independentemente da especialidade médica em causa)
 - Sugestão: centralizar a informação dos tribunais superiores sobre o dano corporal e promover uma harmonização a nível jurisprudencial

Ac. Relação de Lisboa de 19 de Abril de 2005 (PIMENTEL MARCOS)(Proc. 10341/2004-7)

3. A intervenção médica curativa; a cirurgia plástica e reconstrutiva

Intervenções curativas vs. Operações *d'agrément*; *intervenções não terapêuticas*

- Art. 150.º do Código Penal:
- Relevância prática desta distinção:

- 1) O dever de esclarecimento, no âmbito da responsabilidade civil por violação do consentimento informado.
- 2) A distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado?
É a *especial e rigorosa obrigação de informar o cliente*, a que faz que considere como “acentuada” a sua genérica obrigação de meios.”

Ac. do STJ de 17 de Dezembro de 2009 (Proc. 544/09.9YFLSB) (PIRES DA ROSA)

A cirurgia estética como obrigação de *quase resultado*?

Tese defendida: O reforço do dever de esclarecimento.

Ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010 (FERREIRA DE ALMEIDA) (Proc. 1364/05.5TBBCL.G1)

A obstetrícia como obrigação de resultado?

Revolução Copernicana na responsabilidade médica?

A distinção entre médico especialista e não especialista se afigura desajustada da atual legislação sobre carreiras médicas...

Tese defendida: desenvolver a tese da facilitação da prova e a inversão do ónus da prova.

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

Auditório do Centro de Estudos Judiciários, Largo do Limoeiro, Lisboa

Bibliografia do Autor relevante em matéria de responsabilidade médica:

- Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 11, 2005, pp. 435-497.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade Médica e Medicina Defensiva”, in Ascensão, José de Oliveira (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética, Vol. III*, Coimbra, Almedina, 2009, 171-191.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?”, in ANDRADE, Manuel da Costa / ANTUNES, Maria João / SOUSA, Susana Aires de (Org.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 823-831.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Formulários para prestação do Consentimento: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000, pp. 433-472;
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (2006), Ano XV, N.º 16, pp. 9-24.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade Civil Médica na Europa: Objectivação da Responsabilidade e Consentimento Informado,” in Nigre, André Luis/ Almeida, Álvaro Henrique Teixeira de, (Coord.), *Direito e Medicina – um estudo interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007, pp. 99-143.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (2007), Ano XVI, N.º 17, pp. 11-22.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 7, 2007, 53-67.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Cirurgião Seropositivo: do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º8, 2007, 97-114.

- Pereira, André Gonçalo Dias, “A transposição da Directiva sobre Ensaio Clínicos de Medicamentos para uso humano no direito português.” *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, N.º 11, Janeiro/ Junho 2009, pp. 5-28.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “O Dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (19), 2009, p. 9-50.

Alguns textos encontram-se acessíveis no **Estudo Geral** da Universidade de Coimbra:

- Pereira, André Gonçalo Dias, “Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (2006), Ano XV, N.º 16, pp. 9-24.
 - a. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2795>
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público”
 - a. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2525>
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade médica e consentimento informado. ónus da prova e nexos de causalidade.”
 - a. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10577>
- Pereira, André Gonçalo Dias, O consentimento informado na experiência europeia
 - a. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/14549>



Videogravação da comunicação

O Consentimento Esclarecido: uma fonte de responsabilidade dos agentes médicos

A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos

João Vaz Rodrigues

**A RECUSA DO PACIENTE:
REFLEXÕES SOBRE O *DISSENTIMENTO*¹ NAS RELAÇÕES COM OS AGENTES MÉDICOS**

*João Vaz Rodrigues**

— O presente texto corresponde ao artigo publicado sobre a mesma temática na Revista *Economia e Sociologia*, nº 83, Évora, pp. 85–112 —

«E sejam quantas forem as doenças que o homem arranja maneira de curar, a mortal condição não se dobra à sua sagacidade.».

HANS JONAS²

Resumo: Estas reflexões visam abordar algumas questões em torno da eventual autonomia jurídica do *dissentimento* do paciente na relação entre este e o agente médico, como alternativa às abordagens clássicas em matérias do consentimento informado.

Abstract: These propositions are aimed to raise some issues about the approach of the patient right to dissent in is medical relation, as an alternative to the classical point of view given by the informed consent perspective.

Palavras-chave: A relação entre o paciente e o agente médico. Consentimento informado. Dissentimento informado.

Key-words: Medical relation with the patient. Informed consent; informed dissent.

A actuação médica propende para um desiderato positivo. A bondade das motivações técnico-profissionais, por um lado, e a necessidade de quem se encontra *fora* das condições físico-psíquicas prévias (dando por adquirido que me refiro às condições possíveis ide-

* Assistente na Universidade de Évora. Associado do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra. Advogado.

¹ A expressão *dissentimento* — que emprego aqui como o *negativo* do consentimento, sentido em que vi já o termo utilizado por JORGE FIGUEIREDO DIAS, cf. *O Problema...*, p. 428, nota 28, bem como por EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, II, pp.: 19 e 25 — foi introduzida por JOSÉ DE FARIA COSTA para apelidar um modelo cuja aplicação foi traçada para a matéria das transplantações (cf. *O valor do silêncio...*, pp. 125 e ss.). Tomem-se ainda em consideração, entre outros, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, cf. *O Direito Geral de Personalidade...*, e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.. Esta noção, segundo creio, pode ser ampliada para abarcar toda a declaração informada e esclarecida mediante a qual se recusa a prestação de um tratamento médico proposto, ou já iniciado (revogação). Em sentido mais amplo, até por ser *problematizante*, cf. LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental...*, de onde se destaca, *brevitatis causa*, «A terminar» pp. 867 a 883.

² Cf. *Ética...*, p. 31.

ais de um determinado indivíduo), por outro lado, pressionam o paciente (ou um terceiro, no caso da acção médica visar o benefício alheio) para a aceitação da intervenção³. Como dizem alguns AA.: «A própria expressão *consentimento informado* sugere muito mais a expectativa de os pacientes aceitarem ser tratados do que a de declinarem o tratamento»⁴. Mas esta asserção decorre de uma premissa anterior: a de que a prestação médica se oferece como uma prestação adequada ao seu desiderato, que é *proposta* pelo agente médico, atendendo ao *estatuto* do proponente (conteúdo funcional profissional) e ao quadro de intervenção.

Devo deixar explanado este excursus: a intervenção médica não se demonstra equívale quando exista indício ou indicação técnicas prévias da sua carência para debelar um desequilíbrio da saúde ou nos demais casos em que corresponda a uma intervenção meramente voluntária ou supérflua ou de mera vaidade⁵. Se os primeiros enquadramentos acar-

³ Por todos, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas...*, pp. 59 e ss., e 91 e ss.

⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, p. 190.

⁵ Penso na esterilização pura ou na cirurgia estética destinada a inverter o decurso do tempo ou a preencher as aspirações individuais de satisfação narcísica.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e a subsequente regulamentação necessária, será possível adicionar a estes exemplos um novo: a cessação voluntária da gravidez, por opção da mulher, se realizada nas primeiras 10 semanas da concepção (cf. a al. e) aditada ao n.º 1 do art. 142.º do CP). Isto com as demais condicionantes previstas no Diploma (intervenção realizada por médico; em estabelecimento tipificável; sempre antecedido de um período mínimo de 3 dias após a (pelo menos uma) consulta; fornecimento da informação relevante para a formação da vontade, mediante «decisão livre, consciente e responsável»; e com o consentimento prestado por escrito ou a rogo da interessada, com a certificação médica comprovada de que a gravidez não ultrapassou o prazo máximo previsto. Atendendo à nova redacção introduzida no n.º 6 (antigo n.º 4) do preceito em referência suscita-se uma dúvida (*se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da intervenção se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação...*), a saber: — verifica-se uma circunstância de urgência quando a gravidez seja comprovada em momento, dentro das 10 semanas, em que o período de reflexão, já informado — e outras eventuais condicionantes —, já não permita a cessação da gravidez? Propendo para responder negativamente. Estando fora do campo da indicação médica prévia e explicitando a letra da lei que nada mais deve ser atendido além da pura decisão da mulher grávida, então avulta a necessidade da reflexão, como requisito sem o qual a punibilidade regressa à esfera de protecção da vida intra uterina. Tanto se me oferece evidente perante a divergência das redacções das alíneas a) e b) do n.º 4 do art. 142.º: para as situações previstas nas als. a) a d) do n.º 1 deste preceito, o período mínimo de reflexão será cumprido «sempre que possível»; ora, foi exactamente esta frase que o legislador expressamente retirou do campo da cessação da gravidez fundada exclusivamente na decisão da mulher, cf. citada al. b) do n.º 4, ao prescrever: «... e sempre após...» o período de reflexão, contado «... da data da consulta destinada a facultar a informação relevante...». Assim, acresce mais um caso em que a ausência ou a deficiência dos requisitos prévios (comprovativo médico da gestação; falta de informações relevantes; ausência da documentação do consentimento) pode despoletar o crime que lhe subjaz no caso concreto (?). No que concerne ao registo escrito do consentimento, cf. FIGUEIREDO DIAS e DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense...* anotações ao art. 142.º, § 49 e § 57 para o primeiro A. e § 34 e § 35 para o segundo. Posteriormente, FIGUEIREDO DIAS propendeu para considerar (em termos gerais) que «... não se torna necessário (nem conveniente) que a (...) eficácia do — consentimento — seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos...», alertando, todavia, para o facto de existirem casos em que a lei condiciona a eficácia do consentimento à sua formalização por escrito (cf. ID, *Direito Penal...*, pp. 452 e s.). Concordo com esta posição. Sobre a mesma, à luz da redacção anterior do preceito, pronunciei-me já: cf. *O Consentimento...*, pp. 102 e ss. (cf. especialmente a nota n.º 136 das pp. 109 e ss.) e pp. 428 e ss. Devo agora acrescentar o seguinte: a *tese*, que defendi, relativamente à eventual irrelevância da deficiência no cumprimento das formalidades para a prestação do consentimento, convive com muitas dificuldades: quer por poder despoletar o preenchimento de outros tipos de crimes, quer nos casos em que o legislador impõe expressamente a dependência da eficácia da manifestação da vontade na correspondente documentação. E estes últimos casos verificam-se normalmente densificados

retam maiores dificuldades por via dos deveres de disponibilidade subsequentes, os segundos densificam os requisitos da manifestação da vontade do *candidato* e os parâmetros da actividade do profissional requisitado.

Tudo aponta para o consentimento do paciente⁶, isto é, para o comportamento que revele uma aquiescência relevante na intromissão na esfera fulcral de cada pessoa, último reduto da dignidade e da liberdade e da autonomia de cada um de nós (cf. arts. 1.º, 25.º, 26.º e 41.º da CRP⁷). Estes valores constituem o núcleo fundamental e *fundamentante* (por oposição às reservas decorrentes da inserção social) de um ser humano, já que são o verdadeiro terreiro para o exercício da autodeterminação, onde se exige, em regra, o pleno respeito da vontade individual, embora reconhecida pela medida do discernimento do sujeito em questão⁸. Pisamos terrenos «sagrados»: a faculdade de optar pelas decisões (boas ou más) que

nas intervenções puras (vg. esterilização, etc.). Pois parece estarmos perante uma *replicação* das aludidas dificuldades perante a cessação da gravidez, praticada por vontade da mulher até às primeiras 10 semanas da sua gravidez, exactamente pela natureza não terapêutica da intervenção. Mas é necessário *separar as águas*: se esta interrogação poderá *atormentar* a jurisprudência caso se verifique a ausência do documento, o mesmo não sucederá quando (existindo ou não prova escrita da manifestação da vontade) esta padeça do inadimplemento integral do período de reflexão, porquanto, por aqui, será impossível determinar se a ponderação da informação acarretaria uma outra decisão (e este é um dado objectivo que vicia fatalmente o consentimento). Só a *ratificação* ulterior da visada poderá ter o condão de levantar dúvidas que determinem ao juiz a aplicação casuística do princípio *in dubio pro reo*, apreciação que ficará sempre nublada pelo desvio ao comportamento insubstituível. Acrescento ainda que a expressão *urgência*, empregue na lei, levanta a questão sobre se, em sede hermenêutica, abarca o seu sentido mais geral ou se (como o elemento histórico pode indicar na *ratio* da redacção anterior do preceito) está *misturado* com a existência da *indicação médica* prévia e necessária para as demais intervenções previstas e apenas nesta óptica se delimita o seu significado de algo que não pode adiar-se (imminente). A terminar, não posso deixar de apontar uma séria censura (independentemente de outras que a solução legislativa sobre a cessação voluntária da gravidez me suscitam, mas não cabem aqui desenvolver) ao desprezo com que o legislador ignorou os sucessivos *protestos* sobre a matéria da menoridade e decisão em representação, enunciadas no art. 142.º, n.º 5 (anterior al. b) do n.º 3). Sobre este aspecto, tão-pouco devo apenas reiterar o que já expus e a doutrina que citei (cf. *O Consentimento...*, pp. 105 e ss.). As soluções abertas pela conjugação deste n.º 5 com a viabilidade prevista no n.º 1, al. e), a que me venho referindo, adensam todas as críticas e permitem conjecturar sobre se os princípios constitucionais da dignidade, integridade físico-psíquica e outros direitos pessoais não impunham, à luz da princípio da igualdade e da não discriminação, outro desenlace. Terá este direito ficado a *tinir*, seriamente *magoadado*, senão ferido, mercê exactamente da desproporção e da desigualdade face à violação equivalente de outros (ou análogos) bens jurídicos que ficam a coberto da autodeterminação reconhecida por via da constatação do discernimento de um menor com 14 anos? (cf. art. 38.º, n.º 3, do CP). Com a sensação de uma resposta positiva, não respondo por ora a esta inquietação, reconhecendo a necessidade de um prévio aprofundamento que não convive com as restrições das presentes *reflexões*.

⁶ E perante o que antecede se explica a preferência pela designação do sujeito da relação jurídica de paciente. Com efeito: utente, aponta para os deveres do Estado no âmbito da saúde; enfermo, sugere o étimo redutor; doente, revela-se restritivo...

⁷ Sem esquecer o que ilumina ainda a esfera de protecção individual em sede dos demais direitos pessoais: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, etc., cf. art. 26.º da CRP. Neste aspecto, cf. por todos, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento...*, pp. 149-246. Querendo, cf. ainda, ANDRÉ PEREIRA, *op cit*, e JOÃO LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal...*, pp. 57-39.

⁸ Para alguns desenvolvimentos sobre a matéria insita aos citados preceitos constitucionais, cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada...*, pp. 52 e ss., 268 e ss., 282 e ss., 446 e ss.

nos sirvam a racionalidade, a emoção ou, até, o mero capricho, como magistralmente sintetiza RONALD DWORKIN: trata-se do direito de tomar más decisões⁹.

Mas o que me proponho discorrer nestas *reflexões tópicas* é, outrossim, sobre alguns aspectos suscitados pelo eventual repúdio entre os sujeitos da relação, mormente do paciente, agora sob a lupa de uma abordagem autónoma. E, neste recanto, tão-somente descrever e levantar algumas dúvidas que, a seu tempo, justifiquem outras incursões adentro do tema que me seduziu, pese embora a incompletude com que fica relanceado.

O dissentimento pode surgir, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia¹⁰; e, após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada. Nesta sede, como liberdade essencial, terá o condão de, independentemente da forma que revista¹¹, destruir o consentimento prestado.

Logo desta última afirmação parece resultar uma fronteira entre as duas realidades. Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que podem ser opostas. Esta primeira premissa convenceu-me a afastar da tentativa da *construção* de um conceito, o *labéu* de me confrontar com uma singela miragem, obra de uma qualquer ilusão analítica, e de prosseguir os raciocínios sobre a temática¹². Adiante retomarei este fio condutor.

Por ora, serve o exposto apenas para justificar não ter sido de ânimo leve que encarei esta tarefa. É fulcral alertar desde já para a constelação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e pelo Direito Civil. Neste último, pontificam o direito geral de personali-

⁹ Cf. *El dominio de la vida...*, p. 290.

¹⁰ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 191. Afirmam estes AA. que os casos de «recusa informada» sob apreciação judicial se prendem sobretudo: com a alegação de deficiências de informação no processo de formação da vontade; e com o direito de os doentes recusarem tratamento: no caso de serem doentes terminais, praticamente não existem exceções na jurisprudência americana (desde o caso *Quinlan* cuja sentença foi tomada pelo Tribunal Supremo de *New Jersey* em 1976) no sentido de se aceitar a autodeterminação. Usualmente a fundamentação assenta na doutrina do consentimento informado. Porém, os casos em que a recusa é apresentada por pacientes não terminais deram azo a decisões de tratamento compulsivo, seja por razões religiosas (*v.g.*: recusa dos pais quanto a transfusões de sangue nos filhos), seja por motivos familiares (a morte previsível, por força de uma recusa de tratamento, de uma pessoa que tenha um filho dependente). Chegaram já os tribunais americanos a fundamentar o tratamento compulsivo, decidido sobre a recusa do paciente, por considerarem que este desejava intimamente o contrário do que afirmou. Estes últimos casos levam os AA. citados a afirmar que os Tribunais divergem, em matéria dos tratamentos compulsivos, da qualificação *supra* aludida do direito a dissentir como corolário do direito a ser informado. Adiante referem que alguns tribunais levaram às últimas consequências as implicações da doutrina do consentimento informado, aceitando as consequências da recusa, mesmo em relação à perda da vida dos pacientes (*ibid.* pp. 192 *in fine* a 194).

¹¹ É curioso constatar que o legislador, exactamente nas matérias onde convocou a formalização dos procedimentos para a prestação do consentimento (em benefício da garantia de uma superior certificação da integridade físico-psíquica dos envolvidos), consignou igualmente a manutenção da regra da *consensualidade* do dissentimento posterior.

dade: a autodeterminação nos cuidados de saúde e a integridade física e moral das pessoas (cf. art. 70.º e 483.º do CC). Nos *terrenos* do Direito Penal, os crimes contra a vida — aqui em sentido amplo, a incluir a vida intra-uterina — (cf. arts. 133.º e ss.), contra a integridade física (cf. arts. 143.º e ss., onde avulta com autonomia a responsabilidade decorrente da violação das *leges artis*, cf. art. 150.º, n.º 2) e, muito especialmente, em torno da liberdade individual, designadamente os que se suscitam sobre as *intervenções médico cirúrgicas arbitrárias*, a saber: o discurso em torno do tipo de crime previsto no nosso CP (cf. arts. 156.º e s.) que permite punir (pena de prisão até três anos ou multa) o agente médico que despreze a necessidade de colher o prévio consentimento esclarecido do paciente em relação à intervenção que tecnicamente se mostre adequada para o intuito da medicina. E isto (recordo) independentemente de a actuação se revelar eficaz ou não; independentemente de o agente médico poder até salvar o paciente.

Os tempos em que o cirurgião JEAN LOUIS FAURE escreveu: «Eu penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...). Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde os próprios os primeiros a agradecer a minha violência...»¹³, parecem estar mais longe do que a mera consulta do calendário indica (1929).

Mas será mesmo assim? Estamos perante uma aparente esquizofrenia: agradecido por lhe ter sido *devolvida a saúde*, o paciente pode accionar o médico pelas responsabilidades decorrentes da lesão à sua liberdade, onde se sinta inconformado com a lesão efectivada a este bem jurídico.

A questão não é ainda hoje pacífica em todas as ordens jurídicas. Sirvam de exemplo algumas notícias oriundas da jurisprudência americana que considerou legítimo actuar compulsivamente perante a recusa do paciente, exactamente por se ter entendido que este desejava intimamente o contrário do que afirmou; e na mesma fonte apurei a existência de decisões judiciais em que a doutrina do consentimento informado foi respeitada até à morte (em princípio desnecessária na sua dimensão temporal) do doente¹⁴.

Ocorrerá ainda especular sobre se o paciente, avançando com a pretensão judicial, não estará a incorrer processualmente numa contradição? Se for conjecturável que a liberdade individual possui como *substracto* a sua integridade físico-psíquica, então um benefício nesta esfera não terá repercussão naquela, isto é, não se verificará uma *compensação do dano* (liberdade) *com o lucro* (integridade física)?

¹² Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, pp. 353 e ss..

¹³ *Apud* JOSÉ CALVET DE MAGALHÃES, *A Responsabilidade...*, p. 65.

¹⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 192 e ss. Sobre a questão ver ainda, por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.

Ou será, por outro lado, que muito do que está em causa não é o simples resultado de incompreensões? Neste caso, a resposta estará na informação e no esclarecimento do paciente? É provável que sim... mas muitos médicos portugueses afirmaram-me já, de viva voz (aqui e ali misturada com alguma indignação), que, mesmo para além dos casos de privilégio médico, não só a condição é absurda (refiro-me ao consentimento), como absurda é a premissa (falo do esclarecimento informado). *Adiante terá o leitor de pesar este argumento.* Por enquanto, deposito apenas a interrogação já reiteradamente ouvida: para que se há-de complicar o que é simples? Está em causa um bem cuja prossecução é um imperativo inquestionável: a vida ou a saúde; do outro lado, existem pessoas que estão profundamente habilitadas a protegê-la. Nada mais natural do que entregar essa tarefa nas *mãos* que estão preparadas para o fazer. O demais pode e deve ser afastado!? Será nefasto acalentar outros desígnios... Será?

Mais: o agente médico tem o dever de actuar e beneficentemente (cf. o dever de garante: art. 10.º, n.º 2; em termos gerais: a omissão de auxílio: o art. 200.º, mas especialmente o art. 284.º: *recusa de médico*, todos do CP; cf. ainda os arts. 8.º a 10.º do CDOM); condicionado sobretudo pela contingência das reacções imprevistas, indesejadas, do próprio organismo onde intervém. Já basta isto como empecilho¹⁵. E contudo... a vontade do beneficiado é um imperativo maior, categórico. Assim deve ser? A discussão de cariz filosófico, ético, moral e deontológico, é interessantíssima, mas não cabe na economia desta exposição.

O direito a expressar o consentimento habilitante para o acto médico convive forçosamente com a faculdade de o visado expressar relevantemente a sua recusa: o seu dissentimento. Tudo indica estar perante *uma mesma face da mesma moeda*... Ou estarei antes perante *duas faces da mesma moeda*? (e se assim for, a diferença das faces será significativa?); ou porque não *perante duas moedas*?

Eis algumas questões que me atormentaram o raciocínio e que agora partilho. Assim justifico esta *ronda* sobre a *resposta inesperada do paciente: o repúdio*.

Se me bastar pelo raciocínio de que o consentimento ou o dissentimento constituem um dos resultados do mesmíssimo processo de propor uma intervenção médica, então será eventualmente indiferente que o paciente, a final, a recuse ou a aceite. A coincidência parece ser integral e, conseqüentemente, permitiria evitar ulteriores comentários. Mas se adicionar outra hipótese nesta asserção os planos deixam de coincidir: se após ter sido dado o consentimento se verificar uma alteração da vontade do paciente e este repudiar a intervenção?

¹⁵ De acordo com outras análises, oriundas das estruturas e balanços substantivos à prestação concreta que está em apreciação, devem igualmente ser levadas em conta divergentes necessidades e re-

A resposta a esta inquirição necessita de ser antecedida por um curto esclarecimento: a aproximação à qualificação contratual da relação entre o médico e o paciente (independentemente de aquele estar ou não inserido numa estrutura maior, por ex.º: um Hospital), não é mais do que mesmo: uma aproximação. O sinalagma aqui não presta homenagem à vetusta regra *res inter alios acta*, exactamente por não ser possível *reificar* a projecção dos direitos de personalidade nem esvaziar, por princípio, o bem jurídico que se extrai da liberdade individual atendível. O regime geral do contrato pode regular alguns aspectos da relação entre o médico e o paciente, mas esta vai muito mais além¹⁶.

Retomo a primeira premissa colocada: se puder revogar livremente o consentimento anterior, então as duas manifestações de vontade opõem-se e posso até extrair que o dissentimento possui densidade mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior. Depois disto, o melhor será rever a primeira impressão sobre a *coincidência* entre o consentimento e o dissentimento... Assim farei.

Antes ainda de me debruçar sobre as consequências que esta realidade transmitirá ao processo dialógico de formação da vontade e conformação das prestações entre o agente médico e o paciente, devo acrescentar, pelo menos, um dos reflexos das inúmeras consequências.

E se consentir apenas parcialmente, recusando esta ou aquela intervenção, aceitando contudo outras alternativas? Por ex.º: face a uma neoplasia recuso a intervenção cirúrgica, mas aceito uma terapia invasiva com radiações. Ou em outro ex.º: repudio apenas determinada actuação médico medicamentosa em fase de recobro pós-operatório? O que expus permite-me defender que a autonomia do paciente merece aqui ser igualmente protegida: se posso recusar o *bolo inteiro*, posso recusar *recusar uma ou várias das suas fatias*.

A culminar o que assumo como uma *apresentação* inquisitiva do tema, constato não ser despidendo delimitar o cerne de todas as interrogações, de sorte a assumi-lo já como fonte essencial da maioria das controvérsias: como aponta COSTA ANDRADE: «... na sua expressão canónica e paradigmática, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos abrem um conflito que tende a esgotar-se na ponderação entre: por um lado, a vida e a saúde: e, por outro lado, a liberdade ou a autonomia do paciente. Trata-se, noutros termos, da antinomia entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*, de étimo liberal-humanista.»¹⁷.

quisitos. Penso em questões de natureza organizacional e de recursos escassos. Sobre o assunto, entre outros, cf. MANUEL J. ANTUNES, *A Doença da Saúde...*

¹⁶ Sobre os aspectos da renúncia em Direito Civil, cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa...*, pp. 7 a 13.

¹⁷ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 20.

*

Da leitura da lei extrai-se abundantemente¹⁸ o reconhecimento da legitimidade das projecções individuais a que me refiro. Desde o longínquo ano de 1968 que o nosso ordenamento jurídico admitiu e regulamentou aspectos do dissentimento. Com efeito, o Estatuto Hospitalar, vertido no DL n.º 48 357, publicado no dia de 27 de Abril daquele ano, estabelecia, como novidade que punha fim à discussão sobre a admissão do consentimento do paciente previamente a exames ou tratamentos, a faculdade de os doentes poderem recusar a assistência médica (cf. art. 80.º, n.º 2 do EH) e impedia que pudessem «... ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (cf. art. 80.º, n.º 3 do EH).

Esta independência normativa do instituto do dissentimento, literal e expressamente preconizada, encontra-se hoje assumida na CDHB; assim, confronte-se o 1.º § e o 3.º § do artigo 5.º da CDHB:

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deve ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto à sua natureza e aos seus riscos.

A pessoa em causa poderá a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.»

O ditame contido no 1.º § do descrito art. 5.º da CDHB inclui, *a contrario sensu*, a noção do que denomino como **DISSENTIMENTO PRÉVIO**: se o paciente **não der o seu consentimento** a intervenção no domínio da saúde **não pode (em princípio) ser efectuada**. Mas devo ainda aqui incluir o dissentimento que resulte de uma pré-configuração de eventos futuros, em relação aos quais o paciente tenha já determinado a sua vontade (negativa, no que me importa agora sublinhar), mas que entenda prevenir *num testamento vital* para o caso de não estar em condições de a poder exprimir no momento da intervenção (cf. art. 9.º da CDHB, sob a epígrafe: **desejos previamente expressos**)¹⁹. O mesmo acontece com a recusa, formulada em vida para a colheita de órgãos e tecidos no próprio corpo, após o decesso, me-

¹⁸ E de tal modo assim é que me vejo obrigado a remeter para a bibliografia existente sobre a matéria o elenco das normas jurídicas correspondentes.

¹⁹ Sobre esta questão, por todos, cf. ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 238, 240 e s., 250 e ss.

diante a comunicação a ulterior registo no RENNDA: o «sistema de oposição», acolhido pela nossa legislação, cf. art. 10.º, n.º 1, e art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22/04²⁰.

A faculdade referida no enunciado do 3.º § daquele art. 5.º merece-me a denominação distintiva de **DISSENTIMENTO POSTERIOR**. E veremos que, seja o repúdio, seja a revogação podem verificar-se total ou parcialmente em relação ao consentimento a prestar ou ao prestado, quer se verifique em momento que antecede a intervenção proposta, quer se verifique já no seu decurso ou mesmo em face das suas sequelas, quanto aos procedimentos seguintes.

Isto significa discernir no procedimento médico, no que toca ao seu decurso, uma pluralidade de componentes (actividade e seus actos médicos parcelares integrantes) que adquirem independência relevante para requerem uma manifestação da vontade direccionada.

*

Por outro lado, a lei consagra igualmente a figura do **dissentimento no plano prévio da própria informação**, cf. art. 10.º, n.º 2, da CDHB:

«2. Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.».

Trata-se de uma dimensão específica do dissentimento: o ***direito a não saber***. O paciente, independentemente do seu consentimento (posso conjecturar uma intervenção realizada em estado de inconsciência de onde resultem dados importantes para o visado), manifesta uma recusa sobre as informações prévias e ou conseqüentes da prestação médica, *v.g.* o paciente predispõe-se a qualquer actuação ou extensão da mesma que o agente médico propõe ou não quer saber os resultados das intervenções, sejam para diagnóstico, etc.

O repúdio sobre o esclarecimento pode ser qualificado como um direito potestativo? Propendo para uma resposta negativa. Em primeiro lugar, porque a formação da vontade requer um resíduo de informações: pelo menos as minimamente suficientes para que o visado adopte essa sua posição. Em segundo lugar, o direito a não saber pode ainda ser comprimido ou afastado, quer pela esfera de protecção do próprio paciente (*vg.* uma doença em relação à qual o paciente deva tomar precauções ou alterar comportamentos, tomar medicação, etc., cf. art. 10.º, n.º 3 da CDHB), quer por motivos de segurança pública, prevenção de infracções penais, protecção da saúde pública ou de direitos e liberdades de terceiros (cf. art.

²⁰ O REENDA foi regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26/09. A formulação do preceituado no art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93 permite que a pessoa autorize uma disponibilidade total ou parcial dos seus órgãos ou tecidos, tal como, implicitamente, a indicação condicionada dos beneficiários, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 393. Sobre esta questão remeto os desenvolvimentos para as páginas seguintes desse livro.

26.º da CDHB). E tanto justificará a correspondente intervenção legislativa (mesmo preceito)²¹.

*

Em suma: destas inúmeras perspectivas, enunciadas sobre a matéria do dissentimento, retiro a fundamentação que me justifica uma análise autónoma sobre esta manifestação da vontade. Não será possível, seguramente nestas páginas, esgotar a enunciação de todos os *quesitos* que a temática coloca em discussão; procurarei apenas abordar alguns, ordenando-os em função de umas tantas considerações:

- I. Quanto ao agente médico;
- II. Quanto ao paciente;
- III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justifica restrições à liberdade e à autodeterminação.

I. Quanto ao agente médico:

A confrontação com o repúdio do paciente aguçar os deveres de qualquer agente médico habilitado para a prestação de saúde de se certificar do *esclarecimento* do paciente. Impõem-se-lhe novas e sucessivas abordagens, colhendo e prestando com apurado detalhe as informações adequadas. Com efeito, o dissentimento do paciente constitui, senão *uma presunção*, uma suspeição sobre a existência de lacunas na compreensão da intervenção proposta²².

²¹ O direito a não saber envolve inúmeras dissensões na doutrina e na jurisprudência em variados aspectos da sua configuração. A título de exemplos temáticos, desde logo, como contradição em relação à própria autonomia; depois, por razões de carácter económico e de organização dos recursos disponíveis; por fim, quanto à sua extensão e limites. Para alguns desenvolvimentos sobre estas questões, cf. ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 467 e ss.; no que toca a testes arbitrários (SIDA), COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico...*, pp. 45 e ss.; e em termos mais gerais: JOCHEN TAUPITZ, *El Derecho a no saber...*, 8, pp. 105-125 e 9, pp. 163-178.

²² Cf. NANCY DUBLER & DAVID NIMMONS, pp. 92 e ss. Para ilustrar a necessidade do aumento de cuidado com os deveres de certificação do esclarecimento, estas AA. relatam um caso em que uma equipa médica estava desesperada: o Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica — *a bypass surgery* — mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; o paciente, contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência dos agentes médicos, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver.

É certo que deve esperar-se (melhor: é exigível) uma colaboração do paciente (cf. Bases I, n.º 1, V, n.º 1, e XIV, n.º 2, al. c) da LBS)²³, e nada se pode fazer contra o comportamento (expresso ou concludente) pelo qual o paciente rompa a relação. Todavia, enquanto tal não suceda, o dever do agente médico é o de persistir, até que dúvidas não subsistam sobre a opção consciente. Para tanto, justificar-se-á alargar o horizonte das informações a dar e a pedir ao paciente. Onde uma lacuna das informações adequadas possa inquinhar o consentimento pretendido, deixa o dissentimento de estar fora da suspeição de ser prestado sem esclarecimento do paciente.

A doença, por si só, pode acarretar sequelas ao nível psíquico do paciente, diminuindo as suas condições para uma ponderação adequada. Como ensina PAULINE LESAGE-JARJOURA²⁴: «... sobre o efeito da ansiedade e do medo, o paciente ouve sem compreender». Estes receios podem agravar-se perante um quadro desejável dos procedimentos prévios ou da actuação que o visado não domina. Os temores e a depressão convidam o médico a afastar qualquer urgência ou precipitação. As pressões não são aqui bem vindas. Dar tempo e procurar esmiuçar as razões que subjazem à recusa transforma-se no *novo* objectivo do médico...

E este dever parece decorrer do sentido e alcance do preceituado no artigo 157.º do Código Penal sobre esclarecimento, bem como das normas deontológicas que tutelam a actividade médica. Sem prejuízo do que foi vertido na legislação deontológica dos enfermeiros (CDE), de onde retiro constelações análogas²⁵, importa pesar os seguintes textos do CDOM:

Art. 26.º: «O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.»

Art. 38.º: n.º 1: «O médico deve procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar»;

(...)

n.º 3: «Se o doente ou a família, ***depois de devidamente informados***, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-la, nos termos do artigo antecedente»;

²³ Sobre este aspecto dos deveres do paciente, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, 224 e ss., e 236 e ss., e ANDRÉ PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 33 e 52.

²⁴ Cf. *La Cessation de traitement...*, pp. 144 e ss.

²⁵ Cf. o DL n.º 104/98, 21/08, designadamente os arts. 78.º, 84.º e 87.º. Quanto a esta matéria do dissentimento do paciente, na órbita da actuação dos enfermeiros, cf. MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES/SUSANA PACHECO, *Para Uma Ética...*, pp. 246 e s., que encontram no teor do art. 84.º, al. a) e al. b) o fundamento para o repúdio do paciente. Concordo integralmente.

n.º 4: «Em caso de perigo de vida, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha, quando seja possível, só pode ser feita pelo próprio, expressa e livremente».

Não me parece necessário enfatizar aqui as múltiplas deficiências constatadas na redacção do CDOM, neste caso perfeitamente ilustradas com a interpretação que se colhe do texto sobre um eventual *direito de decisão informada* por parte dos familiares do paciente. A autonomia é pessoal e intransmissível.

O direito a saber e a decidir parece agora caber ao paciente e só a este, decorrendo o demais de regimes excepcionais, como seja o do privilégio médico em matéria de informação e de actuação, verificados os correspondentes requisitos: grave perigo para a vida ou perigos susceptíveis de causarem dano à saúde, física ou psíquica. Tanto poderá requerer um padrão de avaliação em sede de decisão substituída (cf. art. 340.º, n.º 3 do C.Civ. e 39.º, n.º 2, do CP); ou de decisão segundo os melhores interesses do paciente (cf. art. 340.º, n.º 3, 1.ª parte, do C.Civ.); ou de decisão partilhada com o próprio paciente; tudo isto no campo da verificação dos pressupostos para o consentimento presumido.

Uma correcta e cabal informação engloba os meios alternativos de diagnóstico e de tratamento, tal como a respectiva índole, alcance, envergadura e possíveis consequências... Tanto retiro do teor do citado artigo 157.º do CP e, em sentido mais genérico, do art. 573.º do C.Civ²⁶.

Aqui entronca um primeiro problema: a escassez de tempo que os agentes médicos alegam existir para o exercício da sua actividade. Algumas organizações representativas dos médicos reivindicaram já a institucionalização de limites máximos para o atendimento de cada um dos pacientes em Hospitais e avançam números assustadores: 10m/15m. Está bem de ver as consequências destas restrições, que dispensam comentários, tão evidentemente se desnudam.

Um segundo problema resultará da verificação (em maior ou menor grau) de uma *obstinação médica*: as decisões do paciente que contrariem ou diminuam as expectativas de que os *meios* de intervenção propostos atinjam os escopos que as *leges artis* apontam, podem despoletar contrariedades ou, no mínimo, dúvidas ao nível ético e deontológico²⁷.

Um terceiro problema. Tanto quanto vejo, também ao agente médico é lícito, em determinados casos, restringir a sua actuação profissional. Assim, para além dos casos gerais

²⁶ Sobre os aspectos da responsabilidade decorrentes deste dever de informação no campo do Direito Civil, por todos, cf. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares...*, pp. 133-152; e *Responsabilidade por Conselhos...*

²⁷ Sobre este aspecto, JOSEFINA CERZO GRANADEIRO VICENTE, constatando uma baixa taxa de recusas dos doentes, afirma o seguinte: «O medo de não ser devidamente atendido se alguém se negar a uma intervenção e ser recriminado e catalogado de não cooperante, limita a autonomia do paciente. A

de justificação da ilicitude, previstos na lei penal e civil, *vg*: legítima defesa; estado de necessidade; conflito de deveres, crescem, sempre sem a preocupação de exaurir: a objecção de consciência (cf. art. 30.º do CDOM); o direito de escusa, quando não exista perigo de vida ou se existir médico com qualificação equivalente a quem o paciente possa recorrer (cf. art. 35.º do CDOM); a recusa de acto especializado cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada (cf. art. 36.º do CDOM) ou a recusa de continuidade de assistência (cf. art. 37.º do CDOM). E o que se afirma aqui para os médicos parece resultar na sua maioria igualmente para os enfermeiros de acordo com o aludido regime deontológico (CDE, cf. arts. 75.º, n.º 2, al. j), 91.º e 92.º).

Acresce naturalmente o que de discricionário impõe a autonomia técnica. O agente médico, respeitando as regras da arte e os procedimentos ditados pela evolução da ciência, não se encontra à mercê dos meros *apetites* do paciente²⁸.

Tanto basta para atentar com mais cuidado na matéria enunciada sobre a dissensão posterior. Nesta sede, como afirmei, a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada. Esta dissensão posterior pode ser meramente suspensiva, significando uma simples interrupção do tratamento, ou ser tendencialmente definitiva, ou seja, proferida para a cessação daquele²⁹. Dizemos tendencialmente, por força da sua, também possível, revogabilidade, que, aliás, o agente médico, muito naturalmente, procurará activamente obter, caso o considere necessário ou conveniente.

O dissentimento, tão informado e esclarecido quanto possível, deverá ser registado no processo clínico do paciente, atenta a delicada posição do agente médico³⁰, uma vez que,

estrutura hierárquica do meio hospitalar supõe uma diminuição da liberdade, difícil de evitar na totalidade.» cf. *Consentimento...*, p. 52.

²⁸ Sobre autonomia técnica e a respeito de algumas decisões judiciais portuguesas, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 407 e ss.

²⁹ Queremos sublinhar, como reflexo da autodeterminação, o respeito que pensamos merecer a decisão sobre a intensidade com que um enfermo decida viver. No séc. XX tem-se verificado um certo *triumfo da medicalização*, a significar, em síntese, que: «o tempo da morte alongou-se à vontade do médico: este não pode suprimir a morte, mas pode alongar a sua duração (...)» (cf. PHILIPPE ARIÈS, II vol., pp. 337 e ss., *maxime* 339). Ora, não cumprir a decisão do paciente que requeira o fim da terapia de vida artificialmente sustentada pode implicar a violação do mesmo princípio da autonomia que fundamenta a doutrina do consentimento informado. Porém, a proximidade com a questão da eutanásia, numa matéria em que a necessidade do dissentimento possa eventualmente ser ultrapassada, por exemplo, mercê de uma decisão substituída por recurso à opinião de quem conviva na esfera íntima do paciente, obriga a tomar as maiores cautelas. Sobre este assunto, cf. JOÃO LOUREIRO, *Metáfora...*, pp. 43 e ss.; AD NIEUW, p. 128; R. DWORKIN, pp. 299 e ss. e nota 20; e, ainda, JOEL LEVI, pp. 191 e s.. Este A. cita algumas sentenças americanas em que foi admitido o direito de recusar tratamento médico, como corolário da doutrina do consentimento informado e do direito à auto-determinação, sentido em que afirma: «segue da necessidade de obtenção de consentimento informado previamente à intervenção terapêutica, que o paciente deverá igualmente conferir uma recusa informada dessa mesma intervenção terapêutica» (*ibid.*, p. 192).

³⁰ Será possível assacar responsabilidade a um médico pela incapacidade de convencer o seu paciente a aceitar um tratamento que, manifestamente, lhe irá minorar o sofrimento ou, até, salvar a vida? A resposta terá de ser negativa; trata-se exactamente de uma das manifestações da autonomia do paciente de que vimos tratando.

suspeito, não acontecerá tanto como resultado de um processo de sucessivas trocas de informações e conselhos entre o paciente e o agente médico, por forma a que se atinja a declaração formal do paciente, mas antes pelo seu comportamento concludente. Com efeito, invade-me a intuição de que o médico só deixará de insistir quando o visado deixar de o procurar. Todavia, será compreensível que o agente médico possa reclamar que o repúdio seja reduzido a escrito e — verificando-se também dissentimento sobre este aspecto — seja testemunhada a sua opinião técnica em sentido divergente à tomada pelo paciente³¹.

Na maioria dos hospitais existem *termos de isenção de responsabilidade*, em sumas: minutas pré-elaboradas em que o paciente assume a responsabilidade pela cessação do internamento e do tratamento hospitalar, outorgando o documento. Parece-me um procedimento desnecessário, mais a mais se — como existe notícia de se verificar muitas vezes com os modelos de consentimento — forem remetidos para um mero regime *administrativo*, em violação da verificação de uma relação interpessoal e directa que acredito estar aqui em causa como necessária.

Mas as interrogações destes tópicos *problematizantes* apenas me sugerem que os beneficiários da informação e do esclarecimento sobre os direitos e os deveres decorrentes da relação médica não são apenas os pacientes, mas igualmente os agentes médicos. Afinal, também estes parecem querer emprestar à relação que estabelecem com os pacientes um incompreensível *pacto de silêncio*, à luz de um pragmatismo eivado por vezes de premissas favoráveis e atendíveis, mas em relação ao qual esta vertente tão importante das relações sociais oferece o flanco, ressuscitando os fundamentos do que HANNAH ARENDT (a outros propósitos) já identificou como susceptíveis de edificar o exercício da «banalidade do mal»³².

As informações adequadas a prestar e a obter serão, deste modo, todas aquelas que se afigurem como previsíveis e necessárias para determinarem ou influenciarem a proposta e a respectiva decisão. Insisto: perante uma resposta desadequada, ou a dúvida sobre a existência de uma omissão, quanto ao normal processamento da decisão do paciente, forçoso se torna indagar nessa parte até ao esclarecimento³³.

II. Quanto ao paciente

³¹ Neste sentido, cf. DANIEL SERRÃO, *Riscos...*, pp. 81 e s..

³² Sobre este conceito afigura-se importante analisar o conjunto de textos reunidos e prefaciados por JEROME KOHN, in HANNAH ARENDT, *Responsabilidade...* de onde destaco: *Algumas questões de filosofia moral*, pp. 43-131.

³³ Lembro aqui a decisão proferida pela *Corte de Cassazione* italiana em 8 de Julho de 1994 (in *RIML*, ano XVII, 4, pp. 1282 e ss.), sobre a necessidade de o médico informar a paciente, antes de esta (voluntariamente) ter tido alta após uma intervenção para cessação voluntária da gravidez, de que a certeza do êxito da intervenção dependia do resultado dos exames histológicos a que deveria submeter-se. Mais deveria tê-la informado da necessidade de comparecer em consulta de controlo, em tempo útil para uma nova intervenção.

Para o paciente o dissentimento resulta como um direito de manifestar livremente a sua autodeterminação, livre de peias formais e, em princípio, até ao limite da sua radicalidade absoluta: sejam as aludidas *más decisões*, seja o exercício do seu direito a nada querer saber. Numa segunda perspectiva mais benévola, revela a faculdade de opção: a escolha de soluções que se adaptem menos à prossecução da saúde mas privilegiem as aspirações individuais a uma conformação da própria vida, de acordo com as alternativas que se ofereçam menos *eficazes* mas *desejáveis*. É o que chamo de **DISSENTIMENTO PARCIAL**, por oposição ao **DISSENTIMENTO TOTAL**.

Tanto extraio da lei em matéria de informações a prestar, e repito: garantindo-se a compreensão do essencial para que tome uma decisão livre e consciente, o paciente deve ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*. O facto de existirem outras normas relativas a procedimentos gerais ou concretos, para um catálogo de intervenções tipificadas, a especificarem os mesmos cuidados, ou procedimentos específicos, no mesmo caminho, não retira, aliás reitera, a extensão do referente que ilumina as necessidades aqui abordadas.

E isto mesmo se oferece com muita evidência, enquanto argumento apagógico, por exemplo, na necessidade imposta pelo legislador penal em sede do consentimento presumido (cf. art. 39.º, n.º 2, *in fine*, e 156.º, n.º 2, al. b), *in fine*, ambos do CP), isto é, quando, perante a impossibilidade de se obter um consentimento expresso viável ou constatando-se um perigo sério no decurso do tempo para a sua obtenção, se conceber a necessidade, ainda, de formular — como ensina CLAUS ROXIN — «um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na acção»³⁴. Daqui se compreende o exemplo que a este respeito dá COSTA ANDRADE: «por isso é que, em princípio, o médico que trata um paciente, inconsciente por anestesia, não pode acolher-se ao consentimento presumido para levar a cabo outro tratamento, quando, sem dano para a saúde, se pode esperar que o paciente recupere a consciência e possa expressar a sua vontade.»³⁵. Esta garantia para o paciente de que o agente médico produzirá uma *decisão substituída* em que — podendo — conjecturará — com os elementos que possua ou possa adquirir — a decisão daquele, revela bem quão necessária e ingente se torna o diálogo entre os sujeitos da relação médica.

O dissentimento revela-se ainda como um mecanismo que permite diminuir a ignorância do paciente (melhor seria optar pelo oposto: pelo aumento dos seus conhecimentos

³⁴ *Apud* COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, p. 58. Sobre esta matéria cf, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 453 e ss.

³⁵ ID, *ibid*, p. 59.

sobre a proposta de actuação ou sobre a *nosologia* que o afecta), como reflexo da intensificação dos deveres de informação que se condensam na esfera do agente médico.

*

Uma questão de particular delicadeza prende-se com o *peso* do dissentimento dos menores³⁶. Em primeiro lugar, deverá o agente médico certificar-se se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão. Para a verificação deste requisito será de atender aqui à doutrina contida no art. 38.º, n.º 3, CP. A averiguação de maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade para justificar uma intervenção médica. Posta assim a questão subsistem dúvidas em atender à sua vontade? É óbvio que sim.

Interrogo-me sobre se o agente médico adoptará uma postura análoga à que assume perante o dissentimento de um adulto. É que a decisão sobre a existência de maturidade pode pertencer-lhe. Será madura uma decisão que troca um benefício para saúde pela — usando aqui um velho exemplo — participação num torneio de xadrez?³⁷

Tudo me leva a crer que a análise do problema passa pela distinção entre as duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o dissentimento são diferentes. A intervenção constitui um meio para tentar averiguar e/ou obter (na expressão de Orlando de Carvalho) as condições prévias do estado físico-psíquico do paciente. Vou agora pressupor a necessidade da intervenção para a melhoria do estado de saúde do paciente. No caso do consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a actuação proposta. No dissentimento, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá até ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa.

E isto acaba inevitavelmente por influir na relevância a atribuir pelo agente médico à decisão do paciente, pelo menos no plano pragmático da sua actuação. A tentação do médico será a de acatar a decisão do menor, mas apenas se esta coincidir com a sua. As dúvidas agravam-se pelo facto de a relevância a atribuir à decisão dos representantes legais dos menores não se afigurar definitiva nesta matéria. E explico: é cristalina a perplexidade do agente médico, a quem se afirma o dever de agir contra o dissentimento paternal em caso

³⁶ Para os demais incapazes existem igualmente especialidades e dúvidas. Para os respectivos desenvolvimentos, cf., por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 214 a 289. Em relação aos menores, ID. *Ibid*, pp. 289 e ss.; e GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...*, e JOÃO VAZ RODRIGUES, *Consentimento...* pp. 209 e ss.

³⁷ Será falacioso querer responder com o respeito pela vontade de um adulto nas mesmas circunstâncias. A reacção excepcional em termos de autonomia é de aceitar como tributo da autodeterminação. Mas não poderá ser exigido ao médico que se reporte a uma bitola de normalidade, à sensatez do homem comum?

de prossecução da saúde dos menores que não tenham autonomia relevante da vontade, como pode acontecer em situações já clássicas das convicções religiosas; e, simultaneamente, se possa configurar uma censura por não ter ultrapassado a autonomia do menor quando, nas mesmas condições de conveniência para a saúde, a actuação recusada tiver o beneplácito dos representantes legais³⁸.

O que quero aqui sublinhar não é tanto aquilatar se basta o consentimento dos representantes para determinar a legitimidade da intervenção do agente médico ou se a autonomia do menor pode ser eficaz para consentir numa lesão da sua esfera jurídica, quando esta lesão se referir a interesses de que possa dispor. Isso constitui uma matéria melindrosa, mas em relação à qual a decisão médica pode perfeitamente coincidir com o respeito pela vontade esclarecida do menor. Da mesma sorte, pressinto quanto o médico sofrerá inevitavelmente perante as dúvidas sobre a existência da maturidade do seu jovem paciente.

O problema é que, neste caso, perante a negativa, o agente médico não recebe, como acontece com o consentimento, uma colaboração do visado ou do seu representante, e o Direito não fornece um quadro rígido de actuações. Em suma: o médico será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses do paciente. Uma opção solitária e sempre casuística.

Mas então, parece confirmar-se existir, ainda que ténue, uma diferença nas manifestações de vontade positiva e negativa. E não se prende apenas com a averiguação da capacidade do declarante, manifesta-se antes nas maiores cautelas que rodeiam a decisão negativa que ao médico se afigure como contrária aos interesses do paciente menor. Na verdade, dificilmente se censurará o médico que decida não atender ao dissentimento de um menor, quando entenda a actuação médica como decisiva e fundamental. Recordo que o agente médico deve proceder a uma aferição da maturidade do menor, para a qual não deixará de ponderar a justificação que este apresente para o dissentimento. Como atribuir discernimento ao declarante de uma justificação desequilibrada ou desajustada face aos efeitos em causa? Tenho consciência de que a resposta não será idêntica perante uma justificação simi-

³⁸ A questão colocou-se já perante a jurisprudência inglesa, aceitando-se que a decisão capaz de um menor — devendo ser respeitada se for afirmativa e se confrontar com o dissentimento paternal — poderá ser ultrapassada pelo consentimento paternal para uma intervenção médica, que aquele repudiou. Face aos valores em conflito e, sobretudo, à enorme responsabilidade depositada no agente médico, alguma doutrina recomenda para tais casos o suprimento judicial. A decisão a tomar deverá acatar os desejos do menor, tendo por pressuposto os seus *melhores interesses*. Cf. JOHN EEKELAAR, *White Coats or Flak Jackets?...* pp. 182-187. Idênticas dificuldades colho em DANIEL SERRÃO, cuja aceitação parece ficar restringida às decisões tomadas por menores com 14 anos ou mais, verificando-se discernimento e as matérias em causa não impliquem perigo de vida, exemplificando com uma decisão aceitável de um menor sobre a não utilização de um aparelho de correcção dentária (cf.: *Riscos...cit.*, p. 82). Sobre esta matéria, por todos, remeto para GUILHERME DE OLIVEIRA, *O acesso...cit.*, pp. 16 e ss..

lar proferida por um paciente maior e capaz... O que este raciocínio pode é, eventualmente, dissipar dúvidas perante a confirmação da similitude das premissas.

Num caso, porém, o dissentimento é tomado em conta independentemente da incapacidade do paciente que o manifeste, como vimos já: se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (cf. art. 17.º, n.º 1, al. e) da CDHB). Mas este regime não revela igualmente a existência de um campo relativamente alargado, em que a eficácia a atribuir ao dissentimento convoca a protecção de bens jurídicos, como a saúde, que poderão colidir com a protecção da autonomia? Reclamando-se aquela protecção, acredito ser possível e desejável a compressão desta outra, salvaguardando os bens jurídicos fundamentais. E não se diga que ressuscito o paternalismo perante as dificuldades e o enterro logo que estas se esvanecem. A opinião dos intervenientes é contingente, mas deverá ser tomada em consideração pelo agente médico (cf. art. 6.º, n.º 2 e n.º 3, da CDHB). Neste mesmo preceito parece residir uma válvula de segurança que consiste em prever a possibilidade de a autorização dada pelos representantes dos pacientes incapazes, ou pelas autoridades em sua substituição, ser revogada quando se prossiga o «... interesse da pessoa em causa» (cf. o citado art. 6.º, n.º 5 da CDHB). Então porque não dar ao médico a possibilidade de recorrer igualmente à mesma autoridade em caso de dúvida sobre a maturidade da decisão do menor em dissentir?

Eis uma solução que não me desagrada integralmente. Bem sei que as opiniões médicas subjacentes podem ser rotuladas como de *quase peritagem*, e esta qualidade arrisca-se a influenciar a magistratura. Todavia, não é menos verdade que a perspectiva jurídica (acompanhada de uma fonte alargada de opiniões oriundas de outros quadrantes envolvidos) pode funcionar bem como um *fidel* equitativo que dite a superação das divergências entre a função beneficente da saúde (com riscos de paternalismo) e o precioso reduto da autonomia, pesadas, que sejam, as matizes do caso concreto.

III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação.

Como aflorei já no tocante à matéria do *direito a não saber*, existem *terrenos* em que se constata uma (por vezes séria) *belicosidade* entre a *vontade* e a *saúde*. E para além desta *fragmentação*, outras circunstâncias se envolvem na *briga*: penso nas limitações individuais exigíveis aos próprios pacientes (na raia da contenção da sua própria esfera de personalidade); considero os direitos e os interesses de terceiros envolvidos (entre os quais os próprios agentes médicos), os interesses sociais que justifiquem a intervenção da Administração Pública no âmbito da prossecução da garantia constitucional da protecção da saúde (cf. art.

64.º da CRP) ou mesmo em outros âmbitos (no campo da Justiça, por exemplo: descoberta da verdade material).

As limitações imanentes ou as colisões entre direitos fundamentais exigem: uma avaliação permanente das *fronteiras* a traçar entre as compressões que os bens jurídicos subjacentes convoquem; e o apuramento da prevalência abstracta ou concreta dos valores individuais *versus* valores sociais³⁹.

Não cabe aqui pugnar por qualquer prévio posicionamento do intérprete (ou do legislador) na defesa prevalente, em princípio, de um dos *beligerantes* em desfavor do outro, isto é: se do ponto de vista constitucional se deverá qualificar como excepcional a intrusão na esfera individual, nos casos contados em que tal se ofereça absolutamente necessário e, conseqüentemente admissível; ou vice-versa. Não é a hierarquia que me interessa colocar em discussão, se bem que se trate de um tema que não posso deixar de indicar dever merecer uma cuidada atenção (e análise e debate), progressivamente premente perante: a *velocidade do tempo*; a *crise* que parece instalada no pós-modernismo; algumas teses *comunitaristas* emergentes, etc.

O que tenho por certo e estendo à generalidade destes tipos de cruzamento de valores e de bens constitucionalmente protegidos é a constatação de COSTA ANDRADE: «De uma forma ou de outra, as decisões da pessoa ‘irritam’ o sistema social e projectam sobre ele uma complexidade que este é chamado a reduzir, segundo legitimação e critérios próprios. *Brevitatis causa*, segundo uma lógica de autorreferência.»⁴⁰.

Tanto me conduz a uma precisão de conceitos que ressalta exactamente da configuração autónoma do dissentimento: é que face aos tratamentos compulsivos, ou em termos mais gerais a intervenções arbitrárias, não é tanto a manifestação da vontade positiva (o consentimento) que fica colocada em crise, mas exactamente a desvalorização do dissentimento, da faculdade de repúdio ou de não adesão a uma intervenção ou constrição na esfera da liberdade ou da autonomia. Com efeito, o consentimento significa aqui apenas uma adesão voluntária (até ao limite do grau da autodeterminação existente) à compressão da vontade ditada, isto é, imposta em termos juridicamente certificáveis como válida. Só o dissentimento revela a crise aberta pelo embate dos valores constitucionais em causa, até caso a

³⁹ Sobre esta matéria não será de somenos indicar a consulta: da obra de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, 213 e ss.; das citadas anotações à *CRP Anotada* de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (a que adicionamos agora as relativas aos arts. 24.º, pp. 222 e ss.; e 64.º, pp. 652 e ss.); de CARLA AMADO GOMES, *Defesa da Saúde...*, entre outros, cuja indicação bibliográfica decorre das *supra* citadas.

⁴⁰ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 44.

caso. Aquela manifestação de vontade torna-se, em regra⁴¹, irrelevante; pelo contrário, o dissentimento — mais não sirva — *inquire* a norma que o constrange.

O elenco dos tratamentos compulsivos e das intervenções arbitrárias é extenso e apresenta inúmeros aspectos controvertidos, pelo que previno sobre a incompletude do que se segue, tal como o desequilíbrio com que são cotejadas as respectivas matérias.

Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de actuação médica susceptível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objectivo da protecção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da colectividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível colectivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legislação específica habilitante⁴².

⁴¹ Quero acautelar, mesmo em sede do consentimento, as eventuais sequelas da adesão a um ditame normativo que venha a ser reputado como ilegal ou a uma decisão que não encontre estribo na formulação legal aparentemente habilitante, que suscitem ulteriormente ao visado que a acatou a possibilidade de, sentindo-se lesado, reagir.

⁴² Assim decanto a noção que avancei em o *Consentimento...*, pp. 290 e ss., tendo em mente o sentido e alcance da pertinente advertência — e recorrendo à expressão utilizada — de PAULO DA MOTA PINTO na sua «declaração de voto», proferida no Ac. do TC n.º 228/2007, de 28/03 (Relatora: MARIA FERREIRA PALMA), cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt>. E aproveito para rectificar o que deixei explanado em sede de *testes para aferição de perfis de ADN* (cf. o *Consentimento...*, pp. 326 e s.), aderindo à restrição — todavia com a divergência que antecede em que secundo Paulo da Mota Pinto — que o Ac. TC *supra* citado (na sequência do *fundamentante* Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03 (Relator: GIL GALVÃO) introduz na interpretação do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, de onde se retira que a sujeição compulsiva a exame (colheita compulsiva de vestígios biológicos) carece de autorização do juiz competente; Ac. este último de onde retiro apenas a seguinte passagem (da longa e profunda fundamentação que merece toda a atenção), esclarecedora do que está em *jogo*: «Assim, admite-se que, em si mesmo, não existirá desproporcionalidade na utilização de tais meios invasivos» — colheita de saliva através de *zaragatoa* bucal — «do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações (tal qual a do presente caso) de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias a efectuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção.». O sublinhado pertence-me. Os Ac. do TC em referência acabam por iniciar um processo de *solvência* das dúvidas suscitadas pela Jurisprudência do TRC (Acórdãos ali citados), que culminou com o Ac. TRC de 13/09/2006 (Relator: LUÍS DE ALMEIDA GODINHO, cf. <http://www.dgsi.pt>), cuja transcrição parcial pode igualmente ser encontrada em *RMP*, ano 27, n.º108, pp. 239 e ss. e que resultou assim corrigido. Devo sublinhar aqui o comentário crítico de MÁRIO FERREIRA MONTE, cf. *ibid*, pp. 250-262, cuja argumentação não deve de todo ser desconsiderada, especialmente quando concebe que o próprio exame por *zaragatoa* «pode ocorrer mediante a utilização de força» e que todas estas diferenças podem e devem ser relevantes para a decisão a tomar, concluindo pela aludida necessidade — prevenida também por PAULO DA MOTA PINTO, como disse já — da *prévia regulamentação*. Eis o plano distintivo (casuístico, é verdade), que me levou a considerar (em sede de testes para a detecção de álcool no âmbito das infracções rodoviárias) que, no estado corrente da legislação em vigor, a existência de soluções alternativas (*desobediência*, etc.) seriam suficientes para ultrapassar o que a lei parece não prever: o dissentimento efectivo, radical, ainda que ilegítimo e, até ilícito (cf. *O consentimento...*, pp. 328 e ss., neste aspecto — parece — secundadas por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada...*, I, p. 277). Pesam aqui, sempre, os ensinamentos de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações...* p. 328. E sendo certo que a ponderação dos valores e bens se altera muito significativamente perante os ilícitos em confronto, a verdade é ser inegável (para lá da justiça do caso concreto) que a obrigatoriedade dos exames e a sua efectivação compulsiva à custa

Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infecto-contagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base XIX da LBS e art. 5.º do DL n.º 336/93, de 29/09 e, ainda, LSM: Lei n.º 36/98, de 24/07)⁴³. E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do *estado de calamidade pública* (cf. art. 19.º, n.º 2, da CRP). E o mesmo se diga para os tratamentos em detidos, nos termos estritamente necessários a preservar os interesses do Estado quanto à vida, manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais, *v.g.* casos de greve de fome, auto-mutilação e de tentativa de suicídio⁴⁴; e para os exames médicos em medicina do trabalho (cf. art. 19.º do CT)⁴⁵ ou para a prática de actividades desportivas (cf. arts. 5.º e 7.º do DL. n.º 345/99, de 27/08).

Outros aspectos devem ainda ficar também meramente referenciados, se bem que suscitem, de igual sorte, controvérsia em fracções particulares de problemas que levantam os casos concretos em que são analisados: o tratamento coactivo para evitar a tentativa de suicídio, pelo menos a partir da inconsciência⁴⁶; os limites da eutanásia⁴⁷; as já afloradas intervenções de perícia no campo do direito processual, penal e no civil, determinadas por decisão judicial legalmente habilitada⁴⁸; a também já abordada «solução de oposição» relativa à colheita de órgãos e de tecidos para fins de transplante (aqui a discussão exigiria um tratamento autónomo que relego para outra oportunidade); e o mesmo digo para os «testa-

da violação da integridade física constituem planos diferentes, a merecer este último uma competência legislativa para ser dirimido, com respeito pela proporcionalidade entre o exercício da força e o que a justifica. Bem compreendo a tentação da *descoberta a verdade material*, como entendo a tentação que sofrerá o médico ou o cientista no decurso de uma actuação ou de uma investigação importantíssimas para o combate de uma doença ou uma descoberta singular... Mas a verdade é que os princípios fundamentais, quando fragmentados sob a premência de uma *topoi* que os contradiga, não podem ser pulverizados, sem mais, sem o avisado e prévio império da Lei, à custa de inferências particulares não tipificadas. Subsiste sempre o perigo de revelarem, mais tarde, consequências chocantes, a jusante ou a montante, no edifício ético *codificante* do tecido social. Começamos por afirmar que a colheita de saliva é uma invasão insignificante da esfera físico-psíquica de uma pessoa e podemos acabar embasbacados perante uma queixada quebrada por um alicate cirúrgico... São as consequências da aludida «banalidade do mal» que impressionou tanto HANNAH ARENDT.

⁴³ Sobre este aspecto e ressuscitando questões conexas com alguma da matéria aflorada na nota anterior, cf. o comentário crítico de ANDRÉ PEREIRA ao Ac. TRP, de 06/02/2002 (Internamento compulsivo de doente tuberculoso), in *LM*, I, 1, 2004, onde se pode analisar igualmente os extractos relevantes do Aresto. Cf. ainda MARIA JOÃO ANTUNES, *O internamento...*

⁴⁴ Cf.: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, p. 408; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar...*, pp. 101-128; e JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 304 e ss.

⁴⁵ Cf. CARLOS LOPES DO REGO, *Comentário ao Ac. TC n.º 368/02, 25/09*, e este aresto, in *RMP*, Ano 23, n.º 92, pp. 117 e ss.

⁴⁶ Cf., por todos, ANDRÉ PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 508 e s.

⁴⁷ ID, *ibid*, pp. 509 e ss. e LUÍSA NETO, *op cit*.

⁴⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 324 e ss.

mentos em vida» que possuam indicações negativas para prever a impossibilidade de manifestar a vontade face a quadros futuros previsíveis.

*

Escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA em Janeiro de 2001: «Tenho para mim que o ‘consentimento informado’ vai ser uma dor de cabeça para os profissionais da saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão, do que se trata; mas não é fácil ter uma noção precisa do que se pode exigir dos médicos na vida real da prática clínica.»⁴⁹.

Registo a justíssima e devida homenagem à certa futurologia do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se tem confirmado em sucessivos ares- tos judiciais, ensino, intervenções, debates e estudos científicos, que, desde essa data, se têm avolumado nos variados temas envolvidos, mas que raramente deixam de levar em conta a matéria do consentimento esclarecido, que, afinal, representa o traço de união dos sucessivos assuntos e disciplinas e a *ponte* segura que liga o Direito à Medicina. O trabalho do Centro de Direito Biomédico da FDUC é disso mesmo bem representativo.

O dissentimento revela-se uma pedra de toque que suscitará, eventualmente, as soluções para o *confronto* que vou pressentindo crescer, por força dos sucessivos pontos de fricção entre a *célula* individual do ser humano e a sua esfera de protecção com as esferas de protecção da sociedade e a intervenção, ao menos tutelar, do Estado. Ficam semeados alguns tópicos para futuras discussões sobre a matéria. É o que pretendia.

Évora, 30 de Abril de 2007.

⁴⁹ Cf. *op cit, supra*, na nota anterior: «Apresentação».

Abreviaturas

- AA.** — Autores.
- Ac.** — Acórdão.
- ADN** — ácido desoxirribonucleico.
- BFDUC** — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*
- BMJ** — *Boletim do Ministério da Justiça.*
- BOM** — *Boletim da Ordem dos Médicos.*
- C.Civ** — Código Civil.
- CDBM** — Centro de Direito Biomédico da FDUC.
- CDHB** — Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.
- CDOM** — Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
- CPC** — Código de Processo Civil.
- CPP** — Código de Processo Penal.
- CRP** — Constituição da República Portuguesa.
- DL** — Decreto-Lei.
- EH** — Estatuto Hospitalar.
- EOE** — Estatuto da Ordem dos Enfermeiros.
- EOM** — Estatuto da Ordem dos Médicos.
- FDUC** — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- FDUL** — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- FML** — Faculdade de Medicina de Lisboa.
- LBS** — Lei de Bases da Saúde.
- LM** — *Lex Medicinæ.*
- LSM** — Lei de Saúde Mental.
- MP** — Ministério Público.
- p(p).** — página(s).
- TRC** — Tribunal da Relação de Coimbra.
- RENDA** — Registo nacional de não dados.
- RDGH** — *Revista del Derecho y Genoma Humano.*
- RIML** — *Rivista Italiana di Medicina Legale*
- RLJ** — *Revista de Legislação e Jurisprudência.*
- RMP** — *Revista do Ministério Público.*
- ROM** — *Revista da Ordem dos Médicos.*
- s(s).** — seguinte(s)

SIDA — Síndrome de imunodeficiência adquirida.

TC — Tribunal Constitucional.

Bibliografia

AA.VV.: (APPELBAUM, Paul S., LIDZ, C., MEISEL, A) *Informed Consent — Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford, 1987.

AA.VV.: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo I, (Dir. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Ed., 1999.

AA.VV.: (dir.: MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES): *Comissões de Ética: das bases teóricas à vida quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética/ Pólo Açores, 1996.

AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (I Curso de Direito da Saúde e Bioética—Lisboa, 1990), A.A.F.D.L., Lisboa, 1991.

AA.VV.: *Direito da Saúde e Bioética* (II Curso de Direito da Saúde e Bioética—Lisboa, 1993), A.A.F.D.L., Lisboa, 1996.

ALMEIDA GODINHO, Luís de: *Relator do Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in <http://www.dgsi.pt>

AMADO GOMES, Carla: *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual — Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDUL, Lisboa, 1999.

ANTUNES, Manuel J.: *A Doença da Saúde*, Quetzal, 2001.

ANTUNES, Maria João: *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Studia Iuridica* 2, Coimbra ed., 1993.

ARENDT, Hanna: *Responsabilidade e Juízo*, Dom Quixote, 2007 (prefácio de JEROME KHON).

ARIÈS, Philippe: *O Homem perante a morte*, I, tr. Ana Rabaça, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1977.

CALVET DE MAGALHÃES, José: *A Responsabilidade Penal do Médico—Em caso de morte do doente*, Coimbra, 1945.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS, *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 3 (Março) de 1985.

CORREIA, Eduardo: *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971 (reimp.).

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Comentário Conimbricense... cit.*

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991.

COSTA ANDRADE, Manuel da: *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004.

DAMIÃO DA CUNHA, J. M.: *Comentário Conimbricense... cit.*

DUBLER, Nancy Neveloff & DAVID NIMMONS, *Ethics on Call—A Medical Ethicist Shows to Take Charge of Life-and-Death Choices*, Harmony Books, New York, 1992.

DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, tr. RICCARDO CARACCILO e VÍCTOR FERRERES, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

- EKELAAR, John: *White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts—Again*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 109, Abril de 1993, pp. 182-187.
- FARIA COSTA, José de: *O valor do silêncio do legislador penal*, in *Transplantações*, Colóquio Interdisciplinar, Public. do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, 1993.
- FERREIRA MONTE, Mário: *Comentário ao Ac. TRC. N.º 13/09/2006*, in *RMJ*, ano 27, n.º 108, pp. 239 e ss.
- FIGUEIREDO DIAS, J./SINDE MONTEIRO, J.: *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *BMJ*, n.º 332, 1984.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge: (dir.) *Comentário Conimbricense do Código Penal—Parte especial*, (AA.VV.), tomo I, Coimbra ed., 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra Ed., 3.ª ed., 1987.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge: *Código de Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004.
- GALVÃO, Gil: *Relator no Ac. TC N.º 155/2007, de 02/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>
- GRANADEIRO VICENTE, Josefina Cerzo: *Consentimento Informado — A verdade com sentido*, Lisboa, 2004 (dissertação de mestrado apresentada, discutida e aprovada na FML).
- JONAS, Hans: *Ética, Medicina e Técnica*, Veja, 1994 (tradução e prefácio de FERNANDO ANTÓNIO CASCAIS).
- LESAGE-JARJOURA, Pauline: *La Cessation de traitement: au carrefour du droit et de la médecine*, Ed. Yvon Blais, Québec, 1990.
- LOPES DO REGO, Carlos: *Comentário*, in *RMP.*, ano 23, n.º 45.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Terapêuticas de Transplantações*, in AA.VV.: *Bioética...cit.*, pp. 285—292.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves: *Transplantações: um olhar constitucional*, Argumentum 9, Coimbra Editora, 1995.
- MARTINHO DA SILVA, Paula: *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina— anotada*, Lisboa, 1997.
- MEDEIROS, Rui (Jorge Miranda): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Jorge (Rui Medeiros): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela: *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária — Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MOTA PINTO, Paulo: *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade in Portugal – Brasil Ano 2000 (Tema Direito)*, Boletim da FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246.
- MOTA PINTO, Paulo: *Declaração de voto no Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.
- NETO, Luísa: *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, 2004.
- NIEUW, AD: *Informed Consent*, in *Medicine and Law*, vol. 12, n.º 1/2, 1993.
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, n.º 3815, n.º 3816 e n.º 3819 (*).

- OLIVEIRA, Guilherme de: *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 132.º, n.º 3898. (*)
- OLIVEIRA, Guilherme de: *O fim da «arte silenciosa» (O dever de informação dos médicos)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128.º, n.º 3852 e n.º 3853 (*).
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Prática médica, informação e consentimento*, in *Coimbra Médica*, 14, 1993.
- OLIVEIRA, Guilherme de: *Temas de direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2001.
- NOTA: inclui as várias publicações *supra* indicadas assinaladas com (*).
- PACHECO, Susana (Maria do Céu Patrão Neves): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.
- PALMA, Fernanda: *Relatora do Ac. TC. N.º 228/2007, de 28/03*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>
- PATRÃO NEVES, Maria do Céu (Susana Pacheco): *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, CDBM da FDUC n.º 9, Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias: *Comentário Crítico ao Ac. TRP, de 06/02/2002*, in *Lex Medicinæ*, I, CDBM da FDUC n.º 9, Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel: *A renúncia abdicativa no direito civil*, BFDUC, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1995.
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno Manuel: *O Direito Geral de Personalidade e a ‘Solução do Dissentimento’*, CDBM da FDUC n.º 5, Coimbra Editora, 2002.
- SERRÃO, Daniel: *Relações entre os profissionais de saúde e os pacientes* in AA.VV., *Comissões de Ética... cit.*
- SERRÃO, Daniel: *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética*, *cit.*
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152.
- SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.
- TAUPITZ, Jochen: *Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán*, in *RDGH*, n.º 4, Enero-Junio 1996, Bilbao.
- TAUPITZ, Jochen: *El derecho a no saber en la legislación alemana (II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 9, Julho-Dezembro 1998, pp. 163—179.
- VAZ RODRIGUES, João: *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDBM da FDUC, Coimbra Editora, 2001.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Os Direitos Fundamentais — Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.



Videogravação da comunicação

O seguro de responsabilidade civil por danos causados no exercício da medicina

O seguro de responsabilidade civil médica

Maria Manuel Velozo

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

- I O impacto da existência de seguros de responsabilidade profissional nos sistemas de responsabilidade médica e no regime concreto da responsabilidade civil, à luz do Direito Português, por danos causados no exercício da medicina, em instituições e consultórios privados e em instituições públicas.
 1. Sentido do contrato de seguro de responsabilidade civil médica.
 2. Seguro-fator de responsabilidade *v. Trennungsprinzip* entre seguro e responsabilidade.
 3. Funções do seguro.
 - i. Funções do seguro de responsabilidade civil.
 - ii. Características do seguro.
 - iii. Controlo ou “garantia de controlo” judicial (nível processual e nível substancial).
- II. Consequências processuais da intervenção das seguradoras.
 1. Acção directa.
 - i. Génese e finalidade.
 - ii. Pressupostos.
 - iii. Efeitos da sentença.
 2. Natureza da intervenção do segurador em acção apenas intentada contra o lesante
 - i. A intervenção principal provocada.
 - ii. A intervenção acessória
 3. Algumas questões de competência e legitimidade relativas à intervenção do segurador do médico (no âmbito) SNS.
 - i. Algumas questões gerais sobre a competência dos pedidos de indemnização por actuações do SNS.
 - ii. Jurisprudência do Tribunais de Conflitos
 - iii. A (ir)responsabilização do médico negligente causador dos danos no exercício da medicina em Hospital Público.
- III. Controlo judicial do contrato de seguro.
 1. Importância.
 2. Controlo das Cláusulas de exclusão.
 3. Controlo de Cláusulas de delimitação temporal

FORMADORA:
Maria Manuel Veloso
(FDUC/Centro de Direito Biomédico)

A prova nas ações de responsabilidade médica. O valor extraprocessual das provas

O Valor Extraprocessual das Provas - Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos

Manuel António do Rosário Nunes

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

SUMÁRIO

Não obstante a lei prever um conjunto de mecanismos que permitam facilitar o encargo probatório da parte lesada, salvaguardar a parte onerada com a prova dos factos constitutivos da sua pretensão indemnizatória, nomeadamente, através do recurso à prova importada extraprocessualmente, às presunções judiciais, à liberdade de apreciação da prova com ponderação das dificuldades de prova, da possibilidade de o Tribunal designar pessoa para assistir à audiência de julgamento e de aí prestar esclarecimentos técnicos, de requisição de documento necessário ao esclarecimento da verdade ou a notificação de pessoa que tem conhecimento de factos importantes para a decisão da causa, salvas as excepções legais, não é possível – de *iureconstituto* – inverter a repartição do ónus da prova com fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte.

Por outro lado, em matéria de responsabilidade por actos médicos, perante a constatação de que grande parte das acções improcede por falta de prova dos pressupostos da culpa e donexo de causalidade e ainda de que o médico e o paciente (leigo) não se encontram em pé de igualdade, sendo que, na generalidade dos casos, é o médico quem tem a informação, os conhecimentos técnicos e que estará, portanto, mais próximo da matéria a provar, impõe-se reflectir sobre formas de superação da impossibilidade de prova, nomeadamente através de alteração legislativa que consagrasse uma regra que permitisse ao juiz, no caso concreto, através de decisão fundamentada passível de recurso, distribuir ou atribuir o encargo probatório em função da facilidade da prova, suportando as consequências da falta dessa prova.

BIBLIOGRAFIA

Código de Processo Civil Anotado; Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, 2001, Coimbra;

Manual de Processo Civil; Antunes Varela, 1985, Coimbra;

A Prova em Direito Civil; Fernando Pereira Rodrigues, 2011, Coimbra;

Responsabilidad Civil Por Actos Medicos – Problemas de Prueba; Ricardo de Ángel Yáñez, 1999, Madrid;

Negligência Médica no Código Penal Revisto, in *SubJudice*, 1996, n.º 11, Maria de Fátima Galhardas;

Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público – André Gonçalves Dias Pereira;

A igualdade das partes nas regras da distribuição do ónus da prova; Micaela Lopes; 2010, U. Católica;

Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras; Carlos Adérito Teixeira, 2009, Coimbra;

Do Segredo Médico aos Segredos do Médico; Carlos Lobato Ferreira; Separata da Revista do CEJ, 2005;

Responsabilidad médico-legal de los obstetras; Urrutia; 1995; Buenos Aires;

Prueba de la culpa medica en el derecho español; Eugenio Llamas Pombo, 2000, Salamanca;

Direito da Saúde e Bioética; Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, Lisboa;

Episiotomia – Uso Generalizado Versus Selectivo – Bárbara Bettencourt, Fátima Serrano e Fernanda Pereira, in *Acta Médica*, 2003.

O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos, Manuel Rosário Nunes, 2007, Coimbra.

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

O Valor Extraprocessual das Provas

Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos

O valor extraprocessual das provas, i. é, a possibilidade de utilização das provas em processo diferente daquele em que foram inseridas não encontra o seu âmbito limitado à matéria do processo civil, em concreto ao que dispõe o art.º 522.º do CPC, antes insere-se numa “ideia” (recorrente) da prática judiciária de admissibilidade de transmissão de prova entre processos, nomeadamente entre processos sancionatórios (v. g. do processo criminal para o processo contra-ordenacional, ou do processo criminal para o processo disciplinar), apresentando como sua razão de ser o máximo aproveitamento da prova (economia processual).

Haverá, portanto, um “*princípio*” da *intercomunicabilidade geral da prova entre processos* (cfr. Carlos Adérito, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, 2009, Coimbra).

Exemplo disso é o que se alcança do Regime Geral das Contra-Ordenações (DL n.º433/82) quando no art.º 77º se prevê que o “*tribunal poderá apreciar como contra-ordenação uma infracção que foi acusada como crime*”, passando – como resulta do seu n.º 2 – o processo a regular-se pelo regime jurídico contra-ordenacional, não apenas em matéria de tramitação, mas também em matéria de admissibilidade de prova, ou o art.º 76º do mesmo diploma legal quando se prevê a faculdade de o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo contra-ordenacional em processo criminal, aproveitando-se, na medida do possível, as provas já produzidas.

Outro exemplo podemos encontra-lo no n.º 11 do art.º 86º do Cód. Proc. Penal quando neste preceito legal se refere que “*A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, desde que necessária a processo de natureza criminal ou à instrução de processo disciplinar de natureza pública, bem como à dedução do pedido de indemnização civil*”, aludindo-se, assim, à possibilidade da transmissão da prova em processo penal para os processos criminal ou disciplinar ou para efeito de dedução de pedido de indemnização civil.

Perpassa, portanto, relativamente aos processos sancionatórios, uma ideia de aproveitamento da prova no processo de destino, desde que a sua obtenção seja possível

de realizar também neste processo, ou seja, desde que os critérios de legitimação da produção e aquisição da prova no processo de origem não sejam conflituantes com os do processo de destino (atentas, portanto, as limitações decorrentes das “reservas” da lei, do processo e da “reserva do Juiz” sublinhadas pelo Dr. Carlos Adérito).

Já em matéria de processo civil, dispõe o art.º 522.º do Cód. Proc. Civil, sob a epígrafe, “*Valor extraprocessual das provas*” que (n.º 1) “*Os depoimentos e arbitramentos produzidos com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355º do Código Civil; se porém, o regime de produção de prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.*”, estabelecendo o seu n.º 2, que “*O disposto no seu número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção de prova que se pretende invocar.*”.

Isto significa que, em regra, (cfr. Fernando Rodrigues *A prova em direito civil*; Coimbra, 2011) para que a prova produzida num processo possa ser invocada noutro processo é necessária a verificação das seguintes condições cumulativas:

1. Que se trate de prova testemunhal, prova por depoimento de parte ou por perícia, produzida com audiência contraditória;
2. Que a invocação seja feita contra a mesma parte (a parte contra a qual a prova é invocada, i. é, aquela que resulta desfavorecida com o resultado probatório), terá de ser a mesma contra a qual foi produzida no primeiro processo; e
3. Que o processo onde a prova foi produzida não ofereça menos garantias do que aquele onde vai ser invocada, pois de contrário, valerá como princípio de prova, i. é, como prova indiciária.

Fora da possibilidade de invocação noutro processo estão a prova documental e a prova por inspecção.

A prova documental porque a parte interessada na junção pode utilizar os mesmos processos de junção de documentos já utilizados na primeira acção e até se esta já estiver finda pode obter o desentranhamento dos documentos e utilizá-los na nova acção.

Quanto à inspecção judicial justifica-se que a mesma não possa ser invocada noutro processo porque a prova por inspecção tem por fim a percepção directa de factos pelo juiz e só o juiz que presidiu à inspecção estará em condições de valorar devidamente este meio de prova.

A prova que é possível invocar noutro processo não se confunde com o acervo de factos declarados assentes no primeiro processo, antes refere-se os meios de prova,

através de depoimentos e arbitramento, sujeitos à livre apreciação do julgador – Ac. do STJ de 05.05.2005, in dgsi; Ac. do TRP de 09.10.2008, in dgsi.

Distingue-se (o valor/eficácia extraprocessual da prova produzida) do que dispõe o art.º 674.º-A do CPC que dispõe que a condenação definitiva proferida em processo penal constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como os que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutem relações jurídicas dependentes da prática da infracção.

No que respeita à confissão judicial produzida no âmbito de um processo, a mesma poderá ser invocada noutro processo contra o confitente (o que implica que a pessoa a quem a declaração confessória aproveita tenha sido contraparte do confitente no processo em que a confissão foi produzida), mas nesse caso não terá o valor de confissão judicial mas antes de confissão extrajudicial, porquanto, nos termos do art.º 355.º, n.º 3 do Cód. Civil a confissão judicial feita num processo só vale como judicial nesse processo.

Constitui limitação ao valor extraprocessual das provas o que resulta do n.º 2 do art.º 522.º, n.º 2 do CPC, no caso de ter sido anulado o primeiro processo na parte relativa à produção da prova que se pretende utilizar no segundo processo: não basta que o réu tenha sido absolvido da instância no primeiro processo, é necessário que a causa de absolvição da instância arraste consigo a nulidade ou anulação do processo, como sucede nos casos de incompetência absoluta do tribunal (art.º 105.º, n.º 2 do CPC), da falta de personalidade judiciária ou de regular representação do incapaz quando a prova tenha sido produzida contra o incapaz (cfr. Prof. Antunes Varela, *Manual de Processo Civil*, 1985, Coimbra).

EXEMPLO PRÁTICO

Suponhamos que a paciente A celebra um contrato de prestação de serviços médicos com o médico B a fim de ser assistida num parto eutócito (normal) numa clínica particular de que aquele é dono.

No período imediatamente anterior ao parto e porque se mantinha a demora no nascimento da criança, com o objectivo de facilitar a extracção do feto, é realizada à paciente pelo referido médico (paciente que não estava em situação de inconsciência) uma episiotomia (procedimento cirúrgico quase universal introduzido na prática clínica obstétrica, um dos únicos que é realizado sem qualquer consentimento específico da doente e que consiste numa incisão cirúrgica no períneo com o objectivo de facilitar o parto – sem, contudo, possuir evidência científica que suporte este “benefício” – mas ao qual estão associadas diversas complicações reconhecidas pela ciência médica, nomeadamente hematoma e infecção (cfr. Bárbara Bettencourt Borges, Fátima Serrano e Fernanda Pereira intitulado “*Episiotomia – Uso Generalizado versus selectivo*”, in Acta Médica Portuguesa, 2003).

A referida intervenção cirúrgica é realizada sem que a paciente tivesse prestado ou consentido na mesma.

Algumas horas depois, na sequência da referida intervenção e no mesmo local onde foi intervencionada, a paciente sofre um hematoma intenso que é drenado em intervenção cirúrgica mais extensa desta vez com anestesia geral.

Poucos dias depois a esta segunda intervenção, estando a paciente ali internada, os exames feitos à paciente vem revelar que a mesma padece de uma infecção generalizada – uma septicemia causada por uma determinada bactéria muito conhecida em meio hospitalar – na sequência da qual (infecção) veio a ser transferida para uma outra unidade de saúde onde foi tratada.

A paciente veio a sofrer sequelas físicas e psicológicas.

Suponhamos que a paciente apresenta queixa-crime contra o médico B e respectiva clínica por ter sofrido a referida episiotomia sem prestar o seu consentimento correndo termos processo-crime (importa distinguir a intervenção médico-cirúrgica em que o bem jurídico protegido não é integridade física, antes constitui, quando realizada sem consentimento do paciente, um crime contra a liberdade da paciente, violando o seu direito à autodeterminação - art.º 156º do CP intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - independentemente do resultado final, mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte).

Assim, o médico que praticou a referida episiotomia poderá ser punido a dois títulos diferentes: ou por ofensa à integridade física por negligência (art.º 148.º do CP), no caso de ter havido violação das *leges artis*, ou por ofensa à liberdade (direito à autodeterminação nos cuidados de saúde) no caso de, mesmo tendo agido de acordo com as regras da profissão, não ter esclarecido devidamente o paciente dos riscos ou consequências secundárias da intervenção (cfr. André Gonçalo Dias Pereira – *Novos desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*).

Suponhamos também que, em face da verificação de uma das situações previstas no art.º 72.º do CPP (dedução em separado do pedido cível; vg. o processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime) a paciente decide instaurar acção cível contra o referido médico e respectiva clínica, não apenas pela sujeição a intervenção cirúrgica (episiotomia) sem ter prestado o seu consentimento que considerou violadora da *lex artis ad hoc*, mas também por ter contraído durante o período de internamento na referida clínica uma infecção, na sequência da segunda intervenção cirúrgica, invocando, para tanto, e para além do mais, a falta de condições de assepsia no bloco operatório.

Posteriormente veio a requerer, o que foi deferido, a extracção de certidão dos registos dos depoimentos gravados em audiência de discussão e julgamento no processo-crime, nomeadamente o depoimento de uma testemunha, médico, que, de acordo com a leitura que faz dos registos clínicos, relaciona em termos causais a

intervenção cirúrgica (2.^a) da paciente em termos da falta de condições de assepsia com o aparecimento da infecção, com origem provável, segundo declara, em contaminação externa durante o segundo acto operatório.

Afigura-se-nos que a A. na acção cível poderá lançar mão do art.º 522º do CPC para efeito de aproveitamento da prova produzida no processo-crime, atenta a verificação dos seus pressupostos, mormente em face das garantias deste processo e do respeito pelo princípio do contraditório e da identidade de partes.

Imagine-se agora que não temos processo-crime mas que existe um processo disciplinar que correu termos no Conselho Disciplinar Regional da O. dos Médicos, nos termos do qual se produziu depoimento por uma testemunha também médico (reduzido a escrito) que relaciona em termos de causalidade a 2.^a intervenção cirúrgica com o aparecimento da infecção sofrida pela A.

Parece que aqui já não haverá lugar a faculdade prevista no art.º 522º do CPC e, portanto, de a A. poder fazer valer, aproveitando-se como prova na acção cível, daquele depoimento prestado no âmbito do processo disciplinar.

Poderá valer, quanto muito, como prova indiciária – princípio de prova – que é preciso conjugar com outros elementos de prova, podendo o juiz ter em conta na apreciação da prova das “*presunções judiciais, simples ou de experiência* (art.s 349º e 351º do CC) que são ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, inspiradas nas “*máximas da experiência, nos juízos de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana*”, prova por presunções, próxima da prova *prima facie* germânica ou da doutrina anglo-saxónica da *res ipsa loquitur*

Trata-se, no fundo, de aplicar aqui o critério da “probabilidade séria da existência do direito” de que nos fala o Dr. Carlos Lobato Ferreira (cfr. *Do segredo médico aos segredos do médico*, 2005).

Como salienta este Autor, não se exige um juízo de plena convicção no espírito do julgador, mas apenas um juízo de probabilidade bastante, assente na experiência do que acontece normalmente, segundo o regime estabelecido para os procedimentos cautelares (art.º 387º, nº 1 do CPC), ou seja, usando em benefício do paciente no âmbito da causalidade e da culpa, o princípio da experiência ou da probabilidade, significa que a certas condições se segue um dado resultado e, inversamente, que um dado resultado indicia um conjunto de condições ou que um certo efeito significa (por normalidade) uma falta de cuidado – vg. os casos em que são deixados objectos estranhos no corpo da paciente na sequência de intervenção cirúrgica (cfr. Ac. do STA de 04.07.1995, proc. 37308).

Porém, estamos perante mecanismos que visam uma facilitação da prova, em que não há inversão do ónus da prova, o que significa que é o lesado que tem o encargo de provar os factos alegados, designadamente a culpa do médico (abstraindo da discussão

sobre se havendo responsabilidade (médica) contratual haverá lugar à presunção de culpa a que alude o disposto no art.º 799º do CC) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Deste modo, de acordo com o direito constituído, o princípio geral nas acções de responsabilidade civil por actos médicos é a de que se aplicarão as regras gerais do ónus da prova, pelo que caberá àquele que invoca um direito fazer a prova dos factos constitutivos desse direito (art.º 342.º, nº 1 do CC) e àquele contra quem a invocação é feita a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (art.º 342.º, nº 2 do CC), sendo certo que, não tendo a A. carreado todos os elementos de prova capazes de convencer o juiz da realidade dos factos por si alegados e não podendo o juiz deixar de julgar com fundamento em dúvida insanável acerca dos factos em litígio (art.º 8º, nº 1 do CC), esta situação de dúvida traduzir-se-á numa decisão desfavorável contra a parte a quem incumba o ónus da prova.

No fundo, em face do direito constituído, não sendo possível alterar ou inverter a repartição legal dos ónus de prova com fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte – excepto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte (art. 344º, nº 2 do CC, ou se considere, em certos casos, a actividade médica como actividade perigosa pela natureza dos meios utilizados – art.º 493.º, nº 2 do CC) – é apenas possível compensar ou suavizar o formalismo da repartição legal dos ónus de prova imposta pelo art.º 342º do CC através da liberdade de apreciação da realização da prova pela parte, atentas as dificuldades de produção de prova pela parte onerada, pois que, como resulta do art.º 655º, nº1, do CPC a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte, admitindo-se, no fundo, que se lance mão de mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas dificuldades.

Porém, constatando-se que, apesar dos mecanismos já existentes, boa parte das acções emergentes de responsabilidade civil por actos médicos improcede por falta de prova pelo lesado, levar-nos-á a reflectir sobre o sentido duma eventual alteração legislativa – *de iure constituindo* – que permitisse ao julgador decidir, perante a facticidade alegada, inverter o ónus de prova, consagrando-se, assim, a chamada *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*.

Trata-se de uma teoria cuja manifestação mais antiga data de 1823, exposta pelo inglês Jeremias Bentham (em Tratado das Provas Judiciais), estudada na jurisprudência e doutrina dos países da América Latina (por exemplo, a propósito do enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, no sentido de recair sobre o funcionário o encargo de provar a licitude do seu enriquecimento e não ao Estado, uma vez que aquele estará em melhores condições para fornecer essa prova), teoria estudada mais recentemente pelo Prof. LLamas Pombo da Universidade de Salamanca, com eco legislativo no art.º 217. 7 da Lei do Enjuiciamento Civil em Espanha (217.7. *Para la aplicación de lo dispuesto*

en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio) que incorporou os princípios de normalidade, disponibilidade e facilidade probatória, propiciando uma distribuição flexível e dinâmica dos ónus de prova, permitindo atribuir as consequência da falta de demonstração de um facto àquela parte que, com menor custo (processual e económico) poderia produzir a prova no processo).

Teoria que, de resto, foi objecto de estudo em tese de mestrado defendida na Universidade Católica pela Dr.^a Micaela Lopes (*A igualdade das partes nas regras da distribuição do ónus da prova*; 2010, U. Católica), orientada pela Prof. Maria dos Prazeres Beleza, e que culminou numa proposta de alteração legislativa ao preceituado no art.º 344.º do Cód. Civil:

“ (...)

1.

2. ...

3. *Sem prejuízo do disposto no art.º 342.º e no presente artigo, sempre que, da aplicação das regras precedentes, se verificar pelos elementos constantes do processo que, por razões técnicas, científicas, tecnológicas, culturais ou outras, se verifique um resultado inaceitável face aos princípios constitucionais vigentes, pode o juiz por sua iniciativa ou a requerimento, inverter o ónus da prova.*

A consagração desta tese implicará que, através de uma regra, se atribuisse directamente o ónus da prova de determinado facto, não aquela parte que o invoque, mas, à parte que está em melhores condições para o provar, encontrando-se a contraparte numa situação de impossibilidade ou extrema dificuldade de aportar material probatório, para a demonstração de factos por si afirmados.

No fundo, a consagração de uma tal regra significaria conferir ao julgador a faculdade de atribuir, por despacho fundamentado, o ónus da prova à parte que se encontra em melhor posição (porque mais próxima) de, no processo, provar determinados factos que muito dificilmente poderão ser demonstrados por quem os alegou.

Ora, tendo por base a constatação de que, em matéria de responsabilidade civil por actos médicos, que grande parte das acções improcede por não se terem provado os pressupostos da culpa e do nexo de causalidade, verifica-se, por outro lado, na generalidade dos casos, que o médico e o paciente (leigo) não se encontram em pé de igualdade em termos de fazer a prova da factualidade invocada, nomeadamente daquela factualidade que tem um cunho marcadamente científico, parecendo, em princípio, ser mais fácil para o médico provar por ser mais provável que o faça de maneira mais eficiente, já que tem ao seu dispor a informação – os conhecimentos técnicos, por vezes muito específicos, – do que realmente aconteceu no bloco operatório, sobre o que se fez

e como fez, quem teve intervenção, que tratamentos e meios foram utilizados, até porque, do ponto de vista dos custos económicos, resultará mais barato para esta parte.

Assim, no nosso exemplo da infecção, a A. não estaria desonerada do esforço de alegação dos factos constitutivos do seu direito.

O que aconteceria é que o julgador, considerando a matéria de facto alegada pelas partes, considerando que o médico, responsável pela clínica que realizou as intervenções cirúrgicas à paciente, por estar mais “*próximo dos elementos de prova*”, i. é, por ter os conhecimentos técnico/científicos, por saber o que realmente aconteceu durante o acto cirúrgico, o que fez, como fez, que tratamentos e meios foram usados, caber-lhe-ia o encargo da prova, por estar mais apto a fazer a demonstração designadamente de que, atento o estado actual da ciência médica, (1) todas as medidas de assepsia foram observadas e ainda (2) que contracção da infecção pela paciente se deu por circunstância alheia à actuação do pessoal médico e de enfermagem empregues pela clínica, sob pena de ver decidido contra si a alegação fáctica que aproveita à A.

Em termos de custos sociais permite atribuir o encargo da prova à parte que, por estar mais próximo dela, poderá produzir essa prova com menores custos económicos, aumentando os incentivos à adopção de medidas de precaução, reduzindo os custos sociais em consequência de uma provável redução dos acidentes ou, ou pelo menos, da sua gravidade (cfr. Álvaro Luna Yerga – *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2003).

Trata-se de uma teoria que inverte a distribuição do ónus da prova, próxima da “*teoria das esferas de risco*”, de que nos fala o Dr. Carlos Lobato Ferreira, segundo a qual o que está em causa na repartição do ónus da prova segundo “*zonas de perigo*” é determinar qual das partes, em função das circunstâncias, está mais perto, mais próxima da matéria a provar, para por isso mesmo dever suportar as consequências da falta de prova.

Nesse sentido se defende que “*o autor do dano tem o domínio sobre os factos, tem também o poder de actuar sobre eles, isto é, de adoptar as medidas que condicionem os seus efeitos, abdicando mesmo de os praticar*”. Assim, nestas acções, litigando um leigo e um especialista, poder-se-ia defender que incumbiria ao médico demandado a prova do cumprimento dos seus deveres, de que observou as *leges artis*, pois que ninguém melhor que o especialista poderá provar a adequação da sua conduta (cfr. Carlos Lobato Ferreira, *Do segredo médico aos segredos do médico*, 2005).

Tese que tem, contudo, objecções de vulto, como desde logo resulta da posição de Rosenberg (Leo Rosenberg; “*La carga de la prueba*”, edição em castelhano, ano 2002, Editorial Bosch, p. 142 e 205) quando refere que “*Não é correcto, no meu parecer, o ponto de vista muitas vezes sustentado segundo o qual, a carga da prova deve distribuir-se conforme a situação concreta do processo, segundo o modo como são feitas as afirmações (fácticas) pelas partes. Trata-se de um princípio que transplanta, por assim dizer, a controvérsia sobre a distribuição do ónus da prova, do modo de ver*

subjectivo que tem a em conta o processo singular para o domínio objectivo do direito material, da arena tumultuosa do litígio para o éter puro do ordenamento jurídico (...) O processo concreto não exerce influência sobre a distribuição do ónus da afirmação e da prova” (...) “ as normas sobre o ónus da prova não poderão deduzir-se do resultado do processo singular, mas antes devem estabelecer-se independentemente de todo o processo, resultantes das normas abstractas do direito a aplicar-se”.

Por outro lado (2.^a posição crítica), porque só depois de proferida decisão judicial é que então estaríamos perante todos os dados de facto e de direito para dizermos quem teria maior facilidade, maior proximidade, na demonstração da realidade dos factos, o que significaria, no fundo, aplicando esta tese da distribuição dinâmica dos ónus de prova, que se “*mudariam as regras do jogo depois de o jogo terminar*” (cfr. Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*).

Uma hipótese possível de resposta a estas críticas traduz-se na afirmação de que, se por um lado, pese embora seja notada a desconfiança face a um certo abandono da segurança fundada no sistema de certeza legal que disciplina os ónus de prova, acreditamos, porém, numa certeza que não é intuitiva, mas racional da decisão judicial que confia na segurança proporcionada pelo controlo dos fundamentos das decisões do julgador no momento de apreciação e valoração da factualidade controvertida e da prova que tome em consideração a igualdade substancial, efectiva e concreta entre as partes e não meramente proclamada no art.º 3.º-A do Cód. Proc. Civil.

Por outro lado, porque é possível, em termos de oportunidade processual, fazer deslocar o momento processual da decisão que procede à distribuição do ónus da prova, para a audiência preliminar ou, no despacho de saneamento do processo – o que pressuporia produzir alteração legislativa ao Cód. Proc. Civil, passando o art.º 508º. a ter a seguinte redacção (cfr. Micaela Lopes, *op. cit*):

“Suprimento de excepções dilatórias, convite ao aperfeiçoamento dos articulados e inversão do ónus da prova.

1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:

a) (...)

b) (...)

c) Inverter o ónus da prova nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 344º, n.º 3 do Código Civil.”.

Sintra, 02 Maio de 2012

Manuel Rosário Nunes



Videogravação da comunicação

O Valor extraprocessual da prova penal na
demanda cível.

Algumas linhas gerais de solução

Rui Gonçalves Pinto

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível.

Algumas linhas gerais de solução

SUMÁRIO: § 1º *Introdução.* 1. O pedido de indemnização cível por erro médico (breve caracterização). — A. Tema. Objecto da prova. — B. Ónus subjectivo da prova. 2. Dedução do pedido indemnizatório. 3. Utilidade da *prova emprestada*. Soluções possíveis. § 2º *Valor extraprocessual da decisão probatória.* 1. Regra da não eficácia extra-processual. 2. Primeira excepção: o art. 289º nº 4 CPC. 3. Segunda excepção: os arts— RODRIGUES. 674º-A e 674º-B CPC. — A. Objecto. — B. Âmbito objectivo. — C. Âmbito subjectivo. 4. Conclusões. § 3º *Valor extraprocessual da prova.* 1. Introdução. 2. Primeira regra: transportabilidade de depoimento ou arbitramento. — A. Âmbito positivo. — B. Âmbito negativo. — C. Pressupostos. 3. Segunda regra: manutenção do valor probatório. — A. Enunciado. — B. Exclusão. § 4º *Procedimento de invocação de prova emprestada.* § 5º *Conclusões finais.*

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996.
- DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, 1996.
- FREITAS, Lebre de/MACHADO, Montalvão/PINTO, Rui, *CPCanot II*, 2001.
- GASPAR, Henriques, *A Responsabilidade Civil do Médico*, CJ 3/I (1978).
- MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas Limitativas e Exclusão de Responsabilidade Civil*.
- NUNES, Miguel do Rosário Nunes, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2005.
- REIS, Alberto dos, *CPCanot III*, 4ª ed., s.d. (reimp. 1985).
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito de Universidade Católica Portuguesa XIV/3, 2000.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível.

Algumas linhas gerais de solução

Rui Pinto ¹

SUMÁRIO: § 1º *Introdução*. 1. O pedido de indemnização cível por erro médico (breve caracterização). — A. Tema. Objecto da prova. — B. Ónus subjectivo da prova. 2. Dedução do pedido indemnizatório. 3. Utilidade da prova emprestada. Soluções possíveis. § 2º *Valor extraprocessual da decisão probatória*. 1. Regra da não eficácia extra-processual. 2. Primeira excepção: o art. 289º nº 4 CPC. 3. Segunda excepção: os arts. 674º-A e 674º-B CPC. — A. Enunciados e conteúdo. — B. Âmbito objectivo. — C. Âmbito subjectivo. 4. Conclusões. § 3º *Valor extraprocessual da prova*. 1. Introdução. 2. Primeira regra: transportabilidade de depoimento ou arbitramento. — A. Âmbito positivo. — B. Âmbito negativo. — C. Pressupostos. 3. Segunda regra: manutenção do valor probatório. — A. Enunciado. — B. Exclusão. § 4º *Procedimento de invocação de prova emprestada*. § 5º *Conclusões finais*.

§ 1º Introdução. 1. O pedido de indemnização cível por erro médico (breve caracterização). — A. Tema. Objecto da prova. I. O tema que nos traz aqui é o de se a prova utilizada para suportar a responsabilidade criminal ou disciplinar do profissional médico pode ser *re-utilizada* para suportar uma eventual responsabilidade civil pelo mesmo facto. Em suma: se tem *eficácia extraprocessual*, entendido aqui o *processo* como uma concreta instância. Se pode haver uma *prova emprestada* de um processo ao outro.

Dada a complexidade da questão iremos procurar fixar as grandes linhas de solução que resultam do direito positivo.

Para tal impõe-se uma caracterização preliminar sumária do objecto probatório, da distribuição subjectiva do ónus da prova e da articulação procedimental entre tutela pública (penal) e tutela privada (civil). Desse modo, ficaremos a conhecer em que contexto substantivo, probatório e procedimental se coloca a questão da eficácia extraprocessual da prova em processo penal.

II. A este respeito cabe dizer que o *pedido* de indemnização cível por erro médico tem a natureza de pedido condenatório, *i.e.*, o autor pretende que o tribunal imponha ao réu um comando de actuação, *in casu*, o pagamento de indemnização *in natura* ou no valor do dano.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no *Curso de Direito da Saúde. Responsabilidade Civil e Penal*, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em Abril de 2012.

Esse pedido é deduzido pelo *lesado*, i.e., a “pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime” (art. 74º nº 1 CPP).

A *causa de pedir* são os factos constitutivos da responsabilidade civil médica.

A esses factos o réu contraporá *factos impeditivos, modificativos ou extintivos* e, bem assim, a *impugnação* dos alegados pelo autor. Uns e constituirão o *objecto da prova*.

Apenas as normas aplicáveis do responsabilidade civil ditarão que factos poderão cumprir um papel constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. *As normas invocadas ditam os factos a alegar, portanto.*

Qual é por isso, o regime de responsabilidade civil aplicável?

Com variações e cruzamentos entre si pode afirmar-se a existência de dois pólos na qualificação da responsabilidade civil médica: o pólo da responsabilidade *aquiliana* e o pólo da *responsabilidade contratual*. Pelo meio, parece haver uma posição *mista*.

III. Assim, há doutrina e jurisprudência que propugna pelo regime da **responsabilidade civil extra-contratual do art. 483º CC**² ou pelo menos de *não aplicação da presunção de culpa do art. 799º nº 1*, mesmo na presença de um contrato entre médico e doente.

Modelarmente, o ac. RL 22-Mai-2007/4018/2006-1 (ISOLETA ALMEIDA E COSTA) definiu que sendo a prestação de serviços médicos uma obrigação de *meios* “não cabe ao médico ilidir qualquer presunção legal de incumprimento, daí que o regime do ónus da prova nesta matéria deva ser o da responsabilidade extracontratual isto é ao autor (paciente) caberá provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico definido nos termos amplamente desenvolvidos, (mesmo que a responsabilidade resulte de contrato entre medico e doente)”.

Tal não impediria, por exemplo, um *hospital* de responder como *comitente* nos termos do art. 500º CC.

Exemplo: age com negligência um hospital que, através do seu pessoal hospitalar, não providência que um doente seja vigiado durante a noite³

² Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996, 136-137: o médico é “responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”, muito embora «a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, pois que facilmente se aceita que, perante uma situação de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, se presume que o devedor não usou a diligência devida para realizar a prestação a que estava obrigado (...) todavia, essa mesma presunção de culpa *não se justifica* na área da responsabilidade médica». É que “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional”, pois os “deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina” (*ibidem*, 127) pelo que “parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos”. E conclui TEIXEIRA DE SOUSA: “Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o *regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual*”. No mesmo sentido, MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2005, pp. 48 a 56: “não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual”; as excepções seriam certas obrigações de resultado, com nas cirurgias estéticas (*ibidem*, 55) Na jurisprudência, RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

Porém, tem havido vária jurisprudência que defende a natureza perigosa de *certos actos médicos*, sujeitando-os, a título excepcional⁴, ao regime da responsabilidade objectiva atenuada do art. 493º n.º 2 CC — v.g., transfusões de sangue⁵, operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen⁶. Para alguns, no entanto, a *actividade médico-cirúrgica em geral*⁷ seria sempre perigosa.

Assim, embora ainda em sede de responsabilidade extracontratual, já caberia ao réu alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua como decorre da presunção estatuída nos arts. 493º n.º 2 CC⁸.

IV. Um segundo entendimento, que nos parece ser o jurisprudencialmente dominante pugna — eventualmente em cumulação com a responsabilidade extracontratual⁹, eventualmente a do art. 493º n.º 2¹⁰ — pela qualificação, *essencialmente, e em regra*, como de **responsabilidade contratual** nos termos do art. 798º CC¹¹. Existirá um contrato de prestação de serviços¹² nos termos do art. 1154º CC (“contrato médico”¹³ ou de “prestação de serviços médicos”¹⁴ ou “prestação de serviços médico-cirúrgicos”¹⁵) sujeito às regras do mandato¹⁶, entre o lesado e o médico ou entre o lesado a entidade hospital.

Por isso, o *médico-chefe de equipa* ou o *hospital* seriam responsáveis pelos seus auxiliares — respectivamente, os membros da sua equipa (anestesiistas e enfermeiros, instrumentistas¹⁷), ou os médicos e pessoal de enfermagem¹⁸ — nos termos do art. 800º CC¹⁹.

³ RP 2-Mar-2006/ 0630877 (OLIVEIRA VASCONCELOS)

⁴ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

⁵ Há especial periculosidade pela possibilidade de contaminação viral (RC 11-Jul-2006/ 3529/05 (VIRGÍLIO MATEUS)).

⁶ STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ).

⁷ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA). Já não reveste especial periculosidade a actividade de prestação de cuidados fisiátricos e serviços relacionados (RP 24-Mai-2011/ 1224/09.0TJPRT.P1 (JOÃO PROENÇA)).

⁸ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA) e STJ 30-Jun-2011/3252/05TVLSB.L1.S1 (SÉRGIO POÇAS).

⁹ STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO) e RL 8-Jan-2008/ 7365/2007-7 (ANA RESENDE).

¹⁰ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA).

¹¹ STJ 18-Set-2007/07A2334 (ALVES VELHO), STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO), RL 8-Jan-2008/ 7365/2007-7 (ANA RESENDE), RL 28-Out-2008/7563/2008-1 (ROSÁRIO GONÇALVES) e STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA). Na doutrina, de modo eventual, TEIXEIRA DE SOUSA *Sobre o ónus* cit., 127; de modo geral, HENRIQUES GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, CJ 3/I, 341 e JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, 1996, 221-222. Ver ainda, FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996, 80.

¹² RP 20-Jul-2006/ 0633598 (GONÇALO SILVANO) e RP 1-Mar-2012/ 674/ 9434/06.6TBMST.P1 (FILIPE CAROÇO).

¹³ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito de Universidade Católica Portuguesa XIV/3, 2000, 180.

¹⁴ STJ 4-Mar-2008/ 08A183 (FONSECA RAMOS).

¹⁵ STJ 15-Dez-2011/209/06.3TVPRT.P1.S1 (GREGÓRIO DA SILVA JESUS).

¹⁶ RP 24-Fev-2011/ 674/2001.P1 (FILIPE CAROÇO).

¹⁷ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA). Mas, como bem sumaria esse acórdão, a responsabilidade do chefe de equipa é somente quanto aos actos praticados no cumprimento da prestação devida — não abrangendo os praticados por *ocasião* do cumprimento mas que nada tenham a ver com este — e desde que, por sua vez, o auxiliar responda (*i.e.*, o acto lhe seja imputável e haja culpa), “a não ser que [o chefe de equipa] tenha culpa directa, por ter sido negligente na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe deu ou na forma como acompanhou a sua actuação (arts. 798º, 801º, n.º 1, e 500º, do Código Civil)” (JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação* cit., 245). Isto sem prejuízo dos casos especiais do médico anestesiista ou outros especialistas que intervenham em relação de paridade com o cirurgião: aqui já estariam fora do âmbito do art. 800º, sendo *autónomos* e respondendo também por si só nos termos do art. 483º, (cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso*, 2006, 117) embora o médico-cirurgião responda (eventualmente) enquanto responsável pela escolha daquele colega.

¹⁸ STJ 18-Set-2007/07A2334, em regra.

¹⁹ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA) e STJ 18-Set-2007/07A2334).

Mas mesmo nesta tese não se exclui que a actuação ilícita do médico possa, em certas situações, configurar apenas e só uma situação de responsabilidade extracontratual.

Exemplo ²⁰: prestação de assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não conhece ou, de todo, não pode contactar; médico é agente de um serviço público (caso não se aceite a natureza contratual da responsabilidade das instituições e serviços públicos de saúde ²¹); a actuação médica, por força da ilicitude do acto e da culpa do agente, que configure determinado tipo legal de crime (v.g., ofensas corporais, homicídio negligente, prática ilegal de aborto, revelação de sigilo profissional); inexistência de contrato médico, por nulidade *por ex.* ²²

Além disso, quando estejam envolvidas entidades hospitalares públicas o Estado também responderia extracontratualmente, por estarem em causa actos de gestão pública ²³.

V. Finalmente, há uma *solução mista no sentido do concurso* entre regimes: “na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de *responsabilidade contratual*, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de *responsabilidade delitual*, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto lícito extracontratual”, por violar direitos absolutos de personalidade (vida, saúde), podendo o *lesado* “*optar* pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto” (STJ 19-Jun-2001/ 01A1008 (PINTO MONTEIRO) = STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA)).

Trata-se de um entendimento com apoio significativo na doutrina²⁴.

VI. Ora, em qualquer caso, o objecto da prova do lado do lesado é paradoxal.

Por um lado, “**são [sempre] os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato**, a saber: o *facto*

²⁰ São exemplos de JOÃO ÁLVARO DIAS *ob. cit.*, 226 ss

²¹ Efectivamente, quantos aos *serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do Serviço Nacional de Saúde ou que com ele tenham protocolo*, ao lado de quem vê nela uma natureza contratual, há quem entenda que a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual (assim, STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ) e STJ 24-Mai-2011/1347/04.2TBPNF.P1.S1 (HÉLDER ROQUE)). Pelo contrário, nas *instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o SNS*, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual (ver STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ)).

²² STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO).

²³ *Responsabilidade Civil dos Médicos – 11*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, vários autores.

²⁴ Assim, MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 2003 (reimp.), 411; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 1994 (reimp.), 209; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4ª ed., 356; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2011 (2ª reimp.), 425/437; TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso dos Títulos de Aquisição da Prestação*, 1988, 136.

(controlável pela vontade do homem); a *ilicitude*; a *culpa*; o *dano*; e o *nexo de causalidade* entre o facto e o dano” (STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO)).

Por outro lado, e todavia, esses factos assumem uma **densidade técnica muito grande** que assenta na aferição do padrão da *arte legis* e do *desvio concreto* a esse padrão.

Citando o ac. RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES) “o ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é (...) a desconformidade da concreta actuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura”

Exemplo: se uma compressa é deixada no interior do corpo de um paciente sujeito a uma intervenção cirúrgica, verificar-se-á sempre negligência do médico cirurgião, na medida em que lhe compete cumprir e fazer cumprir os procedimentos impostos pelas regras da arte e designadamente verificar se nenhuma anomalia ocorreu no decurso da operação, se por si ou por outrem havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente ²⁵.

(Continuação). — B. Ónus subjectivo da prova. I. Finalmente, em termos de correlativa distribuição subjectiva do ónus da prova tudo dependente do regime da responsabilidade civil aplicável ao caso.

Sendo *responsabilidade extra-contratual* todos os factos constitutivos do direito à indemnização devem ser provados pelo lesado: *o facto voluntário, a ilicitude; a culpa, o dano, e o nexo causal entre o facto e o dano*. Nenhuma presunção de culpa, *maxime*, do art. 799º CC, recairia sobre o profissional médico, como se defende no ac. RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA). O funcionamento do art. 493º nº 3, embora alterando o ónus da prova, será excepcional ²⁶.

Todavia, quando se trate de “um erro grosseiro – isto é, uma violação *indiscutível* segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – é suficiente o lesado indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico (RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA))²⁷.

II. Sendo *responsabilidade contratual*, os factos constitutivos do direito à indemnização são os mesmos — que “o devedor da prestação (*in casu*, o médico) tenha agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto

²⁵ RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES)

²⁶ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

²⁷ O qual acrescenta: “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 nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento”.

culposo e este” (STJ 1-Jul-2010/ 398/1999.E1.S1 (SERRA BAPTISTA) — porém, por força da presunção legal de culpa do devedor do art. 799º nº 1 CC fica o lesado *dispensado de provar a culpa* no primeiro caso, havendo *inversão do ónus da prova*, conforme o art. 344 nº 1²⁸.

Será o médico ou profissional médico que terá o ónus de demonstrar que actuou sem culpa, por ter empregue todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem²⁹. Se não o fizer “impõe sobre si a obrigação de indemnizar” (STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO))³⁰.

III. No entanto, há jurisprudência mais restritiva que faz depender a dispensa de culpa da *prova pelo lesado* — o credor³¹ — *da falta de cumprimento ou do cumprimento defeituoso*, justamente a condição daquela à luz do art. 799 nº 1 CC.

Essa falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso consiste numa desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artes ou “regras da arte”*³² — “padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura” (RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES) = RP 1-Mar-2012/ 674/9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO))³³ — *i.e.*, que o médico não cumpriu a sua *obrigação de meios*³⁴ — não de *resultado, salvo certos casos*³⁵. Só depois, funcionando a presunção de culpa, o médico ou profissional médico terá o ónus de demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem³⁶.

Em suma, como bem cristaliza o ac. RP 17-Nov-2005/0534727 (MÁRIO FIGUEIREDO): “por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica (...) enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que

²⁸ Defendendo a aplicação dessa presunção, por ex., STJ 17-Dez-2002 (AFONSO DE MELO), RL 11-Set-2007/1360/2007-7 (ROSA RIBEIRO COELHO) e RL 15-Dez-2011/5485/09.7TVLSB.L1-2 (PEDRO MARTINS).

²⁹ Na doutrina, no sentido da aplicação da presunção de culpa sediada no art. 799º nº 1 CC, ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUE, *Reflexões* cit., 180.

³⁰ Portanto, a “tutela contratual é, em regra, a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC)” (STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA)).

³¹ “Nas acções de responsabilidade civil contratual, por cumprimento defeituoso de obrigação médica, recai sobre o credor o ónus da prova de que o devedor não cumpriu as *legis artis* da sua profissão” (RP 7-Abr-2011/5239/07.5TVLSB.L1-2 (JORGE LEAL)).

³² RL 24-Abr-2006/ 2491/2006-6 (OLINDO GERALDES).

³³ RP 17-Nov-1998/ 0065395 (GASPAR DE ALMEIDA): “não ter sido usado o instrumental de conhecimentos e o esforço técnico que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar”.

³⁴ STJ 17-Dez-2002 (AFONSO DE MELO), RP 20-Jul-2006/ 0633598 (GONÇALO SILVANO), RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA), RL 23-Out-2007/6068/2007-7 ISABEL SALGADO) e RL 26-Jun-2008/4450/2008-2 (EZAGUY MARTINS).

³⁵ Por ex., as cirurgias estéticas (MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova* cit., 55), a realização de um exame ou de uma análise para apurar se existe ou não certa doença ou o real estado de saúde (RL 11-Set-2007/1360/2007-7 (ROSA RIBEIRO COELHO) e STJ 4-Mar-2008/08A183 (FONSECA RAMOS)). Já para o ac. STJ 17-Dez-2009/ 544/09.9YFLSB (PIRES DA ROSA) a cirurgia estética é uma obrigação de quase resultado: “A ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor. Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o n.º1 do art.799º do CCivil.”.

³⁶ STJ 18-Set-2007/07A2334 = STJ 15-Out-2009/08B1800 (RODRIGUES DOS SANTOS)

não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC)³⁷. Ou, ainda, “ao lesado compete fazer a prova da violação das *leges artis*, por parte do médico, ou seja, da ilicitude da sua conduta, enquanto a este cabe demonstrar que não teve actuação culposa” (RP 1-Mar-2012/ 674/ 9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO))³⁸

(Continuação). 2. Dedução do pedido indemnizatório. I. O pedido de indemnização cível pode ser deduzido em *acção autónoma* ou *cumulado* ao pedido crime no processo penal.

Como se sabe, a regra é a da *adesão*: havendo *causa penal pendente* o pedido de indemnização civil fundado na prática do crime deverá ser deduzido no processo penal respectivo, de acordo com o art. 71º CPP. E é irrelevante, para a dedução e mesmo procedência do pedido civil, a sorte do pedido criminal: “a sentença, ainda que absolutória, condena [*rectius*, pode condenar] o arguido em indemnização civil” lê-se no ac. RL 18-Mar-1998/0069863 (ADELINO SALVADO)³⁹.

II. Porém, o pedido civil poderá ser deduzido em *separado* nos casos do art. 72º CPP.

III. Deste modo, temos de considerar dois procedimentos diferentes, consoante tenha havido pedido cível cumulado ou separado: o *procedimento declarativo especial* que está nos arts. 77º ss. CPP, sem prejuízo da subsidiariedade do processo civil, *ex vi* art. 4º CPP, e o *processo comum civil* do Código de Processo Civil.

IV. Por outro, independentemente de ter havido ou não responsabilidade penal, pode ter havido *responsabilidade disciplinar*, nos termos, no caso dos médicos, do Decreto-Lei nº 217/94, de 20 de Agosto.

Os respectivos órgãos disciplinares da Ordem dos Médicos, não têm, por não serem tribunais, competências em matéria de indemnização.

V. Daqui resulta o seguinte: se houve responsabilidade disciplinar (somente) o pedido indemnizatório corre nos tribunais cíveis; se houve responsabilidade criminal o pedido indemnizatório corre nos tribunais criminais, em regra.

³⁷ Identicamente, RP 17-Nov-2005/0534727 (MÁRIO FERNANDES).

³⁸ Também: “provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CPC” (RL 15/Dez/2011/5485/09.7TVLSB.L1-2 (PEDRO MARTINS)).

³⁹ O qual acrescenta: “Para esse efeito, não basta que se provem factos que consubstanciem uma obrigação de natureza civil, sendo necessário que se esteja perante um ilícito civil que produza o dever de indemnizar”.

(Continuação). 3. Utilidade da prova emprestada. Soluções possíveis. I. Vimos como, seja qual for o regime de responsabilidade aplicável, o ónus probatório do lesado tende a ser, como escrevemos, de *grande densidade técnica*.

Isso sucede porque *girando a prova, essencialmente à volta do erro médico* — a “conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente”, por imperícia, inconsideração ou negligência⁴⁰ — *o lesado quer provar a sua ocorrência; o réu quer negar essa mesma ocorrência*.

Ora, quanto mais exigente for o ónus seja do lado do lesado, mas também do lado médico, maior interesse haverá em fazer uso cível dos resultados probatórios produzidos no processo penal.

Exemplo: fazer uso de "declarações confessórias" da arguida que a criança (vítima) ao ser observada pela médica apresentava febre⁴¹.

O uso de prova emprestada pelo processo penal seria uma real economia processual para o lesado, em especial para a prova da ilicitude e da culpa.

Além disso, potenciar-se-ia uma *uniformidade decisória* entre ambos os julgados, penal e cível.

II. Em abstracto o transporte de resultados probatórios entre causas poderia apoiar-se numa de duas soluções.

A primeira consistiria em ser a *decisão probatória* que teria eficácia extraprocessual — os *factos* provados. *Por ex.*, a (re) utilização das *prévias respostas* a quesitos ou dos fundamentos de facto da sentença final.

A segunda consistiria em ser o *teor da prova* produzida que teria eficácia extraprocessual, dispensando-se alguma ou toda a instrução — a *prova* dos factos. *Por ex.*, não ser necessário ter ouvir novamente as mesmas testemunhas ou de ignorar uma confissão que uma parte já fizera noutro processo.

III. Na ausência de previsão no Código de Processo Penal, há que buscar a eventual positivação dessas soluções no Código de Processo Civil.

Para tal devemos considerar os arts. 289º nº4, 522º, 674º-A e 674º-B.

⁴⁰ Identicamente, RL 19-Abr-2005/10341/2004-7 (PIMENTEL MARCOS).

⁴¹ Cf. RL 14-10-1998/ 0013853 (SANTOS CARVALHO).

§ 2º Valor extraprocessual da decisão probatória. 1. Regra da não eficácia extra-processual.

I. O regime de limites objectivos do caso julgado exclui a *importação sem mais e de modo vinculado de uma decisão probatória*.

Efectivamente, qualquer decisão sobre matéria de facto, i.e., sobre se a realidade de um facto está ou não demonstrada (cf. art. 341º CC), não vale autonomamente mas sim como condição necessária de construção da *fundamentação de facto*, nos termos do art. 659º nº 3 CPC.

Nesse sentido, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA escrevem que “a força do caso julgado não se estende (...) aos fundamentos da sentença” pelo que “os factos considerados como provados nos fundamentos da sentença não podem considerar-se isoladamente cobertos pela eficácia do caso julgado, para o efeito de extrair deles outras consequências, além dos contidos na decisão final”⁴². Por isso, a decisão sobre a matéria de facto começa por apenas valer para o concreto processo em que foi produzida e perde depois autonomia sendo adquirida pela sentença final.

Por outras palavras, a decisão de dar certo facto como assente (cf. art. 511º CPC) ou a decisão sobre a matéria de facto (cf. art. 653º nº 2) não têm eficácia jurídica senão no *concreto processo* para o que foram produzidas.

II. Tal é o sentido unânime da jurisprudência: o da eficácia extraprocessual da *prova*, não o da eficácia extraprocessual dos factos *tidos* como provados⁴³.

Justamente, o ac. RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO EULEUTÉRIO) decidiu que “a matéria de facto provada nessa [primeira] acção não tem força de caso julgado nesta” e o ac. RP 4-Jan-2011/3492/09.9TBVNG-C. (GUERRA BANHA) veio dizer que “O caso julgado resultante do trânsito em julgado de sentença proferida em anterior acção não se estende aos factos aí declarados provados para efeitos desses”.

Por outras palavras: não se importam factos *provados*⁴⁴.

Exemplos: não pode numa acção ser reconhecida ao autor/trabalhador determinada categoria profissional, com base em factos que nela não se encontram provados, mas numa outra acção, de que o tribunal teve conhecimento por virtude do exercício das suas funções⁴⁵; nada impede que

⁴² *Manual de Processo Civil*, 1985, 711. Na jurisprudência, STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPR.T.S1 (MOREIRA ALVES).

⁴³ RE 29-Set-1994 (CORTEZ NEVES), BMJ 439, 667, STJ 20-Abr-2004/3513/04 (ARAÚJO BARROS), STJ 5-Mai-2005/05B691ARAÚJO BARROS), RP 9-Out-2008/0834784 (TELES DE MENEZES) e RL 24-03-2009/ 9251/2008-7 (CONCEIÇÃO SAAVEDRA).

e RL 26-05-2011/ 1193/05.6TCSNT.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO).

⁴⁴ “Não são os factos (provados ou não) numa acção que podem ser invocados noutra, antes e apenas pode o tribunal, nesta segunda acção, servir-se dos meios de prova (depoimentos e arbitramentos) que foram utilizados na anterior” (RE 26-Abr-2007/2750/06-3 (ASSUNÇÃO RAIMUNDO)).

⁴⁵ STJ 19-12-2007/ 07S1614 (DINIS VASQUES).

no processo penal o facto X se tenha decidido como provado e no processo civil o mesmo facto X, ainda que com o mesmo meio probatório, seja tido como não provado ⁴⁶.

III. Qual o valor, então, das decisões sobre a matéria de facto em outro processo?

O juiz conhecerá o juízo probatório de provado/não provado: nesse caso escreve LEBRE DE FREITAS a “sujeita à *livre apreciação da prova* (...) no novo processo, a resposta deve ser valorada em conjunto com os meios de prova com que ele é *directamente* confrontado” valerá como *princípio de prova* como quando o primeiro processo tem menores garantias.

Isto porque “não podendo o juiz apreciar o conteúdo do depoimento, à livre formação da sua convicção substituir-se-ia o exercício dum poder vinculado (se se entendesse que *teria* de concluir como no processo anterior) ou discricionário (se se entendesse que apenas *podia* fazê-lo), que, em qualquer dos casos, a lei não lhe atribui e que teria como base a formação da convicção *de outrem*, se lhe fosse consentido assentar uma decisão de facto na mera resposta de outro tribunal a um quesito” e “isto mesmo pressupondo a total identidade da configuração do facto em causa e a não produção sobre ele de outras provas no segundo processo” ⁴⁷.

Neste sentido, em sede de art. 712º CPC foi declarado pelo STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPRT.S1 (MOREIRA ALVES) que se o autor/recorrente se limitou a oferecer como meio de prova as *certidões das decisões* proferidas numa primeira acção, “as ditas decisões judiciais, apenas constituem documentos cuja força provatória se limita a um princípio de prova, a valorar livremente pelo julgador, em conjugação com a demais prova directamente produzida perante ele”.

(Continuação). 2. Primeira excepção: o art. 289º nº 4 CPC. No entanto, o sistema processual parece contemplar desvios à regra anterior.

Antes de mais, o art. 289º nº 4 relativo ao *Alcance e efeitos da absolvição da instância* autoriza a que “se o réu tiver sido absolvido [da instância] por qualquer dos fundamentos compreendidos na alínea e) do nº 1 do artigo 288º”, ou seja por excepção dilatória menos grave do que as das als. a) a e d) do mesmo número,” na nova acção que corra entre as mesmas partes podem ser aproveitadas as *provas produzidas* no primeiro processo e têm valor *as decisões* aí proferidas”.

É um caso restrito que não parece ter aplicação no processo penal, mas ao qual voltaremos mais adiante.

⁴⁶ Daí a ilegalidade da decisão em sede de segunda causa que deu como matéria de facto assente a sonegação de bens de herança para efeitos do art. 2096º CC, após importação de factos dados como provados no primeiro processo (RP 19-Out-2010/RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA))

⁴⁷ *CPCanot* II, 2001, 418.

(Continuação). 3. Segunda exceção: os arts. 674º-A e 674º-B CPC. — A. Enunciados e conteúdo. I. Já o mesmo não se pode dizer quanto aos arts. 674º-A e 674º-B CPC.

O primeiro trata da *Oponibilidade a terceiros da decisão penal condenatória* e dita que

“A condenação *definitiva* proferida no processo penal constitui, em *relação a terceiros*, *presunção ilidível* no que se refere à existência dos *factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal*, bem como dos que respeitam às *formas do crime*, em *quaisquer acções civis* em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infracção”.

O segundo trata da *Eficácia da decisão penal absolutória*, nos seguintes termos:

“A decisão penal, *transitada em julgado*, que *haja absolvido* o arguido com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados, constitui, em quaisquer *acções de natureza civil*, simples *presunção legal da inexistência desses factos*, ilidível mediante prova em contrário. A *presunção* prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil”

Trata-se, pois, de procurar *alguma coerência decisória entre julgado penal e julgado civil* ⁴⁸, como no passado constituía objecto dos arts. 153º e 154º CPP/1929 ⁴⁹.

II. Repare-se que concluímos já que as decisões sobre a matéria de facto em outro processo estão sujeitas à *livre apreciação da prova* no novo processo e valem neste como *princípio de prova*. Não têm força de caso julgado

Ora, justamente os preceitos dos arts. 674º-A e B *fogem* a essa solução. Ambos estatuem que a sentença penal, seja condenatória, seja absolutória, tem *força probatória plena* quanto a certos factos, em resultado de atribuição de valor de *presunção legal ilidível* ao que nela foi decidido a esse respeito.

Recorde-se que o art. 350º CC dita que “Quem tem a seu favor a *presunção legal* escusa de provar o facto a que ela conduz”, mas que “as *presunções legais* podem, todavia, ser ilididas

⁴⁸ Como consta do relatório do Decreto-Lei n. 329-A/95, “no que se refere à disciplina dos efeitos da sentença, assume-se a regulamentação dos efeitos do caso julgado penal, quer condenatório, quer absolutório, por acções civis conexas com as penais, retomando um regime que, constando originariamente do Código de Processo Penal de 1929 não figura no actualmente em vigor; adequa-se, todavia, o âmbito da eficácia *erga omnes* da decisão penal condenatória às exigências decorrentes do princípio do contraditório, transformando a absoluta e total indiscutibilidade da decisão penal em mera *presunção*, ilidível por terceiros, da existência do facto e respectiva autoria”.

⁴⁹ “A condenação definitiva proferida na acção penal constituirá caso julgado, quanto à existência e qualificação facto punível e quanto à determinação dos seus agentes, mesmo nas acções não penais em que se discutem direitos que dependam da existência da infracção” e “A sentença *absolutória*, proferida em matéria penal e com trânsito em julgado, constituirá nas acções não penais simples *presunção legal da inexistência dos factos que constituem a infracção*, ou de que os arguidos a não praticaram, conforme o que se tenha julgado, *presunção* que pode ser ilidida por prova em contrário”.

mediante prova em contrário”. Trata-se, agora, de fazer uso dos factos assim presumidos em acções civis.

III. Deste modo, seja o paciente (no caso de sentença condenatória), seja o profissional médico (no caso de sentença absolutória) ficam dispensados de provar o facto abrangido pelas presunções⁵⁰.

Caberá à parte contrária — profissional médico e paciente, respectivamente — de fazer a prova do facto contrário⁵¹.

Exemplo: declarada provada a ilicitude do acto médico o paciente pode usar a sentença penal para ficar dispensado da prova da mesma ilicitude, agora em sede civil.

E, naturalmente, que se trata de prova cujo grau é de prova *stricto sensu* e não de mero princípio de prova: o facto considera-se *provado*, não sendo necessária mais prova que confirme o sentido probatório.

(Continuação). — **B. Âmbito objectivo. I.** Quanto ao âmbito dos arts. 674º-A e 674º-B importa ainda fazer algumas precisões.

Em primeiro lugar, no caso da *sentença penal condenatória* os factos presumidos — na letra da lei os “*factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime*”⁵² — são os **factos constitutivos** em que se tenha baseado a condenação, como escrevem LEBRE DE FREITAS *et alia*⁵³.

Esses factos quando transplantados para uma acção/pedido cível não vão cobrir a totalidade dos pressupostos da responsabilidade civil, mas sim cobrir a *ilicitude* e a *culpa* e, mais duvidosamente, o *nexo causal*.

Esse é o entendimento, *em parte*, de LEBRE DE FREITAS: “provada, no processo penal, a prática dum acto criminoso que constitua ilícito civil, o titular do interesse ofendido não tem o ónus de provar na acção civil subsequente o *acto ilícito* praticado nem a *culpa* de quem o praticou, sem prejuízo de continuar onerado com a prova do *dano* sofrido e do *nexo de causalidade*”⁵⁴.

⁵⁰ STJ 30-Abr-2003/03B931 (SOUSA INÊS): “O que está em causa é a admissibilidade da decisão condenatória definitiva, proferida em processo penal, como meio de prova da existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime”.

⁵¹ Assim, para os factos presumidos a partir da sentença absolutória (art. 674º-B), RE 28-Set-2006/ 1207/06-2 (GAITO DAS NEVES).

⁵² Afirmando este objecto de prova, STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO) e STJ 30-Abr-2003/03B931 (SOUSA INÊS).

⁵³ *CPCanot* II cit., 691.

⁵⁴ *CPCanot* II cit., 691

II. Em segundo lugar, pode fazer-se uma restrição: deve ser excluído do âmbito de funcionamento do art. 674º-A a sentença penal que considera verificada a ocorrência do ilícito criminal, mas que não aplica qualquer pena, por considerar ter *caducado o respectivo direito de queixa*, pois o arguido não pode levar a respectiva discussão até ao fim (RG 30-Jun-2011/420-B/2000.G1 (MANUEL BARGADO)).

Já se o arguido foi efectivamente condenado mas beneficiou, depois, de uma amnistia não deixa de funcionar o regime do art. 674º-A.

Exemplo: a matéria factual dada como provada num processo de natureza penal, que originou a condenação dum arguido, que, posteriormente, beneficiou de uma amnistia, há que ser tida como assente e integrada na Especificação numa acção cível, onde aquele arguido agora é Réu e que surge por força daquela amnistia ⁵⁵.

III. Em terceiro lugar, no caso da *sentença penal absolutória* importa distinguir se a absolvição foi fundada em *prova positiva* ou em *prova negativa*: o preceito apenas se aplica à absolvição fundada na prova positiva.

Se a absolvição penal tiver por fundamento a **falta de prova** dos factos imputados ao arguido — a chamada absolvição pela *prova negativa* (com base no princípio *in dubio pro reo*) — o arguido não foi “absolvido (...) com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados”, como exige o art. 674º-B.

Pelo contrário, “nesta situação a absolvição se baseia na *falta de prova* dos factos imputados ao arguido, não dispensando, por isso, aquele que invoca os factos em que se alicerçou a acusação no processo-crime do ónus de os demonstrar na acção civil se deles quiser tirar proveito” (RL 1-Jul-2010/4817/04.9YXLSB.L1-6 (FERNANDA ISABEL PEREIRA) ⁵⁶.

Como escreve LEBRE DE FREITAS, “não provado o facto em processo penal, não se constitui a presunção do art. 674º-A e o autor da acção civil continua onerado [nos termos gerais] com a prova dos factos constitutivos do seu direito” ⁵⁷.

Diversamente, se a absolvição teve lugar com fundamento em **prova de que o arguido não praticou os factos** de que estava acusado — a chamada *absolvição pela prova positiva* — tem-se por adquirido (*rectius*, presumido) que ele actuou correctamente, de modo diligente”, nos termos do art. 674º-B.

É o que sucede quando é feita

⁵⁵ RE 3-Abr-2003/2092/02-3 (GAITO DAS NEVES).

⁵⁶ No mesmo sentido, RL 12-Dez-2006 /9192/2006-7 (GRAÇA AMARAL).

⁵⁷ *CPCanot* II cit., 692. Já o ac. RL 29-Jun-2010/10435/03.1TBOER.L1-7 (ROQUE NOGUEIRA), parece enunciar a doutrina contrária: “Vigorando no processo penal o princípio «in dubio pro reo», a absolvição penal não poderá precluir a reapreciação, em acções de natureza civil, dos factos integradores da infracção imputada ao arguido absolvido, constituindo tal absolvição *simples presunção*, ilidível mediante prova em contrário pelo interessado. Se a decisão penal absolutória assentou na verificação de que o arguido praticou certos factos, não se verifica a presunção estabelecida no art.674º-B, do C.P.C., devendo valer inteiramente as *regras gerais* sobre o ónus da prova na acção em causa”.

- a. “prova de que (...) *factos [imputados ao arguido] não foram praticados*” (RL 12-Dez-2006 /9192/2006-7 (GRAÇA AMARAL)) pelo arguido ⁵⁸ ou de que nem sequer ocorreram (v.g., a ofensa corporal)
- b. prova de um *facto impeditivo*⁵⁹ ou *facto excludente* da culpa ou de que o facto danoso (morte, ofensa) nem sequer ocorreu

Exemplo: facto de que a manobra de recurso que originou o despiste do veículo foi provocada pela condução negligente de um outro condutor (STJ 21-Out-2010/95/04.8TBCCR.P1.S1 (ALBERTO SOBRINHO)).

Por isso, irá recair, nas acções de natureza civil, sobre a parte que não tem a seu favor a presunção — i.e., o paciente — o ónus da prova do contrário. (RL 1-Jul-2010/4817/04.9YXLSB.L1-6 (FERNANDA ISABEL PEREIRA)).

Exemplo: caberá ao autor da acção civil o ónus de provar o facto contrário ao presumido facto impeditivo ou desculpante (*in casu*, a manobra de recurso)

IV. Finalmente, o que é a lei quer dizer ao estatuir no art. 674º-B que “a previsão referida (...) prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil”?

Quer dizer que o respectivo sentido probatório prevalece sobre sentido probatório contrário fundado em outra presunção.

Suponha-se que se alinha pela tese da natureza, por regra, contratual da relação paciente/médico. Já sabemos que o paciente tem provar a desconformidade com a *legis artis* para beneficiar da presunção de que o médico actuou com culpa, nos termos do art. 799º nº 1 CC.

Todavia há que distinguir:

- a. Se o médico fora já *condenado* criminalmente, há uma dupla presunção de culpa: a decorrente do art. 674º-A e a decorrente do art. 799º nº 1 CC;
- b. Se o médico fora *absolvido* criminalmente por prova positiva de que actuou com a diligência devida, tal constitui presunção de não culpa nos termos do art. 674º-B que se sobrepõe à presunção de culpa do art. 799º nº 1; fica o paciente onerado “com a prova de que assim não foi e a actuação foi culposa” ⁶⁰

⁵⁸ “Nada mais pode significar que uma mera presunção da inexistência dos factos que constituíam a infracção penal, ou de que o arguido a não praticou” (STJ 3-Jun-1997/ 816/96 (LOPES PINTO)).

⁵⁹ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 692.

⁶⁰ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 693.

(Continuação). — **C. Âmbito subjectivo. I.** Já quanto ao âmbito *subjectivo* das presunções levantam-se algumas dúvidas.

No caso da sentença penal *absolutória* a eficácia probatória extra-processual é somente entre as partes.

No caso da sentença penal *condenatória* a eficácia probatória extraprocessual da decisão penal é *em face de terceiros*, antes de mais.

Exemplo: a condenação criminal da *segurada* constitui em relação à *seguradora*, demandada em acção cível ou em acção executiva (*e terceira no processo crime*), uma presunção ilidível, sem “eficácia erga omnes”⁶¹ ou de caso julgado⁶², podendo a seguradora afastar o resultado probatório presumido por prova do facto contrário⁶³, alegado em contestação ou em oposição à execução, respectivamente.

Mas note-se que o que é oponível *erga omnes* é o *valor* probatório da sentença condenatória e não o caso julgado, i.e., o *sentido* decisório.

II. Porém, tem-se discutido se também *entre as partes* o que ficou provado penalmente vale como mera presunção ilidível no campo cível ou se, mais do que isso, as vincula, com valor de caso julgado.

Ora, justamente, há jurisprudência que defende que a sentença penal condenatória “no respeitante ao autor e à ré, que intervieram na acção penal, na qualidade, respectivamente, de arguido e de assistente, tem *eficácia absoluta* no tocante aos factos constitutivos da infracção, que *não poderão*, assim, *voltar a ser discutidos dentro ou fora do processo penal*, sendo o julgamento desses factos definitivos quanto ao arguido” (STJ 13-Jan-2010/1164/07.8TTPRT.S1 (PINTO HESPANHOL)). Isto é: haveria entre arguido e assistente um caso julgado quanto aos factos provados; não apenas uma presunção. A presunção legal, essa, valeria, sim, em face dos terceiros, ausentes do contraditório.

Por isso, prossegue o mesmo acórdão “a possibilidade de ilidir a presunção *juris tantum* estabelecida no artigo 674.º-A do Código de Processo Civil, conferida a terceiros, nunca é concedida ao arguido condenado, mas apenas aos sujeitos processuais não intervenientes no processo criminal, em homenagem ao princípio do contraditório”.

Trata-se, afinal, da doutrina do art. 153º CPP/1929, salvo quanto ao terceiro.

⁶¹ STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO)

⁶² STJ 27-Jan-1993/082472 (ZEFERINO FARIA) e RP 4-Mar-1997/ 9620791 (PELAYO GONÇALVES).

⁶³ STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO)

Já para LEBRE DE FREITAS *et alia* não parece ser assim ⁶⁴ e o mesmo (talvez) se diga, por exemplo do ac. RL 17-Mai-2007/ 2600/2007-2 (LÚCIA SOUSA), que declarou que “Após a inclusão do artigo 674-A no Código de Processo Civil, a decisão penal condenatória deixou de ter eficácia *erga omnes*, passando a uma mera presunção *iuris tantum*, portanto ilidível mediante prova em contrário”.

III. Sejam claros: o art. 674º-A expressamente apenas regula o valor probatório cível da sentença penal condenatória em face de terceiros. Nada diz quanto à eficácia perante as partes civis. No pretérito art. 153º CPP/29 é que se enunciava um valor de “caso julgado, quanto à existência e qualificação facto punível e quanto à determinação dos seus agentes, mesmo nas acções não penais” sem restrições subjectivas.

No entanto, a clara omissão do legislador hodierno *pode* pretender significar que a sentença penal foi tida como vinculando as partes também quanto aos fundamentos decisórios, ou seja, os factos constitutivos da infracção.

(Continuação). 4. Conclusões. I. Do que se acabou de dizer resulta que pode haver transporte probatório

- a. Fundado em sentença penal condenatória e relativamente aos factos da ilicitude e da culpa (e talvez nexos causal) em favor do lesado, mesmo perante terceiros
- b. Fundado em sentença penal absolutória relativamente a factos atinentes aos mesmos pressupostos em favor do agente, apenas entre partes

Todavia este transporte ao pressupor uma “condenação definitiva” (art. 674º-A) ou uma “decisão penal transitada em julgado” (art. 674º-B nº 1) apenas se torna admissível, parece-nos, para uma acção cível que, cumulativamente, corra em *separado* e que *não termine antes* do trânsito em julgado da sentença em processo crime. É que se o pedido cível for apreciado em *adesão* ao processo penal não há espaço processual para se fazer a importação; de igual modo se foi objecto de acção cível *separada* e ainda não foi proferida a sentença penal também não se pode importar a prova por esta via.

Por outro lado, também não cobre todas as questões da responsabilidade civil.

II. Em síntese, o mecanismo dos arts. 674º-A e 674º-B CPC está excluído

⁶⁴ *CPCanot* II cit., 691.

- a. se já *houve sentença penal definitiva*
 - i. Condenatória, quanto aos *factos integrantes do dano* (e talvez o nexo causal);
 - ii. Absolutória,
 - 1. por prova negativa, quanto a *todos os factos da responsabilidade*;
 - 2. por prova positiva, quanto aos *factos não provados favoravelmente ao arguido* e quanto a *todos os factos* se a acção for dirigida contra terceiro;
- b. se *não houve ainda sentença definitiva* (seja porque correu por adesão ao processo crime, seja porque correu mais rapidamente em acção cível separada) quanto a *todo e qualquer facto*

§ 3º Valor extraprocessual da prova. 1. Introdução. I. Pergunta-se agora, se pode haver transporte probatório mesmo naquele âmbito objectivo *não coberto* pelos arts. 674º-A e 674º-B.

A resposta implica agora buscar em que medida pode ser importado para a apreciação do pedido cível já não o *conteúdo probatório* da sentença penal mas o *resultado instrutório* desse processo prévio. Citando o ac. RP 9-Out-2008/0834784 (TELES DE MENEZES) “não são os factos [dados como] *provados* numa acção que, ao abrigo do valor extraprocessual das provas, podem ser invocados noutra, antes e apenas pode, por norma, o tribunal, nesta segunda acção, servir-se dos *meios* de prova (depoimentos e arbitramentos) que foram utilizados na anterior”.

II. Para tanto devemos considerar as regras que se acham no art. 522º CPC, com a epígrafe *Valor extraprocessual das provas*, e, mais residualmente, a primeira parte do art. 289º nº 4 CPC, ao estatuir o aproveitamento das “provas produzidas no primeiro processo

Vamos dar de barato que estas normas do processo civil, feitas a pensar no transporte de prova de uma *causa cível* para outra *causa cível*, cabem no âmbito remissivo do art. 4º CPP. Isto é: são normas do processo civil que se harmonizam com o processo penal, pelo que permitem o transporte de prova de uma *causa crime* para uma *causa cível*.

(Continuação). 2. Primeira regra: transportabilidade de depoimento ou arbitramento. — A. Âmbito positivo. I. A regra é central do art. 522º CPC é a de que, segundo o seu nº1, “os *depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte*

podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte”. ALBERTO DOS REIS fala em “princípio da eficácia extraprocessual das provas”⁶⁵.

O preceito apenas se refere à (*alguma*⁶⁶ da) prova constituenda⁶⁷

- a. *prestação de depoimentos*, i.e., declarações efectivas sobre factos prestadas em tribunal, pelas partes ou por testemunhas; portanto, prova por *confissão* e prova *testemunhal*;
- b. *verificação de certos factos* por meio de *arbitramento de perito* em exame, vistoria ou avaliação⁶⁸.

Com isto o legislador consagrou uma *faculdade*, dentro de certos requisitos, em favor de autor e réu, e que lhe permite, querendo, ficar *dispensado* de nova produção de depoimentos, tanto de parte, como de testemunhas.

II. Mas no *caso da prova por confissão*, tem sido discutido se a norma abrange toda e qualquer confissão, seja em *articulado*, seja em *depoimento oral*, seja na *prestação de informações ou esclarecimentos* ao tribunal (cf. art. 356º CC).

No Código de Processo Civil de 1939 dizia-se expressamente no § 1º do art. 526º que “as confissões feitas nos *articulados* podem ser opostas noutro processo”. Na doutrina de então MANUEL DE ANDRADE e ALBERTO DOS REIS entendiam que essas *confissões articuladas* valeriam sempre, pois que a exigência de audiência preliminar — então, como agora — nada teria que ver com esta confissão e a restrição da não anulação da prova somente remetia na altura para o corpo daquele art. 526º. Se o segundo aspecto mudou, já o primeiro talvez ainda faça sentido: o contraditório, i.e., a participação da parte confitente ocorreu.

Actualmente, LEBRE DE FREITAS toma posição ampla no sentido da plena abrangência⁶⁹. Por nós, vamos no mesmo sentido: o termo *depoimento* abrange, de modo indistinto, tanto o oral, como o escrito.

III. Por outro lado, é pacífico que a confissão *facta* por revelia (cf. art. 484º nº1) ou a admissão de factos por *acordo* (cf. art. 490º nº 2) não constituem depoimentos, estando excluídos do aproveitamento abrigado no art. 522º CPC⁷⁰.

⁶⁵ *CPCanot* III, 4ª ed., s.d. (reimp. 1985), 344.

⁶⁶ ALBERTO DOS REIS, *CPCAnot* III cit., 344.

⁶⁷ Assim, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* II cit., 417.

⁶⁸ ALBERTO DOS REIS, *CPCAnot* III cit., 344.

⁶⁹ Assim, *A confissão no direito probatório*, 1991, 22.3.3., *A acção declarativa comum. À luz do Código revisto*, 2010 (reimp.), 7 (11) e *CPCanot* II cit., 417.

⁷⁰ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 348.

Tampouco nele cabe a *confissão do pedido*, pois este tem a natureza de negócio processual de auto-composição da lide (cf. art. 293º nº 1 segunda parte CPC), e não de reconhecimento de factos desfavoráveis ao depoente (cf. art. 352º CC)⁷¹.

(Continuação). — B. Âmbito negativo. I. De fora do âmbito da regra enunciada no nº 1 do art. 522º CPC estão as provas cujo teor pode ser facilmente repetido, como a prova *documental*. Efectivamente, *o documento basta-se a si mesmo*, nada dele se podendo retirar que seja único e específico para um dado processo⁷².

Naturalmente que, no plano concreto, se a parte que precisa do documento for a mesma do primeiro processo bastará apresentá-lo de novo após o uso da faculdade prevista no art. 542º nº 3 CPC, sem prejuízo de poder também pedir nova certidão de documento autêntico.

Se for outra parte a pretender usar o documento terá de usar de outros instrumentos processuais⁷³.

II. Mas fora do âmbito do nº 1 do art. 522º CPC está ainda a prova por inspecção judicial porquanto a qualidade e conteúdo da prova constituem um *enunciado pessoal* do concreto juiz.

Por isto, é ilegal qualquer decisão judicial suportada numa pretensa eficácia extraprocessual, sem mais, destes dois tipos probatórios⁷⁴.

(Continuação). — C. Pressupostos. I. O art. 522º CPC faz depender o funcionamento da regra da transportabilidade de depoimentos e arbitramentos de quatro pressupostos: (1) *identidade da parte* contra quem a prova é por segunda vez invocada; (2) *ocorrência de audiência contraditória* no primeiro processo; (3) *vontade* da parte beneficiada pela prova; (4) *natureza jurisdicional* do primeiro procedimento.

Quanto ao *primeiro pressuposto*, fala-se em invocação “contra a mesma parte”, *i.e.*, exige-se uma *identidade de partes* não no sentido de da sua qualidade jurídica (cf. art. 498º nº 2), mas entre os *sujeitos concretos* dos diferentes processos.

Por outras palavras, o que se pede é que o sujeito processual concreto *contra quem* a prova é apresentada tenha sido parte na primeira causa⁷⁵.

⁷¹ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 348. O mesmo AUTOR dá como exemplo a confissão de servidão por A titular do prédio onerado em petição de acção de preferência por ele colocada contra B, não pode ser invocada numa acção confessória de servidão posteriormente colocada pelo B contra A. Tratar-se-ia do reconhecimento de uma situação de direito e não de um facto. O ponto permanece controverso, porventura.

⁷² Diversamente, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* II cit., 417: a “prova pré-constituída admitida em determinado processo, pode, em princípio, ser, sem problema, também proposta em outro processo, sem prejuízo da reforma de documentos”.

⁷³ Neste caso terá de requerer à parte do primeiro processo que consiga retirar o documento particular desse processo nos termos do art. 542º nº 3 ou pedir exame ao processo para ver o seu conteúdo ou requerer ao juiz que inste a parte desse processo a apresentá-los (cf. art. 535º); sendo o caso, requerer certidão de documento autêntico (ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 345).

⁷⁴ Veja-se o ac. RP 15-Jul-2009/3981/07.0TVPR.T.P1 (ANABELA SILVA DIAS). 8AN8Aaa

Exemplos em sentido negativo por falta de identidade da parte: (1) “não pode ser utilizado como meio de prova depoimento de testemunha prestado num outro processo, em que não foi parte a parte contra a qual se pretende usar esse depoimento, sendo irrelevante que essa parte (uma sociedade comercial) pertença ao mesmo grupo económico que uma das partes do primeiro processo”⁷⁶; (2) não pode o direito de uma parte de acção de investigação da paternidade a requerer o exame hematológico ser coarctado ao réu, com o fundamento de idêntico exame ter tido lugar na acção de impugnação da paternidade, nomeadamente quando nesta não interveio, como parte, o pretense pai⁷⁷.

Exemplos em sentido positivo: (1) o depoimento testemunhal feito em desfavor do arguido pode ser novamente usado contra ele como réu no processo civil; não pode ser usado contra uma seguradora sua; (2) na comarca de....., o Mº Pº requereu o julgamento de CARLOS....., identificado nos autos, pela prática, em concurso real de um crime de homicídio por negligência, p. e p. pelo artº 137º, nº 1 e 2, do C. Penal e dois crimes de ofensas à integridade física por negligência, p. e p. pelo artº 148º, nº 1, do mesmo diploma e, ainda, por contra-ordenações ao C. Estrada e seu Regulamento. ANA....., representante legal de seu filho menor Óscar....., assistente nos autos, declarou aderir à acusação do Mº Pº e deduziu pedido de indemnização civil contra o arguido e contra o Fundo de Garantia Automóvel. O arguido contestou o pedido de indemnização, invocando a excepção da litispendência com fundamento em acção cível pendente no -º Juízo Cível daquela comarca. Também o Fundo de Garantia Automóvel contestou, invocando, além daquela excepção de litispendência, também a da sua própria ilegitimidade e a ilegitimidade do demandante (...). E, notificado das contestações do arguido e do Fundo de Garantia, apresentou resposta - que foi admitida ao abrigo do princípio do contraditório - na qual, além do mais que ora não importa, requereu o chamamento de Elisa....., esposa do arguido Carlos....., pois que, a proceder a invocada excepção de litispendência, pretende que a prova produzida no presente processo crime seja aproveitada, ao abrigo do disposto no artº 522º do C. P. Civil, na acção cível supra referida, onde a esposa do arguido é co-ré, nos termos do artº 28º-A do C. P. Civil⁷⁸

Já o sujeito *por quem* a prova é apresentada pode ser diverso.

Exemplo: o depoimento testemunhal apresentado a requerimento do Ministério Público pode ser novamente usado no processo civil a requerimento do lesado.

⁷⁵ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 418.

⁷⁶ RL 15-Dez-2011/3163/08.3TVLSB.L1-2 (JORGE LEAL).

⁷⁷ RL 8-Mar-2007/1355/2007-6 (OLINDO GERALDES).

⁷⁸ Caso tratado no ac. RP 7-Nov-2001/0010936 (MARQUES SALGUEIRO).

II. Mas também não constitui pressuposto da transportabilidade da prova a identidade — ou, pelo contrário, a sua falta — entre *objectos processuais* das causas em presença. Como nota LEBRE DE FREITAS “o processo em que a prova é invocada *pode ter o mesmo objecto* que aquele em que ela tenha sido produzida”, *maxime*, por aquele ter terminado com absolvição da instância ⁷⁹.

O que há é uma *comunhão*, maior ou menor, entre a base factual que suporta duas ou mais causas, próxima daquela prevista no art. 30º nº 2 primeira parte CPC. Daí ter sido decidido (embora em sede de art. 712º CPC) que “não constitui violação do caso julgado a consagração de factos com base em documentos oriundos de acções apensas, já decididas com trânsito em julgado, entre as mesmas partes a que a causa respeita” (STJ 21-Mai-2009/367/1999.C1.S1 (HÉLDER ROQUE)).

Veja-se o seguinte exemplo (situação “eu tinha dois amores”), retirado do RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVNF.P1 (ANTÓNIO ELEUTÉRIO):

Em acção declarativa ordinária, na qual A pede que seja reconhecido que é titular das prestações por morte, no âmbito dos regimes da Segurança Social, o tribunal (P2), ao abrigo do art. 522º CPC, poderia em abstracto fundamentar as respostas dadas à Base Instrutória recorrendo a prova produzida num outro processo (P1) em que era autora L e réu o demandado em P2 (aquela alegava, também, ter vivido em união de facto com o falecido C e formulava pedido semelhante ao do P2); todavia há um obstáculo: a autora de P2, contra quem a prova foi invocada não era parte no processo P1 cuja prova foi considerada relevante para responder à Base Instrutória de P2 ⁸⁰.

III. Quanto ao *segundo pressuposto*, exige-se o respeito na primeira causa da regra da *audiência contraditória* (cf. art. 517º) — “isto é, a parte tenha sido convocada para os actos de preparação e produção da prova e admitida a neles intervir, independentemente de *ter estado efectivamente presente* e ter tido intervenção efectiva”, no dizer de LEBRE DE FREITAS ⁸¹. Ou seja: “o que importa essencialmente (...) é que, pela notificação, tenha [a parte] sido colocada em condições de poder intervir”, como explicava ALBERTO DOS REIS ⁸²; em condições de se poder *defender* ⁸³. Por isto, se o *réu foi revel* não pode ter lugar a invocabilidade pois não teve lugar o acto processual da audiência contraditória.

⁷⁹ *CPCanot II* cit., 418.

⁸⁰ RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVNF.P1 (ANTÓNIO ELEUTÉRIO)

⁸¹ *CPCanot II* cit., 418. No mesmo sentido, MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, 6ª ed., 2004, 227.

⁸² *CPCanot III* cit., 345.

⁸³ ANTUNES VARELA *et alia*, *Manual* cit., 492, “desde que na produção da prova se tenham concedido às partes as garantias essenciais à sua defesa, nada repugna, com efeito, aceitar que a prova possa ser utilizada contra a mesma pessoa num outro processo”

Ora, no processo penal são dadas ao arguido na produção da prova as garantias essenciais à sua defesa. Como tal cumpre-se o requisito da audiência contraditória sem qual a prova assim produzida não poderia ser emprestada ao processo cível.

IV. Em *terceiro lugar*, esta transportabilidade da prova não pode ter lugar por iniciativa oficiosa do tribunal, mas sempre e somente por “*invocação*” das partes. Trata-se, pois, de uma sua faculdade processual⁸⁴.

Neste sentido, concluiu o ac. RL 16-Jun-2004/8740/2003-4 (DURO MATEUS CARDOSO) que “para que possa operar o disposto no art. 522º-1 do CPC (valor extraprocessual da prova), em que é admissível a intervenção de juízes diversos, a parte que dela queira aproveitar tem de invocar e alegar, no 2º processo, os meios de prova produzidos no 1º processo”.

V. No entanto, não se deve esquecer a eventual atendibilidade oficiosa de factos que o juiz haja conhecido no primeiro processo “por virtude do exercício das suas funções”, ao abrigo do art. 514º nº2 CPC.

Justamente, a este propósito LEBRE DE FREITAS *et alia* escrevem que “*se no mesmo tribunal tiver sido proferida, em processo diverso, mas desfavoravelmente à mesma parte, decisão de facto baseada em depoimentos ou arbitramentos produzidos em audiência contraditória e sem menores garantias processuais, pode o juiz servir-se dos factos que foram objecto de tal decisão*”⁸⁵. Naturalmente que o juiz concreto terá de ser o mesmo nas duas causas: “os factos de que o tribunal se pode servir por deles ter conhecimento no exercício das suas funções, a que alude o n.º 2 do art. 514.º do CPC, são apenas os factos já *julgados* pelo mesmo juiz noutro processo, ficando excluídos os factos julgados [provados] por *juiz diferente* em tribunal diferente” (RP 4-Jan-2011/3492/09.9TBVNG-C. (GUERRA BANHA)).

Abre-se aqui uma porta para a importação oficiosa de prova mas que se deve usar com a maior das cautelas.

Terá de ser sempre com respeito pelos limites ao objecto probatório decorrentes do princípio do dispositivo (cf. art. 264º CPC), pelo dever de fundamentação das decisões (cf. art. 158º CPC) e, necessariamente, com respeito pelo princípio do contraditório, do art. 3º nº 3 CPC. Neste sentido, foi já decidido que ao juiz que quer trazer factos que conheceu em outro processo “não bastando a afirmação que tem/há esse conhecimento, é necessário e indispensável demonstrá-lo” (RL 2-Jul-2009/ 72/1999-8 (CARLA MENDES)).

⁸⁴ RP 19-Out-2010/ RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA)

⁸⁵ *CPCanot* II cit., 399. Na jurisprudência, RL 29-Mai-2008/ 1548/2008-2 (JORGE LEAL).

VI. Finalmente, em *quarto lugar*, há um pressuposto implícito, mas de grande importância: o processo de onde provêm os depoimentos e perícias há-de ser *jurisdicional*. Naturalmente que a circunstância do preceito do art. 522º ser, digamos, *interno* aos procedimentos registos pelo Código de Processo Civil faz esquecer que o preceito não admite, por si, transporte de prova de um “não processo” jurisdicional para um processo jurisdicional.

O *processo penal* é jurisdicional pelo que este requisito está satisfeito.

Mas, pelo contrário, quer o art. 522º, quer o art. 289º nº 4, não são aplicáveis *qual tale* ao *processo disciplinar* médico, já que este reveste natureza administrativa.

Por isso, e similarmente, o ac. RP 15-Mar-2012/6584/09.0TBVNG.P1 (DEOLINDA VARÃO) concluiu que “o processo de averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade previsto nos artºs 202º e seguintes da OTM não é um processo judicial, mas sim um processo administrativo que tem como único objectivo habilitar a formação de um juízo de viabilidade da acção a propor”, pelo que “as declarações nele prestadas – que, ademais, são secretas (artº 203º, nº 1 da OTM) – não implicam presunção de paternidade, nem constituem princípio de prova, não podendo ser atendidas nos presentes autos, em favor ou desfavor de qualquer uma das partes”.

No entanto nada impede, pensamos, que tanto o *conteúdo* da prova apresentada, como a *respectiva valoração* probatória, produzidas administrativamente, possam ser livremente apreciadas pelo juiz cível e como mero princípio de prova.

Precisamente, podemos adoptar a regra decorrente da segunda parte do nº 1 do art. 522º e também enunciada pelo STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPR.T.S1 (MOREIRA ALVES) de que esses elementos probatórios serão livremente apreciados pelo juiz, como mero princípio de prova. Se parte que a apresenta quiser mais e melhor prova, então nessa eventualidade terá repetir a prova.

(Continuação). 3. Segunda regra: manutenção do valor probatório. — A. Enunciado. I. A prova assim transplantada é-o com o seu inerente valor probatório. Isto tanto quanto ao *grau de prova*, como à sua *força probatória*.

Quanto ao **grau de prova**, uma prova *stricto sensu* numa causa é-o ainda em outra.

No entanto, se o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como *princípio de prova*.

Exemplo: os depoimentos produzidos em sede de providência cautelar só podem valer como princípio de prova na acção principal; se a prova pericial tiver sido realizada num processo sumaríssimo, no qual é feito por um único perito (art. 796.º, n.º 5 *in fine*), ela vale apenas como

princípio de prova num processo ordinário, dado que neste último a perícia pode ser realizada por três peritos (art. 569.º, n.º 1)⁸⁶; a produção de prova testemunhal em processo sumaríssimo em que não tenha sido constituído mandatário judicial (cf. art. 796º nº 3) oferece menos garantias do que a produzida em processo ordinário (cf. art. 638º nº 4)⁸⁷; a sentença proferida em acção com processo especial de consignação em depósito (cf. arts. 1024º CPC/1961, em especial o art. 1028º, nº 1 CPC/1961 que mandava seguir o processo sumário, sem possibilidades de intervenção do tribunal colectivo ou de recurso dado o valor da causa nos termos do artº 678º CPC/1961) foi proferida em processo que ofereceu menos garantias que as do segundo processo, acção declarativa com processo comum na forma ordinária⁸⁸

Portanto, esse elemento de prova é “insuficiente, por si só, para provar o facto e só susceptível de o conseguir quando conjugado com outros meios”⁸⁹; *i.e.*, um contributo “sem força autónoma”, mas que vai completar para o resultado de outras provas que seriam insuficientes só por si⁹⁰.

Terá o processo penal garantias inferiores às do processo civil? Não.

II. Quanto ao **valor probatório** a prova emprestada *será tratada como a demais prova do segundo processo*, não sendo nem valorizada, nem desvalorizada⁹¹.

Assim, tanto a prova *testemunhal* como pericial estão sujeitas na causa cível ao princípio da apreciação da prova segundo a livre convicção do juiz do art. 655º o que não muda com o processo ser penal⁹².

Já, por seu lado, a *confissão judicial escrita* (cf. arts. 358º nº1 e 563º) é prova tarifada (força probatória plena) e valerá ainda como tal no segundo processo⁹³. Todavia, no seu caso há que lidar com os efeitos da primeira parte do art. 522º nº 1 CPC a que aludiremos já de seguida.

III. No entanto, haverá uma perda de imediação de prova, em maior ou menor grau no caso dos depoimentos, ainda que *reduzidos a escrito*.

Vale, afinal, o que LEBRE DE FREITAS explica, de modo diferenciado.

Assim, se os *depoimentos tiverem sido gravados ou registados por escrito*, o juiz da segunda causa irá conhecer da reprodução do seu *conteúdo* que “pode valorar de acordo com a sua convicção e tal como faz o tribunal da relação em instância de recurso — incluindo a

⁸⁶ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III* cit., 346.

⁸⁷ *CPCanot II* cit., 419.

⁸⁸ STJ 18-Fev-1999/ 99B040 (SOUSA INÊS).

⁸⁹ *CPCanot II* cit., 419.

⁹⁰ *CPCanot II* cit., 419.

⁹¹ Diversamente, o ac. RP 19-Out-2010/ RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA) entende que fica “sujeita à livre apreciação pelo Julgador, nos termos do art. 655.º do C.P.C.”, por ser prova com eficácia extraprocessual. Identicamente, STJ 20-Mar-2003/02B4563 (ABÍLIO VASCONCELOS).

⁹² Neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III* cit., 344-345.

⁹³ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 419.

possibilidade, paralela à do art. 712º nº 3 CPC, de ouvir a parte ou a testemunha em renovação de depoimento prestado”; também se o relatório pericial dos arts. 586º e 587º nº 3 está escrito ⁹⁴.

Já se *os depoimentos não foram gravados* o juiz só conhecerá o juízo probatório de provado/não provado do quesito, valendo o que se disse preliminarmente sobre a eficácia extraprocessual das decisões probatórias: ficam sujeitos à livre apreciação da prova do juiz no novo processo como *princípio de prova* ⁹⁵.

IV. Ora, justamente, nesse caso a regra de conservação do valor probatório conhece uma expressa excepção legal quanto depoimento de *confissão*: o art. 522º nº 1 primeira parte CPC ressalva o disposto no art. 355º nº 3 CC, ou seja, que “a confissão feita num processo só vale como judicial nesse processo; a realizada em qualquer procedimento preliminar ou incidental só vale como confissão judicial na acção correspondente”. Por isso, a confissão *judicial* produzida numa causa vale como confissão *extrajudicial* em outro processo ou acção.

Esta *despromoção* significa que se originariamente a confissão teve força probatória plena contra o confitente (quando *escrita*, cf. art. 358º nº 1 CC), no novo processo só a poder *manter se tiver sido feita* “feita à parte contrária ou a quem a represente”, nos termos do art. 358º nº 2 CC. Ou seja, e citando LEBRE DE FREITAS, é necessário que “a pessoa a quem a declaração confessoria aproveita tenha sido contraparte do confitente no processo em que a confissão foi produzida” ⁹⁶.

Se não foi assim, ao valer como mera confissão extrajudicial terá a força do documento particular ou autêntico que lhe dê corpo (cf. art. 358º nº1 primeira parte), salvo se não for confissão escrita caso em será de livre apreciação e objecto de confirmação testemunhal se esta não for vedada (cf. art. 358º nºs 3 e 4) ⁹⁷.

V. Por isto, não acompanhamos o ac. RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO EULEUTÉRIO) quando decidiu que “os depoimentos em causa (produzidos no outro processo) estão *sempre* sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova”, por “a respectiva decisão não ter força de caso julgado noutro processo”.

Se for um depoimento confessorio *escrito* (caso em que valeria o art. 358º nº 4 CC) não poderá ser assim, como se acaba de observar.

⁹⁴ *CPCanot* II cit., 418-419.

⁹⁵ *CPCanot* II cit., 418.

⁹⁶ *A confissão* cit., 322-323 e *CPCanot* II cit., 419.

⁹⁷ STJ 15-Mar-2005/ 05A513 (LOPES PINTO).

(Continuação) — B. Exclusão. I. O regime descrito não tem aplicação quando o primeiro processo *tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova* que se pretende invocar, dita o n.º 2 do art. 522.º.

É indiferente se foi anulada *só a respectiva instrução* (anulação *directa*) ou *todo o processo* (anulação *indirecta*) pois neste caso, como escrevia ALBERTO DOS REIS, “anulado o processo, devem considerar-se sem efeitos todos os actos abrangidos pela anulação”⁹⁸, mormente os de prova.

Situações de *anulação directa* da produção de prova em si mesma são, por exemplo, as consideradas no art. 712.º n.º 4 CPC e 410 n.º 2 e 426.º n.º 1 CPP. Situações de *anulação indirecta* da produção de prova são, em especial, as decorrentes do efeito de dominó imposto pelos regimes de nulidades atípicas, *maxime* do art. 201.º n.º 2 CPP⁹⁹.

II. Mas e os casos em que o processo termina por absolvição da instância? Podem ainda as provas ser aproveitadas, ao abrigo do art. 522.º CPC, mas desde que: a respectiva causa de absolvição *não haja sido a nulidade do processo* e o pressuposto processual em falta *não haja tolhido a capacidade probatória da parte*. Ademais temos de ter ainda, em linha de conta, o disposto no art. 289.º n.º 4 CPC.

Por isso, devem considerar-se as diferentes causas que levaram à absolvição da instância:

- a. se foi por *falta de legitimidade*¹⁰⁰ a prova *pode ser aproveitada*;
- b. se foi por *falta de personalidade ou capacidade* houve *de facto* prova produzida em face de uma parte sem condições de defesa; por isso, como já defendia ALBERTO DOS REIS¹⁰¹, a prova *não pode ser aproveitada*;
- c. se foi por *ineptidão da petição* já *não pode ser aproveitada*, pois é anulado todo o processado (cf. art. 193.º n.º 1 CPC);
- d. se foi por *incompetência absoluta*, a prova *pode ser aproveitada*, sem prejuízo do art. 105.º n.º 2 quanto ao aproveitamento dos articulados¹⁰²

Finalmente, se o réu tiver sido absolvido por *qualquer dos fundamentos compreendidos na alínea e) do n.º 1 do art. 288.º CPC, i.e.*, qualquer outra excepção dilatória nominada — *por*

⁹⁸ *CPCanot III cit.*, 346.

⁹⁹ *CPCanot II cit.*, 417.

¹⁰⁰ Mas ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III cit.*, 347, entende que se o réu não apresentou prova por cuidar que seria, precisamente, absolvido da instância por ilegitimidade, “a prova foi produzida sem audiência contraditória”. Ou seja: o réu não se defendeu probatoriamente e deixou que o autor produzisse a prova.

¹⁰¹ *CPCanot III cit.*, 347.

¹⁰² “Se a incompetência só for decretada depois de findos os articulados, podem estes aproveitar-se desde que, estando as partes de acordo sobre o aproveitamento, o autor requeira a remessa do processo ao tribunal em que a acção deveria ter sido proposta”. Esta regra não lida com a questão da admissão e apreciação da prova que pudesse ter sido feita (neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III cit.*, 347; contra, MANUEL DE ANDRADE, *Do processo declarativo II*, 21).

ex., falta de conexão para um dos pedidos cumulados em coligação, falta de constituição de advogado por parte do autor nos processos a que se refere o n.º 1 do art. 32.º CPC, litispendência, caso julgado, preterição do tribunal arbitral necessário, violação de convenção de arbitragem — ou inominada, determina-se no art. 289º n.º4 que “na nova acção que corra entre as mesmas partes podem ser aproveitadas as *provas* produzidas no primeiro processo e têm valor as *decisões* aí proferidas”. Não pode deixar de se notar como aqui se permite uma ampla eficácia extraprocessual porquanto atinente tanto à *produção* de prova como à *avaliação* que o juiz haja feito dessa mesma prova, como aliás já perfunctoriamente assinalámos.

No entanto, este conjunto de soluções respeitantes à absolvição da instância só muito residualmente se poderão configurar na acção penal para efeitos de aproveitamento probatório para o processo civil. Elas pressupõem conceitos e regimes que podem não estar presentes em processo penal.

III. Por outro lado, a possibilidade de prova emprestada também pode ser afastada por regimes especiais.

É o que sucede, até certo ponto, nas providências cautelares, nos termos do art. 383º n.º 4: o julgamento da matéria de facto não tem “qualquer influência no julgamento da acção principal”. O ponto é duvidoso: para TEIXEIRA DE SOUSA há uma inaproveitabilidade absoluta ¹⁰³, mas em nosso entendimento ela abrange o juízo probatório, mas não conteúdo probatório obtido. Este, como já se disse vale como princípio de prova na acção principal, ao abrigo do art. 522º n.º 1 segunda parte CC ¹⁰⁴.

§ 4º Procedimento de invocação de prova emprestada. I. A possibilidade de prova emprestada pressupõe alguma actuação no primeiro processo.

Como bem nota LEBRE DE FREITAS *et alia* foi com consagração legal da possibilidade de gravação da audiência final e dos depoimentos, prevista nos arts. 522º-A e 522º-B, que o preceito passou a ter “condições de aplicação que anteriormente não dispunha” ¹⁰⁵.

No processo civil a parte deveria requerer essa gravação na audiência preliminar (cf. art. 508º-A n.º 1 al. c), no prazo disposto no art. 512º n.º 1 ou no início da audiência final, nos termos do art. 651º n.º 2, sem prejuízo de a gravação poder, ainda, ser determinada officiosamente pelo

¹⁰³ *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997.

¹⁰⁴ Em todo o caso, transporte probatório em sentido inverso tem sido admitido mesmo fora do art. 522º, com fundamento na instrumentalidade entre julgados cautelar e principal: num procedimento cautelar pode ter-se em conta elementos constantes da acção definitiva ou de anterior procedimento cautelar, proposto no domínio da mesma acção principal e em que haja identidade de partes (RL 23-Abr-2008/9242/2008-6 (MANUEL GONÇALVES)).

¹⁰⁵ *CPCanot II*, 2001, 417.

tribunal e nos casos legalmente estatuídos, como no de falta de advogado que não determine o adiamento da audiência (cf. art. 651º nº 5).

No caso, que nos interessa, do processo penal a gravação segue os termos do art. 364º CPP.

II. No segundo processo (processo cível) a prova emprestada — gravação ou registo escrito — será apresentada no momento *normal* em que se faria ou requereria a respectiva produção ¹⁰⁶.

Se for uma *causa autónoma*, a prova deverá acompanhar o respectivo articulado (cf. art. 467º nº 2), ou ser indicada na audiência preliminar (cf. art. 508º-A nº 2 al. a)) ou apresentadas em 15 dias depois da notificação do saneador (cf. art. 512º nº 1).

Exemplo: a parte requer a apreciação de prova testemunhal de causa prévia juntando certidão da prova produzida no primeiro processo. A não admissão, sem fundamento legal válido, da certidão que contém esse elemento probatório, pode determinar a anulação da audiência de julgamento com repetição do julgamento, admitindo-se a prova corporizada nessa certidão ¹⁰⁷

Se for um *pedido cível por adesão*, a prova emprestada deve acompanhar os articulados, conforme o disposto no art. 79º nº 1 CPP.

§ 5º Conclusões finais. O sistema de aproveitamento da prova penal para o processo cível apresenta alguma complexidade.

Antes de mais supõe a aplicabilidade das soluções civis, feitas a pensar no processo civil, para o campo penal. Depois, convocam-se três grupos de normas, com as inerentes dificuldades de articulação: os arts. 289º nº 4, 522º, 674º-A e 674º-B do Código de Processo Civil.

Os arts. 674º-A e 674º-B CPC permitem a eficácia extraprocessual penal das *decisões* probatórias proferidas na sentença penal condenatória e na sentença penal absolutória. No entanto, não se podem descurar as condições e limites dessa eficácia.

Por seu turno, no campo não coberto por aqueles artigos, o art. 522º CPC vem permitir a eficácia extraprocessual penal tão somente da *produção* probatória de depoimentos e

¹⁰⁶ Por isso, quando se faça uso do art. 674º-A “a certidão da sentença crime releva apenas como meio de prova, não havendo lugar à apresentação de articulado superveniente, nem constituindo alteração da causa de pedir” (RL 17-Mai-2007/ 2600/2007-2 (LÚCIA SOUSA)).

¹⁰⁷ RL 8-Jun-2000/0000796 (FERNANDA ISABEL PEREIRA).

arbitramentos. Mais longe o art. 289º nº 4, permitirá uma e outra eficácia no caso restrito de absolvição de instância em sede de art. 288º nº 1 al. e)

O sistema é absolutamente casuístico no plano normativo mas poderá, ainda assim, auxiliar o exercício do direito de acção ou do direito de defesa das partes nas acções de responsabilidade civil médica.



Videogravação da comunicação

ANEXOS

Anexos

Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

Convenção de Oviedo.

Acórdão do Tribunal da Relação - 20/03/2012 (Manuel Marques).

Acórdãos do STJ e das Relações proferidos de 2002 a 2012 sobre temas de responsabilidade civil médica.

Acórdão do STJ - 25/07/1985

Anotação do Dr. Joaquim Alcoforado Saldanha.

O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo e prova pericial)
- Luís Filipe Pires de Sousa.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA**Lei n.º 67/2007**

de 31 de Dezembro

Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º**Aprovação**

É aprovado o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, que se publica em anexo à presente lei e que dela faz parte integrante.

Artigo 2.º**Regimes especiais**

1 — O disposto na presente lei salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa.

2 — A presente lei prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas colectivas de direito público.

Artigo 3.º**Pagamento de indemnizações**

1 — Quando haja lugar ao pagamento de indemnizações devidas por pessoas colectivas pertencentes à administração indirecta do Estado ou à administração autónoma e a competente sentença judicial não seja espontaneamente executada no prazo máximo de 30 dias, o crédito indemnizatório só pode ser satisfeito por conta da dotação orçamental inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) a título subsidiário quando, através da aplicação do regime da execução para pagamento de quantia certa regulado na lei processual civil, não tenha sido possível obter o respectivo pagamento junto da entidade responsável.

2 — O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de o interessado solicitar directamente a compensação do seu crédito com eventuais dívidas que o onerem para com a mesma pessoa colectiva, nos termos do artigo 170.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem necessidade de solicitar previamente a satisfação do seu crédito indemnizatório através da aplicação do regime da execução para pagamento de quantia certa previsto na lei processual civil.

3 — Nas situações previstas no n.º 1, caso se mostrem esgotadas as providências de execução para pagamento de quantia certa previstas na lei processual civil sem que tenha sido possível obter o respectivo pagamento através da entidade responsável, a secretaria do tribunal notifica imediatamente o CSTAF para que emita a ordem de pagamento da indemnização, independentemente de despacho judicial e de tal ter sido solicitado, a título subsidiário, na petição de execução.

4 — Quando ocorra a satisfação do crédito indemnizatório por via do Orçamento do Estado, nos termos do n.º 1, o Estado goza de direito de regresso, incluindo juros

de mora, sobre a entidade responsável, a exercer mediante uma das seguintes formas:

a) Desconto nas transferências a efectuar para a entidade em causa no Orçamento do Estado do ano seguinte;

b) Tratando-se de entidade pertencente à Administração indirecta do Estado, inscrição oficiosa no respectivo orçamento privativo pelo órgão tutelar ao qual caiba a aprovação do orçamento; ou

c) Acção de regresso a intentar no tribunal competente.

Artigo 4.º**Sexta alteração ao Estatuto do Ministério Público**

O artigo 77.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, rectificada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 263, de 14 de Novembro de 1986, e alterada pelas Leis n.ºs 2/90, de 20 de Janeiro, 23/92, de 20 de Agosto, 33-A/96, de 26 de Agosto, 60/98, de 27 de Agosto, e 42/2005, de 29 de Agosto), passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 77.º

[...]

Fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada, mediante acção de regresso do Estado, em caso de dolo ou culpa grave.»

Artigo 5.º**Norma revogatória**

São revogados o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e os artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.

Artigo 6.º**Entrada em vigor**

A presente lei entra em vigor no prazo de 30 dias após a data da sua publicação.

Aprovada em 18 de Outubro de 2007.

O Presidente da Assembleia da República, *Jaime Gama*.

Promulgada em 10 de Dezembro de 2007.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 10 de Dezembro de 2007.

O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.

ANEXO**REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS****CAPÍTULO I****Disposições gerais****Artigo 1.º****Âmbito de aplicação**

1 — A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos

resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

3 — Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

4 — As disposições da presente lei são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

5 — As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

Artigo 2.º

Danos ou encargos especiais e anormais

Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

Artigo 3.º

Obrigações de indemnizar

1 — Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

2 — A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.

3 — A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.

Artigo 4.º

Culpa do lesado

Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

Artigo 5.º

Prescrição

O direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas colectivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498.º do Código Civil, sendo-lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição.

Artigo 6.º

Direito de regresso

1 — O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso.

CAPÍTULO II

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa

SECÇÃO I

Responsabilidade por facto ilícito

Artigo 7.º

Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de direito público

1 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

2 — É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei.

3 — 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.

4 — 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.

Artigo 8.º

Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave

1 — Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com

diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 — Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 — Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

Artigo 9.º

Ilicitude

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.

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

Artigo 10.º

Culpa

1 — 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.

2 — Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.

3 — 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.

4 — Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

SECÇÃO II

Responsabilidade pelo risco

Artigo 11.º

Responsabilidade pelo risco

1 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades,

coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

2 — Quando um facto culposo de terceiro tenha ocorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

CAPÍTULO III

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional

Artigo 12.º

Regime geral

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

Artigo 13.º

Responsabilidade por erro judiciário

1 — Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

Artigo 14.º

Responsabilidade dos magistrados

1 — Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

2 — A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título officioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

CAPÍTULO IV

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa

Artigo 15.º

Responsabilidade no exercício da função político-legislativa

1 — O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, prati-

quem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado.

2 — A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso.

3 — O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.

4 — A existência e a extensão da responsabilidade prevista nos números anteriores são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude.

5 — A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

6 — Quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

CAPÍTULO V

Indemnização pelo sacrifício

Artigo 16.º

Indemnização pelo sacrifício

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS

Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/2007

A Iniciativa Operações de Qualificação e Reinserção Urbana de Bairros Críticos, designada por Iniciativa Bairros Críticos, foi aprovada através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 143/2005, de 7 de Setembro, visando o desenvolvimento de soluções de requalificação urbana através da promoção de programas de intervenção num número restrito de bairros das áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, em que se adoptam e testam soluções

institucionais, procedimentais e tecnológicas inovadoras quanto à concepção, implementação e avaliação da acção pública em áreas urbanas críticas.

Foram assim definidos três programas de intervenção da Iniciativa, incidindo nos bairros da Cova da Moura e do Vale da Amoreira, na área metropolitana de Lisboa, e no bairro do Lagarteiro, na área metropolitana do Porto, a executar por via do estabelecimento de parcerias com diversas entidades institucionalmente e socialmente envolvidas na respectiva execução e criadas as unidades de acção estratégica local.

Essas unidades de acção encontram-se a desenvolver as atribuições que lhes foram cometidas na prossecução dos objectivos da Iniciativa, sob a coordenação do Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P.

A citada Resolução do Conselho de Ministros n.º 143/2005, de 7 de Setembro, delimitou em 2005-2007 o horizonte temporal para a execução dos programas de intervenção em causa, fixando, no seu n.º 20, 31 de Dezembro de 2007 como data do termo da vigência da Iniciativa.

Face ao trabalho que se encontra a ser executado nos bairros objecto da Iniciativa e ao conhecimento agora existente da programação cronológica das acções e projectos a desenvolver, entende o Governo ser essencial criar um horizonte temporal que permita assegurar a continuidade desse trabalho e, como tal, o cumprimento dos objectivos que nortearam a criação da Iniciativa de Qualificação e Reinserção Urbana de Bairros Críticos.

Assim:

Nos termos da alínea g) do artigo 199.º da Constituição, o Conselho de Ministros resolve:

1 — Prorrogar até 31 de Dezembro de 2013 o período de vigência da Iniciativa de Qualificação e Reinserção Urbana de Bairros Críticos, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 143/2005, de 7 de Setembro.

2 — Determinar que a presente resolução produz efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2008.

Presidência do Conselho de Ministros, 20 de Dezembro de 2007. — O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.

Centro Jurídico

Declaração de Rectificação n.º 118/2007

Ao abrigo do disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 162/2007, de 3 de Maio, declara-se que a Portaria n.º 1430/2007, publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 211, de 2 de Novembro de 2007, cujo original se encontra arquivado neste Centro Jurídico, saiu com a seguinte inexactidão que assim se rectifica:

No n.º 1 do artigo 38.º, onde se lê «É permitida a transferência de farmácias instaladas nos municípios que tenham uma capitação superior à prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º para os municípios limítrofes em que a capitação seja inferior» deve ler-se «É permitida a transferência de farmácias instaladas nos municípios que tenham uma capitação inferior à prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º para os municípios limítrofes em que a capitação seja superior».

Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros, 20 de Dezembro de 2007. — A Directora, *Susana Brito*.

Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001
Aprova, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos
Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às
Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os
Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos
Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de
Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem
de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros
em Paris, em 12 de Janeiro de 1998

A Assembleia da República resolve, nos termos da alínea i) do artigo 161.º e do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, aprovar, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998, cujas versões autênticas em língua francesa e inglesa, e tradução em língua portuguesa, seguem em anexo.

Aprovada em 19 de Outubro de 2000.

O Presidente da Assembleia da República, António de Almeida Santos.

CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA
DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E
DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E A
BIOMEDICINA.

Preâmbulo

Os Estados membros do Conselho da Europa, os outros Estados e a Comunidade Europeia, signatários da presente Convenção:

Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948;

Considerando a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950;

Considerando a Carta Social Europeia, de 18 de Outubro de 1961;

Considerando o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966;

Considerando a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de Janeiro de 1981;

Considerando igualmente a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989;

Considerando que o objectivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus membros e que um dos meios para atingir esse objectivo é a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais;

Conscientes dos rápidos desenvolvimentos da biologia e da medicina;

Convencidos da necessidade de respeitar o ser humano simultaneamente como indivíduo e membro pertencente à espécie humana e reconhecendo a importância de assegurar a sua dignidade;

Conscientes dos actos que possam pôr em perigo a dignidade humana pelo uso impróprio da biologia e da medicina;

Afirmando que os progressos da biologia e da medicina devem ser utilizados em benefício das gerações presentes e futuras;

Salientando a necessidade de uma cooperação internacional para que a Humanidade inteira beneficie do contributo da biologia e da medicina;

Reconhecendo a importância de promover um debate público sobre as questões suscitadas pela aplicação da biologia e da medicina e sobre as respostas a fornecer a essas mesmas questões;

Desejosos de recordar a cada membro do corpo social os seus direitos e as suas responsabilidades;

Tomando em consideração os trabalhos da Assembleia Parlamentar neste domínio, incluindo a Recomendação n.º 1160 (1991) sobre a elaboração de uma convenção de bioética;

Resolvidos a tomar, no âmbito das aplicações da biologia e da medicina, as medidas adequadas a garantir a dignidade do ser humano e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa;

acordaram no seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto e finalidade

As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.

Cada uma Partes deve adoptar, no seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efectiva a aplicação das disposições da presente Convenção.

Artigo 2.º

Primado do ser humano

O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.

Artigo 3.º

Acesso equitativo aos cuidados de saúde

As Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.

Artigo 4.º

Obrigações profissionais e regras de conduta

Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto.

CAPÍTULO II

Consentimento

Artigo 5.º

Regra geral

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

Artigo 6.º

Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento

1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo.

2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem

a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos n.os 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5.º

5 - A autorização referida nos n.os 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.

Artigo 7.º

Protecção das pessoas que sofram de perturbação mental

Sem prejuízo das condições de protecção previstas na lei, incluindo os procedimentos de vigilância e de controlo, bem como as vias de recurso, toda a pessoa que sofra de perturbação mental grave não poderá ser submetida, sem o seu consentimento, a uma intervenção que tenha por objectivo o tratamento dessa mesma perturbação, salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde.

Artigo 8.º

Situações de urgência

Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.

Artigo 9.º

Vontade anteriormente manifestada

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

CAPÍTULO III

Vida privada e direito à informação

Artigo 10.º

Vida privada e direito à informação

- 1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.
- 2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.
- 3 - A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2.

CAPÍTULO IV

Genoma humano

Artigo 11.º

Não discriminação

É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético.

Artigo 12.º

Testes genéticos predictivos

Não se poderá proceder a testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.

Artigo 13.º

Intervenções sobre o genoma humano

Uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

Artigo 14.º

Não selecção do sexo

Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

CAPÍTULO V Investigação científica

Artigo 15.º

Regra geral

A investigação científica nos domínios da biologia e da medicina é livremente exercida sem prejuízo das disposições da presente Convenção e das outras disposições jurídicas que asseguram a protecção do ser humano.

Artigo 16.º

Protecção das pessoas que se prestam a uma investigação

Nenhuma investigação sobre uma pessoa pode ser levada a efeito a menos que estejam reunidas as seguintes condições:

- i) Inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável;
- ii) Os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação;
- iii) O projecto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético;
- iv) A pessoa que se preste a uma investigação seja informada dos seus direitos e garantias previstos na lei para a sua protecção;
- v) O consentimento referido no artigo 5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado.

Artigo 17.º

Protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir numa investigação

1 - Nenhuma investigação pode ser levada a efeito sobre uma pessoa que careça, nos termos do artigo 5.º, de capacidade para nela consentir senão quanto estiverem reunidas as seguintes condições:

- i) As condições enunciadas no artigo 16.º, alíneas i) a iv), estejam preenchidas;
- ii) Os resultados da investigação comportarem um benefício real e directo para a sua saúde;
- iii) A investigação não possa ser efectuada com uma eficácia comparável sobre sujeitos capazes de nela consentir;
- iv) A autorização prevista no artigo 6.º tenha sido dada especificamente e por escrito; e

- v) A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.
- 2 - A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, uma investigação cujos resultados não comportam um benefício directo para a saúde da pessoa envolvida pode ser autorizada se estiverem reunidas as condições enunciadas nas alíneas i), iii), iv) e v) do anterior n.º 1, bem como as seguintes condições suplementares:
- i) A investigação tenha como finalidade contribuir, através de uma melhoria significativa do conhecimento científico do estado de saúde da pessoa, da sua doença ou perturbação, para obtenção, a prazo, de resultados que permitam um benefício para a pessoa em causa ou para outras pessoas do mesmo grupo etário ou que sofram da mesma doença ou perturbação ou apresentando as mesmas características;
 - ii) A investigação apenas apresente um risco mínimo, bem como uma coacção mínima para a pessoa em questão.

Artigo 18.º

Pesquisa em embriões in vitro

- 1 - Quando a pesquisa em embriões in vitro é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião.
- 2 - A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.

CAPÍTULO VI

Colheita de órgãos e tecidos em dadores vivos para fins de transplante

Artigo 19.º

Regra geral

- 1 - A colheita de órgãos ou de tecidos em dador vivo para transplante só pode ser efectuada no interesse terapêutico do receptor e sempre que não se disponha de órgão ou tecido apropriados provindos do corpo de pessoa falecida nem de método terapêutico alternativo de eficácia comparável.
- 2 - O consentimento previsto no artigo 5.º deverá ter sido prestado de forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial.

Artigo 20.º

Protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir na colheita de um órgão

- 1 - Nenhuma colheita de órgão ou de tecido poderá ser efectuada em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, nos termos do artigo 5.º
- 2 - A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, a colheita de tecidos regeneráveis numa pessoa que careça de

capacidade para prestar o seu consentimento poderá ser autorizada se estiverem reunidas as seguintes condições:

- i) Quando não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento;
- ii) O receptor for um irmão ou uma irmã do dador;
- iii) A dádiva seja de natureza a preservar a vida do receptor;
- iv) A autorização prevista nos n.os 2 e 3 do artigo 6.º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade com a instância competente;
- v) O potencial dador não manifeste a sua oposição.

CAPÍTULO VII

Proibição de obtenção de lucros e utilização de partes do corpo humano

Artigo 21.º

Proibição de obtenção de lucros

O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.

Artigo 22.º

Utilização de partes colhidas no corpo humano

Sempre que uma parte do corpo humano tenha sido colhida no decurso de uma intervenção, não poderá ser conservada e utilizada para outro fim que não aquele para que foi colhida e apenas em conformidade com os procedimentos de informação e consentimento adequados.

CAPÍTULO VIII

Violação das disposições da Convenção

Artigo 23.º

Violação dos direitos ou princípios

As Partes asseguram uma protecção jurisdicional adequada a fim de impedir ou pôr termo, no mais curto prazo, a uma violação ilícita dos direitos ou princípios reconhecidos na presente Convenção.

Artigo 24.º

Reparação de dano injustificado

A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.

Artigo 25.º

Sanções

As Partes prevêem sanções adequadas nos casos de incumprimento das disposições da presente Convenção.

CAPÍTULO IX

Relacionamento da presente Convenção com outras disposições

Artigo 26.º

Restrições ao exercício dos direitos

1 - O exercício dos direitos e as disposições de protecção contidos na presente Convenção não podem ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.

2 - As restrições que constam do número anterior não podem ser aplicadas aos artigos 11.º, 13.º, 14.º, 16.º, 17.º, 19.º, 20.º e 21.º

Artigo 27.º

Protecção mais ampla

Nenhuma das disposições da presente Convenção poderá ser interpretada no sentido de limitar ou prejudicar a faculdade de cada Parte conceder uma protecção mais ampla do que a prevista na presente Convenção, face às aplicações da biologia e da medicina.

CAPÍTULO X

Debate público

Artigo 28.º

Debate público

As Partes na presente Convenção zelam para que as questões fundamentais suscitadas pelo desenvolvimento da biologia e da medicina sejam objecto de um debate público adequado, à luz, particularmente, das implicações médicas, sociais, económicas, éticas e jurídicas pertinentes, e que as suas possíveis aplicações sejam objecto de consultas apropriadas.

CAPÍTULO XI Interpretação e acompanhamento da Convenção

Artigo 29.º

Interpretação da Convenção

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode emitir, para além de qualquer litígio concreto que esteja a decorrer perante uma jurisdição, pareceres consultivos sobre questões jurídicas relativas à interpretação da presente Convenção, a pedido:

Do Governo de uma Parte, após ter informado as outras Partes;

Do Comité instituído pelo artigo 32.º, na sua composição restrita aos representantes das Partes na presente Convenção, por decisão tomada pela maioria de dois terços dos votos expressos.

Artigo 30.º

Relatórios sobre a aplicação da Convenção

Qualquer das Partes deverá fornecer, a requerimento do Secretário-Geral do Conselho da Europa, os esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efectiva de quaisquer disposições desta Convenção.

CAPÍTULO XII

Protocolos

Artigo 31.º

Protocolos

Os Protocolos podem ser elaborados nos termos do disposto no artigo 32.º, com vista a desenvolver, em áreas específicas, os princípios contidos na presente Convenção.

Os Protocolos ficam abertos à assinatura dos signatários da Convenção. Serão submetidos a ratificação, aceitação ou aprovação. Nenhum signatário poderá ratificar, aceitar ou aprovar os Protocolos sem ter, anteriormente ou simultaneamente, ratificado, aceite ou aprovado a Convenção.

CAPÍTULO XIII

Alterações à Convenção

Artigo 32.º

Alterações à Convenção

1 - As tarefas confiadas ao Comité no presente artigo e no artigo 29.º são efectuadas pelo Comité Director para a Bioética (CDBI) ou por

qualquer outro comité designado para este efeito pelo Comité de Ministros.

2 - Sem prejuízo das disposições específicas do artigo 29.º, qualquer Estado membro do Conselho da Europa bem como qualquer Parte na presente Convenção não membro do Conselho da Europa pode fazer-se representar no seio do Comité, quando este desempenhe as tarefas confiadas pela presente Convenção, nele dispondo cada um do direito a um voto.

3 - Qualquer Estado referido no artigo 33.º ou convidado a aderir à Convenção nos termos do disposto no artigo 34.º, que não seja Parte na presente Convenção, pode designar um observador junto do Comité. Se a Comunidade Europeia não for Parte, poderá designar um observador junto do Comité.

4 - A fim de acompanhar a evolução científica, a presente Convenção será objecto de um exame no seio do Comité num prazo máximo de cinco anos após a sua entrada em vigor e, posteriormente, segundo intervalos que o Comité determinará.

5 - Qualquer proposta de alteração à presente Convenção bem como qualquer proposta de Protocolo ou de alteração a um Protocolo, apresentada por uma Parte, pelo Comité ou pelo Comité de Ministros, será comunicada ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que diligenciará pelo seu envio aos Estados membros do Conselho da Europa, à Comunidade Europeia, a qualquer signatário, a qualquer Parte, a qualquer Estado convidado a assinar a presente Convenção nos termos do disposto no artigo 33.º e a qualquer Estado convidado a aderir à mesma, nos termos do disposto no artigo 34.º

6 - O Comité apreciará a proposta o mais tardar dois meses após esta ter sido comunicada pelo Secretário-Geral de acordo com o n.º 5. O Comité submeterá o texto adoptado pela maioria de dois terços dos votos expressos à aprovação do Comité de Ministros. Após a sua aprovação, o texto será comunicado às Partes com vista à sua ratificação, aceitação ou aprovação.

7 - Qualquer alteração entrará em vigor, relativamente às Partes que a aceitaram, no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de um mês após a data em que a referida Parte tenha informado o Secretário-Geral da sua aceitação.

CAPÍTULO XIV Disposições finais

Artigo 33.º

Assinatura, ratificação e entrada em vigor

1 - A presente Convenção fica aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa, dos Estados não membros que participaram na sua elaboração e da Comunidade Europeia.

2 - A presente Convenção será sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação. Os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.

3 - A presente Convenção entrará em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data em que cinco Estados, incluindo pelo menos quatro Estados membros do Conselho da Europa, tenham expressado o seu consentimento em ficar vinculados pela Convenção, em conformidade com as disposições do número anterior.

4 - Para todo o Signatário que expresse ulteriormente o seu consentimento em ficar vinculado pela Convenção, esta entrará em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data do depósito do seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação.

Artigo 34.º

Estados não membros

1 - Após a entrada em vigor da presente Convenção, o Comité de Ministros do Conselho da Europa poderá, após consulta das Partes, convidar qualquer Estado não membro do Conselho da Europa a aderir à presente Convenção, por decisão tomada pela maioria prevista na alínea d) do artigo 20.º, do Estatuto do Conselho da Europa, e por unanimidade dos representantes dos Estados contratantes com direito de assento no Comité de Ministros.

2 - Para qualquer Estado aderente, a Convenção entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data do depósito do instrumento de adesão junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.

Artigo 35.º

Aplicação territorial

1 - Qualquer signatário poderá, no momento da assinatura ou no momento do depósito do seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação, designar o território ou os territórios aos quais se

aplicará a presente Convenção. Qualquer outro Estado poderá formular a mesma declaração no momento do depósito do seu instrumento de adesão.

2 - Qualquer Parte poderá, em qualquer momento ulterior, alargar a aplicação da presente Convenção, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, a qualquer outro território aí designado e relativamente ao qual essa Parte assegure as relações internacionais ou pelo qual se encontra habilitada a estipular. A Convenção entrará em vigor, no que respeita a este território, no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data de recepção da declaração pelo Secretário-Geral.

3 - Qualquer declaração feita ao abrigo dos dois números precedentes poderá ser retirada, no que se refere a qualquer território nela designado, mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral. A retirada produzirá efeitos no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data de recepção da notificação pelo Secretário-Geral.

Artigo 36.º

Reservas

1 - Qualquer Estado e a Comunidade Europeia poderão, no momento da assinatura da presente Convenção ou do depósito do instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.

2 - Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei pertinente.

3 - Qualquer Parte que torne extensiva a um território designado por uma declaração prevista nos termos do n.º 2 do artigo 35.º a aplicação da presente Convenção poderá, para o território em causa, formular uma reserva, em conformidade com o disposto nos números anteriores.

4 - Qualquer Parte que tenha formulado a reserva referida no presente artigo poderá retirá-la mediante uma declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa. A retirada entrará em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data de recepção da declaração pelo Secretário-Geral.

Artigo 37.º

Denúncia

1 - Qualquer Parte poderá, em qualquer momento, denunciar a presente Convenção mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa.

2 - A denúncia produzirá efeitos no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data de recepção da notificação pelo Secretário-Geral.

Artigo 38.º

Notificações

O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará aos Estados membros do Conselho, à Comunidade Europeia, a qualquer signatário, a qualquer Parte e a qualquer outro Estado que tenha sido convidado a aderir à presente Convenção:

- a) Qualquer assinatura;
- b) O depósito de qualquer instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão;
- c) Qualquer data de entrada em vigor da presente Convenção, de acordo com os seus artigos 33.º ou 34.º;
- d) Qualquer alteração ou protocolo adoptado nos termos do artigo 32.º e a data em que essa alteração ou esse protocolo entrar em vigor;
- e) Qualquer declaração formulada ao abrigo das disposições do artigo 35.º;
- f) Qualquer reserva e qualquer retirada da reserva formuladas nos termos do disposto no artigo 36.º;
- g) Qualquer outro acto, notificação ou comunicação atinentes à presente Convenção.

Em fé do que os abaixo assinados, devidamente autorizados para o efeito, assinaram a presente Convenção.

Feito em Oviedo (Astúrias), em 4 de Abril de 1997, em francês e inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral do Conselho da Europa enviará cópias autenticadas a cada um dos Estados membros do Conselho da Europa, à Comunidade Europeia, aos Estados não membros que tomaram parte na elaboração da presente Convenção e a qualquer Estado convidado a aderir à presente Convenção.



<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b9e7b8d793f637ed802579ce004a31ff?OpenDocument>

Acórdãos TRL Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Processo: 1524/11.0TVLSB.L1-1

Relator: MANUEL MARQUES

Descritores: COMPETÊNCIA MATERIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ENTES PÚBLICOS

MÉDICO

INTERVENÇÃO MÉDICA

Nº do Documento: RL

Data do Acórdão: 20-03-2012

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

Sumário: 1. Fundando-se a acção no instituto da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, com base num alegado erro médico cometido por uma médica durante uma intervenção cirúrgica realizada num estabelecimento público de saúde, e tendo sido demandados ambos (a médica e o hospital público), são materialmente competentes para a sua apreciação os tribunais administrativos, nos termos do art. 4º nº 1 alíneas g) e h) do ETAF;

2. A circunstância da ré médica ter transferido para uma companhia de Seguros a sua responsabilidade civil decorrente da actividade profissional através de contrato de seguro e de ter sido requerida a intervenção acessória da seguradora, não é obstáculo à atribuição do conhecimento do litígio aos tribunais da jurisdição administrativa, pois os particulares podem ser demandados nos processos do contencioso administrativo no âmbito de relações jurídico-

administrativas que os envolvam com entidades públicas ou com outros particulares (art. 10.º, n.º 7, do C.PTA).

(Da responsabilidade do Relator)

Decisão Texto Parcial:

Decisão Texto Integral: Acordam na 1ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. A propôs a presente acção declarativa, sob a forma do processo comum ordinário, contra B (.....Maternidade ...) e C , peticionando a condenação solidária destas no pagamento à autora:

- a) uma indemnização por danos morais nunca inferior a €50.000,00;
- b) uma indemnização por danos patrimoniais de €58,79 e as despesas que ainda venham a vencer-se;
- c) e ainda uma quantia do montante de €485,00, a liquidar mensalmente, desde a citação, para a autora fazer face às suas despesas mensais, em virtude de não poder laborar.

Alegou, em síntese, ter no dia 4 de Fevereiro de 2011 realizado cesariana electiva na B, tendo a anestesia sido ministrada pela ré C ; que a epidural foi administrada quando a autora se encontrava deitada e não com as costas arqueadas, como se impunha; que seis horas após o nascimento de sua filha sentiu-se tonta e em desequilíbrio e com fortes dores de cabeça; que apesar das suas queixas, as mesmas foram ignoradas; que no dia 9/02/2011 foi observada por diversos médicos e foi transferida para o Hospital S. José, onde efectuou um TAC craneo-encefálico e onde lhe foi explicado que tinha sido afectada a nível da coluna devido à administração da anestesia epidural; que após foi de novo transferida para a B ; que aí foi observada pela Dra. que referiu à autora que “estava com dores de cabeça fortes, porque necessitava de uma ganza”; que tal a deixou perturbada a nível psicológico, tendo-lhe causado nervos, preocupação e choro; que teve alta clínica a 11/02/2011 mas não se conseguia locomover adequadamente, não conseguindo pegar na sua filha ao colo; que em consequência da má administração da epidural continua com frequentes dores de cabeça e dificuldades de marcha; e que tem tido despesas com a respectiva medicação e encontra-se impossibilitada de laborar.

As rés contestaram, tendo, além do mais, arguido a excepção de incompetência material do tribunal para conhecer do presente pleito, sustentando encontrar-se atribuída essa competência aos tribunais administrativos.

Relativamente à matéria da excepção, alegaram, em suma, que a ré B é um hospital integrado na rede de prestação de cuidados de saúde, com a natureza de estabelecimento público, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial; que prossegue a sua actividade com recurso a funcionários com os quais detém um vínculo jurídico, o que se verifica quanto à sua relação jurídica com a ré médica; que o ETAF determina no artigo 4.º, n.º 1, alínea g) competir aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto questões em que, nos termos

da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público: e que o tribunal é absolutamente incompetente para conhecer do pedido de indemnização civil (artigo 101º do C.P.C.).

Na réplica a autora sustenta que, no âmbito do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e respectivos agentes, fixado pelo Decreto Lei 48 051, de 21/11/1967, e ponderando o disposto no artigo 4º, nº 1, alínea h), do ETAF, os tribunais comuns são materialmente competentes para processar e julgar acções que visem a condenação de um médico no pagamento de indemnização, por prejuízos causados por actuação ilícita na prestação dos cuidados de saúde ao lesado.

Nesse articulado a autora diz ainda que, caso a responsabilidade da médica esteja assegurada por uma apólice de seguro, deverá a respectiva Companhia de Seguros ser chamada a intervir, nos termos do art. 330º do CPC, havendo lugar à intervenção acessória provocada da seguradora que as rés indicarem.

Termina pedindo a que se declare a improcedência da excepção da incompetência e seja chamada a intervir na presente acção a companhia de seguros que assegura a responsabilidade dos serviços prestados pelas Rés, ao abrigo do artigo 331º do Código de Processo Civil.

Através do articulado de fls. 156 e segs. as rés informaram que a ré médica celebrou com a- Companhia de Seguros, SA, um contrato de seguro de responsabilidade profissional.

Pelo despacho de fls. 203/207 decidiu-se declarar a incompetência absoluta do tribunal, em razão da matéria, absolver as rés da instância e, em função dessa decisão, não conhecer do pedido de intervenção acessória da companhia de seguros.

Essa decisão fundou-se, essencialmente, na seguinte fundamentação:

"A questão a apreciar é se o litígio supra descrito se inscreve na área de competência dos tribunais judiciais ou, pelo contrário, dos tribunais administrativos.

(...)

Nos termos do artigo 13º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 1512002, de 19 de Fevereiro, alterada pela Lei nº 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, "o âmbito da jurisdição administrativa e a competência dos tribunais administrativos, em qualquer das suas espécies, é de ordem pública e o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria".

Preceitua o artigo 4º, nº 1, alínea g), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, alterada pelas Leis nºs 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e 107-0/2003, de 31 de Dezembro, que é da competência da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham por objecto "Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional (...)".

Revertendo ao caso concreto, a Ré B é um hospital integrado na rede de prestação de cuidados de saúde, com a natureza de estabelecimento público, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial, em conformidade com o previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 2º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro e, bem assim, no artigo 2º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, que integra o Grupo Hospitalar dos Hospitais Cívicos de Lisboa, no qual foi inserida pela Portaria n.º 147/2001, de 2 de Março.

Estamos perante um estabelecimento público de saúde integrado no Serviço Nacional de Saúde, que presta cuidados de saúde no âmbito da rede de prestadores de cuidados de saúde, isto é, um serviço público.

Enquanto serviço público, a Ré Maternidade prossegue a sua actividade com recurso a funcionários com os quais detém um vínculo jurídico, o que se verifica quanto à sua relação jurídica com a Ré Médica.

A causa de pedir configura uma situação de responsabilidade civil extracontratual, a qual se rege pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

A obrigação de indemnização decorrente do acto médico pode ter por fonte uma relação contratual, uma relação extracontratual ou a ofensa de um direito de personalidade.

A vinculação do hospital público, perante utentes ou terceiros, assume, necessariamente, carácter excepcional.

"Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza extracontratual, 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) " - acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 1422/04.3TBCVL- A.C1, disponível in www.dgsi.pt.

Em sentido idêntico julgaram os acórdãos do STA de 08.07.2004, processo n.º 01129/03), de 20.04.2004, processo n.º 0982/03, e de 16.01.2003, processo n.º 045121, todos in www.dgsi.pt.

A Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, eliminou definitivamente do nosso ordenamento jurídico a dicotomia que durante anos existiu entre actos de gestão pública e actos de gestão privada como critério aferidor do tribunal competente para conhecer de litígios quando fosse parte uma pessoa colectiva de direito público, pelo que nem há que tecer considerações acerca da qualificação jurídica dos actos em apreço.

Do exposto, resulta, com manifesta simplicidade, que a jurisdição comum não tem competência para o julgamento do litígio subjacente à presente acção.

Nem se diga que suscitar a intervenção de uma companhia de seguros altera a causa de pedir, de molde a centrar a competência nos tribunais comuns.

O cerne da questão, a causa de pedir, continuará a ser a responsabilidade civil extracontratual decorrente de um acto de serviço público”.

Inconformada, veio a autora interpor o presente recurso, cujas alegações terminou com a formulação das seguintes conclusões:

I. A Apelante intentou acção declarativa de condenação sob a forma de processo ordinário contra as RR., com vista ao pagamento de uma indemnização por danos sofridos, decorrentes da deficiente prestação de cuidados de saúde pelas Rés, nomeadamente através do instituto da responsabilidade.

II. Conforme se alega na petição inicial, a Ré Médica actuou para com a A., nomeadamente, com falta de cuidado e por forma gravemente negligente, na administração defeituosa de epidural durante o parto da A. que levou a efeito.

III. Mesmo sendo médica, profissional na B, a sua responsabilidade não está excluída, pois devia intervir com o cuidado e a atenção exigíveis para o acto, o que não fez.

IV. Como tal é responsável pelo acto ilícito que cometeu, bem como a seguradora na medida em que para ela se transferiu, pelo menos em parte, a responsabilidade civil derivada da actuação profissional da Ré Médica.

V. Pelo que é o tribunal comum o competente, em razão da matéria, para dirimir o presente pleito.

VI. No âmbito do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e respectivos agentes, fixado pelo Decreto Lei 48 051, de 21/11/1967 (arts. 2º, nº 1 e 3º) e ponderando o disposto no art. 4º, n.º I, alínea h) do ETAF, os tribunais comuns, cuja competência é residual (art. 66º do C.P.C.), são materialmente incompetentes para processar e julgar acções que visem a condenação de um médico no pagamento de indemnização, por prejuízos causados por actuação ilícita na prestação dos cuidados

de saúde ao lesado, quando esse médico agiu no exercício das respectivas funções, enquanto profissional de hospital inserido no Serviço Nacional de Saúde: a competência para apreciação desse pedido pertence aos Tribunais Administrativos.

VII. Deduzindo-se ainda pedido de condenação solidária - até ao limite do capital seguro - contra uma entidade particular, por força de negócio (contrato de seguro) celebrado entre o médico e a sociedade, o Tribunal comum é materialmente competente para apreciar desse pedido, porquanto não tem cabimento interpretar extensivamente a alínea h) do art. 4º do citado diploma, o caso não se integra em nenhuma das demais alíneas desse preceito, e não pode qualificar-se a relação estabelecida entre o médico e a seguradora no âmbito de relação jurídico - administrativa.

Termina pedindo que seja dado provimento ao recurso e, conseqüentemente, revogada a sentença recorrida.

Foram apresentadas contra-alegações, nas quais as rés formularam as seguintes conclusões:

1. A Recorrente delimita objectivamente o presente recurso à decisão do Tribunal a quo quanto ao conhecimento da excepção de incompetência material quanto à Ré Médica pelo que é apenas quanto a essa questão que deve este Tribunal ad quem decidir o presente recurso, sendo que, relativamente ao demais formou-se caso julgado, em especial quanto à Ré Maternidade.

2. Na intervenção acessória para efeitos de exercício do direito de regresso, o terceiro está condicionado a auxiliar o réu na defesa respeitante às questões implicadas pela verificação do direito do autor.

3. A eventual intervenção da Seguradora nos presentes autos estaria condicionada à discussão das questões que importem para a constituição do direito de regresso entre a Ré Médica e a respectiva Seguradora.

4. Tal impõe que, em momento precedente à referida discussão, seja aferida a susceptibilidade do Tribunal a quo apreciar a causa, pois desse pressuposto depende o prosseguimento dos autos e assim a referida discussão.

5. Agiu bem o Tribunal a quo em não conhecer do pedido de chamamento da companhia de seguros pois a competência para apreciação do direito da ora Recorrente à indemnização, fundada no instituto da responsabilidade civil extracontratual, pela prática de actos médicos no âmbito do atendimento como utente em estabelecimento integrante do Serviço Nacional de Saúde, e assim a discussão do direito de regresso da Ré Médica sobre a companhia de seguros, dependente da verificação daquele direito da Autora, aqui Recorrente, à indemnização, estava prejudicada em razão da matéria.

6. Os actos médicos praticados pela Ré Médica na Ré Maternidade, e em cuja ocorrência a ora Recorrente fundou a acção proposta, ocorreram em sede de uma relação jurídica administrativa, ou seja, no exercício de uma actividade destinada a satisfazer a necessidade colectiva de protecção da saúde.

6. Na medida em que o quid disputatum diz respeito a uma relação jurídica administrativa, é à jurisdição administrativa e fiscal que compete apreciar a acção em causa, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do ETAF.

Esteve bem o Tribunal a quo em ter decidido julgar a acção improcedente com fundamento na incompetência absoluta do Tribunal e, assim, em ter absolvido as Rés da instância.

Termina pedindo que o objecto do recurso seja objectiva e subjectivamente delimitado à questão da absolvição da instância das rés e que o mesmo seja julgado improcedente.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

*

II. Nos termos dos art.ºs 684º, n.º 3, e 685º-A, n.º 1, do C. P. Civil, o objecto do recurso acha-se delimitado pelas conclusões da recorrente.

Assim, a questão a apreciar consiste fundamentalmente em saber se para conhecer da presente causa são materialmente competentes os tribunais judiciais ou os tribunais administrativos.

*

III. Da questão de mérito:

Dispõem os arts. 66º do CPC e 18º, n.º 1, da LOTJ, que são da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam especialmente atribuídas a outra ordem jurisdicional.

E prescreve o art. 212º, n.º 3, da CRP que “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Esta disposição consagra uma reserva material de jurisdição atribuída aos tribunais administrativos.

Todavia, é dominante na doutrina e na jurisprudência, a interpretação de que a aludida disposição consagra uma reserva relativa, deixando à liberdade do poder legislativo a introdução de alguns desvios, aditivos ou substractivos, desde que preserve o núcleo essencial do modelo de acordo com o qual o âmbito regra da jurisdição administrativa corresponde à justiça administrativa em sentido material (vide o Ac. T.C. n.º 211/2007 de 21-03-2007, in www.tribunalconstitucional.pt).

Ora, estabelece o art. 4.º/l, alíneas f), g) e h) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (únicas disposições que poderão estar em causa nos autos) que:

1 - Compete aos tribunais de jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto:

f) Questões relativas à interpretação, validade e execução dos contratos de objecto passível de acto administrativo, de contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos específicos do respectivo regime substantivo, ou de contratos em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário que actue no âmbito da concessão e que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público;

g) Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade extracontratual das pessoas colectivas de direito público (...);

h) Responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos”.

Como constitui entendimento pacífico, a competência em razão da matéria deve primacialmente aferir-se pela natureza da relação jurídica tal como o autor a configura na petição inicial, isto é, no confronto entre o pedido formulado e a materialidade que integra a causa de pedir.

Ora, a autora funda a presente acção no instituto da responsabilidade civil por facto ilícito, com base num alegado erro médico na administração da anestesia, por parte da ré médica, ocorrido numa intervenção cirúrgica realizada num estabelecimento público de saúde (na ré B).

Esta última integra os Hospitais Cíveis de Lisboa, mais especificamente, o Grupo Hospitalar do Centro de Lisboa, sendo um estabelecimento público, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira (vide art. 1º da Portaria n.º 147/2001, de 2/3, arts. 1º e 2º do regime jurídico da gestão hospitalar aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8/11 e arts. 1º e 2º da Portaria n.º 172/2011, de 27/04).

A ré B é, pois, um hospital do sector público administrativo, sendo uma pessoa colectiva pública que integra os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde

Ora, 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 – cfr Ac. STA de 9 de Junho de 2011, relatado pelo Cons. Adérito dos Santos, in www.dgsi.pt.

A responsabilidade civil extracontratual emergente dessa prestação de cuidados de saúde está sujeita ao regime estabelecido na Lei n.º 67/2007, de 31/12 (diploma que revogou o D.L. n.º 48051, de 21/11/67), que regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos resultantes, além do mais, do exercício da função administrativa, bem como a responsabilidade civil dos titulares dos órgãos, funcionários, agentes públicos e demais trabalhadores aos serviços das aludidas entidades por danos decorrentes de acções e omissões adoptadas no exercício daquela função (vide art. 1º do regime de responsabilidade civil instituído pelo citado diploma legal).

Ora, é indubitável que o conteúdo da relação estabelecida entre utente e a instituição de saúde, no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, é uma relação especial de direito administrativo e que os actos praticados pela médica em causa, porque dirigidos ao cumprimento de uma atribuição pública, devem ser qualificados como funcionalmente públicos – vide numa situação similar o decidido no Ac. do Tribunal de Conflitos de 30 de Outubro de 2008, relatado pelo Cons Bettencourt de Faria, in www.dgsi.pt.

Assim sendo, tendo a presente acção sido intentada contra uma pessoa colectiva de direito público (a ré B) e contra uma sua agente/trabalhadora (a ré C), e estando em causa um acto ou relação jurídico-administrativa, é manifesto que é da competência da jurisdição administrativa conhecer da matéria dos presentes autos, atento o disposto no artº 4º nº 1 alíneas g) e h) do ETAF

Por último refira-se, por tal questão ter sido chamada à colação pela apelante, que não releva nesta matéria a circunstância da ré médica ter transferido para uma companhia de Seguros a

sua responsabilidade civil decorrente da actividade profissional através de contrato de seguro e da autora ter requerido a intervenção acessória da seguradora.

Efectivamente, e independentemente da autora não ter legitimidade para chamar a intervir a Companhia de Seguros, face ao estatuído no art. 330º, n.º 1, do CPC, a eventual intervenção da mesma não alteraria os dados da questão, tanto mais que a intervenção (acessória) de Companhia Seguradora não significa que seja demandada em plano de igualdade com os entes públicos, ou que ocorra uma situação de litisconsórcio necessário passivo - cfr. Ac. STA de 29/09/2005, em que foi relator António Fernando Samagaio, in www.dgsi.pt

É que o chamado não é devedor no confronto com a autora, nunca podendo ser condenado mesmo que a acção viesse a proceder, sendo apenas titular passivo de uma relação jurídica conexa (acção de regresso) que tem como titular activo a ré médica da causa principal.

Ademais, o facto de ser demandada uma empresa privada – que no caso seria a Seguradora - em conjunto com uma entidade pública não é obstáculo à atribuição do conhecimento do litígio aos tribunais da jurisdição administrativa, pois os particulares podem ser demandados nos processos do contencioso administrativo «no âmbito de relações jurídico-administrativas que os envolvam com entidades públicas ou com outros particulares» (art. 10.º, n.º 7, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Esta norma permite que, quando a relação jurídica controvertida respeitar a várias entidades e tiver natureza administrativa, a acção possa ser proposta contra todos os interessados, mesmo que sejam pessoas de direito privado, desde que estejam envolvidos nessa relação jurídica administrativa, que determina a competência contenciosa dos tribunais administrativos e uma entidade pública seja concomitantemente demandada.

Consequentemente, é de concluir que a competência para conhecer da presente acção cabe aos tribunais administrativos, conforme se decidiu, e bem, em 1ª instância.

(...)

IV. Decisão:

Pelo acima exposto, julga-se improcedente a apelação, confirmando-se a decisão recorrida.

Custas pela apelante.

Notifique.

Lisboa, 20 de Março de 2012

Manuel Marques - Relator

Pedro Brighton - 1º Adjunto

Teresa Sousa Henriques - 2ª Adjunta



Acórdãos do STJ e das Relações proferidos de 2002 a 2012 sobre temas de responsabilidade civil médica

Recolha feita pelo Desembargador Rui Torres Vouga

Atividade Médica

Consentimento

Informado Direito a Não

Nascer Natureza

Contratual Ónus da Prova

Violação Leges Artis

Atividade Médica

A ACTIVIDADE MÉDICA É UMA ACTIVIDADE PERIGOSA NO SENTIDO DO ARTº 493-2 DO CC?

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/7/2006

Processo: 3529/05

Relator: VIRGÍLIO MATEUS

Sumário:

IV. Em Portugal inexistente regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos.

V. O juízo normativo de adequação, que há-de acrescer ao juízo naturalístico da causalidade, deve ter um sentido que se coadune com a espécie de responsabilidade civil em causa, a pré-determinar.

VI. Para que o tratamento consistente em transfusão constitua ofensa à integridade física é necessário que se verifique a falta de algum destes requisitos: qualificação do agente; intenção terapêutica; indicação médica; realização do acto segundo as «leges artis».

VII. Impende sobre o paciente lesado o ónus da prova da ilicitude da transfusão de sangue, ilicitude que não se deve ter por verificada quando o médico assumiu o tratamento com transfusão que se mostrou necessária na sequência de intervenção cirúrgica ao joelho, não se mostrando verificado negativamente algum dos ditos requisitos.

VIII. Provindo o sangue humano a transfundir não de banco de sangue mas de determinado dador, e porque este sangue está fora do comércio, inexistente legislação que sancione os danos resultantes em termos de pura responsabilidade objectiva.

IX. Havendo especial periculosidade pela possibilidade de contaminação viral, a actividade de transfusão de sangue é perigosa para os efeitos do art. 493º n.º2 do Código Civil, que consagra regime de responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada, atenta a específica presunção de culpa.

X. Tendo o serviço médico empregado todas as providências exigidas e em discussão, face ao estado da ciência e da técnica até à data da transfusão, não se pode concluir

em termos de juízo de prognose póstuma que haja responsabilidade pelos danos resultantes da transfusão.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6/5/2008

Processo: 1594/04.7TBLRA.C1

Relator: JAIME FERREIRA

Sumário:

I – Devendo qualquer contrato ser pontualmente cumprido e de acordo com as regras de segurança e de conformidade à prestação acordada, além de no cumprimento dessa obrigação dever-se proceder de boa fé – artºs 406º, nº 1, e 762º, nº 2, ambos do C. Civ. -, sendo certo que no exercício de uma qualquer actividade perigosa (como sucede com a actividade médico-cirúrgica em geral) cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem – artº 493º, nº 2, e 799º, nº 1, do C. Civ. -, quando assim não aconteça fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493º, nº 2, 798º e 800º, nº 1, todos do C. Civ..

II – Tendo ficado provado que a A. sofreu dores desde a intervenção cirúrgica a que foi sujeita nos serviços do Réu, que padeceu fisicamente durante cerca de 2 meses, tendo tido necessidade de ser intervencionada na sequência de uma crise de saúde grave, provocada pela existência de um pano no interior do seu organismo, acto médico no qual foi detectado esse pano e foi o mesmo removido do seu corpo, além de que esteve durante cerca de 2 meses impossibilitada de exercer a sua vida diária de forma normal, tais danos, porque directamente resultantes da “má cirurgia” praticada nos serviços do Réu, carecem de ser reparados ou indemnizados, tanto mais quando não possa deixar de se considerar que houve negligência da equipa cirúrgica do Réu que intervencionou a A..

«Resulta da sentença recorrida que aí foi considerado que “as lesões de que a A. padeceu provieram de um acto ilícito (violador do direito absoluto à saúde) e culposo (culpa grosseira) dos elementos da equipa médica que assistiram a autora..., tendo-se logrado provar que o pano encontrado no interior do corpo da A. foi aí deixado em resultado da operação a que foi submetida no Hospital Réu.

Assim, logrou a A. provar que a equipa médica actuou com negligência grosseira, descurando todos os cuidados exigíveis para a situação em concreto e que seriam de esperar de uma equipa especializada em tais tipos de operações”.

O Réu revela-se contra tal entendimento, defendendo que dos factos dados como assentes “não resulta que as dores e a febre sofridos pela A. após a realização da intervenção cirúrgica no Hospital Réu tenham resultado de uma intervenção médica menos cuidada..., tenham sido consequência de qualquer negligência médica..., (já que) da matéria provada resulta uma actuação por parte do corpo médico e do corpo de enfermagem sem margem para censuras”.

Que “... tendo-se dado como provado que todas as contagens de material foram bem realizadas (durante o cirurgia efectuada pelos seus serviços), não se pode concluir que o pano retirado do corpo da A. no Hospital da Guarda foi aí deixado pela equipa da cirurgia havida no Hospital Réu, já que a A. foi também intervencionada em 1996 a uma histerectomia total”.

Mais defende que “o contrato celebrado entre a A. e o Hospital Réu é um contrato de prestação de serviços, de modo a assegurar à A. os melhores cuidados possíveis, com o fim de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento, salvar ou prolongar a vida e que, com esse objectivo, os médicos devem actuar segundo as exigências das leyes artis e com os conhecimentos científicos existentes à data, actuando de acordo com um dever objectivo de cuidado, tendo os médicos da unidade hospitalar, ora Apelante, actuado de acordo com o supra exposto”.

Pretende o Apelante, em resumo, defender que não ficou provado que o pano repleto de pus retirado do interior do corpo da A., na cirurgia a que foi submetido no Hospital da Guarda, seja proveniente da anterior cirurgia a que a A. foi submetida no Hospital Réu (em 21/06/2001), e que não houve qualquer conduta negligente e censurável por parte do seu corpo cirúrgico que intervencionou a A., donde retira que não ficaram provados os pressupostos de facto conducentes à responsabilização do Réu pelos danos decorrentes desse (eventual) acto.

Porém, afigura-se-nos, com o devido respeito, que o Recorrente carece, em absoluto, de razão ou de fundamentação para essa sua discordância, tal a clareza dos factos apurados e dados como assentes.

Com efeito, desses factos resulta que tendo a A. sido operada em 21/06/2001, no Hospital Réu, a uma anexectomia bilateral (facto supra nº 2), na sequência do mal estar que sentiu e que se seguiu a essa intervenção cirúrgica (factos supra nºs 4, 8, 10, 11, 14 e 23) a A. necessitou de ser submetida a uma nova cirurgia, o que ocorreu no Hospital da Guarda, em 21/08/2001, acto esse em que lhe foi retirado um pano repleto de pus que tinha ficado no interior do seu organismo aquando da anterior operação – factos nºs 16, 17 e 18 supra.

Não se entende, pois, como é que o Réu insiste em desmentir ou em negar o óbvio, o que é manifesto, o que está cabalmente demonstrado nos autos.

Mas o Réu “agarra-se” à questão da cor do pano que foi retirado do corpo da A. para pretender afirmar que esse pano não lhe foi deixado no corpo na cirurgia a que a autora foi submetida nos serviços da Réu,

defendendo que nessa cirurgia foram observados os cuidados ou regras de procedimento a ter ou a cumprir pela equipa cirúrgica e que os panos então utilizados eram de cor azul, não verde.

Mas sem razão, pois que embora tenha sido provado que nos serviços de cirurgia do Réu são utilizados panos azuis (facto supra nº 44), nada nos garante que não possam também ser usados panos verdes e que assim tenha sucedido na cirurgia em causa.

Mas também não é por isso que fica comprometido o facto supra nº 18, já que apesar de no relatório do acto cirúrgico ocorrido no Hospital da Guarda em 21/08/2001 constar que “...constatou-se pano verde intra-abdominal” – facto supra nº 42 -, tal constatação, por si só, não nos diz que esse pano não tivesse sido antes azul e que tenha “desbotado” ou mudado de cor por efeito de ter estado no interior do corpo da autora desde 21/06/2001 até 21/08/2001 (dois meses), sempre em ambiente húmido, com sangue, pus e certamente com mais líquidos (como éter, presume-se) utilizados no decorrer da dita anterior cirurgia, o que decerto retiraria a cor inicial desse pano.

Não é, pois, o teor do dito relatório do acto cirúrgico do dia 21/08/2001, quanto à cor do pano, que põe em causa o facto dado como assente no ponto 18 supra.

Sustenta ainda o Recorrente que a equipa de cirurgia que fez a intervenção à A. nos seus serviços cumpriu com as chamadas “leges artis” desse acto.

Mas, mais uma vez, sem razão, pois que o que apenas ficou provado foi em que é que se traduzem algumas dessas regras, como sejam a de antes de se iniciar qualquer acto cirúrgico deverem ser contadas todas as compressas (e panos, certamente) que vão para a mesa da operação – facto supra nº 32 -, devendo tais peças de pano e compressas ser recontadas após a operação, de modo a confirmar-se que não falta nenhuma – facto supra nº 34 -, cabendo ao médico cirurgião e chefe da equipa inteirar-se, no final do acto cirúrgico, se está tudo em ordem quanto ao material utilizado durante o acto – facto supra 38 -, fechando a cirurgia só depois de obter tal confirmação – facto supra nº 39.

Ora, no presente caso não ficou provado que assim se tenha procedido, como bem resulta das respostas negativas dadas em 1ª instância aos quesitos 40º e 41º da base instrutória (onde se perguntava se, no presente caso, foi isso que sucedeu e se o cirurgião-chefe se certificou de que nenhuma compressa faltava antes de fechar o acto cirúrgico), pelo que não tem razão o Hospital Réu na sua insistência de que tal pano não foi deixado no corpo da A. na cirurgia a que se procedeu nos seus serviços.

E não é pelo facto de também ter ficado provado que “consta das fichas do bloco operatório, quer dos cirurgiões, quer dos enfermeiros, intervenientes no acto cirúrgico, que foi efectuada a contagem das compressas e que não foi detectada qualquer falta” – facto supra 36 -, que tal contagem tenha efectivamente sucedido, o que importaria demonstrar; além de que nessas fichas apenas se faz alusão a “compressas”, não a outros “panos”, como relevaria para a presente abordagem.

E muito menos se compreende ou pode aceitar a sua tese de que esse “pano” terá ficado no interior do corpo da A. desde 5 anos antes (em 1996), aquando de uma primeira intervenção a que foi sujeita em outro hospital – factos supra 40 e 41º -, o que não só decerto não poderia ter sucedido, pelo menos sem

manifestações de dor, como se refere na fundamentação da decisão da matéria de facto, como assim tendo sido dito “pelos médicos ouvidos”.

Além de que mesmo admitindo, teoricamente, tal possibilidade, decerto que aquando da intervenção cirúrgica nos serviços do Réu não deixaria de ser visto tal pano deixado há 5 anos atrás, não se podendo aceitar que assim não devesse ter sucedido, como também foi referido pelo cirurgião que operou a A. no Hospital Réu, conforme fundamentação de fls. 213/214 (onde também se diz que por ele foi referido ser “altamente improvável que o pano encontrado no interior da paciente no hospital da Guarda aí tenha ficado desde a intervenção que esta fez em 1996”).

Face ao que não podemos, de forma alguma, aceitar as questões colocadas pelo Réu/Agravante sobre a realidade que emerge dos factos dados como assentes, isto é, não faz qualquer sentido e até afronta o normal entendimento das “coisas”, salvo o devido respeito, colocar sequer em dúvida que “o pano”, tivesse ele sido azul ou verde, ou de qualquer outra cor, encontrado no interior do corpo da A. na cirurgia de 21/08/2001, aí tivesse sido deixado ou tivesse aí sido esquecido na cirurgia de 21/06/2001, esta efectuada nos serviços do Réu.

Considera-se, pois, como um facto certo e sem margens para dúvidas, que assim sucedeu.

E assim se concluindo, cumpre perguntar se no cumprimento da cirurgia a que o hospital Réu se obrigou perante a A., traduzida esta numa prestação de meios ou de um serviço médico-cirúrgico inerente a esse tipo de intervenção, os serviços cirúrgicos do Hospital Recorrente actuaram de forma censurável, merecedora de críticas, ou se agiram em conformidade com as chamadas “leges artis”.

Ora, perante as já referidas regras ou “práticas” inerentes a cirurgias, como as relativas à contagem dos instrumentos, dos panos, das compressas e de outros “instrumentos” utilizados em cirurgia, com a posterior confirmação dessa contagem antes de ser fechado o acto cirúrgico, o que cumpre que seja devidamente certificado pelo cirurgião-chefe, o que podemos dar como assente é que não ficou provado que, no caso presente, assim tenha sucedido.

E foi precisamente por assim não ter sucedido que aquando do fecho da dita cirurgia não se deu conta da “falta” de um pano cirúrgico utilizado na operação, que, por isso, ficou fechado ou esquecido no interior do corpo da paciente, com as eventuais consequências que daí resultaram e que poderiam ter resultado, designadamente a sua morte, caso tal situação se prolongasse no tempo – facto supra nº 24.

E não pode, também, deixar de se censurar o Hospital Réu pela sua conduta para com a A. ao longo dos dois meses que se seguiram à intervenção cirúrgica nos seus serviços, uma vez que, apesar de a A. se ter sempre queixado de dores pós-operatórias, nunca nesses serviços foram tomadas diligências ou cuidados que tivessem podido socorrer a A. de imediato, como se impunha, o que apenas noutra hospital foi efectuada.

Ora, devendo qualquer contrato ser pontualmente cumprido e de acordo com as regras de segurança e de conformidade à prestação acordada, além de no cumprimento dessa obrigação dever-se proceder de boa fé – artºs 406º, nº 1, e 762º, nº 2, ambos do C. Civ. -, sendo certo que no exercício de uma qualquer actividade perigosa (como sucede com a actividade médico-cirúrgica em geral) cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar

danos a outrem – artº 493º, nº 2, e 799º, nº 1, do C. Civ. -, e quando assim não aconteça fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493º, nº 2, 798º e 800º, nº 1, todos do C. Civ..

Isto porque, em Portugal, não existe um qualquer regime legal próprio ou específico sobre a responsabilidade civil ou penal por actos médico-cirúrgicos e hospitalares.

Conforme escreve o Prof. António Pinto Monteiro, in “Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil”, 1985, pgs.309/310, “... devem ser consideradas interditas quaisquer cláusulas destinadas a limitar ou a excluir uma eventual responsabilidade emergente da actividade médica (lato sensu). São deveres de ordem pública aqueles a que, em regra, o médico está adstrito – tanto relativamente aos cuidados que lhe são exigíveis, como à actualização dos seus conhecimentos e à aplicação dos meios técnicos auxiliares de acordo com a evolução registada pela ciência médica, maxime tratando-se de um especialista (o que significa que será culpado, incorrendo, pois, em responsabilidade, o médico que causar danos por qualquer atitude negligente - nota 704) -, não podendo antecipadamente isentar-se da responsabilidade em que incorrerá, emergente, v. g., de deficientes juízos de diagnóstico, da prescrição de tratamento errado ou inadequado, ou de qualquer descuido ou atitude negligente em intervenções cirúrgicas.

É certo não estar o médico obrigado a mais do que a desenvolver, com o cuidado, a perícia e os conhecimentos que lhe são concretamente exigíveis, e no respeito pelas *leges artis*, esforços no sentido da cura do doente, estando arredado qualquer compromisso quanto ao resultado final. A obrigação do médico constitui, como é sabido, uma típica obrigação de meios, não de resultado.

O que o médico não pode é, por via de cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, sem essas cláusulas, incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituiriam na obrigação de indemnizar o doente, designadamente por qualquer culpa sua ou dos seus auxiliares”.

E a pgs. 312, ainda escreve este autor: «... se o doente se dirigir directamente à clínica, sem qualquer contacto autónomo com o cirurgião, este funcionará como auxiliar da clínica, nos termos do artº 800º, nº 1.

Hipótese esta sobretudo vulgar, tratando-se de um hospital ou de outros estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde.

Parecendo dever afirmar-se (para além da responsabilidade extracontratual) também, em princípio, a responsabilidade contratual da própria organização hospitalar – no quadro da aceitação de um contrato de adesão ou pelo recurso à figura das “relações contratuais de facto -, esta será responsável pelos actos de todo o seu staff: médicos, paramédicos, enfermeiros, etc., sem pôr de parte qualquer deficiência própria resultante de uma “culpa de organização”».

No mesmo sentido pode ver-se Henriques Gaspar, in “A Responsabilidade Civil do Médico”, C. J. 1978, tomo I, pg. 341, onde escreve: “...dúvidas não restam que juridicamente a relação médico-doente haverá de enquadrar-se na figura conceitual de contrato...”.

Também o Prof. Miguel Teixeira de Sousa aponta no referido sentido, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica” – Direito da Saúde e Bioética”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pg. 127, onde escreve: “É contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”.

Também sobre o tema da responsabilidade da administração hospitalar pode ver-se Joaquim da Silva Carneiro, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XIX – 1972, pgs. 123 e segs.

Sobre este tema ainda se pode ver “Responsabilidade Civil dos Médicos – 11”, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, da Coimbra Editora, especialmente as comunicações de Margarida Cortez, de Rafael Vale e Reis, e de Ana Raquel Gonçalves Moniz, respectivamente a pgs. 257, 289 e 317, onde defendem, em resumo, que a actividade de prestação de cuidados médicos ou de saúde em instituições públicas de saúde (sejam elas próprias, delegadas ou até concessionadas) se traduzem em actos de gestão pública, de que pode resultar responsabilidade civil extracontratual da administração pública (por danos causados aos utentes com essa prestação), cujo conhecimento cabe aos Tribunais Administrativos

Ora, dúvidas não restam de que a A. sofreu dores desde a intervenção a que foi sujeita nos serviços do Réu e até à intervenção a que foi sujeita na Guarda, padeceu fisicamente durante esse tempo (cerca de 2 meses) - e não dizemos que sofreu psicologicamente durante esse período de tempo porque nunca a A. chegou a saber ou a ter noção da causa do seu sofrimento físico e do real perigo que a afectava, antes de ser (re)operada em 21/08/1001 -, tendo tido necessidade de ser intervencionada na sequência de uma crise de saúde grave, provocada pela existência de um pano no interior do seu organismo, acto médico no qual foi detectado esse pano e foi o mesmo removido do seu corpo, sendo certo que não pode ter deixado de sentir algum pânico quando soube o que sucedera consigo e o risco por que passou, designadamente de perda de vida, além de que esteve durante cerca de 2 meses impossibilitada de exercer a sua vida diária de forma normal, face ao que tais danos, porque directamente resultantes da “má cirurgia” praticada nos serviços do Réu, carecem de ser reparados ou indemnizados, tanto mais que não pode deixar de se considerar que houve negligência da equipa cirúrgica do Réu que intervencionou a A., como supra se deixou referido.

Donde a obrigação de o Réu indemnizar a A. por esses danos, de natureza não patrimonial, como foi decidido em 1ª instância.

No apontado sentido, entre outros, podem ver-se, entre outros, os seguintes arestos: acórdão da Rel. de Coimbra de 4/04/1995, C. J. ano XX, tomo II, pg. 31; do STJ: acórdão de 22/05/2003, proferido na Revista nº 03P912; acórdão de 18/09/2007, proferido na Revista nº 07A2334, de onde se retiram as seguintes passagens:”da eventual violação das prestações contratuais – cumprimento defeituoso – decorre responsabilidade

de natureza contratual, incidindo sobre o médico a legal presunção de culpa; não estando em causa a prestação de um resultado (a prestação do médico consiste numa obrigação de meios), quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa...; a execução defeituosa ou ilícitude, objectivamente considerada, consiste numa omissão do comportamento devido, consubstanciado na prática de actos diferentes daqueles a que se estava obrigado”; acórdão de 4/03/2008, proferido na Revista nº 08A183 (disponível na Net), do qual consta, designadamente, o seguinte: “Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência (quer a prestação tenha natureza contratual ou não) de actuação que observe os deveres gerais de cuidado.

Tais deveres são comuns, em ambos os tipos de responsabilidade.

Com efeito, o devedor deve actuar segundo as regras da boa prática profissional, pelo que a existência de culpa deve ser afirmada se houver omissão da diligência devida, que a natureza do acto postulava em função dos dados científicos disponíveis.

A violação do contrato acarreta responsabilidade civil – obrigação de indemnizar desde que o devedor da prestação tenha agido voluntariamente, com culpa (*dolo* ou negligência), tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto ilícito culposo e o dano – artº 483º, nº 1, do C. Civ.

O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor – artº 798º C. Civ..

Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do devedor ser pessoalmente censurável ou reprovável. E o juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia como podia ter agido de outro modo.

Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento.

Donde a conclusão de que o presente caso se enquadra nos referidos parâmetros jurídicos, estando provada a ilicitude do acto cirúrgico levado a cabo no Hospital Réu na pessoa do A., presumindo-se a culpa da equipa cirúrgica que a intervencionou, porquanto não foram seguidas, como devia e podia ter acontecido, as regras inerentes a esse acto, supra referidas, donde resulta a responsabilidade contratual do Réu, face à qual deve indemnizar a A. por danos que lhe tenha causado.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008

Processo: 08A3323

Relator: MÁRIO CRUZ

Sumário :

V. As operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen podem enquadrar-se nas actividades perigosas.

«De acordo com o disposto no art. 483.º-1 do CC., *“Aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigada a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”*

O n.º 2 no entanto esclarece que *“Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”*

Decorre daqui que, para haver lugar ao direito á indemnização é necessário provar:

- 1) Que houve a violação de um direito da vítima ou de uma disposição destinada a proteger interesses alheios
- 2) Que essa violação foi ilícita;
- 3) Que essa violação ilícita é imputada ao agente(nexo de imputação do acto ao agente);
- 4) Que houve um dano;
- 5) Que houve um nexo de causalidade entre a violação ilícita do direito e o dano;
- 6) Que houve culpa, a menos que a lei a exclua especificamente.

O ónus da prova desses pressupostos competem ao A., uma vez que nos termos do art. 342.º-1 do CC, são eles constitutivos do direito.

A lei no entanto dispensa o A. lesado de produzir a prova da culpa, se houver presunção legal dela. – art. 487.º-1 do CC.

Ora um dos casos de presunção de culpa é precisamente a da actividade médico-cirúrgica, atenta a natureza de actividade perigosa quer pelo objectivo prosseguido quer pelos meios utilizados – art. 493.º-2 do CC.»

« A partir do momento em que se assentou que o pano deixado no interior do abdómen da A. ocorreu no acto da intervenção cirúrgica realizada no Hospital R., está encontrada, objectivamente, factualidade que leva a concluir, no mínimo, que a equipa do Réu actuou com culpa presumida.



Consentimento Informado

CONSENTIMENTO INFORMADO

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/6/2008

Processo: 4450/2008-2

Relator: EZAGUY MARTINS

«é no plano do dever de informação prévia do médico ao paciente que a doutrina tem sobretudo elaborado.

E, assim, consagrando inclusive o dever de resposta às questões colocadas pelo paciente.

Partindo-se da consideração de que a medicina, como é consabido, é uma actividade de risco.

E, por outro lado, de que, como refere André Gonçalo Dias Pereira,[*In* “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica”, Centro de Direito Biomédico, 11, “Responsabilidade Civil dos Médicos”, Coimbra Editora, 2005, págs. 436 (439-440) e seguintes] “afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio de autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico”.

Sendo que, na insuficiência de tal informação (maxime sobre os riscos) o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude.

Com a conseqüente responsabilidade do médico pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da intervenção arbitrária.

Sem que, no entanto, é dito, se deva concluir automaticamente que, no caso de informação insuficiente, o médico deva responder por todas as conseqüências negativas da intervenção. “Isso seria transformar a responsabilidade por violação do consentimento informado numa forma, algo camuflada, de criar responsabilidade objectiva pelo dano iatrogénico. Ora tal opção...quando assumida em alguns ordenamentos jurídicos passou pelo crivo do legislador e importou uma decisão política estrutural...”. [André Gonçalo Dias Pereira, *Idem*, pág. 458, citando-se os casos da Nova Zelândia, Países escandinavos e, em certa medida, em França]

E de acordo com a teoria dos riscos significativos, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos.

Sem que, no entanto, encontremos na doutrina e jurisprudência nacionais uma resposta unívoca quanto à compreensividade de tal dever de informação.

Como quer que seja, sempre se imporá, que a sua omissão integre violação de dois bens jurídicos, a saber, a liberdade e a integridade física e psíquica, sendo que, estabelecido o nexo de causalidade, apenas os danos ocasionados que caíam no âmbito de protecção do dever de esclarecer merecem ser indemnizados [André Gonçalo Dias Pereira, *Idem*, pág. 496].

E sem prejuízo de, sendo leve a violação de dever de informar, ser de admitir a figura do consentimento hipotético, excludor ou limitativo da indemnização pelos danos resultantes da violação da integridade física e psíquica.[André Gonçalo Dias Pereira, *Idem*, pág. 497].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/3/2010

Processo: 301/06.4TVPRT.P1.S1

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

II - O consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou.

III - Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

IV - Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse seu ónus se acaso a doente provasse por si própria que outros caminhos havia, possíveis ou mais adequados, de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre poderia ser o mesmo, ou que outros especiais riscos podia correr.

V - Não tendo a autora feito prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento intervenção, não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas diferentes possibilidades.



Direito a Não Nascer

DIREITO À VIDA

DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA

DIREITO A NÃO NASCER

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/6/2001

Processo: 01A1008

Relator: PINTO MONTEIRO

Sumário :

VI - Não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus - médico e clínica privada - sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.

VII - O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida.

VIII - O direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.

« Deve desde já dizer-se que, em bom rigor processual-formal, não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir. Efectivamente, o autor pede que os réus sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e ainda na mão direita e fundamenta o pedido na conduta negligente dos réus que não detectaram, durante a gravidez da mãe, as referidas anomalias físicas. Por esse motivo, diz, os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma.

Isto é, o autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais).

Dentro da lógica da argumentação do autor, o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, já que o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado não se encontra na órbita da sua esfera jurídica, mas sim de seus pais.

Se os réus tivessem informado os pais do autor das deficiências físicas existentes, uma de duas soluções se podiam configurar: ou a gravidez era mantida e o autor tinha nascido exactamente com as malformações de que é portador, ou a gravidez era interrompida e o autor não tinha nascido.

Situada a factualidade constante dos articulados neste campo, o direito à indemnização, que se poderá discutir, situar-se-á sempre na titularidade dos pais, que não do autor.

...

O autor imputa aos réus omissão de acção de cuidado, zelo e profissionalismo.

Sendo, na tese do autor, detectável, desde cedo, a malformação, os réus não só não recorreram aos exames e cuidados que se justificavam, como não informaram os pais do autor.

Ora, o dever de informação sobre o prognóstico, diagnóstico e riscos envolventes fez parte dos chamados deveres laterais do contrato médico, consagrados, aliás, no Código Deontológico.

Os réus, ora recorridos, não terão assim respeitado a legis artis, a praxis clínica e, por isso, os pais do menor só terão tido conhecimento da malformação aquando do nascimento do mesmo. Tendo a mãe consultado o médico desde o início da gravidez e tendo feito os exames que lhe foram determinados, teria sido possível saber do estado do feto muito tempo antes.

Acresce, na tese do autor, que se trataria de uma gravidez de risco o que impunha especiais cuidados.

Do que já está dito tem que se concluir que a culpa dos réus assentaria não em não terem conseguido a cura, mas sim no facto de não terem usado todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão necessariamente impõe e com os quais seria possível dar a conhecer aos pais do autor as malformações do agora filho.

O nexo de causalidade estabelece-se assim entre o comportamento do médico e a faculdade que os pais teriam de interromper a gravidez.

Na réplica (artigo 1º) escreve-se textualmente que o pedido se baseia no facto de "não ter havido possibilidade de opção por parte dos pais em poderem optar ou pelo prosseguimento da gravidez ou na sua interrupção". E no nº 2 diz-se que "De facto o médico assistente tem a responsabilidade de informar e acompanhar a gravidez adequada, com diligência, esclarecendo qual o concreto estado daquela".

Significa isto que relativamente aos pais terá sido violada a praxis clínica no que toca à informação, por não terem sido respeitados os cuidados que o acompanhamento médico impunha.

Relativamente ao autor, que é quem formula o pedido, tem que se concluir que aquilo que está em causa é o direito à não existência.

O nosso ordenamento jurídico reconhece e tutela o direito à vida, bem como outros direitos de personalidade (artigo 24º da Constituição da República, artigo 70º e segs. do C. Civil).

O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular de direito o respeite e dado o carácter supremo que a nossa ordem jurídica atribui ao bem da vida humana, não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida, embora admita em certos termos a possibilidade de a pôr em risco. "Daí que seja inválido o consentimento autorizante ou tolerante e mesmo o pedido instante da vítima para outrem lhe causar a morte, bem como qualquer renúncia à própria vida e que não seja lícito o suicídio" - Prof. Capelo de Sousa - "O Direito Geral de Personalidade", pág. 205/206; Prof. Leite de Campos - "Lições de Direito de Personalidade", pág. 59.

Mas mesmo que se admita o direito à não vida, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim sempre o caso concreto ultrapassará esses limites.

O que se questiona, repete-se, é o direito à não existência, no que respeita ao autor.

Os pais teriam, eventualmente, o direito à interrupção da gravidez, mas não é esse direito ou faculdade que aqui se discute, já que o autor é o próprio filho. Este, nos termos em que a problemática é colocada, pode dizer: não queria existir, logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer.

Tal direito, que não encontra consagração na nossa lei, mesmo que exista, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho.

Só este, quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização.

Os poderes deveres que constituem o poder paternal, bem como a representação legal dos pais para suprir a incapacidade de exercício dos filhos, a incapacidade judiciária ou, até onde for possível, a própria incapacidade de gozo, não são bastantes para os pais, em nome do filho, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.

Refere o Prof. Guilherme de Oliveira - "Temas de Direito de Medicina" - 1, pág. 175, que decidindo a mãe procriar, apesar de conhecer a certeza da deficiência durante a gravidez, os pedidos de indemnização formulados pelos filhos contra os pais não têm sido acolhidos pela jurisprudência estrangeira.

Considera-se que existe um direito fundamental de procriar que não pode ser ameaçado pela coerção indirecta à interrupção da gravidez.

Acresce, escreve-se, que "o dano é o prejuízo de viver com a deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo", declarando-se os Tribunais incapazes de fazer tais cálculos.

Embora a problemática aqui colocada diga respeito ao direito que o filho possa ter contra o médico e clínica por errado diagnóstico pré-natal, as considerações continuam a ter valor.

O que pode, refere o mesmo autor - obra citada, pág. 217, é colocar-se o problema de condutas culposas do médico levarem a grávida a acreditar erradamente que o feto está bem e, deste modo, a grávida ficar

impedida de exercer a pretensão da interrupção da gravidez. Mas não é isso que aqui está em causa, como já mencionado.

Diga-se, como nota final, que não são conhecidos casos semelhantes na doutrina ou na jurisprudência portuguesa, encontrando-se referência na citada obra de Guilherme de Oliveira, pág. 215, a decisões de Tribunais dos EUA sobre acções intentadas pelos filhos pelo "dano de ter nascido".

Certo é, porém, que tais acções, afigura-se-nos, só poderão ser intentadas pelos filhos quando a lei vigente lhe conceder o poder de pleitarem por si próprios, o que não é o caso.

Conclui-se assim que a acção, tal como está delineada, não poderia de facto proceder.»

O acto cirúrgico só deveria ter sido encerrado depois de se ter verificado, com todo o cuidado, que no interior do abdómen não havia sido deixado o pano que veio a causar os males que se lhe seguiram e que se relataram.

O R. não conseguiu convencer as instâncias que o referido pano ali não tivesse sido deixado pela sua equipa cirúrgica, ou, dito de outro modo, que o mesmo ali se encontrasse desde há cinco anos antes, deixado numa outra cirurgia (histerectomia total), realizada num outro Hospital (Hospital Sousa Martins)

Estão assim provados todos os pressupostos para a responsabilização civil do R.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/5/2011

Processo: 1224/09.0TJPRT.P1

Nº Convencional: JTRP000

Relator: JOÃO PROENÇA

PRESTAÇÃO DE CUIDADOS FISIÁTRICOS

PERIGO DE DESLIZAMENTO

Sumário:

I - Não se vislumbra onde possa residir a especial perigosidade da actividade de prestação de cuidados fisiátricos e serviços relacionados.

II - Não, certamente, na exposição dos utentes a perigo de deslizamento ao fazer uso das instalações.

III - Esse é um risco que eles correm no interior das suas próprias habitações onde, por via de regra, existem banheiras e bases de chuveiro com superfícies perfeitamente lisas e polidas, bem como divisões com pavimentação de rocha polida ou cerâmica vidrada, onde tem lugar boa parte da estatística dos acidentes por deslizamento e queda (senão mesmo a sua maioria).

IV - Não existe qualquer especificidade de risco, que o evidencie como próprio daquela espécie de actividade, destacando-se do comum das restantes.

«Na tese da recorrente é a da verificação dos requisitos da responsabilidade civil extracontratual por parte das RR., designadamente culpa e nexo de causalidade.

A sentença recorrida considerou que impendia sobre a 2.a Ré presunção legal de culpa por força do disposto no n.º 2 do art.º 493.º do Código Civil, que aquela logrou ilidir, tendo demonstrado que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos, entendimento de que a recorrente diverge, sustentando que não foi ilidida tal presunção de culpa inerente à perigosidade da actividade prestada, não sendo a existência de corrimão e de piso anti-derrapante, “mais do que o cumprimento de normas de segurança”, insuficiente para ilidir tal presunção.

Vejamos.

A obrigação de indemnização que impende sobre a seguradora mede-se pela responsabilidade civil por factos ilícitos do segurado, que está definida no art. 483.º do CC: “aquele que com dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

É usual dizer-se que são elementos constitutivos da mesma: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (Almeida e Costa, Obrigações, 4.ª, 364).

Desde logo a culpa. Esta traduz-se no juízo de responsabilidade, de censura da conduta do agente que podia e devia agir doutro modo e que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade do agente. Pode revestir duas formas: o dolo e a negligência ou mera culpa.

No domínio da responsabilidade civil extracontratual é a figura de culpa em abstracto que a nossa lei substantiva consagra - art. 487.º, n.º 2, do C.Civil (Antunes Varela in Das Obrigações em Geral, 6ª edição, v. 1, pág. 869). O elemento básico da responsabilidade é o facto do agente - um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana -, pois só quanto a factos desta índole têm cabimento a ideia de ilicitude, os requisitos da culpa e a obrigação de reparar o dano, nos termos em que a lei impõe" (Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. 1.º, 471). Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito: o lesante, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, podia e devia ter agido de outro modo (v. Antunes Varela, R.L.J., Ano 102º, 35 e segs.). A culpa exprime, como ensina este Professor (Das Obrigações em geral, vol. 1.º, 9.ª ed. 587), um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente. O lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade do autor, e pode revestir duas formas distintas: o dolo (a que os autores e as leis dão algumas vezes o nome de má fé) e a negligência ou mera culpa (culpa em sentido estrito).

No caso vertente, está apenas em causa esta modalidade de culpa, ou seja, a negligência.

No âmbito da negligência ou mera culpa cabem, em primeiro lugar, os casos em que o autor prevê a produção do facto ilícito como possível, mas por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria crê na sua não verificação, e só por isso não toma as providências necessárias para o evitar (negligência consciente). Ao lado destes, há as numerosíssimas situações em que o agente não chega sequer, por imprevidência, descuido,

imperícia ou inaptidão, a conceber a possibilidade de o facto se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação, se usasse da diligência devida (negligência inconsciente).

O art. 487º, n.º 2, do C. Civil, define a bitola pela qual se mede o grau de culpa do lesante do seguinte modo: "A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso".

A referência expressiva ao bom pai de família (adverte Antunes Varela, *ob. cit.*, 596, nota 3) acentua mais a nota ética ou deontológica do bom cidadão (do *bonus civis*) do que o critério puramente estatístico do homem médio. Quer isto significar que o julgador não estará vinculado às práticas de desleixo, de desmazelo ou de incúria, que porventura se tenham generalizado no meio, se outra for a conduta exigível dos homens de boa formação e de sã procedimento.

No domínio da responsabilidade civil extracontratual cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (art. 487º do Código Civil). Uma das presunções legais de culpa na responsabilidade extra contratual é a que decorre da aplicação do n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, que se reporta ao "exercício de uma actividade perigosa"; quer "por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados", enquanto o n.º 1 do mesmo art.º se refere à omissão do dever de vigilância. Como se disse, o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil contém uma presunção de culpa, só ilidível pelo causador dos danos quando mostre que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as prevenir (cf., a propósito, e entre muitos outros, os Acórdãos do STJ de 28 de Maio de 1974, de 22 de Julho de 1975, de 3 de Fevereiro de 1976 – este tirado em reunião de secções – e de 4 de Maio de 1976 – BMJ, 237-231, 249-480, 254-180 e 257-121, respectivamente, e Assento de 21 de Novembro de 1979 – 06 8004).

A sentença recorrida qualificou como perigosa a actividade, prestada pela 2.ª Ré, de tratamentos de fisioterapia, pela natureza dos meios nela utilizados, na medida em que quer a piscina quer o jacuzzi são locais onde existe perigo de deslizamento. Salvo o devido respeito, tal não basta à qualificação como perigosa de qualquer actividade humana.

O que deve entender-se por actividade perigosa tem sido objecto de algum tratamento jurisprudencial e doutrinário, centrado mais no apreciar de acções concretas do que numa conceptualização geral. Na jurisprudência do Supremo não foi assim havida a condução-circulação automóvel (cfr. Assento de 21 de Novembro de 1979); a actividade de construção civil (v.g., os Acórdãos do STJ de 12 de Fevereiro de 2004 – P.º 3883/03; de 27 de Novembro de 2004 – P.º 25/04), embora se recorde dever atentar-se na fase de construção e no tipo de acto a decorrer aquando do evento (Acórdão do STJ de 10 de Outubro de 2007 – 07S2089). Foram qualificadas como actividades perigosas a manipulação de líquidos corrosivos e o fabrico de explosivos (Ribeiro de Faria – "Direito das Obrigações", I, 1990, 480); o funcionamento de um catterpillar (Acórdão do STJ de 12 de Dezembro de 1995 – CJ/STJ III-3-153); a condução de energia eléctrica em alta tensão por linhas aéreas (Acórdão do STJ de 25 de Março de 2004, Proc. 04 A521).

O critério adoptado foi o de que a qualificação deve ser feita caso a caso e segundo critério naturalístico. Mas deve ser sempre classificada como perigosa quando, em si mesma, ou pelos meios empregues

para a levar a efeito, seja apta para produzir danos. Para além da apreciação casuística, há actividades que notoriamente são perigosas porque, na definição do Prof. Vaz Serra, “criam para os terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade de receber dano, uma probabilidade maior do que a normal noutras actividades” (BMJ 53-387), ou, como refere o Prof. Almeida Costa, por terem ínsita, ou envolverem “uma possibilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes actividades em geral”. (in “Direito das Obrigações”, 5.^a ed., 473).

Feitas estas considerações genéricas, não se vislumbra onde possa residir a especial perigosidade da actividade de prestação de cuidados fisiátricos e serviços relacionados. Não, certamente, na exposição dos utentes a perigo de deslizamento ao fazer uso das instalações. Esse é um risco que eles correm no interior das suas próprias habitações onde, por via de regra, existem banheiras e bases de chuveiro com superfícies perfeitamente lisas e polidas, bem como divisões com pavimentação de rocha polida ou cerâmica vidrada, onde tem lugar boa parte da estatística dos acidentes por deslizamento e queda (senão mesmo a sua maioria). Não existe qualquer especificidade de risco, que o evidencie como próprio daquela espécie de actividade, destacando-se do comum das restantes.

Falha, pois, aqui a especial perigosidade pressuposta pela presunção de culpa estabelecida pelo n.º 2 do art.º 493.º do CC.

Acresce que as próprias condições em que é exercida tal actividade impõem a instalação de degraus de acesso aos equipamentos hídricos com superfície perfeitamente lisa e impermeável, por forma a possibilitar a sua limpeza frequente e conservação da higiene, sendo certo que são pisados por pés descalços. Altamente desaconselhável seria o uso de superfícies irregulares e abrasivas, que raspassem a pele e acumulassem mais água, favorecendo a formação e acumulação de micro-organismos que iam depois contaminar a água do jacuzzi, obrigando ao emprego de doses ainda maiores de cloro, que é uma substância não absolutamente inofensiva e isenta de irritabilidade. Existindo aí um corrimão para garantir um apoio estável do corpo nas manobras de subida e descida, não se vislumbra possa importar a violação de um dever de cuidado a instalação de degraus com superfície deslizante, metálica ou vidrada.

A culminar, demonstrou-se mesmo que a 2.^a Ré fez em locais onde existe perigo de deslizamento um tratamento através da aplicação de um produto químico com propriedades anti-derrapantes. Objecta a recorrente que “a existência de corrimão e piso antiderrapante mais não é do que o cumprimento de normas de segurança”. Será. Mas se a 2.^a Ré, segundo a própria recorrente, deu cumprimento às normas de segurança, com que fundamento irá agora ser responsabilizada pela reparação dos danos?

Existe, assim, na tese da recorrente, uma contradição nos seus próprios termos, im procedendo, manifestamente, as conclusões da apelação.»



Natureza Contratual

NATUREZA CONTRATUAL OU EXTRA-CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/6/2001

Processo: 01A1008

Relator: PINTO MONTEIRO

Sumário :

I - A nossa lei não prevê, no que toca à responsabilidade médica, casos de responsabilidade objectiva, nem casos de responsabilidade civil por factos lícitos danosos - tal responsabilidade assenta na culpa.

II - Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual.

III - Embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto.

«Está em causa a responsabilidade médica, abrangendo-se na expressão a responsabilidade de todos os profissionais de saúde (médicos, paramédicos e restante pessoal hospitalar), uma vez que o evento danoso é, frequentemente, resultado de uma complexa actividade de uma equipa médica - Dr. Álvaro Rodrigues - "Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos" - "Direito e Justiça", pág. 171.

Como é sabido, tal responsabilidade pode ser civil, criminal ou disciplinar, podendo esta última situar-se num plano de tutela de autoridade médica pública ou num plano disciplinar laboral privado.

No caso concreto discute-se a responsabilidade civil.

Tal responsabilidade consiste na necessidade imposta por lei a quem causa danos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão. Actua pois através do surgimento da obrigação de indemnização, tendo esta por fim tornar sem dano o lesado.

No nosso ordenamento jurídico civil a responsabilidade assenta, em princípio, na culpa, só existindo obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei (artigo 483º n° 1 e 2 do C. Civil).

Não obstante se assistir hoje a um incremento dos casos de responsabilidade objectiva ou pelo risco, em parte devido aos progressos técnicos e riscos acrescentados, certo é que não prevê a nossa lei casos de responsabilidade objectiva no que toca à responsabilidade médica.

Igualmente não estão previstos na lei casos de responsabilidade civil por factos lícitos danosos, no que respeita à responsabilidade médica. Não estão assim contempladas situações em que, apesar do carácter conforme ao direito da actuação do sujeito, parece injusto não dar à pessoa sacrificada uma reparação.

A responsabilidade civil médica admite a responsabilidade contratual, ou seja, a que deriva da violação de uma obrigação em sentido técnico e a extracontratual ou aquiliana que resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (no caso direito de personalidade).

Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual.

Não é pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se é admitido o recurso a qualquer uma delas por parte do lesado.

Não se justificando aqui grandes desenvolvimentos, dir-se-á que, maioritariamente, a doutrina e jurisprudência têm entendido que gozando o lesado da tutela contratual e da tutela que deriva da responsabilidade extracontratual, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável.

O Prof. Vaz Serra nos trabalhos preparatórios colocou o problema em termos de ser admitido o concurso de responsabilidades, podendo o credor optar por um ou outro regime e até de acumular regras de uma e outra forma de responsabilidade - BMJ n° 85, pág. 15 e segs.

A verdade é que tal regime não foi consagrado, falando-se hoje, por esse motivo, de uma lacuna voluntária a preencher dentro do quadro valorativo do sistema.

Embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual, da autonomia privada), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual consoante a que julgue mais favorável em concreto - sobre o tema o Prof. Rui Alarcão - "Direito das Obrigações", pág. 209; Prof. Almeida Costa - "Direito das Obrigações", 4a ed., pág. 356 e segs; Prof. Mota Pinto - "Cessão da Posição Contratual", pág. 411; Prof. António Pinto Monteiro - "Cláusulas

Limitativas e Exclusão de Responsabilidade Civil", pág. 425/437, Prof. Miguel Teixeira de Sousa - "O Concurso dos Títulos de Aquisição da Prestação", pág. 136, entre outros.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/4/2007

Processo: 10328/2006-1

Relator: RUI VOUGA

Sumário:

I - Aceite que a regra é a da natureza contratual da responsabilidade médica, fazendo recair sobre o médico a prova da conformidade da sua actuação com as *leges artis*, casos há em que a actuação ilícita do médico, causadora de resultados danosos para o doente, pode configurar uma situação de responsabilidade extracontratual.

« Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS¹, «é hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual»². «Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso»³.

«Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual»⁴. «Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta»⁵. «Tal factualidade é, por si só, bastante para que possa dizer-se, com toda a segurança, que estamos aqui em face

¹ In "Procriação Assistida e Responsabilidade Médica", Coimbra, 1996, pp. 221-222.

² Cfr., também no sentido de que «as relações mais comuns entre médico e doente assumem precisamente **natureza contratual**», ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR ("A responsabilidade civil do médico", in *Colect. de Jurisp^a*, ano III, 1978, p. 341).

³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

dum contrato consensual pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades»⁶.

Também para ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR⁷, «dúvidas não restam que juridicamente [a relação médico-doente] haverá de enquadrar-se na figura conceitual de contrato - negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na comum pretensão de produzir resultado unitário, embora com um significado para cada parte». «Com efeito, verificam-se aqui todos os seus elementos: de um lado a manifestação da vontade do doente no sentido de ser observado e tratado pelo médico, e de outro, a aceitação por este desse encargo, comprometendo-se a desenvolver a actividade idónea para atingir essa mesma finalidade convergente»⁸. «O médico (ou o estabelecimento organizado sob forma comercial para a prestação de assistência, a clínica) aceita prestar ao doente a assistência de que necessite, mediante acordo, pagando este, de seu lado, a retribuição que for devida - muito embora este pagamento não seja elemento essencial»^{9 10}.

A relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade civil dos médicos sustentava-se - segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹¹ - nos seguintes preconceitos:

- « - os direitos e deveres dos médicos resultam apenas da lei e de normas deontológicas;
- a vida e saúde humanas não podem ser objecto de negócios;
- as *operae liberales* não podem, segundo a tradição, ser objecto de relações jurídicas, por representarem a expressão máxima da liberdade dos que as exercem;
- o exercício das profissões liberais é gratuito por natureza; os “honorários” não significariam pagamento, mas um modo de “honrar” e agradecer».

Plausivelmente, «a tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade civil médica estava [antes] ligada a uma certa repugnância em aceitar que o médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não

⁶ *Ibidem*.

⁷ In “A Responsabilidade...” cit., loc. cit.

⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*.

⁹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*.

¹⁰ «O médico desenvolverá, assim, uma actividade positiva e o doente, por seu lado, compromete-se a aceitar e a seguir o plano de tratamento e cuidados traçado pelo médico» (*ibidem*). «Concomitantemente o doente pode assumir o encargo de pagar e o médico adquirir o direito de receber determinada prestação pecuniária a título de honorários, muito embora, como se disse, este elemento não seja essencial ao conteúdo do contrato» (*ibidem*).

¹¹ In “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico”, 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, p. 80.

alcançasse as metas que as expectativas do agente haviam subjectivamente fixado»¹². «Com efeito, dispondo os diversos sistemas jurídicos que “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”¹³, facilmente se compreende a delicadeza de posição - sob o ponto de vista processual - em que o médico ficaria colocado, vendo-se sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor, passaria a recair»¹⁴.

Todavia, esse problema viria a ser superado com a posterior adopção da distinção entre **obrigações de meios e obrigações de resultados**¹⁵. Segundo DEMOGUE¹⁶, «a obrigação que pode recair sobre um devedor não é sempre da mesma natureza». «Pode ser uma obrigação de resultado ou uma obrigação de meios (...)»¹⁷. «Ao invés de prometer-se um resultado, pode ser-se obrigado legal ou convencionalmente a tomar certas medidas que por via de regra são de molde a conduzir a um certo resultado (...)»^{18 19}.

Um exemplo clássico das obrigações do segundo tipo (obrigações de meios) constitui precisamente - segundo MANUEL DE ANDRADE²⁰ - a obrigação contratual do médico. «Embora o doente busque naturalmente, ao recorrer ao médico, a sua cura, a sua saúde perdida - ou que ele lhe evite um estado de doença -, o médico não se obriga à produção de tal resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar-lhe o mal que ele receia; somente se vincula - por outras palavras - a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou tratamentos aptos a curar»²¹. «Só a

¹² JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 223).

¹³ Regra que também vigora entre nós, estando consagrada no art. 799º, nº 1, do Cód. Civil.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. e ob. cit., p. 224.

¹⁶ *Apud* JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 224, nota 8). Contudo, segundo MANUEL DE ANDRADE (*in* “Teoria Geral das Obrigações”, 3ª ed., Coimbra, 1966, p. 411, nota 4), a distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios, conquanto muitas vezes atribuída a DEMOGUE, «em verdade, já antes dele tinha sido formulada na doutrina alemã (BERNHÖFT e FISCHER), embora sob diferente terminologia, e daí passado para a italiana, em nenhum destes países tendo, conseguido, porém, acolhimento apreciável, ao invés do que sucedeu em França».

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Porém - como adverte ANTUNES VARELA (*in* “Das Obrigações em geral”, vol. I, 8ª ed., Coimbra, 1994, p. 87, nota 2) -, «a distinção [entre **obrigações de meios** ou **de pura diligência** e **obrigações de resultado**] «não pode ser levada demasiado longe». «Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube actualizar-se; se o advogado perdeu a acção, porque negligentemente perdeu um prazo ou deixou extraviar documentos, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao **dever geral da diligência** (art. 762º, nº 2 [do Código Civil])» (*ibidem*).

²⁰ *In* “Teoria Geral das Obrigações”, 3ª ed., Coimbra, 1966, p. 414.

²¹ *Ibidem*.

isso se obriga, só por isso responde»²². Por isso, «se o médico tratou como devia o enfermo, sem ter, no entanto, conseguido evitar-lhe a morte, não responde pelo *eventus mortalitatis*, justamente porque cumpriu a sua obrigação, podendo, assim, onde seja o caso de uma relação sinalagmática, exigir ou reter a respectiva contraprestação»^{23 24 25 26}.

Ora, «bem se compreende que o ónus da prova da culpa funcione em termos diversos num e noutro tipo de situação, pois que enquanto no primeiro caso [obrigações de resultado] a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este todavia provar o contrário), no segundo tipo de situações caberá ao credor fazer a demonstração em juízo que a conduta do devedor não foi

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ «Da mesma forma, por ex., quanto à obrigação do mandatário (designadamente do mandatário judicial, *maxime* do advogado) ou do depositário» (MANUEL DE ANDRADE, *ibidem*). «Também aqui o devedor só se obriga a empregar um certo grau de diligência para gerir os negócios do mandante ou para custodiar a coisa do depositante» (*ibidem*).

²⁵ Contra a qualificação como **obrigação de meios** ou **de diligência** da **obrigação de tratamento** que recai sobre o médico pronuncia-se, porém, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*in* “Os Contratos Cíveis...” cit., pp. 110-111). Segundo este autor, tal qualificação poderia, em 1º lugar, constituir elemento de perturbação, à luz do direito português, face à presunção de culpa genericamente estabelecida pelo art. 799º, nº 1, do Código Civil. Em 2º lugar, dificilmente se poderia conciliar a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios com a qualificação do contrato em que se insere como contrato de prestação de serviço, «uma vez que este se tipifica pela obrigação de “proporcionar certo (...) resultado” (art. 1154º)», sendo que «a explicação de que, neste caso, por resultado devem entender-se os próprios meios empregados envolve evidente paradoxo» (*ibidem*). «Por último, não deixa de ser estranho que, tendo o recurso à ideia da obrigação de meios surgido como veículo para explicar que a obrigação do médico se dirige a tratar e não a curar, a expressão se mantenha mesmo depois de ser bem claro que o conteúdo da obrigação se restringe aos tratamentos, aos cuidados de saúde, e não à cura» (*ibidem*). «Ninguém duvida que, na generalidade dos contratos, a prestação principal do médico se dirige a “tratar” e não a “curar”, isto é, que o “resultado” do seu serviço consiste no tratamento e não na cura» (*ibidem*).

FERREIRA DE ALMEIDA considera, por isso, preferível renunciar à distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado, por isso que o conceito de obrigação de meios poderá gerar afinal uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída.

²⁶ Também para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*in* “Sobre 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. 121-144]), melhor do que qualificar a obrigação assumida ou devida pelo médico como uma **obrigação de meios** «será, segundo parece, qualificar essa obrigação como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável». Segundo este Autor (*in loc. cit.*, p. 126), «ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento». Ora, «a responsabilidade civil médica decorre da violação dessa obrigação e pode resultar de várias circunstâncias: - pode suceder que os actos médicos realizados sejam adequados e necessários, mas tenham sido praticados de forma deficiente ou defeituosa; - também pode acontecer que o médico tenha realizado actos desnecessários e inúteis perante o estado clínico do doente; - finalmente, pode verificar-se a omissão de actos necessários e adequados à situação clínica do paciente» (*ibidem*). «De qualquer destas eventualidades podem resultar danos para o paciente, como, por exemplo, a perda de funções orgânicas, a diminuição da qualidade ou da expectativa de vida ou ainda dores e outros sofrimentos psíquicos» (*ibidem*).

conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado»²⁷. Efectivamente, segundo JOÃO ÁLVARO DIAS²⁸, «admitir solução diversa, isto é, fazer recair sobre o devedor (v.g., o médico) a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta (v.g., *leges artis*) abstractamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (a cura, p. ex.), equivaleria a uma quase autêntica impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida»^{29 30}.

Também para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA³¹ - Autor que, como vimos *supra*³², não enfileira pela qualificação da obrigação assumida pelo médico como uma **obrigação de meios**, preconizando antes a qualificação dessa obrigação como uma **obrigação de risco ou de resultado aleatório**, por isso que, segundo ele, «o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e

²⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 225).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cfr., porém, no sentido de que, como «a presunção de culpa do devedor inadimplente se estende ao cumprimento defeituoso (art. 799º, nº 1)», «quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual [apenas] tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artes*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano», CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*in* “Os Contratos Cíveis...” cit., pp. 117-118). «Feita esta prova, o médico (ou a clínica) só se exonera de responsabilidade, se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua» (*ibidem*). De modo que, segundo este Autor, «a pretensa qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios não pode alterar esta repartição do ónus da prova» (*ibidem*). «Ainda que se aceite a distinção entre obrigações de meios e de resultado, não se evita o seguinte dilema: ou se considera que o tratamento defeituoso é desconforme com os “meios” que deveriam ter sido usados, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair o encargo da prova da culpa sobre o lesado, violando ostensivamente a referida presunção legal de culpa» (*ibidem*).

³⁰ Segundo MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*in* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 131-132), «teoricamente, também seria possível defender que a distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica se deveria orientar de acordo com a proximidade da parte relativamente à matéria a provar». Ora, «como nessas acções litigam um não especialista (o doente) e um especialista (o médico), poder-se-ia pensar que, em vez de ser ao doente que caberia a prova de que os deveres médicos não foram respeitados e observados, deveria antes incumbir ao médico demandado a prova do cumprimento e da observância de todos esses mesmos deveres, pois que ninguém melhor do que um especialista pode provar a adequação da sua conduta» (*ibidem*). «Todavia - como logo adverte o mesmo Autor (*in loc. cit.*) -, se, numa primeira apreciação, essa orientação parece atraente e defensável, uma melhor ponderação mostra alguns dos seus inconvenientes». «Na verdade, a oneração do médico com a prova do cumprimento dos deveres médicos significa realmente que se presume que, no caso concreto em apreciação no tribunal, esses deveres não foram observados, o que, atendendo especialmente ao carácter aleatório dos resultados do acto médico, constitui uma agravação desnecessária da posição do médico perante o doente, pois que qualquer dano ou lesão seria imputável, em princípio, a uma actuação negligente do médico e só deixaria de assim suceder quando o médico provasse o cumprimento dos seus deveres» (*ibidem*). «Enquanto o doente beneficiaria da presunção de que qualquer resultado indesejável tem origem num erro de diagnóstico ou de terapia, o médico deveria provar o cumprimento de todos os seus deveres ou, pelo menos, demonstrar que os danos ou lesões sofridas pelo doente resultaram de circunstâncias incontrolláveis ou imprevisíveis» (*ibidem*). Ora, «se é certamente indesejável dificultar a posição probatória do paciente através da exigência de uma prova irrefutável e incontroversa da inadequação dos actos médicos, também é com certeza inconveniente partir do princípio de que qualquer dano ou lesão sofrida pelo paciente se deve a uma actuação negligente do médico» (*ibidem*).

³¹ *In* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 136-137.

³² *In* nota 26.

aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável», de sorte que, «ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento» -, muito embora «a presunção de culpa do devedor [estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil] se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, pois que facilmente se aceita que, perante uma situação de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, se presume que o devedor não usou a diligência devida para realizar a prestação a que estava obrigado»³³, «todavia, essa mesma presunção de culpa não se justifica na área da responsabilidade médica». É que «a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional³⁴, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos»³⁵. «Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual»^{36 37 38}.

³³ Efectivamente, «se o devedor não cumpriu, ou não cumpriu devidamente, é porque, em princípio, descuroou a diligência necessária para providenciar à realização da prestação» (*ibidem*). «É esta circunstância, correspondente à normalidade das coisas, que justifica a inversão do ónus da prova da culpa do devedor estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil» (*ibidem*).

³⁴ Na verdade, como bem observa MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*in* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 127), «os deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina». «Isto é, esses deveres do médico não se distinguem daqueles que lhe são impostos por um adequado e correcto desempenho da sua actividade profissional» (*ibidem*).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ De facto, segundo MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*in loc. cit.*), «apesar do concurso entre a responsabilidade contratual e extracontratual, o ónus da prova da culpa do médico determina-se exclusivamente pelo regime daquela responsabilidade delitual, pelo que este último absorve a inversão característica da responsabilidade contratual».

³⁸ De salientar, porém, que, mesmo «no regime da responsabilidade delitual, admite-se uma **inversão do ónus da prova da culpa** quando forem utilizados **meios perigosos**: nesta situação incumbe, conforme se dispõe no art. 493º, nº 2, do Código Civil, a quem os usou provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos causados» (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA *in* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 137 *in fine* e 138). «Suponha-se que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, como, por exemplo, um aparelho de anestesia: neste caso, 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, um defeito de fabrico» (*ibidem*). Também para FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO (*in* “Responsabilidade Médica em Portugal”, B.M.J. nº 332, p. 53), «como no decurso de tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas se utilizam com frequência coisas e instrumentos perigosos, tem plena aplicação esta presunção [de culpa consagrada no art. 493º, nº 2, do Código Civil]. Segundo estes Autores (*in loc. cit.*), «também no domínio contratual se aceita a ideia de uma “**obrigação de segurança**” no que respeita ao bom estado e correcto funcionamento das coisas e instrumentos (em especial, máquinas) empregues».

Superado, assim, o obstáculo no qual radicava a tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade civil dos médicos - a relutância em fazer recair sobre o médico a prova da conformidade da sua actuação com as *leges artis* -, aceita-se hoje consensualmente que a **regra é a da natureza contratual** da responsabilidade médica.

Casos há, porém, «em que a actuação ilícita do médico, causadora de resultados danosos para o doente, pode configurar uma situação de responsabilidade extracontratual»³⁹.

«Assim, p. ex., no caso de um médico prestar assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não conhece ou, de todo, não pode contactar»^{40 41}.

E «o mesmo se diga daquelas situações em que o médico que pratica certo facto lesivo é agente de um serviço público (caso não se aceite a natureza contratual da responsabilidade das instituições e serviços públicos de saúde) ou daquelas outras em que determinada actuação médica, por força da ilicitude do acto e da culpa do agente, configura determinado tipo legal de crime (v.g., ofensas corporais, homicídio negligente, prática ilegal de aborto, revelação de sigilo profissional)»⁴².

«Isto para já não falar dos casos em que o contrato médico é nulo por ilicitude do objecto (v.g., uma intervenção experimental extremamente arriscada sem fim curativo) ou de certas situações de responsabilidade dos médicos perante terceiros ⁴³ (v.g., emissão de um atestado que não corresponde à

³⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 226).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 226 nota 13), «duas situações tipo podem ocorrer: a primeira é a de o médico se deparar face a um doente por força de circunstâncias puramente fortuitas (v.g., ocorrência de um acidente, qualquer que ele seja, no local onde o médico se encontrava); a segunda diz respeito àqueles casos em que é uma terceira pessoa que chama o médico para assistir o inconsciente ou o incapaz», sendo que, «consoante os casos, assim o tratamento jurídico será diferente». «No primeiro caso, recai sobre o médico um verdadeiro dever legal e deontológico de assistência à pessoa que se encontra em perigo, sendo tal omissão passível de procedimento criminal» (*ibidem*). (...) «No caso de ser uma terceira pessoa a alertar o médico para cuidar de quem se encontra em estado de inconsciência ou é incapaz poder-se-ia figurar a actuação desse terceiro como uma verdadeira gestão de negócios, que o próprio doente poderá ou não vir a ratificar» (*ibidem*). «Isto, claro está, na medida em que o terceiro tenha excedido o próprio dever legal que sobre ele também recai de prestar assistência ao doente suscitando a intervenção de uma pessoa qualificada (o médico)» (*ibidem*). «Na limitada medida, porém, em que possa falar-se aqui de uma situação de gestão de negócios, teremos que a responsabilidade do médico será contratual se a gestão for ratificada pelo paciente» (*ibidem*). «Em todos os outros casos (actuação por força de um dever legal ou não ratificação pelo doente) estaremos em face de uma responsabilidade de natureza delitual» (*ibidem*).

⁴² A. e ob. cit., pp. 226 *in fine* a 228.

⁴³ Cfr., também no sentido de que «o médico apenas poderá ser extracontratualmente responsabilizado» «em todos aqueles casos em que, mesmo existindo contrato com o doente, da conduta ilícita e culposa do médico resultem danos para terceiros», ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR (*in* “A responsabilidade...” cit., p. 345). De facto, «estes, como tal, não são partes naquele contrato e daí que só possam ser ressarcidos dos danos eventualmente sofridos, fazendo apelo às regras da responsabilidade extracontratual» (*ibidem*).

verdade ⁴⁴) ou, por fim, de todas aquelas situações em que os danos provocados pelo médico no decurso do tratamento nenhuma conexão funcional têm com ele (v.g., destruição dum quadro provocada pela explosão de uma mistura inflamável manipulada pelo médico, subtracção de valores aquando de uma visita ao domicílio)»⁴⁵.

Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR⁴⁶, «também, e em relação ao [próprio] doente, o médico apenas pode ser responsabilizado extracontratualmente, se a sua actuação, violadora dos direitos do doente e culposa, se processou à margem de qualquer acordo existente entre ambos, o que acontecerá em todos os casos em que o médico actue em situações de urgência que não permitem qualquer hipótese de obter o consentimento, o acordo do doente» ^{47 48}.

⁴⁴ Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR (in “A responsabilidade...” cit., p. 345), «estão neste caso os terceiros a que se referem os arts. 495º e 496º do Cód. Civil - designadamente os referidos no art. 495º, nº 3, os que poderiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem este os prestava no cumprimento de uma obrigação natural - e os familiares referidos no art. 496º, titulares de um direito a indemnização por danos não patrimoniais». «Mas, já diversamente, os familiares do doente que, em caso de morte deste, pretendam, como seus sucessores, a reparação dos danos sofridos por ele em consequência da conduta do médico violadora do contrato, podem socorrer-se dos princípios próprios da responsabilidade contratual» (*ibidem*).

⁴⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS in ob. cit., p. 228.

⁴⁶ In “A responsabilidade civil...” cit., p. 345.

⁴⁷ Para este autor, «diferente é a situação em que, apesar da urgência da actuação do médico e da falta de acordo do próprio doente, porque não está em condições de o manifestar, aquele actua, incumbido por parentes ou amigos próximos do doente, que em nome deste contratam com o médico» (loc. cit., nota 35). «Neste caso, a falta de prestação de cuidados gerará responsabilidade contratual» (*ibidem*).

⁴⁸ Ao contrário de MOITINHO DE ALMEIDA - que qualifica esta situação como **gestão de negócios**, daí fazendo derivar as consequências respectivas em matéria de responsabilidade, porquanto considera que, em tais casos, o médico «actua para proteger a vida de terceiros sem que para tal se encontre autorizado» -, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR sustenta não ser «necessário, nem mesmo muito adequado recorrer a esta qualificação» (*ibidem*). «Desde logo porque, contrariamente às hipóteses de gestão de negócios, não se verifica com a intervenção do médico a assunção da direcção de qualquer negócio alheio» (*ibidem*). «Muito diversamente, assume o médico, por via de uma imperiosa determinação legal, imediata e directamente, uma tarefa própria da sua função, e é o cumprimento do dever imposto que preside à sua actuação» (*ibidem*). «Portanto, é por via desse dever legal, e no seu cumprimento, de que se não pode libertar sem sanção, que o médico intervém e não (ou não directamente) no interesse e por conta do doente - muito embora este possa, como reflexo da actuação imposta ao médico, colher os seus benefícios» (*ibidem*). «Como a gestão de negócios, na sua noção legal (art. 464º do Cód. Civil) e doutrinal pressupõe a intervenção espontânea, não autorizada, em princípio mesmo ilícita, pois constitui uma intromissão na esfera jurídica alheia, não pode constituir gestão a intervenção do médico, que lhe é imposta por lei, em que ele tem a obrigação legal de praticar todos os actos exigíveis e possíveis em relação a um doente em perigo» (*ibidem*). «Este dever geral imposto ao médico corporiza-se em forma de lei no art. 66º do EOM [Estatuto da Ordem dos Médicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 40 651, de 21 de Junho de 1956, cujo capítulo IV - arts. 66º a 113º - se considera ainda em vigor, apesar da revogação daquele diploma pelo Decreto-Lei nº 282/77, de 5 de Julho, visto que, muito embora o art. 2º deste diploma disponha que “fica revogado o Estatuto da Ordem dos Médicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 40 651, de 21 de Junho de 1956”, o novo Estatuto - que contém apenas matéria relativa ao próprio organismo Ordem dos Médicos, como tal - incorpora, nas suas disposições transitórias, um preceito - o art. 104º - determinando que “enquanto não forem aprovados os regulamentos e o Código de Deontologia Médica, mantêm-se as disposições legais que regulam a matéria” - que são precisamente aqueles arts. 66º a 113º do Estatuto anterior, ora revogado em bloco] : “seja qual for a sua função ou a sua especialidade, todo o médico deve, salvo caso de força maior, prestar socorros de extrema urgência a um doente ou sinistrado em perigo imediato se outros cuidados médicos lhe não puderem ser facilmente assegurados”» (*ibidem*). «Daqui resulta que, nestas situações de urgência em que o médico actua sem o acordo do

Também para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁴⁹, «a responsabilidade delitual constitui meio exclusivo, quando contrato não haja, e concorre com a responsabilidade contratual, quando o médico viola um direito subjectivo absoluto incidente sobre a vida ou a saúde do paciente». Porém, «a violação de outros direitos, designadamente de natureza patrimonial, só é ressarcível em sede contratual»⁵⁰.

Na mesma linha, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁵¹ sustenta que a responsabilidade civil médica «é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais»; «em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483º, nº 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)».

Em conclusão: «a natureza da responsabilidade médica não é unitária e (...), ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível»⁵².

No caso dos autos, porém, dúvidas não existem de que **entre os Autores, por um lado, e o médico 1º Réu, pelo outro, foi ajustado um verdadeiro contrato.**

Provou-se, efectivamente, que:

a) - *A Rute Francisco era filha dos AA..*

b) - *A Rute Francisco decidiu submeter-se a uma intervenção de lipoaspiração dos culotes, tendo escolhido para realizar a intervenção o R. José Mendia.*

c) - *A Rute Francisco recorreu ao R. José Mendia na sequência de indicações de amigas de que se tratava de cirurgião plástico e na sequência de convicção gerada por este de que estava habilitada para o efeito.*

doente, por imposição de um dever legal, se causar qualquer dano por facto seu, apenas poderá ser chamado a responder civilmente se se verificarem os requisitos e pressupostos próprios da responsabilidade civil extracontratual» (ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, loc. cit., p. 346). «A própria não actuação, a omissão, em si mesma, poderá determinar, verificados os restantes requisitos, a responsabilização do médico» (*ibidem*).

⁴⁹ In “Os Contratos Civis...” cit., loc. cit., pp. 81 *in fine* e 82.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ In “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, p. 127.

⁵² JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. e loc. ultim. citt.*).

d) - Antes da submissão à cirurgia, por indicação do R. José Mendia, a Rute Francisco realizou exames médicos que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção.

e) - A Rute Francisco deu o seu consentimento à operação, cfr. doc. de que se mostra junta cópia a fls. 41, em que assinaladamente se lê o médico informou-me que todos os procedimentos técnicos médico-cirúrgicos são com vista a um bom resultado. Fui também informado, apesar disso, de possíveis complicações no pós operatório, nomeadamente hematomas, cicatrizes alargadas, etc.... Foi-me garantido todo o acompanhamento pelo médico de forma a obter os melhores resultados. Também estou ciente de que o Dr. José Mendia estará ocupado com a cirurgia e que a não ser que seja administrada uma anestesia local, a administração e manutenção da anestesia geral são funções da responsabilidade do anestesista e por isso consinto que me sejam administradas tais anestesia ou outras que o anestesista julgue aconselháveis neste caso.

Assente que entre os pais da falecida RUTE FRANCISCO (ora Autores) e o 1º Réu intercedeu **um verdadeiro contrato**, a eventual **responsabilidade civil** deste R. perante os Autores, pelos danos sobrevindos em consequência da intervenção cirúrgica que aquele realizou na pessoa da filha dos mesmos, assume **natureza contratual.**»

DA NATUREZA EXTRA-CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESISTA

Por força do disposto no art. 800º, nº 1, do Código Civil, «o médico é responsável pelos actos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio»⁵³.

«Daí que se um doente contratar com certo cirurgião a realização de determinada intervenção este é contratualmente responsável pelos actos de todos os elementos da equipa»^{54 55}. «Delitualmente, existe também uma responsabilidade estrita do comitente, desde que o comissário tenha agido com culpa e sob a autoridade daquele (artigo 500º [do Código Civil])»^{56 57}.

⁵³ JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 243).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cfr., também no sentido de que, «se o doente contratou apenas com o cirurgião, este responde pelos actos de todos os membros da equipa, incluindo o anestesista», FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (in “Responsabilidade Médica...” cit., p. 51).

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (*ibidem*).

A ideia que preside à solução de responsabilizar civilmente os médicos pelos actos negligentemente praticados pelos seus auxiliares «é a de que os médicos apenas poderão delegar nos seus auxiliares as incumbências que as suas capacidades permitam levar a bom termo»⁵⁸.

«Em todo o caso (...) a responsabilidade limita-se, no caso do art. 800º, aos actos praticados no cumprimento da obrigação, não abrangendo os praticados por ocasião do cumprimento mas nada tendo a ver com este»⁵⁹. «Por outro lado, atento o disposto na parte final do nº 1, que considera existir responsabilidade do devedor “como se os actos dos ... auxiliares fossem praticados pelo próprio devedor”, deverá considerar-se que se o facto danoso não for imputável ao auxiliar, se ele não tiver culpa, não é o devedor (médico) responsável, a não ser que tenha culpa directa, por ter sido negligente na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe deu ou na forma como acompanhou a sua actuação (arts. 798º, 801º, nº 1, e 500º do Código Civil)»⁶⁰.

De qualquer modo, relativamente aos actos praticados pelo **médico anestesista**, embora «sem excluir liminarmente a possibilidade de um médico poder actuar como auxiliar de outro médico (art. 800º do Código Civil), de molde a responsabilizá-lo pelos actos que o primeiro pratique, a verdade é que não se vê bem que tal qualificação quadre em absoluto à relação cirurgião-anestesista»⁶¹.

Pelo menos **nos casos em que o doente faz questão de ser assistido por determinado profissional especialista em anesthesiologia**, em vez de um outro que alternadamente faz equipa com o cirurgião, «só forçando a realidade das coisas se poderá afirmar que o anestesista é um mero auxiliar do cirurgião»⁶². «Ao contrário, deverá considerar-se que é o próprio anestesista que pessoal e directamente responde pelos danos causados por força de qualquer actuação negligente»⁶³. Efectivamente, «cirurgiões e anestesistas têm áreas bem delimitadas de responsabilidade perante o doente e, por via de regra, nenhum deles controla ou dirige as actividades do outro»⁶⁴. Consequentemente, «os anestesistas são, em princípio, autónomos e (...) o cirurgião não é responsável pelos actos que os primeiros pratiquem»^{65 66}.

⁵⁷ «Normalmente, o anestesista não deverá ser considerado um comissário do cirurgião» (FIGUEIREDO DIAS-SINDE MONTEIRO (*ibidem*). «De qualquer forma, parece ser razoável admitir que um médico possa actuar como comissário de um outro médico» (*ibidem*).

⁵⁸ A. e ob. ultim. citt., p. 244.

⁵⁹ A. e ob. ultim. citt., p. 245.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

⁶² JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

⁶³ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

⁶⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

⁶⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, pp. 243-244).

De resto – segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243)-, «se é verdade poder afirmar-se que, em certos casos, o anestesista não tem qualquer relação com o doente antes da intervenção, na maior parte dos casos vai examiná-lo antes, inteirar-se do seu dossier, recomendar-lhe certas análises». «Forma-se assim entre o médico anestesista e o doente um contrato, por força do qual este último aceita submeter-se aos cuidados que o primeiro se propõe prestar-lhe»⁶⁷.

Aliás – sempre segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243) -, «parece curial considerar que se acaso o médico anestesista, ressalvadas circunstâncias excepcionais, tomasse a seu cargo o doente em plena sala de operações, sem previamente ter tido qualquer contacto com ele e o haver examinado, estaria só por isso a praticar um facto ilícito e culposo, susceptível de o fazer incorrer em responsabilidade por qualquer dano que daí pudesse advir».

De todo o modo, «se não houver qualquer contacto anterior à operação com os colaboradores do cirurgião nem elementos dos quais se deduza que o cirurgião tenha actuado em representação de algum ou de cada um dos outros médicos ou do doente, concluir-se-á que nenhum contrato foi celebrado entre os colaboradores e o doente»^{68 69}.

No caso dos autos, está provado que:

a) - *Em 9-12-1999, a Rute Francisco foi para a sala de operações e sujeita a anestesia local.*

b) - *A administração da anestesia foi realizada com a intervenção R. Rui Bouça, médico anestesista.*

c) - *O R. Rui Bouça é médico com a especialidade de anestesista.*

⁶⁶ «É que qualquer decisão de sinal contrário “não apenas permitiria mas acabaria mesmo por impor que um especialista em determinado campo da medicina – cirurgia – fosse obrigado a supervisionar o modo exacto de actuação de um médico de uma outra especialidade (anestesia) em que os cada vez maiores conhecimentos científicos exigem uma perícia cada vez mais acentuada»: tais são os dizeres de uma decisão proferida em 1972 no Estado da Califórnia (*Marvulli v. Elshire*, 27 Cal. App. 3 d 180, 103 Cal. Rptr., 461, 1972, a propósito de um caso em que a doente, que estava a ser submetida a um hemorroidectomia, teve uma reacção adversa ao anestésico que estava a ser utilizado (anestesia epidural caudal), decisão essa que merece o apluso de JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p.244, nota 50).

⁶⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS (*in ob. cit.*, p. 243).

⁶⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA *in* “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico” cit., p. 105.

⁶⁹ «Neste caso – ainda segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*, pp. 105-106 -, o anestesista e outros colaboradores do cirurgião deverão ser considerados como auxiliares no cumprimento, cuja escolha é permitida por força dos arts. 1165º (mandato) e 264º, nº 4 (procuração)». Trata-se, todavia, de opinião não consensual na doutrina – como vimos. O que já não suscita controvérsia é que, numa tal hipótese, «só o cirurgião terá um direito contratual à remuneração pelo conjunto dos serviços prestados e só a ele se aplicarão as regras da responsabilidade contratual» (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA *in* “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico” cit., p. 106).

Tudo indicia, pois, que não foi a falecida RUTE FRANCISCO, nem foram os pais desta ora Autores quem fez questão que aquela fosse assistida, em matéria de anestesiologia, pelo médico especialista ora 2º Réu, antes fazendo este habitualmente equipa com o médico ora 1º Réu.

Em todo o caso, e embora, ordinariamente, o cirurgião responda pelos actos do pessoal auxiliar (enfermeiros, instrumentistas, etc), nos termos do cit. art. 800º do Código Civil, o mesmo princípio não vale para o **médico anestesista** ou **outros especialistas** que intervenham em relação de paridade com o cirurgião ⁷⁰. Consequentemente, o ora 2º R., enquanto médico especializado em anestesiologia, responde autonomamente, perante os AA., pelos actos por si praticados.

E, como tudo indicia que **ele não examinou a RUTE FRANCISCO antes da intervenção cirúrgica a que esta ia submeter-se**, antes tomou a seu cargo a doente em plena sala de operações, sem previamente ter tido qualquer contacto com ela e a haver examinado, a sua responsabilidade civil por quaisquer danos advenientes da sua actuação dentro da sala de operações é, portanto, de índole **extra-contratual** ou **aquiliana**.

Isto porque – como defende MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁷¹ - a responsabilidade civil médica «é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais»; mas, «em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483º, nº 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)».

O que, todavia, não exclui que o médico ora 1º R. responda, perante os AA., pelos danos decorrentes da actuação do médico anestesista ora 2º R..

De facto, tendo sido ele (o ora 1º R.) quem tomou a iniciativa de incluir o médico anestesista ora 2º R. na equipa médica ou cirúrgica que se ocupou da realização da cirurgia a que foi submetida a RUTE FRANCISCO, sempre lhe poderão ser imputados os danos provocados por aquele membro da sua equipa ⁷².»

⁷⁰ Cfr., neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA *in* “Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso”, 2006, p.117.

⁷¹ *In* “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, p. 127.

⁷² Cfr., no sentido de que parece, em muitos casos, aceitável que ao cirurgião possam ser imputados os danos que foram provocados por algum elemento da sua equipa, mesmo que não se saiba por quem, MANUEL CARNEIRO DA FRADA *in* “Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso”, 2006, p.117.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007

Processo: 07A3426

Relator: RUI MAURICIO

Sumário :

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

II - São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexó de causalidade entre o facto e o dano.

«É consabido que a responsabilidade civil pode assumir tanto a modalidade de responsabilidade contratual, quando provém da “falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei”, como a modalidade de responsabilidade extracontratual, também designada de delitual ou aquiliana, quando resulta da “violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem” - cfr. Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, Vol. I, 10ª Edição, pág. 519.

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

A responsabilidade civil extracontratual está prevista nos arts. 483º e segs. do Código Civil, sendo a contratual tratada nos arts. 798º e segs. do mesmo diploma. De harmonia com o disposto no nº 1 daquele primeiro preceito legal, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos

resultantes da violação”, dispondo o citado art. 798º que “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”.

São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o nº 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi nº 2 do art. 799º, ambos do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, “atender-se-á ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade. Ele deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada” - cfr. Moitinho de Almeida, in “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Scientia Jvridica, Tomo XXI - nº 116/117, pág. 332.

O médico, como ensina João Álvaro Dias, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias” - cfr. “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 23.

No presente recurso, está em causa saber se ao médico ora recorrente deve ser imputada responsabilidade pelo facto de na intervenção cirúrgica aludida nos autos e por si efectuada ter sido deixada uma compressa no interior do corpo do A..

Resulta da factualidade assente que: a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho de que o A. foi vítima encontrava-se abrangida por um contrato de seguro de acidentes de trabalho celebrado com a companhia de seguros “DD”, a quem o A. participou esse acidente; por indicação da companhia de seguros, o A. foi submetido a intervenção cirúrgica no Hospital; essa intervenção foi executada pelo R. ora recorrente; e este é médico, na especialidade de ortopedia, desenvolvendo a sua actividade de médico ortopedista naquele Hospital, em regime de prestação de serviços.

Nesta conformidade, tendo o R. actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do A. e que a intervenção cirúrgica ora em causa ocorreu por indicação dessa seguradora, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual, sendo ainda certo que, tal como refere o Tribunal de 1ª instância, “a partir do momento em que o Réu decide intervencionar o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8/1/2008

Processo: 7365/2007-7

Relator: ANA RESENDE

«A relação estabelecida entre o médico que exerce a sua actividade, por conta própria, em termos privados, e o doente que o procura, configura-se como um contrato de prestação de serviços [Contrato que Álvaro da Cunha Rodrigues (*in* “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito de Universidade Católica Portuguesa, Vol. XIV, 2000, Tomo 3, pag. 180) designa por *contrato médico*, referenciando a sua qualificação de contrato socialmente típico, inserido na categoria de um contrato de prestação de serviços, apontada por Carlos Ferreira de Almeida *in* Contratos de Prestação de Serviço Médico], **sendo-lhe assim aplicáveis, em regra, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso as regras relativas à responsabilidade contratual**» [Sem prejuízo de em determinadas situações, a actuação ilícita do médico poder ser causadora de resultados danosos para o doente, que por se consubstanciarem na violação de direitos absolutos, como são os direitos de personalidade, gerar responsabilidade extra-contratual, no acolhimento de uma concepção dualista da responsabilidade civil dos médicos, maioritariamente aceite na doutrina e jurisprudência – Cfr. João Álvaro Dias, *in* obra citada, fls. 226 e segs e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *in* Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilicitude e Culpa, Responsabilidade Civil dos Médicos, 11, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a fls. 129, e seguintes, bem como as múltiplas referências doutrinárias e Jurisprudenciais feitas por aqueles autores].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4/3/2008

Processo: 08A183

Relator: FONSECA RAMOS

Sumário :

I - Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos - art. 1154.º do Código Civil.

«Os autos versam a questão da responsabilidade civil pela prática de acto médico, entendido o conceito como acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas, estando o recorrente de acordo que sobre si impende responsabilidade civil, em virtude do exame a que procedeu, para averiguar se o Autor padecia de cancro na próstata, ter concluído pela existência de tal maligna doença que, foi determinante para a intervenção cirúrgica para extirpação total de tal órgão – prostatectomia total – quando, afinal, o Autor apenas padecia de prostatite (inflamação da próstata e não de cancro).

As partes não dissentem que celebraram um contrato de prestação de serviços – art. 1154º do Código Civil – e assim considerou a decisão recorrida.

Com efeito, o facto do Autor, mediante pagamento de um preço, ter solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, exprime vinculação contratual.

Estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008

Processo: 08A3323

Relator: MÁRIO CRUZ

Sumário :

I. 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.

II. 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.

III. 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.**

IV. **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.**

«Estamos perante uma situação em que a A. demanda um Hospital do Estado, por aí ter sido alegadamente ofendida no seu direito à saúde devido actos de negligência médico-cirúrgica que lhe causaram danos não patrimoniais graves.

A situação coloca-nos perante a responsabilidade civil aquiliana ou extra-contratual, já 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 de cuidados de saúde e a ele recorram, independentemente de um acto de vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados. - arts. 397.º e 405.º do CC.

É no campo da total liberdade de poder decidir entre querer ou não querer prestar um serviço e de o agente lesante se ter colocado na obrigação de o prestar, que se colocaria a hipótese de se entrar no campo da responsabilidade contratual, pelo que, no caso indemnização por recusa, falta ou deficiências de cuidados de serviços de saúde prestados pelo Estado, estamos no âmbito da responsabilidade extra-contratual.

Encaixam-se no âmbito da responsabilidade contratual, no entanto, os actos médico-cirúrgicos prestados em consultórios ou clínicas privadas que laborem à margem de protocolo com o serviço nacional de saúde.- art. 1154.º do CC.

O facto de poder ser exigido algum pagamento pelos actos médicos e cirúrgicos nos hospitais do Estado, em nada descaracteriza a natureza extracontratual da obrigação, uma vez que esse pagamento corresponde a uma taxa moderadora, instituída não com o objectivo de pagar o serviço, mas principalmente com um significado meramente simbólico, de fazer lembrar ao utente que há custos gerais para os contribuintes, correspondendo de algum modo a desincentivar a afluência e assim se evitar o congestionamento dos serviços hospitalares sem verdadeira necessidade, num quadro em que se tem por assente que não pode a instituição hospitalar recusar o serviço solicitado, mesmo com fundamento na falta de pagamento da respectiva taxa.

A responsabilidade civil por danos causados em consequência de actos médico-cirúrgicos a que corresponda a violação da legis artis, quando exigida a Hospitais do Estado, segue portanto o regime jurídico do art. 483.º e ss do CC.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010

Processo: 1364/05.5TBBCL.G1

Relator: FERREIRA DE ALMEIDA

Sumário :

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

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

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

«Tradicionalmente a doutrina era relutante em admitir a natureza (e a fonte) contratual da responsabilidade médica, porquanto repugnava aceitar-se a culpa presumida do médico sempre que o tratamento não houvesse alcançado os objectivos propostos. A regra de que «incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua», comum aos diversos sistemas jurídicos, significava, do ponto de vista processual, colocar o médico na difícil situação de se ver sistemática-mente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor de cuidados ao paciente, passaria a impender - ob. cit. p. 223». Presunção legal essa inversora das regras do encargo da prova, ex-vi do disposto nos art.ºs. 342.º e 344.º, n.º 1, do CC, sendo que a prova (pelo médico) de que a sua actuação não fora desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (v.g. a cura), equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade (prova diabólica) pois que

se teria então de provar uma afirmação negativa de carácter indefinido. «Era, pois, a impossibilidade lógica de fazer recair sobre o médico a presunção de culpa que impedia os tribunais de afirmar a natureza contratual da responsabilidade médica-» (conf. Jean Penneau, in "La Responsabilité Médicale", pp. 48-56»).

O que está na base da presunção de culpa é a constatação da realidade de que só o devedor (obrigado) se encontrará, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efectuar a prestação a que estava vinculado» (cfr., entre nós, acerca da consagração legal de tal presunção de culpa, o n.º 1 do art.º 799.º, do CC e o comentário de Pires de Lima e Antunes Varela, in "Código Civil Anotado", vol. II, 4.ª ed., 1997, pp. 53-55, autores segundo os quais «é esta a solução adoptada na generalidade dos Códigos»).

Aquela sobredita relutância, encontra-se, todavia, já superada, uma vez «é hoje geralmente entendido assumir a responsabilidade médica, em princípio, natureza contratual. Isto sobretudo por mor da adopção (pela doutrina) da distinção classificativa entre «obrigações de meios» e «obrigações de resultado» proposta por Demogue, in "Traité des Obligations", Tomo V, Paris, 1925, n.º 1.237 e Tomo VI, Paris, 1931, n.º 599.

Médico e paciente encontram-se, no comum das situações, ligados por um negócio de cunho marcadamente pessoal, de execução continuada, por via de regra, sinalagmático e oneroso» -(conf. João Álvaro Dias, in "Procriação Assistida e Responsabilidade Médica" - *Studia Iuridica*, n.º 21 - BFDC - 1996, p. 221).

O objecto da singular relação médico/paciente é o tratamento da saúde deste último, sendo o acto referencial e enquadrador dos interesses em jogo juridicamente qualificável como contrato de prestação de serviço, já que, mediante ele, «uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho manual ou intelectual, com ou sem retribuição» (art.º 1154.º do CC).

O critério distintivo entre obrigações de meios (ou de pura diligência) e obrigações de resultado, reside, respectivamente, no «carácter aleatório» ou, ao invés, «rigorosamente determinado» do resultado pretendido ou exigível pelo credor. «Deste modo, já se torna compreensível que «o ónus da prova da culpa funcione em termos diversos num e noutro tipo de situações, pois que, enquanto no primeiro caso - -obrigações de resultado - a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta de devedor (podendo este, todavia, provar o contrário), no segundo tipo de situações - obrigações de meios - caberá ao credor (lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do devedor (ou prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado» (cfr., neste conspectu, "Da Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica" - conf. João Álvaro Dias, in *ob cit.*, p. 225.

Sobre a caracterização, na Alemanha, da responsabilidade médica como autêntica responsabilidade contratual que, todavia e em certas circunstâncias, pode também configurar-se como responsabilidade extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos como são os direitos de

personalidade, cfr. Karlheinz Matthies, Schiedsinstanzen em Bereich der Arzthaltung, Soll und Haben, Berlin 1984, pp. 12-20. (Exemplo típico de actuação ilícita e danosa do médico geradora de responsabilidade extracontratual poderá ser, por ex., a de um médico prestar assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não conhece).

Assistirá, pois, ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), pois que o facto ilícito pode representar, a um tempo, violação de contrato e ilícito extracontratual. Tal tipo de danos, advenientes do defeituoso cumprimento da panóplia de obrigações assumidas, são pois e de per si, mesmo na falta de contrato, por natureza reparáveis em sede extracon-tratual, porquanto tradutores de violação culposa de direitos absolutos. Segundo Rui de Alarcão, em todas estas situações existirá um único dano, produzido por único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física (cfr. "Direito das Obrigações", p. 210). Daí que deva entender-se "que a lei tenha querido fornecer ao contraente, como tal, um instrumento ulterior de defesa do seu interesse, sem lhe subtrair aquela defesa geral que lhe compete independentemente da sua qualidade especial de parte num contrato" (sic).

Escreve também Pinto Monteiro, in "Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil", in BFD, Sup., vol XXVIII, Coimbra, 1985, pp. 398-400, que «na falta de disposição legal em contrário, deve considerar-se, em princípio, como solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente a violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual. É manifesto que, com o contrato, não pretendem as partes renunciar, criando, com o seu poder jurisgénico, uma disciplina específica destinada à tutela geral que sempre a lei lhe facultaria. Bem pelo contrário, pretendem reforçar -tal tutela, criando, assim uma protecção acrescida» (sic).

Deste modo - insiste-se - enquanto na -responsabilidade contratual a simples verificação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor, salva a prova do contrário (art.ºs 344.º, n.º 1 e 799.º, ambos do CC), no segundo tipo de situações (responsabilidade extracontratual) caberá ao (doente/lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor se não pautou pelas regras de actuação susceptíveis de, in abstracto, virem a propiciar a produção do pretendido resultado (art.º 487.º do CC).»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/2/2011

Processo: 674/2001.P1

Relator: FILIPE CAROÇO

Sumário:

II - Estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais são prestados serviços clínicos, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do mandato, já que a lei não regula a contratação daqueles serviços de modo especial.

«Como sustenta o Prof. Miguel Teixeira de Sousa[*In* “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, pág. 127], a responsabilidade civil médica “é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”; “em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art.º 483º, nº 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)”.

Contudo, qualquer que seja a natureza da responsabilidade civil que impende sobre o lesante, ela traduz-se numa obrigação de indemnizar, ou seja, de reparar os danos sofridos pelo lesado.

Hoje é, aliás, tendencialmente pacífica aquela posição doutrinária no sentido de que, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais se prestam serviços clínicos, como ocorre no caso em análise, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do contrato de mandato, previstas nos art.ºs 1157º e seg.s, por força dos art.ºs 1154º e 1156º, todos do Código Civil, já que a lei não regula a contratação da prestação de serviços médicos de modo especial [Cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11.7.2006, in *Colectânea de Jurisprudência*, T. I, pág. 144, e acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, nº RP200607200633598, in www.dgsi.pt].

Esta qualificação jurídica conduz-nos à responsabilidade contratual ou obrigacional, pela qual começaremos no tratamento da questão da responsabilidade que nos é colocada.

Os elementos da responsabilidade obrigacional não diferem, em grande parte dos seus aspectos, daqueles que dizem respeito à responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Numa e noutra formas de responsabilidade é necessário que haja uma acção humana que constitua um acto ilícito, que haja culpa, um prejuízo e nexos causal, assim, uma relação de causa-efeito, entre o facto e o dano.

A responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade por actos ilícitos, sobretudo, pela natureza do acto ilícito que, naquela constitui a violação de uma obrigação, e pelas regras de distribuição do ónus da prova já que ali é imposta ao devedor a prova de que agiu sem culpa no incumprimento ou no cumprimento defeituoso da obrigação (art.º 799º, nº 1, do Código Civil), enquanto na responsabilidade aquiliana cabe a lesado a prova da culpa do lesante (art.º 487º, nº 1, do Código Civil), sendo a culpa, em qualquer caso, apurada com base num critério abstracto, pela “diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (nº 2 de uma e outra disposições legais acabadas de citar).

(...)

É aceite, na maioria da doutrina e jurisprudência que a responsabilidade decorrente da lesão da saúde causada por médico assume natureza de responsabilidade contratual, sendo também por vezes a questão reconduzida a responsabilidade delitual quando se trate apenas de violação de direitos absolutos como são os direitos do doente à saúde e à vida.

Assistirá, pois, ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), pois que o facto ilícito pode representar, a um tempo, violação de contrato e ilícito extracontratual. Tal tipo de danos, advenientes do defeituoso cumprimento da panóplia de obrigações assumidas, são pois e de per si, mesmo na falta de contrato, por natureza reparáveis em sede extracontratual. Em todas estas situações existirá um único dano, produzido por único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física. Daí que deva entender-se “que a lei tenha querido fornecer ao contraente, como tal, um instrumento ulterior de defesa do seu interesse, sem lhe subtrair aquela defesa geral que lhe compete independentemente da sua qualidade especial de parte num contrato [Cf. referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, citando Rui Alarcão, in *Direito das Obrigações*, pág. 210.]. Na falta de disposição legal em contrário, deve considerar-se, em princípio, como solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente a violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual, em concurso de responsabilidades [Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26.11.80, BMJ 301/404, de 22.10.87, BMJ 370/529 e de 5.7.2001 (Ferreira de Almeida), *Colectânea de Jurisprudência do Supremo*, T. II, pág. 166]. É manifesto que, com o contrato, não pretendem as partes renunciar, criando, com o seu poder jurisdicção, uma disciplina específica destinada à tutela geral que sempre a lei lhe facultaria. Bem pelo contrário, pretendem reforçar tal tutela, criando, assim uma protecção acrescida [Idem, citando Pinto Monteiro, BFD, Sup., vol XXVIII, Coimbra, 1985, pág.s 398-400].

Porém, como no caso se está na presença de uma intervenção que se dá numa relação contratual de direito privado, entre o paciente e um médico por ele escolhido no exercício de clínica privada, não releva abordar esta problemática.

Aliás, na sequência do que registámos de início relativamente ao tema, importa dizer que a tutela contratual é a que, em regra, mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais

em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 799º n.º 1 e 487º, n.º 1, do Código Civil). Enquanto nesta, verificada a ilicitude da conduta, se presume a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (salvo prova em contrário), na responsabilidade extracontratual caberá ao credor (doente/lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor não se pautou pelas regras de actuação susceptíveis de, in abstracto, virem a propiciar a produção do pretendido resultado (no caso de responsabilidade médica, o adequado cumprimento da obrigação de meios), que constitui sempre uma maior oneração do desempenho processual do lesado. Os regimes divergem ainda em matéria de prazos de prescrição (art.º 309º versus art.º 498º do Código Civil); responsabilidade por facto de outrem (art.º 800º, n.º 1 versus art.º 500º do Código Civil); atenuação equitativa da indemnização em caso de mera culpa (art.º 494º do Código Civil).

Ora, faltando a prova da ilicitude do facto, pressuposto comum à responsabilidade aquiliana, fica afastada também a possibilidade de responsabilizar extracontratualmente o médico e, por isso, a R. pelos prejuízos sofridos pelo A.

É o direito constituído que os tribunais têm que aplicar sem as conjecturas das eventuais vantagens do iuri constituendo. Entre estudos que recomendam o agravamento da posição do médico no âmbito da distribuição do onus probandi, designadamente com a oneração da presunção de culpa na responsabilidade extracontratual [Cf. Proposta de Directiva Comunitária referida por Manuel Rosário Nunes, ob. cit., pág. 61], situações existem que bem justificariam a consagração de responsabilidade objectiva, mas com desoneração directa do médico através da existência de um seguro obrigatório de responsabilidade civil médica, assim se salvaguardando com mecanismos de justa protecção do interesse dos pacientes os prejuízos emergentes dos riscos próprios de determinadas intervenções clínicas.

De iure constituto, pelos fundamentos expostos, não pode a R. ser civilmente responsabilizada pelos comprovados prejuízos sofridos pelo A.

Por conseguinte, improcede também a apelação na questão da responsabilidade civil»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/5/2011

Processo: 1347/04.2TBPNF.P1.S1

Relator: HELDER ROQUE

Sumário :

II - 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.

«1. 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, nº 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, Responsabilidade da Administração Hospitalar, RDES, Ano XIX, 123 e ss.; STJ, de 7-5-74, BMJ nº 237, 196; RT, Ano 93º, 282].»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011

Processo: 209/06.3TVPRT.P1.S1

Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS

Sumário :

I - No que toca à responsabilidade civil médica, não prevê a lei casos de responsabilidade objectiva ou de responsabilidade por factos lícitos danosos, tão só admite a responsabilidade contratual e a extracontratual ou aquiliana.

II - Tendo-se o autor apresentado aos réus médicos a coberto de um contrato de seguro celebrado pela sua entidade patronal e tendo estes actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, previsto no art. 1154.º do CC, que mantinham com a

seguradora, o conteúdo da relação estabelecida entre o autor e os médicos está impressivamente contratualizado, encontrando-se no domínio da responsabilidade civil contratual.

«Inexiste na lei portuguesa um regime unitário no que respeita à responsabilidade dos médicos quando os serviços são por si prestados em ambiente institucional privado, pois que depende do que forem os factos de cada caso concreto, sendo diferentes as modalidades contratuais em “função de combinações entre as diferentes qualificações das partes no contrato e das suas relações, directas ou indirectas, com a participação em actos médicos”.

Neste contexto, igualmente se oferece como inquestionável que o autor nenhuma celebração contratual teve com o réu Hospital, fosse do que se entende por “contrato total” ou por “contrato dividido” [Carlos Ferreira de Almeida explica que os contratos firmados entre as clínicas e os pacientes podem assumir diferentes qualificações consoante os serviços acordados. No “contrato total” o paciente contratou com a clínica a prestação dos serviços médicos e os cuidados de internamento hospitalar. No caso de um “contrato dividido”, a clínica é responsável normalmente pelo internamento, cuidados de enfermagem, venda de medicamentos e refeições, em conexão com outro contrato de prestação de serviço médico autonomamente celebrado entre o paciente e o médico. Neste caso o médico não age como auxiliar da clínica (“Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *in* Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, Lisboa, 1996, págs. 89/ 94].

A intervenção do réu Hospital explica-se pela circunstância de se haver comprometido para com os réus Dr. BB e Dr. CC a proporcionar-lhes o internamento do autor e a pôr à sua disposição os meios técnicos, medicamentosos e humanos, para que os mesmos executassem as tarefas que lhes eram cometidas (cfr.o n° 94 dos factos provados).

Isto é, nenhuma relação contratual estabelecida por este hospital quer com o autor quer com a seguradora vem recortada, nem se mostra que as intervenções cirúrgicas realizadas sejam execução de prestação correspondente a acto médico contratualmente celebrado entre ele e os réus médicos, nem sequer estes se perfilam como seus comissários [Ultrapassando as dúvidas que se levantam em torno desta questão. Há quem considere que a liberdade médica não será respeitada se se admitir que um não médico lhe possa dar ordens ou instruções. Navegando nesta orientação parece o Acórdão deste Supremo de 21/03/01, Proc. n° 00S3509, assim sumariado no ITIJ: “I- No exercício da actividade médica, como em todas as actividades técnica e cientificamente especializadas, as directrizes, ordens e instruções da empregadora ao trabalhador não poderão penetrar profundamente no seu exercício, na medida em que essas actividades, por natureza, reclamam apreciável autonomia técnica, diluindo-se nessa medida a ideia de subordinação estreita. “. Antunes Varela, em “Das Obrigações em geral”, vol. I, 9ª ed., pág. 663, admite que o médico possa funcionar como comissário relativamente ao dono da casa de saúde em que presta serviço.] como flui das respostas negativas dadas aos quesitos 105º, 107º e 108º.

Deste modo, se o estabelecimento hospitalar não se comprometeu à prestação de cuidados de saúde propriamente ditos, não faz sentido responsabilizá-lo por um comportamento culposo dos médicos (arts. 500º, nºs 1 e 2 e 800º, nº 1, a contrario). A sua responsabilidade confina-se aos actos praticados pelo seu pessoal envolvido na execução do contrato de internamento e dos actos conexos com as intervenções a que se comprometeu [...].

Já, no referente aos réus médicos, a situação acima desenhada configura-se como susceptível da sua responsabilização civil suportada numa relação contratual triangular que se ajusta a um contrato a favor de terceiro, ou seja, como um “contrato misto em que a componente prestação de serviço (médico) é a mais relevante” [Cfr. Carlos Ferreira de Almeida In “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, págs. 85 e segs, particularmente págs. 95 a 99].

Abordando uma outra vertente, mas chegando à mesma solução da natureza contratual, se pronunciou, em caso aparentemente idêntico ao dos autos, o Acórdão deste Supremo Tribunal de 27/11/07, no Proc. nº 07A3426, citado pelo recorrente, disponível no ITIJ, fundamentando-a na intervenção do médico no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do autor, aceitando ainda que “a partir do momento em que o Réu decide intervencionar o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”“.

Desnecessários se mostram, por isso, quaisquer elementos para avaliar e decidir de modo afirmativo se fora ou não celebrado um acordo directo entre o autor e os réus médicos, ou se fora ou não celebrado um acordo entre ele e o réu Hospital, lacuna que serviu de esteio à Relação para enveredar e concluir pela responsabilidade civil médica extracontratual.

Nesta conformidade, tendo-se o autor apresentado aos réus médicos a coberto de um contrato de seguro celebrado pela sua entidade patronal e tendo eles actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º [Carlos Ferreira de Almeida, no local que vimos citando, a págs. 87/89, qualifica como sendo um contrato socialmente típico, inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviço do art. 1154º do Código Civil, onde se incluem prestações de “trabalho intelectual”, e simultaneamente um contrato de consumo a justificar a aplicação das regras de protecção dos consumidores; Cfr. também Rute Teixeira Pedro, in “A Responsabilidade Civil do Médico”, vol. nº 15 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, págs. 70 e segs]- que mantinham com a seguradora, o conteúdo da relação estabelecida entre o autor e os médicos está impressivamente contratualizado, e, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual».

«B) Se competia aos médicos réus demonstrar que as lesões que o autor apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua.

Assente, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual, dúvidas não subsistem sobre a especial gravidade dos danos invocados.

Demonstrando-se a existência de danos, defende o recorrente existir a presunção de que a prestação dos médicos foi incorrectamente efectuada, pelo que lhes competia demonstrar que as lesões que apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua, assim ilidindo a presunção de culpa que sobre eles incide. O que não fizeram.

Acrescenta que, ao médico não basta, para cumprir esse ónus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente), é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das "leges artis", foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco.

Vejamos!

É princípio básico o de que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor, quer se trate de não cumprimento definitivo, quer de simples mora ou de cumprimento defeituoso (cfr. arts. 798º, 799º, 801º e 804º).

Como ensina Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo”[“Das Obrigações em geral”, vol. I, 9ª ed., pág. 582].

Outrossim, estabelece a lei no nº 1 do art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário (cfr. nº 2 do art. 350º). Portanto, sobre ele recai o ónus da prova.

Como dá conta João Álvaro Dias, na obra já citada, a págs. 223 e segs., tradicionalmente a doutrina era relutante em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica, porquanto repugnava aceitar-se a culpa presumida do médico sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não houvesse alcançado os objectivos fixados, pois que colocaria o médico na difícil situação de se ver sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor de cuidados ao paciente, passaria a recair, o que equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade pois que se teria então de provar uma “afirmação negativa de carácter indefinido”.

Todavia, **esse problema viria a ser superado com a posterior adopção da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultados** [Proposta por Demogue, in "Traité des Obligations", Tomo V, Paris, 1925, nº 1.237 e Tomo VI, Paris, 1931, nº 599, como dá notícia e transcreve J. C. Moitinho de Almeida, in loc. cit., págs. 336/337. Haverá obrigação de meios quando “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”, e existe obrigação de resultado “quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil” (Almeida Costa, ob. cit., págs. 1039/1040)], que veio permitir a abordagem desta responsabilidade sem importar especial ónus para o lesante, o médico, aceitando-se hoje consensualmente que a regra é a da natureza contratual da responsabilidade médica.

Isto, porque o ónus da prova da culpa funciona em termos diversos num e noutro tipo de situações, pois que, “enquanto no primeiro caso (obrigações de resultado) a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este, todavia, provar o contrário), no segundo tipo de situações (obrigações de meios) caberá ao credor fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado” [João Álvaro Dias, in ob. cit., pág. 225] ³⁴.

Se é inquestionável que **a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios.**

“Genericamente a obrigação do médico consiste em prestar ao doente os melhores cuidados ao seu alcance, no intuito de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento e salvar ou prolongar a vida.

Nesta fórmula ampla se compreende a actividade profissional, intelectual ou técnica que tipicamente se pode designar por «acto médico»” [Henriques Gaspar, no seu mencionado Estudo “A Responsabilidade Civil do Médico”, in CJ, Ano III, 1978, pág. 342].

³⁴ Para Miguel Teixeira de Sousa, na obra citada, a págs. 125/127 e 136/137, a obrigação assumida pelo médico não será de qualificar como uma obrigação de meios, mas antes como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, “porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”, podendo essa responsabilidade não só ser contratual ou extracontratual como coexistirem.

Sustenta ainda que muito embora a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, todavia, essa mesma presunção de culpa não se justifica na área da responsabilidade médica. Isso porque “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”.

Pode dizer-se que, em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar. Mas não assegura, nem se obriga a curar o doente uma vez que a cura também depende do concurso de outros factores independentes da vontade do médico e por ele não controláveis (ex. resistência do doente, capacidade de regeneração do seu organismo, estado anímico, etc.) [Álvaro Rodrigues, no loc. cit. (“Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, 2000, págs. 191/198), a págs. 182/183 escreve que sendo o contrato médico um contrato de prestação de serviços, o “resultado” a que alude o art. 1154º do Código Civil “parece dever considerar-se não a cura em si, mas a cuidados de saúde já que o objecto do contrato de saúde não é a cura, mas a prestação de tais cuidados ou tratamentos”].

Então, o médico erra não quando não atinge o resultado da cura ou da atenuação do mal ou do sofrimento do paciente, mas quando não utiliza com diligência, perícia, e consideração as técnicas e conhecimentos reconhecidos pela ciência médica, para o concreto caso clínico, que definem, em cada momento, as *leges artis* [Sobre o conceito das *leges artis*, não obstante sob enfoque da lei penal, veja-se Álvaro Rodrigues na “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, (Estudos dos Pressupostos Sistemáticos), Almedina, 2007, págs. 53 e segs.].

Sempre que assim é, trata-se de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, **incumbindo, pois, ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.**

Deste modo, **se a intervenção médica não produzir o resultado terapêutico esperado, o paciente não poderá, por esta razão, exigir uma compensação pelos danos sofridos.**

Mas casos **há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto**, constituindo exemplo de escola **a cirurgia estética de embelezamento** [Cfr. Ac. do STJ de 17/12/09, Proc. nº 544/09.9YFLSB, no ITIJ] (mas já não a cirurgia estética reconstrutiva geralmente considerada como exemplo cirúrgico de obrigação de meios), a par da execução das manobras próprias de parto [Ac. do STJ de 7/10/10, Proc. nº Proc. nº 1364/05.5TBBCL.G1, no ITIJ, também citado pelo recorrente, onde se argumenta que já se torna compreensível a inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o especialista em causa ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base a sobredita presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta (sem embargo, todavia, de ele poder provar o contrário)], **no campo da odontologia, por exemplo, a simples extracção de um dente ou colocação de um implante, e ainda nas áreas da vasectomia e exames laboratoriais** [Cfr. Ac. deste STJ de 4/03/08, Proc. nº 08A183, no ITIJ].

Importa, pois, ponderar a natureza e objectivo do acto médico para casuisticamente saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.

No caso em apreço, **o autor guardou completo silêncio em torno do que imediatamente antecedeu a sua entrada, pela primeira vez, na sala da cirurgia, mais concretamente, como surgiu a opção da sua submissão à 1ª intervenção cirúrgica** [A 2ª sabe-se que teve em vista rever a discetomia anteriormente feita a L5 - S1 esquerda – (facto nº 49)], **por iniciativa de quem, de que médico se foi o caso, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido se é que tal aconteceu**, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, **se foi informado dos riscos inerentes**. Tudo isto relevava particular interesse para tal qualificação, mas o autor no referente a este particular campo, e tempo, limitou-se a alegar de modo indeterminado, vago e improfícuo, no art. 29º da petição, que: “Aí, (nos serviços clínicos da seguradora DD) face ao teor do relatório da Ressonância Magnética, marcaram de imediato o dia 17/01/2002 para intervenção cirúrgica à coluna”.

Nada mais alegado, e nada mais provado, de útil que ajude a qualificar com precisão e de modo categórico a obrigação em causa, resta-nos então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente. Ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, não responde pela obtenção de um determinado resultado mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação que se propôs prestar.

Como se refere no Acórdão deste Supremo Tribunal de 4/03/08, antes citado, “É de considerar que **em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios** – o contrato que o vincula ao paciente respeita apenas às *legis artis* na execução do acto médico; a um comportamento de acordo com a prudência, o cuidado, a perícia e actuação diligentes, não estando obrigado a curar o doente“ [No mesmo sentido se sentenciou no Acórdão deste STJ de 11/07/06, Proc. nº 06A1503, no ITIJ].

Estamos, pois, perante uma obrigação de meios.

Escreveu-se no Acórdão deste Supremo Tribunal, e desta Secção, de 28/09/2010, Proc. n.º 171/2002.S1, disponível no ITIJ, que acompanhamos na íntegra, o seguinte: “(...) como ensina A. Varela (Direito das Obrigações em Geral – II – 7.ª ed. 1997) [a págs. 101]:

«Nas obrigações chamadas de meios não bastará...a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação, para considerar provado o não cumprimento.

Não basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa.

É necessário provar que o médico ou advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente, de acordo com as normas deontológicas aplicáveis ao exercício da profissão».

Também a este respeito escreve Carneiro da Frada (Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso – 81) «**nas obrigações de meios, dada a ausência de um resultado devido, não é suficiente que o credor demonstre a falta de verificação desse resultado. Ele tem sempre de individualizar uma concreta falta de cumprimento** (ilícita). Dada a índole da obrigação, carece de demonstrar que os meios não foram empregues pelo devedor ou que a diligência prometida com vista a um resultado não foi observada».

Ora, tal doutrina aceite pela generalidade dos autores, não significa que a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do C.C. não tenha qualquer aplicação no âmbito das obrigações de meios, como apressada e superficialmente pretendem os recorrentes.

Significa apenas, como diz Carneiro da Frada (in obra citada), que em tal tipo de obrigações terá o credor de identificar e fazer provar a exigibilidade dos meios ou da diligência (objectivamente) devida. «A presunção de culpa tende, portanto, a confinar-se à mera censurabilidade pessoal do devedor» isto é, a presunção reduzir-se-á à culpa em sentido estrito.

Portanto, provado pelo credor que o meio exigível *ex contractu* ou *ex negotii* não foi empregue pelo devedor ou que a diligência exigível de acordo com as regras da arte, foi omitida, competirá ao devedor provar que não foi por sua culpa que não utilizou o meio devido, ou omitiu a diligência exigível.

Neste sentido, mais restrito, é aplicável às obrigações de meios a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do CC ”[Neste mesmo sentido se pronunciaram os Acórdãos do STJ de 5/7/2001, CJ/STJ, Tomo II/2001, págs. 166-170 e de 10/11/11, Proc. nº 6152/03.0TVLSB.S1, no ITIJ, este reafirmando o transcrito e subscrito pelos ora relator e adjuntos].

Significa isto que **primeiramente tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.**

“A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (artº 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano”[Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 117].

Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

Em termos gerais, **ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada**, pois em face das circunstâncias concretas do caso,

o médico devia e podia ter actuado de modo diferente [Cfr. Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 9ª ed., pág. 586 e segs..].

Culpa em qualquer grau, dolo ou mera culpa, “a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso” (art.º. 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799.º).

No caso da responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data [João Álvaro Dias, *in* “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos”, vol. nº 11 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 401; No mesmo sentido, Moitinho de Almeida, *loc. cit.*, pág. 332]. “Este critério abstracto de determinação da culpa, apreciado pelo padrão da actuação de um homem ideal, comportará, obviamente, todas as nuances concretas na apreciação da culpa médica, dados os diferenciados “tipos ideais de médico” a que poderá ter de se atender em cada caso: o médico do interior, sem meios e condições profícuas de trabalho, e o médico da cidade; o especialista e o médico de clínica geral, etc.”[Henriques Gaspar, no seu citado Estudo, pág. 344].

Assim, como já se fez notar, **não se pode ter como padrão de aferição um só tipo profissional ideal, mas vários consoante a classe ou grupo do médico concretamente visado**. Natural que **a um especialista se exija mais no domínio da sua especialidade do que a um médico generalista**, mas isso não implica, como sustenta o recorrente, que a sua obrigação seja de resultado. Tal depende da especificidade e finalidade da sua intervenção.

Em suma, o médico, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados, embora nem por isso se possa dizer que ele assumiu a posição de garante de um certo resultado” [João Álvaro Dias, “Culpa médica: algumas ideias-força”, *in* Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 22].

Delineados que estão em termos muito gerais os princípios, importa analisar o pedido em concreto.

Relembrando, no contrato de prestação de serviços que o médico celebra, existe como obrigação contratual principal por parte daquele a obrigação de tratamento [Obrigação essa que se pode desdobrar em diversas prestações tais como: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, e de informação. Na terapêutica se inserindo a actividade cirúrgica (cfr. Álvaro Rodrigues, “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, 2000, págs., pág. 181/182)]. Trata-se, no caso em apreço, de uma obrigação de

meios, não de resultado, já que nem da lei nem do negócio jurídico versado se pode concluir que os médicos se tenham vinculado a um certo efeito, a um certo resultado.

Percorrida a matéria alegada como fundamento da sua pretensão, **constata-se que o autor/recorrente não provou os factos que invocou tendentes a demonstrar a deficiência de actuação dos réus**, nomeadamente que a cirurgia efectuada em 17/01/02 tivesse atingido centros herniáticos e nervosos que não se mostravam lesados antes da intervenção (resposta negativa ao quesito 14º), que em consequência dela o seu estado se tivesse agravado substancialmente (resposta restritiva ao quesito 16º), que o réu CC tivesse desvalorizado o exame de ressonância magnética (resposta negativa ao quesito 18º), que a intervenção cirúrgica de 27/06/02 tivesse em vista corrigir as sequelas da anterior feita de forma negligente e que comprometera gravemente a raiz S1esq (respostas restritiva ao quesito 21º e negativa ao 22º), que esta segunda intervenção tivesse sido executada de forma ainda mais negligente que a anterior (respostas negativa ao quesito 23º e restritivas aos 24º, 30º, 33º, 34º), que as dores e lesões de que padecia eram consequência directa de fracturas ocorridas aquando e por causa das intervenções cirúrgicas incorrectamente executadas (respostas negativas aos quesitos 39º, 40º, 41º, 54º, 61º, 62º, 68º, 76º, e restritivas aos 42º, 43º, 74º, 103º), que apresente disfunção vesical e lesões renais decorrentes da medicação que lhe foi aplicada pelos réus (resposta negativa ao quesito 83º), e que o réu hospital não dispusesse de meios técnicos e humanos adequados (respostas negativas aos quesitos 107º e 108º).

Perante o acervo factual provado e utilizado no acórdão impugnado, **em vão se procura, na verdade, relativamente a toda a sequência de actos praticados pelos réus, desde as consultas até à realização das intervenções cirúrgicas, algum desvio do padrão de comportamento diligente e competente, uma desconformidade entre a sua actuação e as leges artis, seja por terem praticado as cirurgias de forma deficiente, seja por terem omitido actos necessários e adequados à atenuação ou superação do estado do autor**, actos que também não se referem.

Nenhum indício, portanto, revelador de falta de cuidado, zelo diligência, imperícia ou falta de conhecimentos técnico-científicos necessários ao exercício do respectivo múnus, aos quais se possam causalmente imputar os invocados efeitos danosos.

Sabe-se, é certo, que o autor apresenta lesões físicas, que importam a sua incapacidade absoluta para todo o trabalho em geral e dependência de terceiros, e morais graves, a que ninguém será indiferente, **mas não se apura, em sede da matéria de facto, se ocorreu um erro médico, um acto ilícito e negligente, que lhes deu origem**, nem se divisa uma relação de causa e efeito que permita concluir-se, em juízo eticamente fundado, que o agravamento da sua situação de deveu às intervenções cirúrgicas.

É, na realidade, uma inferência que não encontra apoio na prova produzida pelo autor e adquirida no processo. Portanto, **não resultou provada qualquer violação das leges artis nem mesmo nexos de causalidade entre os padecimentos do autor e a intervenção dos réus médicos.**

Mas, o recorrente vai um pouco mais além e **invoca serem as intervenções a que se submeteu daquelas que se fazem “às centenas todos os dias”, pelo que se não se consegue o resultado previsto “é lógico pensar que a actuação médica foi incorrecta”**, cabendo assim aos médicos demonstrar que as lesões que apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre eles incide.

Esgri-me aqui o recorrente também com o conceito da prova da primeira aparência [Cfr. Alberto dos Reis, no Código de Processo Civil anotado, vol. III, 3ª ed., pág. 246, segundo o qual se trata de prova que “não assenta sobre quaisquer averiguações ou investigações concretas; exprime um juízo de mera probabilidade ou conjectura, que tem por base a lição da experiência e os sucessos normais da vida”], buscando arrimo no Acórdão deste Supremo de 4/03/08, Proc. nº 08A183, já citado, e no voto de vencido do Conselheiro João Bernardo no Acórdão de 15/10/09, Proc. 08B1800, disponíveis no ITIJ, onde se acolhe **a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos preconizada pela doutrina e a jurisprudência italianas, que consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica.**

Manuel Rosário Nunes, no seu trabalho de análise de várias propostas doutrinárias que permitam suavizar a rigorosa exigência de prova a cargo do paciente/demandante, por regra não dotado de conhecimentos da ciência médica, “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, Almedina, 2005, dá disso conhecimento a págs. 41-42:

“Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste”[Porém, não perfilha o autor este entendimento, sobretudo quando o paciente é colocado em posição mais gravosa nos casos das intervenções de difícil execução, precisamente aquelas que lhe poderão acarretar consequências mais negativas.

E vai mais longe defendendo e preconizando se deva consagrar em matéria de responsabilidade civil médica uma inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, atentas as suas dificuldades em matéria de actividade probatória pois que não domina os conhecimentos técnicos adequados, crescentes com a utilização de tecnologias muito avançadas, embora reconhecendo as dificuldades que a tal coloca a distinção entre obrigações de meios e de resultado, e no limite preconiza a admissibilidade da aplicação da Lei de Defesa do Consumidor às relações jurídicas estabelecidas entre pacientes e médicos/instituições de saúde (ob. cit., págs. 61

a 77, particularmente págs. 69/70, e 91/92)] [Também aceite e destacada por Miguel Teixeira de Sousa, na obra citada, págs. 140 a 143].

É sabido que **os lesados, nos processos de responsabilidade médica, em regra, se confrontam com inúmeras dificuldades de prova do nexó de causalidade adequada entre a actuação negligente e o resultado danoso**, avolumadas por aquilo que se designa por “conspiração do silêncio” [Cfr. João Álvaro Dias, “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, pág. 18] dos profissionais médicos que grande parte das vezes não se consegue ultrapassar [Que tem motivado o desenvolvimento de soluções muito próximas da responsabilidade objectiva dos médicos. Tem-se vindo a seguir em crescendo, particularmente nos Estados Unidos, a teoria da “re ipsa loquitur” (“a coisa fala por si”), que terá sido formulada pela primeira vez na Inglaterra, em 1863, pelo Juiz Baron Pollock, que se diferencia da prova prima facie já referida, segundo a qual perante a evidência das lesões surge uma presunção de negligência do médico, desonerando o demandante/paciente da prova (ex. um bisturi que foi deixado no interior do corpo do paciente após a intervenção cirúrgica)].

Não obstante isso, **para lá de casos que se assumam como verdadeiramente anómalos e chocantes** [Que poderão corresponder ao que Miguel Teixeira de Sousa entende por “um erro grosseiro – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento”, (ob. cit., pág. 142)], **por isso mesmo de excepção e pontuais, não se nos afigura ser tal orientação a mais ajustada em tese geral pelo dano considerável que importaria à confiança e à certeza do direito numa área de intervenção de elevada contingência**. Teria ainda outra consequência, o crescimento exponencial do chamado exercício defensivo da medicina, com os efeitos perversos que de tal advêm limitando a prevenção e tratamento de doenças em áreas mais sensíveis e de menor conhecimento científico [Neste sentido parece igualmente pronunciar-se Moitinho de Almeida na obra citada a págs. 332]. É necessário assegurar a margem de risco tolerado ao acto médico.

Se é certo que não é justo desvalorizar os danos sofridos pelo paciente deixando que fique sózinho a suportá-los e sofrê-los, também os profissionais da saúde não deverão ser excessivamente onerados no exercício do seu desempenho. Por isso que se têm vindo a desenvolver sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos, nomeadamente a substituição da responsabilidade civil pela protecção dos seguros [Em Portugal ainda facultativo. Sobre os modelos alternativos que têm vindo a ser introduzidos em diversos países, veja-se o trabalho de Carla Gonçalves, “A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além Da Culpa”, vol. nº 14 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 170 e segs.].

Será preferível, por ora, trilhar o caminho apontado pelo Prof. Manuel de Andrade, segundo o qual perante a dificuldade natural da prova de um facto o mais que pode ser aconselhável é fazer uso da máxima “*iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur*” (perante maiores

dificuldades na prova, menor exigência na sua aceitação) [Noções Elementares de Processo Civil, 1976 pág. 202].

Mas, no caso vertente, nem o recurso à figura da prova da primeira aparência é susceptível de aplicação porquanto, e como já referimos, uma intervenção cirúrgica a hérnia discal está muito longe de se poder ter por intervenção simples e rotineira, como sinónimo de fácil execução, mesmo para médicos especialistas, nem as sequelas pós-operatórias de que o recorrente se queixa, não obstante a sua gravidade, se podem considerar como incomuns e contrárias ao quadro de risco de tais intervenções, como episódios estranhos à sucessão normal dos acontecimentos.

Os casos versados nas decisões deste Supremo citadas pelo recorrente são realidades particularmente danosas e de gravidade extrema, para situações que se apresentavam, e aparentavam, como de risco inexistente (exame laboratorial) ou extremamente reduzido (administração de anestesia local).

Não pode ser esquecido que **não existe procedimento médico livre de riscos, e sobretudo os actos cirúrgicos comportam uma margem aleatória que pode contender com o resultado. Há sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica**, por mais simples que seja, pois cada patologia tem a sua especificidade, e cada doente reage de modo diverso à enfermidade.

Assim também é o pensamento do Ilustre Magistrado Álvaro Rodrigues quando no seu estudo cita Hans Luttger na afirmação de que “não há tratamento cirúrgico curativo no qual, por via de regra, não haja risco; esta é uma realidade que tanto a medicina como o direito devem conhecer”[Na “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, (Estudos dos Pressupostos Sistemáticos), Almedina, 2007, págs. 271].

Um médico, ao fazer uma cirurgia tem o compromisso máximo de aplicar todo o seu esforço, conhecimento e dedicação possíveis para a obtenção do melhor resultado, mas não pode garantir, com absoluta certeza, de que tudo sairá conforme se espera.

Então, é facto notório que a cirurgia da hérnia discal tem riscos específicos, tão imprevisíveis como o processo de cicatrização e a forma como os tecidos possam reagir ao seu manuseamento. É do conhecimento geral que **alguns pacientes podem não beneficiar com ela, se não mesmo piorar**, para além de que a recuperação não é um processo puramente físico, depende também da atitude do paciente, ou que a origem da dor pode estar conexas com patologia prévia ou factores degenerativos.

Concluindo, pode dizer-se que **por via de regra é a falta de perícia, de aptidão, de zelo, de cuidado, de senso, de experiência, de negligência que determina a responsabilização civil do médico.**

Citando João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...) Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente, que poderá agravar-se substancialmente quando é levada a cabo contra *legem artis*”[In “Culpa Médica: algumas ideias-força”, já citada, pág. 30]

Porém, uma vez mais, **nenhuma relação se estabelece entre esta constatação e os actos praticados pelos réus ou por eles omitidos. Desnecessário se tornou aos réus médicos elidir qualquer presunção de culpa.**

E, como só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, onde não se inclui a pratica de actos médicos, não tendo sido, como já anotámos, acolhida no nosso ordenamento jurídico a teoria do risco profissional, não se demonstrando a culpa, inexistente, consequentemente, responsabilidade civil médica».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/12/2011

Processo: 5485/09.7TVLSB.L1-2

Relator: PEDRO MARTINS

Sumário:

I - Os erros (faltas/lapsos ou enganos) médicos não são, só por si, actos negligentes. São antes os factos a que se aplica a qualificação de negligência, se merecerem esse juízo.

II - Erros médicos podem corresponder ao cumprimento defeituoso de obrigações de meios, isto é, à prova da ilicitude.

III - Provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CPC.

III - Também nas obrigações de meios se aplica a presunção de culpa (art. 799/2 do CC) mas a base de que se parte, sendo a ilicitude, é diferente em relação às obrigações de

resultado; ou seja, o que é diferente, ao fim e ao cabo, é aquilo que se tem que provar relativamente ao cumprimento defeituoso da obrigação. É pois quando se discute a prova do cumprimento defeituoso que a diferente natureza da prestação em causa tem influência.

«Uma falta de cuidado normal ou de atenção é susceptível de produzir um diagnóstico errado, com inevitáveis consequências nos resultados terapêuticos.

Uma interpretação de resultados de exames grosseiramente errada leva a um erro de diagnóstico, com as consequências daí advenientes.

No estado actual da medicina, os exames e testes científicos tornam muito seguro o diagnóstico médico, impondo um aumento de responsabilidade do médico em interpretar devida, cuidada e atentamente o resultado desses exames, para diagnosticar correctamente a doença e assim responder à confiança em si depositada pelo paciente.

Um erro de diagnóstico é um erro médico.

Refere Germano de Sousa (in Negligência e Erro Médico, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 6, Fasc. 1, pág. 127 a 142, apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ob. cit. pág. 291) “...erro médico é a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente...” importando “...diferenciar o erro médico culposo do erro médico resultante de acidente imprevisível, consequência de caso fortuito, incapaz de ser previsto ou evitado”.

E acrescenta aquele autor “...a imperícia resulta de uma preparação inadequada que consiste em fazer mal o que deveria, de acordo com as *leges artis*, ser bem feito, não devendo o médico ultrapassar os limites das suas qualificações e competências..., a imprudência consiste em fazer o que não devia ser feito... e a negligência em deixar de fazer o que as *leges artis* impunham que se fizesse...”.

[...]

Dos factos 17, 18,, 21 e 24 resulta que o autor cometeu um erro de diagnóstico. De acordo com as *leges artis*, era exigível ao médico réu perceber que a disfunção erétil de que o autor padecia não era de causa orgânica e que os resultados dos exames médicos realizados contra-indicavam a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente aquela que foi efectuada pelo réu.

Desta factualidade resulta que o réu actuou negligentemente, o mesmo é dizer com culpa”

No essencial, as duas últimas frases do penúltimo parágrafo desta fundamentação resumem o porquê de se poder dizer que o réu actuou negligentemente, fazem-no de forma correcta e podem-se desenvolver assim:

Dos factos G), 14, 17, 18 e 21 consta que, em 19/10/1995, o réu submeteu o autor a uma intervenção cirúrgica que visava resolver o problema da disfunção erétil manifestado por aquele, mas de

nenhum dos exames e análises pré-operatórios feitos ao autor era possível concluir-se por indícios de doença orgânica, mormente do foro neurológico (dito de outro modo, não eram indiciadores de disfunção eréctil de causa orgânica, nomeadamente de causa neurológica - entre o mais porque a electro-miografia dos corpos cavernosos realizada ao autor apresentava um traçado normal). Esses exames contra-indicavam mesmo a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente a que foi efectuada pelo réu ao autor.

Foi isto que ao fim e ao cabo se apurou e perante estes factos é possível concluir-se, como o fez a sentença, que o réu actuou negligentemente.

*

Apesar disso, a leitura de tudo o que antecede, dá logo conta de algumas contradições entre aquilo que o autor alegava e aquilo que se provou e, aparentemente, entre aquilo que se conclui e aquilo que se dá como provado.

O autor dizia que sofria de uma doença neurológica, qual seja, a esclerose múltipla, e não de uma doença orgânica e dizia que os resultados da electromiografia apresentavam um traçado anormal; dizia ainda que o erro de diagnóstico se traduzia em o réu ter concluído por uma doença orgânica, quando devia ter concluído por uma doença neurológica. A sentença, por sua vez, diz que era exigível ao réu perceber que a disfunção eréctil de que o autor padecia não era de causa orgânica.

Ora, estas afirmações estão erradas, tal como resulta das respostas aos quesitos, e a conclusão, à primeira vista, parece estar errada. É que a esclerose múltipla é uma doença orgânica, na espécie neurológica, e os traçados da electromiografia apresentavam um traçado normal e não anormal. E o erro de diagnóstico do réu não foi por não ter dado com a esclerose múltipla, mas sim por ter concluído por uma doença orgânica quando os dados que tinha – por exemplo, como decorre das respostas aos quesitos, o tal traçado normal da electromiografia – apontariam, à data, para uma doença não orgânica (ou seja, para uma doença psicogénica) e por isso é que seria contra-indicado qualquer intervenção cirúrgica.

Estas contradições – que não têm relevo, como se verá mais à frente – e a aparente contradição, implicam a necessidade de uma leitura mais cuidada do que antecede e do que se vai seguir.

Esclarecido isto, continue-se:

*

O erro imputável ao réu não é o não ter descoberto a esclerose múltipla

Aquilo que se disse acima, antes deste parênteses, não tem a ver com o facto de o réu não ter acertado com a doença que o autor sofre, que se soube depois que era esclerose múltipla. Não é isso que resulta dos factos referidos, até porque a esclerose múltipla é uma doença orgânica, na espécie neurológica e, como se viu, nenhum dos exames e análises feitos ao autor apontava para uma doença orgânica (e se não era orgânica tinha que ser psicogénica).

Ou seja, os exames feitos ao autor apontavam para uma doença psicogénica e por isso era contra-indicada a intervenção cirúrgica. Mas fazendo-se um diagnóstico de doença psicogénica, também se teria errado, pois que não se teria diagnosticado a doença neurológica de que o autor padecia (como se soube depois). Quer isto dizer que o facto de o réu não ter acertado com o diagnóstico certo – esclerose múltipla – corresponde a um erro de diagnóstico inevitável, que qualquer outro médico cometeria nas circunstâncias e com os dados que se podem dizer conhecidos do réu à data. E isto é confirmado pelos, e resultaria dos, factos 57, 58 e 59 (embora este último também peque por alguma confusão, na parte em que se diz “por dispor apenas de exames e sintomas específicos e típicos do quadro de disfunção eréctil diagnosticado”, quando já se viu que o diagnóstico feito estava errado...; é algo que ficou a mais, na resposta ao quesito, e que está em contradição com as outras respostas já consideradas, sendo evidente, no caso, que são estas que prevalecem, e não a parte daquela, que, dado o contexto, passou despercebida), tal como pelo que consta do facto T) [invocado pelo réu nas conclusões 34 a 38, embora por remissão; os pontos 7.10 a 7.26, que o réu invoca, do parecer de fls. 499 a 513, são os pontos 10 a 26 do parecer referido no facto T); o réu diz na conclusão 35 que nesses pontos se diz de forma clara e inequívoca que o autor já sofrida, na data em que foi consultado pelo réu, de esclerose múltipla, mas não é assim, pois que naqueles pontos 10 a 26 do parecer não se diz isso; na pág. 18 do corpo das alegações conclusões o réu transcreve em itálico uma longa passagem, respeitante aos pontos 4.2.39 e 4.2.44 do parecer de fls. 499 a 513, mas não diz que aí se está apenas a reproduzir o que foi dito por ele no processo disciplinar, como resulta do ponto 4 de fls. 502]: existe um erro de diagnóstico, mas [...] em Outubro de 1995, antes da cirurgia, não havia sinais ou sintomas que permitissem fazer o diagnóstico diferencial com esclerose múltipla... ". Daí que, censurá-lo por esse erro, seria errado.

Mas não foi isso que a sentença de facto fez, como se viu, e, assim sendo, não serve de desculpa, no caso, que de facto fosse impossível, à data do diagnóstico feito pelo réu, a descoberta da esclerose múltipla, porque não é isso que se imputa ao réu.

*

O erro do réu foi não ter percebido que os exames e análises não apontavam para doença orgânica e contra-indicavam qualquer intervenção cirúrgica

Aquilo que se imputa ao réu a título de ilícito é o facto de, apesar de nenhum dos exames e análises pré-operatórios feitos ao autor apontar para indícios de doença orgânica e de, por isso, esses exames contra-indicarem a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente a que foi efectuada pelo réu ao autor, o réu mesmo assim ter diagnosticado uma doença orgânica e ter feito uma intervenção cirúrgica.

Ora, ao interpretar os resultados dos exames como se apontassem para uma doença orgânica, fazendo pois um diagnóstico da doença como se fosse uma doença orgânica e tratando-a como tal, o réu incorreu em dois erros médicos ou seja, em má prática médica.

Os erros (faltas/lapsos ou enganos) médicos não são, no entanto, só por si, actos negligentes. São antes os factos a que se aplica a qualificação de negligência, se merecerem esse juízo. Daí que Sónia Fidalgo

(Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, pág. 35) diga que “erro médico não é sinónimo de negligência médica”; Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues (Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente) diga que “nem todo o erro médico, como falha profissional, assume relevância [...] civil, mas apenas aquele que [...] pelos danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa e comprovado nexo de causalidade entre os danos e a conduta ilícita), constitua o seu autor no dever de indemnizar (pág. 3 do seu estudo de Novembro de 2010, publicado em http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/FC-responsab_civil_erro_medico.pdf); Pedro Romano Martinez (Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor CFA, Vol. II, Almedina, 2011) diga que o lapso (está-se a referir ao lapso em sentido lato, não ao sentido restrito equivalente ao de falta e contraposto ao de engano, na classificação de José Fragata e Luís Martins - O Erro em Medicina (Perspectivas do Indivíduo. da Organização e da Sociedade), Almedina, reimpressão da edição de Novembro/2004, pg. 312/13, citados pelo estudo de Álvaro Rodrigues) do médico será culposo ou não consoante preencha o juízo de censura nos parâmetros tradicionais; basicamente, se não corresponde ao padrão de actuação médio exigível a um médico. De igual modo, no exercício de outras actividades pode haver erros [...] e estes erros consubstanciarão um facto culposo caso se incluam na previsão do art. 498/2 do CC, respeitante à apreciação da culpa. Razão pela qual não se justifica autonomizar o erro médico [...]. Ou ainda, como diz o ac. do STJ de 24/05/2011 (1347/04.2TBPNF.P1.S1) “[N]ão se pode afirmar, por princípio, que o erro de diagnóstico seja constitutivo de culpa médica, uma vez que se trata de um acto de prognóstico, sendo o resultado de um juízo, podendo, então, o diagnóstico ser erróneo se o juízo for falso” “sendo o erro um equívoco no juízo e não se encontrando o médico dotado do dom da infalibilidade, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou”.

Por isso, para já, concluindo-se pela existência de um erro médico, está-se apenas a falar da prova, pelo autor, de um cumprimento defeituoso da obrigação do réu, no caso da responsabilidade obrigacional, ou da prática de um facto objectivamente ilícito no caso da responsabilidade extra-obrigacional.

*

Da culpa do réu

Acontece, no entanto, que como se está no âmbito da responsabilidade contratual – como o disse fundamentadamente a sentença, nesta parte com a concordância actual das duas partes (e por isso não se trata agora da questão), embora o autor tenha intentado a acção como se se tratasse de uma acção de responsabilidade civil extracontratual (designadamente dando origem à questão – entretanto ultrapassada com trânsito em julgado – da prescrição), - a culpa do réu presume-se (art. 799 do CC).

E, por isso, cabia agora ao réu tentar demonstrar que o erro de diagnóstico e, por decorrência, de tratamento, não correspondia a qualquer conduta censurável da sua parte, ou seja, que um médico especialista de urologia, naquelas mesmas circunstâncias objectivas, teria caído naqueles mesmos erros (pois que a culpa é apreciada pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de caso – arts. 799/2 e 487/2, ambos do CC, Romano Martinez, pág. 470: “a culpa é apreciada segundo um padrão médio, de razoabilidade”, “determina-se, em abstracto, segundo a diligência de um bom pai de família, atendendo a um elemento objectivo, as circunstâncias do caso. Tendo em conta o acto médico, dir-se-á que a culpa do clínico a quem é imputada a responsabilidade pelo dano é apreciada segundo um padrão geral, abstracto portanto, mas sem descurar as circunstâncias do caso, ou seja que o comportamento médio (padrão) tem de ser aferido em função da realidade profissional – actividade médica – e da especialização concreta – por exemplo, cirurgião ou pediatra”).

O que o réu não fez.

Pelo que se conclui pela sua culpa.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/1/2012

Processo: 1585/06.3TCSNT.L1-1

Relator: RUI VOUGA

Sumário:

IV - Sendo o Réu o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efectuou as quatro ecografias obstétricas à Autora, mas cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detectadas após o nascimento da respectiva filha , nem sequer a ausência nesta do membro inferior esquerdo , e tudo isto apesar de, quer as malformações, quer a ausência de membro inferior esquerdo , serem susceptíveis de ser detectadas (segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis) nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu à Autora, tal obriga a concluir que o Réu/médico actuou com negligência, não observando, como podia e devia, o dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia, em violação das leges artis por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.

V - Acresce que, existe nexó de causalidade entre a conduta ilícita e culposa do Réu/médico ao omitir a detecção, nos quatro exames ecográficos que efectuou à Autora , durante

a gravidez desta que culminou no nascimento, com vida, da Autora C , da inexistência, no feto, do membro inferior esquerdo e ao omitir a consequente prestação desta informação clínica aos pais do nascituro - e o dano moral sofrido pelos Autores/Apelados ao verem-se inesperadamente confrontados, no momento do parto, com uma filha nascida sem o membro inferior esquerdo.

VI - O tribunal , porém, não pode substituir-se aos pais (rectius, à mulher grávida) na ponderação da maior ou menor valia da opção pela não interrupção da gravidez e pelo consequente nascimento com vida do feto, para o efeito de concluir que, afinal, ter um filho sem uma perna é, seguramente, muito melhor do que não ter filho nenhum e, como tal, não são indemnizáveis pelo médico que sonegou a informação médica que teria possibilitado interromper aquela gravidez todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial decorrentes da condição física diminuída daquele filho vivo.

VII- De resto, **desde que a lei penal vigente no país autorizava os pais da criança a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que ela iria nascer sem uma perna, não pode deixar de concluir-se que o médico ecografista que, com violação das leyes artis, não detectou essa malformação congénita incurável e, como tal, não informou tempestivamente os pais desse facto, assim obstando a que eles exercessem o seu indeclinável direito de fazer cessar aquela gravidez, está constituído na obrigação de indemnizar os pais de todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial que eles não teriam sofrido se tivessem logrado obstar ao nascimento com vida da sua filha.**

«Improcedendo a impugnação da decisão sobre matéria de facto proferida pelo tribunal de 1ª instância, mantendo-se inalterada a resposta dada ao referido Quesito 6º da Base Instrutória, isto é, permanecendo provado que “a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B ”, óbvio é que **a sentença recorrida não merece qualquer censura, no segmento em que concluiu que o Réu ora Apelante omitiu um dever de cuidado na realização do acto médico, ao não ter constatado, aquando da realização daquelas ecografias, a ausência do membro inferior esquerdo do feto e ao não ter reportado essa ausência aos AA pais da menor C .**

De facto, ficou provado que:

- Após o nascimento da Autora C foi-lhe detectado o seguinte: agenésia do rim esquerdo; comunicação interventricular subaórtica; comunicação interauricular com persistência do canal arterial e hipoplasia do pulmão esquerdo. (matéria da alínea D dos Factos Assentes);

- A Autora C apresentava anomalia da grelha costal e da parede abdominal à esquerda, com assimetria torácica. (resposta à matéria do quesito 1º da Base Instrutória);

- A autora C nasceu sem o membro inferior esquerdo, com apenas uma massa disforme violácea sem estrutura óssea liga à anca do lado esquerdo e que foi removida através de intervenção cirúrgica realizada no dia subsequente ao nascimento. (resposta à matéria dos quesitos 2º, 3º e 5º da Base Instrutória);

- O Réu é médico especialista de ginecologia-obstetrícia tendo frequentado o IIIº Curso de Aperfeiçoamento em Ecografia Fetal em Março de 2003. (resposta à matéria do quesito 8º da Base Instrutória)

- O Réu efectuou, nas instalações da Ré, quatro ecografias obstétricas a B, em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004. (matéria da alínea C dos Factos Assentes);

- Os relatórios das ecografias referidas na al. C) dos Factos Assentes nunca referiram qualquer das malformações mencionadas em D) nem a ausência de membro inferior esquerdo da Autora C. (matéria da alínea D dos Factos Assentes);

- A agenésia do rim esquerdo, a comunicação interventricular subaórtica, a comunicação interauricular, a hipoplasia do pulmão esquerdo são susceptíveis de ser detectadas em ecografias obstétricas e a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B. (resposta à matéria do quesito 6º da Base Instrutória);

- Os relatórios ecográficos sem descrição de anomalias impediram os Autores de tentarem obter autorização para a interrupção daquela gravidez ou de terem acompanhamento psicológico que os preparasse antes do nascimento da sua filha. (resposta à matéria dos quesitos 31º e 32º da Base Instrutória).

Perante esta factualidade, não pode senão subscrever-se o enquadramento jurídico que dela fez o tribunal “a quo”, na sentença ora recorrida, quando concluiu o seguinte:

«em face da natureza da prestação do concreto acto médico realizado – realização de ecografia pré-natal – devemos afirmar, na sequência do que se deixou escrito supra, que o 1º Réu estava obrigado a observar a evolução da gravidez, de acordo com os seus especiais conhecimentos e perícia, compatíveis com os padrões por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo, segundo um grau de cuidado e competência que seria razoável esperar de qualquer médico com a mesma especialidade, agindo em semelhantes circunstâncias por forma a detectar a existência de qualquer anomalia genética, facultando aos pais essa informação. Com isto, não se está a afirmar a obrigação do médico 1º Réu de detectar toda e qualquer malformação congénita ou qualquer evolução desconforme com a normalidade da gravidez apreciada, mas apenas aquelas que segundo o estado de evolução da medicina e equipamentos médicos disponíveis seria expectável no caso descortinar.

Apurou-se que a agenésia do rim esquerdo, a comunicação interventricular subaórtica, a comunicação interauricular, a hipoplasia do pulmão esquerdo são susceptíveis de ser detectadas em ecografias

obstétricas e que a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B . Daqui decorre no caso a prova da omissão de um dever de cuidado na realização do acto médico ao não ter o 1º Réu afirmado na realização daquelas ecografias a ausência do membro inferior esquerdo e assim o ter reportado aos AA pais.»

«A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual» (Ac. do STJ de 7/10/2010 [Proc. nº 1364/05.5TBBCL.G1; Relator - FERREIRA DE ALMEIDA], cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt).

«Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra» (ibidem) [Dito isto, «a tutela contratual é, em regra, a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC)» (cit. Ac. do STJ de 7/10/2010)] [Cfr., também no sentido de que, «na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual», sendo que, «embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto», o Ac. do STJ de 19/6/2001 (Proc. nº 01A1008; Relator – PINTO MONTEIRO), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da web www.dgsi.pt].

Enquanto «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», já «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» - Ac. do STJ de 9/12/2008 (Processo nº 08A3323; Relator – MÁRIO CRUZ), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt.

No caso dos autos, nenhuma factualidade foi alegada e se provou no sentido da existência de uma qualquer relação contratual entre os Autores A e B e o 1º Réu ora Apelante, no que tange à realização das ecografias de acompanhamento da gravidez da Autora B.

Tudo quanto se provou foi que:

- O Réu efectuou, nas instalações da Ré, quatro ecografias obstétricas a B, em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004. (matéria da alínea C dos Factos Assentes);

- A Ré consentia ao Réu que prestasse serviços de realização, análise e emissão de relatórios de ecografias obstétricas nas suas instalações. (resposta à matéria do quesito 12º da Base Instrutória);

- A Ré tinha estabelecido acordo com a R.G., Lda, nos termos do qual esta presta à Ré serviços na área de ecografias obstétricas mediante contrapartida pecuniária, sendo o Réu quem realiza as consultas e exames ao serviço de R.G., Lda, sem receber instruções, ordens ou remuneração da Ré. (resposta à matéria dos quesitos 13º a 15º da Base Instrutória).

Esta escassa factualidade também não é suficiente para se concluir que os actos médicos praticados pelo 1º Réu – as ecografias que realizou – o tenham sido no contexto de uma relação contratual existente entre os Autores A e B e a 2ª Ré (CLÍNICA, LDA.).

«Na verdade – como certamente observa a sentença recorrida -, ignora-se, porque não alegado, se os AA recorreram às instalações daquela Clínica, onde por esta lhes foi apresentado o 1º Autor como médico para realizar o serviço de ecografias pré-natais que pretendiam, encarando esta 2ª Ré como a entidade prestadora de serviço médico, sendo seu executante o 1º Réu ou se ali se deslocaram em busca do serviço deste médico, sendo com este que estabeleceram a relação de confiança médico/cliente e, por conseguinte, um contrato de prestação de acto médico».

De modo que, não havendo base factual suficiente para se poder concluir que entre os AA. A e B e qualquer dos RR. intercedeu uma relação contratual, a eventual responsabilidade civil por danos causados em consequência dos actos médicos praticados pelo 2º Réu ora Apelante nas instalações da 1ª Ré, corporizados nas quatro ecografias obstétricas executadas por aquele na pessoa da Autora B , só pode fundar-se no regime jurídico da responsabilidade por factos ilícitos instituído nos arts. 483º e segs. do Código Civil.

Donde que, para haver lugar ao direito à indemnização, é necessário provar-se:

- 1) Que houve a violação de um direito da vítima ou de uma disposição destinada a proteger interesses alheios;
- 2) Que essa violação foi ilícita;
- 3) Que essa violação ilícita é imputável ao agente (nexo de imputação do acto ao agente);
- 4) Que houve um dano;
- 5) Que existe um nexo de causalidade entre a violação ilícita do direito do lesado e o dano por ele sofrido;
- 6) Que houve culpa do agente, a menos que a lei a exclua especificamente.

A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso (art. 487º, nº 2, do Código Civil).

«Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente» - Ac. do STJ de 15/12/2011 (Proc. nº 209/06.3TVPR.T.P1.S1; Relator – GREGÓRIO DA SILVA JESUS), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt.

«No caso da responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data» - cit. Ac. do STJ de 15/12/2011.

No campo da responsabilidade civil médica, o médico «deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo (...) [exigindo-se-lhe] que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo ‘ofício’ (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias» (JOÃO ÁLVARO DIAS *in* “Culpa médica – algumas ideias – força”, publicado in Revista Portuguesa do Dano Corporal, ano IV, nº 5, págs. 21-22).

Ora, tendo sido o Réu ora Apelante o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efectuou, nas instalações da Ré E , quatro ecografias obstétricas à Autora B , em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004, cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detectadas após o nascimento da Autora C (a saber: agenésia do rim esquerdo; comunicação interventricular subaórtica; comunicação interauricular com persistência do canal arterial e hipoplasia do pulmão esquerdo), nem a ausência de membro inferior esquerdo da Autora C, isto apesar de aquelas malformações serem susceptíveis de ser detectadas em ecografias obstétricas e não obstante a ausência de membro inferior esquerdo poder ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu à Autora B (cfr. a resposta à matéria do quesito 6º da Base Instrutória), não pode deixar de concluir-se que o Réu/Apelante, ao não detectar – nas quatro ecografias obstétricas por si executadas à Autora B – malformações passíveis de ser detectadas segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis e ao não informar, conseqüentemente, ambos os AA. da existência daquelas malformações e da ausência do membro inferior esquerdo do feto, actuou com negligência, não observando, como podia e devia, o dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia, em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1/3/2012

Processo: 9434/06.6TBMTS.P1

Relator: FILIPE CAROÇO

Sumário:

I - Embora a responsabilidade civil médica possa ser contratual e aquiliana, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente é daquela que se trata, configurando um contrato de prestação de serviços.

II - Por força desse contrato, o médico deve agir, prudente e diligentemente, segundo os conhecimentos científicos então existentes, cabendo-lhe a obrigação principal de tratamento que pode desdobrar-se em diversas prestações, tais como: observação, diagnóstico, terapêutica, vigilância e informação.

III - Neste tipo de responsabilidade, a culpa é aferida pelo padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes, na data da prática do facto ilícito.

IV - Ao lesado compete fazer a prova da violação das *leges artis*, por parte do médico, ou seja, da ilicitude da sua conduta, enquanto a este cabe demonstrar que não teve actuação culposa.

V - Age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto às 12 e 19 semanas de gestação e elabora os correspondentes relatórios fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer, às 38 semanas, com síndrome polimalformativo e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal.

VI - O erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo o necessário nexó de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes.

«Hoje é tendencialmente pacífica a posição doutrinária no sentido de que, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais se prestam serviços clínicos, como ocorre no caso em análise, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do contrato de mandato, previstas nos art.ºs 1157º e seg.s, por força dos art.ºs 1154º e 1156º, todos do Código Civil, já que a lei não regula a contratação da prestação de serviços médicos de modo especial [Cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11.7.2006, in Colectânea de Jurisprudência, T. I, pág. 144, e acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, nº RP200607200633598, in www.dgsi.pt]. Esta qualificação jurídica conduz-nos à responsabilidade contratual ou obrigacional, pela qual começaremos no tratamento da questão da responsabilidade que nos é colocada.

Os elementos da responsabilidade obrigacional não diferem, em grande parte dos seus aspectos, daqueles que dizem respeito à responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Numa e noutra formas de responsabilidade é necessário que haja uma acção humana que constitua um acto ilícito, que haja culpa, um prejuízo e nexos causal, assim, uma relação de causa-efeito, entre o facto e o dano.

A responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade por actos ilícitos, sobretudo, pela natureza do acto ilícito que, naquela constitui a violação de uma obrigação, e pelas regras de distribuição do ónus da prova já que ali é imposta ao devedor a prova de que agiu sem culpa no incumprimento ou no cumprimento defeituoso da obrigação (art.º 799º, nº 1, do Código Civil), enquanto na responsabilidade aquiliana cabe ao lesado a prova da culpa do lesante (art.º 487º, nº 1, do Código Civil), sendo a culpa, em qualquer caso, apurada com base num critério abstracto, pela “diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (nº 2 de uma e outra disposições legais acabadas de citar).

(...)

No que respeita a obrigações/deveres do médico, dispõe o artigo 31º (Princípio geral) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que “o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. E continua o n.º 1 do artigo 35º do mesmo diploma (Tratamentos vedados ou condicionados) que “o médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis*”. Impõe o art.º 9º ainda do mesmo código (Actualização e preparação científica) que “o médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

Tais disposições são eco do princípio proclamado no Código Internacional da Ética Médica segundo o qual “o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana”, sendo, assim, obrigação do médico prestar ao doente os cuidados ao seu alcance, de acordo com os seus conhecimentos e o

estado actual da ciência médica, por forma a preservar-lhe a saúde na medida do possível. Tudo isto, como referimos, tem a ver com a *leges artis*, entendida como o conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico na concreta situação em que tal abordagem ocorre [Citado acórdão desta Relação de 20.7.2006].

Nesta perspectiva, apesar de considerar o contrato médico um contrato de prestação de serviços, como a doutrina e a jurisprudência afirmam, o «resultado» a que alude o art.º 1154º do Código Civil deve considerar-se não a cura em si, mas os cuidados de saúde. O conceito de “resultado” no contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o médico e o doente, enquanto obrigação de meios, como deve ser em regra qualificada, corresponde ao esforço na acção diligente do diagnóstico e do tratamento, e não a cura. A obrigação de meios (ou de pura diligência, como também é conhecida) existe quando “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”[Idem, acórdão de 20.7.2006]. E existe obrigação de resultado quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil. O objectivo pretendido não pode ser atendido para a invocação de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, já que o médico apenas promete a diligência em ordem a obter um resultado, a prestação consistirá num “meio” de lograr o cumprimento. Aos médicos cabe a obrigação legal e contratual de desenvolver prudente e diligentemente, atento o estágio científico actual das *leges artis*, certa actividade para se obter um determinado efeito útil, que se traduza em empregar a sua ciência no tratamento do paciente, sem que se exija a este a obtenção vinculada da “cura”.

O médico deve agir segundo aquelas exigências e os conhecimentos científicos então existentes, actuando com um dever objectivo de cuidado, assim como de certos deveres específicos, como seja o dever de informar sobretudo o que interessa à saúde ou o dever de empregar a técnica adequada, que pode prolongar-se mesmo após a alta do paciente. Assim, no contrato médico existe como obrigação contratual principal do clínico, a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em diversas prestações, tais como, de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação.

O ponto de partida para qualquer acção de responsabilidade médica é assim o da desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na mesma data.

Por vezes, ainda que partindo de uma obrigação de meios, é exigível ao clínico que atinja um resultado. Tem-se defendido que tal exigência ocorre, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas estéticas de embelezamento (não já nas reconstitutivas ou de reparação) e na realização de exames de diagnóstico de grande fiabilidade técnica em que a margem de erro é muito reduzida ou negligenciável.

Aceitamos a admissibilidade da obrigação de resultado no contrato médico, mas saber se uma obrigação pertence a um ou outro tipo depende das circunstâncias da espécie, que sempre devem ser cuidadosamente ponderadas.

A responsabilidade médica supõe culpa por não ter sido usado o instrumental de conhecimentos e o esforço técnico que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar.[Cf. acórdão da Relação de Lisboa de 20.4.2006, Colectânea de Jurisprudência, T. II, pág. 110]

Na responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data [João Álvaro Dias, in “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos”, vol. nº 11 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 401] “Este critério abstracto de determinação da culpa, apreciado pelo padrão da actuação de um homem ideal, comportará, obviamente, todas as nuances concretas na apreciação da culpa médica, dados os diferenciados “tipos ideais de médico” a que poderá ter de se atender em cada caso: o médico do interior, sem meios e condições profícuas de trabalho, e o médico da cidade; o especialista e o médico de clínica geral, etc.”

Age com culpa, não o médico que não cura, mas o médico que viole os deveres objectivos de cuidado, agindo de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente censurada e reprovada, culpa a ser apreciada, como se disse, pela diligencia de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, nos termos dos art.ºs 487º nº 2, e 799º, nº 2, do Código Civil.

Não vemos razão que justifique o afastamento da presunção de culpa prevista no nº 1 daquele art.º 799º, desde que seja respeitada a natureza contratual das obrigações a que o médico está adstrito.

Nesta perspectiva, cabe, antes de mais, ao credor da obrigação, o lesado, a prova da ilicitude do acto, ou seja, que a conduta do médico é ilícita no sentido de que, objectivamente considerada, se mostra contrária ao Direito, com desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado, mais concretamente, o *burden of proof* do incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação. E, tratando-se de uma obrigação de meios, caberá ao credor (lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do devedor (ou prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado.[Cf. recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, citando acórdão também daquele tribunal superior de 5.7.2001, in Colectânea de Jurisprudência do Supremo, T. II, pág. 166 e seg.s e João Álvaro Dias, in “Da Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica” – conf. João Álvaro Dias, pág. 225] **É o lesado que assume o encargo probatório da violação das *leges artis* por parte do médico (assim, a ilicitude), enquanto este último, em caso de responsabilidade contratual, deverá afastar o juízo de censurabilidade fazendo a prova de que naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente.**

Conforme resulta do acórdão da Relação de Lisboa de 20.4.2006 [Atrás citado, na senda de André Dias Pereira e de Antunes Varela, citado por Manuel Rosário Nunes in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos, Almedina, 2ª edição, pág. 50.], em regra e em caso de responsabilidade contratual, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica, que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar o resultado almejado [De contrário, seria fazer recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (v.g. a cura), o que equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida], enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa”. Há-de ser ele a demonstrar que em determinadas circunstâncias agiu com a prudência, o esforço técnico e a diligência a que se obrigou, que no acto médico posto em causa actuou com a diligência “de um bom pai de família” que, tratando-se de um acto funcional, corresponde à diligência de um bom profissional, com emprego dos conhecimentos científicos então existentes, actuando de acordo com um dever objectivo de cuidado. Esta exigência afigura-se equitativa em face da facilidade da prova neste domínio se encontrar do lado do médico, e não do paciente.

Em geral, para que haja culpa torna-se necessário que o agente não só conheça, ou tivesse que conhecer, o desvalor da acção que cometeu, como tenha a possibilidade de escolher a sua conduta e ainda que, nas circunstâncias concretas do caso, possa ser censurável a sua conduta, ou seja, é preciso não apenas que o facto seja imputável ao agente, mas que lhe seja censurável.

A actuação do médico não será culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter actuado como actuou.

A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado torna a conduta (do médico) culposa, sendo que a culpa se traduz na inobservância de um dever geral de diligência que o agente conhecia ou podia conhecer aquando da respectiva actuação e que comporta dois elementos: um de natureza objectiva – o dever concretamente violado – e outro de cariz subjectivo traduzido na imputabilidade do agente. **A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico**, pelo que, **se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente**. [Cf. citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010]

Dentro desta concepção, a lei inclina-se para a consideração da negligência como erro de conduta, a qual envolve a imperícia ou a incapacidade técnica do lesante, a sua falta de aptidão, mais que a simples deficiência da vontade, não esquecendo as atenuações da lei ao ordenar a apreciação da culpa em face das circunstâncias do caso concreto. [André Dias Pereira, in Da Responsabilidade Civil por Actos Médicos – Alguns Aspectos”, polic., Lisboa, 2001, pág.s 29 a 34]. A actuação do médico rege-se pela *lex artis ad hoc*, o

que significa que é em relação ao preciso caso concreto situado temporalmente que a intervenção médica se afere, de acordo com as circunstâncias em que esta se desenrola. Só assim poderemos ponderar a qualificação de certo acto médico como conforme ou não com a técnica normal requerida.[Manuel Rosário Nunes, ob. cit., pág. 54, na continuação da nota 94 da pág. 46]

Nem sempre é fácil definir o limite entre a ilicitude e a culpa do agente médico, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é --- objectivamente --- ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar --- subjectivamente --- um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico. Dir-se-á que **uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.**

Só haverá acto ilícito se houver, como se sabe, previsibilidade e evitabilidade do dano, já que o acto ilícito é um acto voluntário (controlável pela vontade) e só é voluntário o que é conhecido ou, pelo menos, cognoscível. Como refere Gomes da Silva no seu estudo, já clássico, «O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar», citando Esmein, «quando se considera um dever de prestar como o do médico, por exemplo, pode falar-se em dever de prudência e de diligência, mas logo que o credor sofre um prejuízo é necessário averiguar se o devedor praticou certo acto que tinha o dever de não fazer, ou se omitiu determinado acto que tinha a obrigação de não realizar».[Esmein, apud Gomes da Silva, op. cit. pág. 371]

Por outro lado, só estabelecido o nexo de causalidade adequada se poderá afirmar que o agente violou o direito do paciente.»

(...)

«Passemos ao enquadramento jurídico dos factos.

Para realizar as ecografias obstétricas a A. consultou e contratou os serviços da clínica R. e ali foi assistida pelo Sr. Dr. E..., 2º R., que elaborou e subscreveu os relatórios correspondentes às ecografias realizadas.

Foi celebrado entre a A. e a R. clínica um contrato médico, pelo qual a segunda se obrigou a prestar serviços de eco grafia de controlo da evolução da gravidez da A., necessariamente, com vista à despistagens de patologias que afectassem a própria gravidez, a evolução saudável e do feto enquanto futuro ser humano.

Para o efeito, o médico, no caso o R. E..., obrigou-se a um desempenho conforme com as leges artis, no sentido de revelar patologias detectáveis, com os limites que a boa técnica, a diligência médica e os meios (equipamentos) de diagnóstico consentem.

Das suas observações ecográficas, o R. lavrou relatórios com conclusões científicas que devem ser próprias de um clínico especialista em radiologia, com conhecimentos e capacidades acima da média, como é o demandado (al. M) dos factos assentes). De tal modo que se destinam a ser observadas e, em princípio,

seguidas por outros médicos, designadamente com especialidades diferente mas com grande intervenção de análise na gestação e nascimento da criança (ginecologia/obstetrícia/pediatria).

Não nos cumprindo discutir e comparar aqui a eventual responsabilidade destes últimos, mas apenas do ecografista especialista, nem por isso podemos deixar de notar que é este que, por dever de ofício, observa, caracteriza e descreve a dinâmica do objecto de exame, o posicionamento e o movimento do feto no ventre materno [A ecografia é um exame dinâmico], sendo dele também a responsabilidade do diagnóstico, designadamente da descrição e de informação do que lhe é dado observar, em especial em caso de patologia morfológica observável e grave.

Está provado que, depois de um exame ecográfico realizado em 4 de Junho de 2003 que incluiu um exame ao líquido amniótico e à placenta, com uma avaliação embrionária, em que o R. concluiu que a gravidez tinha uma “evolução favorável e compatível com 12 semanas e 6 dias de gestação, a controlar às 20/21 semanas”, o mesmo R. realizou um novo exame ecográfico a 17 de Julho de 2003, às 19 semanas e 2 dias, visualizando os membros, a coluna e a cabeça.

Já nas imagens ecográficas de fl.s 111 (exame de 4.6.2003) se assinala a existência de mãos e a visualização de pés, bem como do lábio superior do feto.

E também nas imagens do mesmo género de fl.s 113 e 114 (exame de 17.7.2003) se assinala a visualização de pés, lábio superior e fémur.

Em ambos os relatórios se concluiu por uma gravidez normal, com evolução favorável, referindo expressamente:

- O primeiro exame: “anomalias morfofuncionais – não evidenciadas”
- O segundo exame: cabeça, coluna e membros – visualizados”.

A criança veio a nascer no dia 26.11.2003, às 38 semanas de idade gestacional, com síndrome polimalformativa, assim com as patologias graves constantes dos factos provados e que aqui não repetiremos, por desnecessidade.

No segundo dos exames, realizado às 19 semanas e 2 dias, foi efectuada avaliação fetal, econometria fetal, exame à anatomia fetal, à placenta e ao líquido amniótico. Tal exame morfológico analisa toda a anatomia fetal e detecta a grande maioria das malformações graves. E permite avaliar os marcadores ecográficos de anomalias cromossômicas e/ou genéticas, e uma análise sistemática e completa da morfologia fetal que inclui a generalidade dos órgãos do C... em que ocorreram as malformações.

O R. concluiu ali por uma “gravidez com evolução favorável e compatível com 19 semanas e 2 dias de gestação”.

À medida que aqueles dois exames eram efectuados, e visualizados, sempre foi dito e mostrado à A. que o bebé era perfeitamente normal. E até lhe foi mostrado no monitor onde estariam os braços, pés, e mãos do feto.

Ficou ainda provado que, agindo segundo as actuais exigências das leges artis, com os conhecimentos científicos existentes na época, e actuando de acordo com um dever objectivo de resultado, seria visualizável a um médico radiologista, pela análise das películas de exame, quer do primeiro exame (12 semanas e 6 dias), quer do segundo exame (19 semanas e 2 dias), as seguintes patologias:

1. agenesia de ambos os braços e antebraços;
2. membro inferior direito com pé boto e ausência de 2 dedos;
3. membro inferior esquerdo com sindactilia do 2º e 3º membros;
4. hipoplasia e hipoglossia da mandíbula;
5. nariz largo;
6. hipogenesia dos membros;
7. micropénis.

Ou, pelo menos, seriam detectáveis indícios das mesmas, que deveriam constar dos relatórios efectuados, permitindo um diagnóstico definitivo através de novos exames.

As referidas malformações eram definitivas e irreversíveis.

Confiando no diagnóstico da primeira e segundo R.R., a A. não repetiu o mesmo tipo de exame, nem adoptou quaisquer outros cuidados médicos especiais, não aconselhados na altura pelo relatório das ecografias, ficando no desconhecimento de que gerava um feto que nasceria com profundas patologias morfológicas.

Caso tivesse conhecido a existência das referidas patologias à data dos exames ecográficos realizados, a A. teria optado por interromper voluntariamente a gravidez, por lhe parecer que seria muito reduzida a qualidade e esperança de vida do A.

Os R.R. apelam à complexidade científica do acto, ao facto do exame incidir sobre um feto com escassos centímetros de comprimento, e à existência de margens de falibilidade deste tipo de exames de que a sentença não se esqueceu, mas que, na perspectiva daqueles, não valorou como devia, julgando como se de uma obrigação de resultado se tratasse, por errada consideração dos equipamentos utilizados na execução do exame ecográfico.

Citando um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, os recorrentes aproximam-se da análise casuística do objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório para saber se num caso determinado estamos perante uma obrigação de meios --- a demandar apenas uma obrigação prudente e diligente

segundo as regras da arte --- ou perante uma obrigação de resultado, esta a implicar uma resposta peremptória. Extrai-se da citação que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo (médico) analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma e ainda que, na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável --- a exigência (quer a prestação tenha natureza contratual ou não) de actuação que observe os deveres gerais de cuidado. Se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise. É que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma [Tem-se entendido também que na cirurgia estética de embelezamento a obrigação poderá ser considerada com de resultado].

E continuando a citar o mesmo aresto [De 4.3.2008, proc. nº 08A183, in www.dgsi.pt], acrescentou-se: “Importa, pois, ponderar a natureza e o objectivo do acto médico para não o catalogar aprioristicamente na dicotómica perspectiva obrigação de meios obrigação de resultado, devendo antes atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquéloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios — a demandar apenas uma obrigação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.»

Defendem os recorrentes que, qualificando a obrigação como sendo de “meios”, a sentença acaba por fazer impender sobre os R.R. um “dever objectivo de resultado” desconsiderando a falibilidade dos equipamentos, que é significativa. Por isso a sentença deveria ter-se movido num quadro diferente, à luz do critério defendido no referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008. Se os equipamentos são falíveis a obrigação é de meios, não sendo exigível o atingimento de um resultado de diagnóstico, um dever objectivo de resultado por não estar ao seu completo alcance. E assim não pode haver juízo de censura que consubstancie a culpa.

Já se a margem de incerteza do exame for praticamente nenhuma ou negligenciável, a obrigação do médico será de resultado.

Dada a significativa margem de incerteza dos equipamentos de ecografia, tratando-se de uma obrigação de meios, a sentença não poderia exigir o cumprimento de um dever objectivo de resultado, mas apenas o cumprimento da obrigação de agir com prudência e diligência, segundo as *leges artis*. E, ainda segundo estes recorrentes, o 2º R. usou dos parâmetros adequados no exame de diagnóstico que realizou, conforme ficou provado: usou de modo certo e adequado o equipamento de ecografia, captou o feto nos vários ângulos, de modo a obter uma completa “visualização ecográfica”, deitou a grávida de forma correcta na marquesa, em posição de decúbito dorsal com o ventre totalmente descoberto, com colocação de gel de contacto e execução do exame através do deslizamento de uma sonda ecográfica sobre o gel e toda a cavidade abdominal, deixando a grávida

em condições de conforto para si própria e, em consequência, para o próprio feto, fez o exame em condições de luminosidade ténue e utilizado monitor ecográfico de alta resolução (cf. factos provados).

Como já observámos, é de responsabilidade contratual que se trata. O contrato médico é um contrato de prestação de serviços sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras do mandato (art.ºs 1154º e 1156º do Código Civil). **Na prestação de serviços existe a obrigação de proporcionar à outra parte um certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual.**

Aceitando que no caso em análise a obrigação é, essencialmente, de meios, manifestamente, o “resultado” a que a norma do art.º 1154º se refere são os cuidados de diagnóstico e de informação que o exame ecográfico se destina a proporcionar. Não qualquer diagnóstico ou qualquer informação, mas apenas o que resultar de uma utilização prudente, avisada e tecnicamente adequada daqueles meios pelo especialista. Mas, para o efeito, não basta deitar a mulher grávida numa determinada posição, criar condições de luminosidade e usar a sonda e o gel de modo correcto para captar o feto em vários ângulos e permitir a sua correcta observação. É necessário que, nesse processo de diagnóstico se obtenha o resultado possível à luz dos conhecimentos médicos, para o que conta não apenas a formação científica do médico, mas um desempenho conforme ao seu conhecimento, o zelo, a dedicação, o cuidado especial que as boas práticas médicas impõem a fim de que o resultado do exame seja tanto quanto possível revelador da verdade escondida, evitando o erro. Nesta medida há um dever de resultado, de obter a leitura de diagnóstico tecnicamente possível através do cumprimento do dever de correcta utilização de meios. Se assim não fosse, o leigo que cumprisse os referidos passos de utilização do equipamento, colocando a mulher grávida na forma posicional certa, o gel próprio e fazendo deslizar a sonda na zona certa do corpo, olhando para as imagens na máquina em funcionamento e referindo-se depois à observação, estaria a cumprir a obrigação, sem que interessasse qualquer resultado.

Não pode invocar-se de modo simplista e absoluto a falibilidade do exame. A atender aos elementos disponíveis no processo, **a fiabilidade do exame ecográfico obstétrico é muito variável e é mesmo muito elevada, de cerca de 95% na despistagem de malformações fetais em determinadas condições concretas, especialmente relacionadas com o tempo de gestação em que é feito.**

Verificadas aquelas condições de garantia, o resultado do exame não é aleatório. Quanto mais elevado for o grau de fiabilidade do exame, maior é também a probabilidade de atingir a realidade tecnicamente observável do feto. Por efeito, maior é o grau de exigência de um resultado conforme “aquela realidade” e maior é também o grau de confiança nesse resultado por parte dos médicos e dos progenitores que analisem o respectivo relatório. **Nesta medida, a obrigação assumida pelo médico radiologista é de resultado.**

Não é possível escamotear os factos provados. Ambos os exames tiveram, como não podiam deixar de ter, um resultado: foram conclusivos no sentido de que a gravidez tinha uma evolução favorável e foi então dito à A. pelo 2º R., das duas vezes, que o bebé era perfeitamente normal, indicando

no monitor onde estariam os braços, pés e mãos do feto. Com estas conclusões, o próprio R. assumiu a fiabilidade do exame e a segurança do resultado.

Está, aliás, provado, como já se fez constar, que “agindo segundo as actuais exigências das *leges artis*, com os conhecimentos científicos existentes na época, e actuando de acordo com um dever objectivo de resultado, seria visualizável a um médico radiologista, pela análise das películas juntas de fls 110, 111, 113 e 114 [Correspondentes às ecografias das 12 semanas e das 19 semanas], as seguintes patologias:

1. agenesia de ambos os braços e antebraços;
2. membro inferior direito com pé boto e ausência de 2 dedos;
3. membro inferior esquerdo com sindactilia do 2º e 3º membros;
4. hipoplasia e hipoglossia da mandíbula;
5. nariz largo;
6. hipogenesia dos membros;
7. micropénis.

Seriam, no mínimo, detectáveis indícios das mesmas, que deveriam constar dos relatórios efectuados, permitindo um diagnóstico definitivo através de novos exames”.

E sendo assim, o 2º R. afastou-se, sem explicação comprovada, do cumprimento do dever de zelo e diligência ligado ao dever contratual de observância da *leges artis* no cumprimento do contrato médico e que o normal radiologista observaria chegando à identificação de grande parte das malformações do feto ou, pelo menos, encontrado sinais das mesmas que justificariam a realização de novos exames. Em vez disso, não se limitou a concluir que não era observável qualquer indício de malformação; antes deu conta de que “o bebé era perfeitamente normal”, indicando até os seus membros no monitor.

A ilicitude, na responsabilidade obrigacional, consiste na inexecução da obrigação, que o art. 798º define como a falta de cumprimento. Consistindo o cumprimento na realização pelo devedor da prestação a que está vinculado (art. 762º, nº 1), este actuará ilicitamente sempre que se verifique qualquer situação de desconformidade entre a sua conduta e o conteúdo do programa obrigacional.

Há ilicitude se o cumprimento é defeituoso, ou seja, quando o devedor, embora realizando uma prestação, esta não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor. É precisamente o caso de alguém prestar um serviço em termos inadequados. E estes são imperfeitos, mesmo sendo a obrigação de meios, quando dela faz parte o dever de obter um resultado e que, no caso, era o resultado possível e que necessariamente resultaria da acção do 2º R. se este tivesse usado dos meios, nomeadamente do conhecimento e zelo que, normalmente, se exige ao radiologista colocado na situação do mesmo R., evitando o resultado produzido.

Portanto, provado pelo credor que o meio *exigível ex contractu* ou *ex negotii* não foi empregue pelo devedor ou que a diligência exigível de acordo com as regras da arte foi omitida, **competirá ao devedor provar que não foi por sua culpa que não utilizou o meio devido, ou omitiu a diligência exigível.**

Neste sentido, mais restrito, é aplicável às obrigações de meios a presunção de culpa do art. 799º, n.º 1, do Código Civil.[Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2011, proc. 209/06.3TVPRT.P1.S1, in www.dgsi.pt.]

Como se refere ainda naquele acórdão do Supremo, “a presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (art.º 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano. Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados”.

O R. não estava obrigado a obter como resultado contratado entre as partes, a observação e revelação de toda e qualquer malformação ou patologia do feto, mas estava obrigado a observar e denunciar toda e qualquer deficiência que o médico radiologista sensato, esclarecido e avisado, com o domínio do conhecimento e da técnica exigíveis naquele caso, colocado naquela situação, revelaria, ainda que sob a forma de indícios. Estava obrigado a realizar um diagnóstico correcto enquanto resultado da obrigação de meios. No caso, não faria sentido a exigência na utilização de meios se não se destinasse a um resultado útil: a obtenção de um diagnóstico possível de acordo com o grau de evolução da ciência médica.

Vem do exposto que o R. estava adstrito ao cumprimento de um dever jurídico que já tem sido classificado, numa formulação feliz de Galán Cortés, como sendo uma obrigação de meios “acentuada”[Citado por André dias Pereira, O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente” Coimbra Editora, 2004, pág. 433].

Era aos R.R. que cabia o ónus da prova de que a conduta profissional do 2º R. foi regular no sentido do rigoroso cumprimento das *leges artis*, de maneira a poder colocar o resultado concreto dentro da margem de risco do exame; e essa prova não foi feita.

Se em condições de normalidade de actuação e atendendo às circunstâncias e condições do caso concreto (tempo de gestação, equipamento utilizado, etc.), era possível à generalidade dos especialistas diagnosticar pelo menos algumas das deficiências morfológicas do feto, não o tendo efectuado o médico especialista no caso concreto sem que provasse que a sua conduta não é censurável, agiu com culpa (nº 2 do art.º 350º e nº 1 do art.º 799º do Código Civil). **E a sua conduta profissional é tanto mais censurável quanto é certo que se trata, não apenas de um especialista, mas de um radiologista com conhecimentos e capacidades acima da média, tendo sido nomeado membro da ‘Royal Society of Medicine’ – organização inglesa de grande prestígio na área da medicina a nível mundial** [Como se refere no citado acórdão do

Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2011, citando João Álvaro Dias, in “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 22. “..., o médico, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados, embora nem por isso se possa dizer que ele assumiu a posição de garante de um certo resultado”].

O acto foi ilícito e o 2º R. agiu com culpa.»



Ónus da Prova

ÓNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Acórdão de 17 de Dezembro de 2002

Revista n.º 495/02, 6ª secção

Relator: AFONSO DE MELO

Sumário:

« Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do doente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapêutica inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente».

«O médico, e é esta a actividade profissional que importa considerar aqui, põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável.

Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência.

Esta conduta diligente é assim objecto da obrigação de meios que assume.

Quando o cliente se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso.

Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil.

O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.

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.

(...)

Não aproveita à recorrente não se ter provado que a técnica operatória utilizada pelo B não foi uma clara violação às técnicas e artes médicas e operatórias (facto do art.º 38º da base instrutória, alegado pelo A).

É que o ónus da prova cabia ao R.

Nem o art.º 799º do C. Civil foi incorrectamente aplicado, nem o art.º 342º, nº1, do mesmo Código foi erroneamente omitido (havendo presunção legal de culpa do R, as regras dos artigos anteriores invertem-se - art.º 344, nº 1, também do C. Civil)»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/5/2003

Processo nº 03P912

Relator: NEVES RIBEIRO

«Naturalmente que a natureza contratual da obrigação de indemnizar há-de influenciar a repartição do ónus de prova da culpa, se a ela houver lugar.

Por conseguinte, sendo como é entendida a culpa, enquanto juízo normativo de censura ético-jurídica, referida, não a uma deficiente formação de vontade, mas referida a uma deficiente conduta, **há que apurar onde esteve, ou não esteve, a deficiente conduta profissional do médico/réu, no diagnóstico das queixas doentias da autora, no aconselhamento da operação, na execução desta, ou no post operatório.**

A afirmação possibilita avançar um pouco, formulando uma pergunta: (?) **A quem cabe fazer a prova da prestação contratual e profissional deficiente?**

Ao médico, conforme ao artigo 799º-1, do Código Civil, cabe provar que não teve culpa - responde-se! [Figueiredo Dias e Sinde Monteiro in “A responsabilidade médica em Portugal”, in B.M.J. n.º332, páginas 21 a 79 { páginas 45 /46}]

O médico provará que não houve erro técnico profissional, com recurso às leis da arte e meios da ciência médica, prevalentes em certa época e local e de que razoavelmente dispunha.

Trata-se de observar um ónus para cuja demonstração está melhor colocado, sendo justo que o encargo lhe pertença, sob pena de, não o observando, se presumir culpado; ou seja, nas palavras de há pouco, se pode concluir-se que teve uma conduta profissional deficiente.

Deficiência que pode relevar do diagnóstico; da terapêutica, da intervenção cirúrgica, etc.

No limite, não significa isto que qualquer diagnóstico errado possa conduzir fatalmente, à responsabilização jurídica.

Pode suceder que o diagnóstico, a terapêutica a modalidade de intervenção correspondam a diferendos científicos frequentes; e pode mesmo o acto médico em causa ter sido errado, mas o seu autor ter observado todos os meios possíveis para o conseguir, segundo a lei da sua arte e o conhecimento disponível na época, e ainda assim errou: não obteve a cura, não evitou a morte. Os mais sábios erram!

Obriga-se a tratar, não a curar, ou prevenir a morte; a fazer o que razoavelmente é exigível, em termos de padrão médio de comportamento profissional responsável, de forma que outros profissionais colocados perante a mesma situação, não fariam (ou não deixariam de fazer) diferentemente.

O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é, por conseguinte, **a desconformidade da concreta actuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura** [Álvaro Dias, Revista Portuguesa do Dano Corporal n.º5, ano de 1995, páginas 30 e seguintes]

No fundo, também aqui estamos relegados para o padrão de avaliação de culpa jurídica, através do critério de referência estabelecido pelo artigo 487º-2, para a responsabilidade extracontratual, e acolhido no 799º-2, do Código Civil, para a responsabilidade contratual.

Mas exigir ao médico fazer a prova da inexistência de culpa, não significa que ao doente se baste fazer a prova de que não lhe foram prestados outros cuidados possíveis, residindo aí o incumprimento do médico, porque piorou a sua situação patológica, em relação ao passado que precedeu o acto médico».

4. Elaboradas as ideias gerais de enquadramento, convocadas para o caso em apreço, relativas à culpa e à adequação causal da acção (ou omissão) a um resultado danoso, recuperemos o caso concreto para o submeter ao que foi exposto.

Primeiro, quanto à culpa do médico; depois, quanto ao nexos causal do resultado da sua conduta.

Já se sinalizou que, **a haver culpa, ela será apreciada em função de uma conduta deficiente do médico.**

Sendo assim, no aspecto em ponderação, pergunta-se: o que fez o médico?

O médico aconselhou a operação e dirigiu-a.

Em seu critério profissional, como professor, como ortopedista, como director do hospital, afigurou-se-lhe que o caminho mais adequado para a doença da autora, após dois anos de observação, seria a intervenção cirúrgica.

A assim se fez, com o acordo de ambos. Nada indica que devesse fazer diferente, ou não devesse fazer!

Só que não resultou! Resultou para pior, e tanto pior com o decurso do tempo, com se revela pela descrição que aqui se considera resgatada (Parte III).

Como se conduziu o réu, para empregar palavras do texto de enquadramento, em todo o essencial do trajecto?

Assim:

- Ao exame clínico inicial, a autora mostrava discreta rigidez cervical, com compressão axial positiva, para a região omo-vertebral esquerda, discretas alterações da sensibilidade, irregulares, dor na região do ombro esquerdo (tendão do supra-espinhoso), sem sinais de paralisia motora.

- O RX mostrava sinais de discartrose e sinais evidentes de canal estreito (sinal de Torg 7.1 em C4-C5).

- O TAC revelava sinais intensos de discartrose, particularmente em C4-C5 e C6-C7, com aperto do canal muito acentuado (7.1 em C4-C5 e 7.5 em C6-C7).

- Foi então alertada para a necessidade de uma intervenção cirúrgica, dependendo da evolução da doença, a decidir em consultas a realizar duas vezes por ano.

- A doente compareceu às consultas nos dias: 10 de Maio de 1991, 29 de Dezembro seguinte, e 13 de Agosto de 1992 e, pelos tratamentos, foi apresentando melhorias diversas.

- Após um interregno de cerca de 2 anos, a autora voltou à consulta do R. em 4 de Julho de 1994.

- Tinha piorado da coluna cervical e mostrava agora sinais evidentes de compressão medulo-radicular, dor omo-vertebral, com irradiação para o punho esquerdo, discretas parestesias, mais persistentes e alargadas, e a esboçar clonus rotuliano à esquerda.

- Sucedeu que, na consulta seguinte, em 8 de Maio de 1995, no consultório do réu, no Porto, ele verificou que a doente tinha piorado progressivamente: Sinais piramidais evidentes (clonus rotuliano esquerdo evidente, com hiper-reflexia nos membros inferiores), notória falta de força do membro superior esquerdo, perturbações parestésicas múltiplas, generalizadas, e o TAC que efectuou confinava o canal estreito cervical, pior do que há 4 anos.

- O R., com base na sintomatologia e no relatório de uma tomografia axial computadorizada, realizada em 22 de Janeiro de 1991, diagnosticou um estreitamento do canal cervical.

- Por isso aconselhou a doente a ser operada, uma vez que, quer pela sua idade, quer pela fase em que a doença se encontrava, a operação proporcionaria um fácil e eficaz restabelecimento.

- O médico e operador, não pôs qualquer restrição na prognose sobre o resultado dessa intervenção.

- Pelo que a Autora aceitou o que assim lhe era aconselhado; e as partes acordaram então, em que a intervenção cirúrgica seria feita pelo R. e pela sua equipa, no Hospital da Celestial Ordem Terceira da Trindade, no dia 13 de Junho de 1995.

- Na sequência do assim acordado, o R. combinou com os serviços desse Hospital, a estadia, assistência e utilização do bloco operatório, bem como as condições de intervenção da sua equipa clínica (instrumentistas, anestesista e outros).

- No dia 12 de Junho de 1995 a A. deu entrada no referido Hospital, onde o R. e a sua equipa executaram a aludida intervenção cirúrgica, no dia imediato - 13 de Junho.

- Nessa intervenção, o R. efectuou uma corpectomia parcial entre as vértebras C4/C5 e C5/C6, tendo colocado na parte anterior de C5 a C7 material de osteosíntese composto por enxerto, placa e respectivos parafusos.

- Oito dias depois de realizada a intervenção cirúrgica, sem que a situação clínica da A. se alterasse, o réu aconselhou a autora transferir-se para o serviço de ortopedia do Hospital de S. João, o que aconteceu em vinte dois de Junho de 1995.

- Dois dias após a intervenção cirúrgica efectuada à A., no Hospital de S. João, foi verificada a existência de uma fístula esofágica na A., depois de ter sido retirado o dreno que lhe havia sido colocado no esófago.

- Em consequência disso, a A. foi entubada, para permitir a cicatrização da fístula, situação em que se manteve durante 4 semanas.

- A A. teve alta, em 9 de Abril de 1996, altura em que ainda tinha acentuadas dificuldades de marcha, apesar do treino a que fora submetida nos serviços de fisioterapia do Hospital de S. João.

- Quando a A. readquiriu a consciência constatou que se encontrava paralisada do lado esquerdo, com impossibilidade total de accionar e coordenar movimentos no braço e perna do lado esquerdo.

- Bem como "adormecimento"- com ausência de sensibilidade - nas extremidades dos dedos da mão direita.

- Em face do sucedido, o R. promoveu a observação da A. por diversos médicos, designadamente um neurologista, que constatou a hemiplegia esquerda.

- Aí internada, por iniciativa do R. foram-lhe feitos diversos exames complementares de diagnóstico e treino de marcha em fisioterapia.

- Em data imprecisa do mês de Outubro de 1995, o R., para poder obter novo exame complementar de diagnóstico (ressonância magnética), decidiu retirar o material de osteossíntese que tinha colocado na intervenção inicial.

- A realização da ressonância magnética na pessoa da A. não constituía um acto de diagnóstico intencionado a implementar qualquer terapêutica que reduzisse o padecimento da A., mas apenas um acto de natureza científica, destinado a conhecer a relação entre a causa da doença que ocorreu e as consequências observadas.

- No decurso dessa intervenção, sobreveio à A. uma fístula esofágica ao nível das vértebras C4/C7 da coluna cervical, referida em 22 supra.

4.1. **Ainda sob o ângulo da culpa**, ponderemos as coisas, olhando-as sobre o possível comportamento deficiente do réu.

Nos artigos 1º a 3º do questionário perguntava-se (fls.157) o seguinte:

Na execução da intervenção, em manobra cirúrgica, o réu provocou sofrimento medular à autora?

Tal deveu-se a falta de cuidado na manipulação por parte do réu?

Tendo provocado de forma directa e necessária para a autora uma hemiplegia esquerda?

Respondeu-se a todas as perguntas: não provado. (Fls. 207).

No julgamento da matéria de facto justificou-se (e do modo criterioso reclamado pela Relação que, para tanto, mandou baixar o processo - fls. 262 e ponto 4, Parte I). que as respostas se basearam, entre o mais, em declarações médicas de profissionais que lidaram directamente com a autora (fls. 208/209).

4.2. Em conclusão: a nosso ver, **não fica seguramente demonstrado que o réu tivesse tido, objectivamente, um comportamento negligente.**

Devemos lembrar, neste contexto, que a **acção foi proposta sob o fundamento de que o Réu não cumpriu a obrigação que sobre ele impendia de actuar com perícia, prudência e atenção e ter sido negligente na sua actuação, assim causando danos á autora, que os quantifica, e cujo pagamento reclama.** (Parte I, ponto1).

E não se chegaria a resultado diferente, se a responsabilidade se radicasse em violação de direitos de personalidade ou fosse da natureza extracontratual. [(Conferir conclusão 4ª, alínea a) e ponto 2, Parte IV)].

Ao contrário, e também em termos objectivos, **mostra-se que teve um comportamento diligente, ou com certo grau de diligência, como um bom pai da família no sentido profissional, na expressão que anteriormente usámos, e que afasta a ideia de culpa efectiva ou presumida que, de forma garantida, lhe possa ser imputada.**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/11/2005

Processo: 0534727

Relator: MÁRIO FERNANDES

Sumário:

I - Por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica – e é neste aspecto que devemos fixar com maior incidência a nossa reflexão, dado não se revelarem factos atinentes a desajustado diagnóstico ou terapêutica – enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC).

II - A deficiência de actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica, necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta

actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um profissional medianamente competente e prudente.

« Na sentença impugnada, rejeitando-se a possibilidade de faz recair sobre o Réu a obrigação de indemnizar, ponderou-se não se encontrar demonstrada, através da materialidade dada com apurada, a existência de acto ou actos médicos deficientes, o que tanto bastava para, à partida, denegar a pretensão indemnizatória deduzida.

Outra é, contudo, a tese da impugnante, para quem as intervenções cirúrgicas a que foi submetida, quer ao nível do joelho esquerdo, quer ao nível do pé direito, se revelaram deficientes, a ponto de se terem agravado os males de que padecia.

Analisemos.

Não estará em causa, no presente caso trazido a juízo, defrontarmo-nos perante responsabilidade contratual por acto médico, sendo nessa base que assenta o pedido indemnizatório formulado pela recorrente – assim também se reflectiu na decisão impugnada, tudo confirmado pela materialidade dada como apurada, a configurar um contrato de prestação de serviços médico/cirúrgicos (sobre as fontes da obrigação de indemnizar no âmbito do exercício da actividade médica, v. Moitinho de Almeida, “A Responsabilidade Civil do Médico”, in “Scientia Iuridica”, 1972, tomo XX1, págs. 329 a 331, e Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, in BMJ 332, págs. 21 a 79).

Mas, porque nos movemos no domínio da responsabilidade civil, ainda que contratual – devendo verificar-se, portanto, todos os requisitos próprios de que depende a obrigação de indemnizar – importará para o nosso caso avaliar se verificada se encontra actuação deficiente e culposa da parte do Réu, bem assim se existe nexos de causalidade entre a conduta do médico e os danos cujo ressarcimento vem peticionado na acção.

Por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica – e é neste aspecto que devemos fixar com maior incidência a nossa reflexão, dado não se revelarem factos atinentes a desajustado diagnóstico ou terapêutica – enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC) – v. os estudos acima referidos.

A deficiência de actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica, necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um profissional medianamente competente e prudente.

O que a situação descrita nos autos revela é que, face às queixas apresentadas pela Autora, ao nível dos pés (existência de “joanetes”) e dores no joelho esquerdo, o Réu sugeriu à Autora as intervenções cirúrgicas acima descritas, o que esta aceitou, tendo em vista a remoção daqueles males.

Realizadas as aludidas intervenções, o que se verificou é que a Autora teve agravamento das dores ao nível do joelho esquerdo, com dificuldades acrescidas na locomoção, tendo esse mesmo joelho feito uma ligeira “recurvatura”.

Já quanto à intervenção ao nível do pé direito, para remoção de “joanetes”, e em resultado da mesma constatou-se que o dedo grande do pé direito ficou acentuadamente afastado dos restantes dedos desse pé, formando um ângulo de 30 a 35 graus com o dedo seguinte.

Diante dos resultados assim obtidos e das queixas apresentadas pela Autora, o Réu recomendou à Autora, para as ultrapassar, a realização de novas intervenções cirúrgicas ao joelho esquerdo e pé direito, apenas aquela tendo aceite nova intervenção ao pé direito, mas recusando nova intervenção ao joelho.

De referir que a intervenção em último referida, face ao diagnóstico pós-operatório, tinha em vista uma “cirurgia vascular”, enquanto aquela outra, segundo explicitação do Réu, destinava-se a corrigir a deformidade acima apontada e verificada no dedo grande do pé direito.

Vindo a realizar-se a intervenção em último referida, teve o Réu de proceder à amputação do osso da primeira falange do dedo grande desse pé, segundo a técnica designada por “técnica de keller”, consistente precisamente no encurtamento dessa falange para corrigir a mencionada deformidade.

Colocados diante deste circunstancialismo e face à recusa da Autora em permitir a aludia cirurgia ao nível do joelho esquerdo, no sentido de remover os males de que aquela padecia e apesar da primeira intervenção efectuada, cremos, no seguimento do ponderado pela decisão impugnada, não poder imputar-se ao Réu censura originadora de obrigação de indemnizar.

Com efeito, perante a persistência de dores ao nível do joelho esquerdo, com agravamento na dificuldade de locomoção e verificação de ligeira curvatura desse joelho, mostrando-se necessário realizar “cirurgia vascular” para remover aqueles males, sem que venha demonstrado, como alega a recorrente, opinião

médica contrária, antes que se devia tentar primeiro o recurso a tratamentos de fisioterapia, o que se revelou sem sucesso, então legítimo será constatar não vir demonstrado comportamento objectivamente censurável da parte do Réu em toda a sua actuação de tentar remover os males de que padecia a Autora ao nível do seu joelho esquerdo.

Não podendo neste aspecto falar-se de negligência médica, então, na base das sequelas pós-operatórias ao nível do joelho esquerdo, não poderá sustentar-se a obrigação de indemnizar defendida pela recorrente.

Contudo, **perguntar-se-á se diferentes considerações poderão ser adiantadas quanto à intervenção tida pelo Réu ao nível do pé direito da Autora e para remoção dos respectivos “joanetes”, na sequência duma primeira intervenção que não logrou obter o melhor resultado** (afastamento do dedo grande do pé direito acima assinalado).

Ora, **diante da materialidade apurada no âmbito deste aspecto, será abusivo considerar que, na sequência daquela segunda intervenção correctiva, o Réu teve uma prestação deficiente, pois que, como se reflectiu na sentença impugnada, aquele se limitou a seguir a técnica adequada (técnica de “keller), no sentido de corrigir uma primeira prestação com resultado menos conseguido.**

Nesta medida, cremos ser possível afirmar, no seguimento do defendido na sentença recorrida, que a intervenção do Réu ao nível do pé direito da Autora não se revelou numa prestação deficiente.

Aqui chegados, necessário será concluir inexistirem fundamentos bastantes que legitimem a constatação de que estamos perante actuação deficiente e negligente do Réu, por força dos cuidados de saúde prestados à recorrente.

E, não sendo possível retirar tal constatação, então motivos também não existem para considerar a verificação de responsabilidade médica, fundamentadora da obrigação de indemnizar, assim não merecendo censura o juízo de mérito feito pelo tribunal “a quo” à pretensão deduzida pela recorrente.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2/3/2006

Processo: 0630877

Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS

Sumário:

Age com negligência um hospital que, através do seu pessoal hospitalar, não providência que um doente seja vigiado durante a noite.

«Na sentença recorrida entendeu-se que a ré estava obrigada a indemnizar o autor em virtude de se terem demonstrado os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, na medida em que e quanto à culpa, os seus funcionários não tomaram as cautelas necessárias para que o autor permanecesse uma noite inteira com a botija de água quente nos pés, sendo que este se encontrava sob o efeito da anestesia e insensibilidade nesta parte do corpo.

A ré apelante entende que a sua actuação foi correcta, necessária e adequada, pois se demonstrou através dos factos dados como provados que o seu pessoal tomou providências específicas para anular o perigo de a botija queimar os pés do autor, afastando-a deles e colocando-a ao fundo da cama.

Resultando daqueles factos que é ao autor que se deve imputar a ocorrência das queimaduras, na medida em que se mexeu e actuou – ou deixou que outro actuasse – contra as instruções da ré, anulado não só a acção que esta tinha tomado para o afastamento do perigo, como também infringindo a informação de prevenção que tinha prestado.

Creemos que não tem razão e se decidiu bem.

No cerne da questão está a chamada “responsabilidade médica”, na medida em que se trata de apreciar a responsabilidade da ré comitente (artigo 500º do Código Civil) através da actuação do seu pessoal hospitalar – médicos, paramédicos e restante pessoal hospitalar – que cuidou do autor, uma vez que o evento danoso é, frequentemente, resultado de uma complexa actividade de uma equipa médica – Prof. Álvaro Rodrigues “in” Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos – Direito e Justiça, página 171.

Jogando com valores tão essenciais como são os direitos de personalidade – direito à vida, direito à integridade física, direito à saúde – o pessoal hospitalar percorre, a cada instante, um espinhoso caminho em que a licitude e a ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos.

A ilicitude da sua actuação pode resultar quer da violação dos deveres contratualmente assumidos, quer da violação de um genérico dever de cuidado, do dever de informação, de uma norma de protecção, de um dever funcional ou, genericamente, da violação de qualquer direito de personalidade com que o tratamento ou intervenção directa ou indirectamente possa contender, por exemplo, direito à integridade física, direito de disposição do próprio corpo, direito à saúde, direito à vida.

O pessoal hospitalar e a entidade hospitalar para quem trabalhem, estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado, quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe.

Espera-se desse pessoal, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência.

Perícia que ao fim e ao cabo é aquela especial competência que não faz parte do arsenal do “bonus pater familia” mas que é antes o resultado de uma aptidão desenvolvida por um específico treino e experiência.

Ou seja: aqueles que empreendem uma certa actividade que exige especiais qualificações não deverão contentar-se em proceder de modo diligente e empenhado, antes deverão referenciar a sua conduta ao padrão de proficiência que é legítimo esperar das pessoas que exercem uma tal profissão e que na verdade se lhes exige.

Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado, estamos frente a uma actuação negligente, que poderá agravar-se substancialmente quando é levada a cabo “contra legem artis”.

Também a omissão de um tratamento poderá atentar “contra legem artis” no caso de dever ter sido efectuado, atentos ao cânones específicos e razoáveis da profissão.

O pessoal hospitalar deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem todos os profissionais de saúde sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo.,

Trata-se, pois, de substituir, no âmbito da profissão, o critério do bom profissional ao critério do bom pai de família.

Em última análise, o critério que permitirá avaliar a conduta efectivamente observada é “o do bom profissional da categoria e especialidade do devedor” à data da prática do acto.

O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade de um profissional de saúde é a desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um profissional dessa área medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teriam tido em circunstâncias semelhantes, naquela data.

Voltemos ao caso concreto em apreço.

Da matéria dada como provada resulta que o autor, no dia seguinte a ser sujeito a uma operação no hospital da ré, que lhe provocou uma insensibilidade da cintura para baixo a após ter pernoitado sozinho nesse hospital, apareceu com os pés “em cima da botija e já com um traumatismo, flicticina (queimadura)” – alínea a) dos factos assentes e respostas aos quesitos 2º, 7º e 30º.

Não se provou que essa queimadura tenha sido ocasionada por a esposa do autor ter encostado a botija aos pés deste – resposta negativa ao quesito 11º.

Também não se provou que tenha sido o autor a colocar a botija nessa posição, tanto porque nem sequer esse facto foi alegado pela ré, como porque é pouco crível que estando o autor com insensibilidade da cintura para baixo, pudesse actuar de tal modo.

Sendo assim e uma vez que cerca da 21 horas do dia da operação a botija estava colocada ao fundo da cama e afastada dos pés do autor – respostas aos quesitos 3º e 5º - temos que concluir que durante a noite a botija foi deslocada para junto dos mesmos pés.

Não se apuraram factos que nos permitam concluir a forma como essa deslocação foi feita.

Mas apurou-se que o autor dormiu sozinho.

Sendo assim e dada a conhecida insensibilidade que o autor tinha da cintura para baixo, era de prever que se a botija se deslocasse para junto dos pés do autor, este não sentisse as dores provocadas por queimaduras provenientes desse contacto.

E tendo ou devendo ter a ré conhecimento – através do seu pessoal hospitalar – que a botija se encontrava perto dos pés do autor, deveria frequentemente verificar se ela não se deslocara para junto deles, isto, claro está, partindo do princípio que alguém daquele pessoal não tinha ele próprio promovido a essa deslocação.

Tratava-se de uma previsão que se exigia de pessoal que exerce uma actividade que demanda especiais qualificações.

E que tinha ou devia ter uma aptidão desenvolvida por um específico treino e experiência.

A perícia e o cuidado que esta aptidão ocasiona não foi posta em pratica pelo pessoal da ré.

Este não agiu em conformidade com o padrão de conduta profissional que um profissional da área medianamente competente, prudente, sensato, teria em circunstâncias semelhantes.

Como se disse, esse profissional vigiaria frequentemente os pés do autor para se certificar se eles estavam ou não em contacto com a botija.

Não tendo assim procedido, a ré, através do seu pessoal, agiu com negligência.

E esta negligência foi causa adequada das lesões e esta dos danos que o autor sofreu.

Assim, verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual – cfr. artigo 483º do Código Civil.

A este respeito, há que dizer que tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto – neste sentido, ver o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.02.22 “in” Colectânea de Jurisprudência/Supremo Tribunal de Justiça, 2005, I, 90 e doutrina aí referida.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/4/2006

Processo: 2491/2006-6

Relator: OLINDO GERALDES

Sumário:

I. Na relação jurídica de prestação de cuidados médicos, é mediante o recurso às chamadas “regras da arte” que se determina o objecto do direito subjectivo e do dever do prestador da assistência médica.

II. Revelando-se que os meios complementares de diagnóstico eram um instrumento técnico adequado para se conhecer a doença, o erro no diagnóstico constitui uma violação do direito subjectivo, traduzindo um comportamento ilícito.

Agem com culpa, na modalidade negligência, os médicos que, podendo e devendo recorrer aos meios complementares de diagnóstico, os não utilizam.

«A responsabilidade civil médica tanto poderá apresentar natureza contratual como natureza delitual ou extra-contratual.

No primeiro caso, a obrigação da prestação do acto médico adequa-se a um contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação serviço, contemplada no art.º 1154.º do Código Civil (Carlos Ferreira de Almeida, Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, 1996, pág. 87).

Nesse âmbito, a ilicitude para efeitos da responsabilidade civil advirá do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico.

Não havendo contrato, a ilicitude resultará, a maior parte das vezes, da violação de um direito subjectivo, operando exclusivamente a responsabilidade delitual.

Os pressupostos da responsabilidade civil, porém, são os mesmos em ambas as situações: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexa de causalidade.

Na relação jurídica da prestação de cuidados médicos, nomeadamente através dos serviços públicos de saúde, o utente tem direito a ser tratado pelos meios adequados e com correcção técnica. Tem direito a ser diagnosticado e tratado à luz de conhecimentos tecnicamente actualizados. Tem direito a que o seu diagnóstico seja estabelecido com o máximo cuidado (Sérvulo Correia, As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde, in Direito da Saúde e Bioética, págs. 40 e 41).

Deste modo, é mediante o recurso às chamadas “regras da arte” que se determina o objecto do direito subjectivo e do dever do prestador da assistência médica, daí podendo emergir, em caso de violação, a ilicitude do facto e, verificados os restantes requisitos, a responsabilidade civil, nos termos do art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil.

No caso vertente, a apelante atribui às apeladas um erro de diagnóstico, por não ter sido descoberta a icterícia obstrutiva que, depois, se apurou ter, por falta da realização dos meios complementares de diagnóstico, para além do RX.

Dos autos resulta, efectivamente, que existiu erro no diagnóstico, porquanto das duas vezes em que a apelante foi assistida no serviço de urgência do Hospital ... foi-lhe feito um diagnóstico diferente. Em vez da icterícia obstrutiva, começou por se supor uma epigastralgia, para depois na segunda vez, no dia seguinte, se concluir por uma dispepsia.

À existência do referido erro não se opõe a circunstância de não se ter provado que a doença pudesse ser diagnosticada, designadamente no dia 6 de Novembro de 1999, conforme resulta da resposta negativa ao quesito 24.º. Com efeito, esta resposta tem de ser interpretada no sentido de que, sem os meios complementares de diagnóstico, a icterícia obstrutiva não podia ser diagnosticada, em compatibilidade, aliás, com a resposta positiva ao quesito 31.º, segundo a qual, caso as apeladas Eleonora e Camila tivessem determinado a realização dos meios complementares de diagnóstico, que a apelante efectuou no Hospital da CUF, teriam descoberto a doença de que a apelante padecia. De outra forma, seria manifesta a contradição, impugnação que ninguém fez.

Por outro lado, **ainda que não se tenha provado que a sintomatologia apresentada fosse sempre a mesma (resposta restritiva ao quesito 30.º), já as queixas da apelante foram idênticas, para além de persistentes,** circunstância que não pode deixar de merecer particular relevo na obtenção de um correcto diagnóstico.

Revelando os autos que os meios complementares de diagnóstico eram um instrumento técnico adequado para se conhecer da doença, o erro no diagnóstico constituiu assim a violação de um direito subjectivo da apelante a ser tratada pelo meio mais adequado e com correcção técnica, traduzindo por isso um comportamento ilícito.

Para além de ilícito, **tal comportamento é também culposo,** na medida em que os seus autores merecem a reprovação do direito, pois, nas circunstâncias concretas em que actuaram, podiam e deviam ter agido de modo diferente (art.º 487.º, n.º 2, do Código Civil).

Na verdade, **perante o quadro clínico apresentado pela apelante, caracterizado por dores abdominais muito fortes, justificava-se, desde logo, para um correcto diagnóstico, o recurso aos meios complementares de diagnóstico, como aqueles que, depois noutro estabelecimento hospitalar e também no serviço de urgência, foram utilizados, não podendo ser ignorada a sua idoneidade, dada a capacidade técnica de que as duas primeiras apeladas, como médicas, estão habilitadas.** Aquela justificação tornou-se ainda mais acentuada, quando o quadro clínico da apelante se manteve depois da primeira assistência prestada no dia anterior. **Na situação concreta exigia-se mais cuidado no diagnóstico, pois poderia ser necessário tomar certos cuidados, como viria a suceder mais tarde, quando foi obtido o diagnóstico correcto, determinante de um internamento urgente e de posterior intervenção cirúrgica.**

Neste contexto, as duas primeiras apeladas, tendo violado um dever de cuidado, agiram com culpa, na modalidade de negligência.

Deste modo, e sendo certo que também se mostram preenchidos os restantes requisitos, aquelas têm responsabilidade civil pelos danos causados à lesada»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007

Processo: 07A3426

Relator: RUI MAURICIO

Sumário :

II - São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

III - **Provado que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia, in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. n.º 1 do art. 342.º do CC -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..**

IV - **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.**

V - **O esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência.**

VI - **Não tendo o médico logrado ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre si a obrigação de indemnizar.**

«São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexó de causalidade entre o facto e o dano.

A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o nº 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi nº 2 do art. 799º, ambos do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, “atender-se-á ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade. Ele deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada” - cfr. Moitinho de Almeida, in “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Scientia Jvridica, Tomo XXI - nº 116/117, pág. 332.

O médico, como ensina João Álvaro Dias, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias” - cfr. “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 23.

No presente recurso, está em causa saber se ao médico ora recorrente deve ser imputada responsabilidade pelo facto de na intervenção cirúrgica aludida nos autos e por si efectuada ter sido deixada uma compressa no interior do corpo do A..

Resulta da factualidade assente que: a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho de que o A. foi vítima encontrava-se abrangida por um contrato de seguro de acidentes de trabalho celebrado com a companhia de seguros “DD”, a quem o A. participou esse acidente; por indicação da companhia de seguros, o A. foi submetido a intervenção cirúrgica no Hospital; essa intervenção foi executada pelo R. ora recorrente; e este é médico, na especialidade de ortopedia, desenvolvendo a sua actividade de médico ortopedista naquele Hospital, em regime de prestação de serviços.

Nesta conformidade, tendo o R. actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do A. e que a intervenção cirúrgica ora em causa ocorreu por indicação dessa seguradora, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual, sendo ainda certo que, tal como refere o Tribunal de 1ª instância, “a partir do momento em que o Réu decide intervir o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”.

Se na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (cfr. nº 1 do sobredito art. 487º), já quanto à responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (cfr. nº 1 do sobredito art. 799º).

Assentemos, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e que o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. nº 1 do art. 342º do Código Civil -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

Nos termos do art. 798º do Código Civil, “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, estabelecendo o nº 1 do supracitado art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário - cfr. nº 2 do art. 350º do Código Civil.

Vejamos, então, se o R. ora recorrente logrou provar que não agiu com culpa.

Recorta-se da matéria de facto provada que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia. No acto dessa intervenção cirúrgica, foi deixada na zona intervencionada uma compressa, o que causou ao A., como consequência directa e necessária, uma infecção ao nível do ombro esquerdo que se manifestou sob a forma de granuloma e compressão subacromial (ou seja, ao nível da parte terminal da omoplata, onde se articula a clavícula), tendo o A., após várias observações e tratamentos, sido internado nos serviços de cirurgia do Hospital CC e aí sido submetido, em 7 de Novembro de 2001, a uma intervenção cirúrgica, na qual lhe foi retirada a compressa.

Como ensina o Professor Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” - *ibidem*, pág. 562.

Citando o Professor João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...)

Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente” - *ibidem*, pág. 30.

Na verdade, o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à Saúde dos doentes e da comunidade, deve ter sempre um comportamento profissional adequado à dignidade da sua profissão, obrigando-se, quando aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente, à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano - cfr. arts. 6º, nº 1, 12º e 26º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Ora, o esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência. A negligência consiste em deixar de fazer o que as legis artis impunham que fosse feito ou em deixar de actuar de acordo com aquele grau de cuidado e competência que seria de esperar de um médico da mesma especialidade, actuando nas mesmas condições. E no caso sub judice o R. ora recorrente 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.

É verdade que se provou que, na intervenção cirúrgica a que o A. foi submetido em 3 de Agosto de 2001, participou, como instrumentista, a enfermeira Maria, participação que, não sendo necessária em cirurgias simples, era necessária no tipo de intervenção a que o A. foi sujeito, uma vez que assim se faz o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos e se diminui o tempo de exposição da ferida operatória e o risco de complicações pós cirúrgicas, nomeadamente infecciosas. E mais se provou que aquela 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. Porém, tais factos, como bem se afirma no acórdão recorrido, “de modo algum podem levar à conclusão de que não existiu negligência médica por parte do R. médico, sendo de todo inaceitável a afirmação de que ao R. Rui Caro de Sousa não era exigível que admitisse ter ficado qualquer compressa no corpo do A.”.

Para além da participação da referida enfermeira, a equipa cirúrgica era composta pelo R., um outro médico da especialidade de ortopedia e uma médica anestesista, sendo tal equipa coordenada pelo primeiro que a chefiou e que, como tal, deve ser responsável também pelos actos culposos cometidos por qualquer elemento da equipa que dirige, pois se recebe os benefícios da actividade de quem o coadjuva e auxilia, deve também arcar com os prejuízos que da mesma possam advir - *-ubi commoda ibi incommoda*.

Se a enfermeira instrumentista que participou na intervenção cirúrgica, na tarefa que lhe compete de fazer o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos, procedeu à contagem das compressas utilizadas e não verificou qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, quando

é certo que uma dessas compressas ficara no corpo do A., poderá a mesma ser responsabilizada pela eventual falta por si cometida.

Foi, no entanto, o R. ora recorrente que, terminando a cirurgia, suturou a zona operada e não cuidou, como podia e devia, de verificar se aí ficava algum corpo estranho.

Concordamos, pois, com o acórdão recorrido quando nele se afirma que “aceitar o entendimento plasmado na douta sentença recorrida de que a responsabilidade pelo facto de ter sido deixada uma compressa no corpo do A. era da enfermeira instrumentista, seria o mesmo que sufragar o entendimento de que o médico operador não estava obrigado a retirar essa mesma compressa. A enfermeira instrumentista desempenha uma papel coadjuvante no acto da intervenção cirúrgica, considerada em toda a sua globalidade, e se é verdade que, in casu, existe responsabilidade pelo não cumprimento integral das suas funções, o mesmo deverá ser dito do R. já que, em primeira linha, cumpria-lhe verificar se nenhuma anomalia se verificava no decurso da operação do A., nomeadamente, se por si havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente”.

De resto, sempre o R. seria responsável perante o A. pelos actos daquela enfermeira, nos termos do nº 1 do art. 800º do Código Civil, de harmonia com o qual “o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”, sendo certo, porém, que a circunstância de ter participado, como instrumentista, uma enfermeira na intervenção cirúrgica e de não ter sido verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que, durante ela e no seu final, tiveram lugar, não deixa de se reflectir no grau de culpabilidade do R., reduzindo-o e relevando para efeitos de determinação do quantitativo da indemnização, nos termos do art. 494º do Código Civil. Com efeito, é manifestamente evidente que a culpa seria mais grave, exigindo-se ao médico maior cuidado e prudência, quer no caso da não participação na cirurgia de um instrumentista, quer no caso de detecção por este de uma qualquer anomalia nas contagens dos ferros ou dos consumíveis cirúrgicos.

Em suma, não tendo logar ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre o recorrente a obrigação de indemnizar, improcedendo todas as conclusões da alegação respeitantes à inexistência de culpa do recorrente.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/10/2008

Processo: 7563/2008-1

Relator: ROSÁRIO GONÇALVES

Sumário:

2- A relação estabelecida entre um médico e o seu paciente configura-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe aplicáveis, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso, as regras relativas à responsabilidade contratual.

3- Há que se demonstrar a existência de uma omissão de intervenção ou que os meios utilizados foram deficientes no todo que comporta o dever de vinculação a que o médico se submeteu.

4- Agir com culpa significa actuar em circunstâncias que mereçam a censura do direito, ou seja, quando o agente, pela sua capacidade e perante as circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo.

«A relação estabelecida entre um médico e o seu paciente configura-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe aplicáveis, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso, as regras relativas à responsabilidade contratual.

Sobre o médico impende a obrigação de desenvolver de forma prudente e diligente a sua *leges artis*.

Assim, necessário se torna a demonstração de uma omissão de intervenção ou que os meios utilizados foram deficientes no todo que comporta o dever de vinculação a que o médico se submeteu.

Na situação dos autos, foi acordado entre a médica e a apelada que assistiria ao parto quando chegasse a altura devida, bem como o apoio pós-parto.

Contudo, este último apoio foi descurado.

A médica não veio a acompanhar a sua parturiente após o nascimento do bebé, tendo vindo a surgir problemas que tiveram por efeito, a ida da apelada ao Centro Hospitalar para a reposição do seu bem-estar físico.

Houve assim, uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e expectáveis do médico, para com a situação clínica do doente e que estariam contratualmente definidos.

Os factos apurados não inverteram a realidade ocorrida, pois, as apelantes não lograram provar que a desconformidade alegada não proveio de culpa sua, ou seja, que a conduta profissional foi a adequada e que não foi qualquer incumprimento seu que causou as lesões ocorridas na apelada.

O que é inequívoco é que as complicações surgiram depois do parto e que neste período temporal não ocorreu qualquer intervenção profissional da apelante médica.

Ainda que tenha sido executada uma prestação, não o foi nos exactos termos em que o devedor se encontrava adstrito, nomeadamente no concernente a deveres de conduta exigíveis pela necessidade de manutenção da vigilância ao doente.

Assim sendo, não merece reparo a sentença proferida quando concluiu que seria totalmente procedente a oposição que a autora deduziu ao requerimento injuntivo, bem como, quando verificou existir um cumprimento defeituoso, conducente a um verdadeiro inadimplemento.

Deste modo, há lugar à obrigação de indemnizar resultante dos danos sofridos, os quais apenas versam na acção aos de natureza não patrimonial.

Importa, pois, analisar da sua verificação e da plausibilidade ou não do seu quantum.

Como refere o Prof. Antunes Varela, in, *Das Obrigações em Geral*, 5ª. ed., vol. I, pág. 492 e segs. «Para que o lesado tenha direito a indemnização, em situações de violação da lei que protege interesses alheios, necessário se torna que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada e que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar».

O nexó de imputação do facto ao lesante, traduz a necessidade de actuação com culpa deste.

E agir com culpa significa actuar em circunstâncias que mereçam a censura do direito, ou seja, quando o agente, pela sua capacidade e perante as circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo.

Como se diz na sentença recorrida, a ré médica actuou com manifesta culpa, na modalidade de negligência profissional, na medida em que foi encontrada uma compressa dentro do corpo da apelada e na sequência do parto ocorrido.

Ora, contrariamente ao expendido pelas apelantes, estão efectivamente reunidos todos os elementos geradores de responsabilidade civil, os quais se encontram todos espelhados na materialidade fáctica apurada e devidamente consolidada.

Assim, será à luz de tais elementos que se aferirá da justeza ou não do valor encontrado na decisão recorrida.

Os artigos 483º e 562º, ambos do Código Civil elegem o dano como pressuposto e requisito da obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

Como se alude no Ac. do STJ. de 24-5-2007, in, <http://www.dgsi.pt.>, o dano não patrimonial não reside em factos, situações ou estados mais ou menos abstractos aptos para desencadear consequências de ordem moral ou espiritual sofridas pelo lesado, mas na efectiva verificação dessas consequências.

A avaliação da gravidade do dano tem de aferir-se segundo um padrão objectivo e para tanto, é considerável aquele que sai da mediania, que ultrapassa as fronteiras da banalidade, que espelhe um sofrimento moral que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação.

A indemnização por danos não patrimoniais, visa compensar realmente o lesado pelo mal causado, donde resulta que o valor da indemnização deve ter um alcance significativo e não ser meramente simbólico, para assim se intentar compensar a lesão sofrida, proporcionando ao ofendido os meios económicos capazes de fazer esquecer, ou pelo menos mitigar, o abalo moral suportado (cfr. Ac. do STJ. de 29-1-2008, in, <http://www.dgsi.>).

Ora, no caso, sub júdice, temos que:

- No dia 23-4-2002 a autora começou a sentir dores, que se foram avolumando.
- Nesse dia, ao fim da tarde, a autora ou o seu marido telefonaram à ré médica, tendo a chamada sido atendida pelo pediatra, porque a médica estava na sala de partos.
- O pediatra informou que a ré médica telefonaria depois.
- A ré médica não retornou o telefonema.
- Em 24-4-2002, às 01h25, a autora foi atendida no Serviço de Urgência do Centro Hospitalar pela médica Dra. G, que verificou que aquela tinha um corpo estranho vaginal, que era uma compressa.
- Esta médica retirou-a e procedeu a uma desinfecção.
- A autora não tinha infecção, ainda que a compressa pudesse vir a causá-la.
- A autora ficou muito assustada e horrorizada com o facto de a ré médica ter deixado um objecto estranho dentro do seu corpo.

Com efeito, os factos são eloquentes só por si, pois, não só se trata de uma situação deveras insólita, como, a mesma representa o perigo a que qualquer paciente está sujeito quando se encontra em situação de fragilidade e a precisar de cuidados médicos.

Ora, as dores que a autora sofreu já ninguém lhas retira, os incómodos de ter que se deslocar a uma Instituição Hospitalar já de noite e pouco tempo após o parto, o ser confrontada com a presença de um corpo estranho dentro de si, são aspectos suficientemente fortes para merecerem a tutela do direito.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/6/2008

Processo: 4450/2008-2

Relator: EZAGUY MARTINS

Sumário:

I- Em matéria de acto médico só o **consentimento devidamente esclarecido** permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico.

II- A **ilicitude contratual**, nesta sorte de obrigações (de meios), **está equiparada à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior – ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica.**

III- **Ainda quando se deva entender que a presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, não opera nesta área**, ponto também é que, **dadas as dificuldades da realização da prova, nesta matéria, a chamada prova de primeira aparência assume importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade.**

IV- Por isso, **se a falta de cuidado interior presente na culpa diz respeito às circunstâncias intelectuais e emocionais do espírito do agente, a sua prova, quanto às violações destas obrigações a basear-se-á, por via de regra, num juízo de aparência ou probabilidade a partir do comportamento exteriormente adoptado.**

«Na consideração de ser a obrigação que recai sobre o médico, em regra, uma obrigação de meios, que não de resultado, tem uma parte da doutrina e da jurisprudência recusado aplicabilidade à regra sobre o ónus da prova do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil à responsabilidade contratual por actos médicos.[Assim, João Álvaro Dias, *in* “Procriação assistida e responsabilidade médica”, 1966, Coimbra, pág. 225; Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, *in* “Revista da Faculdade De Direito da Universidade do Porto”, 2004, págs. 115-195 (115) e Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *in* Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, Lisboa, 1996, pág. 140, e Manuel Rosário Nunes, *in* “O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos”, Almedina, 2007, págs. 46 e seguintes. Vd. também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2001, *in* CJAcSTJ, 2001, tomo II, págs. 166-170]

De responsabilidade contratual se tratando a assacada pela Ré à A., em via reconvençional, e por isso que emerge do incumprimento de contrato de prestação de serviços médicos, celebrado entre a Ré/paciente e uma instituição hospitalar.[Miguel Teixeira de Sousa, *in op. cit.*, pág. 127]

Julgamos porém desenhar-se uma tendência jurisprudencial maioritária, que, seguindo aquele outro sector doutrinal representado por Vaz Serra [*In* “Encargo da prova em matéria de

impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, *in* BMJ n.º 47, pág. 99], Henriques Gaspar [*In* “Da Responsabilidade Civil do Médico”, *in* CJ, 1978, tomo I, págs. 344-345], Sinde Monteiro [*In* “Da Responsabilidade Médica em Portugal”, *in* BMJ n.º 332, pág. 46], Ferreira de Almeida [“Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *in* “Direito da Saúde e Bioética”, Ed. da AAFDUL, Lisboa, 1996, pág. 117] André Gonçalo Dias Pereira [*In* “O consentimento informado na relação médico-paciente”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-civilísticas apresentada na FD da UC, em Março de 2003, págs. 263-264] e Carneiro da Frada [*In* “Contrato e deveres de protecção”, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da FDC, Coimbra, 1994, pág. 193] se tem mostrado favorável à aplicação de tal regra.

Podendo citar-se, como representativos daquela, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22-05-2003, proc. 03P912; de 27-11-2007, proc. 07A3426; de 18-09-2007, proc. 07A2334; e desta Relação, de 23-01-2007, proc. 6307/2006-7.[Todos *in* www.dgsi.pt]

5- No supracitado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-2008, considerou-se existir incumprimento, nesta matéria, “se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento.”.

O que aparentemente vai no sentido do acolhimento da tese da equiparação da ilicitude contratual, nesta sorte de obrigações, à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior – ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica.[Nuno Manuel Pinto Oliveira, *in* op. cit., pág. 242-243, citando Sinde Monteiro]

Mas, a existir incumprimento/cumprimento defeituoso, de banda da A., no que toca às manobras de cateterização – como, sem a consideração do que nesta sede contraposto foi pela A., resulta de conceder, ao menos em via de prova de primeira aparência, e atenta a circunstância da punção de artéria em vez de veia – temos que não poderá proceder, sem mais, a pretensão daquela no tocante à cobrança de despesas hospitalares relacionadas com tal defeito de prestação, e designadamente com a “reparação”, do mesmo.

Como também não procederá, e desde logo – incluída a parte relativa à própria cateterização – quando não se demonstrando ter a Ré ou os seus familiares, autorizado, ou tido conhecimento prévio, da intervenção para cateterização, se não demonstre igualmente o absolutamente necessário, no momento, de tal intervenção, na circunstância da paciente.

Para além disso, ainda quando se deva entender que a presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, não opera nesta área, ponto também é que, dadas as dificuldades da realização da prova,

nesta matéria, natural é que a aludida prova de primeira aparência, e como refere Manuel Rosário Nunes [*In op. cit.*, pág. 58] “assuma importância determinante, no que respeita à culpa e 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 acaso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso.”.

Ou, nas palavras de Carneiro da Frada [*In op. cit.*, pág. 194], “se a falta de cuidado interior presente na culpa diz respeito às circunstâncias intelectuais e emocionais do espírito do agente, a sua prova basear-se-á, por via de regra, num juízo de aparência ou probabilidade a partir do comportamento exteriormente adoptado.”.

Impondo-se pois, como resulta meridiano – na perspectiva do conhecimento do mérito da acção, como também em ordem a aquilatar da “subsistência” dos verificados pressupostos da obrigação de indemnização, que a Ré pretende actuar, pelo que ao conhecimento da reconvenção respeita – o prévio apuramento de toda a matéria de facto alegada pela A., no sentido da “frequência”, “normalidade” e abrangência pelos riscos próprios da intervenção, da punção da artéria “ao lado”...

Bem como, e desde logo, do também alegado pela A., relativamente à autorização ou conhecimento prévio pela Ré, da intervenção para cateterização e à absoluta necessidade desta».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/4/2007

Processo: 10328/2006-1

Relator: RUI VOUGA

«Entre nós, a generalidade da doutrina e da jurisprudência propende para entender que, **salvo em casos excepcionais** (como, por exemplo, quando sejam empregues pelos médicos **meios perigosos**, designadamente aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, incubadoras, etc. – hipóteses em que incumbirá ao médico que deles fez uso provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, nos termos do artigo 493º, nº 2, do Código Civil), **a presunção de culpa do**

devedor consagrada no art. 799º, nº 1, do Código Civil não tem lugar no domínio da responsabilidade civil médica.

Isto porque «não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual»¹.

É que «a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional², pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos»³. «Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual»⁴.

Adentro desta orientação, as únicas exceções admitidas poderão verificar-se na área da cirurgia estética, em que o médico se compromete a produzir um certo resultado estético no paciente, ou no caso de transfusão sanguínea em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, ou no caso do médico analista que comunica ao paciente, por engano, um resultado distinto do verdadeiro e também no caso do médico radiologista, ou no campo da odontologia, da vasectomia, etc⁵. «De resto, mesmo no que concerne às situações de cirurgia estética em que predomina a finalidade terapêutica, será discutível se, atendendo ao grau de intensidade da obrigação e do risco a que o paciente se submete, haverá uma obrigação de resultado, ou antes uma verdadeira obrigação de meios»⁶.

É certo que, para algumas vozes, o nº 2 do artigo 493º 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*”,

¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2005, pp. 48 a 56.

² Na verdade, como bem observa MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 127), «os deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina». «Isto é, esses deveres do médico não se distinguem daqueles que lhe são impostos por um adequado e correcto desempenho da sua actividade profissional» (*ibidem*).

³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁵ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 55, nota 90.

⁶ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

também seria aplicável no âmbito da responsabilidade médica, por serem frequentemente utilizados, no decurso dos tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas, coisas e instrumentos perigosos ⁷.

Todavia, predomina largamente, na doutrina, o entendimento segundo o qual a regra do cit. art. 493º-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 ^{8 9}.

De todo o modo, há, entre nós, quem sustente que, estabelecendo-se entre o médico e o paciente um contrato, recai sobre o médico, por força da aplicação do regime da responsabilidade contratual, em caso de incumprimento, a **presunção de culpa** estabelecida no cit. art. 799º, nº 1, do Cód. Civil. Estão nessa linha, nomeadamente, SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES ¹⁰.

Segundo este último Autor, «consagrando o art. 799º, nº 1, do C. Civil, uma presunção de culpa do devedor, caso se considere que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, sobre este recai o ónus de prova de que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, pois o resultado do seu trabalho intelectual e manual é o próprio tratamento e não a cura». Isto porque, «no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da

⁷ 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*).

⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA *in* “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 138.

⁹ Cfr., igualmente no sentido de que, «sem prejuízo da susceptibilidade de recurso ao art. 493º 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” cit., p. 116).

¹⁰ *In* “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, publicado in Revista Direito e Justiça, 2000, ano XIV, nº 3, pp. 182, 183 e 209.

responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no nº 1 do art. 799º do C. Civil»¹¹.

E é assim «quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado»¹².

«O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso»^{13 14}.

E «com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos»¹⁵. «Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente»¹⁶.

Esta posição, acerca do funcionamento da presunção de culpa do art. 799º-1 do Cód. Civil no campo da responsabilidade civil médica, foi acolhida no Acórdão do S.T.J. de 17/12/2002, relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO e proferido no Proc. nº 02A4057¹⁷. Neste aresto, entendeu-se que:

«O médico, e é esta a actividade profissional que importa considerar aqui, põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável.

Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência.

Esta conduta diligente é assim objecto da obrigação de meios que assume.

¹¹ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES *in* “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos” *cit.*, *loc. cit.*

¹² ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹³ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁴ Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*in* “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico” *cit.*, p. 116), «o cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos». «Em relação à obrigação principal, considera-se que o tratamento é defeituoso, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, de harmonia com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde» (*ibidem*).

¹⁵ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁶ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁷ Cujo texto integral pode ser acedido, via Internet, no sítio www.dgsi.pt.

Quando o cliente se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso.

Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil.

O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.

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.

(...)

Não aproveita à recorrente não se ter provado que a técnica operatória utilizada pelo B não foi uma clara violação às técnicas e artes médicas e operatórias (facto do art.º 38º da base instrutória, alegado pelo A).

É que o ónus da prova cabia ao R.

Nem o art.º 799º do C. Civil foi incorrectamente aplicado, nem o art.º 342º, nº1, do mesmo Código foi erroneamente omitido (havendo presunção legal de culpa do R, as regras dos artigos anteriores invertem-se - art.º 344, nº 1, também do C. Civil)».

Porém, MANUEL ROSÁRIO NUNES¹⁸ discorda radicalmente do entendimento preconizado por SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e por ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES e adoptado no cit. Ac. do S.T.J. de 17/12/2002 e interroga-se: «*O que seria se se institísse a “tese” de que sempre que um paciente morresse às mãos do médico haveria uma situação de incumprimento contratual à qual se aplicaria a presunção de culpa decorrente do art. 799º do C. Civil ?*».

Segundo este Autor ¹⁹, «na actividade médica em geral, a obrigação resultante dos contratos de serviço médico é uma obrigação de tratamento, ou seja, uma obrigação que tem como objectivo a atingir o tratamento, cujo conteúdo é determinado pelo médico, mas que depende também do factor reacional de cada paciente».

«E, não se prescindindo da colaboração do paciente, aquela obrigação de tratamento que impende sobre o médico é, sob o prisma da clássica distinção defendida por RENÉ DEMOGUE, fundamentalmente uma **obrigação de meios ou de diligência** e, excepcionalmente, uma **obrigação de**

¹⁸ In “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 52, nota 89.

¹⁹ *Ibidem*.

resultado como parece acontecer na generalidade das intervenções de cirurgia estética com fins de embelezamento»²⁰.

«Aos médicos incumbirá, pois, uma obrigação contratualmente assumida, de desenvolver prudente e diligentemente, atento o estado científico actual das *leges artis*, certa actividade para se obter um determinado efeito útil, que se traduza em empregar a sua ciência no tratamento do paciente, sem que se exija a este a obtenção vinculada de um certo resultado: a “cura”»²¹. «Em suma, (...), ao invés de o médico prometer um certo resultado, a “cura”, por exemplo, um diagnóstico correcto em todos os casos (v.g. as situações de malformações), apenas estará obrigado legal ou convencionalmente a adoptar um comportamento que conduza a um resultado, ou seja, um comportamento que expresse os cuidados devidos na prestação de um serviço médico»²².

Todavia, mesmo para quem – como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e MANUEL ROSÁRIO NUNES – considere que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não funciona no campo da responsabilidade civil médica, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, sempre «haverá que lançar mão de mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas mesmas dificuldades»²³.

É certo que, entre nós, não é possível, à luz do direito constituído, «alterar ou inverter a repartição legal do ónus da prova com o fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte (excepto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte, art. 344º, nº 2, do Código Civil), mas é possível compensar – se assim se pode dizer – o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo art. 342º do Código Civil através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, pois que, como se estabelece no art. 655º do Código de Processo Civil, a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte»²⁴.

«Daí que, neste contexto, a prova de primeira aparência assumia importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade, uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde

²⁰ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²² MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²³ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 56.

²⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 140-141.

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»²⁵.

«Trata-se, em suma, de uma técnica dedutiva que permite concluir que houve negligência por parte do médico, porque a experiência comum revela que, no curso ordinário das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão por uma causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado»²⁶.

No que tange à **culpa do médico**, «um dos factores a considerar na avaliação dessa culpa é, sem dúvida, a probabilidade da verificação accidental do dano sofrido pelo paciente»²⁷. «Quanto maior for essa probabilidade, isto é, quanto maior for a probabilidade de o dano ter sido causado por uma situação fortuita e imprevisível, menor é a probabilidade de o médico ter actuado negligentemente»²⁸. «Nessa mesma perspectiva, um erro grosseiro – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – é suficiente para indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico, pois que dificilmente se pode aceitar (e demonstrar) que a lesão efectivamente sofrida pelo paciente não tem origem naquele erro»²⁹. «Em todo o caso, essa demonstração, que, embora difícil, não é impossível, incumbe ao médico demandado»³⁰.

Já no que concerne ao **nexo de causalidade** entre a conduta negligente do médico e os prejuízos sofridos pelo paciente, parece dever ser-se mais exigente, porquanto, «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 nexo 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»³¹.

²⁵ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 58.

²⁶ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., pp. 58-59.

²⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 142.

²⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

²⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 142-143.

³⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 143.

³¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

Expostas, em linhas gerais, as duas orientações detectadas na doutrina e na jurisprudência portuguesas, em matéria de repartição do ónus da prova da culpa do médico, nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil médica, é, finalmente, chegada a altura de abordar o caso dos autos.

Como já se vai ver, qualquer que seja a orientação que se perfilhe, acerca do modo como se distribui o ónus da prova da culpa do médico nas acções de responsabilidade civil médica, sempre se terá de concluir pela constituição de ambos os RR. na obrigação de indemnizar os AA. – ao contrário do que, erroneamente, foi entendido na sentença ora recorrida.

Assim é que:

a) para quem considere que a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não deixa de funcionar no campo da responsabilidade civil médica, quando a relação médico-paciente se estabelece num quadro contratual, **o ora 1º R. JOSÉ DE MENDIA não logrou ilidir a presunção de culpa que o onerava, visto não ter conseguido provar a sua alegação fáctica de que a paragem cardio-respiratória sofrida pela Rute Francisco fosse decorrente do choque anafilático** (reacção alérgica medicamentosa grave aos fármacos anestésicos) – cfr. a resposta negativa dada ao Quesito 19º da Base instrutória -, sendo certo que – como se observou no já cit. Acórdão do S.T.J. de 17/12/2002, relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO -, “*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*”³²;

b) para aqueles que sustentam que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não funciona no campo da responsabilidade civil médica, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, sendo que, porém, **um erro grosseiro** – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – **é suficiente para indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico** e, por outro lado, **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**

³² Segundo informa MANUEL ROSÁRIO NUNES (in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., pp. 41-42), «a doutrina e a jurisprudência italianas consideram que a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica». «Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste» (MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*).

qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento, temos que, no caso dos autos, **os ora 1º e 2º RR. cometeram um erro grosseiro ao não terem procedido, de imediato, após a paragem cardio-respiratória que a falecida RUTE FRANCISCO sofreu** aquando da administração da anestesia local, com sedação, **à entubação orotraqueal da paciente** ³³, tendo antes optado por lhe administrar fármacos e por proceder a massagem cardíaca externa (o R. José Mendia) e a ventilação manual (o R. Rui Bouça), **só tendo finalmente realizado a entubação orotraqueal da paciente quando constataram, muitos minutos depois, que a paciente não recuperava**, sendo certo que nenhum dos RR. logrou provar a inexistência de qualquer nexo causal entre o dano-morte sofrido pela RUTE FRANCISCO e o erro erro de tratamento por eles cometido.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009

Processo: 08B1800

Relator: RODRIGUES DOS SANTOS

Sumário :

I - Em regra, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão, sendo irrelevante que o mesmo tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado.

II - Ao médico, seja qual for a sua obrigação, esteja ou não vinculado por contrato, exige-se que cumpra as *leges artis* com a diligência normal de um médico médio (*reasonable doctor*).

III - Aplica-se à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no art. 799.º, n.º 1, do CC, presunção esta que fica ilidida com a demonstração pelo médico do cumprimento diligente das *leges artis*.

IV - Recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, da existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico, dos danos (e

³³ Efectivamente, uma das regras de ouro da anesthesiologia é a de que, **numa situação de paragem cardíaca não imediatamente reversível, deve proceder-se imediatamente a uma E.O.T.** (entubação orotraqueal) quando alguém habilitado para o fazer estiver presente.

sua extensão), do nexo causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação, por parte do médico, ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento esclarecido.

V - Perante a dificuldade natural da prova de um facto por parte do paciente, o mais que pode acontecer é fazer-se uso da *máxima iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação).

VI - Contributo relevante para a compreensão e solução desta problemática, é o Estatuto do Paciente, que, no passado recente se consolidou, nas vertentes de dignidade, visibilidade e parceiro total e igual, no binómio paciente - médico, sobretudo após o estabelecimento da doutrina do consentimento informado ou informed consent, donde resultou a vinculação do paciente ao dever de colaboração com o médico e o direito de obter deste o dever de prestar toda a informação sobre a natureza, características, técnicas a usar no exercício do acto médico, alternativas e riscos.

VII - A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva.

«Ao médico (seja qual for a sua obrigação, estando ou não vinculado por contrato) é exigido que cumpra as "Ieges artis" (também chamadas "medical standard of care" e "soins conforme aux donnés aquis de la science"?, com a diligência normal de um bom pai de família

É esta a forma de cumprimento lógica, coerente e consequente que o médico tem, do exercício de qualquer acto médico.

Convém não esquecer que neste domínio existem dois deveres, cuja observância é fundamental, a saber: o dever do médico de dar ao paciente um total e consciente esclarecimento sobre o acto médico que nele se vai realizar, suas características, o grau de dificuldade de necessidade ou desnecessidade, suas consequências e, acima de tudo, sobre o risco envolvente do referido acto médico; e o dever de colaboração do paciente fornecendo ao médico, com verdade qualquer facto da sua história clínica, com relevância para promover o sucesso ou evitar o insucesso do mesmo acto médico.

Realce-se que o dever de esclarecer o paciente subsiste, autonomamente, em relação a outros deveres resultantes de eventual contrato entre médico e doente

Este dever de colaboração (que será tanto mais otimizado quanto mais eficiente e completo tiver sido o esclarecimento ao paciente transmitido) inclui, em substância, para além da exposição e resposta com verdade e sem qualquer omissão ao seu histórico clínico, inclui também e designadamente a notícia de eventuais incompatibilidades ou restrições à toma de fármacos com incidência no campo da anestesiologia ..

Na relação médico-paciente e a propósito da prestação do médico, no exercício do acto médico, é usual distinguir-se aquela em obrigação de meios, de resultado e de garantia (Ver. Almeida Costa in Direito das Obrigações, 1968. pág.432).

Das duas primeiras, a de meios é aquela em que o devedor se compromete a desenvolver prudentemente e com diligência certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza (v.g. a obrigação do médico de empregar a sua ciência na cura da doença); a obrigação de resultado verifica-se quando se conclui da lei ou do negócio jurídico que o devedor está adstrito à obtenção de um certo efeito útil (v. g. a obrigação da entrega de uma quantia em dinheiro, ou uma obrigação de prestação de facto: um exemplo: a do mestre de obras em levantar um edifício de acordo com determinada planta).

Acrescente-se, então. que, na obrigação de meios, o devedor fica exonerado no caso de o cumprimento demandar uma exigência maior que a que prometeu e que quer a impossibilidade subjectiva como a objectiva não imputáveis ao devedor o exonerem; e que, na obrigação de resultado, só a impossibilidade objectiva e não culposa libera o devedor

Aceitamos, sem qualquer esforço que, na actividade médica como de resto em tantas outras situações da vida possa ou não haver um contrato prévio (mesmo sem forma escrita, ou, puramente, consensual) e que, por isso o acto médico seja exercido sob responsabilidade de natureza contratual ou extra contratual, institutos muito semelhantes, porém, com subsunção a algumas normas específicas, como é sabido

Responsabilidade civil contratual e extracontratual são, então, duas modalidades que, em regra preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da profissão, sendo irrelevante que o médico tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado.

A responsabilidade pelo risco (artigo 483º n.º2 do CC) não tem cabimento nesta sede pela razão de que (...só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei) como reza o segmento da norma atrás referido; e lei não existe em tal sentido

Em qualquer caso, não deverá perder-se de vista que a actividade médica é uma actividade demasiado técnica, demasiado relevante na sociedade (e dela estruturante), para que nela se não atente e se valorize essa especificidade.

Apesar disso não se vislumbram razões para. que a efectivação da responsabilidade civil do médico não decorra ao abrigo de todas as regras normativas inerentes aos dois regimes de responsabilidade civil; contratual ou extra contratual, nomeadamente, no concernente à presunção de culpa do médico na contratual e ao acolhimento integral das regras do ónus da prova (artigos 342, 343 e 344 do CCivil (neste sentido, a posição adoptada pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues - in Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos -Revista Direito e Justiça 2000 ano XIV, n.º3, pág. 183 182 e 138),

Entende-se assim que se aplica à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no artigo 799º n.º 1 do CC, dado não existirem nessa situação razões específicas que justifiquem o afastamento dessa regra.

E isto é assim, quer se entenda estar-se perante uma obrigação de meios ou de resultado

Mas, não se deverá olvidar que a presunção se refere, tão só à culpa.

A prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competirá sempre ao Autor.

O Prof. M Andrade (Noções Elementares de Processo Civil, 1976 pág. 203) afirma que... quanto à existência de danos e à sua extensão e quanto ao nexos de causalidade, entre o ilícito contratual e os mesmos danos está claro que a prova recai sempre sobre o autor.

Porém, o ilustre professor de Coimbra acrescenta que, perante a dificuldade natural da prova de um facto o mais que pode acontecer é fazer uso da máxima “iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur”; o que significa: para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação (ob. cit. pág 202).

Ademais, alterar nessas circunstâncias, as regras de funcionamento dos institutos em causa, (responsabilidade civil contratual e extracontratual) representaria um dano considerável na confiança e na certeza do direito e mesmo a ofensa ao princípio da igualdade de armas.

E teria ainda outra consequência; é que, como referem Luís A Guerreiro e Anabela Salvado (in Responsabilidade civil dos médicos - Revista da F M L Série 111 vol.5 nº 5) o agravamento sistemático da responsabilidade civil dos médicos pode trazer efeitos perversos, ou seja o chamado exercício defensivo da medicina.

Aliás será o caso concreto que, analisado em toda a sua envolvência, individualidade e singularidade, há-de ditar se, naquele caso se está perante uma relação contratual ou extra contratual, se a obrigação é de meios ou de resultado, se houve ou não incumprimento, se a actividade médica podia ou não ter sido classificada de perigosa.

Adiante-se que a configurar-se a existência de um contrato ele pode ser meramente consensual, não exigindo forma escrita, designadamente.

Assente-se, contudo no seguinte:

A realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, integra, por norma, um contrato de prestação de serviços médicos -artigo 1154.º do Código Civil.

Embora a execução de um contrato de prestação de serviços médicos possa implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado,(de acordo com a natureza e objectivo do acto médico), o certo é que, na esmagadora maioria dos casos, o que se pretende é que o acto médico seja bem sucedido e alcance o objectivo pretendido (seja o de simples mitigar a dor ou a intervenção cirúrgica mais complexa.).

Com efeito, deve atentar-se, sempre ao caso concreto e todas as suas envolvências, pois só desse modo se conseguirá definir e rotular juridicamente a situação em presença.

No caso de **intervenções cirúrgicas**, em que o estado da ciência não permite sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão urna ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as *leges artis*; ai, até por razões de justiça distributiva, haverá de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado

A prestação do médico, tanto na responsabilidade contratual, como na extra contratual, sendo a obrigação de meios ou de resultado) projecta-se, sempre no cumprimento diligente da *legis artis* e com a prova desse cumprimento se exonerará (com a ressalva de o se comprometimento poder ter sido mais abrangente, o que terá de se alcançar do dito contrato.) .

Ao paciente incumbirá a prova do contrato (tratando-se de responsabilidade contratual) e dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso das *leges artis* e da devida diligência por banda do médico.

Não se olvidando em todo o caso, os deveres atrás referidos de colaboração e de informação , donde haverá de ter resultado o consentimento esclarecido do paciente.

(...)

In casu, se bem compulsamos os autos, vistos os factos, não vislumbramos que os AA tenham provado quaisquer factos que permitam concluir pelo cumprimento ou incumprimento dos RR.

Aliás, bem se pode dizer, até que tal matéria não só não integra qualquer conduta lesiva por banda dos médicos como chega mesmo a afastar eventual culpa destes, revelando uma conduta - tudo indica - diligente e adequada (V. factos 18 a 20).

Na verdade, a equipa integrou um anesthesiologista (médico anestesista) e o médico que efectuou a cirurgia (factos 18 a 20).

Ademais, ficou provado que o estado de saúde da paciente não fazia prever qualquer contra-indicação para a administração anestésica e sedação.

Note-se que a administração anestésica tem basicamente 2 efeitos:

a) Efeito analgésico.

b) Efeito sedante, que pode ir até à inconsciência do paciente, como acontece na grande cirurgia, onde se administra a anestesia geral em que se procura que o doente não só não sinta a dor (analgesia), como não se aperceba das manobras cirúrgicas, de modo a evitar não apenas que não se enerve, mas também que não se mexa, para não ocorrer qualquer acidente no corte dos tecidos, num eventual acesso de tosse ou num vômito, que teria quase fatalmente consequências nefastas (incluindo asfixia por vômito, pneumonia etc.etc).

Ora, desconhecendo-se) o tipo de anestésico usado e como está provado que nada fazia prever qualquer contra-indicação, na fase pré-anestésica, há que concluir que não era de contar, no caso com tal consequência para a paciente

Por outro lado, não ficou provado o nexo causal entre a paragem cárdio - respiratória e o choque anafilático

Portanto, não resultou provada qualquer violação das *leges artis*!

Aliás, se tivesse sido provada qualquer violação de uma *lex artis medicinae*, ainda que por presunção judicial, ela deveria constar do elenco factual apurado!

É importante reter, ainda que está provado que, antes da submissão à cirurgia, por indicação do médico Operador, a paciente realizou exames médicos que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção (facto 16°).

Assim , embora não tenha sido apurado que tipo de exames clínicos foram efectuados, deverão considerar-se implicitamente efectuados exames cardiológicos (ECC, ecografias, etc, consulta da especialidade), pois são rotineiros em caso de cirurgia e revelam diligência de quem efectuou a cirurgia.

Mas esta diligência dos médicos, também se evidencia nas manobras de ressuscitação, pois vem provado que a paciente foi entubada (oro-traquealmente) e colocada em posição de decúbito dorsal, sendo-lhe efectuadas massagens cardíacas e ventilação manual, o que revela diligência na aplicação das técnicas reanimatórias em tais casos (factos 28° a 34°).

Em resumo, não resultou provado que a paragem cardio-respiratória da jovem paciente, de que resultou a morte, fosse consequência da conduta errada ou indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático.

Perfunctóriamente se referirá que em teoria, é possível a imputação objectiva do resultado à conduta (por acção ou omissão) de acordo com a doutrina ou teoria da causalidade adequada entre nós consagrada (matéria de direito).

Porém se é sabido que a doutrina da causalidade adequada, sobretudo na área jurídico-penal, vai cedendo o passo às novas teorias da imputação objectiva, designadamente à teoria do incremento do risco, moderada pelo critério do âmbito da tutela da norma, o certo é também que, no caso, e como atrás se disse já , o ónus da diligência recai sobre o médico desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual (evidentemente nos casos em que haja contrato, porque em caso de responsabilidade extra-contratual terá de fazer prova até da culpa do autor da lesão - art° 487° do C.Civil).

No caso sub judicio como se trata de responsabilidade contratual, aos AA. caberia apenas, em tese, fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual (contrato e nexos causal) , porque a prova da diligência caberia aos médicos, por força da presunção da culpa na responsabilidade contratual, a que se refere o art° 799°, nº 1 do CCivil.

Ora, singularmente, o que sucede é que não só os AA não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, como os próprios Réus provaram a diligência com que actuaram.

Diligência que, em direito civil médico, há-de aferir-se pelo conceito equivalente, não do *bonus pater familias*, mas do médico médio ou, como dizem os britânicos, do «reasonable doctor»!

Voto de vencido do Conselheiro JOÃO BERNARDO:

II -

Tem sido longa a discussão sobre se, quando o acto médico se integra no cumprimento dum contrato entre médico e paciente, vale contra aquele a presunção de culpa do artigo 799.º, n.º1 do Código Civil. Entendendo a esmagadora maioria dos autores que vale tal presunção (cfr-se uma enumeração em Pinto de Oliveira, Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde, em Responsabilidade Civil dos Médicos, 231, podendo acrescentar-se Álvaro Rodrigues, Direito e Justiça, XIV, 3, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos, 209).

Também entendo que vale.

III -

Mas, mesmo para os cépticos relativamente a tal presunção, as particularidades do presente caso podem justificar um entendimento ressalvante.

Gira a discussão, fundamentalmente, na natureza da obrigação de meios que, salvo acordo em contrário, impende sobre o clínico. **Este, por força do contrato, não se obriga a obter determinado resultado, mas a realizar os actos que de acordo com a legis artis são os mais indicados para a obtenção dele.**

Só que, o caso presente não se reporta à obrigação principal de extrair a gordura das culotes da paciente. Interpôs-se uma realidade particularmente danosa que assume, no quadro da relação contratual, total autonomia. **Não se trata agora de saber se os médicos/réus agiram ou não negligentemente quanto à extracção da gordura das culotes da paciente, mas de avaliar o modo como agiram relativamente à anestesia.** Não, pois, de encarar esta como meio de obtenção do resultado estético pretendido.

Vem aqui ao de cima a referida autonomia, devendo a fase anestésica ser tratada como um capítulo próprio de toda a realidade debitória que os réus assumiram.

IV –

A anestesia geral visa colocar o paciente num estado de inconsciência a que se sucede, passado algum tempo, a retoma do estado consciente. No caso de anestesia apenas local, visa-se insensibilizar, certas zonas do corpo, com recuperação da sensibilidade passado também algum tempo.

Ao invés da recuperação, a doente entrou num estado que lhe produziu a morte.

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.

V -

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 duma 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. Como se entendeu - num caso, para o que aqui nos interessa, com semelhanças - no Acórdão da Audiência Provincial de Girona (Espanha), de 26.5.2000 (Transcrito, em parte, em Responsabilidad Civil II, Daños Personales e Quantum Indemnizatorio, de Miguel Mateos, Elena Orquín, Marta Goñi e Ainhoa Vigil, página 287): “... **no es normal que una persona acuda a un hospital para que le tratem de un dolor y acabe com una paraplejía, por lo que si está claro que algo falló, lo lógico es pensar que la actuación médica fue incorrecta...**”

VI –

A repartição do ónus de prova de acordo com o que vem sendo explanado parece-me, aliás, mais consentânea com o princípio da razoabilidade.

Como refere Carneiro de Frada, a propósito da responsabilidade médica e hospitalar (Direito Civil - Responsabilidade Civil, 116):

“Consoante os casos, são de admitir – naturalmente em graus e medidas diversos – facilitações de prova (prova prima facie) e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa...”

Indo a filha dos autores submeter-se a uma anestesia local e constatando-se que, na sequência dela, faleceu, é, a meu ver, extremamente violento, o entendimento de que os pais haviam de demonstrar quais as condutas dos médicos que, porventura, tenham estado, por negligência, na base da morte.

Tudo o que referimos no número anterior, (desde os produtos de anestesia e aí por diante) passou ao lado dos progenitores, quer pela imensidão de conhecimentos técnico-médicos envolvidos, quer pela completa reserva a pessoas estranhas com que estes actos médicos são levados a cabo, quer ainda pela não possibilidade de detecção da grande maioria dos erros médicos em exames posteriores.

Decerto que, **mesmo perante acto médico tecnicamente impecável, pode acontecer a morte duma pessoa.** É sabido de todos – e, como tal, facto notório – que **a administração dum vulgaríssimo medicamento pode conduzir um paciente, com uma vulnerabilidade especial e não detectável, a resultados desastrosos. Mas, cabe ao médico, demonstrar que agiu correctamente, num quadro de razoável imprevisibilidade.** De outro modo, o exercício dos direitos do paciente, ou herdeiros no caso de morte, fica gravemente esvaziado perante a possibilidade, ainda que de verificação raríssima, de ter lugar, imprevistamente, uma consequência fatal.

VII –

Traçado este quadro, atentemos nos factos provados.

No ponto 33 da matéria de facto, deu-se como provado que o réu José Mendia iniciou a administração da anestesia local. Ora, este réu não era o anestesista, era apenas o cirurgião.

No ponto 34.º da BI perguntava-se se as doses anestésicas administradas foram as correctas, tendo o tribunal que julgou a matéria de facto respondido “não provado”.

Os réus não demonstraram que, perante a bradicardização, o que a ciência médica impunha era a colocação da doente em decúbito dorsal, a massagem cardíaca externa e a ventilação manual (que fizeram de imediato), ficando a entubação oro-traqueal para o caso de não recuperação através daqueles métodos (cfr-se as respostas restritivas aos pontos 21.º e 22.º da BI).

A equipa do INEM tomou a responsabilidade pela reanimação, tendo, designadamente, ministrado atropina, adrenalina e mais fármacos, com o que conseguiu pulsação e pressão arterial (ponto 39.º). **Fica sem se saber por que conseguiu o INEM estas pulsação e pressão arterial e não os réus que também tinham sulfato de atropina e adrenalina** (cfr-se ponto 46 da enumeração factual).»

Voto de vencido do Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS:

«Um médico obriga-se não só a não prejudicar o aproveitamento das possibilidades (chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele está apetrechado, mas sobretudo a não abortar uma acreditada possibilidade médica de êxito.

Esta actividade debitória do médico não se compagina com uma mera tutela aquiliana, com um mero comportamento de “non nocere”, uma vez que assim, deixaria a descoberto aquela obrigação, que precisamente caracteriza o conteúdo do direito creditício que um doente tem face a um médico, e que se distingue, obviamente, daquele direito absoluto de exclusão, que o doente pode fazer valer contra qualquer pessoa.

Actualmente é comum o entendimento que entre o médico e o doente se celebra, em regra, um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar, ao segundo, assistência médica, mediante retribuição.

Em princípio, o contrato será subsumível à categoria de um contrato de prestação de serviço.

Na decorrência da sua prestação e para satisfazer o interesse do doente, o médico tem de detectar o problema que o afecta, escolher e aplicar uma terapia que o debele ou atenua, segundo as melhores regras disponíveis no momento da prestação.

A efectivação da responsabilidade de um médico depende da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos, que têm que ser demonstrados em juízo.

Assim, quer se funde na responsabilidade contratual, quer na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo e que cause um dano ao doente.

Em princípio e de acordo com as normas da distribuição do ónus da prova – cfr. nº1 do artigo 342º do Código Civil – **caberá ao autor/doente alegar e provar os factos demonstrativos da verificação daqueles pressupostos.**

No entanto, o encargo probatório que recai sobre o doente – um leigo na matéria, com um acesso, muitas vezes dificultado, ao registo médico – revela-se muito pesado, tanto mais que o recurso a peritos é oneroso e nem sempre conclusivo.

Desta forma, a imposição do ónus probatório acima referido transforma-se num mecanismo de predeterminação sistemática de insucesso de uma delas – o doente – em favor da outra – o médico.

A obrigação de um médico é, em princípio, uma obrigação de meios e não de resultado, dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos actos praticados por aquele, estando, pois, este apenas obrigado a uma obrigação de diligência ou de cuidado, de prudência.

Assim, **um médico incorre numa situação de incumprimento quando se desvie do padrão de comportamento diligente e competente, a que, como profissional da área, deve obedecer.**

O seu comportamento será ilícito se se desviou desse comportamento, tomado o seu agente como um elemento de um grupo caracterizado e diferenciado dentro da categoria geral dos profissionais médicos e da especificidade da situação.

E será culposo, se se tomando em conta a especificidade do circunstancialismo em que o concreto agente actuou, se puder concluir que ao agente era exigível outro comportamento.

Considerando a obrigação que um médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, pode-se concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade.

Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às “leges artis” – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde.

A ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha.

A insatisfação do interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, poderá funcionar como indício ou demonstração “prima facie” do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico.

Demonstrado o incumprimento desta “outra” obrigação, **cabará ao médico, para afastar a responsabilização pelo “dano de destruição das possibilidades (ou chances)” provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfaz o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam.**

Perante a falta de consecução daquele “outro resultado” devido poderá, e deverá, ser aplicado o regime geral da responsabilidade obrigacional, sem necessidade de operar qualquer desvio, nomeadamente quanto à presunção de culpa do devedor genericamente consagrada.

A culpa de um médico, na falta de qualquer norma específica sobre o assunto, é avaliada pela regra geral contida no nº 2 do artigo 487º do Código Civil, ou seja, pela “diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

Importante para o direito não é erro científico em si, mas a causa humana do mesmo, ou seja, **para o surgimento de uma obrigação de indemnizar não basta a verificação de um erro, antes se exige que ele assuma uma configuração tal, que torne o agente merecedor de um juízo de reprovação.**

E sê-lo-á, quando o percurso seguido pelo médico deva ser censurado – seja culposo.

O desequilíbrio relacional é a nota característica da relação que se estabelece entre o doente e o médico e que se reflecte no plano probatório, na medida em que **o paciente é um sujeito particularmente enfraquecido, porque física e mentalmente debilitado por força da patologia que o afecta e assimetria da relação entre o médico e o doente é aumentada pelo carácter especializado da prestação médica e pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes.**

O médico devedor é um profissional de assistência médica e o doente-credor é, em regra, um leigo nessa matéria.

Posto isto, voltemos ao caso concreto em apreço.

Parece não haver dúvidas quer o réu CC – porque, apesar de cirurgião, iniciou a administração da anestesia local – quer o réu DD – porque, como anestesista, administrou drogas à EE para fazer a sedação vigil – estiveram na origem do facto que originou a bradycardia desta e subsequentes consequências, ou seja, a administração da anestesia local.

Mas esta actividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE?

Esta pergunta é feita com base no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impendia sobre os réus.

Na verdade e uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e, conseqüentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que **o resultado imediato**

que se pretendia – a lipoaspiração, antecedida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – chances – que ela apresentava.

Face à matéria de facto dada como provada **não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua actuação se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente.**

Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, **pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE.**

Sendo assim, **com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito.**

E de acordo com o que acima ficou exposto, **eram os réus que tinham de alegar e provar que aplicaram a aptidão e diligência possível, mas que por razões que não podiam prever ou não podiam controlar, a finalidade pretendida –a lipoaspiração, com a preliminar anestesia local – se gorou e as chances existentes se perderam.**

Ora, **os réus alegaram que a bradicardia se ficou a dever a uma reacção alérgica grave (choque anafilático) aos anestésicos.**

Não conseguiram, no entanto, provar tal facto.

Não elidiram, assim, a presunção de culpa que incidia sobre eles, nos termos acima referidos.

Ou seja, **não demonstraram qualquer causa externa à sua actuação que tenha estado na origem da bradicardização.**

Por isso, presume-se a sua culpa.

Por outro lado e **em relação aos acontecimentos posteriores à ocorrência da bradicardia, fica-se sem saber se os procedimentos efectuados pelos réus foram os mais adequados**, ou seja, se os réus actuaram com um razoável e mediano grau de perícia e competência.

Na verdade, **fica-nos a dúvida sobre se os réus, perante a bradicardia, não deviam imediatamente colocar a Rute em decúbito dorsal em vez de a manter no decúbito ventral**, conforme de conclui a primeira parte da resposta ao ponto 21º da base instrutória.

E por se tratar de uma lipoaspiração, necessariamente com uma doente obesa, se o posicionamento ideal para permitir uma ventilação correcta não era desde logo o decúbito dorsal.

E estando na posição de decúbito ventral, **se não deviam imediatamente fazer a entubação orotraqueal e não começar por fazer a ventilação manual, como fizeram.**

Anote-se, a este respeito e como acima ficou dito, que **não ficou provado que o esquema terapêutico iniciado pelos réus tenha sido o mesmo que a equipa do INEM utilizou aquando da sua intervenção** – resposta restritiva ao ponto 29º da base instrutória.

Finalmente, **também ficamos com dúvidas sobre se os réus não deveriam chamar imediatamente o INEM.**

Tudo dúvidas que, face à presunção de culpa dos réus, estes deveriam esclarecer.

Limitaram-se os réus a dizer o que fizeram, no pressuposto de que o que fizeram era o que correspondia ao padrão de conduta que um médico medianamente competente, prudente e sensato, teria tido naquelas circunstâncias.

No entanto, ficamos sem saber, porque não alegados os respectivos factos, qual esse padrão.

A este respeito, há que anotar que **não se provou o facto, por si alegado, de que as doses anestésicas administradas tenham sido as correctas** – resposta negativa ao ponto 34º da base instrutória.

Por tudo o que acabou de se escrever, entendo que se verificam no caso concreto em apreço os pressupostos para os réus indemnizarem os autores, pelo que negaria a revista e confirmaria o acórdão recorrido.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/9/2007

Processo: 1360/2007-7

Relator: ROSA RIBEIRO COELHO

Sumário:

I – O acto médico pode constituir simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito, sendo de aceitar como solução natural, inexistindo uma norma que especificamente diga o contrário, a concorrência ou o cúmulo de responsabilidades.

II – É uma obrigação de resultado, e não uma obrigação de meios, a assumida por um médico anátomo-patologista que se compromete, a solicitação de outra pessoa, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo dessa pessoa.

III – Há cumprimento defeituoso dessa sua obrigação se, com omissão da diligência e cuidados devidos, no exame é diagnosticada a existência de um adenocarcinoma na próstata do paciente, quando este apenas sofria de uma prostatite.

IV – Trata-se de responsabilidade contratual, nada obstante a que neste caso se presume a culpa do médico.

V – Tem também cabimento o uso de uma técnica dedutiva – prova de primeira aparência – que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.

VI – Sendo de formular este juízo, a responsabilidade pode igualmente se qualificada como extracontratual, estando feita pela positiva a demonstração de existência de culpa.

« No exercício da sua profissão de médico anátomo-patologista, em cujo âmbito faz exames próprios da especialidade e elabora os respectivos relatórios, cobrando, em contrapartida, os respectivos honorários – factos n.ºs 29 e 30 –, o réu marido procedeu, a pedido do autor, ao exame de filamentos de tecido previamente extraídos da próstata deste, a quem apresentou depois o resultado da biópsia em que diagnosticava a existência de um “adenocarcinoma de grau médio de diferenciação (G 2 na classificação UICC e 2+3 na classificação de Gleason)” – factos n.ºs 23, 24 e 25.

Este diagnóstico que, mais tarde, se constatou ser absolutamente errado, levou, porém, a que o autor se submetesse, como tudo aconselhava, a intervenção cirúrgica de prostatectomia radical, na sequência da qual, deixou de conseguir reter a urina, situação que se mantém, embora com algumas melhoras, e ficou a sofrer de disfunção erétil - factos n.ºs 68, 70, 71, 74, 75, 81 a 84, 88, 99, 100, 101 e 105.

Estamos, assim, perante um acto médico – exame histológico e elaboração do respectivo relatório – que, por ter sido realizado de modo deficiente, diagnosticou a existência de cancro na próstata do autor, doença cuja erradicação, segundo os conhecimentos científicos actuais, necessariamente passa por intervenção cirúrgica de ablação do dito órgão.

O dito acto médico determinou, pois, pelo erro de diagnóstico cometido, a realização de intervenção cirúrgica com consequências devastadoras – incontinência urinária e impotência absoluta - que de modo algum se justificava, já que o autor apenas padecia de prostatite.

Estes e outros danos, sofridos pelo autor por virtude daquele errado diagnóstico, são danos de natureza não patrimonial cujo ressarcimento o autor reclama, fundado na responsabilidade contratual e extracontratual que, na sua tese, cumulativamente impenderá sobre o réu marido.

Não pondo em causa a existência de obrigação de indemnizar o autor, sustentam os réus, porém, que a mesma se radica apenas no instituto da responsabilidade contratual, já que foi com base em convénio firmado pelas partes que o réu marido, a pedido do autor, examinou e emitiu parecer sobre os filamentos de tecido prostático pertencente a este último, contra o pagamento de retribuição, o que configura o contrato de prestação de serviços tal como o caracteriza o art. 1154º do C. Civil (diploma a que pertencem as normas de ora em diante referidas sem menção de diferente proveniência).

A sentença parece apontar no sentido da verificação de um e de outro tipo de responsabilidade, embora seja no plano da responsabilidade extracontratual que aí se analisa e afirma a verificação dos respectivos pressupostos.

É inteiramente correcto, a nosso ver, o entendimento preconizado nesta matéria por Figueiredo Dias e Sinde Monteiro [Estudo publicado no BMJ nº 332, pág. 21 e segs] segundo o qual “o mesmo facto pode constituir uma violação do contrato e um facto ilícito; é o caso do cirurgião que deixa um objecto estranho no corpo do paciente”, pondo-se então a questão de saber se o lesado pode invocar simultaneamente as regras que lhe forem mais favoráveis. E estes autores prosseguem dizendo que “na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a «solução natural», a da concorrência (rectius, cúmulo) de responsabilidades.”

Em sentido idêntico se pronuncia João Álvaro Dias [Culpa médica: algumas ideias-força, Revista Portuguesa do dano Corporal, nº 5, ano 1995, pág. 15 e segs.], afirmando que os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres imanes dos contratos celebrados, quer por virtude de um dever genérico de cuidado e tratamento imposto pela deontologia da profissão que exercem, referindo ainda que vem sendo mesmo sustentado pelo Prof. Dieter Giesen [Estudo e local citados, a pág. 30, em nota de rodapé] - este citando, por seu lado, em abono da sua ideia, vários outros autores - que não há “qualquer distinção essencial entre os deveres de cuidado e perícia resultantes do contrato e desse outro genérico dever que emana dos princípios da responsabilidade extracontratual («tort»”).

No caso dos autos, dúvidas não existem de que a relação estabelecida entre o autor e o réu marido tem a natureza de um contrato de prestação de serviços – tal como o define o art. 1154º - , visto este último, na sua qualidade de médico anátomo-patologista, se ter comprometido, a solicitação do primeiro, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático

extraídos do corpo do autor. E dúvidas não existem de que o réu marido cumpriu defeituosamente essa sua obrigação já que, com omissão da diligência e cuidados devidos, efectuou o necessário exame, diagnosticando, erradamente, a existência de um adenocarcinoma na próstata do autor, quando este apenas sofria de uma prostatite.

A omissão da perícia devida na realização do exame a que contratualmente se obrigou, levou a que o autor, em face do diagnóstico erradamente feito pelo réu, se submetesse a intervenção cirúrgica de extracção da próstata, única forma, segundo os conhecimentos científicos actuais, de debelar o carcinoma que supostamente afectava aquele órgão, com as devastadoras consequências demonstradas nos autos.

A actuação do réu marido, ao deixar de usar a perícia esperada e exigível ao técnico altamente qualificado que é, configura não só uma violação de natureza contratual, como um facto ilícito gerador de responsabilidade nos termos do art. 483º, uma e outra via conduzindo, verificados os demais pressupostos, à obrigação de indemnizar o autor pelos danos sofridos.

Deste modo se conclui pela concorrência, no caso dos autos, dos dois tipos de responsabilidade civil, não sendo de aceitar a tese dos réus sobre este ponto.

(...)

Os réus sustentam que, apesar de todas as perdas, dores físicas e psicológicas sofridas pelo autor, a indemnização é excessiva e deve ser fixada no valor por si indicado, tendo em conta os seguintes factores: a) em 1998 as indemnizações arbitradas em situações idênticas ou até mais graves eram então significativamente inferiores a tal montante; b) o réu marido responde apenas por culpa presumida por não se ter provado qual a ofensa concretamente causada ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado; c) a responsabilidade por acto médico é essencialmente uma responsabilidade pela violação de deveres de meios; d) a ré mulher responde por efeito da mera regra excepcional da comunicabilidade da responsabilidade, não sendo ela própria lesante; e) o réu marido é pessoa que vive do produto do seu trabalho, a ré mulher é doméstica e o autor, lesado, tinha à data dos factos a idade de 58 anos, estando a três meses de perfazer os 59 anos.

Pese embora não tenha havido da nossa parte a preocupação exaustiva de a confirmar, aceita-se como boa a afirmação genérica de que em 1998 as indemnizações arbitradas pelos nossos tribunais foram inferiores à fixada na sentença recorrida que, segundo o que dela consta, não terá procedido a qualquer actualização do montante indemnizatório.

Mas também é de todos nós conhecida a tendência, aliás, mais do que justificada, que se tem vindo a verificar nas decisões judiciais de elevar o valor das indemnizações desta natureza, de forma a torná-las mais justas e adequadas.

Tem-se presente a necessidade de sopesar os valores fixados em anteriores decisões judiciais, mas não se esquece que tal elemento de referência não pode funcionar como entrave à concessão daquela que se revele, em face das circunstâncias, a justa indemnização, tanto mais que vem sendo sistematicamente sentida e afirmada a excessiva parcimónia dos nossos tribunais na fixação do quantum indemnizatório em sede de danos não patrimoniais.

Mas já se não acolhe como inteiramente correcta a afirmação de que o réu apenas responde por culpa presumida, ao abrigo da presunção legal estabelecida no art. 799º, nº 1, por se não ter provado “qual a ofensa concretamente causada ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado”.

Entendemos, tal como os réus, ora apelantes, que a culpa do réu marido se presume, ao abrigo do disposto no art. 799º, nº 1, já que, como acima se disse, entre ele e o autor se estabeleceu uma relação contratual de prestação de serviços à qual tem plena aplicação o regime da referida norma jurídica.[Neste sentido vai o entendimento de Sinde Monteiro e Maria Manuel Veloso, conforme citação feita por Manuel Rosário Nunes, em “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2ª edição, pág. 46 e segs.. Idêntico entendimento foi adoptado, a título de exemplo, nos Acórdãos do STJ de 17.12.2002 – Conselheiro Afonso de Melo -, da Relação do Porto de 6 de Março de 2006, CJ, Ano XXXI, tomo 2, pág.153, um e outro referenciados na citada obra]

Assim, **também nós nos demarcamos daquele que vem sendo**, como refere Manuel Rosário Nunes [em “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2ª edição], **o entendimento maioritário da nossa doutrina e jurisprudência, segundo o qual a presunção de culpa do devedor, estabelecida no dito preceito legal, não tem aplicação no campo da responsabilidade civil médica, visto que, em regra, sobre o médico não recai qualquer obrigação de resultado, mas tão só de meios – o resultado a que alude o art. 1154º será não a cura em si, mas os cuidados de saúde, o tratamento –, pelo que ao ónus de prova da culpa se aplicam em exclusivo as regras da responsabilidade civil extracontratual.**

Desde logo, é de notar que **o caso dos autos é exactamente um dos que, na dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultado, tal como é caracterizada pela citada doutrina e jurisprudência, fugindo à regra geral, sempre seria de qualificar como pertencendo ao segundo grupo, já**

que o réu marido, na sua qualidade de médico anátomo-patologista, ao contratar com o autor, se comprometeu a facultar-lhe um determinado resultado – detectar se os filamentos de tecido que este lhe entregou para análise estavam, ou não, afectados por carcinoma [Os exemplos apontados pelo autor acabado de citar, em nota de rodapé, a pág. 53 e 55, como casos excepcionais em que sobre o médico recai uma obrigação de resultado são os dos exames laboratoriais, o da cirurgia plástica em que existe o compromisso de obter um certo resultado estético no paciente, o dos médicos analista, radiologista e odontologista, todos eles assumindo o encargo de obter um certo resultado, o caso de transfusão sanguínea em que o médico assegura a não existência de qualquer risco para o doente e os casos de vasectomia].

Diversamente do sustentado pelos réus, não se trata, pois, de uma obrigação de meios, mas antes de resultado, pelo que, mesmo no caso de se propugnar o entendimento em causa, sempre funcionaria aqui a presunção de culpa do devedor, por aplicação do mencionado art. 799º, nº 1.

Ademais, afigura-se-nos inteiramente correcta a ideia expendida nesta matéria por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues [Em “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, Revista Direito e Justiça, 2000, XIV, 3, pág. 182/183 e 209, conforme citação de Manuel Rosário Nunes, na já mencionada obra, pág. 49] que escreve o seguinte: “Cremos que no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no nº 1 do art. 799º do C. Civil.

Quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado.

O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.

Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.

Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.”

Sendo assim inequívoco que a culpa do réu marido se presume, por força da relação contratual que o ligou ao autor, também deve considerar-se como demonstrada, pela positiva, a sua actuação culposa, designadamente para efeitos de verificação de responsabilidade civil extracontratual, acima afirmada e tida como

existente na sentença impugnada, instituto em cujo âmbito não existe presunção legal idêntica à do art. 799º, nº 1, antes cabendo ao lesado o ónus de provar a culpa do lesante, posto que a mesma se assume como facto constitutivo do direito que invoca – art. 342º, nº 1.

A formulação de um juízo positivo sobre a existência de culpa do réu marido no caso dos autos pressuporá a constatação de uma actuação ou omissão sua que, por falta de diligência ou prudência, se mostre desconforme às “leges artis” próprias de um médico da sua especialidade satisfatoriamente competente e informado, reclamando, por isso, um juízo de censurabilidade.

Enquanto anátomo-patologista, a quem foram entregues pelo autor filamentos de tecido prostático para biopsia, cabia-lhe, fazendo uso de instrumentos adequados, examinar tal amostra, constatando, ou não, a existência de tumor maligno no tecido em causa.

O réu marido realizou o dito exame e, em resultado do mesmo, apresentou relatório onde diagnosticou a existência de cancro no tecido prostático do autor, quando o mesmo estava apenas afectado de mera inflamação – prostatite (cfr. o facto nº 104).

Embora se desconheça o processo psicológico, o acto ou omissão que redundou em falta de diligência ou perícia exigíveis a um profissional satisfatoriamente competente, cuidadoso e informado, é imperioso concluir que só um manifesto e censurável erro pode ter estado na base de tão inesperado diagnóstico.

É esta a conclusão que se impõe extrair através da denominada prova prima facie ou de primeira aparência que, nas palavras de Alberto dos Reis [Em Código Processo Civil Anotado, vol. III, pág. 246] “é a prova fundada nos ensinamentos e na experiência do que sucede normalmente”.

E, por via dela, o “autor fica dispensado de realizar a prova directa de certo facto se as máximas da experiência apontarem para esse facto acompanhado de outros provados. Segundo Luuissell Y Williams trata-se de um nome dado a uma forma de evidência circunstancial que permite a dedução da negligência. Para Rosenberg, a prova prima facie contenta-se, para provar a culpa, que se demonstre a irregularidade ou a violação de um dever, de forma que permita a conclusão de que só a omissão da diligência necessária poderá ter causado o dano, deixando-se ao demandado a tarefa de provar as circunstâncias a partir das quais se infere a falta de culpa. (...) Desta foram, a prova pela primeira aparência não implica uma inversão de

ónus da prova mas apenas uma facilitação da prova. Trata-se de uma presunção de culpa resultante da aplicação às situações de facto de máximas da experiência que permitam deduzir que uma certa situação tem por causa aquela que se deduz prima facie do curso normal dos acontecimentos [Manuel Rosário Nunes, obra citada, pág. 31-33 e 35].

Dissertando ainda sobre a prova de primeira aparência, Manuel Rosário Nunes [Mesma obra, pág. 58] figurando a hipótese de alguém que sofre uma lesão na sua saúde após sujeição a acto médico, afirma ser de presumir que “ «segundo a normalidade das coisas», a «experiência comum» o dano provavelmente não teria ocorrido caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico - científicos aplicáveis ao caso”. Continua dizendo tratar-se de uma técnica dedutiva que permite concluir pela existência de negligência médica em virtude de a experiência comum revelar que no curso normal das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão devido a “causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.”

O réu, cuja elevada competência, seriedade e reconhecimento nacional e internacional está demonstrada nos autos – cfr. factos nºs 131-134 - e que ao longo do processo sempre sustentou a correcção do exame por si realizado, só por via do cometimento de um erro muito grosseiro – quiçá, na melhor hipótese para o réu, na mesma linha daquele que o terá levado a trazer aos autos uma lâmina do tecido prostático que lhe teria sido entregue pelo autor e integraria aquele que foi por si examinado na biopsia realizada, quando veio a constatar-se que o mesmo, na parte efectivamente reveladora da existência de carcinoma, afinal continha perfil genético diferente do do autor e, por isso, lhe não pertencia (cfr. os exames periciais constantes dos autos e, designadamente, fls. 371-374 e 534 e segs.) - pode ter concluído, como concluiu, pela existência de cancro no tecido extraído da próstata do autor, quando este apenas padecia de uma simples inflamação naquele órgão – facto nº 104 - e o diagnóstico do carcinoma se efectua através de microscópio pela forma descrita nos nº 127 e 128 dos factos provados, estando-se, portanto, em campo onde, para técnicos especializados, diligentes e informados se não suscitarão especiais dúvidas.

De tudo isto se conclui a culpa grave do autor,»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4/3/2008

Processo: 08A183

Relator: FONSECA RAMOS

Sumário :

I - Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos - art. 1154.º do Código Civil.

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

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

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

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

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

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

VIII - No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de erro médico por parte do Réu, - a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório apontando para resultado desconforme com o real estado de saúde do doente.

«Os autos versam a questão da responsabilidade civil pela prática de acto médico, entendido o conceito como acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas, estando o recorrente de acordo que sobre si impende responsabilidade civil, em virtude do exame a que procedeu, para averiguar se o Autor padecia de cancro na próstata, ter concluído pela existência de tal maligna doença que, foi determinante para a intervenção cirúrgica para extirpação total de tal órgão – prostatectomia total – quando, afinal, o Autor apenas padecia de prostatite (inflamação da próstata e não de cancro).

As partes não dissentem que celebraram um contrato de prestação de serviços – art. 1154º do Código Civil – e assim considerou a decisão recorrida.

Com efeito, o facto do Autor, mediante pagamento de um preço, ter solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, exprime vinculação contratual.

Estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos.

A violação do contrato acarreta responsabilidade civil – obrigação de indemnizar desde que o devedor da prestação – no caso o Réu – tenha agido voluntariamente, com culpa (dolo ou negligência), tenha havido dano e exista nexó de causalidade entre o facto ilícito culposo e do dano – art. 483º, nº1, do Código Civil.

“O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado” — artigo 762.º, nº1, do Código Civil, devendo actuar de boa-fé — nº2 do falado normativo.

“O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor” — artigo 798º do mesmo diploma.

“Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua” — nº1 do artigo 799º do Código Civil.

O nº 2 deste normativo estatui que “a culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”.

Importa, então, apurar **se o apelante agiu com culpa e, se assim se considerar, se ilidiu a presunção que sobre si impende.**

“Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do devedor ser pessoalmente censurável ou reprovável. É o juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia como podia ter agido de outro modo” — “Das Obrigações em Geral”, vol. II, pág. 95, 6ª edição – Professor Antunes Varela.

O mesmo tratadista define-a como “o nexa de imputação ético-jurídica que liga o facto ilícito ao agente” — RLJ 102-59.

Por imposição do artigo 799º, nº2 do Código Civil é aplicável a regra do artigo 488.º segundo a qual a culpa se afere por um padrão abstracto, tendo como paradigma a diligência própria de um bom pai de família que actuasse nas concretas circunstâncias que se depararam ao obrigado.

As normas citadas são inquestionavelmente aplicáveis à responsabilidade civil contratual, onde vigora a presunção de culpa do devedor, incumbindo-lhe ilidir a presunção de que o incumprimento da prestação não procede de culpa sua, entendido o conceito de incumprimento em sentido lato, abrangendo o cumprimento defeituoso.

Baptista Machado, in “Resolução por Incumprimento”, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, 2º, 386, define deste modo, o conceito de “**cumprimento defeituoso ou inexacto**”:

a) É aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correcção e boa fé.

b) A inexactidão pode ser quantitativa e qualitativa.

c) O primeiro caso coincide com a prestação parcial em relação ao cumprimento da obrigação.

d) A inexactidão qualitativa do cumprimento em sentido amplo pode traduzir-se tanto numa diversidade da prestação, como numa deformidade, num vício ou falta de qualidade da mesma ou na existência de direitos de terceiro sobre o seu objecto”.

A responsabilidade civil é extracontratual se a obrigação incumprida tem origem em fonte diversa de contrato.

Tal responsabilidade resulta da violação de deveres de conduta, vínculos jurídicos gerais impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos – Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, 5ª edição, pág. 431.

O cumprimento da obrigação pode implicar para o devedor a assunção de uma obrigação de meios ou de uma obrigação de resultado.

Segundo aquele civilista a “obrigação de meios” existe quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza – “Direito das Obrigações”-733.

O Professor Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, 5ª edição, 2º, define obrigação de resultado “como aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”.

O Professor Menezes Cordeiro, in “Direito das Obrigações”, 1980, 1º-358 define-a:

“Como aquela em que o devedor está adstrito à efectiva obtenção do fim pretendido”.

Como refere o Professor Antunes Varela, no 2º volume da obra citada, 5ª edição, pág.10:

“Nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação devida e a plena satisfação do interesse do credor”.

A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado.

É comum considerar-se que a prática de acto médico coenvolve da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e saber profissionais, a assunção de obrigação de meios.

Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento.

Casos há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto, sendo exemplo mais frequente a **cirurgia estética de embelezamento**, [como afirmam os civilistas brasileiros], **mas já não a cirurgia estética reconstrutiva**, sendo esta geralmente considerada com exemplo cirúrgico de obrigação de meios.

Os actos cirúrgicos comportam alguma margem aleatória que pode contender com o resultado; nestes casos o erro médico é mais dificilmente descortinável.

Mas é aí que o médico deve agir, com redobrada cautela, observando os dados adquiridos pela ciência, ou seja, adoptando os procedimentos mais evoluídos da técnica.

Assim, se considerarmos que a prestação do Réu envolvia uma obrigação de meios, provado no caso da análise que lhe competia fazer actuou com os deveres de prudência e a técnica sugerida pelas legis artis – não estaria ele vinculado a determinar, com rigor, se o material biológico que se comprometeu analisar tinha ou não células cancerígenas.

Com o devido respeito, entendemos que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

Mal estariam os pacientes se os resultados de análises, ou exames laboratoriais, obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a actuar com prudência, mas sem assegurarem um resultado; dito prosaicamente, **concluiriam o exame e a sua obrigação estava cumprida se afirmassem ao doente – eis o resultado mas não sabemos se em função do que foi analisado padece ou não de doença.**

Importa, pois, ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a priori na dicotómica perspectiva obrigação de meios/obrigação de resultado, devendo antes atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquelo outro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.

De outro modo, a prestação devida pelo médico cirurgião que tem a seu cargo uma melindrosa intervenção cirúrgica, comportando elevado grau de risco, seja em função do estado do paciente, seja em função da gravidade da doença, seria tratada no mesmo plano que a simples realização de uma cirurgia rotineira, ou de exame laboratorial, mais a mais, se a interpretação dos resultados, no estado actual da ciência não comporta qualquer incerteza.

No caso em apreço, provou-se que o tipo de biópsia a que o Autor foi submetido e o sequente exame histológico, pode estabelecer um prognóstico em conformidade com a maior ou menor

diferenciação celular, sendo este o único método que garante a certeza do diagnóstico, isto é, que garante se se trata de cancro.

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

É de considerar que em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios – o contrato que o vincula ao paciente respeita apenas às legis artis na execução do acto médico; a um comportamento de acordo com a prudência, o cuidado, a perícia e actuação diligentes, não estando obrigado a curar o doente.

Mas especialidades há que visam não uma actuação directa sobre o corpo do doente, mas antes auxiliar na cura ou tentativa dela, como sejam os exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas.

Neste domínio é dificilmente aceitável que estejamos perante obrigações de meios, consideramos que se trata de obrigações de resultado.

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

Na decisão recorrida considerou-se que, em casos como o dos autos, podem coexistir a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, entendimento amparado no Estudo publicado, in BMJ 322-21 e segs., da autoria de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro (que aí se cita) – “O mesmo facto pode constituir uma violação do contrato e um facto ilícito...”.

O Professor Pinto Monteiro, abordando a problemática da coexistência da responsabilidade civil contratual e extracontratual, na sua obra “Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil” – Almedina 2003 – depois de afirmar que a questão é “delicada e controversa não tendo sido objecto entre nós (tal como de resto, na generalidade dos sistemas) de regulamentação específica” e depois de aludir à existência de lacuna voluntária, citando Rui Alarcão, escreve – págs. 430 /431:

“... A esta luz, parece que a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que Vaz Serra propunha, devendo permitir-se ao lesado, em princípio, a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha) (1)

...Neste sentido deporá o facto, por um lado, de não poder afirmar-se uma distinção essencial ou de natureza última entre as duas formas de responsabilidade... parecendo subjacente à lei a ideia de uma unidade substancial entre ambas, que não será prejudicada pelos aspectos específicos que a responsabilidade contratual apresenta. Por outro lado, facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam, no caso concreto, é a solução que melhor se ajusta ao princípio do favorecimento da vítima, princípio esse que enforma o quadro legal [...].

Parece, assim, que deverá ter-se por consagrada, *de iure condito*, a tese da admissibilidade do concurso de responsabilidades, gozando o lesado, em princípio, da faculdade de optar por delas [...].

A inclusão dos deveres de protecção no quadro contratual (Vertragsrahmen) não pode acarretar, para o lesado, a perda da protecção que lhe seria conferida pela responsabilidade extracontratual...”.

Segundo João Álvaro Dias, in “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1996, pp. 221-222:

“É hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual. Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso.

Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual.

Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta. Tal factualidade é, por si só, bastante para que possa dizer-se, com toda a segurança, que estamos aqui em face dum contrato consensual pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades”.

No mesmo sentido António Henriques Gaspar, in “A Responsabilidade Civil do Médico”, in CJ, Ano III, 1978, p. 341, quando afirma:

“...Dúvidas não restam que juridicamente a relação médico-doente haverá de enquadrar-se na figura conceitual de contrato – negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na comum pretensão de produzir resultado unitário, embora com um significado para cada parte”.

Abordando a questão na perspectiva da responsabilidade extracontratual, afirma:

“Também, e em relação ao próprio doente, o médico apenas pode ser responsabilizado extracontratualmente, se a sua actuação, violadora dos direitos do doente é culposa, se processou à margem de qualquer acordo existente entre ambos, o que acontecerá em todos os casos em que o médico actue em situações de urgência que não permitem qualquer hipótese de obter o consentimento, o acordo do doente”.

Carlos Ferreira de Almeida, *in* “Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito de Saúde e Bioética”, publicada in “Direito da Saúde e Bioética” 1996, págs.81e 82: afirma:

“ A responsabilidade delitual constitui meio exclusivo, quando contrato não haja, e concorre com a responsabilidade contratual, quando o médico viola um direito subjectivo absoluto incidente sobre a vida ou a saúde do paciente.

“A violação de outros direitos, designadamente de natureza patrimonial, só é ressarcível em sede contratual”. (sublinhámos)

Na mesma linha, Miguel Teixeira de Sousa, *in* “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, p. 127, sustenta que a responsabilidade civil médica:

“É contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”; “em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483º, nº1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)”.

Voltando à lição de João Álvaro Dias, obra citada:

“A natureza da responsabilidade médica não é unitária e (...), ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível”.

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

Tais deveres são comuns, em ambos os tipos de responsabilidade.

Com efeito, o devedor deve actuar segundo as regras da boa prática profissional, pelo que a existência de culpa deve ser afirmada se houver omissão da diligência devida, que a natureza do acto postulava em função dos dados científicos disponíveis.

Na responsabilidade contratual, o devedor arca com a presunção de culpa que lhe incumbe ilidir – art. 799º, nº1, do Código Civil – e na responsabilidade extracontratual cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão – art. 483º, nº1, do Código Civil.

No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de um erro médico por parte do Réu, sendo de certo modo irrelevante, ao nível do grau de censurabilidade, encarar o ilícito na perspectiva da responsabilidade contratual ou extracontratual, para além de ambas os tipos de responsabilidade poderem coexistir na mesma situação, como no caso ocorre.

No recurso, a questão do ónus da prova não se discute, mas sempre se dirá, sufragando o entendimento de Manuel Rosário Nunes, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, págs. 41-42:

“A doutrina e a jurisprudência italianas consideram que a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica».

“Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste”.

Podemos, assim, considerar que a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório não postulava risco técnico, pelo que o apontar de resultado desconforme com o real estado de

saúde do doente se deveu a um erro do Réu, pese embora, o seu prestígio e reputação profissionais que os autos espelham.

Concluimos, que encarada a actuação do Réu, seja à luz da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, está demonstrada a sua culpa e, porque se verificam os pressupostos da obrigação de indemnizar, terá que ressarcir o Autor dos danos sofridos em consequência do erro cometido.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/10/2007

Processo: 6068/2007-7

Relator: ISABEL SALGADO

Sumário:

I- A prestação do médico é por norma uma obrigação de meios, não o responsabilizando pela obtenção de um resultado, mas, apenas na circunstância de usar inadequadamente meios impróprios nos serviços , exigindo-se que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe.

II – A singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover “um mal de saúde “da paciente, mas tendo como finalidade exclusiva no caso a alcançar um método anticoncepcional definitivo, que não se revelou eficaz, dele não resultou, porém, qualquer dano de saúde a mesma.

III -O risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e, tal também não foi assegurado pela médica.

«Resumem-se as questões suscitadas a debate ao seguinte:

· A relação estabelecida entre a Autora – paciente e a Ré médica submete-se à disciplina jurídica do contrato de prestação de serviços?

· Neste domínio do exercício da medicina o médico assegura cumprir uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado que vinculava a profissional a atingir a laqueação de trompas impeditiva da concepção?

· A intervenção cirúrgica realizada ao não evitar a gravidez como finalidade pretendida pela paciente traduz actuação negligente da médica e não cumpridora do contrato?

(...)

Alguns considerandos genéricos acerca da responsabilidade civil e da respectiva particularidade no acto médico.

A recorrente não manifestou discordância (como aliás ao longo dos demais articulados), que a sentença recorrida admita como pressuposto, que a relação estabelecida entre a Autora e a Ré é juridicamente subsumível a um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos com previsão no artº1154 do Código Civil, na ausência de regulamentação específica.

Nessa qualificação assentaremos, também, o desenvolvimento da nossa análise, tendo portanto por adquirido que **a demandada médica responde no domínio da responsabilidade decorrente da violação das suas obrigações contratuais**, isto, é da inerente responsabilidade pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

Não estando essa vertente da sentença ou a defesa da apelante em discussão, convém sublinhar, que **à margem da responsabilidade contratual, o médico está obrigado perante o seu paciente, por virtude do dever genérico de cuidado e da deontologia profissional a que está vinculado**, pois que, “**não há qualquer distinção essencial entre os deveres de cuidado e perícia resultantes do contrato e desse outro genérico dever que emana dos princípios da responsabilidade** [Consultando Henriques Gaspar no estudo datado 1978 “Sobre a responsabilidade civil do médico” in CJ, III, 1978, pag.341] **extracontratual.**”[Cfr.João Álvaro Dias in Culpa médica: algumas ideias força in Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº5, 1995, pag.15 e seg.]

Aqui chegados, e pela ausência de regulamentação própria do acto médico em tais circunstancialismos, diremos que **existindo incumprimento ou cumprimento defeituoso, o devedor, cuja culpa se presume, responde pelos prejuízos provocados ao credor, impondo a lei ao devedor a prova de que o acto danoso não procede de culpa sua, que se presume**, de acordo com o estabelecido nos artº 798º e 799º do CCivil.

Já no que tange aos demais pressupostos da responsabilidade civil caberá a quem invoca a prestação inexacta ou defeituosa, o lesado, o ónus de demonstrar os factos que integram o

imputado incumprimento ilícito, a saber, os nexos de imputação e de causalidade, e os prejuízos advenientes que sustentam o seu pedido indemnizatório, conforme o estabelecido no artº342,nº1 do CCivil.

Desta feita, quem invocar o incumprimento ou cumprimento defeituoso tem que demonstrar o dito defeito, que se verifica em virtude de o devedor não ter realizado a prestação no exacto conteúdo da obrigação ou de acto diferente a que estava vinculado, certamente, aparte da ilicitude da conduta que resulta sempre da violação de um dever jurídico, acrescendo a culpa que se presume, como se disse.[Cfr. Pessoa Jorge in Ensaio sobre pressupostos da Responsabilidade Civil in Caderno de Ciência e Técnica Fiscal, pag.69; Antunes Varela in Das Obrigações em Geral, II, 9ª, pag.607]

A especificidade do caso no tocante aos conceitos que adiantámos acerca da responsabilidade contratual alinha-se em dois pontos.

Por um lado, estamos perante a obrigação – prestação que é um acto médico; e por outro, a própria natureza da intervenção cirúrgica e afasta-se do habitual quadro de patologia - doença no qual a acção médica intervém para remover ou diminuir a gravidade a doença do paciente.

É entendimento quase uniforme que **a obrigação a que um médico está adstrito perante o seu paciente, é na maioria da sua actividade, traduzida em acção tendente a proporcionar-lhe melhores cuidados de saúde, respeitando “...as leges artis e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados”.** [Cfr.Ac.STJ de 11/7/06 disponível, nomeadamente in www.dgsi.pt]

Donde, a prestação do médico é por norma uma obrigação de meios, não o responsabilizando pela obtenção de um resultado, mas na circunstância de usar inadequadamente meios impróprios nos serviços que foi contratado prestar, exigindo-se que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe.

Continuando esta linha de raciocínio, **para que surja a obrigação de o médico indemnizar o paciente que invoque incumprimento ou cumprimento defeituoso do seu serviço, deverá a vítima alegar e provar, o nexo de causalidade entre a desconformidade verificada e as boas regras da prática da medicina no caso, e que ela decorreu dos actos praticados pelo médico, funcionando então, e após, contra si, a presunção legal de culpa** [A propósito do tema da

responsabilidade por actos médicos, cfr, Carlos Ferreira de Almeida in “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in Direito da Saúde e Bioética, edição da AAFD, 1996, pag 117] .

O que sequencialmente nos conduz a afirmar que **embora, se presumindo a dita culpa pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, esta provar-se-á por reporte ao caso concreto, apurando-se, se o médico medianamente competente, prudente e sensato e detendo os mesmos graus de especialização, teria uma conduta distinta daquela que foi adoptada pelo médico contratado**, por recurso, portanto, a um juízo de prognose póstuma.

Neste capítulo, como de resto alguns autores defendem [Miguel Teixeira de Sousa in Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, comunicação apresentada no II curso de Direito da Saúde e Bioética, 1996, edição da AAFDL, pag.121-144], e também, certas decisões jurisprudenciais no tocante a específicos actos médicos [Cfr. recente Acórdão do TRL desta secção de 18/9/07 disponível in www.dgsi.pt.], a apelante esgrima que se considere que a intervenção cirúrgica que contratou com a Autora a Ré realizar seja considerada, diversamente, como uma obrigação de resultado [Carlos F.de Almeida na obra já citada, refere neste domínio, ser preferível renunciar à distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado quanto ao acto médico, por poder perigar a presunção de culpa prevista no artº 799º do CCivil, e também porque ao coaduná-lo como contrato de prestação de serviços, ele tipifica uma obrigação de proporcionar certo resultado], qual seja o de, através do impedimento da circulação espermatozóides pelas trompas de Falópio, não ocorrendo junção com o óvulo, e portanto, gravidez.

Não descorando a divergência e as dificuldades do sistema para alcançar uma resposta unívoca, sobretudo, em certos casos, acompanhamos a advertência formulada por Antunes Varela quanto a esta matéria: “ a distinção entre obrigações de meios ou de pura diligência e obrigações de resultado não pode ser levada demasiado longe. **Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube actualizar-se; se o advogado perdeu a acção, porque negligentemente perdeu um prazo ou deixou extraviar documentos, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao dever geral de diligência.**” [In Das Obrigações em Geral, I, 9ª, pag.87].

Efectivamente, se o devedor não cumpriu, ou não cumpriu devidamente, é porque em princípio, descurou a diligência necessária para providenciar à realização da prestação, e é esta

circunstância da normalidade das coisas, que justifica a inversão do ónus da prova da culpa do devedor a que se refere o artº799, nº1 do CCivil.

Passando à apreciação do caso concreto.

A Autora que era assistida pela Ré na área de ginecologia-obstetrícia, contactou-a no sentido de se submeter à vulgarmente denominada laqueação de trompas, ou contraceção definitiva, invocando que já tinha quatro filhos e não pretendia de novo engravidar.

A Ré cumprindo, aliás, a determinação legal e deontológica, informou a Autora das consequências, riscos e irreversibilidade de tal intervenção, sugerindo ponderação da Autora, após o que esta manteve o seu propósito e formalizou tal vontade através de documento de autorização, acabando a Ré por proceder à referida intervenção cirúrgica.

Seguiram-se consultas de rotina pós-operatória que não revelaram qualquer problema, e provado está que, cerca de cinco meses após, a Autora engravidou.

Está ainda provado que a Autora se submeteu então a um exame de histerossalpingografia no qual se constatou que a trompa direita se encontrava permeável, sem qualquer obstrução.

Aqui chegados, *rectius*, haverá que indagar se, a Ré ao executar o acto médico contratado - a laqueação de trompas da Autora - procedeu em conformidade com as *leges artis* aplicáveis ao acto, ou, está verificada omissão de acto necessário que conduzisse objectivamente a consequência distinta da ocorrida.

Não oferece dúvidas concluir que a laqueação não revelou ser eficaz no caso da Autora quanto à pretendida ausência de gravidez, pois que o facto ocorreu passados cinco meses sobre a intervenção e após, o nascimento de uma criança do sexo feminino.

A laqueação ou ligadura das trompas consiste num dos vários métodos de esterilização da mulher, caracterizado pelo corte e/ou ligamento cirúrgico das trompas de Falópio, que fazem o caminho dos ovários até ao útero, impedindo a passagem do óvulo que sem se cruzar com os espermatozóides evita a fecundação.

Ao que se apura **existem várias técnicas de realização da laqueação** [in wikipedia].

A atender aos factos apurados, **a Ré na execução da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas em causa, introduziu um trocar pela região umbilical da Autora através do qual fez passar uma câmara de filmar que permitiu a visualização directa das cavidades abdominal e pélvica, incluindo as trompas do Falópio;** observe-se ainda que, na cirurgia tiveram intervenção a anestesista e o ajudante, a quem coube activamente focalizar com a câmara cada local de intervenção cirúrgica no segmento das trompas.

Tudo está em saber se, naquelas circunstâncias, a Ré podia assegurar à Autora a obtenção do resultado - não concepção futura, ou, se de acordo com o processo médico por ela utilizado sempre restaria margem de risco ou resultado aleatório residual.

Por outras palavras, perguntar-se-á está provado que a Ré violou a sua obrigação de praticar os actos necessários e da sua melhor diligência, usando os meios adequados, não omitindo qualquer acção à luz das *leges artis* aplicáveis, ao efectuar a cirurgia?

Conforme resulta ainda provado e está junto aos autos o respectivo **parecer, do Conselho Deontológico de especialidade da Ordem dos Médicos**, na sequência da queixa apresentada pela Autora contra a Ré, instruiu um processo disciplinar, **vindo a concluir que a Ré havia procedido de acordo com as *leges artis* exigidas na cirurgia**, sem omissão de diligência profissional imposta ao caso.

Observe-se que da instrução do processo conduzido pelo Colégio da especialidade tendo como responsável principal, o especialista em obstetrícia, Dr. [...] encontram-se anexos artigos científicos, que apesar de redigidos em língua inglesa, bem se compreendem, os quais apontam no sentido de que **a intervenção cirúrgica em causa comporta sempre certa margem de incidência de probabilidade de falha na esterilização**, relacionada com vários factores específicos de cada paciente, a idade, as anteriores gravidezes, [Pag.121”The 10year cumulative probability of failure is affected by age at tubal sterilization..”] (etc.), extensível aliás aos diversos métodos aplicados pela medicina para executar a laqueação.

Mais adiante nesse mesmo estudo, consta um quadro estatístico a fls.139, no qual podemos verificar que **a laqueação feita pela inclusão, método utilizado pela Ré, apresenta uma margem de não efectivação, e portanto de gravidez subsequente, na ordem de 0,2% a 0,4 %.**

No mesmo sentido, **as médicas que procederam à peritagem realizada nos autos sobre a situação ginecológica da Autora**, as médicas Dr.^a A[...] **fazem constar no seu relatório que da**

observação, constaram que:” *ocorreu recanalização de uma das trompas – a direita – circunstância que seguindo a literatura especializada, pode ocorrer em cerca de 0,3 para 100 intervenções, mesmo executando uma técnica cirúrgica adequada.*”

Na responsabilidade em apreço, tem o paciente de provar que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios usados fora errados ou deficientes, e por isso, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, no caso, não obstrução de uma das trompas de Falópio tendencialmente apta a uma futura gravidez, resultado que não se verificaria se outro tivesse sido o procedimento.

Na verdade, **em vão se procura dos factos apurados, encontrar desconformidade ou falta de diligência por banda Ré na execução da laqueação, ou na sequência da mesma**, cumprindo esta o dever de vigilância subsequente a qualquer intervenção cirúrgica, facultando à Autora todos os seus contactos em caso de ocorrências anómalas posteriores à cirurgia.

Colocados perante este circunstancialismo, **é forçoso concluir (característica inerente ao acto médico) que o risco de sucesso da laqueação não é obviamente de 100%, nem tal foi assegurado à Autora**, remetendo-nos aqui para o que se extraiu da literatura da especialidade médica constante do processo que decorreu na Ordem dos Médicos e da prova pericial realizada nos autos.

Pense-se por exemplo, na cirurgia com finalidade puramente estética, na qual o cirurgião segue um modelo, pretendendo que a paciente fique com o nariz ou os seios como solicitou, mas certamente, alguma margem de não coincidência total com a imagem idealizada pode verificar-se, sem que tal possa, por si constituir responsabilidade para o cirurgião.

Paralelamente, provou-se que a Ré é uma profissional reputada e com larga experiência na especialidade, nada apontando para a sua prática incipiente ou problemática.

De todo em todo, **a singularidade da situação da laqueação de trompas não se destinando a remover “um mal de saúde “da Autora, mas aplicar um método anticoncepcional definitivo afinal não alcançado, dele não resultou qualquer dano de saúde para a paciente.**

Ora, **indemonstrado que a Ré actuasse à margem do cumprimento objectivo dos deveres do médico, a ilisão da culpa presumida já nem é discutível.»**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007

Processo: 07A3426

Relator: RUI MAURICIO

Sumário :

III - Provado que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia, in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. n.º 1 do art. 342.º do CC -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

IV - 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.

V - O esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência.

VI - Não tendo o médico logrado ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre si a obrigação de indemnizar.

«São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o n.º 2 do art. 487.º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi n.º 2 do art. 799.º, ambos do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, “atender-se-á ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade. Ele deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada” - cfr. Moitinho de Almeida, in “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Scientia Iuridica, Tomo XXI - n.º 116/117, pág. 332.

O médico, como ensina João Álvaro Dias, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias” - cfr. “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, n.º 5, págs. 21 e 23.

No presente recurso, está em causa saber se ao médico ora recorrente deve ser imputada responsabilidade pelo facto de na intervenção cirúrgica aludida nos autos e por si efectuada ter sido deixada uma compressa no interior do corpo do A..

Resulta da factualidade assente que: a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho de que o A. foi vítima encontrava-se abrangida por um contrato de seguro de acidentes de trabalho celebrado com a companhia de seguros “DD”, a quem o A. participou esse acidente; por indicação da companhia de seguros, o A. foi submetido a intervenção cirúrgica no Hospital; essa intervenção foi executada pelo R. ora recorrente; e este é médico, na especialidade de ortopedia, desenvolvendo a sua actividade de médico ortopedista naquele Hospital, em regime de prestação de serviços.

Nesta conformidade, tendo o R. actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154.º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do A. e que a intervenção cirúrgica ora em causa ocorreu por indicação dessa seguradora, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual, sendo ainda certo que, tal como refere o Tribunal de 1.ª instância, “a partir do momento em que o Réu decide intervencionar o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”.

Se na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (cfr. n.º 1 do sobredito art. 487.º), já quanto à responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (cfr. n.º 1 do sobredito art. 799.º).

Assentemos, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e que o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. n.º 1 do art. 342.º do Código Civil -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

Nos termos do art. 798º do Código Civil, “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, estabelecendo o nº 1 do supracitado art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário - cfr. nº 2 do art. 350º do Código Civil.

Vejamos, então, se o R. ora recorrente logrou provar que não agiu com culpa.

Recorta-se da matéria de facto provada que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia. No acto dessa intervenção cirúrgica, foi deixada na zona intervencionada uma compressa, o que causou ao A., como consequência directa e necessária, uma infecção ao nível do ombro esquerdo que se manifestou sob a forma de granuloma e compressão subacromial (ou seja, ao nível da parte terminal da omoplata, onde se articula a clavícula), tendo o A., após várias observações e tratamentos, sido internado nos serviços de cirurgia do Hospital CC e aí sido submetido, em 7 de Novembro de 2001, a uma intervenção cirúrgica, na qual lhe foi retirada a compressa.

Como ensina o Professor Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” - *ibidem*, pág. 562.

Citando o Professor João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...) Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente” - *ibidem*, pág. 30.

Na verdade, o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à Saúde dos doentes e da comunidade, deve ter sempre um comportamento profissional adequado à dignidade da sua profissão, obrigando-se, quando aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente, à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano - cfr. arts. 6º, nº 1, 12º e 26º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Ora, o esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência. A negligência consiste em deixar de

fazer o que as legis artis impunham que fosse feito ou em deixar de actuar de acordo com aquele grau de cuidado e competência que seria de esperar de um médico da mesma especialidade, actuando nas mesmas condições. E no caso sub judice o R. ora recorrente 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.

É verdade que se provou que, na intervenção cirúrgica a que o A. foi submetido em 3 de Agosto de 2001, participou, como instrumentista, a enfermeira Maria, participação que, não sendo necessária em cirurgias simples, era necessária no tipo de intervenção a que o A. foi sujeito, uma vez que assim se faz o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos e se diminui o tempo de exposição da ferida operatória e o risco de complicações pós cirúrgicas, nomeadamente infecciosas. E mais se provou que aquela 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. Porém, tais factos, como bem se afirma no acórdão recorrido, “de modo algum podem levar à conclusão de que não existiu negligência médica por parte do R. médico, sendo de todo inaceitável a afirmação de que ao R. Rui Caro de Sousa não era exigível que admitisse ter ficado qualquer compressa no corpo do A.”.

Para além da participação da referida enfermeira, a equipa cirúrgica era composta pelo R., um outro médico da especialidade de ortopedia e uma médica anestesista, sendo tal equipa coordenada pelo primeiro que a chefiou e que, como tal, deve ser responsável também pelos actos culposos cometidos por qualquer elemento da equipa que dirige, pois se recebe os benefícios da actividade de quem o coadjuva e auxilia, deve também arcar com os prejuízos que da mesma possam advir - *-ubi commoda ibi incommoda*.

Se a enfermeira instrumentista que participou na intervenção cirúrgica, na tarefa que lhe compete de fazer o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos, procedeu à contagem das compressas utilizadas e não verificou qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, quando é certo que uma dessas compressas ficara no corpo do A., poderá a mesma ser responsabilizada pela eventual falta por si cometida.

Foi, no entanto, o R. ora recorrente que, terminando a cirurgia, suturou a zona operada e não cuidou, como podia e devia, de verificar se aí ficava algum corpo estranho.

Concordamos, pois, com o acórdão recorrido quando nele se afirma que “aceitar o entendimento plasmado na douta sentença recorrida de que a responsabilidade pelo facto de ter sido deixada uma compressa no corpo do A. era da enfermeira instrumentista, seria o mesmo que sufragar o entendimento de que o médico operador não estava obrigado a retirar essa mesma compressa. A enfermeira instrumentista desempenha uma papel coadjuvante no acto da intervenção cirúrgica, considerada em toda a sua globalidade, e se é verdade que, in casu, existe responsabilidade pelo não cumprimento integral das suas funções, o mesmo deverá ser dito do R. já que, em primeira linha, cumpria-lhe verificar se nenhuma anomalia se verificava no decurso da operação do A., nomeadamente, se por si havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente”.

De resto, sempre o R. seria responsável perante o A. pelos actos daquela enfermeira, nos termos do nº 1 do art. 800º do Código Civil, de harmonia com o qual “o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”, sendo certo, porém, que a circunstância de ter participado, como instrumentista, uma enfermeira na intervenção cirúrgica e de não ter sido verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que, durante ela e no seu final, tiveram lugar, não deixa de se reflectir no grau de culpabilidade do R., reduzindo-o e relevando para efeitos de determinação do quantitativo da indemnização, nos termos do art. 494º do Código Civil. Com efeito, é manifestamente evidente que a culpa seria mais grave, exigindo-se ao médico maior cuidado e prudência, quer no caso da não participação na cirurgia de um instrumentista, quer no caso de detecção por este de uma qualquer anomalia nas contagens dos ferros ou dos consumíveis cirúrgicos.

Em suma, não tendo logar ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre o recorrente a obrigação de indemnizar, improcedendo todas as conclusões da alegação respeitantes à inexistência de culpa do recorrente.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6/5/2008

Processo: 1594/04.7TBLRA.C1

Relator: JAIME FERREIRA

Sumário:

I – Devendo qualquer contrato ser pontualmente cumprido e de acordo com as regras de segurança e de conformidade à prestação acordada, além de no cumprimento dessa obrigação dever-se proceder de boa fé – artºs 406º, nº 1, e 762º, nº 2, ambos do C. Civ. -, sendo certo que no exercício de uma qualquer actividade perigosa (como sucede com a actividade médico-cirúrgica em geral) cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem – artº 493º, nº 2, e 799º, nº 1, do C. Civ. -, quando assim não aconteça fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493º, nº 2, 798º e 800º, nº 1, todos do C. Civ..

II – Tendo ficado provado que a A. sofreu dores desde a intervenção cirúrgica a que foi sujeita nos serviços do Réu, que padeceu fisicamente durante cerca de 2 meses, tendo tido necessidade de ser intervencionada na sequência de uma crise de saúde grave, provocada pela existência de um pano no interior do seu organismo, acto médico no qual foi detectado esse pano e foi o mesmo removido do seu corpo, além de que esteve durante cerca de 2 meses impossibilitada de exercer a sua vida diária de forma normal, tais danos, porque directamente resultantes da “má cirurgia” praticada nos serviços do Réu, carecem de ser reparados ou indemnizados, tanto mais quando não possa deixar de se considerar que houve negligência da equipa cirúrgica do Réu que intervencionou a A..

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009

Processo: 544/09.9YFLSB

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

1 – Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”.

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

3 – Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o n.º1 do art.799º do CCivil.

4 – Ao médico não basta, para cumprir esse ónus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente); é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das

“leges artis”, foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco considerada e não dentro da percentagem em que normalmente a intervenção teria êxito.

«Inquestionável (e inquestionada) é a relação que une autora e réu – uma relação contratual de prestação de serviços, no domínio de um contrato tal como está desenhado no art.1154º do CCivil, ou seja, um contrato em que uma das partes – aqui o réu – se obriga a proporcionar à outra – aqui a autora – certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.

A responsabilidade do réu, que a BB indicou à autora, como médico, quando no ano de 1997 a autora a procurou a fim de obter aconselhamento médico sobre eventuais intervenções a nível das mamas e que após algumas consultas a aconselhou a entre outras intervenções cirúrgicas introdução de próteses mamárias, é então – a existir – uma responsabilidade contratual.

O que se pergunta é, em primeira linha, se o médico cumpriu pontualmente a sua obrigação porque – art.798º do CCivil – o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Mais do que o (in)cumprimento da obrigação há que perguntar, antes ainda, qual é a concreta obrigação do médico e também se o incumprimento, a ter-se por verificado, se deve ou não a culpa do devedor-médico.

O que se pode dizer com segurança, in casu, é que a obrigação ou não foi cumprida ou foi cumprida defeituosamente.

Porque não estamos, na situação concreta em que nos movimentamos, perante alguém que estando doente anseia ser curado (sendo que, não se sujeitando à intervenção do médico, continuará doente). O que estamos é perante alguém, uma mulher, que – não se encontrando perante qualquer doença em movimento, a que pretenda por termo ou atenuar – anseia apenas por novas mamas que satisfaçam mais a preceito a sua exigência estética.

Se esta pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se em absoluto com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é obrigação em que só o resultado vale a pena. Só o resultado vale a pena, quer para a autora quer para o réu.

Noutro tipo de intervenções a alternativa será, para o paciente, entre o risco assumido de uma intervenção eventualmente não conseguida, e/ou a degradação de um estado de doença a que se pretende pôr termo ou atenuar, e em relação ao qual a inércia parece ser o pior dos males; aqui não há dois

polos de uma mesma alternativa, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde.

Portanto aqui, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor.

E o que aconteceu aqui foi que, efectuada a intervenção cirúrgica para introdução das próteses mamárias, a autora começou a padecer de dores que lhe retiraram a concentração nas suas actividades diárias e sofreu de alterações de humor e recolheu a opinião unânime de que existe a necessidade de se submeter a novas intervenções de reparação, cujos custos poderão ascender a 6 500,00 euros e que aterrorizam a autora.

E se é verdade que imediatamente após a intervenção para aumento do volume dos seios e, pela primeira vez que os viu, a autora apresentava o aspecto de fls. 56 e ficou satisfeita com o resultado, a verdade é também que a autora tem actualmente o aspecto de fls.13 e um tal aspecto, no que sem receio se pode afirmar como um facto notório, não é de molde a satisfazer o sentido estético de qualquer que seja, muito menos de qualquer mulher, por menos exigente que seja. Ainda menos o sentido estético de alguém que se dedica à cirurgia estética, sendo certo até que o que se vê traduz um encapsulamento que se poderá classificar de grau III à esquerda e grau II/III à direita.

Dir-se-á que esse é um risco deste tipo de intervenções. E provou-se que a intervenção do aumento do volume mamário por introdução de implante mamário apresenta um risco de 8% de encapsulamento.

E lembrar-se-á que se não afirmou a obrigação do médico, mesmo em medicina estética, como obrigação de resultado mas apenas do que pôde chamar-se, pensa-se que apropriadamente, de quase resultado. Porque há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja.

Mas se não é de resultado, a obrigação é de meios. E então há-de competir ao médico-devedor, perante um resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente, o ónus da prova de que – art.799º, nº1 do CCivil – a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

A ele competirá a prova de um grau de conhecimentos e de um zelo e diligência demonstrativos do emprego de todos os meios e conhecimentos e diligências adequados à obtenção do resultado (que se não obteve ou que só defeituosamente se conseguiu). E não apenas pela afirmação desta ou daquela diligência, deste ou daquele meio, ou desta ou daquela atitude ou opção como as que teve por adequadas, mas pela afirmação da coincidência dessas diligências, meios, atitudes ou opções com aquilo

que seria adequado cumprir, por parte de um profissional qualificado, para o tipo de intervenção que ofereceu ao seu cliente.

Neste caso, no nosso caso, por maioria de razão, provado como está que o réu não estava inscrito na Ordem dos Médicos como cirurgião plástico de cirurgia reconstrutiva e estética. Acrescendo que a autora desconhecia isso mesmo – e pode perguntar-se: partiria ela para a intervenção se acaso conhecesse a não inscrição do réu como especialista na Ordem dos Médicos?

Ao réu competia o ónus da prova da ausência de culpa sua na produção do resultado, o ónus imposto pelo nº1 do art.799º.

E não basta – para que esse ónus esteja cumprido – a prova de que há, neste tipo de intervenções, um risco de 8% de encapsulamento.

O que era necessário, passe a abordagem matemática, era que o médico-devedor fizesse a prova de que a sua conduta profissional havia sido de molde a que o concreto resultado estava dentro desses 8% e não, por culpa sua, dentro dos 92% em que normalmente a intervenção tem êxito.

Mas essa prova não a fez o réu – não a fez quando:

- se provou que a primeira intervenção não foi precedida de análise ou diagnóstico que permitisse saber que tipo de prótese colocar;

- não se provou que o risco de 8% de encapsulamento foi explicado à autora e esta aceitou;

- não se provou que as próteses implantadas na autora deslizaram, por ausência de compressão, nos polos superiores, no post-operatório;

- não se provou que o encapsulamento grau IV de Baker é um risco próprio da intervenção – respostas não provado aos pontos 26, 30 e 31 da base instrutória.

É certo que se não provou também – resposta negativa ao ponto 15 – que as próteses implantadas à autora são desadequadas em tamanho à sua estrutura física.

Mas – repete-se – o ónus estava no réu, não na autora.

Não lhe competia a ela, autora, provar a desadequação mas ao réu provar a adequação.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/3/2010

Processo: 301/06.4TVPR.T.P1.S1

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

II - O consentimento só é válido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou.

III - Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

IV - Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse seu ónus se acaso a doente provasse por si própria que outros caminhos havia, possíveis ou mais adequados, de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre poderia ser o mesmo, ou que outros especiais riscos podia correr.

V - Não tendo a autora feito prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento intervenção, não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas diferentes possibilidades.

«perguntar-se-á:

consentiu (ou não) a autora no tratamento que lhe foi prestado na Clínica Oftalmológica ...-..., S.A.?

E, se consentiu, fê-lo (ou não) informadamente? Porque o consentimento só é válido, só pode julgar-se como validamente expresso, se for livre e esclarecido, logo se for informado. Se forem fornecidos ao doente – se foram fornecidos à autora – todos os elementos que a determinaram a consentir na intervenção médica que contratou com a Clínica ré e os seus médicos.

Não é despiciendo pensar, desde logo, que estamos num domínio inteiramente privado, em que a autora escolhe livremente a Clínica ré porque confia na qualidade dos seus médicos e dos seus serviços.

E esta livre escolha da autora induz, desde logo, uma tácita aceitação da orientação médica que na Clínica receba.

Alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma informação menos informada, passe o pleonasma, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

Ora bem:

a autora marcou, para o dia 02/07/2003, uma consulta na Clínica ré, onde foi atendida pela chamada Dr^a DD,

tendo, nesse dia, sido informada que possuía uma lesão no olho esquerdo, pelo que teria que realizar um exame denominado “angiografia fluorsceínica”,

exame esse que foi realizado no dia 08/07/2003, e cujo resultado foi observado pela ré Dr^a BB, com a autora a ser informada pela chamada Dr^a DD da gravidade da lesão e de que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com uso de laser, denominada “fotocoagulação laser”, terapêutica que foi levada a efeito acto contínuo por essa mesma Dr^a DD.

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Informada, então, da existência da lesão no olho esquerdo, a autora aceitou fazer o exame necessário à determinação rigorosa dessa mesma lesão, para definição do caminho médico a seguir perante ela.

E esta é, em nosso entender, informação suficiente para o doente que nos escolhe a menos que o exame tenha, em si mesmo, um especial risco, que justifique uma especial prevenção.

Assim mesmo o pretendia a autora porque – alegou – se encontrava grávida de algumas semanas « e o referido exame não é realizável em mulheres grávidas ».

Mas isso foi exactamente o que se não provou - a Autora suspeitava | apenas | que estava grávida, nada lhe tendo sido perguntado sobre se estava grávida e não se provou – resposta negativa ao ponto 4º da base instrutória – que este exame não é realizável em mulheres grávidas.

Não se provando o acrescido risco do exame, fica de fora do ónus da ré, dos réus, o acrescido dever de informar sobre um tal risco.

O exame confirmou a gravidade da lesão e a Autora foi informada | disso mesmo e de | que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com o uso de laser, denominada «fotocoagulação laser».

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Só depois, acto contínuo, essa terapêutica que foi levada a efeito.

Se a autora escolheu o seu médico, a sua clínica, é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido.

Pois se por um lado temos a ausência de quaisquer riscos do tratamento e por outro temos riscos sérios e graves se a intervenção não fosse efectuada, qualquer razoável doente que previamente escolheu o seu médico – transportando nessa escolha, naturalmente, um capital de confiança – consentiria na realização do exame.

A menos que a intervenção a laser comportasse algum especial risco (contra aquilo que foi afirmado pelo médico), porque então sobre este incidiria o ónus da prova da informação à autora desse especial risco.

(Mas o que provou não foi isso. Foi que a lesão de que a Autora padecia no olho esquerdo se encontrava fora da «zona proibida» para aplicação do laser e que, atenta a distância dessa lesão à mácula, não era previsível o atingimento desta).

Ou que houvesse outros caminhos de intervenção/tratamento que à autora pudessem ter sido dados a conhecer, eventualmente mais adequados ou com melhores resultados previsíveis;

Ou que fosse perfeitamente indiferente, em termos de evolução da doença ou da sua regressão ou atalhar, fazer ou não fazer a fotocoagulação a laser.

Aí sim, sobre o médico – que não sobre o doente – incidiria o ónus de provar a informação necessária ao consentimento livre e esclarecido.

Mas não.

O que se provou foi apenas que a lesão no olho esquerdo da Autora não era de evolução previsível, tendo, sempre, um prognóstico reservado.

Em conclusão: perante a gravidade de uma lesão cujo tratamento adequado seria a fotocoagulação a laser, a autora teve da parte do médico que escolheu a informação necessária ao consentimento livre (e esclarecido) que prestou – a lesão era grave e séria, de prognóstico reservado, exigindo uma intervenção imediata como forma mais adequada de atalhar a progressão da doença.

E, de facto, o método interventivo sugerido era o adequado naquelas circunstâncias, não correndo a autora (previsivelmente) riscos porquanto a lesão se encontrava fora da zona proibida de aplicação do laser.

Nas circunstâncias concretas provadas o médico cumpriu o seu dever de informar - a intervenção era a adequada, sem riscos, e bem mais grave do que fazer a intervenção era o não fazer nada, deixando a doença evoluir por si.

Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse ónus se acaso a doente provasse por si própria – ónus seu – que outros caminhos havia possíveis ou mais adequados de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre proderia ser o mesmo – ou seja, que o não tratamento era potencialmente tão “eficaz” como o tratamento.

Ou que outros especiais riscos podia correr.

Mas a autora não fez prova, como pretendia, de que “os tratamentos a laser são desaconselhados em mulheres grávidas, atento o risco que acarretam para o feto” – resposta negativa ao ponto 19º da base instrutória.

Não tendo a autora feito a prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento/intervenção – o que era ónus seu – não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas e diferentes possibilidades – informação que seria ónus deles, dos médicos.

A informação fornecida – nos termos provados – foi, em concreto, a informação necessária, cumprindo os réus o ónus de informar.

Oralmente, é certo, mas o consentimento, a menos que a lei expressamente diga o contrário, pode ser prestado por qualquer forma – não necessita de ter a forma escrita.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1/7/2010

Processo: 398/1999.E1.S1

Relator: SERRA BAPTISTA

Sumário :

2. A violação do contrato de prestação de serviços médicos acarreta responsabilidade civil (contratual) desde que o devedor da prestação (in casu, o médico) tenha agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexó de causalidade entre o facto culposo e este. Incumbindo ao devedor provar, depois de apurada a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso, que estes não provêm de culpa sua.

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

4. 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.

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

«Considerou-se até agora nos autos que as partes – autora e réus – celebraram um contrato de prestação de serviços médicos (art. 1154.º do CC Sendo, agora, no julgamento desta revista, de tal diploma legal os preceitos mencionados sem expressa menção.), tendo aquela, mediante o pagamento de um preço, solicitado aos referidos réus práticas da sua especialidade Durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que entre o médico e o doente se celebrava um contrato e de que o incumprimento das obrigações assumidas por aquele profissional podia originar responsabilidade contratual, fundando-se o ressarcimento dos danos causados, aquando da prestação da assistência médica, apenas no regime delitual. Encontrando tal forma de pensar as suas raízes profundas no direito romano e na concepção que nele imperava de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de uma transacção, o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como a vida e a saúde humana) com que a actividade médica contende. O advento da Revolução Industrial e a consagração, nos códigos oitocentistas, da figura contratual de prestação de trabalho autónomo e subordinado, contribuiu para a aceitação da concepção contratual da actividade médica – Rute Teixeira Pedro, Responsabilidade Civil do Médico, p. 56 e ss..

Sendo certo, acrescenta o acórdão recorrido, que a violação do contrato acarreta responsabilidade civil – a obrigação de indemnizar – desde que o devedor da prestação – in casu, os réus – tenham agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto culposo e este último pressuposto (art. 483.º).

Cumprindo o devedor a obrigação O ac. do STJ de 4/3/2008 (Fonseca Ramos), Pº 08A183, in www.dgsi.pt, define o acto médico como o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas. quando realiza a prestação a que está vinculado (art. 762.º, nº 1), incumbindo-lhe provar, depois de apurada a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação, que estes não procedem de culpa sua (art. 799.º, nº 1).

Demos, assim, de barato E, como é sabido, a responsabilidade civil dos médicos admite hoje, sem dúvidas, ambas as formas previstas na lei: a contratual ou obrigacional e a extracontratual (esta apenas em relação aos factos ilícitos). E, uma das razões em que, por vezes, os demandantes lançam mão dos esquemas da responsabilidade extracontratual – que apenas deverá ser usada em situações inequívocas – é a discutidíssima questão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual – se bem que a posição maioritária, sustente tal possibilidade (o art. 496.º é aplicável a toda a responsabilidade civil), assim sendo defendido por A. Costa, *Direito das Obrigações*, p. 396, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I., p. 318, Galvão Telles, *Obrigações*, p. 396 e Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 31 e ss, nota (77), sendo certo que A. Varela, *CCAnotado*, vol. I., p. 501 e *Das Obrigações em Geral*, vol. I., p. 605, defende o contrário. Não havendo, contudo, nos dois tipos de responsabilidade, danos distintos ou condutas diferentes, tratando-se apenas de dois regimes legais de protecção do lesado, que prevêm tal conduta ilícita e que visam reparar o dano, tendo cada regime a sua teleologia própria. Correspondendo necessariamente à unidade de conduta e do dano a unidade do pedido indemnizatório e de indemnização – Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, p. 27 e *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, *Direito e Justiça*, vol. XIV, t. 3. que, tendo em conta a factualidade a propósito vertida e provada, a responsabilidade pedida – por danos patrimoniais e não patrimoniais, estes alegadamente gerados pelo pânico sentido pela A. com o erro médico - decorrerá da violação das prestações contratuais inerentes e próprias do cumprimento do referido contrato de prestação de serviços médicos.

Estando-se, pois, sem necessidade de mais averiguações e considerações, perante uma alegada responsabilidade civil médica, com fonte contratual. Tendo vindo a ser qualificada, em geral, como obrigação de meios a assumida ou devida pelo médico, sustentando os defensores desta orientação que tal profissional só está obrigado a utilizar os meios adequados para atingir um certo diagnóstico ou definir uma terapia, não lhe sendo exigível alcançar qualquer resultado efectivo, ou seja, a cura do paciente. Não assegurando nem podendo,

naturalmente, assegurar a cura da sua enfermidade – Miguel Teixeira de Sousa, Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, p. 125, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL e Carlos Ferreira de Almeida, Os contratos civis de prestação de serviço médico, mesma revista, p. 110.

Tendo a Relação já decidido, sem reparo de qualquer uma das partes – embora com fundamento em presunção judicial – pela desconformidade da actuação dos réus face às legis artes a que estavam vinculados, incumbindo-lhes, por isso, demonstrar que o não diagnóstico das fracturas pela autora sofridas, com a sua queda, não se deveu a culpa sua.

Assim se dando como apurada a desconformidade da concreta actuação dos réus, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, teria tido em circunstâncias semelhantes. Aceitando-se, pois, de igual modo sem reparo, aquele padrão de culpa vertido no art. 487.º, nº 2, para a responsabilidade extracontratual, adoptado, na responsabilidade contratual em apreço, pelo art. 799.º, nº 2.

Sendo certo que as mais típicas e relevantes violações decorrentes deste tipo de contratos reconduzem-se ao cumprimento defeituoso. Existindo este sempre que exista desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador do serviço médico. Considerando-se que o tratamento é defeituoso, em relação á obrigação principal, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, com as *leges artis*, de harmonia com os estádios do conhecimento da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 116..

Com efeito, só haverá violação ilícita do direito de outrem se a intervenção médica se processar ao arrepio das *leges artis*, também aqui se podendo falar em cumprimento defeituoso.

Entendendo-se por *leges artis* o conjunto das regras de arte médica, isto é, das regras conhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal contacto ocorre Álvaro da Cunha G. Rodrigues, Reflexões ..., p. 137..

Mas questão diversa – e reportemo-nos agora a ela que é, afinal, a que está em causa – é a de saber **se existe relação de causalidade adequada entre a omissão do diagnóstico correcto – o da existência das ditas fracturas à data da sua realização – e a produção dos danos provados e cuja reparação foi, a seu tempo, devidamente pedida.**

Entendeu a Relação pela impossibilidade do estabelecimento de qualquer nexos causal entre o deficiente diagnóstico efectuado e a fractura das vértebras, o aperto nos canais vertebrais, a imobilização pela autora sofrida, nas dores que ainda hoje sente, no prolongamento forçado da sua estadia em Portugal e no grau de incapacidade que lhe foi fixado.

Pois, acrescenta, tais danos são certamente consequência do acidente – da queda que a autora sofreu e que, naturalmente, aos réus não imputa, dizemos, ainda, nós – nada se tendo apurado que permita concluir que tal deficiente diagnóstico, só mais tarde corrigido (na Alemanha) tenha contribuído para o agravamento do estado de saúde da autora.

Tendo o acórdão, contudo, acabado por estabelecer – não se entendendo bem, salvo o devido respeito, a diferenciação, sem mais, entre as dores que sofreu e as dores de que ficou a padecer – o nexos causal entre o defeituoso diagnóstico e as primeiras.

Mas, sem necessidade de sobre tal questão nos debruçarmos, face à decisão tomada quanto à revista dos réus, já que aí se entendeu, pelas razões então melhor vertidas, ser a mesma, a este respeito, nula.

Mas vejamos, então, o que dizer quanto ao nexos causal que a Relação não deu como apurado.

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

É um dos pressupostos do direito que se acciona, com vista ao ressarcimento do dano – arts 563.º e 342.º, nº 1.

O doente tem, pois, 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 nexos causal entre a acção (ou omissão) e o dano provocado. Mas não pode ser uma qualquer causa/efeito.

Sendo necessário estabelecer uma ligação positiva entre a lesão – que aqui, note-se bem, não é a fractura, em si, mas o imperfeito diagnóstico efectuado - e o dano, através da previsibilidade deste em face daquela.

Com efeito, resulta dos trabalhos preparatórios do nosso Código Civil – crendo-se não haver, quer na doutrina, quer na jurisprudência, relevantes divergências a este respeito – que, no citado art. 563.º, se quis adoptar a teoria da causalidade adequada, que Galvão Telles Manual do Direito das Obrigações, nº 229 e

Direito das Obrigações, p. 409 e 410., formulou nestes termos: “Determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar”.

Devendo o facto causador da obrigação de indemnizar ser causa do dano, no sentido de dano real P. Lima e A. Varela, CCAnotado, vol. I, p. 578..

Ensinando-nos, a propósito, Vaz Serra Citado em P. Lima e A. Varela, ob. e p. cit. :

Não podendo considerar-se como causa em sentido jurídico toda e qualquer condição, há que restringir a causa àquela ou àquelas condições que se encontrem para com o resultado numa relação mais estreita, isto é, numa relação tal que seja razoável impor ao agente responsabilidade por esse mesmo resultado. O problema não é um problema de ordem física, ou, de um modo geral, um problema de causalidade tal como pode ser havido nas ciências da natureza, mas um problema de política legislativa: saber quando é que a conduta do agente deve ser tida como causa do resultado, a ponto dele ser obrigado a indemnizar. Ora, sendo assim, parece razoável que o agente só responda pelos resultados para cuja produção a sua conduta era adequada e não por aqueles que tal conduta, de acordo com a sua natureza geral e o curso normal das coisas, não era apta para produzir e que só se produziram em virtude de uma circunstância extraordinária”.

Fazendo-se, na dita teoria da causalidade adequada apelo ao prognóstico objectivo que, ao tempo da lesão (ou do facto), em face das circunstâncias então reconhecíveis ou conhecidas pelo lesante, seria razoável emitir quanto á verificação do dano. Só cobrindo a indemnização aqueles (danos) cuja verificação era lícito nessa altura prever que não ocorressem, se não fosse a lesão. Ou, ainda por outras palavras, o autor do facto só será obrigado a reparar aqueles danos que não se teriam verificado sem esse facto e que, abstraindo deste, seria de prever que se não tivessem produzido.

Só sendo, pois, causa jurídica de um dano no paciente, a conduta (culposa) do médico que, segundo um juízo a posteriori formulado, se revela idónea para a produção de tal resultado Álvaro Cunha G. Rodrigues, Reflexões ..., p. 215.

Sendo ainda certo que, de acordo com jurisprudência sedimentada deste STJ, só a culpa, resultante de infracção de normas legais, constitui matéria de direito.

Inserindo-se o juízo de causalidade, considerado que seja numa perspectiva meramente naturalística, no domínio da matéria de facto, e, assim, insindicável por este Tribunal.

Pois, como é bem sabido, o mesmo só aplica – fora o caso excepcional previsto no n.º do art. 722.º do CPC – definitivamente o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido (art. 729.º, n.º 1 do mesmo diploma legal).

Estando, contudo, no âmbito dos poderes de cognição do STJ apreciar se a condição de facto que não ficou determinada, constitui, afinal, causa adequada do evento lesivo, inserindo aquele juízo naturalístico nos princípios vertidos no citado art. 563.º.

Ora, entendeu a Relação que os factos apurados não permitem estabelecer um nexo de causalidade entre o citado e errado diagnóstico efectuado pelos réus e os danos pela autora sofridos.

E este Supremo não pode sindicá-lo este juízo naturalístico.

Sendo certo, por outro lado, que ele respeita as regras atrás vertidas sobre o conceito de nexo de causalidade vigente no mencionado art. 563.º.

Pois, entendamo-nos: 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 impedia 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.

Não se podendo olvidar que, aqui, no atinente ao nexó de causalidade de que ora nos ocupamos, o ónus da prova compete à autora.

Não se vislumbrando, assim, factos alegados e provados – a petição é bem deficiente a tal respeito, estando, e salvo o devido respeito, quase ab initio, a acção votada ao insucesso - que permitam o preenchimento deste relevante pressuposto da responsabilidade.

A pretensão da autora não pode, assim, sem necessidade de mais, proceder.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010

Processo: 1364/05.5TBBCL.G1

Relator: FERREIRA DE ALMEIDA

Sumário :

IV. Agirá com culpa ou negligência (cumprindo defeituosamente a obrigação) o médico que, perante as circunstâncias concretas do caso, e face às *leges artis*, tenha feito perigar (ou lesado de modo irreversível,) o direito do paciente à vida ou à integridade física e psíquica do paciente. Culpa essa «a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família (art.ºs. 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799º, ambos do CC).

V. Em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou

omissão) do prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado.

VI. Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta.

VII. A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, **se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.**

VIII. Face ao disposto no art.º 798.º do CC, recairá, em princípio, sobre o médico a obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao seu doente ou paciente (art.º 566.º e ss. do CC).

IX. Segundo a doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa, consagrada no art.º 563.º do CC, o facto que actuou como condição do dano só não deverá ser considerado causa adequada se, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostrar (de todo) indiferente para a verificação desse dano.

« enquanto na -responsabilidade contratual a simples verificação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor, salva a prova do contrário (art.ºs 344.º, n.º 1 e 799.º, ambos do CC), no segundo tipo de situações (responsabilidade extracontratual) caberá ao (doente/lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor se não pautou pelas regras de actuação susceptíveis de, in abstracto, virem a propiciar a produção do pretendido resultado (art.º 487.º do CC).

Em termos gerais - ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual -, ter o médico agido culposamente «significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada; isto é, poder determinar-se que, perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico obrigado devia e podia ter actuado de modo diferente. Diversamente, a actuação do médico já não será culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter actuado como actuou. Culpa «a ser apreciada pela diligência de um bom pai de

família em face das circunstâncias de cada caso» (art.º 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799.º, ambos do CC).

Genericamente, a obrigação do médico consiste em prestar ao doente os melhores cuidados ao seu alcance, no intuito de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento e salvar ou prolongar a vida. Nesta fórmula ampla se compreende a actividade profissional, intelectual ou técnica que tipicamente se pode designar por «acto médico» - cfr. A. Silva Henriques Gaspar, no seu "Estudo Sobre a Responsabilidade Civil do Médico", in, CJ, ano III, 1978, Tomo I, pp. 335 e ss.

Actuará, assim, com negligência (cumprindo defeituosa-mente a sua obrigação) o médico que não exercite todo o seu zelo nem ponha em prática toda a sua capacidade técnica e científica na execução das suas tarefas para proporcionar cura ao doente ou para não fazer perigar (ou pôr irreversivelmente em causa) o seu direito à vida ou à integridade física e psíquica (acerca desta problemática da culpa em matéria de responsabilidade médica, vide o citado "Estudo" da autoria do Dr. António S. Henriques Gaspar).

Em regra, o médico não se obriga a curar o doente, apenas se comprometendo a proporcionar--lhe cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais; trata-se, pois, de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado; incumbirá, pois, ao doente o *burden of proof* da invocada inexecução desse contrato por banda do profissional médico (ainda no sentido qualificação dessa obrigação como "obrigação de meios", cfr. J. C. Moutinho de Almeida, in "A Responsabilidade do Médico e o seu Seguro, in "Scientia Jurídica", Tomo XXI, 16/117, p. 337).

Já poderá não ser assim se se tratar de médico especialista, que ao pôr em prática a sua técnica e os seus conhecimentos técnico-científicos especializados (justamente o pressuposto da contratação do seu serviço), actua de modo contrário ao que dele era esperado e exigível, atentas as suas habilitações específicas para o concreto acto médico. O dever do emprego da técnica adequada vincula, de resto, o médico, mesmo após a alta do paciente, nomeadamente no que concerne ao dever de informação quanto ao tratamento e cuidados a observar - conf. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 44 - Ano 2000 - Julho/ Setembro, pp. 37 e s. Relativamente a um médico especialista (v.g. um médico obstetra a quem é cometida a tarefa de proceder, com êxito, à extracção de um feto ou executar as manobras próprias de um parto), já se torna compreensível a aludida inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o especialista em causa ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base a sobredita presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta (sem embargo, todavia, de ele poder provar o contrário)

E sem dúvida de que, para a parte lesada, a prova da culpa do facultativo servidor se revestiria de muito maior onerosidade.

A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado torna a conduta (do médico) culposa, sendo que a culpa se traduz na inobservância de um dever geral de diligência que o agente conhecia ou

podia conhecer aquando da respectiva actuação e que comporta dois elementos: um de natureza objectiva - o dever concretamente violado - e outro de cariz subjectivo traduzido na imputabilidade do agente.

A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.

Destarte, o médico poderá ser civil (e directamente) responsável se com a sua acção ou omissão, houver ofendido os direitos do paciente, em relação aos quais exerce as funções próprias da sua profissão, ou haja ofendido qualquer dos seus interesses digno de protecção legal (v.g. os seus direitos de personalidade), causando-lhe danos, desde que o seu comportamento (ilícito) lhe possa ser censurado a título de dolo ou de mera negligência (art. 483.º do CC).

A tutela contratual é contudo a que, em regra, mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória como acima já deixámos dito, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 799.º, n.º 1 e 487.º, n.º 1, ambos do CC). E a que, sem dúvida, melhor protege o lesado contra eventuais “conspirações do silêncio” em sede probatória”, muito comuns neste tipo de situações!...

Conforme o art.º 798.º do CC, «o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor». Recairá, pois, em princípio, sobre o médico a obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao seu doente ou paciente (art.º 566.º e ss. do CC).»

(...)

«Para afastar o nexo de causalidade entre o acto médico de obstetrícia praticado pela Ré DD e o subsequente evento danoso (morte do recém-nascido) basearam-se as instâncias nas respostas negativas aos quesitos 14.º e 15.º, com a seguinte redacção: «...

14.º- A aplicação intempestiva da ventosa no recém-nascido causou laceração da sutura mediana dos ossos da calote craniana e consequente hemorragia?

15.º- O que lhe causou sofrimento e da qual adveio a morte?» ...

As estas interrogações constantes da base instrutória respondeu negativamente o tribunal de 1.ª instância, tendo o tribunal da Relação mantido incólume o sentido dessas respostas.

Mas, o que se perguntava em ambos esses quesitos, entre si interligados, era, tão-somente, se as consequências danosas em apreço haviam sido causadas pela aplicação intempestiva (no sentido de imprevista, prematura, súbita, inoportuna ou extemporânea) da ventosa. Não podem, por isso, essas respostas negativas autorizar a exclusão da produção do evento como resultado de uma outra qualquer actuação, quiçá de natureza imperita, descuidada, inconsiderada, inapropriada, não destra ou anómala por banda da médica Ré.

Não vem, de resto, esclarecido, com um mínimo de clarividência, o iter-causal naturalístico da produção das sequelas danosas descritas no relatório anatomopatológico referenciado na alínea D) do elenco

factual, bem como se tais lesões foram ou não causa necessária da morte «neo-natal precoce» do recém-nascido filho dos AA, ora recorrentes.

Nem tão-pouco se as lesões descritas no relatório anátomo-patológico supra-referido poderiam ter sido (ou foram) provocadas por uma qualquer outra intervenção humana dentro do período que mediou entre o início das actividades de parto da A. e o momento do decesso do recém-nascido.

Em suma: perante tal factualidade, ficamos sem saber quais as reais causas ou concausas da morte do recém-nascido em apreço. Isto, sem perder de vista que o art.º 563.º do CC consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa de Enneccerus--Lehman (cfr., entre muitos outros, os acórdãos do STJ de 27-1-2005, Proc. 05B2286,7.ª Sec., de 20-6-2006 – 1.ª Sec., in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 119 e de 18-5-2006, in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 95).

Segundo tal doutrina, a inadequação de uma dada conduta para um determinado resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, tendo este ocorrido apenas por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias. Se a lesão tiver provindo de um facto ilícito culposo (contratual ou extracontratual), deve, em ambos os domínios, entender-se que o facto que actuou como condição do dano só não deverá ser considerado causa adequada do mesmo se, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostrar (de todo) indiferente para a verificação do dano. Assim, a responsabilidade por facto ilícito culposo não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha, só por si, determinado o resultado, pelo que qualquer condição que interfira no processo sequencial (causal) dos factos conducentes à lesão, e que não seja de todo em todo indiferente à produção do dano, segundo as regras normais da experiência comum, seja causa adequada do prejuízo verificado.

A actuação da Ré DD (nos precisos termos em que se traduziu) em nada contribuiu para a produção do evento letal? Este só se produziu por virtude de circunstâncias excepcionais ou extraordinárias de todo imprevisas e imprevisíveis? Em caso afirmativo, quais? Ou tal actuação pode, em certa medida, ter sido desencadeadora da produção do dano e, em caso afirmativo, em que grau ou percentagem?»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/2/2011

Processo: 674/2001.P1

Relator: FILIPE CAROÇO

Sumário:

I - Deve considerar-se não escrito o quesito formulado sobre a violação da *leges artis* própria do exercício da medicina, por constituir um conceito a preencher pela conduta do agente mediante a qualificação a efectuar em sede de apreciação dos correspondentes factos.

II - Estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais são prestados serviços clínicos, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do mandato, já que a lei não regula a contratação daqueles serviços de modo especial.

III - Não obstante essa qualificação, o resultado a que alude o art.º 1154.º do Código Civil deve considerar-se não a cura, mas os cuidados de saúde, por se tratar de uma obrigação de meios.

IV - Como tal, caberá ao credor dessa obrigação a prova da ilicitude do acto, ou seja, o lesado terá de demonstrar que a conduta (acto ou omissão) do prestador do serviço não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a proporcionar a produção do almejado resultado.

V - Para ver excluída a responsabilidade, ao devedor (médico ou seguradora) competirá demonstrar que não teve actuação culposa, isto é, que agiu com a prudência, o esforço técnico e a diligência devidos.

VI - A utilização de técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se este se equivocar na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa, tornando-se responsável pelas lesões causadas ao doente.

VII - Não age com culpa o médico dentista que, após diagnosticar a causa da dor e a necessidade de extracção, extrai um dente do siso, tendo pata tal administrado uma anestesia regional, seguida de duas anestésias locais, por se manter a sensibilidade à dor, apesar de, durante a prática desse acto, ter ocorrido a fractura da correspondente mandíbula, que, por si só, não significa violação da *leges artis*.

«Regressando ao caso sub judice, é ponto assente que **não está em causa qualquer abuso na decisão de extracção de um dente do siso do A., o dente 48, mas apenas os efeitos perniciosos dessa extracção.** Em Abril o A. compareceu no consultório do médico dentista acometido de fortes dores de dentes, o

médico diagnosticou-lhe correctamente a causa da dor e a necessidade de extracção daquele dente e, numa nova consulta, nesse mesmo mês, procedeu à respectiva extracção, como, tudo indica, se impunha fazer.

Na preparação do acto, como constitui prática médica habitual, o clínico, no seu consultório, administrou ao A. anestesia regional mas, mantendo-se a sensibilidade à dor, administrou ainda duas anestésias locais tendo em vista, necessariamente, a eliminação da sensibilidade ou sensação de dor que aquele tipo de intervenção provocaria se não fosse a utilização de analgésico adequado. E extraiu o dente, sem aparente complicação na execução da tarefa.

Conforme se provou, a aplicação de três injeções é aceitável e normal. Revela esforço na insensibilização e prevenção da dor.

Se atentarmos no parecer do conselho médico-legal junto aos autos, a que o próprio recorrente apela, dele consta que “a injeção da substância anestésica é feita as vezes necessárias para insensibilizar o local onde se vai actuar...”.

Com efeito, **não se vislumbra na conduta médica do A., tão-pouco indiciada, a prática de qualquer acto ilícito entre o momento em que o lesado compareceu no seu consultório pela primeira vez e o momento da extracção do dente 48.** Não se demonstrou a prática de qualquer acto ou a omissão de outros que pudessem constituir violação dos princípios deontológicos ou das regras da *leges artis* que devem orientar a sua conduta e a execução da sua prestação de serviço médico. Designadamente, nada nos faz supor que tivesse utilizado meios inadequados, porque ultrapassados ou utilizados de modo deficiente, na extracção do dente que se consumou por completo, assim, sem deixar qualquer parte da peça dentária ou resíduos dos meios utilizados na região dentária intervencionada e que pusessem em causa a qualidade dessa intervenção. E cabia ao A. demonstrar que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato, ou que a conduta do médico não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem propiciar o tratamento das suas lesões pigmentadas.

Mas, afinal, com aquela acção surgiu uma fractura do maxilar inferior do A., mais precisamente, fractura da mandíbula, ao nível de Gonion direito, impondo-se uma pergunta muito simples --- porventura, de resposta difícil ---: porquê?

Usou, o médico, de força excessiva na intervenção? Ou será que podem existir em vez dela, ou mesmo concorrer, outras causas determinantes daquela fractura?

O parecer do conselho médico-legal trata a questão consignando que se trata de um acidente operatório raro, fazendo remissão para um tratado de cirurgia bucal, de Cosme Gay Escola (Catedrático de Patologia Cirúrgica Bucal da Universidade de Barcelona) e Leonardo Berini Aytés (Professor Titular de Patologia Cirúrgica Bucal da Universidade de Barcelona) – 1999, 1ª Edição – Ergon S.A. – Madrid, e de onde se retiram as seguintes ideias-chave[22]:

a) A fractura mandibular é uma complicação muito pouco frequente quando ocorre na extracção dos terceiros molares;

b) Nestas situações, a fractura pode ser devida ao facto destes dentes terem uma inserção óssea profunda a nível do ângulo mandibular e, em segundo lugar, ao nível dos pré-molares inferiores onde a grossura da mandíbula pode estar reduzida por uma grande reabsorção óssea;

c) Não excluindo a possibilidade da fractura ser devida à utilização de excesso de força utilizada na extracção, o tratado aponta ainda a possibilidade de se actuar sobre dentes afectados por patologias hipercementosis.

d) As fracturas são ainda possíveis quando existe alguma alteração patológica do maxilar, como a presença de grandes quistos, tumores e em transtornos gerais do paciente, como a osteoporose senil, alterações do metabolismo do cálcio, atrofia, osteomilites ou radioterapia prévia.

Como o próprio A. alega sob o artigo 64º da petição inicial, contava cerca de 30 anos de idade à data da intervenção, uma idade ainda jovem e habitualmente saudável para que sejam expectáveis as patologias acima indicadas. Apesar de, ao menos em parte, ser possível ocorrerem em alguns adultos jovens, é de presumir a sua raridade. E como se esta raridade não bastasse, também é pouco frequente a ocorrência de fractura da mandíbula por extracção de dentes, designadamente do siso, não implicando ela --- como se acrescenta no referido parecer ---, necessariamente, negligência.

Por outro lado, nada se apurou quanto ao desenrolar da intervenção cirúrgica, designadamente que, do ponto de vista objectivo, se justificasse a interrupção dessa intervenção para a realização de exames de diagnóstico.

Neste conjunto de circunstâncias, exógenas e endógenas não se deparando o médico com informação ou qualquer indício das patologias acima indicadas, e que também não foram despistadas a posteriori, não é possível afirmar que tivesse usado mais do que a força necessária à extracção do dente, ou seja, de força excessiva, subsistindo a possibilidade da fractura estar relacionada com qualquer outra causa, desconhecida. E, na falta de queixas do paciente, devidamente correlacionáveis, não só não era exigível ao médico, naquelas condições, que conhecesse as patologias, como também que as despistasse, uma a uma, antes de proceder à ablação do dente 48, sob pena de tornar o acto excessivamente oneroso para o A., tal como resultaria injustificadamente oneroso para a generalidade das pessoas que necessitam de extrair um dente, preterindo o médico exigente na concorrência médica que dispensa tais cuidados.

Assim sendo, também neste ponto falta a demonstração de erro ou da violação objectiva do cuidado devido segundo as regras do proceder adequado e comum na prática médica. Não se antolha violação da *leges artis* com o significado de dever legal que acima ficou exposto, nomeadamente enquanto obrigação de meios. E falta, por isso, também a demonstração denexo causal relevante entre a conduta do Dr. D... e a fractura do maxilar, por subsistir a possibilidade daquele resultado ser devido, exclusivamente, a factores endógenos,

estranhos à acção do agente que, como se referiu, pode situar-se, sem excesso, no âmbito do consentimento prestado pelo A. e da força necessária e exigível para a extracção do dente.

Mas temos de nos situar ainda noutro momento para avaliar da diligência médica empreendida ou da falta dela.

Surgiram para o A. complicações no tempo imediato à intervenção médica cirúrgica: dores permanentes, edema facial, alterações da sensibilidade (hipersensibilidade ao toque), com boca inflamada, dificuldade de mastigação e incontinência salivar. Tais sintomas levaram o lesado a consultar de novo o médico uma semana após a intervenção, tendo este optado por manter o A. medicado com antibiótico e anti-inflamatório, designadamente Zipo 500 e Jabasulid. Constando dos factos provados que clínico manteve aquela medicação é porque já anteriormente a receitara por considerar adequada à prevenção da inflamação, passando a entender agora que era também adequada à eliminação dos sintomas e queixas que então o paciente lhe apresentou, porventura compatíveis com uma inflamação.

É facto assente que a prescrição de ZIPOS 500 (antibiótico) e JABASULIDE (anti-inflamatório) é uma terapêutica médica adequada à situação do demandante.

Sendo rara e distante a possibilidade de causar a fractura do maxilar inferior, designadamente a do A., como é que o médico, decorrida apenas uma semana, e sendo ainda admissível a existência de uma mera infecção dentária por efeito da cirurgia, há-de considerar, desde logo, a possibilidade de existência de uma fractura no maxilar?

Na ocasião, que pode ter ocorrido no final de Abril, ou no princípio do mês de Maio, aquela terapêutica ainda era adequada à situação do doente.

Mas logo em Junho o clínico fez o A. realizar uma radiografia ao maxilar e identificou a formação de um quisto no maxilar inferior, determinando a realização de uma radiografia mais pormenorizada no F... em Matosinhos. E entregou uma carta/declaração para ser presente nos serviços de cirurgia do Hospital ... na cidade do Porto, referindo que ao proceder à extracção do dente 48 causara a fractura do maxilar inferior do A. Em 26 de Junho de 1999 o A. compareceu na consulta de cirurgia do Hospital ..., sendo observado por médico que referiu a necessidade de intervenção, que não poderia ser realizada de imediato. E em 29 de do mesmo mês foi confirmado o diagnóstico de fractura do maxilar com consolidação defeituosa e necessidade de intervenção cirúrgica.

Ora, também no pós-operatório o médico agiu com obediência às práticas exigíveis, cumprindo designadamente o dever de vigilância e acompanhamento da evolução do tratamento dispensado. Não há elementos disponíveis no sentido de que, naquele contexto de acção, devesse e pudesse detectar a fractura antes da data em que realizou a radiografia, ainda no mês de Junho. E tendo suspeitado imediatamente da existência da fractura, logo, sem omissão ou ocultação do que quer que fosse, diligenciou pelo adequado socorro ao lesado, obtendo previamente e de imediato, por novos meios radiográficos, confirmação efectiva da perfeição do seu diagnóstico.

Atendendo à natureza da obrigação, de meios, a que estava adstrito, tais factos não só permitem notar a não verificação de ilicitude da acção do Dr. D... também neste segmento --- pós-operatório ---, como reflectem ainda a ausência de censurabilidade da sua conduta, ao ter feito de modo correcto e diligente o diagnóstico que estava ao seu alcance e lhe era exigível, designadamente através de expedientes clínicos exteriores à sua consulta, para que ao A. fossem prestados os necessários cuidados de saúde.

Ficamos, por outro lado, muito aquém da prova de utilização de qualquer técnica incorrecta dentro dos padrões científicos da época que possa traduzir a chamada imperícia do médico, pelo que, também por esta razão, não pode ser responsável pelas lesões causadas ao doente. Portanto, nenhum indício se constata que seja revelador de falta de cuidado, zelo, diligência, imperícia (violação do chamado *duty of skill and care*) ou de falta de conhecimentos técnico-científicos necessários ao exercício do respectivo múnus, aos quais se possam causalmente imputar os invocados efeitos danosos.

Sintetizando, não ficou provado que o médico tenha violado quaisquer deveres objectivos de cuidado, próprios do profissional normal, impostos pela cautela e bom senso clínico.

Neste conspecto, desde logo pela falta de ilicitude da conduta do médico, não estão integralmente preenchidos os necessários pressupostos da responsabilidade civil contratual do Dr. D..., transferida para a R. por força do contrato de seguro profissional pelos respectivos actos médicos (itens 2º e 3º dos factos provados).»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/5/2011

Processo: 1347/04.2TBPNF.P1.S1

Relator: HELDER ROQUE

Sumário :

III - No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o médico apenas está vinculado a uma obrigação geral de prudência e de diligência, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza, esperando-se apenas que assumo um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea, mas ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IV - O diagnóstico traduz-se num enquadramento clínico baseado na capacidade subjectiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo áquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

V - Comprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, conseqüentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como erro escusável ou *faut du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.

VI - A possibilidade de previsão dos resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da sua falta de capacidade individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da sua responsabilidade.

VII - Não acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, e não demonstrando o autor que a causa da isquémia e necrose do testículo fosse determinada por torção testicular, como propugnava, mas antes que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face aos sintomas por si referidos, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica, não se provou o erro de diagnóstico do réu médico e, conseqüentemente, a prática de um facto ilícito e a sua imputação ao mesmo, a título de culpa, nem a correspondente responsabilidade civil médica.

«1. 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, nº 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, Responsabilidade da Administração Hospitalar, RDES, Ano XIX, 123 e ss.; STJ, de 7-5-74, BMJ nº 237, 196; RT, Ano 93º, 282].

E, na responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, é ao lesado que incumbe fazer a prova da culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa, nos termos do preceituado pelas disposições conjugadas dos artigos 342º, nº 1 e 487º, nº 1, sem esquecer que não há lugar a responsabilidade, no caso de faltar qualquer um dos pressupostos legais constantes do artigo 483º, nº 1, todos do CC.

Por outro lado, estipula o artigo 486º, do CC, que “as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

Aliás, a questão da obrigação de indemnização, com base em responsabilidade civil médica, não decorre de qualquer regra especial definidora desse âmbito, encontrando antes o seu campo de implantação geral contido no estatuído pelo artigo 483º, nº 1, do CC.

E, como só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, onde não se inclui a prática de actos médicos, não tendo sido, portanto, acolhida, no nosso ordenamento jurídico, a teoria do risco profissional, não se demonstrando a culpa, inexistente, consequentemente, responsabilidade civil médica.

O autor sustenta o pedido de indemnização pelos danos sofridos, em resultado do errado diagnóstico efectuado no réu “Hospital - Vale do Sousa”, por parte do réu BB, que aí prestava serviço como médico, e da consequente errada prescrição, tratamento e atraso na intervenção médica.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, em que se filia a causa de pedir da acção, o médico apenas está obrigado a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse efeito se produza, ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade

objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis [Almeida Costa, Direito das Obrigações, 10ª edição reelaborada, 2006, 1039 e 1040].

II. 2. O diagnóstico consiste na determinação da enfermidade do paciente, na análise das suas características e causas, com vista a alcançar um conhecimento sobre o estado do doente, o mais amplo possível à utilidade que visa, quer se trate de medicina curativa ou de medicina preventiva [René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procedural*, 2ª edição, Paris, 1950, nº 778], ou seja, destina-se a conhecer ou determinar “uma doença pelos sintomas e ou mediante exames diversos (radiológicos, laboratoriais), etc” [Aurélio Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª edição, Editora Nova Fronteira, 1998, 584].

Trata-se de um enquadramento clínico baseado na capacidade subjectiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo aquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar a sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

E, por acto médico, entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas [Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Almedina, 1991, 431].

Porquanto se está perante uma obrigação geral de prudência e de diligência, isto é, de uma obrigação de meios, como já se disse, espera-se que o profissional médico assuma um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea.

E a culpa exprime um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que devia e podia actuar de outro modo, e que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade deste [Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 1970, Almedina, 388].

Com efeito, o erro de diagnóstico é fruto, quase sempre, de uma investigação mal conduzida, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência, sendo certo, outrossim, que a

ciência médica, com vista à obtenção de um quadro clínico seguro, estabelece determinadas rotinas de investigação que possibilitam, de forma considerável, a sua redução.

Ao não adoptar um procedimento seguro, durante o processo inicial, descuidando-se, assim, da necessária observância do prescrito pela ciência médica, o profissional médico revela-se negligente e torna a sua actuação censurável, o que conduz, com facilidade, ao erro e, por conseguinte, à responsabilidade civil médica.

Contudo, nos casos de hospitais desprovidos dos serviços necessários ao atendimento de emergências previsíveis, não se pode impor ao médico assistente a responsabilidade civil decorrente da falta de condições mínimas para o atendimento das situações mais comuns, sem embargo de, perante um quadro clínico duvidoso, com possibilidade de ocorrer um dano irreversível, aquele estar obrigado a empregar maior diligência e cuidado na identificação da doença e, de igual sorte, na indicação do tratamento.

Aliás, "não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até aos exames radiológicos e laboratoriais" [Kfoury Neto, Responsabilidade Civil do Médico, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2001, S. Paulo, 82].

Comprovado, pois, que "ao examinar o doente o médico agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, consequentemente, a culpa", sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as condições e circunstâncias locais, é de qualificar como um erro escusável ou «faut du service», afastando-se a responsabilidade civil da intervenção, numa hipótese que se confunde com a imperfeição dos conhecimentos científicos e que recai no âmbito da denominada falibilidade médica [Maldonado de Carvalho, Responsabilidade Civil Médica, 3ª edição, revista e ampliada, Editora Destaque, 2002, 53].

Com efeito, não se pode afirmar, por princípio, que o erro de diagnóstico seja constitutivo de culpa médica, uma vez que se trata de um acto de prognóstico, sendo o resultado de um juízo, podendo, então, o diagnóstico ser erróneo se o juízo for falso [Luís González Morán, La Responsabilidad Civil del Médico, 1990, 96].

Sendo a Medicina, enquanto ciência valorativa, uma ciência não exacta, desde logo, porque perante um mesmo paciente com uma determinada sintomatologia, vários médicos oferecem, muitas vezes, diagnósticos distintos, quer ainda porque acontece, frequentemente, no processo de cura, uma interferência de circunstâncias imprevisíveis, tal não deve constituir argumento justificativo da impossibilidade de comparação da conduta médica, pelas suas características próprias, com qualquer outra actividade profissional, atendendo às suas consequências, muitas vezes, irreparáveis.

Ora, sendo o erro um equívoco no juízo e não se encontrando o médico dotado do dom da infalibilidade, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou [A. Cirinei, *La valutazione clinica della responsabilità professionale del chirurgo*, Milão, 1982, 120].

Se o médico actua “sem a cautela necessária”, sem os cuidados que o caso requer, caracterizando-se a sua conduta pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração, age com imprudência, se se comporta com “inação, indolência, inércia ou passividade”, faltando aos deveres que “as circunstâncias e condições concretas do paciente exigem”; actua com imperícia, mas se, “por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos”, por falta de aptidão técnica, teórica ou pratica para o exercício da Medicina, deixa de observar as normas rudimentares fundamentais ao exercício do ofício, age com imperícia [Velooso de França, *Direito Médico*, 7ª edição, S. Paulo, Fundação BYK, 2001, 259 a 265; Maldonado de Carvalho, *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*, Lúmen Juris Editora, 2005, 40].

No fundo, a possibilidade de previsão de resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da falta da sua antevisão individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da culpa e, em consequência, da responsabilidade.

II. 3. Recuperando a factualidade que ficou consagrada, importa reter que, sem embargo de o réu médico não ter determinado a repetição da análise à urina do autor, cuja correcção lhe ofereceu dúvidas, diagnosticou-lhe uma epididimite, com base na apalpação e na observação sumária, directa e presencial, que medicou, advertindo-o de que deveria recorrer a um urologista, na hipótese de não se verificarem melhoras.

Porém, ficou provado que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face ao quadro sintomático referido pelo autor, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos degeneradora de necrose isquémica.

Contudo, não se demonstrou que o autor, em 18 de Agosto de 2002, sofresse de necrose isquémica testicular compatível com o «status» clínico de torção testicular, susceptível de ser diagnosticado nesse dia, e que obrigasse a uma intervenção médica adequada, nas oito horas seguintes ao início da despistagem da doença, e bem assim como que o diagnóstico e a leitura das análises e do exame clínico efectuado pelo réu BB tenham implicado uma percepção da situação, um conhecimento da doença e um tratamento médico e medicamentoso errados e que tal tivesse como consequência, directa e necessária, a posterior perda do testículo.

Na verdade, o acto médico encontra-se envolto num «clima de ordem pública» que concede ao médico, regularmente, habilitado exercer o seu ministério, num quadro de uma imunidade relativa que exclui a sua responsabilidade, a menos que se esteja em presença de uma falta verificada [La Responsabilité du Médecin, Dalloz, 1992, 25, citando René Savatier, Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procedural, 2^a edição, Paris, 1950], sendo certo que o erro invencível para a mediana cultura médica, desde que observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, conforme se demonstrou ter acontecido com a actuação do réu médico, isenta o seu autor da correspondente responsabilidade.

Com efeito, o autor não demonstrou que a causa da isquémia e necrose do testículo esquerdo fosse determinada pela torção testicular como propugnava e, conseqüentemente, o erro de diagnóstico do réu médico, mas antes que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face aos sintomas referidos pelo autor, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica.

E, não tendo o autor demonstrado a pratica de um facto ilícito e culposo, por parte do réu médico, impõe-se concluir pela improcedência da acção, atenta a causa de pedir invocada, relativamente aquele e os demais réus, confirmando-se o douto acórdão recorrido.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/6/2011

Processo: 3252/05TVLSB.L1.SI

Relator: SÉRGIO POÇAS

Sumário :

1. Porque no domínio da responsabilidade contratual, tendo a paciente alegado e provado existência de um incumprimento defeituoso de que resultou um dano – a intervenção na artéria quando devia ter sido na veia, o que veio a determinar nova intervenção com a consequente assistência hospitalar – competia ao devedor (hospital) alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua

2. As despesas que derivam da inexecução defeituosa do contrato recaem sobre o autor do cumprimento defeituoso.

«Insurge-se a Autora contra a decisão que absolveu a Ré do pagamento das despesas hospitalares reclamadas e da sua condenação em indemnização a favor da Ré.

A recorrente não tem razão.

A Relação decidiu bem.

Fundamentemos:

Da análise da matéria de facto provada, parece inquestionável que houve um erro: tratava-se de uma intervenção, no período pós-operatório, sobre a veia femoral que o quadro clínico (devidamente descrito na matéria de facto) exigia e não sobre artéria femoral, como foi feito.

É evidente que com esta afirmação nada fica, desde já, decidido.

Na verdade, do facto de haver um incumprimento defeituoso, um erro na execução, não se conclui automaticamente por uma conduta culposa, como adiante se retomará.

Como se sabe, a responsabilidade civil por acto ilícito (artigo 483º do CC (3)) seja contratual, seja extracontratual depende da verificação do facto, da ilicitude do facto, do nexo de imputação do facto ao agente que coenvolve a imputabilidade e a culpa, do dano e do nexo causal entre o facto e o dano

E se é verdade que os factos integradores dos primeiros requisitos indicados devem ser alegados e provados pelo lesado seja na responsabilidade contratual seja na extracontratual (artigo 342º, nº 1, factos constitutivos do direito alegado), já no que diz respeito ao último, à culpa, na responsabilidade contratual (mas não na extracontratual) compete ao devedor alegar e provar que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede por culpa sua (artigo 799º, nº 1)6.(4)

Assim, e em primeiro lugar, importa apreciar se a situação que cuidamos deve ser enquadrada dentro da responsabilidade contratual ou se na responsabilidade extracontratual.

Neste particular – atente-se nomeadamente nas conclusões 1ª e 2ª – parece não haver dissenso. As partes estão de acordo de que se está em presença de um contrato de prestação de serviços médicos a ser enquadrado no artigo 1154º Entendimento que este tribunal acolhe, porque adequado.

De facto, face à factualidade provada, não questionada pela recorrente, conclui-se que a Autora se obrigou (uma obrigação de meios) a prestar à Ré os cuidados de saúde ao seu alcance, em conformidade com as *leges artis* e a Ré obrigou-se a pagar os serviços que lhe viriam a ser prestados, ou seja, as partes celebraram um inequívoco contrato de prestação de serviços (5)

Sendo assim, como é, a questão da responsabilidade civil (porque contratual) deve ser analisada tendo em atenção designadamente o disposto nos artigos 798º e 799º.

Sendo inquestionável que a paciente alegou e provou existência de um incumprimento defeituoso de que resultou um dano – a intervenção na artéria quando devia ter sido na veia o que veio a determinar nova intervenção com a consequente assistência hospitalar –, o que importa agora saber (atente-se designadamente ao disposto no mencionado nº 1 do artigo 799º) é se resultou provado que nas circunstâncias concretas, os profissionais de saúde da autora, fizeram tudo o que podiam e deviam de modo a evitar aquele resultado danoso.

É que se aquela prova (da falta de culpa) não foi feita, por força da presunção do referido nº 1 do artigo 799º, a autora, para além de não ter direito ao pagamento das despesas relativas à intervenção acima referida (porque a elas teria dado causa), é ainda responsável pelos danos causados à ré.

Fez a autora prova de que a indubitável falha não procede de culpa sua?

A resposta é negativa.

Vejamos:

(Era preciso actuar sobre a veia femural e não sobre a artéria femural, lembre-se)

Tendo em atenção as conclusões formuladas pela recorrente e que definem o objecto do recurso, atentemos nos factos interessantes.

Resultou provado, nomeadamente:

14- A veia femural e a artéria femural têm um trajecto anatómico paralelo;

15- Pode acontecer a punção da artéria femural em vez da veia femural e vice-versa;

16- A punção da artéria femural em vez da veia femural é um risco no tipo de intervenção a que a ré foi submetida;

17- A punção arterial não pretendida (acidental), em regra, origina apenas um hematoma de cura espontânea;

18- Por isso o entendimento clínico foi esperar o tempo que foi tido por necessário e normal à respectiva cura;

19- Só em último caso se recorre à cirurgia vascular para correcção da ferida arterial;

Ora, e salvo o devido respeito, o facto da artéria e veia terem um trajecto anatómico paralelo (14º) não pode constituir justificação para o erro verificado.

Na verdade, sabendo que assim é (ou tendo a obrigação de saber, dada a qualificação profissional), impunha-se, naquelas circunstâncias concretas, ao médico especial cuidado para que não ocorresse o engano verificado.

O facto da punção da artéria femural em vez da veia femural ser um risco no tipo de intervenção a que a ré foi submetida (16º), por si só não constitui justificação para o sucedido. Por um lado, não está caracterizado aquele risco (na verdade, nada se sabe da dimensão do risco), pelo outro, o facto de haver risco exigia um cuidado acrescido de modo a evitar o dano.

Concluindo: não resultando provado, como não resulta, que a autora (os seus profissionais de saúde), nas circunstâncias concretas, (atente-se para além do acima exposto, na história clínica da ré que não podia nem devia ser ignorado) tivesse actuado com o cuidado e diligência que devia e podia de modo a evitar o resultado, é inequívoco que a ré não está obrigada a pagar as despesas acrescidas (consequências da actuação culposa da autora) resultantes da nova intervenção cirúrgica reclamada pela anterior e defeituosa intervenção que temos vindo a apreciar.

De facto, estando em causa, como estão, despesas que derivaram da inexecução defeituosa do contrato elas necessariamente recaem sobre o autor desse cumprimento defeituoso.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/9/2011

Processo: 674/2001.P L.S1

Nº Convencional: 2ª SECÇÃO

Relator: BETTENCOURT DE FARIA

Sumário :

I – Na responsabilidade contratual por negligência em acto médico, compete ao lesante provar a não culpa, mas a ilicitude da actuação deve ser provada pelo lesado.

II – Ilicitude e culpa no acto médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.

«1. O autor vem pedir indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que sofreu por causa de, ao ser-lhe extraído um dente, ter fracturado o maxilar inferior.

Entenderam as instâncias que estávamos perante um hipótese de responsabilidade civil contratual, em que o ónus de prova da não culpa pertence ao devedor, conforme o art.º 799º do C. Civil. Concluíram as mesmas que essa prova não fora feita. No entanto, como a prova da ilicitude do acto lesante pertencia ao lesado e este nada provara a esse respeito, concluíram igualmente que não estavam preenchidos todos os requisitos da referida responsabilidade. Pelo que absolveram a ré seguradora do pedido.

2. A primeira questão suscitada pelo recorrente autor é a de que a ele lesado apenas competiria provar o facto da extracção do dente e o resultado da fractura, competindo à ré provar o cumprimento dos deveres de zelo e diligência que impendiam sobre a sua actuação.

Vejamos.

É sabido que são quatro os requisitos da responsabilidade civil: o dano, a ilicitude do acto danoso, o nexa de causalidade entre ambos e a culpa do autor desse acto.

Ao contrário do que acontece na responsabilidade civil extracontratual, onde os indicados quatro requisitos têm de ser provados pelo lesante, na responsabilidade civil contratual, por força da presunção de culpa do aludido art.º 799º, não compete ao lesado provar a culpa do lesante. Mas deve provar os restantes requisitos. Isto porque todos eles são constitutivos do direito em questão. Só a culpa foge a esta regra, em virtude do disposto no art.º 344º n.º 1 do C. Civil, que determina que a presunção inverte o ónus da prova.

Na alegação do recorrente não se indica quem é que deve provar a ilicitude do acto danoso. Apenas é indicado que a não culpa deveria ser provada pelo lesante, ou seja, deveria este demonstrar que actuou diligentemente. Contudo e pelo que já referimos, culpa e ilicitude não se

confundem. Esta última tem uma natureza objectiva e significa que o acto lesivo ou danoso foi contrário há lei, que constituiu uma actuação proibida.

É forçoso reconhecer, como bem notou o acórdão recorrido, que, **por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da actividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é – objectivamente - ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjectivamente - um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico.**

Mas os conceitos permanecem diferenciados.

Por outras palavras, ou num registo mais chão, dir-se-á, que **uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.**

Acresce ainda o seguinte:

Estamos perante responsabilidade contratual em que a ilicitude é constituída pelo incumprimento, ou pelo incumprimento defeituoso, como no caso.

Por outro lado estamos também face a uma obrigação de meios: a obrigação médica é do tratamento não da cura.

Ora, a este respeito escreve Antunes Varela – Obrigações 2^a ed. II 97 -:

“É todavia ao credor que incumbe a prova do facto ilícito do não cumprimento. Se, em lugar de não cumprimento da obrigação houver cumprimento defeituoso, ao credor competirá fazer a prova do defeito verificado, como elemento constitutivo do seu direito à indemnização ou de qualquer dos outros meios de reacção contra a falta registada.

Nas obrigações de meios não bastará, neste aspecto, a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação para se considerar provado o não cumprimento. Não basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa. É necessário provar que o médico ou o advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente.”

No caso vertente, sabe-se que ocorreu a fractura, mas não se apurou, em sede da matéria de facto, qual o erro médico, se o houve, que lhe deu origem.

Mais ainda, não se apurou se ocorreu um erro médico, um acto ilícito e negligente ou mesmo doloso ou um acontecimento adverso (adverse event) como, por exemplo, um acidente motivado pelo estado previamente fragilizado do osso por força da patologia dentária que afectou o autor No traçado conceptual do Prof. José Fragata, o erro em medicina (erro médico), é delineado como «uma falha, não

intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso».

De acordo com esta definição, para que se possa falar de erro médico, é fundamental a convergência dos seguintes elementos: existência de plano, intencionalidade no seu incumprimento, desvio da sequência das acções previstas, incapacidade de consecução do objectivo proposto e causalidade, vale dizer, que a causa não seja o acaso.

Os autores citados, ainda na esteira de Reason, distinguem também o erro médico de uma figura afim que é o evento adverso (adverse event), definido pelos autores portugueses citados, como «qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte»..

Tudo o que ficou provado, de acordo com o concluído pela Relação, é que pode ela ser devida a uma de três causas, anatómica, patológica, ou de uso de força excessiva. Só esta última é que integraria um acto ilícito, porque não conforme com as *leges artis*. Mas não ficou assente, sendo, pelo que atrás consignámos, que seria a provar pelo autor lesado ora recorrente. Assim, ao contrário do que este conclui, não se trata de compaginar duas causas abstractas com uma concreta. Todas elas ficaram indemonstradas.

Donde que o autor não provou, como lhe competia a factualidade integrante da ilicitude, um dos pressupostos do seu eventual direito à indemnização.

Estando no domínio de uma obrigação em que o conteúdo da prestação devedora não é a simples apresentação de um resultado (obrigação de resultado), mas antes a prática de um conjunto de actos para que o resultado se possa produzir sem defeitos (obrigação de meios) como é pacificamente aceite pela jurisprudência, caberia ao Autor o ónus de alegar e provar a acção ou omissão do Médico que deu causa ao resultado infausto, é dizer o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos actos necessários (meios) à produção de um bom resultado.

Só assim haveria acto ilícito, restando ainda o pressuposto de culpa para gerar o dever de indemnizar (dolo ou negligência) que se presume relativamente ao devedor (médico) no caso da responsabilidade contratual.

Não há que olvidar que actividade médica é caracterizada pela circunstancialidade (Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, pg. 334), o que significa que o êxito do resultado depende de vários factores, endógenos e exógenos, tais como o estado de saúde do paciente, antecedentes genéticos, factores imunológicos, aspectos de idiosincrasia, reacções alérgicas,

como factores internos e da perícia do medico, observância das *leges artis*, meios ao dispor no consultório ou local onde o acto médico foi levado a efeito, etc, como factores externos.

Por outro lado, só haverá acto ilícito se houver, como se sabe, previsibilidade e evitabilidade do dano, já que o acto ilícito é um acto voluntário (controlável pela vontade) e só é voluntário o que é conhecido ou, pelo menos, cognoscível.

Vale dizer que no caso sub-judicio importava saber se a causa da fractura do osso maxilar se deveu a acção traumática do médico (força exagerada ou indevidamente executada, falta de perícia) ou se ficou a dever a uma situação de fragilidade óssea ou lesão prévia provocada por eventual processo patológico ou outra causa.

Por outras palavras, tudo isto seria necessário para se estabelecer a conexão causal entre a conduta do médico dentista e a fractura do maxilar, em termos naturalísticos (conexão de facto) para daí se aplicar a doutrina da causalidade adequada (nexo causal de imputação objectiva do resultado danoso à conduta do agente), que, como é consabido não integra ainda a culpa do agente violador do direito à integridade física do paciente, mas é um pressuposto da responsabilidade civil do agente.

Só estabelecido tal nexo de causalidade adequada, se poderá afirmar que o agente violou o direito do paciente.

Recordemos aqui as palavras de Gomes da Silva no seu estudo, já clássico, «O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar» onde afirma, citando Esmein, «quando se considera um dever de prestar como o do médico, por exemplo, pode falar-se em dever de prudência e de diligência, mas logo que o credor sofre um prejuízo é necessário averiguar se o devedor praticou certo acto que tinha o dever de não fazer, ou se omitiu determinado acto que tinha a obrigação de não realizar» (Esmein, apud Gomes da Silva, op.cit, pg. 371).»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011

Processo: 209/06.3TVPRT.P1.S1

Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS

Sumário :

III - Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar.

IV - Importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.

V - Assente que o autor foi submetido a intervenção cirúrgica à coluna e nada mais se tendo provado que ajude a qualificar com precisão a obrigação, desconhecendo-se como surgiu a opção da sua submissão à intervenção cirúrgica, por iniciativa de quem, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido, se é que tal aconteceu, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, se foi informado dos riscos inerentes, resta então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente, estando cometida ao médico cirurgião uma obrigação de meios.

VI - Sempre que se trate de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

VII - Tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.

VIII - Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

IX - Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente.



Violação Leges Artis

VIOLAÇÃO DAS “LEGES ARTIS” – MATÉRIA DE FACTO OU DE DIREITO?

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Processo: 674/2001.P1

Nº Convencional: JTRP000

Relator: FILIPE CAROÇO

Descritores: ACTO MÉDICO

RESPONSABILIDADE CIVIL

Nº do Documento: RP20110224674/2001.P1

Data do Acórdão: 24-02-2011

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: APELAÇÃO.

Decisão: CONFIRMADA.

Indicações Eventuais: 3ª SECCÃO

Área Temática: .

Sumário:

I - Deve considerar-se não escrito o quesito formulado sobre a violação da *leges artis* própria do exercício da medicina, por constituir um conceito a preencher pela conduta do agente mediante a qualificação a efectuar em sede de apreciação dos correspondentes factos.

«A inserção na sentença e o invocado dever de eliminação da matéria de facto constante sob os itens 69º, 70º e 71º dos factos provados

Consta da sentença recorrida, como provada, além do mais, a seguinte matéria de facto:

«69- A prescrição de Zipo 500 (antibiótico) e Jabasulide (anti-inflamatório) é uma terapêutica médica adequada à situação.

70- Não estando, nunca por nunca, em causa as “três anestésias”, a fractura da mandíbula ao nível do gonion direito no decurso da extracção do dente 48 (dente do siso inferior direito) é um acidente operatório que, embora raramente, pode acontecer, estando descrito na literatura.

71- Sendo que a injeção anestésica é feita as vezes necessárias para insensibilizar o local onde vai actuar e 3 injeções é aceitável.».

Esta matéria foi trazida aos factos provados na sequência da resposta dada aos quesitos 105º, 106º e 107º da base instrutória, cujo teor é o seguinte:

«Provado apenas o que consta do parecer junto aos autos pelo Conselho Médico-Legal».

Os referidos quesitos têm o seguinte teor:

«105)

O Dr. D... realizou intervenção terapêutica medicamente indicada?

106)

Sem observação das *leges artis*, entendidas como o conjunto das regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica e como a observância dos demais deveres gerais de cuidado do tráfego médico?

107)

Sendo consequência da sua conduta a produção dos resultados de lesão da integridade física do Autor e a verificação de sequelas traumáticas que o acompanham irreversivelmente?».

A propósito da resposta dada a estes quesitos, refere-se na fundamentação das respostas à base instrutória:

«Depois, no que agora respeita aos quesitos 105º a 107º, nada mais se podia dar como provado senão o que consta do parecer do Conselho Médico-Legal (e é este que vai permitir densificar uma eventual violação das “*artis legis*” – pelo que uma outra resposta mais não seria do que entrar já na área do Direito); temos, salvo o devido respeito, que a questão não se coloca, ou pelo menos apenas, no momento da extracção, mas sim na consulta realizada uma semana depois (como, aliás, o senhor médico J... acabou por admitir) em sede de diagnóstico às queixas e sintomas apresentados nesse momento pelo autor.»

Às partes cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções (importante manifestação do princípio do dispositivo; art.º 264º, nº 1).

O juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, sem prejuízo do disposto nos artigos 514º e 665º e da consideração, mesmo oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa (art.ºs 264º, nº 2 e 664º).

Nos termos do nº 3 do referido art.º 264º, o juiz pode ainda atender a factos essenciais não alegados pelas partes, desde que sejam cumpridas as exigências legais ali previstas.

Em qualquer caso, no âmbito da matéria de facto não alegada pelas partes e fora das situações previstas nos art.ºs 514º e 665º, o juiz tem que providenciar até ao encerramento da discussão pela ampliação da base instrutória da causa, facultando às partes o contraditório e a produção de prova (art.º 650º, nº 2, al. f) e nº 3).

Assim, é admissível a concretização de matéria de facto alegada de modo conclusivo, ainda que seja essencial, através do referido mecanismo processual dos art.ºs 264º, nº 3 e 650º, nºs 2 e 3).

Está aqui em causa matéria alegada pelas partes, sem que, em audiência de julgamento, se tenha lançado mão da referida faculdade: não foi ampliada, concretizada ou complementada a base instrutória com qualquer facto instrumental ou essencial.

Os referidos quesitos constam dos art.ºs 148º, 149º e 151º da petição inicial como parte da causa de pedir da acção (actual art.º 467º, nº 1, al. d)). Importa saber se as respostas em matéria de facto são jurídico-processualmente admissíveis.

Entende o A. recorrente que os referidos pontos 69º, 70º e 71º da sentença devem ser eliminados por conterem meras conclusões sem correspondência nos factos seleccionados, não podendo, também, o parecer do Conselho Médico-legal ser transformado em matéria de facto.

Há, desde logo, que distinguir o que constitui conceito e aquilo que se configura como uma realidade passível de constatação e de apreensão pelo tribunal que deve julgar a matéria de facto. As dificuldades de delimitação estendem-se aos juízos de valor, que tanto integram normas jurídicas como, por vezes, se situam no plano dos factos. O problema adensa-se naquelas situações em que o excessivo rigor na condensação pode levar ao conhecimento imediato do pedido, quer a favor do autor, quer em seu prejuízo, altura em que o juiz deve ponderar se será essa a forma mais justa de resolver o litígio ou se deve protelar para momento posterior a decisão, dando azo ainda a que a decisão sobre a matéria de facto controvertida possa superar os problemas suscitados pela deficiente alegação fáctica, designadamente através do referido mecanismo dos art.ºs 264º, nº 2 ou, simplesmente, através de uma resposta que resulte da prova produzida, com eventual conteúdo clarificador, desde que tal não implique ampliação da matéria de facto não permitida pelo art.º 664º[3].

Nos casos em que os factos conclusivos, no sentido normativo, por conterem em si a resolução da questão de direito tenham sido alegados nos articulados e tenham desta forma sido quesitados, estamos perante uma deficiência de alegação por falta de factos que integram a causa de pedir, desde que não corresponda o juízo de valor a um dado da experiência. E aqui, para efeitos de caso julgado, tem de ponderar-se se o facto conclusivo que, por resolver a questão de direito, deve ser havido como não escrito (art. 646º, nº 4, do Código de Processo Civil).

Teixeira de Sousa[4], entende que a selecção da matéria de facto não pode conter qualquer apreciação de direito, isto é, qualquer valoração segundo a interpretação ou aplicação da lei, ou qualquer juízo, indução ou conclusão jurídica.

Abel Simões Freire[5] entende que não deve admitir-se a formulação dum quesito que decide de direito aquilo que se visa subsumir à lei com factos que decidem o caso. Daí que, nesta asserção, a matéria conclusiva, para efeito de dever ser considerada não escrita, é apenas aquela que tem, em si mesma, a decisão de direito controvertida, porque o juízo valorativo, composto de factos corresponde à questão a decidir e não é, em si mesmo, factos simples, ocorrências da vida real, mas um complexo de factos inscritos na norma com o sentido de decidir a questão. Os juízos que contenham a resolução da questão de direito controvertidos pelas partes, quer integrem normas jurídicas geralmente conhecidas, quer a apreciação de factos, não podem ser aceites e têm-se por não escritos.

Já os quesitos e as respostas que contenham expressões que simultaneamente tenham um significado jurídico e utilização na linguagem corrente terão sempre esta significação que, de resto, não é vinculativa para o juiz da sentença[6].

Volvendo aos quesitos 105º a 107º, logo se verifica que, enquanto o primeiro e o último contêm matéria de facto, o quesito 106º está totalmente preenchido com um facto de tal modo conclusivo, mesmo conceituoso, que a sua demonstração conduziria, praticamente, à decisão da acção em sentido favorável ao A. A violação, pelo Dr. D... das *leges artis* próprias do exercício da medicina, não pode deixar de constituir uma conclusão a tirar pelo tribunal em resultado da ponderação dessas regras com aspectos determinados da sua conduta médica na relação que estabeleceu com o A. enquanto seu paciente. A eventual violação da *leges artis* não é um ponto de partida, um facto demonstrável, uma realidade da vida, mas um conceito a preencher pela conduta do agente mediante a qualificação a efectuar pelo tribunal em sede de apreciação dos factos demonstrados.

Nesta perspectiva, deve ter-se por não escrito o quesito 106º da base instrutória e a possível resposta relativamente a ele proferida que, aliás, não vislumbramos, nem nas respostas à matéria da base instrutória, designadamente ao quesito 106º, nem nos itens 69º, 70º e 71º da sentença recorrida (art.º 646º, nº 4).

Ainda que assim não se entendesse, jamais aquele quesito poderia ter uma resposta que não fosse “não provado”. Isto, dada a sua formulação por iniciativa e alegação do A. --- de não observância da *leges artis* por banda do médico segurado na R. ---, contrária ao sentido consignado no parecer para o qual a resposta que lhe foi dada remete.

Quanto aos quesitos 105º e 107º, a resposta foi também “provado apenas o que consta do parecer junto aos autos pelo Conselho Médico-Legal”.

O art.º 653º, nº 2, não impõe ao juiz do julgamento uma fórmula rigorosa pela qual deva responder à matéria de facto. Refere-se ali apenas que “a matéria de facto é decidida por meio de acórdão ou despacho, ...; a decisão proferida declarará quais os factos que o tribunal julga provados e quais os que julga não provados, ...». O tribunal não está impedido de responder por remissão, mormente para os articulados da acção,

contanto que não deixe dúvidas quanto ao que considera provado e não provado de entre a matéria levada à base instrutória e que não seja extravasado o âmbito da matéria quesitada.

Assim, em bom rigor e de acordo com a regra da auto-suficiência da decisão, a resposta deve ser de “provado”, “não provado”, “provado apenas que...” ou mesmo “provado, com o esclarecimento...” ...ou com a reserva...”, desde que o esclarecimento não exorbite o facto quesitado.

Apesar de pouco cuidada, a expressão da vontade soberana do tribunal recorrido, ao remeter expressamente para o invocado “parecer do Conselho Médico-legal”, com a motivação ali também consignada, deixou claro --- no uso da sua liberdade de julgamento (art.º 389º do Código Civil e art.ºs 653º, n.º 1 e 655º do Código de Processo Civil) --- que o seu conteúdo, a informação dali constante, na conjugação de provas, mereceu o crédito, a confiança do Julgador no que concerne aos referidos quesitos ao ponto de dever ser considerado provado, contudo dentro dos limites dessa quesitação. Ou seja, embora possa constituir uma técnica não recomendável e até irregular, pelo grau de incerteza que pode acarretar, no caso sub judice as respostas aos ditos quesitos não são omissas, embora tenham que ser encontradas no teor daquele documento, que o tribunal acolheu como provado, porém, limitado pelo âmbito dos mesmos, assim, sem excesso nas respostas a proferir.

Respondendo agora com a devida discriminação factual, não fica prejudicado, in casu, o exame e a decisão da causa, obtendo-se, com o devido rigor e respeito pela prova produzida, as respostas em matéria de facto que o juiz do julgamento deveria ter proferido quando, simplesmente, remeteu para o parecer médico-legal.

Pelas referidas razões, o juiz que proferiu a sentença --- o mesmo juiz que proferiu as respostas à base instrutória[7] --- aditou nela os factos dos itens 69º, 70º e 71º.

Estes factos têm expressão no referido parecer (cf. fl.s 156 e fl.s 191 do processo). Resta saber se as “respostas” consideradas na sentença têm a afinidade necessária com as questões quesitadas sob os quesitos 105º e 107º e neles são enquadráveis sem a sua alteração indevida, por excesso[8].

Manifestamente, com base no parecer (para onde é remetida resposta pelo juiz do julgamento), a resposta dada ao quesito 107º tem que ser de “não provado”. Sendo da lavra do A. e do seu interesse, a matéria do quesito foi alegada e está formulada no sentido da imputação do resultado lesivo à conduta do médico, Dr. D.... O que resulta do referido parecer é a possibilidade (contrária) da fractura do maxilar poder resultar de várias causas, designadamente de condições endógenas, ligadas à própria pessoa e à saúde do lesado.

Já o quesito 105º não integra qualquer conceito de direito, mas uma realidade passível de constatação e de apreensão pelo tribunal que deve julgar a matéria de facto. Deve ter uma resposta de conteúdo clarificador, sendo sempre admissível a respectiva restrição. E não pode olvidar-se que a alegação de tal facto partiu do próprio A. (artigo 148 da petição inicial) e foi compreendida pelo R., como é compreensível por qualquer homem minimamente esclarecido e pragmático.

E, dada a especificidade da linguagem clínica, seria mesmo muito difícil uma alegação de factos nos articulados de tal modo pormenorizada e tecnicista que permitisse uma resposta médica ajustada. Daí que, ao alegar aquele facto, o A. o tenha feito de modo muito condensado, sendo de esperar, sem qualquer

surpresa para as partes, uma resposta explicativa, clarificadora e concretizadora com origem na ciência médica, como efectivamente aconteceu.

Em lugar de responder de modo a confirmar o quesito, o tribunal como que o concretizou com o conteúdo do texto do parecer consultivo médico-legal, reconhecendo o seu teor como provado, necessariamente, dentro dos limites factuais constantes do quesito 105°.

Desta feita, acolhendo o conteúdo daquele parecer clínico, mais uma vez conforme determinado nas respostas à base instrutória, impõe-se aquela resposta ao quesito 105° nos termos que se seguem e que substituem os itens 69°, 70° e 71° dos factos constantes da sentença:

“Provado apenas que a administração das três anestésias no tratamento a que o A. se submeteu é aceitável e normal para insensibilizar o local onde se vai actuar, e a prescrição de ZIPOS 500 (antibiótico) e JABASULIDE (anti-inflamatório) é uma terapêutica médica adequada à situação do demandante”.

É esta --- e não outra, designadamente a matéria que consta dos itens 69°, 70° e 71° da sentença, que se afasta parcialmente --- a substância da remissão efectuada na resposta ao quesito 105° da base instrutória.

Ainda explicando, não estamos a modificar a matéria de facto dada como provada pelo tribunal a quo[9], mas tão-só a conferir auto-suficiência às respostas em matéria de facto, tornando mais fácil a sua apreensão, através da transferência do conteúdo útil da remissão ali efectuada, respeitando-a e limitando, necessariamente, os factos revelados no parecer médico-legal ao âmbito do quesito 105°.



- Acórdão STJ 25/07/1985

- Anotação - Joaquim Alcoforado Saldanha

- Acórdão STJ 25/07/1985 – Culpa *in vigilando*; dever de vigilância de doentes mentais internados em estabelecimentos hospitalares

<https://www.oa.pt/upl/%7Bb16d80fe-3393-4777-a430-f41560adba78%7D.pdf>

- Anotação pelo Dr. Joaquim Alcoforado Saldanha (ROA, 1988, ano 48, II)

<https://www.oa.pt/upl/%7B2603356f-98e4-442a-9e89-e77b8812f0d6%7D.pdf>



O ónus da prova na responsabilidade civil
médica. Questões processuais atinentes à
tramitação deste tipo de acções
(competência, instrução do processo, prova
pericial)

Luís Filipe Pires de Sousa

(Texto publicado na Revista do CEJ, 2.º semestre de
2011, n.º 16, pp. 37 a 80)

**O ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.
QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES À TRAMITAÇÃO DESTE TIPO DE
ACÇÕES (COMPETÊNCIA, INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PROVA PERICIAL).**

Luís Filipe Pires de Sousa

Juiz de Direito

Docente do CEJ

“Cada vez mais a doença é menos bem aceite, cada vez mais a Medicina deve fornecer soluções para tudo e para todos, e, os resultados menos bons, ou mesmo simplesmente aquém das expectativas, são tidos como inaceitáveis e, frequentemente, tomados como o produto de erros.”

JOSÉ FRAGATA, *O Erro em Medicina*, Almedina, 2004, p. 256.

“A questão da responsabilidade médica é largamente prejudicada pela invasão dos homens de direito.”

LESSEPS LOURENÇO DOS REYS, “Responsabilidade civil dos médicos”, in RFML, Série III, Vol. 5, Nº5, p. 312, citando ETCHEGOYEN, *A Era dos Responsáveis*, 1995, p. 133.

SUMÁRIO: 1.A desmistificação da bata branca; 2. Responsabilidade contratual *versus* responsabilidade extra-contratual. Reflexos da distinção em sede de competência do tribunal comum; 3. A competência dos tribunais administrativos; 4. Poderes instrutórios do Juiz; 4.1. Dever de documentação; 4.2 Prova pericial; 5. O ónus da prova na responsabilidade civil médica; 5.1. Situações que merecem tratamento específico; 5.1.1. Casos de inversão do ónus da prova; 5.1.2. Casos de presunção de culpa; 5.1.3. A cirurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica; 5.2. Na actividade médica em geral; 5.2.1. A presunção de culpa do devedor (Artigo 799º, nº1 do CC); 5.2.2 Inaplicabilidade da presunção de culpa do médico; A – A prova *prima facie*; B – A teoria *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado.

1. A desmistificação da bata branca.

Cedo se reconheceu a necessidade de grupos profissionais de codificarem a sua actuação de acordo com normas éticas, sendo disso paradigma o Juramento de Hipócrates:

“Juro por Apolo médico, por Exculápio, Higia e Panacea e ponho por testemunho todos os deuses e todas as deusas, cumprir segundo as minhas possibilidades e razão o seguinte juramento:

(...) Aplicarei os medicamentos para bem dos doentes segundo o meu saber e nunca para seu mal. Não darei um remédio mortal ou um conselho que o leve à sua morte.

(...) Conservarei pura a minha vida e a minha arte (...)

Em qualquer casa onde entre o farei para bem dos doentes, evitando todo o mal voluntário (...)”

Na antiguidade e durante muitos séculos, o médico não desempenhava uma tarefa vulgar. Era uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados. Os conhecimentos da medicina não deviam ser revelados a quem não tivesse feito o juramento ¹.

E quase toda a história da medicina nos mostra uma responsabilização religiosa e moral dos médicos, decorrente do carácter sagrado do seu múnus. O que justifica de alguma forma pela estagnação dos conhecimentos médicos durante séculos, seguindo-se por toda a parte o ensinamento de alguns mestres antigos. “Só nos tempos do Renascimento e dos progressos técnicos e científicos que lhe trouxe para as ciências médicas surgiu uma consciência social crítica relativamente à prática clínica; só então pôde surgir o fenómeno cultural da ridicularização da medicina; ou seja: Molière não poderia ter troçado dos médicos dois séculos antes ². E só no século vinte poderia ter surgido uma verdadeira responsabilidade médica, assente na violação ilícita dos direitos do paciente (...)” ³.

¹ Lê-se num texto escrito de Hipócrates (A Lei), “As coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunicá-las aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência.” citado por GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa” in *Temas de direito da medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 92.

² Reporta-se o autor, por certo, à comédia “Médico à força” e às atitudes cómicas do protagonista, Esganarelo.

³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica” in *Temas de direito da medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 70.

Virgílio chamava à Medicina arte silenciosa (*muta ars*) por contraposição às artes da oratória, como a governação e o direito. A medicina era uma tarefa que se desempenha em silêncio. “Mas as coisas mudaram; levou dois mil anos, mas mudaram. / E agora, para os médicos, o silêncio ... acabou.”⁴

A desmistificação da bata branca teve o seu grande desenvolvimento nos Estados Unidos da América já neste século.

Assim, em 1974 , os casos de *malpractice* deram origem a indemnizações de um milhão de dólares. Em 1978, as indemnizações subiram para 750 milhões de dólares e, em 1983, atingiram 2.000 milhões de dólares. Um em cada cinco médicos é acusado todos os anos de exercício displicente da medicina, verificando-se uma percentagem de condenação de 25% ⁵.

Neste contexto, gera-se a prática de uma medicina defensiva com retardamento da formulação do diagnóstico final, proliferação de exames complementares e aumento dos custos do utente por força das elevadas maquiãs exigidas aos médicos pelas seguradoras.

Entre nós, a desmistificação da bata branca foi mais tardia.

Tal retardamento poderá explicar-se pelos brandos costumes do povo português, pelo excessivo tratamento cortês face aos médicos, pela fatalidade ou resignação do povo português e pelo sebastianismo dos médicos⁶.

Com o advento da Constituição de 1976 e das transformações sociais e económicas que a acompanharam, verificou-se uma progressiva tomada de consciência dos seus direitos pelos utentes, abandonando-se a ideia de fatalismo dos prejuízos e encarando-se estes como algo susceptível de ser ressarcido. A circunstância de cada vez mais a população ter acesso a esquemas de segurança social origina também uma mentalidade reivindicativa de exigência constante aos médicos de cura para todos os males, a que não será estranha a constatação de que a medicina terá evoluído nos últimos cinquenta anos mais que nos mil anos anteriores.

⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa” in *Temas de direito da medicina*, Coimbra Editora, 1999, p. 100.

⁵ cf. ELENA BURGOA, “A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso Português” in *Sub Judice*, nº 13, 1998, p. 83 e MARINAO YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 280.

⁶ Neste sentido, ELENA BURGOA, *Op. Cit.*, pp. 76/77.

É no devir deste conjunto de fenómenos que, nos últimos anos, surgem destaques sensacionalistas na imprensa a propósito de casos de alegada negligência médica.

Nesta matéria e entre nós, só agora vai sendo superada a clivagem entre a lei substantiva que protege os direitos dos cidadãos à integridade física e saúde (*law in the books*) e a sua progressiva aplicação jurisprudencial (*law in action*).

2. Responsabilidade contratual versus responsabilidade extra-contratual . Reflexos da distinção em sede de competência do tribunal comum.

O médico que mantém o seu consultório aberto com placa, encontra-se numa situação de proponente contratual. O doente, que aí se dirige necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta.

Gera-se, assim, um contrato consensual (Art. 219º do Código Civil), marcadamente pessoal (o elemento decisivo é a confiança que o médico inspira ao doente e que tem como correlativo o princípio de livre escolha), de execução continuada , em regra, sinalagmático e oneroso e sempre susceptível de rescisão⁷ .

Sem embargo da regra da natureza contratual da responsabilidade médica, existem casos em que a conduta do médico pode configurar uma situação de responsabilidade extracontratual, v.g., ofensas corporais, prática ilegal de aborto, violação de sigilo profissional, bem como as situações em que os danos causados pelo médico no decurso do tratamento não têm nenhuma conexão funcional com o mesmo. O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou que descarta negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigatoriamente por violação de um contrato de prestação de serviços médicos como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente (Artigos 70º, nº1 e 483º, nº1 do Código Civil)⁸ .

Nessa medida, importa averiguar se o doente - perante conduta do médico que integra simultaneamente violação do contrato e ilícito extracontratual - poderá recorrer a ambas as tutelas ou se apenas a uma. Ou seja, poderá o lesado invocar

⁷ cf. ESPERANÇA PINA, *A responsabilidade dos médicos*, pp. 92 e 93

⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, 1988, p. 136.

simultaneamente as normas correspondentes a uma e outra espécie de responsabilidade, consoante lhe sejam mais favoráveis?

E a questão não é nada despicienda entre nós, atentas as diferenças de regime entre a responsabilidade contratual e a aquiliana: ónus da prova da culpa (Art. 799º, nº1 *versus* Art. 487º, nº1 do Código Civil); prazos de prescrição (Art. 309º *versus* Art. 498º do Código Civil); responsabilidade por facto de outrem (Art. 800º, nº1 *versus* Art. 500º do Código Civil) ; atenuação equitativa da indemnização em caso de mera culpa (Art. 494º do Código Civil).

No âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil , VAZ SERRA, propôs a tese da opção bem como a possibilidade de cumular regras de uma e outra forma de responsabilidade ⁹. Tal solução não foi recebida no Código Civil , o que inculca que estaremos perante uma lacuna voluntária do legislador a ser suprida pela doutrina e jurisprudência.

MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982, p. 411, pronunciou-se a favor da tese do cúmulo nos seguintes termos:

“Representando a violação do dever contratual de protecção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos(p. ex., pluralidade de autores do dano).”.

FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *A responsabilidade médica em Portugal*, BMJ nº 332, 1984, p. 40, raciocinam assim

“ (...) se as partes concluíram um contrato, isso significa que querem que para as relações entre elas valham apenas as regras que disciplinam esse contrato; a disciplina particular do contrato absorveria o regime mais geral da lei. Mas, em sentido contrário, pode-se argumentar que o facto de terem concluído um contrato não tem de forma alguma de significar que se presume terem querido renunciar à protecção que em geral lhes é garantida pela lei; *a minore ad maius*, dir-se-á até que a proibição geral de lesar os direitos de outrem é individualizada e fortalecida pelo dever contratual visando o mesmo objectivo. (...) Pensamos que, na inexistência

⁹ “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, BMJ nº 85, pp. 208 ss. e 238-239.

de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a “*solução natural*” , a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidade.”¹⁰

E, de facto, facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o **princípio do favorecimento da vítima**. Admitir que , ao abrigo de um contrato de prestação de serviços *sui generis*, fossem impunes condutas que - na ausência do contrato - integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma da não protecção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à protecção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma protecção acrescida.

A jurisprudência começou a pronunciar-se sobre a questão nos anos oitenta dando a entender a admissibilidade da tese do concurso de responsabilidades¹¹.

Mais recentemente:

- foi expressamente admitido “ o concurso de pretensões , por cumulação de responsabilidades” (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4.4.2005, *Francisco Lourenço*, CJ 1995- II, pp. 31-35);

- admitiu-se a opção entre as duas responsabilidades (Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2006, *Fátima Galante*, CJ 2006 – II, pp. 110-114, de 11.9.2007, *Rosa Ribeiro Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, *Fonseca Ramos*, CJ 2008 - I, pp. 134-143)), notando-se que a tutela contratual é a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória face às regras em matéria de ónus da prova (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.7.2001, *Ferreira de Almeida*, CJ 2001 – II, pp. 166-170).

¹⁰ PINTO MONTEIRO, "Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil", *in* BFD, Sup., vol XXVIII, Coimbra, 1985, pp. 398-400, entende que "na falta de disposição legal em contrário deve considerar-se em princípio, como solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual. É manifesto que, com o contrato, não pretendem as partes renunciar, criando com o seu poder jurisdicção uma disciplina específica, à tutela geral que sempre a lei lhes facultaria; bem pelo contrário, pretendem reforçar tal tutela criando assim uma protecção acrescida".

NUNES, Manuel Rosário, *Da responsabilidade civil por actos médicos – Alguns Aspectos*, Universidade Lusíada, 2001, p. 54-63, também adere à teoria do cúmulo , afirmando “(...) atenta a lacuna da lei, aderindo à teoria do cúmulo, do concurso de normas fundada numa única pretensão ressarcitória, deverá ser conferido ao lesado o recurso à possibilidade de optar entre as duas formas de responsabilidade civil, na hipótese em que a pretensão do lesado se funda simultaneamente numa violação contratual e num facto ilícito emergente de responsabilidade extracontratual”.

¹¹ Assim , Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.11.80, BMJ nº 301, p.. 404 e Ac. de 22.10.87, BMJ nº 370, p.. 529.

A admissibilidade do concurso de responsabilidades implica que haja uma única acção, a que corresponde no plano material um único direito, que tem como objecto unitário o ressarcimento do dano, mas que pode ser fundamentada em diversas normas (*Anspruchsnormenkonkurrenz*) ¹².

Caso o Autor invoque apenas normas atinentes a um tipo de responsabilidade, o Tribunal não está impedido de qualificar de modo diverso a causa de pedir desde que respeite os factos alegados pela parte - princípio *iura novit curia*; Art. 664º do Código de Processo Civil .

Sendo facultado ao autor a opção entre a tutela da responsabilidade contratual e a tutela proveniente da responsabilidade extra-contratual, há que aferir quais as implicações daí decorrentes em sede de fixação da competência do tribunal ¹³.

Configure-se um caso em que o autor, residente em Portimão, aí é tratado por médico particular que se deslocou de Lisboa (local onde reside), arrogando-se aquele titular de direito a indemnização porquanto o acto em causa ter-lhe-á causado danos fisiológicos.

Pelas regras decorrentes do incumprimento contratual, será competente o tribunal de Lisboa (Artigo 74º, nº1 do Código de Processo Civil); já em matéria de responsabilidade civil vigora a regra *Loci comissi delicti*, sendo competente o tribunal do lugar onde o facto ocorreu (Artigo 74º, nº2 do Código de Processo Civil). Note-se que a incompetência relativa é de conhecimento oficioso nos dois casos – Artigo 110º, nº1, alínea a) do Código de Processo Civil.

TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência declarativa dos tribunais comuns*, Lex, 1994, p. 92, qualifica esta situação como de concurso de objectos processuais na medida em que vários objectos se referem a um mesmo efeito jurídico. Atendendo ao princípio *iura novit curia* (Artigo 664º do Código de Processo Civil) e à consequente “(...) possibilidade de o tribunal, que é competente para apreciar um certo objecto segundo uma determinada qualificação, atribuir a esse objecto uma outra qualificação

¹² RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (lições policopiadas), 1983 , p. 212.

¹³ A questão da determinação do foro competente consitui, precisamente, um dos argumentos de quem critica a admissibilidade da teoria da opção na medida em que , admitindo-se esta, daí decorreria um certa indeterminação do foro competente (o da responsabilidade contratual ou o da responsabilidade extracontratual?) – cf. ÁLVARO RODRIGUES, “ Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *in* *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, pp. 195-198 e ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 5ª Ed., Almedina, 1991, pp. 436 - 442. Para este último autor, deverá adoptar-se o principio da consunção segundo o qual o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual.

sem perder a sua competência, o tribunal competente para um dos objectos é igualmente competente para apreciar o outro objecto concorrente quando ambos se referem aos mesmos factos e apenas se distinguem na sua qualificação jurídica.” – *Op. Cit.*, p. 92. Deste modo, o tribunal será competente para apreciar uma mesma situação pela perspectiva da responsabilidade contratual e extracontratual.

Conforme explica o mesmo autor noutra obra, a posição instrumental do processo civil perante o direito substantivo com “(...) a necessidade de não destruir *in iudicio* a relação de concurso existente entre as pretensões através de uma compartimentação da competência do tribunal impõem a construção doutrinária de um **critério de extensão da competência**” (*O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, 1988, p. 310), o qual tem apenas como limites a competência genérica ou exclusiva de outro tribunal na medida em que, nesses casos, nenhum outro órgão judiciário pode utilizar os poderes de subsunção atribuídos a esse tribunal¹⁴.

3. A competência dos tribunais administrativos

No que tange aos actos médicos praticado em serviços hospitalares de natureza pública, haverá que aquilatar se a competência para litígio daí emergente deve ser deferida ao tribunal administrativo ou ao tribunal comum. Esta questão adquire renovada pertinência face à evolução legislativa recente no sentido de o Estado, em matéria de saúde pública, actuar cada vez mais com recurso a formas de gestão empresarial societária (cf. Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, instituindo o Regime de gestão hospitalar).

Anteriormente a esta evolução legislativa, constituía entendimento reiterado que, apesar de idênticos aos actos praticados em qualquer estabelecimento hospitalar privado, os actos de assistência médica praticados num hospital público são de gestão pública pelo que o Tribunal competente para ajuizar da responsabilidade civil decorrente desses actos é o administrativo – cf., a título exemplificativo, o Acórdão da Relação de Évora de 4.7.91, *Pereira Cardigos*, BMJ nº 409, pp. 890/891.

¹⁴ O mesmo autor exemplifica com um caso de concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual do empregador, concluindo que apenas o tribunal cível é competente para julgar qualquer dessas formas de responsabilidade apresentadas em concurso – cf. Artigos 84º, alínea o), *a contrario*, 77º, nº1, alínea a) e 94º da Lei nº 3/99, de 13 de Janeiro.

Solução essa reforçada pelo Estatuto do Médico, aprovado pelo Decreto-lei nº 373/79, de 8 de Setembro, que dispõe no seu Artigo 8º, nº3 que “*Em casos de responsabilidade civil, tem aplicação a lei reguladora da responsabilidade extracontratual do Estado no domínio dos actos de gestão pública*”.

Em abono da competência dos tribunais administrativos invocam-se pertinentemente os seguintes argumentos:

- a vinculação dos hospital público , perante utentes ou terceiros, assume a natureza de uma relação de serviço público, devendo o serviço hospitalar agir com zelo e diligência adequados à situação particular dos utentes a que se destina, assumindo tal obrigação carácter geral e dando azo, quando omitida culposamente, ao dever de indemnizar. Assim, a responsabilidade em que o hospital incorra assume, necessariamente, carácter extracontratual ¹⁵;

- a circunstância de qualquer pessoa poder utilizar os serviços públicos ou de interesse público (nas condições gerais e impessoais dos respectivos estatutos ou regulamentos) sem possibilidade da sua recusa ou de negociação de cláusulas particulares apenas de compagina com uma responsabilidade de natureza extracontratual em que a obrigação de indemnizar nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto ¹⁶;

- por outras palavras, quem recorre a um estabelecimento de saúde pública fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral e estatutário pré-estabelecido, aplicável em igualdade a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e sujeições, que não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas ¹⁷;

- a função administrativa compreende o conjunto de actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços a satisfazer as necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbe ao poder do Estado-Colectividade. E tal função tanto pode ser

¹⁵ cf.. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.9.2006, *Hélder Roque*, CJ 2006-IV, pp. 16-19.

¹⁶ cf.. VAZ SERRA, Responsabilidade civil do Estado e dos órgãos ou agentes, BMJ nº 85, pp. 476-497; JOAQUIM SILVA CARNEIRO, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, in RDES, Ano XIX, pp. 123 e ss.

¹⁷ Acórdão do STA de 20.4.2004, Proc 982/03. Os Acórdãos doravante citados sem menção de proveniência encontram-se publicados no *site* www.dgsi.pt.

directamente praticada pelos organismos e serviços integrados na sua pessoa e sob a gestão imediata dos seus órgãos, como por pessoas colectivas que lhe são exteriores, públicas ou privadas, mas que a ele estão ligadas¹⁸ ;

- deste modo, os actos ou omissões praticados pelos hospitais públicos, mesmo que integrados na administração indirecta do Estado, destinados à satisfação do interesse público, constitucionalmente consagrado como a protecção e defesa do direito à saúde (Artigo 64º, nº1 da CRP) , devem ser qualificados como actos de gestão pública, e, por isso, praticados a coberto de normas de direito administrativo;

- assim, os actos de hospitais, integrados que estão no SNS, devem ser considerados como integrados na função administrativa, independentemente desta envolver ou não o exercício de meios de coação.

A Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, veio instituir o regime jurídico de gestão hospitalar, prevendo que os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde podem revestir a figura jurídica de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (Artigo 2º, nº2, alínea c)) ou de estabelecimentos privados. Os Hospitais , SA , regem-se pelos respectivos diplomas de criação, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado, pela lei reguladora das sociedades anónimas, bem como pelas normas especiais cuja aplicação decorra do seu objecto social e do seu regulamento (Artigo 19º, nº1 da referida Lei). Sendo sociedades de capitais exclusivamente públicos, tais hospitais são empresas públicas na classificação do Decreto-lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, regendo-se – nessa medida – pelo direito privado, salvaguardado o que se encontra disposto no regime do sector empresarial do Estado e nos diplomas que tenham aprovado os respectivos estatutos (Artigos 3º, nº1 e 7º, nº1).

Este novo enquadramento legal reflecte-se numa alteração do tribunal competente para apreciação litígios decorrentes de actos médicos aí praticados?

A resposta tem sido negativa com fundamento na seguinte ordem de considerações:

- o critério constitucionalmente delimitador do âmbito da justiça administrativa (Artigo 212º, nº3 da CRP) radica na noção de relação jurídica administrativa, pelo que

¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.5.2009, *Serra Baptista*, Proc 09B0677, citando MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I Vol., p. 187.

todas as questões que se possam afirmar como emergentes de tal relação são julgadas pelos tribunais administrativos, independentemente de conhecerem consagração em qualquer das alíneas do nº1 do artigo 4º do ETAF ¹⁹;

- apesar de revestirem a qualidade de pessoas colectivas privadas, tais hospitais estão submetidos a deveres, sujeições ou limitações impostos por motivos de interesse público, encontrando-se a prossecução do respectivo objecto social vinculada a normas de direito administrativo. Tais hospitais encontram-se submetidos às orientações relativas à execução da política nacional de saúde, cujo cumprimento é fiscalizado pelas autoridades de saúde (v.g. Artigo 6º da referida Lei) ²⁰;

- donde se infere que a relação jurídica estabelecida entre o utente , profissional de saúde e hospital assume a natureza de relação jurídica administrativa ^{21 22};

- Conforme tem sido reafirmado no preâmbulo dos diplomas que têm criado os Hospitais, EPE, (v.g. Decreto-Lei n.º 294/2002, de 11 de Dezembro), o que se pretende alterar com a instituição dos mesmos é apenas e tão-só o modelo de gestão para se alcançar um sistema mais moderno e eficiente, mantendo-se intacta a responsabilidade do Estado pela prestação dos cuidados de saúde. Esta responsabilidade é uma imposição constitucional, uma responsabilidade pública de que o Estado não pode alhear-se;

- os actos praticados em tais hospitais, para além do carácter técnico que os caracteriza, são actos que devem considerar-se de gestão pública, porque se regulam, também, por normas de direito administrativo, visando a satisfação do interesse

¹⁹ cf.. MONIZ, ANA RAQUEL, “Aspectos processuais da responsabilidade médica”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, 2005, p. 326.

²⁰ cf.. MONIZ, ANA RAQUEL *Op. Cit.*, pp. 328-329.

²¹ cf.. MONIZ, ANA RAQUEL *Op. Cit.*, pp. 330-331.

²² A função administrativa compreende o conjunto de actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer as necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder do Estado - colectividade – M. REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, 1999, pág. 12.

Essa função é desempenhada essencialmente por pessoas colectivas públicas, entre os quais o Estado – Administração, e, marginalmente, por pessoas colectivas privadas integradas na Administração Pública. As primeiras formam o cerne da Administração Pública e exercem a função administrativa do Estado – colectividade de forma imediata, necessária e por direito próprio, em obediência a opções prévias, que se traduziram no exercício da função legislativa daquele Estado, função principal ou primária. As segundas assumem uma posição secundária dentro da Administração Pública, exercendo a função administrativa por delegação daquelas. Desta forma as pessoas colectivas privadas que se encontram nesta posição exercem a função administrativa do Estado por efeito de decisão prévia de uma pessoa colectiva pública, decisão essa que se insere no exercício da função administrativa por parte da pessoa delegante – *Op. Cit.*, p. 148.

público. De acordo com o art. 12º da Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei 56/79, de 15 de Setembro) *“Para além do disposto no artigo anterior, os utentes, sempre que sejam lesados nos seus direitos pelos órgãos ou pessoal do SNS, têm direito a ser indemnizados pelos danos causados, nos termos da lei reguladora da responsabilidade extra-contratual do Estado no domínio dos actos de gestão pública”*. Deste modo, estarão preenchidas as previsões das al. a) e h) do nº 1 do art. 4º do ETAF ²³;

- ocorre um acto de gestão pública se o agente se encontra a cumprir deveres ou sujeito a restrições especificamente administrativas, isto é, próprios dos agentes administrativos. Nestas situações o que ocorre de especificamente administrativo é a prestação de serviços no âmbito do Serviço Nacional de Saúde. Tal prestação é um acto de gestão pública ²⁴.

4. Poderes instrutórios do Juiz

Nos termos do Artigo 265º, nº3 do Código de Processo Civil, o juiz tem o poder de realizar ou ordenar officiosamente as diligências necessárias para o apuramento da verdade. Consagra-se aqui o princípio inquisitório, demonstrando-se do mesmo passo que o papel do juiz-árbitro se encontra definitivamente ultrapassado ²⁵.

A atribuição de amplos poderes instrutórios ao juiz não afecta a vigência do princípio dispositivo, a efectividade da garantia do direito à prova nem o princípio do contraditório. Os poderes instrutórios que são conferidos ao juiz devem essencialmente configurar-se como acessórios e complementares da iniciativa probatória das partes na medida em que o exercício de tais poderes será desnecessário se as partes exercerem cabalmente o seu direito à prova. Apenas quando descubra, quer a partir dos elementos carreados para o processo quer através do seu conhecimento privado, que existe uma prova relevante que não foi trazida ao processo é que o juiz deverá actuar o princípio do inquisitório.

Numa perspectiva epistémica, estando a actuação do juiz colimada ao apuramento da verdade, daí decorre necessariamente que ao mesmo deve ser conferida a possibilidade de obter conhecimentos necessários a tal fim e que não

²³ Neste sentido, cf. Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 4.11.2009, *Moreira Camilo*, Proc 20/09. de 9.6.2010, *Souto de Moura*, Proc. 08/10.

²⁴ cf.. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 30.10.2008, *Bettencourt de Faria*, Proc 08/08 .

²⁵ cf.. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra Editora, 1996, p. 138.

tenham sido proporcionados pelas partes ²⁶. Os poderes de instrução das partes e do juiz não se limitam reciprocamente, devendo complementar-se para a maximização de elementos probatórios necessários à prolação da decisão ²⁷.

4.1. Dever de documentação

No desempenho da sua actividade, o médico está obrigado a “*registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo*” (Artigo 100º, nº1 do Código Deontológico dos Médicos, Regulamento nº 14/2009, DR, II Série, Nº 8, 13.1.2009, pp. 1355-1369), considerando-se mesmo que a ficha clínica do doente constitui a memória escrita do médico (“*A ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre profissionais que tratam ou virão a tratar do doente. Deve, por isso, ser suficientemente clara e detalhada para cumprir a sua finalidade*” - nº2 do mesmo preceito). O dever de documentação decorre também do Artigo 1161º, alínea d) do CC (dever de prestar contas). Tendo em conta que a prestação de cuidados de saúde se funda numa relação de serviço público, poderá ainda invocar-se – neste circunspecto – o disposto nas Base II, nº2, alíneas d) e e) e Base XIV da Lei nº 48/90, de 21.8 (Lei de Bases da Saúde) para consubstanciar este dever ²⁸.

O dever de documentação dos procedimentos médicos decorre, em primeira linha, da diligência ou cuidado exigíveis a um médico, constituindo uma obrigação inserta nas *legis artis* ²⁹. Tal *standard* de diligência não implica a documentação de todas as circunstâncias atinentes à sua actuação, abrangendo primacialmente os elementos que , num juízo de prognose, poderão contribuir para o esclarecimento dos factos no âmbito de um processo , eventual e futuro.

A documentação permite reconstruir o *iter* seguido pelo médico e o raciocínio em que baseou para as suas opções terapêuticas. Acresce que a crescente

²⁶ cf.. MICHELE TARUFFO, *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, 2010, p. 200.

²⁷ MICHELE TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 202, Nota (249), utiliza uma metáfora, dizendo que não existe uma “tarte” formada pelos poderes de instrução a dividir entre as partes e o juiz de modo que a porção que caiba ao juiz implique uma redução da parte que respeite às partes.

²⁸ Neste sentido, CASCÃO, RUI PATRÍCIO, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano IV, nº 8 .

²⁹ Neste sentido, PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, p. 526.

complexidade da medicina, com um elevado número de intervenientes em procedimentos de diagnóstico e terapêuticos, exige um registo preciso e adequado dos vários passos sob pena de se propiciarem falhas de comunicação e de coordenação, geradoras de erros.

Na proposta de CASCÃO, RUI PATRÍCIO, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano IV, nº8, pp. 27-28, um dossiê clínico deve incluir detalhadamente os seguintes dados, acompanhados da identificação das pessoas envolvidas no respectivo procedimento (médicos, enfermeiros, etc.):

- a) identificação do paciente;
- b) memória de anamnese (entrevista prévia ao paciente);
- c) diagnóstico (incluindo resultados das análises, exames, etc.);
- d) estado de saúde do paciente à altura da admissão;
- e) evolução do seu estado de saúde;
- f) informação prestada a paciente , bem como o meio através do qual essa informação foi prestada;
- g) registo do consentimento informado por parte do paciente;
- h) correspondência com outros profissionais de saúde relativa ao paciente;
- i) métodos terapêuticos utilizados;
- j) monitorização do paciente;
- l) fármacos , produtos e materiais empregues (e respectiva dosagem, lote, marca e outros elementos relevantes);
- m) prognóstico.

A jurisprudência alemã tem assinalado que as vicissitudes atípicas devem ser amplamente documentadas enquanto para as situações de rotina bastará uma referência ou apontamento breve ³⁰. A documentação dos históricos clínicos é necessária para assegurar a transparência da actividade médica, gozando de uma presunção *iuris tantum* de veracidade. O não cumprimento da obrigação de

³⁰ cf.. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guilherme, *Carga de la prueba y sociedade de riesgo*, Marcial Pons, 2004, p. 101.

documentação pode implicar mesmo a frustração da prova da parte contrária , conduzindo à inversão do ónus da prova ³¹.

A documentação clínica, sendo uma prova pré-constituída, poderá – no limite – constituir o único elemento probatório ao alcance do paciente.

Nessa medida, deverá o juiz aquilatar se a mesma foi junta pelas partes de forma cabal. Na omissão de tal junção, caberá ao juiz ordenar oficiosamente as diligências necessárias a suprir a actuação das partes.

Numa situação comum de cirurgia, a documentação pertinente é constituída designadamente por:

- Registos de todas as consultas que precederam a intervenção cirúrgica a que foi submetida;
- Registo de entrada;
- Tratamentos efectuados;
- Diário clínico;
- Diário de enfermagem;
- Boletim de internamento;
- Protocolo operativo e anestésico;
- Documentação clínica relacionada com a patologia;
- Todos os exames complementares de diagnóstico e respectivos relatórios.

A quem pertence a informação dos processos clínicos?

Nos termos do Artigo 3º da Lei nº 12/2005, de 26.1, a qual rege sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde,

Artigo 3.º

Propriedade da informação de saúde

1 - A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde os depositários da informação, a

³¹ cf.. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guilherme, *Op. Cit.*, p. 97.

qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei.

2 - O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado.

3 - O acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação.

Por seu turno, o Código Deontológico dos Médicos estipula no seu Artigo 100º que (...)

3. O médico é o detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses dos doentes e da instituição à qual eventualmente preste os serviços clínicos a que correspondem tais registos.

4. O doente tem direito a conhecer a informação registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, pelo próprio médico assistente ou, no caso de instituição de saúde, por médico designado pelo doente para este efeito.

5. Os exames complementares de diagnóstico e terapêutica deverão ser-lhe facultados quando este os solicite, aceitando-se no entanto que o material a fornecer seja constituído por cópias correspondentes aos elementos constantes do processo clínico.

Conforme nota ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade. Uma perspectiva europeia”, *in* Revista Portuguesa de Dano Corporal, Novembro 2006, ano XV, Nº16, p. 21, o Artigo 3º, nº1 da Lei nº 12/2005, de 26.1., não afirma que o paciente é proprietário do dossier, *qua tale*, mas sim da informação de saúde. No intuito de conciliar os interesses do paciente, do médico e de terceiros, propõe este autor que o direito de propriedade sobre a própria informação de saúde não abranja informações de saúde relativas a terceiros nem as anotações pessoais do médico. “Esta interpretação faz jus à necessidade de “concordância prática” entre valores constitucionalmente conflituantes e pode ser

defendida à luz do art. 18º, nº2 da Constituição da República, na medida em que só assim se respeita o princípio da proporcionalidade e o respeito do “núcleo essencial” do *direito à intimidade da vida privada e familiar de terceiros* (art. 26º, nº1 CRP) e do próprio *médico*.”

Decorre do Artigo 3º, nº3 da Lei nº 12/2005, de 26.1., que o acesso ao processo só pode ser efectuado por intermédio de um médico, consagrando-se o acesso mediato ou indirecto à ficha clínica ³². A exigência do acesso ser feito através de médico com habilitação própria visa acautelar que o paciente, normalmente sem conhecimentos médicos, seja devidamente informado, saiba realmente o que consta da sua informação de saúde ³³. Caso o paciente queira juntar tal ficha clínica ao processo para ser elemento de prova e objecto de perícia – sendo acautelados os direitos de terceiro e do médico , conforme referido *supra* – cabe ao depositário acatar esse desiderato do paciente , proprietário da informação clínica. Nesta situação, não está em causa o acesso à informação mas o exercício do direito de acção que não carece, naturalmente, de ser exercido através de médico.

A Lei nº 46/2007 , de 24 de Agosto (Regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização - LADA) veio afastar a mediação do médico, na medida em que se dispõe no seu Artigo 7º que a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar. O nº3 do Artigo 2º deste Decreto-lei determina que “*O acesso a documentos nominativos , nomeadamente quando incluam dados de saúde, efectuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei*”.

CARLA BARBOSA, “Aspectos jurídicos do acesso ao processo clínico”, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, Nº 13, Janeiro/Junho 2010, pp. 117-118, entende que da conjugação das normas dos Artigos 7º e 2º, nº3, resulta o carácter de especialidade em matéria de saúde do Artigo 7º e, deste modo, “fica legitimado o apelo ao princípio da derrogação da lei anteriores pela lei posterior, com

³² Solução também prevista no Artigo 11º, nº5, da Lei nº 67/98, de 26.10 (Lei de Protecção de Dados Pessoais), segundo o qual “o direito de acesso à informação relativa a dados de saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio de médico escolhido pelos titular dos dados”.

³³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.3.2008, *Abílio Costa*, Proc 0850591.

a consequência da prevalência do regime de acesso sem intermediação (por Vontade do interessado) trazido pela nova LADA.”

Contudo, como a LADA se aplica apenas ao acesso de documentos administrativos (cfr. Artigos 2º, nº1 e 3º, nº1, alínea a)), a derrogação do regime de intermediação implica a existência de um regime bicéfalo: no sector privado da saúde deve ser aplicado o regime do acesso indirecto (Artigo 3º, nº3 da Lei nº 12/2005, de 26.1) ; nas unidades de saúde abrangidas pelo âmbito subjectivo da LADA (grosso modo, o sector público da saúde) vigora um regime de acesso directo , por três formas (consulta, fotocópia e certidão – Artigo 11º).

Sendo o Tribunal a solicitar directamente o acesso à informação de saúde, caso haja oposição em facultar tal acesso, a questão dirime-se nos termos dos Artigos 519º, nº4, 519º-A do Código de Processo Civil e 135º do Código de Processo Penal, sendo o critério decisório o da prevalência do interesse preponderante que pode conduzir à conclusão que o acesso é imprescindível para a descoberta da verdade ou que é necessário para proteger bens jurídicos atendíveis.

4.2. Prova pericial

No âmbito da actividade instrutória de processos emergentes de responsabilidade civil médica, assume acrescida relevância a produção da prova pericial. A prova da responsabilidade médica precisa de conhecimentos técnicos que poderão ser proporcionados, preferencialmente, pela prova pericial. Refere-se a este propósito que o desempenho do médico perito corresponde aos “óculos do juiz”³⁴.

Ao perito incumbe a tarefa de informar o mais completamente sobre os factos, de explicar bem a patologia implicada e a estratégia médica normalmente aplicada nesses casos, bem como de pôr em evidência os pontos que permaneçam obscuros ou que são objecto de controvérsia científica. O papel do perito não é o de tomar partido mas o de esclarecer com toda a imparcialidade. O perito não é conselheiro do juiz. De alguma forma , ele actua como tradutor, respeitando a obra e espírito do autor, dando ao texto do relatório uma forma facilmente acessível ao leitor.

³⁴ DIAS, João Álvaro, “Breves considerações em torno da responsabilidade civil médica”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Novembro 1993, Ano II, Nº3, p. 54.

Atento o circunstancialismo que normalmente rodeia estes processos, estando em causa a valoração da actuação profissional de colegas de profissão (a “*conspiração do silêncio*” dos profissionais médicos) , a realização deste tipo de laudo pericial constitui um dos actos mais exigentes a praticar pelo perito, onde terão de ressaltar as suas qualidades pessoais e profissionais. Espera-se do laudo objectividade e profundidade técnica, tanto mais que o mesmo será dissecado pelas partes e Tribunal, sabido que é que os casos de responsabilidade médica são, em geral, resolvidos com base em prova pericial.

A força probatória emanada do laudo pericial reside:

- no fundamento científico das suas asserções;
- na consistência do juízo técnico emitido;
- na maior ou menor fundamentação e razão de ciência reveladas, devendo em princípio prevalecer as conclusões periciais que se mostrem dotadas de uma superior explicação racional.

Estes critérios sobrelevam face a outros estribados no número de laudos confluentes e na proveniência subjectiva do laudo, sendo certo que constitui jurisprudência reiterada que o perito do tribunal , não estando comprometido com os interesses das partes, assumirá maior objectividade no seu desempenho.

A argumentação do médico especialista, dotado que está de conhecimentos mais específicos assentes na sua experiência, será – em princípio – mais fiável do que a versão do perito médico forense geral. Na verdade, a experiência clínica e o contacto diário com o exercício de uma especialidade munem o especialista de um arsenal de conhecimentos que não estará ao dispor do médico forense geral. A actividade de ambos deverá ser articulada de forma complementar: assim, o especialista será mais idóneo para informar tecnicamente sobre a patologia ; o médico forense , tendo uma visão de conjunto, poderá valorar o grau de diligência que presidiu à actuação do médico em causa.

Em geral, os peritos deverão realizar as seguintes funções:

- a) valoração do erro médico, segundo o critério rector da actuação médica decorrente da *lex artis ad hoc*, correspondendo esta a um conjunto de regras de conduta técnica e científica que um médico competente e

prudente tem de conhecer e usar correctamente, tendo em conta o estado actual da ciência e a situação específica do doente ³⁵;

- b) valoração do dano causado;
- c) valoração do nexo de causalidade.

Em sede de valoração do dever objectivo de cuidado , o laudo pericial terá que atentar em todas as fases da actividade médica: anamnese; exame do paciente; diagnóstico; tratamento ou terapia; execução/cirurgia; pós-operatório ou vigilância posterior do paciente.

A elaboração do diagnóstico será , provavelmente, uma das fases que suscita maiores dificuldades de apreciação.

Nesta matéria, deve entender-se que a responsabilidade médica termina onde começam as discussões científicas. Por outras palavras, sempre que determinados problemas da medicina suscitem discussão científica com existência de opiniões médicas díspares na comunidade científica, não cabe ao juiz tomar partido por uma delas, caindo no ridículo de mediar entre Hipócrates e Galeno ³⁶. O médico não responderá pelo facto de ter seguido uma das orientações em conflito, atendíveis na comunidade científica, desde que formule o diagnóstico de acordo com as *legis artis*.

Há que reconhecer a dificuldade ínsita à realização de qualquer diagnóstico face à variedade infinita de processos patológicos, à equivocidade e semelhança dos sintomas ³⁷. O médico move-se aqui numa área de múltiplas hipóteses, em cujo terreno o juízo intuitivo (“*olho clínico*”) pode ser mais útil que os conhecimentos científicos mais profundos.

³⁵ Segundo NUNES, Manuel Rosário, *Da responsabilidade civil por actos médicos – Alguns Aspectos*, Universidade Lusíada, 2001, pp. 27-28, “(...) a actuação do médico rege-se pelas *lex artis ad hoc*, o que significa que é em relação ao preciso caso concreto situado temporalmente que a actuação e intervenção médicas se aferem de, acordo com as circunstâncias do caso em que aquelas se desenrolam, assim como tendo em conta as incidências inseparáveis do normal actuar profissional, de acordo com as características inerentes ao próprio autor do acto médico, da profissão, complexidade e transcendência vital do paciente e a influência de outros factores endógenos como o estado do enfermo ou o próprio estado da organização sanitária”

³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel , *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007, p. 106.

³⁷ GUY NICOLAS, *A responsabilidade médica*, Instituto Piaget, 1999, p. 29, afirma que: “Todo o médico cometeu erros de diagnóstico, enganado por vezes por sintomas atípicos ou falsamente tranquilizantes, desconcertado por uma evolução imprevisível, surpreendido por uma reacção desusada, ou ainda enganado pelo resultado erróneo de um exame complementar. Quando se examina o dossier a posteriori, o erro parece muitas vezes evidente, mas é compreensível e, sobretudo, reconhece-se uma lógica total na diligência seguida pelo médico. Nada lhe podemos censurar , a não ser um erro de apreciação ou de interpretação. Neste tipo de situação, não existe erro, os cuidados permaneceram vigilantes, atentos, conscienciosos.”

Constituirão situações violadoras das *legis artis* em sede de realização de diagnóstico:

- a) o estabelecimento de diagnóstico sem se ter visto e examinado o paciente;
- b) se para a emissão do diagnóstico, o médico não se socorreu de todos os instrumentos e aparatos que podem ser utilizados na sua actividade;
- c) o desdém por um sintoma evidente;
- d) a não realização de todos os exames e comprovações (disponíveis na altura dos factos face à evolução da ciência) que o estado clínico impõe para emitir o diagnóstico ³⁸ (ligeireza na elaboração do diagnóstico);
- e) a não consideração dos resultados de tais exames ou a sua insuficiente valoração no momento da emissão do diagnóstico.

Não sendo a emissão do diagnóstico uma operação de índole matemática, intervindo na formulação do mesmo um factor aleatório inexpugnável, dependendo o mesmo de uma maior ou menor perspicácia humana (“olho clínico”), com ressalva do que ficou dito *supra*, deverá entender-se que a responsabilidade médica por erro de diagnóstico só ocorrerá quando o erro contenha uma notória gravidade ou umas conclusões absolutamente erradas, tomando como paradigma as que teriam sido alcançadas no mesmo contexto por um médico normal ³⁹.

No que tange à valoração do nexos de causalidade, o Artigo 563º do Código Civil consagrou a teoria do nexos de causalidade na sua formulação negativa. Para que um facto seja causa de um dano é necessário, antes de mais, no plano naturalístico, que ele seja condição sem a qual o dano não se teria verificado e, depois, que em abstracto ou em geral, seja causa adequada do dano.

A teoria da causalidade adequada impõe, num primeiro momento, a existência de um facto naturalístico concreto, condicionante de um dano sofrido, para

³⁸ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 274, 282. O Supremo Tribunal em Espanha tem assinalado reiteradamente que “en la actuación médica no cabe regateo de medios ni de esfuerzos, generando responsabilidad tanto contractual como extracontractual dicha omisión” – MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia Médica y Responsabilidad Civil”, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>.

Quanto à necessidade de realização de exames, LESSEPS DOS REYS, “A responsabilidade civil dos médicos”, *in* RFML, Série III, Vol. 5, Nº5, p. 309, afirma: “É conhecido, por exemplo, que as radiografias de crânio ou os electrocardiogramas colhidos em face precoce do desenvolvimento de um hematoma subdural ou dum enfarte de miocárdio, respectivamente, dão resultados negativos ou duvidosos quando efectuados precocemente, pelo que não devem dispensar um período de observação mais prolongado.”

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, p. 275.

que este seja reparado. Depois, ultrapassado aquele primeiro momento, pela positiva, a teoria da causalidade adequada impõe, num segundo momento, que o facto concreto apurado seja, em geral e em abstracto, adequado e apropriado para provocar o dano. Daqui resulta, como se observa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.1.2002, *Silva Paixão*, CJ 2002 – I, p. 38, que “ de acordo com a teoria da adequação, só deve ser tida em conta como causa de um dano aquela circunstância que, dadas as regras da experiência e o circunstancialismo concreto em que se encontrava inserido o agente (tendo em atenção as circunstâncias por ele conhecidas ou cognoscíveis) se mostrava como apta, idónea ou adequada a produzir esse dano. Mas para que um facto deva considerar-se causa adequada daqueles danos sofridos por outrem, é preciso que tais danos constituam uma consequência normal, típica, provável dele, exigindo-se assim que o julgador se coloque na situação concreta do agente para emissão da sua decisão, levando em conta as circunstâncias que o agente conhecia e aquelas circunstâncias que uma pessoa normal, colocada nessa situação, conheceria “.

A teoria da causalidade adequada apresenta duas variantes: uma formulação positiva e uma formulação negativa. Segundo a **formulação positiva** (mais restrita), o facto só será causa do dano, sempre que verificado o facto, se possa prever o dano como consequência *natural* ou como efeito *provável* dessa verificação. Na **formulação negativa** (mais ampla), o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído, decisivamente, *circunstâncias anormais, extraordinárias* ou *anómalas*, que intercederam no caso concreto. Por mais criteriosa, deve reputar-se adoptada pela nossa lei a formulação negativa da teoria da causalidade adequada ⁴⁰.

⁴⁰ Neste sentido, cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I Vol., 9ª Ed., pp. 921, 922 e 930 ; PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, p. 61, ; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5.2.98, *Miranda Gusmão*, de 7.5.98, *Peixe Pelica*, de 17.4.2007, *Azevedo Ramos*, Proc 07A701, de 31.3.2009, *Serra Baptista*, Proc 08B2421, de 20.1.2010, *Álvaro Rodrigues*, Proc 670/04 ; Acórdão da Relação de Lisboa de 26.9.96, *Silva Pereira*, CJ 1996 - IV, p. 100.; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23.6.2009, *Freitas Neto*, Proc 3483/03. Afirma JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, Quid Iuris, 2007, p. 81, que “(...) a conduta só não será causa do dano quando, tendo colocado uma condição para a sua produção, não tenha sido decisiva para o efeito, isto é, quando se trate, no fundo, de consequências imprevisíveis e/ou imponderáveis daquela conduta”.

Assim, como bem se assinala no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, *Ferreira de Almeida*, Proc 1364/05,

“(...)a inadequação de uma dada conduta para um determinado resultado deriva da sua *total indiferença* para a produção dele, tendo este ocorrido apenas por *circunstâncias excepcionais ou extraordinárias*. Se a lesão tiver provindo de um facto ilícito culposo (contratual ou extracontratual), deve, em ambos os domínios, entender-se que o facto que actuou como condição do dano só não deverá ser considerado causa adequada do mesmo se, *dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostrar (de todo) indiferente* para a verificação do dano. Assim, a responsabilidade por facto ilícito culposo não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha, só por si, determinado o resultado, pelo que *qualquer condição que interfira no processo sequencial (causal)* dos factos conducentes à lesão, e que não seja de todo em todo indiferente à produção do dano, segundo as regras normais da experiência comum, seja causa adequada do prejuízo verificado. “

Assim, a aferição da existência do nexo de causalidade passa pela formulação das seguintes questões ⁴¹(que , adaptadas ao circunstancialismo do caso , devem ser vertidas em quesitos para a realização do laudo pericial):

- 1 - A actuação do Réu (médico X), nos precisos termos em que se traduziu, em nada contribuiu para a produção do evento Y (dano)?
- 2 – O evento Y só se produziu por virtude de circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, de todo imprevistas e imprevisíveis?
- 3- Em caso afirmativo, quais?

Merecendo estas questões resposta positiva, conclui-se pela inexistência de nexo de causalidade.

- 4- A actuação do Réu (médico X), nos precisos termos em que se traduziu, foi desencadeadora da produção do evento Y?

Se esta questão obtiver resposta positiva, então temos por estabelecido o nexo de causalidade.

⁴¹ Note-se que para obter do perito respostas válidas (cientificamente) e relevantes para o caso, o juiz deve saber formular as perguntas adequadas.

E fará sentido perguntar em que grau ou percentagem é que a actuação em causa pode ter sido desencadeadora da produção do evento Y ⁴²?

A prova pericial tem fragilidades intrínsecas porquanto, no mundo da medicina, a incerteza é mais comum que os factos ou soluções absolutas. Assim, a correcção do diagnóstico é muitas vezes perturbada por condicionantes médicas ou físicas que se entrecruzam ou por sintomas que não são inequívocos.

Constitui mesmo objecto de discussão nos Estados Unidos o *grau razoável de certeza médica* exigível ao perito médico na elaboração do seu laudo, consubstanciado na fórmula "*reasonable medical probability*" ⁴³. Perante a dificuldade da definição do grau de convicção para a opinião de um perito, houve mesmo já quem se propusesse adoptar critérios de índole matemática sugerindo que uma convicção graduável em 75% será a medida mínima para que sejam admissíveis as opiniões dos peritos ⁴⁴.

Todavia, há que atentar que as frequências estatísticas permitem apenas estabelecer uma relação de causalidade geral ou de incremento de risco entre a ocorrência do evento X e o resultado Y, ou seja, demonstram que a produção de um evento de certo tipo faz mais provável a ocorrência da produção de o evento de outro tipo. Todavia, essa causalidade geral não demonstra a causalidade individual. A estatística serve para fazer previsões sobre a ocorrência de certo tipo de eventos mas não serve para determinar se um facto particular ocorreu ou não.

O nexos de causalidade ou existe ou inexistente em absoluto. O nexos de causalidade individual estabelece que uma situação de facto específica e concretizada foi causada por outro facto particular ⁴⁵.

O que fica dito não significa que, no âmbito da prova pericial, se exija um grau de convencimento que, na maioria das situações, nem assistirá ao juiz quando fixa a matéria de facto provada. Conforme refere MANUEL TOMÉ GOMES, "Um olhar sobre a

⁴² Conforme é propugnado no referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, Proc. 1364/05.

⁴³ Consoante explicitam NELSON ABBOTT e LANDON MAGNUSSON, "An enigmatic Degree of Medical Certainty", http://webster.utahbar.org/barjournal/2008/07/an_enigmatic_degree_of_medical.html, "Black's Law Dictionary defines "reasonable medical probability" as "a standard requiring a showing that the injury was more likely than not caused by a particular stimulus, based on the general consensus of recognized medical thought." Black's Law Dictionary 1273 (8th ed. 2004). Black's treats the term "reasonable medical certainty" as a synonym of "reasonable medical probability".

⁴⁴ Cfr. DIAS, João Alvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996, p. 337, Nota (213).

⁴⁵ cf.. MICHE TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, 2008, pp. 256-258, 266-267.

prova em demanda da verdade no Processo Civil”, in Revista do CEJ, 2º Semestre 2005, Nº 3, pp. 158-159, o convencimento do julgador deve fundar-se numa certeza relativa, histórico-empírica, dotada de um grau de probabilidade adequado às exigências práticas da vida.

No que tange à tramitação da prova pericial, deverá a mesma ser requisitada ao Conselho Médico-Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal nos termos das disposições conjugadas dos Artigos 568º, nº1 do Código de Processo Civil , 6º, nº2, alínea a), do Decreto-lei nº 131/2007, de 27.4, o qual designa um perito que realiza o laudo, depois submetido a aprovação do órgão colegial em causa.

A lei não admite revisão dos pareceres técnico-científicos emitidos pelo Conselho Médico-Legal – Artigo 6º, nº4 , do Decreto-lei nº 131/2007, de 27.4.

Todavia, nos termos gerais do Artigo 589º do Código de Processo Civil , podem as partes requerer a realização de segunda perícia, alegando fundamentadamente as razões da sua discordância relativamente ao relatório pericial.

Esta exigência de fundamentação tem por objectivo evitar segundas perícias dilatórias , porque o que a lei visa com a realização da segunda perícia é que sejam dissipadas quaisquer dúvidas sérias que tenham ficado a subsistir da primeira perícia sobre a percepção ou apreciação dos factos investigados, que possam ter relevância na decisão da causa. Não basta, pois, a parte requerer a realização de segunda perícia, sendo-lhe exigido que concretize os pontos que não encontra suficientemente esclarecidos na primeira, enunciando as razões por que entende que esse resultado deverá ser diferente ⁴⁶.

Poderá ainda o juiz designar técnico que o acompanhe durante a realização da audiência de julgamento e aí preste os esclarecimentos necessários, o que relevará sobretudo na interpretação de depoimentos testemunhais prestados por outros médicos – Artigo 649º, nº1 do Código de Processo Civil .

⁴⁶ Neste sentido, cfr. LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2001, II Vol., p. 521; Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 23.11.06, *Amaral Ferreira*, Proc. 0636189, de 7.10.08, *Pinto dos Santos*, Proc. 0821979, de 20.4.09, *Guerra Banha*, Proc. 2665/05.8TBOAZ, do Tribunal da Relação de Évora de 13.9.07, *Mário Serrano*, Proc. 1861/07/2, do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.9.06, *Olindo Geraldês*, Proc.6592/2006-6..

Em caso de ocorrência de **laudos perícias contraditórios**, os factores que deverão ser tidos em conta para apreciar a força de convicção dos laudos e a escolha por um em detrimento de outros serão nomeadamente os seguintes:

- A qualificação do perito e a maior especialização e prática na matéria objecto da perícia;
- O método de proceder utilizado mediante a descrição das operações levadas a cabo pelo perito pois na perícia tão importante como a conclusão é o que caminho que se seguiu para chegar a esta;
- O contacto directo e a imediação temporal no exame que constitui a fonte de prova;
- A disponibilidade de meios técnicos e equipamentos de análise, assim como o procedimento utilizado pelo perito; ou a justificação de o perito ter optado por um dos procedimentos possíveis em detrimento de outros;
- A coerência, motivação e racionalidade das conclusões. A prova pericial mais apropriada é aquela que se apresenta melhor fundamentada e veicula maiores razões de ciência e objectividade⁴⁷.

Neste circunspecto, poderão ser determinantes os esclarecimentos verbais prestados pelos peritos no decurso da audiência, valorados com os factores que a imediação põe em destaque, tais como: a segurança do perito ao revelar os seus resultados; as suas dúvidas, assumidas ou implícitas; a sua expressão, tom de voz, etc.⁴⁸.

O juiz não é um receptor passivo da opinião do perito, assistindo-lhe o poder/dever de valorar autonomamente tal prova. Neste âmbito, é conhecido o brocardo ***iudex peritus peritorum*** cujo sentido específico merece densificação.

A análise crítica que o juiz faz do laudo servirá para adquirir um convencimento sobre o seu resultado, assumindo ou não as conclusões do laudo, das quais extrairá as máximas da experiência necessárias para a apreciação dos factos relevantes. O juiz valora as máximas de experiência especializadas trazidas pelo perito aplicando

⁴⁷ MARTÍNEZ URREA, Maria Ángeles, “La valoración de dictámenes periciales contraditórios”, in *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2008, p. 109.

⁴⁸ cf.. HERRERA ABIÁN, Rosário, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, 2006, p. 56.

máximas de experiência comuns para o que não são necessários conhecimentos especializados mas apenas capacidade crítica de entendimento e apreciação.

O juiz aprecia o rigor do método, a veracidade das suas premissas e a consistência das suas conclusões. O que se exige é que o juiz seja capaz de valorar se está perante uma forma de conhecimento dotada de dignidade e validade científica, e se os métodos de investigação e controlo típicos dessa ciência foram correctamente aplicados no caso concreto. Em suma, trata-se de confirmar se existem condições de cientificidade da prova ⁴⁹.

5. O ónus da prova na responsabilidade civil médica

5.1. Situações que merecem tratamento específico

5.1.1 Casos de inversão do ónus da prova

Nos termos do Artigo 344º, nº2 do Código Civil, ocorre inversão do ónus da prova nos casos em que a parte contrária tiver culposamente (com dolo ou negligência) tornado impossível a prova ao onerado.

Assim, se o médico extraviar ou destruir a ficha clínica do doente poderá inviabilizar a actividade processual do doente, o que determinará a inversão do ónus da prova cabendo ao médico provar que agiu adequadamente ⁵⁰. Do mesmo modo, caso o médico inutilize compressa que não havia sido inicialmente removida de ferida causada por uma operação, inviabilizando a prova que cabia ao doente, também ocorrerá a inversão do ónus da prova.

No caso de o autor requerer a notificação do Réu para juntar documentação clínica (Artigos 528º do Código de Processo Civil), em caso de incumprimento não justificado desse dever de cooperação para descoberta da verdade, tal omissão será livremente apreciada pelo tribunal, podendo levar mesmo à inversão do ónus da prova (Artigos 529º e 519º, nº2 do Código de Processo Civil).Tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjectivo – receia o resultado daquela diligência probatória.

⁴⁹ cf.. MICHELE TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, 2008, pp. 293-295.

⁵⁰ cf.. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 367.

O mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o Réu/médico se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico.

5.1.2. Casos de presunção de culpa

Nos termos do Artigo 493º, nº2 do Código Civil, quem causar danos a outrem no exercício de 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. Esta norma representa uma responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada de modo que o lesante só fica exonerado quando tenha adoptado todos os procedimentos idóneos, segundo o estado da ciência e da técnica ao tempo que actua, para evitar a eclosão dos danos.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.3.2007, *Nuno Cameira*, CJ 2007 – I, pp. 122-124, entendeu-se que uma transfusão de sangue é uma actividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados. Argumentou o Tribunal que a inversão do ónus da prova determinada pelo Artigo 493º, nº2 do CC tem como consequência que tanto se presume a culpa como a ilicitude porquanto a imputação da violação das *legis artis* a que a transfusão de sangue efectuada devia obediência converte essa falta em elemento da ilicitude: ao presumir-se a culpa está a presumir-se de igual modo a ilicitude, o incumprimento dos deveres. Todavia, o Tribunal acabou por absolver os Réus por, à data dos factos, a ciência médica não permitir a despistagem do vírus da hepatite C.

O STA no seu Acórdão de 1.3.2005, *Alberto Oliveira*, Proc 01610/03, considerou como actividade excepcionalmente perigosa ⁵¹ a transfusão de sangue que veio a causar a infecção com vírus da sida ao doente, condenando o hospital em causa.

As operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen poderão enquadrar-se nas actividades perigosas a que se reporta o Artigo 493º, nº2 do CC. Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.12.2008, *Mário Cruz*, Proc

⁵¹ Para efeitos do Artigo 8º do Decreto-lei nº 48.051, de 21.11.1967, segundo o qual :” *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*”.

08A3323, esta actividade médico-cirúrgica – atenta a natureza de actividade perigosa quer pelos objectivo prosseguido quer pelos meios utilizados – constitui uma das situações subsumíveis à presunção do Artigo 493º, nº2 do CC.

Também TEIXEIRA DE SOUSA, “O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *in* *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 138, subsume a este regime os casos em que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, exemplificando com um aparelho de anestesia, logo ressalvando que o médico não pode assumir a garantia do funcionamento sem falhas dos aparelhos utilizados mas tem o ónus de prova que os danos por eles causados não resultaram de negligência própria.

Serão igualmente subsumíveis à previsão do artigo 493º, nº2 do CC: a realização de tratamentos médicos com raios X e ondas curtas ; a realização de operações ousadas, v.g. operações de enxerto e de transplantação de órgãos ⁵² ; a utilização de aparelhos de ressonância magnética , de hemodiálise, de incubadoras ⁵³.

5.1.3. A cirurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica

Constitui afirmação recorrente que, nos actos médicos que visam, não a cura do doente, mas a melhoria do seu aspecto físico ou estético ou a transformar uma actividade biológica como é a sexual, a obrigação do medico é de resultado e, por isso, se o resultado succumbir, caberá ao médico provar que tal desconformidade não lhe é imputável a título de negligência ⁵⁴. Sustenta-se que, nestes casos, o labor médico visa a obtenção de um resultado específico, qual seja, a melhoria do aspecto físico ou estético ⁵⁵.

Abrangem-se na categoria dos actos médicos com assunção de obrigação de resultado os casos de cirurgia estética propriamente dita, bem como os casos de:

⁵² Neste sentido, ROSÁRIO NUNES, Manuel, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Almedina, 2005, p. 56, Nota (92).

Conforme refere MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “Responsabilidade civil do médico”, *in* *Tribuna da Justiça*, Abril-Maio 1990, p. 48, “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 perito para terceiros e não sendo por ISO, bastantes, os deveres da diligência normal: **onde a periculosidade está ínsita na acção, há o dever de agir tendo em conta o perigo.**”

⁵³ cf.. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2007, *Rui Vouga*, CJ 2007 – I, pp. 105-113.

⁵⁴ cf., entre outros, PAZOS MÉNDEZ, Susana, “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, *in* *Objecto e Carga de la Prueba Civil*, Bosch Procesal, 2007, p. 92; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, 2006, p. 154.

⁵⁵ MONTERROSO CASADO, Esther, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, pp. 3-4, acessível em

vasectomia; de laqueação das trompas ⁵⁶ ; intervenções relativamente simples (v.g. remoção de um quisto sebáceo, apendicite), colocação de um aparelho de prótese dentária; análises sanguíneas para determinação do factor rhésus, de ureia, colesterol, glicémia e outros; exames pelo médico anátomo-patologista .

Neste tipo de intervenções, o consentimento informado do paciente adquire uma especial importância, cabendo ao médico informar o paciente de todos os riscos possíveis advenientes da intervenção.

Não deverá confundir-se aquilo que, nas relações sociais, é entendido como uma manifestação perfeitamente admissível de confiança no êxito no tratamento (uma genérica certeza de que *tudo correrá pelo melhor*) com uma assunção de garantia do resultado, sob pena de violação da boa fé ⁵⁷ .

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2009, *Pires da Rosa*, Proc 544/09, considerou-se que, em cirurgia estética,

“ Se esta pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se *em absoluto* com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de **quase resultado** porque é obrigação em que só o resultado *vale a pena*. Só o resultado *vale a pena*, quer para a autora quer para o réu. Noutro tipo de intervenções a alternativa será, para o paciente, entre o risco assumido de uma intervenção eventualmente não conseguida, e/ou a degradação de um estado de doença a que se pretende pôr termo ou atenuar, e em relação ao qual a inércia parece ser o pior dos males; aqui não há dois pólos de uma mesma alternativa, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde.

Portanto aqui, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor.”

O Tribunal justificou a nomenclatura adoptada de *quase resultado* argumentando que há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir

⁵⁶ cf.. ORMAZABAL Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 78.

⁵⁷ DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996 p. 254.

sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja.

Ora, a imprevisibilidade das reacções do organismo humano constitui, precisamente, um dos argumentos dos que criticam a configuração destas obrigações como de resultado. Na verdade, ainda que o cirurgião tenha empregue toda a técnica, recursos disponíveis e perícia no caso concreto, podem advir consequências indesejadas. Cada corpo humano, na sua individualidade, pode apresentar hipersensibilidades, reacções diversas imprevisíveis, não sendo a evolução dos quadros clínicos sempre igual ⁵⁸. A boa cicatrização, por exemplo, é sempre um fenómeno aleatório. Não há cirurgia sem riscos ⁵⁹. Acresce que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que escapa – em grande parte – ao controlo do médico.

O paciente que se presta a este tipo de intervenções tem uma consciência (*a priori* genérica e, após cumprimento do dever de informação pelo médico, mais concretizada) dos riscos envolvidos no procedimento. Eximi-lo deste risco, assumido voluntariamente, em favor de uma responsabilidade “*objectiva*” do médico será contraproducente. No limite, poder-se-á questionar se o consentimento, a conduta e o comportamento do paciente poderão ser, mais do que atenuantes, excludentes da responsabilidade do médico ⁶⁰.

5.2. Na actividade médica em geral

5.2.1. A presunção de culpa do devedor (Artigo 799º, nº1 do CC).

O problema da repartição do ónus da prova da culpa em processo de responsabilidade, segundo a teoria clássica, apoia-se na regra da culpa presumida na

⁵⁸ cf.. DANTAS, Eduardo, “A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio”, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, Nº 7, 2007, p. 77; MANUEL CORNET, *Responsabilidad civil del cirujano plástico*, acessível em <http://acader.unc.edu.ar>.

⁵⁹ Nas elucidativas palavras do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.10.1998, *Bettencourt de Faria*, CJ 1998-IV, pp. 130-131, “A medicina não é uma ciência exacta, a reacção de um organismo vivo não é totalmente previsível. O médico pode não obter o resultado pretendido. Isso não é censurável, se actuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica. Não estamos perante um erro, uma vez que este pressupõe uma indevida configuração da realidade e, em Biologia, no estado actual dos conhecimentos, não há uma Realidade, há realidades. Em medicina, quando se foi cuidadoso não existem erros, mas resultados inesperados”.

⁶⁰ cf.. DANTAS, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 76.

responsabilidade contratual e na regra da culpa provada na responsabilidade extracontratual.

É, assim, que nos termos do Artigo 799º, nº1 do CC, incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, o que implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se o credor de efectuar a prova correspondente (Artigo 351º, nº1 do CC).

Como explicitam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, II Vol., 3ª Ed., p. 55, “Só o devedor está, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efectuar a prestação a que estava vinculado”.

Em oposição à teoria clássica, inovou René Demogue, segundo o qual a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza: umas vezes, o devedor promete determinado resultado; outras, promete adoptar certas medidas que, geralmente, são de molde a trazer um resultado. Nas obrigações de resultado, se a prestação prometida não foi lograda, o devedor presumir-se-á em culpa, cabendo-lhe demonstrar que não procedeu com culpa, provando o caso fortuito ou de força maior. Diversamente, nas obrigações de meios, competirá ao credor provar a culpa do devedor, ou seja, que este não empregou a diligência, a prudência e a perícia exigidas pela obrigação assumida ⁶¹. Naquelas, o conteúdo da obrigação é determinado e o resultado não é aleatório, ou é-o em menor grau. Nestas, o conteúdo da obrigação será indeterminado, sendo a prestação individualizada pelo próprio devedor norteando-se pelo fim da actividade que lhe é exigida, sendo o resultado aleatório ⁶².

Pese embora a sua aparente impressividade, a construção de Demogue padece de vícios que lhe tolhem a eficácia. Na verdade, Demogue entende que a classificação bipartida se aplica tanto no campo contratual como no extracontratual uma vez que o delito supõe a violação de uma obrigação pré-existente tal como o ilícito contratual. Todavia, a responsabilidade extracontratual tem na sua base a violação de direitos

⁶¹ Cfr. RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, 2010, p.99.

⁶² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Direito das Obrigações*, I Vol., Almedina, 2005, p. 146.

absolutos que pressupõem a obrigação negativa universal, a qual não é uma obrigação em sentido técnico porque dirigida a todos os sujeitos ⁶³.

Tendo em consideração a situação de incerteza sobre a etiologia de muitas doenças e sobre os métodos de as curar, a actividade do médico está dirigida e norteadada pela cura do doente, sem que se possa erigir a cura como objecto do contrato (a cura como determinado resultado material específico) uma vez que esta não depende, necessária e exclusivamente, da actuação do médico, estando dependente de factores endógenos e exógenos. Daí que se conclua, comumente, que a obrigação do médico é uma *obrigação de meios*, incumbindo-lhe desenvolver uma actividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idóneos a conseguir a cura ⁶⁴. Ou seja, o médico está obrigado a adoptar um comportamento idóneo a desencadear um processo de mutação (ou de conservação) cujo êxito depende, entre outros, de factores endógenos e exógenos que não são totalmente dependentes da sua esfera do vínculo.

Apesar da aparente simplicidade deste raciocínio, há que questionar o conceito de resultado no âmbito do contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o doente e o médico. Assim, se por resultado da actuação do médico se entenderem os próprios meios empregues, as tarefas executadas, sempre no intuito de alcançar certo efeito final, tais meios e tarefas constituem *a se* um resultado da actuação (material e intelectual) desenvolvida pelo médico ⁶⁵. O resultado do trabalho intelectual e material do médico é o próprio tratamento e não a cura. Daí que se conclua que a definição da fronteira entre a obrigação de meios e de resultado não é estanque, tudo dependendo do centro de gravidade da questão, isto é, do próprio conceito de resultado no contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o médico e o doente ⁶⁶.

Por nós, temos como mais correcta a abordagem de FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*,

⁶³ Para maiores desenvolvimentos, cfr. RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Op. Cit.*, pp. 101-103.

⁶⁴ Conforme assinala DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996, pp. 251-252, “Se é certo que o diagnóstico é, em grande medida, um percurso lógico e cientificamente fundamentado não é menos verdade que tem uma parte de empirismo, construído à custa de tentativas e hesitações sucessivas que, no mínimo, põem conduzir a uma certa álea e, em casos limite, a situações de irredutível impasse. A terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância.”

⁶⁵ Cfr. GASPAR, Henriques, “A responsabilidade civil do médico,” in CJ 1978, p. 343.

⁶⁶ RODRIGUES, Álvaro, *Op. Cit.*, p. 183.

AAFDL, 1996, pp. 110-112, segundo o qual a qualificação da obrigação dos médicos com de meios não parece necessária nem satisfatória no direito português porquanto:

- tal distinção está marcada pela origem francesa, tendo servido para resolver a contradição literal entre os Artigos 1137º e 1147º do Code Civil sobre o ónus da prova da culpa na responsabilidade civil contratual, não se colocando tal questão no direito português;
- é difícil conciliar a qualificação de obrigação de meios com a qualificação do contrato em que se insere de prestação de serviços que visa proporcionar “certo resultado” (Artigo 1154º do CC);
- é pacífico que, na generalidade dos contratos, a prestação principal do médico destina-se a “tratar” e não a “curar”, soçobrando sentido à manutenção e insistência na ideia da obrigação de meios para explicar que a obrigação do médico se dirige a tratar e não a curar;
- o conceito de obrigação de meios poderá gerar, afinal, uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída.

Assim, a obrigação tipificadora dos contratos de prestação de serviço médico é a obrigação de tratamento, sendo a obrigação inicial que o médico assume genérica, indeterminada e imprecisa. Tal obrigação de determina-se apenas pelo alvo ou objectivo a atingir (o tratamento e não a cura). A determinação da prestação é confiada a uma das partes (Artigo 400º, nº1 do CC). O médico responde pelos actos médicos, na medida em que os seleccionou e na medida em que, como resultado dessa selecção, passam a assumir a natureza de actos devidos.

Assim, o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de **particularização sucessiva da prestação característica** ⁶⁷, respondendo o médico pela escolha das prestações concretas que faz, as quais deve executar de acordo com as *legis artis ad hoc*.

Mesmo acolhendo - como vem insistindo a jurisprudência - a bipartição das obrigações entre as de meios e as de resultado (no seu sentido mais corrente), certo é que nas obrigações de meios o devedor (médico) está em melhores condições para provar que não actuou culposamente do que o credor (paciente) para provar o contrário. Nesta medida, deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o

⁶⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Op. Cit.*, p. 109.

devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova⁶⁸.

Conforme refere ÁLVARO GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *in* Revista Direito e Justiça, 2000, XIV, p. 209

“O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.

Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.

Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.”

Por sua vez, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, pp. 425-426, sustenta que a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. O ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente (Artigo 799º, nº1 do CC).

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2002, *Afonso de Melo*, Proc 02A4057, enfatizou-se que não se vê qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no Artigo 799º, nº1, o que se reputou de equitativo porquanto a facilidade da prova está do lado do médico.

Esta linha jurisprudencial foi reiterada em diversos arestos⁶⁹ invocando-se, no essencial, que não se justifica afastar a regra do Artigo 799º, nº1 face:

⁶⁸ RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Op. Cit.*, p. 103.

- à especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento ;
- ao desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico e o doente;
- à particular dificuldade da tutela dos interesses do doente, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados , enquanto parte contratual mais fraca.

Caberá ao autor alegar e provar a desconformidade objectiva entre os actos praticados/omitidos e as *legis artis* (o incumprimento ou cumprimento defeituoso), bem como o nexos de causalidade entre tais actos e o dano. O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é a desconformidade da concreta actuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura ⁷⁰.

No que tange à definição do conteúdo material das *legis artis*, realce-se o contributo da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (vigente em Portugal desde 1.12.2001 ⁷¹) que veio dispor no seu Artigo 4º que “*Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto*”. Daqui decorre o reforço do valor jurídico dos “Protocolos”, “Guidelines” e das “Reuniões de consenso”, os quais consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem directamente para a definição das *regras de conduta* a que se deverá subordinar a sua actividade. Deste modo, tais documentos colhem uma aplicação indirecta. A respectiva violação faz presumir uma violação das *legis artis* ⁷².

Feita a prova da violação das *legis artis*, opera a presunção de culpa.

⁶⁹ Acórdãos do STJ de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, Proc 03P912, no Acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, *Gonçalo Silvano*, Proc 0633598, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007, *Rosa Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81 (diagnóstico errado em análise por médico anátomo-patologista), no Acórdão da Relação de Évora de 15.12.2009, *Jaime Pestana*, CJ 2009- V, pp. 234-236, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9.3.2010, *Rosário Morgado*, acessível em www.colectaneadejurisprudencia.pt .

⁷⁰ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.9.2007, *Alves Velho*, CJ 2007 – III, pp.54-57.

⁷¹ Acessível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>.

⁷² PEREIRA, André Gonçalves Dias , “ Responsabilidade civil dos médicos : danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 59.

A culpa ⁷³ deve ser entendida não só como deficiência da vontade , como falta de cuidado, de zelo , de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também como deficiência da conduta, abrangendo-se aqui a falta de senso, de perícia, de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade). O critério do *bonus pater familias* no domínio médico reconduz-se ao médico normalmente, prudente, diligente, sagaz, cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física , intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe ⁷⁴.

Na área do exercício da medicina, o médico deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. O que pressupõe que o médico se mantém razoavelmente actualizado sobre a evolução dos conhecimentos médicos ⁷⁵. Ou seja, exige-se ao médico que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional da mesma especialidade, agindo em circunstâncias semelhantes. Desta forma e no âmbito da responsabilidade profissional, o critério do bom pai de família é substituído pelo ***critério do bom profissional da categoria e especialidade do devedor à data da prática do facto***.

Nessa medida, o médico não deverá ser responsabilizado por riscos atípicos nem tampouco quando na sua actuação optou por utilizar um dos procedimentos ou das técnicas validamente alternativas em termos científicos.

O nível de diligência exigível não será o mesmo para um especialista ou para um médico de clínica geral, para a realização de diagnóstico por um médico a exercer numa zona rural ou por um médico a exercer num hospital em que se disponha de meios e técnicas necessárias para emitir um diagnóstico mais preciso.

⁷³ Segundo NUNES, Manuel Rosário, *Da responsabilidade civil por actos médicos – Alguns Aspectos*, Universidade Lusíada, 2001, p. 35, “Autores como PLANIOL, DE MARTINI, CONVICINI, PENNEQU, GONZÁLEZ MORÁN ou ATAZ LÓPEZ confluem na definição da culpa médica como a infracção por parte do médico ou do cirurgião, de algum dever próprio da sua profissão e, mais concretamente, do dever de actuar com a diligência objectivamente exigida pela natureza do acto do médico que se executa, segundo as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar.”

⁷⁴ PEREIRA, André Gonçalves Dias , “ Responsabilidade civil dos médicos : danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 56.

⁷⁵ Segundo o Artigo 9º do actual Código Deontológico, “*O médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (leges artis)*”.

A operância da presunção de culpa impõe ao Réu – caso queira eximir-se da sua responsabilidade – que prove que a desconformidade (com os meios que deveriam ter sido utilizados) não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. Ou seja, cabe ao médico provar a conformidade entre a sua conduta efectivamente observada e a actuação que lhe era exigível.

Poderá também o médico provar que o dano se deve a caso fortuito ou de força maior, assentando o primeiro na ideia de imprevisibilidade (podendo prevenir-se o dano se tivesse sido previsto) e o segundo na ideia de inevitabilidade (acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências) ⁷⁶.

Atentas as complicações que podem produzir-se no corpo humano, a possibilidade de ocorrência de situações reconduzíveis a caso fortuito é maior em medicina do que em outras actividades humanas. Em Espanha, o Supremo Tribunal já decidiu , por exemplo, que o risco de complicações urinárias causadas por uma ligadura no uréter eram previsíveis e evitáveis, segundo os conhecimentos comuns de urologia ⁷⁷.

Contudo, não constitui causa de exculpação a demonstração singela de que, na sequência de um determinado tipo de cirurgia, ocorre uma franja de casos (por ex., 5%) em que se produzem determinadas sequelas no paciente (percentagem racional de risco típico). A estatística em causa nada esclarece sobre a proporção que, dentro dessa percentagem de risco, deve ser imputável a uma deficiente aplicação da técnica cirúrgica ⁷⁸. Caberá sempre apurar a causa efectiva de tais sequelas.

5.2.2. Inaplicabilidade da presunção de culpa do médico

A tese que pugna pela presunção da culpa do médico é criticada por TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p. 132, invocando que “(...) a oneração do médico com a prova do cumprimento dos deveres médicos significa realmente que se presume que, no caso concreto em apreciação no tribunal, esses deveres não foram observados, o que, atendendo especialmente ao carácter aleatório dos resultados do acto médico,

⁷⁶ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5ª Ed., 1991, p. 914.

⁷⁷ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 154-155.

⁷⁸ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 158-159.

constitui um agravação desnecessária da posição do médico perante o doente, pois que qualquer dano ou lesão seria imputável, em princípio, a uma actuação negligente do médico e só deixaria de assim suceder quando o médico provasse o cumprimento dos seus deveres. “ Para este autor, a presunção da culpa do devedor não se justifica na área da responsabilidade médica. Na área da responsabilidade profissional, a existência de uma relação contratual entre o doente e o médico não acrescenta qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional”. E prossegue:” Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual” – *Op. Cit.*, p. 137.

Sustenta-se, assim, que é ao paciente/autor que incumbe o ónus da prova da culpa do médico – Artigo 487º, nº1 do CC.

A idêntica ilação chegam diversos arestos, argumentando-se que, sendo a obrigação do médico de meios e não de resultado, o ónus da prova da culpa recai sobre o lesado, tal como na responsabilidade extracontratual. A solução inversa (presunção da culpa do médico) faz recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecerem a produção de certo resultado (a cura), o que redundaria – na prática – numa quase impossibilidade na medida em que o médico teria de provar uma afirmação negativa indefinida ⁷⁹.

A falta de preparação técnica do autor sobre quem recai o ónus da prova e/ou a especial dificuldade dessa prova para o mesmo não constituem fundamento suficiente para inverter o ónus da prova (Artigo 344º, nº2 do CC, salvo se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte, consoante já vimos).

Essas dificuldades deverão ser ponderadas através da apreciação da prova produzida pelo paciente, sendo possível “(...) compensar – se assim se pode dizer – o formalismo da repartição do ónus da prova imposta pelo art. 342º do CC através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, pois que, como se estabelece

⁷⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4.4.1995, *Francisco Lourenço*, CJ 1995- II, pp. 31-35, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 6.3.2006, *Caimoto Jácome*, CJ 2006 – II, pp. 151-155, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2007, *Rui Vouga*, CJ 2007 – I, pp. 105-113, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.7.2001, *Ferreira de Almeida*, CJ 2001- II, pp. 166-170.

no Art. 655º, nº1 do Código de Processo Civil , a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte. Quer dizer, assiste ao tribunal a faculdade de considerar, na própria avaliação da prova, as naturais dificuldades da sua realização e de, nessas circunstâncias, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto. Convém acentuar, no entanto, que uma eventual diminuição no grau de exigência da prova produzida pelo paciente só é justificável na exacta medida em que tal seja necessário para criar uma situação de igualdade entre as partes na acção “ – TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p. 141.

O princípio da igualdade das partes está consagrado no Artigo 3-A do Código de Processo Civil, impondo ao Tribunal que assegure, durante todo o processo, um estatuto de igualdade substancial entre as partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de sanções processuais. Esta igualdade substancial impõe ao Tribunal o dever de corrigir factores de desigualdade nomeadamente através da função assistencial do juiz, assumindo o Tribunal um papel determinante na averiguação da matéria de facto, v.g. Artigos 535º, nº1, 612º, nº1, 614º, nº1, 645º, nº1 do Código de Processo Civil .

Neste contexto, têm vindo a ser desenvolvidos mecanismos simplificadores da actividade probatória que incumbe ao autor (critérios correctores da desigualdade processual entre o paciente e o médico) , permitindo que o juiz - com recurso a um raciocínio dedutivo - se convença da verificação de certos pressupostos fundadores da responsabilidade civil, designadamente da culpa e do nexo de causalidade.

Assim:

A - A PROVA PRIMA FACIE

Em primeiro lugar, avulta a prova de primeira aparência ou *prima facie*, a qual se baseia no decurso típico dos acontecimentos, assentando numa presunção judicial ou natural: é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido ⁸⁰. Ou seja, existe uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum ⁸¹ ou regras técnicas,

⁸⁰ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, 1995, p. 212.

⁸¹ Segundo a definição de STEIN, as máximas da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral , desligados dos factos concretos que se julgam no processo , procedentes da experiência, embora independentes dos casos particulares de cuja observação se deduziram e que, acima destes casos,

entre um facto e a sua causa. Parte-se de um resultado verificado e, de acordo com um ideia de verosimilhança , considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz ⁸².

Na explicitação de FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 2007, p. 125, “ Se entiende que en la medicina, aunque el resultado buscado y propuesto no pueda garantizarse de modo absoluto, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado”.

A prova *prima facie* actua, deste modo, ao nível da valoração livre da prova.

Por exemplo, se uma pessoa que foi radiografada apresenta uma queimadura de terceiro grau, presume-se *prima facie* que foi ministrada uma dose muito elevada de raio-X. Se uma pessoa contactar com outra portadora de doença contagiosa, v.g. escarlatina, tuberculose, e depois contrair tal doença, presume-se que esse contacto foi causal da doença.

Caberá ao médico provar que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre o dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento ⁸³. Ou seja, incumbe-lhe infirmar o juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente ⁸⁴.

B- A TEORIA RES IPSA LOQUITUR OU DO DANO DESPROPORCIONADO

Segundo esta teoria, quando os factos, atentas as circunstâncias em que se produziram, falam por si mesmos não é necessário que fale o homem. Presume-se a negligência médica quando, na sequência da prática de um acto médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se se entender que é o resultado de *mala praxis*. Presume-se a culpa do causador do dano quando este é um facto excepcional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu.

pretendem ter uma validade para outros casos novos – cfr. NUNES, Manuel Rosário, *Op. Cit.*, p. 34, Nota (53); RANGEL, Rui, *O ónus da prova no processo civil*, Almedina, 2000, pp. 237-238.

⁸² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.*, p. 343.

⁸³ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p. 143.

⁸⁴ Cfr. CALVÃO DA SILVA, João, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990, p. 388.

A aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações ⁸⁵.

Constituem exemplos desta situação as seguintes constelações fácticas:

- objectos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica;
- 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;
- queda de dentes pelo tubo digestivo;
- infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fracturas ⁸⁶;
- a ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;
- a ocorrência de uma infecção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;
- uma intoxicação alumínica em doente hemodializado .

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 ⁸⁷, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano. 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.

Parte da doutrina que pugna pela inaplicabilidade da presunção de culpa do médico defende, de *iure constituendo*, a inversão do ónus *probandi* a favor do paciente dadas as dificuldades da prova em sede de responsabilidade civil médica ⁸⁸. Na verdade, as dificuldades probatórias por parte do paciente são notórias:

- a) na generalidade dos casos , o paciente não tem forma de avaliar o proceder profissional do médico;

⁸⁵ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.*, p. 347.

⁸⁶ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.*, p. 347.

⁸⁷ Cfr. FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”, *in* *Objecto y carga de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2007, p.208.

⁸⁸ Cfr., por todos, NUNES, Manuel Rosário, *Op. Cit.*, pp. 61 e ss.

- b) ou simplesmente ignora em que é que se traduziu a actuação médica;
- c) o exercício da medicina está cada vez mais estreitamente ligado ao desenvolvimento tecnológico, desconhecendo-se normalmente como se desenvolvem os processos causais das aplicações científicas pelo que, perante a ocorrência de um dano, a vítima dificilmente disporá de meios materiais que provem a relação de causalidade;
- d) o paciente está inconsciente durante o decurso da intervenção cirúrgica e, no pior dos cenários, não sobrevive para contar o *iter* que presenciou aos sucessores, futuros autores em acção cível;
- e) a cada vez maior complexização da organização do trabalho em equipa por parte dos médicos e nos hospitais pode obstaculizar à identificação e determinação dos responsáveis.

Por nós, temos que esta ordem de razões só corrobora a pertinência e justificação da tese que propugna pela aplicação da presunção de culpa do devedor (Artigo 799º do CC). A aplicação desta presunção é idónea a efectivar o princípio da igualdade do tratamento das partes, assegurando uma igualdade na distribuição dos riscos sobre o êxito do processo.

A Proposta da Directiva Comunitária, apresentada pela Comissão em 9 de Novembro de 1990, respeitante à responsabilidade do prestador de serviços previa a inversão do ónus da prova da culpa do prestador de serviços, possuidor de conhecimentos técnicos específicos, a favor da vítima, desprovida desses conhecimentos. Mais aí se propunha que, na apreciação da culpa, seria necessário atender ao comportamento do prestador de serviços que pudesse garantir “ *em condições normais e razoavelmente previsíveis, a segurança que legitimamente se pode esperar.*”

Todavia, perante a reacção negativa do Comité Económico e Social e da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu, bem como das críticas procedentes dos vários meios profissionais da área dos serviços, a proposta acabou por ser retirada.

É de esperar que os ventos que impelem a crescente tutela do consumidor venham a prevalecer e a demover as objecções que paralisaram tal iniciativa, meritória e clarificadora.

Assim o desejamos.



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS