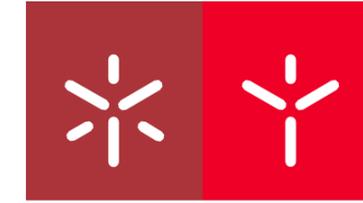




Jéssica Sofia Botelho Elaerts A Dificuldade de Prova nas Ações de Responsabilidade Médica

UMinho | 2021

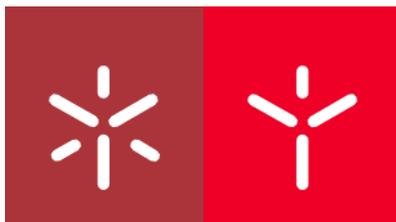


Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Sofia Botelho Elaerts

**A Dificuldade de Prova nas Ações de
Responsabilidade Médica**

Junho de 2021



Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Sofia Botelho Elaerts

A Dificuldade de Prova nas Ações de Responsabilidade Médica

Dissertação de Mestrado
no âmbito do Mestrado em Direito Judiciário:
Direitos Processuais e Organização Judiciária

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof. Doutora Eva Sónia Silva

Junho de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho:



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

A dissertação de mestrado exige um trabalho árduo, sério e, maioritariamente, solitário. No entanto, não teria sido possível sem a ajuda e a colaboração de muitas pessoas, que tornaram o caminho menos duro e que nunca me permitiram vacilar. A estas pessoas, presto os meus agradecimentos.

Aos meus pais, por serem sempre os meus principais apoiantes, por nunca deixarem de acreditar em mim, por ajudarem a dissipar todas as minhas dúvidas e incertezas e sobretudo, pelo amor incondicional. A eles, devo tudo e tudo farei para os deixar sempre orgulhosos.

Às minhas irmãs, que, de uma maneira ou de outra, mostraram sempre o seu apoio e a sua confiança em mim, celebrando sempre comigo a conclusão de todas as etapas que alcancei como se fossem os seus êxitos pessoais. Esta será mais uma que, com certeza, celebraremos juntas.

Dedico especialmente este trabalho à minha irmã Sara, que foi a inspiração e a razão do mesmo, por ter nascido com Trissomia-21, sem que tal tivesse sido detetado durante todo o acompanhamento pré-natal.

Ao meu namorado, Filipe, essencialmente pelo amor, mas muito também pelo apoio, pela compreensão, pela desvalorização dos meus pensamentos negativos e pela valorização sempre das coisas boas, pelas necessárias distrações, por ser o meu companheiro de todos os momentos e por vibrar comigo em todas as minhas vitórias, com o coração cheio de orgulho. Que seja assim sempre.

À Flávia, madrinha académica, amiga de todas as horas, confidente e parceira de todos os sufocos e alegrias deste caminho. Por ter estado sempre lá, pronta a relativizar todo o desespero, mesmo quando o sentimento era comum. Por nunca nos abandonarmos, independentemente da circunstância.

Por último mas não menos importante, a quem se prontificou a orientar-me na concretização final deste percurso, à Professora Doutora Eva Sónia Silva, pela sua disponibilidade e atenção imediatas, sem as quais não lograria prosseguir com os meus projetos profissionais.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A Dificuldade de Prova nas Ações de Responsabilidade Médica

RESUMO

A presente dissertação consiste na apreciação, análise e problematização, no âmbito do ordenamento jurídico português, da temática da responsabilidade civil médica, mais concretamente da dificuldade de prova neste tipo de ações. O que se procura identificar é o regime probatório aplicável às ações de responsabilidade civil médica, sendo esta uma matéria revestida de alguma complexidade, uma vez que deriva da especificidade técnico-científica associada aos temas da prova.

O que se pretende questionar e, humildemente, tentar responder é se, efetivamente é correto o ónus da prova pertencer ao paciente, geralmente o autor neste tipo de ações, ou se, pelo contrário, deveria haver uma inversão do ónus da prova, passando esta a caber aos médicos, réus deste tipo de ações.

Como tal, iniciamos com uma breve análise de como a medicina foi sendo percecionada pela sociedade ao longo dos tempos e quais as consequências para o desenvolvimento da tutela jurídica da relação médico-paciente, passando pela exposição da conceção atual de responsabilidade médica e o seu regime, designadamente se é uma responsabilidade contratual ou extracontratual, bem como se a obrigação de tratamento é uma obrigação de meios ou de resultados. De seguida, abordaremos as questões ligadas à prova, especificando o regime de distribuição do *onus probandi*, com especial consideração sobre os casos em que se admite a sua inversão; a repartição do ónus da prova nas ações por violação do consentimento informado; e a aplicação destas regras aos pedidos de indemnização cível enxertados em processo penal. Por último, faremos menção aos meios de prova sobre os quais incide legislação especial na matéria (prova documental, testemunhal e pericial) e ainda à possibilidade de aproveitamento da prova produzida noutros processos.

Finalizar-se-á com a apreciação do direito comparado e a análise crítica da questão, bem como as possíveis soluções doutrinárias e jurisprudenciais a adotar (designadamente, recurso a presunções judiciais e a métodos menos exigentes de valoração da prova), para que, de acordo com o quadro legal vigente, se ultrapassem as dificuldades de prova sentidas pelo paciente lesado.

Palavras-chave: ónus da prova, responsabilidade civil médica, sistemas alternativos

The Difficulty of Evidence in Medical Responsibility Actions

ABSTRACT

This thesis consist on the appreciation, analysis and problematization, within the portuguese legal system, of the subject of medical civil liability, more specifically the difficulty of proof in this type of actions. What is sought to be identified is the probationary regime applicable to medical civil liability actions, which is a matter with some complexity, since it derives from the technical- scientific specificity associated with the test subjects.

What we want to question and, humbly, try to answer is whether the burden of proof actually belongs to the patient, usually the author of this type of action, or if, on the contrary, there should be an inversion of the burden of proof, passing this to the doctors, defendants of this type of actions.

As such, we begin with a brief analysis of how medicine has been perceived by society over time and what are the consequences for the development of legal protection of the doctor-patient relationship, including the exposure of the current conception of medical responsibility and its regime, namely whether it is a contractual or non-contractual liability, as well as whether the treatment obligation is an obligation of means or results. Then, we will address the issues related to the proof, specifying the distribution regime of the *onus probandi*, with special consideration on the cases in which its inversion is admitted; the sharing of the burden of proof in actions for violation of informed consent; and the application of these rules to civil compensation claims grafted into criminal proceedings. Finally, we will mention the means of proof on which special legislation in the matter applies (documentary, testimonial and expert evidence) and also the possibility of taking advantage of the evidence produced in other cases.

It will end with an appreciation of comparative law and a critical analysis of the issue, as well as the possible doctrinal and jurisprudential solutions to be adopted (namely, recourse to judicial presumptions and less demanding methods of valuing evidence), so that, according to the current legal framework, for the difficulties of proof, experienced by the injured patient, are overcome.

Keywords: alternative systems, burden of proof, medical liability

ÍNDICE:

CAPITULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	2
1- A Responsabilidade Civil.....	2
1.1- Responsabilidade objetiva <i>versus</i> Responsabilidade subjetiva	3
1.2- Responsabilidade por ação <i>versus</i> por omissão.....	4
1.3- Responsabilidade por má prática ou por violação do consentimento informado.....	8
1.4- Responsabilidade contratual <i>versus</i> extracontratual	13
1.5- O Problema do Concurso Aparente da Responsabilidade Contratual e Extracontratual	18
1.6- Classificação da Responsabilidade Civil Médica.....	20
1.7- Requisitos Constitutivos da Responsabilidade Médica	23
CÁPITULO II- DIREITO MATERIAL APLICÁVEL À RESPONSABILIDADE MÉDICA	47
1- Contrato de Prestação de Serviços Médicos	47
2- Obrigação de meios vs. Obrigação de resultados	60
3- Responsabilidade da Instituição de Saúde	70
3.1- Estabelecimentos Privados de Saúde.....	73
3.2- Estabelecimentos Públicos de Saúde	80
3.3- Ponto de Divergência	90
4- Responsabilidade do Estado	94
5- Responsabilidade Penal	113
6- Responsabilidade Disciplinar	128
CAPÍTULO III – A PROVA.....	139
1- O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica	146
2- Presunções na Responsabilidade Civil Médica.....	164
2.1- De culpa	164
2.2- Do Nexo de Causalidade.....	207
2.3- Inversão do Ónus da Prova	212
3- Meios de Prova na Responsabilidade Civil Médica	219
4- Valor Extraprocessual das Provas.....	240
CAPÍTULO IV- DIREITO COMPARADO	248
CAPÍTULO V- ANÁLISE CRÍTICA	258
CONCLUSÕES.....	279
BIBLIOGRAFIA.....	284

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alinea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDM	Código Deontológico dos Médicos
CEDHBio	Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
Coord.	Coordenação
CP	Código Penal
CPC	Código Processo Civil
CPP	Código Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
ERS	Entidade Reguladora da Saúde
EUA	Estados Unidos da América
HIV	<i>Human immunodeficiency virus</i>
<i>In</i>	Em
INMLCF, IP	Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, IP
LBS	Lei de Bases da Saúde (Lei n° 48/90, de 21 de Agosto)
MP	Ministério Público
N°	Número
ONIAM	<i>Office National d'Indemnisation des accidents Médicaux, des affections latrogènes et des infections Nosocomiales</i> (orgão francês)
Pág.	Página
Proc.	Processo
RRCEE	Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado
Ss.	Seguinte
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vd.	<i>Vide</i>
Vol.	Volume
Vs.	<i>Versus</i>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pressupõe a análise e observação da problemática relativa à distribuição do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica. O desmedido interesse neste tema prende-se com a noção clara que existe, não somente no universo jurídico como também na sociedade em geral, uma manifesta improcedência da maioria das ações de responsabilidade civil por atos praticados no exercício da medicina.

De facto, o ato médico lesivo, independentemente do ramo do direito em que é tratado (civil, penal ou deontológico), não configura um regime específico, sendo abrangido pelo regime geral de responsabilidade civil. Como tal, só é atribuída indemnização ao lesado, se este provar os respetivos pressupostos que são o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Ora, é na incapacidade de comprovar o preenchimento destes pressupostos que grande parte destas ações se revelam improcedentes, sendo a principal causa a dificuldade de prova que recai sobre o paciente, que geralmente não possui conhecimentos especializados na matéria, o que o deixa dependente da competência técnica, especialização, poder e autoridade do médico, gerando assim uma relação assimétrica entre ambos.

Pelo que, o que se demanda nesta investigação é a elaboração de um estudo de como a doutrina, a jurisprudência e a legislação portuguesas apreciam estas ações, nomeadamente, quer em relação à distribuição do *onus probandi* e quais são as consequências e dificuldades que pode gerar para as partes; quer em relação à temática concernente à produção de prova e sua valoração, o que leva à análise dos meios de prova com particular incidência nestas ações, como a prova testemunhal, a prova documental e a prova pericial.

Embora a vertente adjetiva desta questão, designadamente quanto à prova, seja o objeto central deste trabalho, não seria possível dissertar-se sobre a mesma sem antes fazer-se uma incursão, ainda que breve, relativamente a relação entre o Direito e a Medicina e o regime de responsabilidade civil aplicado à medicina, que se afiguram necessários e primordiais para a correta abordagem e tratamento dos objetivos deste trabalho. Sabemos de antemão que a sociedade e a justiça evoluem frequentemente lado a lado, numa lógica dialética, mas não terá a justiça ficado estagnada quanto aos avanços da medicina? Será normal que numa altura em que cada vez mais pessoas necessitam de recorrer a cuidados médicos, não haja nenhum regime específico que garanta a tutela dos direitos dos pacientes lesados pelo incumprimento dos médicos às *leges artis*?

Como tal, surge-nos como imprescindível refletir sobre esta situação, de forma a criar no nosso ordenamento jurídico um instituto específico da responsabilidade médica ou, pelo menos, mecanismos capazes de flexibilizar e facilitar, a favor do lesado, o encargo probatório que sobre ele recai.

CAPITULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1- A Responsabilidade Civil

Responsabilidade em sentido lato significa “obrigação de responder pelas ações próprias, pelas dos outros ou pelas coisas confiadas”¹. No sentido jurídico, parte de uma ideia estrutural de justiça, que estabelece um dever geral de abstinência a todos os sujeitos relativamente a lesões provocadas a outrem, bem como a ideia geral de que quem causar um dano terá que ressarcir o sujeito que viu o seu direito afetado. Assim, é condição essencial da vivência em sociedade, a responsabilização do sujeito pelos seus atos, sendo que esta tem essencialmente duas funções: preventiva e ressarcitória/punitiva².

Como nos refere VERA LÚCIA RAPOSO, o ato médico poderá acarretar a responsabilização do agente por diversas vias, sendo elas a responsabilidade civil, criminal/penal, disciplinar ou deontológica, mas apenas as duas primeiras são discutidas em tribunal³. Porém, como a incidência desta tese é no ónus da prova e nas dificuldades associadas ao paciente lesado, vamos debruçar-nos unicamente sobre a responsabilidade civil, apenas mencionando as outras de passagem, uma vez que, dada a interligação dos ramos, pode acontecer que haja no âmbito de um único processo, mais do que um tipo de responsabilização (civil e criminal) e porque o incumprimento das regras deontológicas, além de poder dar origem à responsabilidade disciplinar, influi também no apuramento da responsabilidade civil.

O instituto jurídico da responsabilidade civil apresenta-se, assim, como um dos que origina mais processos judiciais, dada a sua finalidade. Qualifica-se como sendo “aquela que opõe o lesado ao autor do dano, no caso, o paciente ao médico, impondo sobre este a obrigação de reparar os danos causados, desde que tenha *atuado de forma ilícita* (com a ressalva da responsabilidade pelo risco, instituto este ausente da responsabilidade médica, exceto em casos muito excecionais, como por exemplo quando o dano resulte de um ato médico que se traduza numa atividade perigosa praticada num hospital público) e *culposa* (salvaguardando os casos de responsabilidade objetiva que, no entanto, assume carácter excepcional – por exemplo, nos referidos casos de responsabilidade pelo risco- dado que só se admite a responsabilidade objetiva nos casos previstos na lei, como decorre do Artigo 483º nº2 do CC), e que tal comportamento seja

¹ Porto Editora – responsabilidade no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, disponível para consulta em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/responsabilidade> (consultado em 14/06/2021).

² Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico Enquanto Perito*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 26, Petrony Editora, 2019, pág. 124-126.

³ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção de Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, R.L., Coimbra: Edições Almedina S.A, 2013, pág. 21.

causa (jurídica e não naturalística) *de um dano*” (itálico nosso)⁴.

1.1- Responsabilidade objetiva *versus* Responsabilidade subjetiva

A *responsabilidade objetiva* é caracterizada pelo facto de se prescindir da culpa do lesante e, mais do que isso, inclusivamente da ilicitude da sua conduta, porquanto poderá ser chamado a responder mesmo que se trate de um facto natural, de terceiros ou inclusivamente do próprio lesado⁵.

Diferentemente, na *responsabilidade subjetiva* (ainda que eventualmente mitigada pelo funcionamento de presunções várias, *inclusive* presunções de culpa, e outras formas de facilitação da prova ao paciente) o lesante só responde pelos danos emergentes da sua conduta culposa. Quando muito, a culpa poderá materializar-se na chamada “culpa de serviço” que representa uma responsabilidade subjetiva mais objetivada, e que existe nos casos em que a culpa se verifica mas se encontra diluída no seio da organização⁶.

No caso da atividade médica uma responsabilidade objetiva é insustentável⁷, dados os inúmeros riscos envolvidos, de tal modo que poderíamos chegar a uma situação em que os médicos se absteriam de atuar num sentido ou noutro para não serem condenados. Pois, o médico passaria a ser responsabilizado por qualquer morte ocorrida.

Contudo, esta cautela não impede que em casos muito específicos o legislador tenha de facto cominado a responsabilidade objetiva. Desde logo, os casos de responsabilidade pelo risco do Artigo 11º da Lei nº 67/2007, mas também existe responsabilidade independentemente da culpa no caso de ensaios clínicos com medicamentos (Artigo 14º nº1 da Lei 46/2004, de 19.08), nas doações de órgãos ou tecidos entre vivos (Artigo 9º nº2 da Lei nº 22/2007, de 29/06) e na exposição a radiações (DL nº348/89, de 12/10; DL 153/96, de 30/08 e DL 180/2002, de 8/8). Como nos explica BRUNO DE OLIVEIRA PINTO (Juiz de Direito), estas são áreas em que nós desoneramos o particular de provar aqueles primeiros passos, sendo que nestes casos o ónus do paciente está mais mitigado e há seguro obrigatório.

Outra circunstância em que o médico responde independentemente de culpa da sua parte, refere-se aos casos dos Artigos 500º e 800º do CC, em que existe uma culpa, mas que não cabe ao médico, mas sim ao seu representante ou auxiliar, e que se aplica no âmbito de equipas

⁴ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág. 29.

⁵ João Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 9.ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1996, pág. 653-739.

⁶ Há quem defenda a ideia de que os processos fundados na “culpa de serviço” devem ser restringidos, sob pena de nos tornarmos demasiado permissivos face a situações de diluição da culpa do agente na organização. – Vide, Fausto de QUADROS, *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Edições Almedina, 2004.

⁷ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág.30.

médicas.

Por conseguinte, mais frequentes são as situações de responsabilidade subjetiva, *inclusive* com culpa grave, a partir de um facto fortuito, mas para o qual se considera ter contribuído uma conduta culposa do agente. Por exemplo, se um dos aparelhos do hospital se avaria por motivos não imputáveis ao médico, que se não for prontamente substituído por inércia do agente, acarretará responsabilidade da sua parte.

Contudo, o futuro não passa pela generalização da responsabilidade objetiva na prática médica, uma vez que tal caminho iria conduzir-nos a uma medicina defensiva, que se esvai em exames inúteis na procura de certezas que não podemos ter, e que submete o paciente a todo o tipo de tratamentos para não deixar em aberto qualquer possibilidade de cura que não tenha sido explorada; ou então paralisaria o médico, receoso em agir por temor em lesar o paciente.

1.2- Responsabilidade por ação *versus* por omissão

A *responsabilidade médica por ação* verifica-se sempre que o médico atue, em termos de comportamento ativo, em desconformidade com as *leges artis* e, nesta medida, acabe por causar um prejuízo (que se denomina de dano na responsabilidade civil) à saúde, à vida, à integridade física ou moral do paciente.

Em contrapartida, ocorre *responsabilidade por omissão* quando o médico se recusa a prestar os cuidados devidos, ou não certifica a sua continuidade em condições que são prejudiciais ao paciente. Pode acontecer também que um médico aja por omissão, quando não se socorre do auxílio de outro profissional mais experiente naquela área.

A omissão juridicamente relevante surge quando o médico estava pessoalmente obrigado a agir e podia fazê-lo, sendo que o resultado ocorrido não se verificaria de modo normal e típico se tivesse sido cumprido/observado esse dever, pois a ação devida era idónea, segundo um juízo de prognose póstuma, a evitar o resultado⁸. Conforme afirma o Tribunal da Relação de Coimbra: "Note-se que a omissão jurídico-penalmente relevante não é simplesmente o agente não fazer nada mas não fazer algo sendo este algo a ação esperada e exigida ao garante. Na verdade, trata-se de uma ação que é esperada pelo titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão bem como pela comunidade na sua globalidade"⁹.

⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 12/11/2008, Proc. N.º 0813421 Relator José Carreto, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/59f785b131bb849880257506004c8345?OpenDocument&Highlight=0,0813421> (consultado em 28/05/2021).

⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 09/06/2020, Proc. N.º 1131/13.2TACBR.C1 Relatora Maria José Nogueira, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/926ef9a103c2c1ec8025858b00532f00?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

A omissão pode não resultar da total inação, mas sim da não atuação das medidas necessárias ao caso concreto. O que podemos dizer como traço geral é que o omitente deverá empreender todos os esforços necessários à salvaguarda da integridade do bem jurídico que por via de um plano do dever de garante, lhe é acometido, cabendo-lhe a escolha do *instrumentum* mais adequado a tal *desiderato*.

Por vezes a linha entre responsabilidade por ação e responsabilidade por omissão é ténue, ainda que tal não se ache possível, uma vez que as definições das mesmas são tão características que parecem ser facilmente aplicadas a um caso concreto. Isso ocorreu num caso na *Corte di Cassazione*, em Itália, em que foi avaliado o comportamento de um radiologista que, no decurso de duas mamografias, não detetara um carcinoma mamário na paciente. O radiologista encontrou efetivamente uma microcalcificação na paciente, mas pensara tratar-se de um quisto de natureza benigna, sem qualquer risco de tumor, pelo que se limitara a pedir à paciente para regressar daí a um ano para um novo exame. Porém, a paciente notara que o volume na sua mama aumentava de dia para dia, sendo que acabou por se submeter a uma outra mamografia, efetuada por um radiologista diferente, que finalmente detetou o tumor.

Durante a apreciação judicial da lide, o radiologista reconheceu que o seu comportamento poderia ser discutido em termos de adequação, mas defendeu que não se poderia considerar como comportamento omissivo, uma vez que o mesmo se preocupara em seguir a paciente, marcando-lhe *inclusive* um novo exame. Por sua vez, a *Corte di Cassazione* sublinhou que este era um daqueles casos em que se tornava difícil qualificar a conduta como comissiva ou omissiva, (pois não raramente nos encontramos perante ações nas quais confluem simultaneamente omissões), mas que neste caso, tendo em conta que os resultados da mamografia permitiam fundar, ao menos com 50% de probabilidade, a existência de um tumor, que o médico adotara uma conduta omissiva adequada a produzir o resultado, que efetivamente se veio a verificar. A verdade é que, por via do atraso no respetivo diagnóstico acabou a paciente por ser submetida a mastectomia radical, correndo até perigo de vida¹⁰.

Ou seja, nos casos em que se discute se a atuação do médico deveria ter sido diferente daquela que efetivamente ocorreu, o caso pode ser concebido como uma responsabilidade por ação - porque o médico de facto agiu, mas erradamente - ou como uma responsabilidade por omissão - porque o médico não agiu da forma que seria esperada¹¹.

em 28/05/2021)

¹⁰ *Corte di Cassazione*, Sentenza 06 ottobre 2005, n. 1147/06.

¹¹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág. 26.

Em Portugal, podemos ver o exemplo da decisão do Tribunal Judicial de Viseu, que condenou o médico arguido por homicídio negligente, cometido por omissão, em virtude de ter omitido culposamente certos cuidados, incluindo o recurso a meios complementares de diagnóstico, uma vez que, de acordo com os registos clínicos, em cerca de 25 minutos foi preenchida a ficha, feita a triagem e o atendimento médico¹². Logo, a responsabilidade por omissão não pressupõe necessariamente a total inércia, pois muitas vezes são avaliadas como omissões daquelas situações em que o médico atua de um determinado modo, mas omitindo a conduta exigida pelas *leges artis*.

Caso semelhante aconteceu no Supremo Tribunal de Justiça, onde uma médica e duas enfermeiras, devido às suas omissões (não valorizaram o registo cartográfico, não observaram a parturiente, não adotaram os comportamentos impostos pela *praxis* médica para casos de sofrimento fetal agudo porque nem se aperceberam do mesmo), não conseguiram impedir a morte do feto, evento esse evitável caso tais procedimentos tivessem sido adotados. Neste caso o processo encerrou com a condenação do hospital, uma vez que “a atividade ilícita que suporta o pedido de indemnização civil foi realizada pelas arguidas, enquanto funcionárias do Hospital, no exercício das suas funções e por causa desse exercício ao serviço do Hospital, é que este foi chamado e é responsável civilmente perante os demandantes, respondendo em vez dos seus agentes”, mas tanto a ré médica como a ré enfermeira foram condenadas criminalmente pelo Tribunal Judicial de Viseu, “uma vez que os demandantes fundaram o seu pedido de indemnização cível na prática de um crime, e por isso, deduziram-no no processo penal, em função do princípio da adesão da ação civil à ação penal,” sendo o recurso indeferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra e, por conseguinte, o Supremo já nem foi chamado a pronunciar-se sobre este aspeto¹³.

Por último, acresce frisar que a falta médica por omissão também ocorre quando, por exemplo, uma enfermeira não chama o médico para atender a uma situação que nitidamente extravasa os seus conhecimentos e competências. Como podemos analisar o Supremo Tribunal Administrativo proferiu uma decisão nesse sentido. Trata-se de um caso em que se pretendia obter a condenação de um determinado hospital público no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, consubstanciado por uma omissão ofensiva das “regras técnicas e de prudência comum” ou o “dever geral de cuidado” de uma enfermeira que, no decurso de

¹² Acórdão do Tribunal Judicial de Viseu, datado de 05/02/2005, Proc. N.º 1148/98.5TAVIS, Relator António Cunha, disponível em: https://www.verbojuridico.net/jurisp/1instancia/1viseu_homicidionebligenciamedica.pdf (consultado em 28/05/2021).

¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 03/12/2009, Proc. N.º 73/99.7TAVIS.C1.S1, Relator Isabel Martins, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2b0ecbcecea141f8025768d0059ac8f> (consultado em 28/05/2021)

trabalhos de parto, detetou uma situação de bradicardia fetal (diminuição anormal do ritmo cardíaco do feto) e só passados 15 minutos após ter sido constatada essa situação é que solicitou a presença da médica obstetra, a qual imediatamente compareceu na sala de partos. De facto, o Tribunal considerou que “a conduta daquela enfermeira ao atuar sem aquele cuidado ou precaução que na situação se impunha, *não promovendo em devido tempo a imediata intervenção do médico especialista quando a situação reclamava a sua presença*, é merecedora de um juízo de reprovação ou censura e por isso culposa na modalidade de negligente” (itálico nosso)¹⁴.

Esta modalidade de falta médica por omissão revela-se muito importante, pois em muitos casos o não acompanhamento de uma situação por especialistas na área, pode causar no paciente danos irreversíveis, pois quem o acompanha não sabe o que está a fazer ou como deve proceder em caso de aumento da gravidade.

Ora, no caso acima relatado, o facto de a enfermeira ter tomado aquela decisão de proceder sozinha quando não tinha capacidades para tal, e só ter chamado tardiamente o médico, resultou numa conseqüente extração tardia da criança, o que originou “uma bradicardia fetal com sofrimento fetal agudo e asfixia perinatal, com conseqüências de natureza crónica e com carácter irreversível para o recém-nascido”, dano esse que poderia ser perfeitamente evitado se adotado outro comportamento.

Assim sendo, se um médico se sente demasiado cansado ou não domina o conhecimento naquela área, não deve assumir o encargo, mas sim passar o paciente a outro colega, excetuando-se unicamente as situações de urgência em que o paciente não disponha de qualquer outra possibilidade de tratamento. Se assim não fizer será a sua conduta, e não a sua omissão, a merecer o juízo de censura.

Num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, um paciente instaurou uma ação contra um médico que estava a tratar os seus sintomas de disfunção erétil. Ao que parece, o médico começou a tratar o paciente com medicamentos que não tinham a ver com a sua área de especialidade, e perante o agravamento dos sintomas, decidiu submetê-lo a uma intervenção cirúrgica para resolução da disfunção erétil, prescrevendo-lhe a realização de alguns exames e análises, sem experimentar quaisquer outras técnicas ou formas de tratamento, nem aconselhar a procura de ajuda de outro médico, como devia ter feito, sobretudo porque os sintomas de que o

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 16/03/2005, Proc. N.º 01069/02, Relator Edmundo Moscoso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ccea33311b5c446180256fe2004dd78f?OpenDocument&Highlight=0,01069%2F02> (consultado em 28/05/2021).

autor padecia indicavam que a causa da doença não era orgânica, mas antes do foro neurológico.¹⁵

Após discussão do tema se o médico deveria ter prosseguido com o acompanhamento do doente ou, ao invés, o deveria ter remetido para um outro médico de diferente especialidade, conclui-se que no caso a falta médica radicava no facto de o médico ter atuado quando não o deveria ter feito, e portanto estamos aqui na chamada “culpa por assunção”, que consiste na decisão de assumir um encargo quando não se está em condições de o fazer, ao invés de o remeter para quem seria competente pelo mesmo.

Casos há em que nos hospitais não existem meios adequados e suficientes para providenciar ao tratamento de que o paciente precisa e em tal caso, deverá o médico igualmente remeter o paciente para outro hospital mais equipado, excetuando-se, mais uma vez, aqueles casos em que a transferência implique perigo para o paciente.

1.3- Responsabilidade por má prática ou por violação do consentimento informado

Segundo o regime regra aplicável á responsabilidade civil médica, podemos depreender que relativamente ao ato médico ilícito, praticado pelo profissional de saúde, existem duas situações: uma ação por *má prática médica*, isto é uma demanda fundada na responsabilidade por erros técnicos; ou uma ação por desrespeito dos direitos dos pacientes, designadamente à sua liberdade, autonomia e autodeterminação nos cuidados de saúde que lhes são prestados, através da *violação do consentimento informado*¹⁶.

A responsabilidade por má prática médica está regularmente associada ao erro médico e irá consubstanciar-se numa ação ou omissão por parte do profissional de saúde, que viola as *leges artis*, provocando assim um resultado danoso no paciente. A maioria das vezes encontra-se situada no campo da negligência, apesar de se poder tratar de situações de falta de perícia ou de prudência. Importa realçar que, ainda que se verifique um erro médico, nem sempre haverá imputação de responsabilidade civil, pois para tal devem estar verificados todos os pressupostos: facto voluntário do agente, culpa, ilicitude, dano e nexo de causalidade entre o facto e dano¹⁷.

É fundamental compreender que o médico é um agente humano, e por isso falível, que

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 15/12/2011, Proc. N.º 5485/09.7TVLSB.L1-2, Relator Pedro Martins, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7c49b08125d9f9f802579900043cfc0?OpenDocument&Highlight=0,5485%2F09.7TVLSB.L1-2> (consultado em 28/05/2021).

¹⁶ André Gonçalo Dias PEREIRA, «*Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e nexo de causalidade*», conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, 18 de Julho de 2008, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf> (consultado em 28/05/2021).

¹⁷ Paulo Costa CORREIA, «*Responsabilidade médica*», *In Ordem dos Médicos*, 2020, disponível em: <https://ordemdosmedicos.pt/responsabilidade-medica/> (consultado em 28/05/2021).

trabalha, numa base diária, com uma ciência que não é exata¹⁸. Como tal, apenas será aceitável responsabilizá-lo nos casos em que se verifique uma falta grave e inadmissível. Assim sendo, só existirá responsabilidade da sua parte quando é cometida uma “*falta técnica, por ação ou por omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos pela ciência*” (itálico nosso)¹⁹.

O médico deverá cumprir com as técnicas e utilizar os meios que a ciência descreva como mais indicados para o tratamento da patologia que esteja em causa, designadas como *leges artis* ou regras da arte, com diligência específica de um médico médio, tendo em conta a sua posição específica como especialista, ou a falta dela, e ainda os meios que estão ao seu alcance naquele momento e naquele lugar.

Como afirma o Tribunal da Relação de Lisboa, “o médico médio será aquele que se rege pelo mesmo padrão de conduta pelo qual se rege o médico sensato, razoável e competente”²⁰. Acrescenta o Supremo Tribunal de Justiça que: “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*” (itálico nosso)²¹.

A doutrina corrobora neste sentido afirmando que: “No campo da responsabilidade civil médica, o médico deve atuar 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 atue 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”²².

Reiteramos que, a responsabilidade originada na prática de um ato médico é normalmente tratada no âmbito da negligência deste profissional e não do dolo, embora não se exclua a hipótese de tal poder vir a acontecer. Assim, e como percebemos através dos excertos retirados acima, o médico atuará com negligência se não utiliza na globalidade os seus conhecimentos e capacidade

¹⁸ João Álvaro DIAS, Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, n° 5, pág. 21 e 23.

¹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc N° 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,08A183> (consultado em 28/05/2021).

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10/01/2012, Proc. N°1585/06.3TCSNT.L1-1, Relator Rui Vouga, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument&Highlight=0,1585%2F06.3TCSNT.L1-1> (consultado em 28/05/2021).

²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/12/2011, Proc. N° 209/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

²² João Álvaro DIAS, «Culpa médica- algumas ideias», In *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n°5, ano IV, págs. 21-22; João Álvaro DIAS, *O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-cirúrgicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 11, pág. 401; Luis Moitinho de ALMEIDA, «A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro», In *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, pág. 332.

técnica e científica para prestar os cuidados ao paciente, o que o leva a descuidar as regras básicas exigidas pela *praxis* médica.

Por conseguinte, existe um reforço do valor jurídico dos «Protocolos», «*Guidelines*» e das «Reuniões de Consenso», que consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem diretamente para a definição das regras de conduta a que se deverá subordinar a atividade.

Em relação ao consentimento informado, o médico tem o dever de informar o paciente sobre a doença que este último possui, qual o procedimento terapêutico que ele vai adotar, que outros procedimentos podem ser praticáveis, quais os riscos inerentes, que potenciais efeitos secundários podem daí brotar, quais são as taxas de sucesso do tratamento adotado, bem como o dever de prestar esclarecimentos, da melhor forma que for possível, acerca das questões que possam sobrevir. O paciente terá sempre direito a manter o seu consentimento, a levanta-lo ou a exigir uma segunda opinião.

Note-se que o médico não está obrigado a prestar uma informação absoluta, uma vez que isso seria manifestamente complexo para o profissional, bem como contraproducente para o paciente, que sem a preparação técnica específica não conseguirá tomar uma posição. Noutra perspetiva importa constar que, por vezes, o excesso de informação conduz à desinformação. Isto porque, quando o paciente nada sabe sobre a sua doença ou os seus métodos de tratamento, o uso de linguagem muito técnica, ou a menção de todos os riscos, ou até mesmo a descrição demasiado pormenorizada de como vai ser o procedimento, leva o paciente a assustar-se, a retrair-se, quando muitas vezes não seria caso para tal. Daí ser imprescindível o uso, por parte dos médicos, de linguagem comum na relação com o paciente, para que este consiga compreender o que lhe é exposto.

Tradicionalmente, as primeiras ações que surgiram de responsabilidade civil médica foram referentes à responsabilidade por má prática. Todavia, no último século, começou-se a reconhecer ao paciente o seu direito à autodeterminação em relação aos cuidados de saúde que lhe são prestados, por via do afastamento do paternalismo hipocrático da medicina²³.

O ordenamento jurídico reconhece, atualmente, o direito à plena integridade física e

²³ Historicamente, o modelo de ética médica mais tradicional era o hipocrático. Segundo alguns autores, a decisão médica hipocrática não considerava o modo individual de pensar do paciente, criando uma assimetria de domínio médico. O médico detinha o poder na tomada de decisão na relação médico-paciente, sendo esse poder gerado tanto pelo domínio técnico de um conhecimento específico quanto pela sua legitimidade social. Em 1914, os tribunais começaram a questionar a relação paternalista do médico com o paciente, reconduzindo os princípios de respeito à autonomia e de consentimento livre e esclarecido, compreendendo que a intervenção sem consentimento seria uma violação ao direito da autonomia do indivíduo. – Sobre este tema vide: Mônica BEIER, «Algumas Considerações sobre o Paternalismo Hipocrático», *In Revista Médica de Minas Gerais*, 20 (2): 246-254, Abr./Jun.,2010.

psíquica do paciente, conforme regulam as normas de direito internacional (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), constitucionais (Constituição da República Portuguesa) e a diversa legislação especial e avulsa.

No Código Civil, o direito à tutela geral da personalidade, que assiste a todos os indivíduos, protege os sujeitos de qualquer ofensa ilícita (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade física ou moral.

O dever de prestação de informação e esclarecimento possui igualmente relevância penal, encontrando-se previsto no Artigo 157º do Código Penal: “(...) o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”, encontrando-se tipificado no Artigo 156º do Código Penal, o crime por intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados sem o consentimento do paciente.

A nível disciplinar, o dever de esclarecimento médico ao paciente, bem como a necessidade de consentimento para intervenção cirúrgica, têm igualmente relevância no Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos, designadamente no Artigo 19º (esclarecimento do médico ao doente), no Artigo 20º (consentimento do doente) e no Artigo 25º (informação de diagnóstico e prognóstico)²⁴.

Por outro lado, poderão verificar-se situações em que o paciente se encontra inconsciente ou incapaz de dar o seu consentimento e não está representado por um representante legal, sendo a intervenção urgente ou o alargamento do âmbito dessa operação necessária. Perante a necessidade de uma resposta veloz e instantânea por parte do médico, sob pena de risco grave para a vida ou saúde do paciente, foi criada a tese do consentimento presumido, prevista no Código Penal, no seu Artigo 39º n.º2: “Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado” e no Código Civil, no Artigo 340º n.º3: “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. Como refere o Supremo Tribunal de Justiça,

²⁴ Regulamento de Deontologia Médica, Regulamento n.º 707/2016, Diário da República, 2.ª série, n.º139, 21 de julho de 2016, disponível em: <https://ordemdosmedicos.pt/> (consultado em 28/05/2021).

“trata-se de uma suposição, um juízo ex ante, de prognose póstuma, daquilo que o agente queria se soubesse e pudesse no momento exprimir-se em relação ao procedimento efetuado, antes da intervenção”²⁵.

A jurisprudência e a doutrina entenderam que era necessário recorrer a um critério objetivo para efetuar tal juízo e como tal, decidiram aplicar o critério do *bónus pater familias* (conceito jurídico do homem médio), colocado na posição do paciente e com os especiais conhecimentos que este possui.

Esta norma foi pensada para cobrir as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento de uma pessoa agredida ou acidentada, que não fique em condições de exprimir a sua vontade²⁶ e mistura um certo tipo de consentimento com a gestão de negócios, referindo-se às hipóteses em que o lesado sofre a lesão no seu interesse, havendo impossibilidade fáctica de prestar (ou alguém por ele) uma vontade real e sendo desconhecida (por exemplo, inexistência de uma «diretiva antecipada da vontade» ou de «procurador de cuidados se saúde») uma outra vontade do titular interessado²⁷.

Assim sendo, surge a tese do consentimento hipotético, pensada para os casos em que o médico se depara com uma situação em que não consegue obter o consentimento do paciente e, para evitar uma segunda intervenção, que as *leges artis* e a ética médica desaconselham, este atua como se o consentimento tivesse, de facto, sido prestado.

A doutrina do consentimento hipotético, oriunda da jurisprudência e da doutrina alemãs, obedece aos seguintes requisitos: “ 1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto”²⁸.

Contudo, em relação às operações estéticas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, uma vez que estão relacionadas com o corpo e com a identidade, não é possível que se verifiquem os requisitos de qualquer consentimento presumido.

²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 02/06/2015, Proc. N.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

²⁶ Antunes VARELA e Pires de LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, anotação ao artigo 340.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pág. 302.

²⁷ Brandão PROENÇA, «Anotação n.º VIII ao artigo 340.º do Código Civil», *In Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2014, pág. 809.

²⁸ André Gonçalo Dias PEREIRA, «O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica», *In Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 485 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 6 de fevereiro de 2015, Proc. N.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor *supra* citado.

Este destina-se apenas a fazer face a situações em que no decorrer de uma operação ocorram riscos para a vida ou para a saúde, que não foram previstos e que é preciso resolver de imediato, ou seja, o recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável²⁹.

Note-se que, tanto a responsabilidade gerada por má prática como por omissão de prestação da informação e violação do consentimento informado, carecem que se verifiquem os restantes pressupostos da responsabilidade civil geral (a vontade, a ilicitude, o dano, a culpa e o nexo de causalidade).

1.4- Responsabilidade contratual *versus* extracontratual

No âmbito da *Responsabilidade Civil Contratual*, o contrato celebrado entre o paciente e o médico traduz-se num contrato de prestação de serviços (Artigo 1154º do Código Civil: “Contrato de prestação de serviços é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”) ao qual, por não dispor de regulamentação específica, se aplicam as disposições relativas ao mandato (Artigo 1156º do Código Civil).

Refere-se a um contrato relativo ao exercício privado da medicina em regime liberal, ou seja, o médico é livremente escolhido pelo paciente, e não tem de ser expresso, sendo muitas vezes, na realidade, meramente tácito.

Trata-se de um contrato essencialmente pessoal (uma vez que o médico é selecionado pelo paciente com base numa relação de confiança), bilateral (ambas as partes adquirem obrigações recíprocas), oneroso (implica honorários, ainda que não seja nulo se for gratuito), contínuo (prolonga-se no tempo, enquanto as partes o quiserem) e sujeito a rescisão (o médico só o poderá fazer se não prejudicar o paciente e lhe assegurar a continuidade de cuidados médicos, sob pena de crime de recusa de médico – Artigo 284º do Código Penal).

O seu conteúdo deve reger-se principalmente pelo regime das cláusulas contratuais gerais, o que quer dizer que não é lícito ao médico convencionar cláusulas limitativas ou excludentes da responsabilidade, uma vez que os deveres a que o médico está adstrito são os de ordem pública³⁰.

As prestações pelas quais o médico se obriga face ao paciente são as que dão conteúdo

²⁹ André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente (Estudo de Direito Civil)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 496.

³⁰ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra: Edições Almedina, 2003, pág. 309-310.

ao contrato³¹. A sua principal prestação é fornecer ao paciente a assistência médica necessária para a cura, a redução do sofrimento ou o prolongamento da vida, utilizando os instrumentos, conhecimentos e técnicas disponíveis. Quanto aos restantes deveres, levamos em consideração o dever de elaboração e conservação da ficha clínica do paciente, previsto no Artigo 573º do CC (Obrigação de Informação: “A obrigação de informação existe, sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias”) e no Artigo 575º do CC (Apresentação de Documentos: “As disposições do artigo anterior são, com as necessárias adaptações, extensivas aos documentos, desde que o requerente tenha um interesse jurídico atendível no exame deles”). Como nos explica VERA LÚCIA RAPOSO, esta ficha clínica “abrange o historial clínico do paciente, os procedimentos adotados e a avaliação pessoal do médico relativamente ao estado de saúde do doente”³².

Importa ainda mencionar, para além do dever de informação e de obtenção do consentimento informado, mediante, como *supra* referido, do uso de linguagem perceptível e clara ao leigo (Artigo 340º do CC); outros deveres dos médicos, como: o dever de esclarecimento, que abrange, por exemplo, informações sobre os efeitos de um medicamento quando o folheto informativo é insuficiente; o dever de proteção dos doentes, este surge sempre que exista perigo de estes sofrerem danos colaterais; o dever de preparação e de informação antes da execução de uma intervenção, como por exemplo, a ponderação dos riscos-benefícios ou a atualização de conhecimentos quanto a um procedimento ou técnica nova; o dever de avaliar a sua própria capacidade, para aplicar tratamentos mais complexos; e o dever de se abster de atuar, quando não consiga fazer uma avaliação exata e total (exceto em casos de urgência).

Em contrapartida, a posição do paciente também carece de alguns deveres, desde logo, o dever da retribuição, perante o tratamento prestado, mas também o dever de cumprir o tratamento, sem pausas ou falhas e exatamente da forma que o médico ordenou. Isto traduz-se, na verdade, num ónus, pois se a intervenção ou tratamento não tiverem os resultados pretendidos devido a um incumprimento por parte do paciente, o médico é liberado da responsabilidade, como nos explica o Supremo Tribunal de Justiça: “II -Tendo sido celebrado entre Autora e Réu, médico-cirurgião plástico, contrato dirigido à correção estética do rosto daquela, o qual enfermava de envelhecimento precoce, traduzido em rugas e flacidez da pele, estamos em presença de uma

³¹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 74 e ss.

³² Vera Lúcia RAPOSO *Do ato médico ao problema jurídico, cit.*, pág.40.

obrigação de resultado. III -Mas uma vez que logo na primeira consulta em que foi observada, a Autora foi informada pelo médico de que o *lifting* facial seria realizado através de dois tempos operatórios, distintos e espaçados no tempo, tendo a Autora recusado que o Réu efetuasse a segunda cirurgia para correção da redundância de tecido, vindo a realizá-la numa clínica brasileira de renome mundial, é de concluir que a Autora impediu a realização pelo Réu da totalidade das fases em que se devia desenvolver o processo cirúrgico tendente à obtenção do resultado contratado. IV -Logo, não é possível imputar ao Réu o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação que assumira de correção estética do aspeto facial da Autora, por violação das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como sendo as apropriadas à abordagem do referido caso clínico (*leges artis*).V -Inexiste, assim, o ilícito contratual traduzido na desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado pelo respectivo obrigado (art. 798.º do CC)³³.

Por sua vez, a *Responsabilidade Civil Extracontratual* (Artigo 483º do CC), aplica-se aos casos em que não existe, entre o médico e o paciente, qualquer contrato (nem sequer tácito), mas devido às circunstâncias o médico se vê na contingência de assistir àquele paciente. É o que acontece quando se depara com um sinistrado na via pública, no caso de relações aparentemente contratuais mas nas quais o contrato é nulo por ilicitude do objeto, ou ainda quando a atuação do médico preenche um tipo legal de crime. O caso mais exemplar de responsabilidade extracontratual é o do médico prestar serviço em hospitais públicos, ao abrigo do Sistema Nacional de Saúde³⁴, ainda que neste aspeto subsista alguma controvérsia jurisprudencial e doutrinal sobre a natureza desta responsabilidade³⁵.

Os pressupostos da responsabilidade extracontratual médica coincidem com os da responsabilidade contratual. Demanda-se, portanto, um facto voluntário e ilícito do médico (violação de uma norma de comportamento ou de um direito de outrem por incumprimento das *leges artis*), culposo (que não se presume como na responsabilidade contratual), que cause danos ao doente, e ainda que se verifique o devido nexo de causalidade entre esse facto e o dano.

Como é sabido, a responsabilidade contratual deriva do incumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação prévia, ao passo que a responsabilidade extracontratual deriva da

³³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22/03/2007, Agravo nº 58/07, 6º secção, Relator Sousa Leite, disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/sumarios-civel-2007.pdf> (consultado em 28/05/2021).

³⁴ Guilherme de OLIVEIRA, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *In Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 61.

³⁵ Ana Raquel MONIZ, *A Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Contratos de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág.14 e ss.

lesão a bens jurídicos da contraparte. Esta distinção, em termos práticos, surge aparentemente evidente num acórdão do TRG de 18/03/2010, Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1, onde se qualificou de contratual a relação entre um médico que prestava serviços numa clínica privada e que habitualmente acompanhava a paciente em gestação, ao passo que foi considerada extracontratual a relação entre esta paciente e uma outra médica para a qual aquele primeiro a transferiu uma vez que não podia assistir ao parto.

Os deveres de conduta de preservação da saúde e da vida adstritos aos médicos encontram-se presentes quer no âmbito de uma relação contratual direta com o paciente, quer no domínio de uma relação em que a prestação de cuidados médicos se faz por médico unicamente vinculado perante a instituição de saúde. Porém, o regime de responsabilidade contratual revela-se mais benéfico para o credor/paciente e mais prejudicial para o devedor/médico.

Isto acontece, desde logo, porque em termos de ónus da prova se presume a culpa do devedor, segundo o Artigo 799.º do CC, enquanto na responsabilidade extracontratual o lesado tem que fazer prova de todos os elementos que compõem a pretensão indemnizatória que reivindica, *inclusive* da culpa do lesante. É certo que alguns autores afastam a presunção de culpa na responsabilidade contratual médica, atendendo às especificidades do ato médico contido, a posição maioritária hoje em dia sustenta a sua aplicação neste domínio, tal como em qualquer outro caso de responsabilidade contratual.

Quanto ao prazo de prescrição, importa salientar que a responsabilidade contratual tem igualmente um regime mais favorável ao lesado, pois prescreve apenas passados 20 anos (Artigo 309.º do CC), enquanto a responsabilidade extracontratual prescreve após 3 anos (Artigo 498.º do CC)³⁶. Note-se que nem tudo é benéfico num prazo tão elevado como o patente na responsabilidade contratual, pois para que o autor possa provar a falta médica numa ação cível poderá ser necessário aceder ao registo médico, o que tem particular interesse na fase pré-processual, mas se tornará cada vez mais difícil de obter à medida que os anos passam, pois os registos clínicos, em regra, não se mantêm por mais de cinco anos³⁷.

Quanto ao prazo de prescrição estipulado para a responsabilidade extracontratual, importa referir que o mesmo começa a contar-se a partir do momento em que o direito pode ser exercido (Artigo 306.º n.º1 do CC), o que acontece apenas quando o lesado tem conhecimento da sua

³⁶ O prazo de prescrição na responsabilidade extracontratual só é mais longo se o facto ilícito constituir simultaneamente um crime, e este se encontrar sujeito a um prazo de prescrição mais longo que o prazo do regime-regra, sendo este o que se aplica ao próprio pedido cível. – *Vide* Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 14/04/2010, Proc. N.º 0751/07, Relator Edmundo Moscoso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5d833b1be578a3078025770e003ef26d?OpenDocument&Highlight=0,0751%2F07> (consultado em 28/05/2021).

³⁷ Manuel do Rosário NUNES, *O ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra: Almedina, 2005.

existência, ou seja, do dano sofrido, ainda que desconheça quem é o autor e qual é o alcance dos danos (Artigo 498º nº1 do CC). Do texto legal deste último artigo, podemos e devemos retirar um conjunto de imposições que serão determinantes para aferir, em concreto, qual o termo *a quo* da contagem (Artigo 9º do CC). Desde logo, ao referir-se à data em que *o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete*, diz-nos o legislador que não está em causa, na determinação do início do prazo de prescrição, saber em que momento um hipotético lesado abstrato, agindo com ideal ou média diligência, poderia ter-se apercebido do direito a ser indemnizado, mas sim apurar quando é que dele efetivamente se apercebeu o *concreto lesado* que vem pedir a indemnização em tribunal. Como tal, só começa a contar a prescrição quando o lesado em concreto tem um *conhecimento empírico* dos factos constitutivos do direito a que se arroga, ou seja, que o lesado saiba que foi praticado um acto que lhe provocou danos, e que esteja em condições de formular um juízo subjetivo, pelo qual possa qualificar aquele ato como gerador de responsabilidade pelos danos que sofreu.

Porém, em processos de responsabilidade médica, tem surgido a questão que, para ter o conhecimento, não basta ter acesso aos relatórios clínicos ou à informação neles contidos, pois poderão estar escritos com linguagem de tal modo técnica que, sendo o doente um leigo, não lhe é exigível que conclua, a partir desses documentos, que padece de uma lesão causada por um ato médico. A este respeito explica-nos o Tribunal Central Administrativo Norte que: “Não deveremos esquecer que estamos perante lesados, ao que tudo indica, *sem formação médica ou jurídica*, pessoas que dificilmente poderiam retirar, mesmo em termos empíricos, conclusões relevantes sobre uma eventual negligência médica que estivesse na origem das dificuldades de recuperação” (itálico nosso)³⁸.

Por outro lado, em relação à ressarcibilidade de danos não patrimoniais, a responsabilidade extracontratual ganha evidentemente mais pontos, embora a doutrina dominante tenha vindo a pronunciar-se cada vez com mais veemência em sentido positivo em relação ao ressarcimento de tais danos também face a esta última forma de responsabilidade. Os principais argumentos aduzidos para sustentar esta posição são a crescente aproximação de regimes entre ambas as formas de responsabilidade e ainda, o facto de o Artigo 496º do CC não restringir expressamente a sua aplicação à responsabilidade extracontratual³⁹.

³⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 08/10/2010, Proc. N° 00552/08.7BEPNF, Relator Dr. José Veloso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/B2B6A1AC78E1ED59802577BD0036E618> (consultado em: 28/05/2021).

³⁹ Sobre isto, *vide* os acórdãos: Acórdão do STJ de 22/06/2005, Proc. N°05B1526; Acórdão do TRC de 14/11/2006, Proc. N°477/05.8TBILV.C1 e Acórdão do TRC de 06/12/2011, Proc. N°447/09.7TBVIS.C1.

Acresce mencionar que na responsabilidade extracontratual existe a possibilidade de gradação equitativa da indemnização (Artigo 494º do CC), ou seja, pode o montante da indemnização ser inferior ao montante real dos danos, oportunidade essa que não existe na responsabilidade contratual.

Outra nota distintiva entre os dois regimes prende-se com a jurisdição competente, pois ao passo que a responsabilidade contratual diz respeito a uma relação de direito privado, e como tal, os litígios serão dirimidos em tribunais cíveis, a responsabilidade extracontratual no campo médico reporta-se muitas vezes a um ato de gestão pública, por conseguinte, nesses casos será apreciada nos tribunais administrativos⁴⁰.

É importante afirmar ainda que, quanto à responsabilidade por atos auxiliares, a responsabilidade extracontratual exige uma relação de comissão (isto é, o poder de dar ordens e instruções) para que o médico seja responsabilizado pelos atos das pessoas que encarrega de uma tarefa (Artigo 500º do CC), tendo o lesado que fazer prova da culpa do comissário, da relação de comissário e ainda de que o ato ilícito foi praticado no exercício das funções de comissão. Em contrapartida, na responsabilidade contratual não é necessária essa relação de dependência, bastando que exista um vínculo entre o médico e os seus representantes legais ou auxiliares (Artigo 800º do CC), de modo a que o lesado tenha apenas que fazer prova da culpa destes últimos.

Podemos ainda distinguir as duas modalidades de responsabilidade quanto à culpa, uma vez que na responsabilidade contratual a culpa do devedor é presumida, conforme o Artigo 799º nº1 do CC, ao passo que no domínio extracontratual o lesado tem que provar a culpa do lesante, em consonância com o Artigo 487º nº1 do CC.

Finalmente, quanto à pluralidade passiva, no domínio da responsabilidade extracontratual vigora a solidariedade entre os devedores (Artigo 497º e 507º do CC), mas na responsabilidade contratual vale a regra geral da conjunção (Artigo 513º do CC).

1.5- O Problema do Concurso Aparente da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Esta problemática emerge da possibilidade real de um mesmo facto preencher os pressupostos/requisitos quer da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade

⁴⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 28/01/2009, Proc. N.º267/06.0TBCLB.C2, Relatora Isabel Fonseca, disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=0,267%2F06.0TBCLB.C2](http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=0,267%2F06.0TBCLB.C2http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=0,267%2F06.0TBCLB.C2) (consultado em 14/06/2021).

extracontratual⁴¹. Ou seja, o mesmo facto é violador de um direito absoluto e também de um direito relativo.

O que está aqui em causa é que um determinado comportamento pode sustentar uma pretensão indemnizatória, seja pela via contratual, seja pela via extracontratual. Isto não nos remete para um concurso real, porque esse derivaria da circunstancia de o mesmo facto ter provocado dois danos, um deles envolvendo responsabilidade contratual em relação a uma pessoa, e o outro deles envolvendo a extracontratual em relação a um terceiro ou a um estranho ao negócio, mas remete-nos antes para um concurso aparente, onde há a constatação de um conjunto de normas que podem fundamentar a mesma pretensão. E nestas situações a questão que se coloca é a de saber qual o regime de responsabilidade que se deve aplicar, isto é, qual a disciplina legal que prevalece.

A divisão faz-se entre os que são partidários do cúmulo e os que não são, mas note-se que mesmo aqueles que defendem a ideia de cúmulo, não procuram que o lesado possa, pelo mesmo dano, obter duas indemnizações, mas sim uma única.

SINDE MONTEIRO, RUI DE ALARCÃO E VAZ SERRA defendem que o lesado deve poder beneficiar das normas que considere mais favoráveis por entre as que regulam, por um lado, a responsabilidade contratual, e por outro, a responsabilidade extracontratual, em detrimento daquelas que são desvantajosas. Por exemplo, o lesado pode prevalecer-se da presunção de culpa que vigora na responsabilidade contratual, mas em simultâneo, e em caso de pluralidade de responsáveis, recorrer ao regime da solidariedade prescrito na responsabilidade extracontratual. Esta é a chamada teoria da ação híbrida, que juntamente com a teoria da opção e a teoria da concorrência de pretensões, representam as três variantes em que a ideia do cúmulo se pode concretizar ⁴².

Em posição diametralmente oposta à destes autores está ALMEIDA COSTA, que refuta qualquer uma destas variantes, aderindo antes ao princípio da consunção, segundo o qual o regime da responsabilidade civil contratual consome o da extracontratual, ficando as situações de concurso subordinadas exclusivamente às regras da responsabilidade contratual. Este pensamento é seguido também pelo Conselheiro ÁLVARO RODRIGUES, por ÂNGELA CERDEIRA e

⁴¹ Almeida Costa, «Concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual», *In Ab Uno ad Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora, 1920-1975, Coimbra Editora, 1988, pág. 559.

⁴² Jorge Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 353; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 210-214; Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual», *In BMJ*, n.º85, 1959, pág. 115-239. A estes autores acresce: António Henriques GASPARGAR, «A Responsabilidade Civil do Médico», *In CJ*, Ano III, 1978, pág. 345.

por CARDONA FERREIRA⁴³.

Pela nossa parte concordamos com os argumentos da exclusão do cúmulo, apoiando-nos, portanto, no princípio da consunção. Anuímos que neste âmbito impera o princípio da autonomia privada, segundo o qual compete às partes fixar a disciplina que deve reger as suas relações. Porém, como menciona ALMEIDA COSTA, “parece que, perante uma situação concreta, sendo aplicáveis paralelamente as duas espécies de responsabilidade civil, de harmonia com o assinalado princípio, o facto tenha, em primeira linha, de considerar-se ilícito contratual”⁴⁴.

1.6- Classificação da Responsabilidade Civil Médica

Durante bastante tempo foi alvo de discussão no seio do Direito, designadamente na doutrina, qual seria a natureza da responsabilidade civil médica e se esta corresponderia a uma responsabilidade civil contratual ou extracontratual. A distinção ganha relevância pois, a aplicação de uma ou de outra das modalidades da responsabilidade civil acarreta consequências a nível dos pressupostos, da presunção de culpa, bem como do ónus da prova aplicado ao caso em concreto.

Entendemos no capítulo anterior que, em termos civis, o médico pode incorrer em responsabilidade contratual (que pressupõe um ato negativo, isto porque o dever violado será quase sempre um dever positivo) e extracontratual (que pressupõe um ato positivo, dado que o dever inobservado é em geral, um dever negativo), cabendo-nos agora questionar qual das modalidades disciplinará a responsabilidade médica.

A responsabilidade médica é caracterizada como uma responsabilidade contratual nos sistemas europeus continentais, ao passo que é vista como uma responsabilidade extracontratual nos sistemas da *Common Law*. Porém, daqui não podemos deduzir que naqueles primeiros (sistemas europeus continentais), as normas do incumprimento contratual tornem relativamente mais fácil obter uma condenação. Isto porque, a adoção do sistema de responsabilidade contratual é concomitante com uma paralela configuração da obrigação médica como uma obrigação de meios, o que atenua o grau de exigência na avaliação do comportamento do médico, logo, dificulta o sucesso da ação. Ao contrário, a responsabilidade extracontratual, em que parece *ab initio* ser mais difícil de realizar uma condenação, é contrabalançada pela ampla aceitação da teoria *Res Ipsa Loquitur*, o que facilita a prova dos elementos que compõem a responsabilidade civil.

⁴³ Mário Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2008, Pág. 552-553, nota 7; Mário Almeida COSTA, «O Concurso da Responsabilidade Civil Contratual e da Extracontratual», *In AB VIVO AD OMNES – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 555-565; Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos», *In Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, 2000, pág. 161-251.

⁴⁴ Mário Almeida COSTA, «O Concurso da Responsabilidade Civil Contratual e da Extracontratual», *cit.*, pág. 564.

Durante anos, os tribunais tiveram algum receio em classificar a responsabilidade médica praticada no âmbito da medicina privada como responsabilidade contratual⁴⁵, sendo a resposta tradicional para esta questão a responsabilidade extracontratual, pois consideravam que os direitos e deveres dos médicos resultavam de normas jurídicas e deontológicas, não do contrato; porque a saúde e a vida não podiam ser contratualizadas; nem tão pouco a atividade médica podia ser contratualizada, nem os honorários recebidos podiam ser vistos como um pagamento. Mas, principalmente, sublinhava-se os efeitos nefastos que derivariam da presunção de culpa do Artigo 799º n.º1 do CC.

Sendo tradicional, no nosso ordenamento jurídico e em muitos outros, que no campo da responsabilidade contratual se verificasse uma inversão das regras gerais do ónus da prova em matéria de culpa, e portanto, no campo da responsabilidade contratual o credor não tem que provar a culpa do devedor, porque esta se presume, temeu-se pelo médico, receou-se que este pudesse ficar numa posição sobrecarregada.

Contudo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002, Proc.N.º02A4057 afirmou que “ *Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, n.º1, do C. Civil. O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico*” (itálico nosso)⁴⁶. Hoje em dia esta é a posição dominante e grande parte da doutrina⁴⁷ e da jurisprudência defende que a responsabilidade médica é uma responsabilidade contratual (com a conexa presunção de culpa).

Como foi declarado pelo Acórdão do STJ de 22/09/2011, Proc. N.º674/2001.PL.S1, existindo um contrato, o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual: “estando em causa direitos absolutos, como de integridade básica, põe-se a questão de saber se não concorrem na negligência médica a responsabilidade contratual e a extracontratual. (...) Existe por isso, um concurso aparente de normas, que deve ser resolvido pela *prevalência da responsabilidade contratual, por ser a mais adequada para defesa dos interesses do lesado*” (itálico nosso)⁴⁸.

⁴⁵ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pág. 80.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N.º 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁷ Jorge Figueiredo DIAS e Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, pág. 33 e ss.; A. Henriques GASPAR, «Estudo sobre a responsabilidade civil do médico», *In Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, pág. 341; Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos», *In Revista Direito e Justiça*, Ano XIV, n.º3, 2000, pág. 194-198; Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pág.127.

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22/09/2011, Proc. N.º 674/2001.PL.S1, Relator Bettencourt de Faria, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/451c99b649cadcb080257913005b1c9c?OpenDocument&Highlight=0,674>

Porém, há quem argumente, ainda que em posição minoritária, que até no caso dos hospitais públicos ainda aqui estaríamos perante uma responsabilidade contratual, invocando figuras como o contrato social, o contrato de adesão ou as relações contratuais de facto, pois defendem que embora o contrato que serve de base não se estabeleça entre médico e paciente, como na responsabilidade contratual, estabelece-se entre este último e o estabelecimento de saúde.⁴⁹ Esta tendência está muito marcada na jurisprudência italiana, onde as regras da responsabilidade contratual se aplicam a toda a prática médica, mesmo aquela levada a cabo em hospitais públicos, com o argumento de que é incongruente avaliar de modo distinto um ato médico que, no essencial, não se diferencia.

Em Portugal é difícil apontar nestes casos a existência de um contrato, pois não se verifica qualquer liberdade de escolha do contraente mas, simplesmente, a adscrição do paciente a um determinado estabelecimento de saúde, por força das classificações geográfico-administrativas e da incumbência que cabe ao Estado de prestar cuidados de saúde aos cidadãos.

De facto, há ainda quem aponte as enormes desvantagens para o erário público, caso se concedesse ao utente do Serviço Nacional de Saúde as “vantagens” legais do regime da responsabilidade contratual, “pois que sendo nesta mais simples fazer a prova dos elementos que compõe a responsabilidade, mais facilmente também se obteria uma condenação, que em regra não é suportada pelo próprio agente mas sim pela instituição, isto é, pelo Estado, ou seja, por todos os contribuintes”⁵⁰.

Ora, são grandes as discrepâncias de entendimento neste ponto, que se revela particularmente grave na prática dos tribunais superiores, onde ainda não se encontrou uma posição firme e constante. Podemos notar que o protagonismo pertence à responsabilidade extracontratual quando é no âmbito da prestação de cuidados de saúde em unidades públicas, que por sua vez representa a maior fatia da prática clínica no nosso país, deixando reservada a responsabilidade contratual para as situações de prática da medicina em contexto privado, num consultório ou numa clínica. Mas a verdade é que em contexto médico, estas duas modalidades ainda não se distinguiram por completo, pois temos Acórdãos como os seguintes: Acórdão do TRL de 11/09/2007, Proc. N.º1360/2007-7:” O acto médico pode constituir simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito, sendo de aceitar como solução natural, inexistindo uma

⁴⁹ 2F2001 (consultado em 28/05/2021).

⁴⁹ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pág. 312; Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos», *Revista Direito e Justiça*, Ano XIV, n.º 3, 2000, pág. 182-183.

⁵⁰ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág.38.

norma que especificamente diga o contrário, a concorrência ou o cúmulo de responsabilidades”⁵¹; Acórdão do STJ de 19/06/2001, Proc. 01A1008: “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”⁵² e Acórdão do STJ de 07/10/2010, Proc. N°1364/05.5TBBCL.G1: “A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual. 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”⁵³.

1.7- Requisitos Constitutivos da Responsabilidade Médica

O aparecimento de uma obrigação de indemnizar com fundamento em responsabilidade civil está dependente, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade em causa, da comprovação de cinco requisitos, que são o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade⁵⁴.

Quanto ao primeiro requisito, *o facto*⁵⁵, importa à responsabilidade civil um facto humano voluntário, que seja dominável ou controlável pela vontade do agente, e que venha a causar dano a outrem, o que nos permite excluir os atos meramente reflexos ou os factos naturais, como sejam os casos de força maior ou de circunstâncias fortuitas invencíveis, justamente por não estarem na disposição da vontade humana, não se exigindo que o resultado tenha sido desejado ou sequer previsto pelo agente.

Como tal, são de afastar as situações em que ao agente falte a consciência ou o domínio

⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11/09/2007, Proc. N° 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument&Highlight=0,1360%2F2007-7> (consultado em 14/06/2021).

⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 19/06/2001, Proc. N° 01A100, Relator Pinto Monteiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument&Highlight=0,01A1008> (consultado em 14/06/2021).

⁵³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/10/2010, Proc. N° 1364/05.5TBBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument&Highlight=0,1364%2F05.5TBBCL.G1>

⁵⁴ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 359 e ss., também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Para opiniões convergentes vide J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000 (reimpressão 2008), pág. 526, nota 1; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Vol. I (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, págs. 352-354.

⁵⁵ Adriano Vaz SERRA, «Requisitos da Responsabilidade Civil», *In BMJ*, n° 92, 1960, pág. 39- 42; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 241-247; J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª ed., (reimpressão 2008), Vol.1, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 530-562; Mário Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pág. 561- 578; Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 361-369, também disponível no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Luís Menezes LEITÃO, *Direitos das Obrigações*, 7ª edição, Vol. I (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, pág. 289- 291.

da vontade.

O facto humano que aqui se pondera pode consistir numa ação (violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de ação do titular do direito absoluto), mas igualmente numa omissão, sempre que houvesse um dever jurídico de agir. Pois, não tendo o agente atuado como devia, pode daí inferir-se que a sua abstenção contribuiu decisivamente para a produção daquele dano, uma vez que estava no seu poder evita-lo.

Tendo o legislador decidido manter no Código Civil uma norma atinente à responsabilidade por omissões (Artigo 486º), pode parecer indispensável que o dever de praticar o ato omitido resulte da lei ou do negócio jurídico. Mas não é assim, como nos explica SINDE MONTEIRO, “uma vez que a equiparação de determinadas abstenções a uma comissão (comissão por omissão), não enfrenta no direito civil os mesmos obstáculos que no direito penal, onde vigora o principio *nulla poene sine lege*.⁵⁶ Não há impedimento metodológico a uma extensão analógica da responsabilidade por ação à omissão. De entre os grupos de casos discutidos na doutrina, destaca-se pela sua importância o dos “deveres de prevenção do perigo” ou “deveres no tráfico”, cujo núcleo reside na ideia de que aquele que abre uma fonte de perigos ou em cuja esfera de poder se dá uma situação produtora de riscos tem o dever de agir para impedir ou eliminar esses riscos”⁵⁷.

Ressalva-se que a responsabilização por ato omissivo é excecionalmente difícil, uma vez que tanto pressupõe que exista o dever jurídico da prática do ato pelo agente, como a demonstração de que, caso a conduta tivesse sido praticada, o dano teria sido evitado.

É por isso que, na responsabilidade contratual, onde ocorre maioritariamente factos negativos, quando a imputação do dano ao devedor advém da circunstância de este não ter realizado certo ato ou prestação quando estava a tal obrigado (Artigo 798º do CC), o que demonstra ser a prova manifestamente difícil ou mesmo impossível para o paciente.

No âmbito médico, têm-se que a conduta poderá ser caracterizada mediante uma ação, quando, por exemplo, dá-se a realização de exames, cirurgias ou outros procedimentos ambulatoriais médicos quando não eram necessários ou de forma inadequada, e que posteriormente vêm a produzir um dano ao estado de saúde do paciente; ou por omissão, havendo a falta da realização dos mesmos, quando eram esperados e aconselháveis em determinado

⁵⁶ António Castanheira NEVES, «Princípio da Legalidade Criminal, o seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático», Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1988, pág. 307-469.

⁵⁷ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 360-361, também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>;

momento.

Envolvendo isto na má prática médica, um médico que, consciente do dever de acompanhar o paciente no pós-operatório de uma cirurgia complexa abandona as imediações sem deixar qualquer instrução aos restantes auxiliares médicos, pratica um facto que, por omissão, poderá vir a ser valorado no âmbito da responsabilidade civil. Por outro lado, se ele analisar e gerir o tratamento do paciente, em função de uma ficha clínica errada, e lhe administrar um medicamento ao qual ele é alérgico, que lhe vai provocar graves danos, designadamente queimaduras em todo o corpo, ao médico ser-lhe-á imputada responsabilidade por ação.

Em relação ao consentimento informado, se o médico presta uma informação insuficiente ou um esclarecimento defeituoso referente a determinado procedimento a aplicar ao paciente, concluímos que o pressuposto do facto se traduz na falta de informação ou esclarecimento, e portanto, num facto negativo (ou omissivo). Imaginemos, por outro lado, que o médico dá ao paciente um impresso de consentimento informado de há 3 anos atrás para uma cirurgia igual à que este último vai realizar agora, mas em que lá não constam as condições do procedimento atualizadas devido à alteração do método cirúrgico, sendo um dos atuais efeitos secundários possíveis a morte. Aqui, o médico omite deliberadamente a informação devida com o intuito de o paciente não desistir da intervenção, entregando-lhe um documento onde não constavam todas as informações que permitiam ao paciente decidir de forma esclarecida e ponderada, pondo antes em causa o seu estado de saúde e até a sua própria vida.

Preenchido que seja o requisito do facto, isto é, a comprovação de uma ação voluntária, cumpre agora apreciar se a conduta do agente também é censurável pelo ordenamento jurídico nacional.

Quanto ao segundo requisito, *a ilicitude*⁸⁸, podemos dizer que em sentido amplo significa contrariedade ao direito (sendo que nesta aceção, o conceito pode ser utilizado nos mais múltiplos ramos de direito, público ou privado). Comporta sempre um juízo de desvalor pelo ordenamento jurídico, contudo, de modo a apurarmos se essa reprovação é dirigida à conduta do agente ou ao resultado dessa conduta, torna-se imprescindível falar da teoria do desvalor do facto e da teoria do desvalor da conduta.

MENEZES LEITÃO explica-nos que tradicionalmente era acolhida a teoria do desvalor do

⁸⁸ Vaz SERRA, «Requisitos da Responsabilidade Civil», *In BMJ*, n.º 92, 1960, pág. 42-133; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 238-241; J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição (reimpressão 2008), Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 527-529; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª ed, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 558-560; Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 360-361, também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Luis Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Vol. 1 (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, pág. 291-315.

resultado, o que significava que a censurabilidade do resultado (a morte, por exemplo) era suficiente para se considerar preenchido o requisito da ilicitude, bastando, para tal, que o agente tivesse atuado culposamente. Contudo, a percepção de que essa teoria desembocava e pactuava com situações injustas (designadamente, quando se tinha por ilícita a conduta do agente que em nada contendia com as normas legais, simplesmente por ser apta a produzir o resultado censurável) minorou a sua aceitação.

Como tal, surge a teoria do desvalor do facto, hoje aceite pela doutrina dominante, onde a conduta do agente é a que pode ou não ser alvo de um juízo de censura.

A ilicitude da conduta poderá derivar de uma violação de obrigação extracontratual ou contratual, pelo que, neste domínio, importa distinguir as duas responsabilidades a fim de apurarmos as formas de ilicitude.

Assim, no âmbito da responsabilidade extracontratual, e em consonância com o Artigo 483º do Código Civil, a ilicitude pode resultar da violação de direitos absolutos (direitos reais, direitos de personalidade) ou da violação de normas destinadas a proteger os interesses alheios. Há ainda, uma “cláusula residual de ilicitude”⁵⁹, o abuso de direito, o qual figura na parte geral do Código Civil, mais concretamente no Artigo 334º: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Já no que respeita à responsabilidade contratual, a ilicitude provém da violação dos deveres contratualmente estipulados, isto é, da relação de desconformidade entre a conduta devida (prestação debitória) e o comportamento observado⁶⁰.

Ou seja, há o incumprimento de alguma das obrigações constantes do contrato celebrado entre o médico e o paciente, que constitui a chave para a certificação da ilicitude e apuramento da responsabilidade civil do profissional.

De facto, o vínculo contratual que se estabelece entre as partes engloba uma relação complexa, geradora de obrigações principais, como também de múltiplos deveres colaterais ou acessórios de conduta, baseados *no contrato, na lei e no princípio da boa-fé*⁶¹. Ora, se o médico se afastar injustificadamente do comportamento que deveria adotar face à obrigação a que se propôs perante o paciente, designadamente demonstrando imperícia, imprudência, desatenção,

⁵⁹ Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989, pág. 180.

⁶⁰ J.M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 7ª edição (reimpressão 2009), Vol. II, Coimbra: Almedina, 1997, pág. 94.

⁶¹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 89.

negligencia ou inobservância dos regulamentos⁶², isto gera um incumprimento e consequentemente uma obrigação indemnizatória, nos termos do Artigo 798º do CC.

No campo médico tudo isto surge consignado sobre a categoria geral de *leges artis*, de tal forma que se concluirá pela existência da ilicitude quando se verifique uma inobservância destes “*métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de atuação*, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica os mais adequados e eficazes” (itálico nosso)⁶³. Assim, age com culpa, violando o dever objetivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém *do standard* técnico/científico da atuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias do caso em concreto. Portanto, o ato médico estará eivado de ilicitude quando verificada a inobservância das *leges artis*, mas também das normas legais, regulamentares ou estatutárias, cumuladas com um resultado nefasto no quadro clínico do paciente.

Ora, como nos explica VERA RAPOSO, “o disposto nas *leges artis* contribui para a delimitação do que seja a violação de uma norma legal ou do direito de outrem, para efeito de ilicitude civil; ou de um tipo de ilícito criminalmente tipificado, para efeitos de direito criminal”⁶⁴.

A definição de *leges artis* procede em grande parte das normas do Código de Deontologia da Ordem dos Médicos que, apesar de não ter sido aprovado por lei, acaba por assumir um papel preponderante na conformação da conduta médica. A violação de *Guidelines*, protocolos, reuniões de consenso e de normas legais especialmente atinentes à atividade médica são também suscetíveis de indicar a violação das *leges artis* (ainda que a violação das *leges artis* não seja uma decorrência necessária, pois estes procedimentos de atuação são desenhados em abstrato, para a generalidade das situações, e pode acontecer que a situação concreta dite uma solução específica, sendo que neste caso o médico deve justificar com exatidão o porquê de se afastar do procedimento genericamente indicado). Ou seja, é necessário ter em conta o conjunto de regras, técnicas ou procedimentos aplicáveis a situações semelhantes, embora sem nunca se perder de vista o caso concreto, pois a especificidade deste pode ditar adaptações à regra geral.

Por vezes o médico emprega um procedimento que não se vem a revelar o mais adequado mas que, à data da tomada de decisão, se demonstrava conforme às *leges artis*. A este propósito,

⁶² José António Rebocho Esperança PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ªed., Lisboa: Lidel, 2003, pág. 117.

⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 13/03/2012, Proc. N.º 0477/11, Relator Políbio Henriques, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/41626a3d9173b651802579d1002ca983?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

⁶⁴ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág. 45.

houve um caso muito controverso em Espanha⁶⁵, quando os pais de um recém-nascido, que morrera de uma paragem respiratória, pediram uma indemnização ao hospital público que acompanhara a gravidez e o parto, alegando que os médicos se tinham socorrido de uma técnica inadequada para realizar o parto naquele caso em concreto.

Vejamos o seguinte caso concreto: a principal adversidade do parto residia no facto de o feto ser muito grande (por causa da insulina ministrada à mãe que era diabética) mas, mesmo assim, os médicos preferiram o parto normal. Acontece que, no decurso do procedimento, e confrontados com a incapacidade de fazer nascer a criança, recorreram à cesariana, mas esta demora fez com que o bebé nascesse com sintomas de hiperglicemia e apneia, o que exigiu imediatamente a ventilação. Segundo o parecer dos peritos, esta situação ocorreu devido a uma “asfixia intraparto com grave risco neurológico”, o que fez os pais apontarem o dedo ao facto de os médicos não terem optado desde o início pela cesariana. Quando recorreram a Tribunal, e este analisou tanto as provas apresentadas como o parecer dos peritos médicos, chegou-se à conclusão que a escolha da técnica usada no parto não tinha sido errada, pois a criança nascera com 4,300kg, sendo a cesariana uma técnica medicamente indicada para fetos com mais de 4, 500kg. Por conseguinte, mesmo que a anóxia pré-natal tenha sido motivada pelas condições do parto, como foi, e ainda que *a posteriori* se tenha concluído que outra técnica deveria ter sido empregue, todo o procedimento que rodeou o nascimento decorreu, naquela altura, em conformidade com as boas práticas médicas, logo, não houve para o Tribunal ilicitude.

Pode ocorrer também que, por vezes, seja a própria lei, designadamente a criminal, a conferir conteúdo a algumas das regras da profissão médica, mesmo que muitas vezes se limite a repetir ideias que já anteriormente constavam do acervo das boas práticas médicas.

Um escrutínio à nossa jurisprudência demonstra-nos como a apreciação judicial pode ser volátil e imprevisível no momento de constatar a ilicitude. Em 2007, O Tribunal da Relação de Lisboa deparou-se com o caso de uma jovem mulher (21 anos) que faleceu no decurso de uma intervenção cirúrgica de carácter estético (aos culotes), segundo parece devido a um erro na administração da anestesia⁶⁶. O TRL entendeu tratar-se de uma conduta ilícita por parte dos médicos, *inclusive* de erro grosseiro, a permitir presumir a culpa, designadamente pelo facto de, após a paragem cardiorrespiratória sofrida pela paciente, não terem procedido imediatamente a

⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sentencia nº 787/2011, de 11/10/2011, disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=19#> (consultado em 28/05/2021).

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24/04/2007, Proc. Nº 10328/2006-1, Relator Rui Vouga, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fcd06d21186e7212802573c4004b9423?OpenDocument&Highlight=0,10328%2F2006-1> (consultado em 28/05/2021).

entubação orotraqueal: “No caso sub judice, a morte da filha dos AA. ora Apelantes resultou da infração grosseira, por parte dos médicos ora 1º e 2º RR., da regra de ouro da anestesiologia de acordo com a qual a situação da paragem cardíaca não imediatamente reversível determina uma E.O.T. (entubação orotraqueal) quando alguém habilitado para o fazer estiver presente”.

Contudo, a referida decisão foi objeto de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este concluído pela absolvição dos réus. No entender deles, o comportamento diligente e adequado dos médicos revelava-se a partir de vários dos factos dados como provados, uma vez que: houvera o cuidado de fazer integrar a equipa médica por um cirurgião e por um anestesiológista; antes da submissão à cirurgia tinham sido realizados os exames médicos necessários; e houve igualmente diligência nas manobras de ressuscitação ⁶⁷.

Afirmam ainda que, dado o estado de saúde da paciente, nada fazia prever complicações anestésicas e portanto, face a tudo isto, o STJ deu por não provado o primeiro, e mais básico, requisito da responsabilidade médica, que consubsegue na violação das *leges artis*, isto é, na ilicitude. Como se vê, uma decisão completamente oposta àquela outra inicialmente tomada pela Relação.

Todavia, a questão complexifica-se ainda mais porque este acórdão do Supremo Tribunal de Justiça contou com dois votos de vencido, ambos no sentido de indicar uma violação das *leges artis* aos réus, desde logo porque “resultando uma morte dum 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” (itálico nosso). Assim se exprimiu o Conselheiro João Bernardo no seu voto de vencido, recolocando o ênfase na presunção de culpa por prova *prima facie*, que necessariamente terá que ter na sua base uma ilicitude.

Em síntese, podemos perceber que os nossos tribunais não se entenderam ainda sobre o que devem considerar comportamento violador das *leges artis*, o que demonstra uma clara falta de comunicação entre juizes e peritos médicos, bem como uma falta de aprofundamento destas matérias tão relevantes e que cada vez mais originam processos.

Sabe-se que, atualmente, a ilicitude do ato médico tem que ser sempre demonstrada pelo lesado (pois é este que tem esse ónus), nunca se presumindo. Tão pouco deriva, sem mais, do mero facto de determinado resultado obtido, não ser o almejado. Como nos explica o STJ, “não

⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/10/2009, Proc. N°08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800> (consultado em 28/05/2021).

estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as regras da arte, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente; *O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (acto ilícito), ele mesmo*” (itálico nosso)⁶⁸. Como tal, pode acontecer que o paciente sofra danos, até graves, mas não se prove que a conduta dos médicos se afastou do exigido pelas leis da arte. Nem a circunstância de o estado de saúde do autor se ter substancialmente agravado depois de uma intervenção médica denota a ilicitude do comportamento do médico, tendo o autor que fazer prova da mesma, como expressamente esclareceu o STJ e que mais uma vez nos confirma a inexistência de presunções de ilicitude: *“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.* 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. Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu corretamente, 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” (itálico nosso)⁶⁹.

Curiosamente, esta não era a posição do STJ há alguns anos atrás, sendo que este entendia que, se depois de uma intervenção, o estado do paciente se deteriorava, havia que presumir que tal se deveu a uma conduta culposa do médico, como podemos ver neste Acórdão do STJ: “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”⁷⁰. Assim, por via da presunção da culpa, acabava-se por presumir também (e previamente) a ilicitude e a causalidade.

O curioso nesta decisão do STJ, é que se parte da constatação do dano para a presunção

⁶⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc. N° 07A2334 Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334> (consultado em 28/05/2021).

⁶⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/12/2011, Proc. N°209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument&Highlight=0,209%2F06.3TVPRT.P1.S1> (consultado em 28/05/2021).

⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N°02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

da culpa, sem se debruçar sobre a ilicitude, o que significa que esta última tenha sido igualmente presumida. Embora sem referência à doutrina do dano evidencial, foi-se dizendo que se tratava de uma daquelas intervenções simples, que se fazem todos os dias e com bons resultados, daqui deduzindo que se neste caso não se obteve o resultado pretendido, tal desfecho se ficou a dever à conduta negligente do médico. Deste modo, foi lançada uma presunção de culpa, que ao médico caberia ilidir, ao que parece fundada na prova *prima facie*, derivada da simplicidade da intervenção em questão. Não conseguindo o médico afastar a presunção de culpa, o resultado foi a decisão condenatória proferida pelo Tribunal da Relação, com base numa ilicitude também presumida a partir da evidência dos factos.

Importa salientar que, nem sempre, as presunções da culpa tem o poder para carregar consigo uma concomitante presunção de ilicitude, sendo que a ideia que deve presidir à averiguação da ilicitude traduz-se no pressuposto de que “o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas de que o autor se queixa. Pois, um mau resultado não prova, sem mais, um mau diagnóstico e um mau tratamento, pelo que cabe ao autor provar que naquela situação concreta as *leges artis* impunham outro diagnóstico ou outro tratamento, que não aquele aplicado”⁷¹.

Em relação ao terceiro requisito, *a culpa*⁷², esta é a pedra angular do nosso direito da responsabilidade civil⁷³. À responsabilização de qualquer lesante é indispensável que se possa afirmar que este agiu com culpa, que o modo de agir ilícito é também culposos. E o que é agir com culpa? “Agir com culpa significa atuar 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*” (itálico nosso).

Para que o agente possa ser censurado pela prática de um facto ilícito é, em primeiro lugar, necessário que possua capacidade delitual (isto é, imputabilidade), a avaliar em concreto, tendo em conta a personalidade do agente e o ato em causa. Em consonância com o Artigo 488º

⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 06/06/2007, Proc. N.º 021/07, Relator Costa Reis, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbfbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7e741a57a6751517802572fe004e707a?OpenDocument&Highlight=0,021%2F07> (consultado em 28/05/2021).

⁷² Vaz SERRA, «Culpa do Devedor ou do Agente», *In BMJ*, n.º 68, 1957, pág. 13-149; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 247-269; J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição (reimpressão 2008), Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 562-597; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 578- 590; Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 369- 377, também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Luis Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Vol. 1 (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, pág. 315- 335.

⁷³ Ricardo Lucas RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 105-106.

nº1 do CC, e como nos explica SINDE MONTEIRO, “requer-se que o agente tenha a capacidade natural para discernir e apreciar o carácter ilícito do seu ato (*elemento intelectual*), bem como a faculdade de dirigir o seu comportamento de acordo com essa avaliação (*elemento volitivo*)” (itálico nosso)⁷⁴.

Ora, será imputável o sujeito dotado de discernimento para medir o sentido e o alcance dos seus atos e que esteja, efetivamente, livre no querer e no agir.

Pode acontecer que, um agente se tenha colocado culposamente num estado de irresponsabilidade e mesmo que esse estado não seja de carácter permanente, a justeza da lei implica que se considere o lesante igualmente imputável, não existindo aqui uma exceção ao princípio da culpa (parte final do Artigo 488 nº1 do CC). Isto acontece, por exemplo, quando há um atropelamento e o condutor se encontra alcoolizado, sendo o álcool gerador de uma situação transitória de incapacidade em que o agente se colocou de forma culposa.

Assim sendo, a lei apenas presume a falta de imputabilidade, para efeitos de responsabilidade, aos menores de dezasseis anos, bem como aos interditos por anomalia psíquica (Artigo 488 nº2 do CC).

A culpa é um juízo de censura, de reprovação, que assenta nonexo psicológico existente entre o facto praticado e a vontade do lesante. Age com culpa aquele que adota uma conduta ilícita que poderia e deveria ter evitado (omissão de um dever de diligência). Esta pode revestir duas formas distintas: o dolo ou culpa intencional e a negligência ou mera culpa. Esta distinção não tem uma importância tão fundamental no direito civil como tem no direito criminal, já que a mera culpa ou negligência gera, em regra, o dever de indemnizar. Contudo, ela releva para efeitos de o juiz ter a possibilidade de fixar a indemnização em montante inferior ao dano (Artigo 494º do CC), além do mais, por vezes, a lei exige o dolo como fundamento da responsabilidade (Artigo 957º nº1, Artigo 1134º e Artigo 1151º, todos do CC).

Assim, existe dolo quando o agente quis um resultado ilícito, o que pressupõe vontade e consciência, isto é, a representação do resultado ilícito e a sua aceitação. Ora, haverá dolo direito quando o autor quis diretamente o resultado que se produziu e dolo necessário, quando não quis diretamente o resultado, mas o aceitou porque necessário à obtenção do objetivo a que se tinha proposto. Existe ainda o dolo eventual, quando o resultado não foi diretamente querido nem previsto como consequência lateral necessária, mas se pode dizer que o agente o aceita na

⁷⁴ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 359 e ss., também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>;

eventualidade de ele se vir a produzir.

Para que se possa afirmar a existência de dolo é necessário que o autor saiba as circunstâncias que tornam o seu ato ilícito e excluem uma causa justificativa, podendo pois ser invocado o erro de facto.

Por outro lado, a negligência é uma culpa não intencional, definida por uma omissão da diligência devida para prevenir ou evitar o resultado ilícito. Haverá lugar à negligência consciente se o agente prever a possibilidade do resultado ilícito, mas atuar confiando, indevidamente, que ele não se produzirá. Diferentemente do dolo eventual, em que o agente não confia em que o evento não se verifique, no caso da negligência consciente, o agente só atua porque acredita que o resultado não acontecerá. Por outro lado, na negligência inconsciente, o resultado não foi sequer previsto como possível, mas deveria tê-lo sido se o agente usasse da atenção, cuidado ou circunspeção exigidos pelas circunstâncias.

Acresce que, ainda dentro da negligência, esta pode ser grave/grosseira, quando o lesante violou as regras mais elementares de prudência, deixando de tomar as precauções que, nas mesmas circunstâncias se impunham a qualquer pessoa razoável, ou leve/ligeira, quando o comportamento do lesante, não sendo desculpável, não é particularmente reprovável, podendo ser tomados em conta os motivos, ao menos como índice para a valoração⁷⁵.

O Código Civil estabelece que a culpa deve ser apreciada em abstrato, e não em concreto, pelo que a conduta do agente é avaliada por referência a um modelo abstrato e objetivo (“conduta modelo”), que se abstrai da personalidade daquele. Assim, a culpa deve ser apreciada pelo modelo *do bonus pater familias*⁷⁶, do homem diligente, prudente e razoável, do bom cidadão (Artigo 487º, nº2 e Artigo 799º, nº2 do CC). Como tal, averiguar a existência de culpa passará assim por comparar a conduta do lesante com a de um indivíduo normalmente diligente e prudente, dotado de uma inteligência e discernimento normais, agindo como um bom pai de família, e questionar se este tipo abstrato de indivíduo teria podido evitar ou prever o evento que causou o dano.

Em harmonia com esta solução legal, a doutrina maioritária argumenta que a culpa deve ser vista como uma deficiência da conduta, e não uma deficiência da vontade, e portanto, o agente deve atuar como uma pessoa capaz, avisada, razoável e medianamente dotada de capacidades intelectuais, morais, físicas, técnicas e profissionais. Segundo esta forma de ver as coisas, ainda

⁷⁵ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 377, também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>;

⁷⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/10/2010, Proc N° 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument&Highlight=0,1364%2F05.5TBCL.G10> (consultado em 28/05/2021).

que individualmente o concreto agente tenha feito tudo para evitar o dano, pode ser-lhe imputada culpa.

Ora, podemos dizer o agente age culposamente quando empreende uma atividade para a qual não possui as necessárias capacidades ou forças. Assim, o que se pretende do indivíduo é que ele corrija as suas próprias deficiências ou, em última análise, se abstenha de assumir compromissos para os quais não está habilitado.

O argumento para esta estipulação é o de que esta solução é a mais favorável aos interesses gerais da contratação e do comércio jurídico, pois a vida em sociedade exige que se possa contar com um mínimo de qualidades positivas por parte dos outros, isto é, postula o princípio da confiança na atuação dos outros, que seria gravemente afetado se fossem admitidas causas de escusa puramente individuais⁷⁷.

Na responsabilidade médica, a culpa afere-se também pela maneira como um profissional médico teria agido quando colocado naquela concreta situação (Artigo 10º nº1 da Lei nº 67/2007, de 31.12). Como nos diz o Supremo Tribunal de Justiça, trata-se de “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”⁷⁸.

Ora, no específico campo médico questiona-se se seria exigível ao médico ter atuado de maneira diversa naquele circunstancialismo, tendo em consideração os elementos existentes e as informações conhecidas à data em que o agente atuou (circunstâncias que condicionaram o médico, como por exemplo, a sua especialidade e a sua experiência, assim como o contexto em que ele se insere e as condições onde atua, incluindo os meios à disposição, urgência do procedimento médico, perigosidade do mesmo e tudo o demais.)

Se a violação do dever de cuidado traduz a ilicitude, já o afastamento do padrão do “médico médio” traduz a culpa⁷⁹. Ambos os requisitos são exigíveis para a responsabilidade médica (civil e criminal), mesmo que a específica concretização da ilicitude e da culpa possa assumir especificidades (por exemplo, no campo da responsabilidade civil, podemos prescindir da culpa sempre que nos reportemos aos casos especiais da responsabilidade objetiva, contudo são raríssimos neste domínio.)

⁷⁷ J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição (reimpressão 2008), Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 576.

⁷⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22/05/2003, Proc. Nº 03P912, Relator Neves Ribeiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6?OpenDocument&Highlight=0,03P912> (consultado em 28/05/2021).

⁷⁹ João Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 9ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1996, pág. 594-596.

Deste modo, o médico age com culpa, quando age de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente reprovada e censurada, isto é, quando se pode determinar perante, as circunstâncias concretas de cada caso, que o médico obrigado devia e podia ter atuado de modo diferente. Diversamente, a atuação do médico já não é culposa, quando consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter atuado como atuou, uma vez que, na sua atividade profissional, observou todas as diligências e aplicou todos os conhecimentos que possuía para a prossecução do fim proposto.

Assim, a culpa tem duas dimensões: uma de natureza objetiva, traduzida no dever de diligência violado (que em direito criminal se discute no plano do tipo de ilícito objetivo e não do tipo de culpa); e outra de natureza subjetiva, que se funda na imputação da violação do dever ao agente, pelo facto de este conhecer (ou dever conhecer) esse dever e ter a possibilidade efetiva de agir de outra forma para, desse modo, não o violar⁸⁰.

Importa saber que, no ordenamento jurídico nacional, não existe (como existe em Itália no Artigo 2236º do CC italiano) qualquer norma que isente o agente médico de responsabilidade quando este tenha atuado com culpa leve e o caso seja controverso, complexo ou não tenha sido substancialmente estudado. Pelo contrário, em Portugal, a complexidade da situação não nos serve para afastar a responsabilidade do médico quando o seu grau de culpa for diminuto, somente condiciona a avaliação da culpa do agente, pois nos casos de maior dificuldade é legitimamente aceite algum grau de imperícia do agente.

Deste modo, se a intervenção for muito complexa poderão justificar-se pequenos descuidos, se importar uma técnica muito recente poderá admitir-se algum desconhecimento, ou se for uma situação de urgência para o doente, poderá *inclusive* tornar-se inexigível ao médico atuar de maneira diversa⁸¹.

Contudo, o facto de uma atividade abranger, pela sua natureza, um determinado risco, mesmo de nível elevado, pode ainda assim propiciar a condenação do médico, caso se comprove que a concretização do risco se deveu a uma conduta culposa da sua parte. Pois, o risco acrescido exige sempre cuidado e atenção redobrados com vista a evitar a sua ocorrência, pelo que na falta destas cautelas presumir-se-á culpa do agente.

Veja-se a este respeito uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo: em que, no

⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 01/03/2012, Proc. N.º 9434/06.6TBMTS.P1, Relator Filipe Caroco, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument&Highlight=0,9434%2F06.6TBMTS.P1> (consultado a 28/05/2021).

⁸¹ Rute Teixeira PEDRO, «*Da Tutela do Doente Lesado- Breves Reflexões*», 2008, pág. 425, disponível em: file:///C:/Users/jessi/AppData/Local/Temp/A.5__2008___.p.417-460-1.pdf (consultado a 28/05/2021).

decurso de uma intervenção cirúrgica, o médico que a executava deixou alojado no interior da cavidade abdominal do doente, material cirúrgico, mais concretamente uma “pinça de coração”⁸² Neste caso, foi intentada uma ação de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, onde acabou por se concluir que, não obstante, se ter provado que o médico não pudera contar com o suporte de um enfermeiro instrumentista (facto esse alegado pelo recorrente réu para se eximir à responsabilidade), ainda assim a sua conduta fora culposa e ilícita, porque o esquecimento de um objeto no campo cirúrgico deriva sempre de uma falta de cuidado. Assim sendo, não foi o facto de o risco aumentar pela ausência de um enfermeiro instrumentista, que fez cair a responsabilidade, uma vez que *“se o risco aumenta pela falta de condições, devia aumentar na mesma porção o zelo e a diligência do médico ”* (itálico nosso).

No mesmo sentido temos outro Acórdão do STA em que: “O dreno interiorizou-se entre dois pensos que foram feitos ao autor sem que ninguém tivesse reparado nisso ao fazer o penso seguinte” e o que o Tribunal concluiu foi que “apesar de a interiorização do dreno ser um evento possível, uma complicação inerente a toda a actividade cirúrgica, como ficou provado, isso só eleva o dever de cuidado na observação pós-operatória dos doentes. Pois não equivale a considerar que a interiorização do dreno é algo de inevitável, ou que escape ao controlo dos profissionais médicos, para ficar excluída qualquer negligência sua ”⁸³. Daqui retiramos que não é o facto de um risco ser muito frequente que isenta, sem mais, o médico.

Em regra, os comportamentos do médico que geram responsabilidade são-lhe imputáveis como mera culpa ou negligência e não como se de um dolo se tratasse⁸⁴. A culpa é catalogada como uma omissão da diligência e da competência exigível, segundo as circunstâncias do caso e do momento, resultando num desvio da atuação do médico em relação ao modelo de comportamento, no que concerne a competência, prudência e atenção a que está vinculado.

Tal desvio pode manifestar-se, segundo RUTE TEIXEIRA, PEDRO, em três modalidades (modelo tripartido), sendo elas a negligência, a imperícia e a imprudência⁸⁵. Fica caracterizada a conduta como negligente quando o médico não observar os dever de cuidado a que estava vinculado no tratamento do doente, mediante uma conduta omissiva. Por sua vez, a imperícia

⁸² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 23/02/2005, Proc. N° 01662/03, Relator Edmundo Moscoso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e37f2d1cb547effa80256fba0059ec41?OpenDocument&Highlight=0,01662%2F03> (consultado em 28/05/2021).

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 29/06/2005, Proc. N° 0671/04, Relator Simões de Oliveira disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ed6fe48fbefea8a38025703f0045285a?OpenDocument&Highlight=0,0671%2F04> (consultado em 28/05/2021).

⁸⁴ Mário J. de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, pág. 533-534.

⁸⁵ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico- Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 125- 127.

decorre da falta de aptidão técnica ou habilidade para a realização de uma atividade específica, ou seja, há ausência de conhecimentos teóricos, capacidades técnicas e competências adequadas para o exercício do ofício (por exemplo, o médico, por falta de habilidade, realiza erroneamente a técnica de incisão). Por fim, a imprudência é a prática do ato sem a observação da cautela necessária e recomendada para tanto. Resulta pois, de um ato impregnado de intempestividade, precipitação, insensatez e impulsividade, que conduz a adoção irrefletida de condutas arriscadas, inadequadas ou perigosas.

A apreciação da culpa médica nem sempre é tarefa fácil. Obriga, desde logo, a recorrer ao parecer de peritos médicos, mas também às leis da arte médica, que não só possibilitam concluir pela ilicitude como também pela culpa. Verdadeiramente, a avaliação é feita pela comparação com o comportamento que um médico medianamente prudente que passasse por igual situação e possuísse iguais conhecimentos, tivesse, sendo este comportamento retirado com respeito às *leges artis*, sabendo desde logo que estas normas não são absolutamente vinculativas, pois, devido a natureza complexa da área de medicina, estas apenas podem referir-se a comportamentos gerais e abstratos, deixando de parte as particularidades do caso em concreto, que podem ditar afastamento às regras gerais. Como podemos ver, “a observância da boa prática clínica (...) não consiste numa adesão acrítica às diretrizes geralmente aceites num determinado momento histórico, mas impõe ao médico que avalie sempre a *compatibilidade das referidas Guidelines com as condições subjetivas do paciente*” (itálico nosso).

Esta ideia é reforçada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, quando menciona que: “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 adotada pelo médico contratado, por recurso, portanto, a um *juízo de prognose póstuma*” (itálico nosso)⁸⁶.

Uma das notas atinentes ao caso concreto que se deve ter em apreço é o grau de preparação, competência e conhecimentos do médico (ou do serviço) em causa. O critério da culpa não exige àquele que não está em condições de atuar de determinada forma um comportamento para si inalcançável, mas compele ao profissional especialmente qualificado e sabedor, um padrão de conduta mais elevado. Então se for chamada a “culpa de serviço”, o

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/10/2007, Proc. N.º 6068/2007-7 Relator Isabel Salgado, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f540daebb46028a980257399005b9dbf?OpenDocument&Highlight=0,6068%2F2007-7> (consultado em 28/05/2021).

padrão de aferição da culpa torna-se particularmente exigente face à credibilidade de que aquele serviço, ou aquela equipa, gozam no meio profissional envolvente. A este respeito diz o Supremo Tribunal Administrativo: “ Tal conduta é tanto mais censurável quanto é certo que a unidade de escolioses do Serviço de Ortopedia do ora Réu é das mais antigas e prestigiadas do País, encontrando-se dotada de meios técnicos atualizados e de pessoal experiente e em constante atualização técnica e teórica”⁸⁷.

Um fundamento que pode afastar a culpa do médico, a título de causa de exclusão da culpa, é a falta de instrumentos adequados por motivos que não lhe sejam imputáveis. Ao médico cabe diligenciar sempre no sentido de possuir todos os recursos imprescindíveis à intervenção a que se propõe. Quando assim não acontece, este deverá abster-se de agir e reencaminhar o doente para outro centro de tratamento melhor apetrechado, exceto em caso de urgência. O contrário, quando a falta se deve ao próprio médico, quando este, por exemplo, não avisou os órgãos de gestão do hospital sobre a necessidade de determinado aparelho ou instrumento, a culpa recai sobre ele⁸⁸.

O quarto requisito é o *dano*⁸⁹, que etimologicamente representa uma diminuição do património, tanto do ponto de vista material, como do ponto de vista formal. De facto, não nos oferece dúvidas que, sem a ocorrência de um dano na esfera do lesado, este não esteja legitimado a peticionar qualquer montante indemnizatório, desde logo, por não haver prejuízos a ressarcir.

O dano consubstancia-se na lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico. Para um conceito mais completo, podemos dizer que dano é considerado como *a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito tutelado ou a norma infringida visam tutelar* (dano real). Assim sendo, dano não é qualquer prejuízo sentido ou afirmado por alguém como tal⁹⁰.

Importa referir que, sem dano não há responsabilidade civil, pois diferentemente do que acontece no direito penal, não existe no nosso direito civil os intitulados delitos de perigo abstrato⁹¹.

⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 12/11/2008, Proc. N.º 0682/07, Relatora Angelina Domingues, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f0914abbb90386db80257505003ef069?OpenDocument&Highlight=0,0682%2F07> (consultado em 28/05/2021).

⁸⁸ O que acontece em muitas destas situações é que a responsabilidade acaba por cair sobre o centro hospitalar, seja ele público ou privado, por não ter diligenciado os recursos disponíveis, e não sobre agente, que não os solicitou.

⁸⁹ Vaz SERRA, «Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Extensão, do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização)», *In BMJ*, n.º 84, 1969, pág. 5-301; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 270-277; J. M.. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição (reimpressão 2008), Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 597-617; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 590-605; Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 377-379, também disponível no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Luis Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Vol. 1 (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, pág. 335-345.

⁹⁰ Manuel A. Carneiro da FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010, pág. 89.

⁹¹ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da FDUP*, A.2 (2005), pág. 377, disponível em: <https://repositorio->

O dano constitui um pressuposto do nascimento de uma relação jurídica, sendo a finalidade principal a sua reparação. Os danos sofridos podem ser de duas categorias diferentes, patrimoniais e não patrimoniais (Artigo 496º do CC), consoante o interesse lesado. Assim é um dano patrimonial aquele que implica um interesse privado patrimonial, sendo o correspondente prejuízo avaliável em dinheiro. Este dano será medido, em princípio, calculando-se a diferença entre a concreta situação do lesado e aquela que existiria se o dano real não tivesse acontecido. Por outro lado, fala-se de um dano não patrimonial aquele que abrange um interesse de outra natureza, sendo insuscetível de avaliação pecuniária. Podemos aqui incluir a vergonha, o medo, a angústia, a dor física e psíquica. Neste segundo caso, não está em causa tornar o lesado indemne, mas, de acordo com a conceção tradicional, conceder uma compensação que contrabalance o mal sofrido.

A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais já foi rejeitada, nomeadamente por se entender que tais danos eram, por natureza, irreparáveis⁹². Contudo, nos dias de hoje, é consensual a possibilidade de os danos ditos morais serem indemnizáveis no domínio da responsabilidade, independentemente da modalidade, desde que estes sejam graves e, conseqüentemente, merecedores da tutela do Direito. Ora, o montante da indemnização será fixado equitativamente e atenderá às circunstâncias concretas, como sejam a situação económica do agente e do lesado.

A lei dá primazia ao princípio da reconstituição natural, patente no Artigo 562º, só devendo a indemnização ser definida em dinheiro quando aquela não seja possível, não reparar cabalmente os danos ou for demasiado onerosa (Artigo 566º nº1 do CC).

Em relação aos danos patrimoniais distingue-se, em consonância com a configuração do prejuízo suportado, entre o dano emergente (aqueles que infringem uma perda ou diminuição dos bens ou direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão) e lucro cessante (os benefícios que se deixam de obter devido à lesão, conforme Artigo 564 nº1 do CC)⁹³.

A lei prevê ainda a ressarcibilidade de danos futuros, contando que sejam previsíveis. Não o sendo, difere-se o momento da fixação da indemnização (Artigo 564º nº2 do CC).

Na responsabilidade médica, o dano consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta voluntária e ilícita do médico, na violação de um interesse, bem ou direito do paciente

aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf (consultada em 28/05/2021).

⁹² João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 603.

⁹³ Daniela Sofia Gomes COSTA, *A culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 25, 2018, pág. 26.

juridicamente protegido.

Para que seja admitida a existência de um dano e para que este seja indemnizável, ele deverá ser certo e não meramente eventual ou possível, deve apresentar o mínimo de gravidade e, ainda, ser direto e imediato no estado de saúde do paciente. Como tal, a avaliação do dano sofrido só vai dizer respeito àquele que é consequência direta da assistência prestada pelo profissional à vítima.

A verificação do dano representa o pressuposto indispensável para a imputação da responsabilidade civil, dada a finalidade ressarcitória que lhe é característica. Assim, à luz das disposições do Artigo 342º do CC, a análise do dano visando a responsabilização do médico, deve ser feita segundo os pressupostos da responsabilidade subjetiva fundamentada na culpa e por via da demonstração do ónus da prova.

Atualmente, constata-se uma tendência de aumento do tipo de danos a ser ressarcidos, onde a proteção jurídica incide sobre um número maior de interesses que são aglutinados na categoria de bens jurídicos, e noutro sentido, é reconhecida relevância a uma maior diversidade de ataques a esses bens jurídicos⁹⁴. Cada vez mais bens jurídicos são considerados e tutelados, cada vez mais a tutela legal dos bens jurídicos se torna mais abrangente, considera mais situações e protege contra mais fatores, entendendo o ser humano como o ser complexo que ele é e a multiplicidade dos seus interesses relevantes.

Assim sendo, a preocupação do Direito no âmbito do dano na responsabilidade civil médica traduzir-se-á na preocupação com a saúde do indivíduo, entendida como a unidade física, psicológica, social e cultural do seu bem-estar⁹⁵.

Da consideração desta unidade, da complexidade do próprio ser humano e da complexidade que o próprio dano pode revestir nesta matéria em consequência disso, verificamos que os danos patrimoniais na seara médica poderão consubstanciar-se em danos emergentes, resultantes de gastos efetivos que o paciente dispôs, por exemplo, com exames médicos, medicamentos, os serviços de terceiros a que teve de recorrer e procedimentos complementares, ou derivados da conduta ilícita do médico; ou lucros cessantes, correspondentes aos valores que o paciente deixou de angariar devido à prática do ato ilícito do médico, como por exemplo, as sequelas que se verifiquem na capacidade de trabalho derivado da intervenção médica em causa⁹⁶.

⁹⁴ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 142.

⁹⁵ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 142-144.

⁹⁶ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág.

Em relação aos danos não patrimoniais, aqui incluem-se os danos morais decorrentes das dores físicas e mazelas psicológicas⁹⁷ sofridas pelo paciente, que se manifestem e que sejam consideradas relevantes, derivadas da violação direta dos direitos da personalidade (direito à imagem, direito à intimidade privada, etc), da violação de um direito subjetivo ou das consequências da violação do direito à integridade física ou à vida. Envolve também todos os danos que se reflitam sobre os interesses sociais, culturais, afetivos ou outros relevantes para o paciente, merecendo e sendo estes, de facto, tutelados pelo Direito, que forem postos em causa com a intervenção médica⁹⁸.

Uma dificuldade acrescida surge ainda com a consideração dos danos para efeitos do cálculo da indemnização (Artigo 564º do CC), pois enquanto os danos patrimoniais surgem já essencialmente determinados, os danos não patrimoniais têm ainda de o ser, aspeto que dificulta a operação.

Por último, mas não menos importante, temos o *nexo de causalidade entre o facto e o dano*⁹⁹, que está patente no Artigo 563º do CC e nos diz que: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Em termos simplistas, trata-se de aferir se aquele facto voluntário, em circunstâncias normais e à luz das regras da experiência, é apto a produzir aquele efeito danoso, porque se for, a lei impõe que haja uma obrigação de indemnizar.

Para melhor alcançarmos este nexo causal, façamos uma breve resenha das teorias desenvolvidas nessa matéria. Segundo MENEZES LEITÃO, a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), trata como causa de um evento todas as condições que tenham estado na base da sua ocorrência, de tal modo que a sua ausência determinasse a não produção do evento¹⁰⁰.

Por sua vez, a designada teoria da última condição (ou teoria da causa próxima), preconiza que a condição que imediatamente antecede o evento será a sua causa. Ou seja, a causa é a que

144-146.

⁹⁷ As mazelas psicológicas traduz-se num sofrimento versado em amargura, tristeza, perturbação, desgosto e ansiedade, decorrentes de uma incapacidade real e que deverão ser analisadas para a certificação da gravidade do dano (Artigo 496º do CC).

⁹⁸ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 146.

⁹⁹ Vaz SERRA, «Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização)», *In BMJ*, n.º 84, 1969, pág. 5-301; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 278- 286; J. M.. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição (reimpressão 2008), Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 617- 620; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 605-606; Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da Responsabilidade Civil», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pág. 379-381, também disponibilizado no seguinte endereço: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Vol. 1 (Introdução. Da Constituição de Obrigações), Coimbra: Almedina, 2008, pág. 345-351.

¹⁰⁰ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 344 e ss.

está mais próxima cronologicamente do dano.

No que toca à teoria da condição eficiente, esta sugere que se avalie a eficiência das várias condições concorrentes a fim de se poder apontar aquela com mais relevância para o processo causal.

Por fim, importa mencionar a teoria do escopo da norma violada, que se resume à ideia de que para o estabelecimento do nexos causal basta somente verificar se o dano resultante do facto corresponde ao decaimento dos proveitos que a norma visava facultar ao sujeito, através da consagração do direito subjetivo ou da norma de proteção.

A este propósito, importa mencionar que a doutrina sofreu uma marcante evolução no seio do pensamento jurídico no que toca ao nexos de causalidade, tendo-se abandonado a teoria da causalidade natural (*conditio sine qua non*) e afirmado a teoria da causalidade adequada¹⁰¹, com as retificações trazidas pela teoria da conexão de risco em sede criminal¹⁰². Conforme estas teorias, não serão chamados a responder todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para certo resultado, mas apenas os autores daquela condição que, em termos gerais e abstratos e em consonância com as regras comuns da vida, se possam considerar causa de determinado resultado. Esta teoria vem indiretamente refletida no Artigo 563º do CC e estabelece que só serão indemnizáveis aqueles danos que o lesado, provavelmente, não teria sofrido se não fosse por ocasião dessa lesão.

Assim, efetua-se um “juízo de prognose póstuma” para avaliar se, em abstrato e, em condições ditas normais, seria expectável que a prática daquele facto desbocasse na produção daquele dano. Todavia, não se ignoram os contornos específicos patenteados no caso concreto, quando estes se assumam como relevantes para o processo causal. O mesmo é dizer que circunstâncias que tudo indicaria serem excecionais ou anormais, passam a poder ser consideradas.

Ora, as circunstâncias especiais que rodeiam a prática da Medicina, designadamente o carácter aleatório que rodeia, em princípio, o resultado da prática médica, imiscui-se na operação (de análise que determina se a conduta considerada é a causa adequada do dano), dificultando-a e tornando o estabelecimento do nexos de causalidade quase impossível para alguém que não seja hábil no saber próprio da Medicina, que não esteja a par das circunstâncias que rodeiam a

¹⁰¹ Francisco Manuel Pereira COELHO, *O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1950, pág. 121 e ss (para a teoria da causalidade natural) e pág. 137 e ss (para a teoria da causalidade adequada); J.M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 828-829.

¹⁰² Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 930 e ss.

atividade e que não consiga analisar a conduta do médico através desses circunstancialismos de modo a poder aproximar-se do estabelecimento do nexos de causalidade, do alcance dos danos em causa e do correspondente montante indemnizatório (e alcança-los).

Assim, na responsabilidade médica, o nexos de causalidade surge como o instrumento pelo qual é possível relacionar o dano verificado no caso concreto (ao paciente) à conduta do agente levado em conta (o médico, nestes circunstâncias), não se efetivando a responsabilidade civil quando tal correspondência não se verificar. Como tal, o nexos nada mais é que a correspondência lógica entre a conduta voluntária ilícita praticada pelo médico e o dano correspondente sofrido pelo doente¹⁰³.

Deste modo, a apreciação do nexos de causalidade na responsabilidade médica faz-se apurando se a causa era ou não idónea a produzir certo resultado (juízo de idoneidade que deve ser formulado no momento da prática da conduta) ou se somente se verificou devido à intervenção de circunstâncias anómalas.

Para tal, o julgador terá de reconstituir a sequência dos acontecimentos precedentes à situação final em que o doente se encontra, da referida análise deverá retirar o ato desvalioso praticado pelo médico e caso chegue à conclusão de que, em algum momento, o lesado não teria sofrido o dano do qual reclama uma indemnização, então o ato médico será determinado como condição ou causa da sua verificação¹⁰⁴.

Contudo, é também através do nexos de causalidade, em estreita relação com o pressuposto dano, que podemos verificar a extensão dos danos considerados relevantes e qualificar o seu valor para efeitos da atribuição de uma indemnização (quantitativo ressarcitório em caso de erro médico), permitindo ultrapassar as dificuldades provenientes da consideração dos danos não patrimoniais no campo da responsabilidade civil médica.

Na área da Medicina, é frequente acontecer, que nem todos os danos sofridos pelo paciente possam ser imputados à conduta médica, uma vez que alguns deles existiriam de qualquer maneira, pois derivam da doença de que padece o paciente e não podem ser contornados nem com os melhores e mais oportunos cuidados.

Como pudemos ver num Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, foi reduzido o leque de danos (e conseqüente indemnização) que haviam sido reconhecidos na sentença recorrida,

¹⁰³ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 148-151.

¹⁰⁴ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 149.

justamente porque se alegou que os danos sofridos pelo doente na parte inicial da doença se deviam a essa mesma doença, e que só os danos subsequentes haviam sido causados por desmazelo médico, ao não agir de forma rápida e eficiente¹⁰⁵.

Para haver um juízo de idoneidade urge não perder de vista aspetos que adquirem especial destaque na aferição da causalidade do ato médico, que se ligam às especificidades da profissão. De facto, pode acontecer que, no domínio da atividade médica, o paciente já apresente um perigo para o bem jurídico (vida ou integridade física), mas que o agente quando atue, aumente ou potencie esse perigo já existente¹⁰⁶. Como nos diz VERA LÚCIA RAPOSO, “a grande dificuldade em apurar o nexo de causalidade na responsabilidade médica reside na circunstância de nos reportarmos a processos casuais que muitas vezes já tiveram início antes da intervenção do médico, sendo que se espera deste que os interrompa ou lhes dê um rumo menos lesivo para o paciente”. A isto acresce, “a imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano, de tal forma que, e salvo raras exceções, é praticamente impossível afirmar com toda a certeza que se determinada conduta tivesse sido adotada, ou não tivesse sido adotada, o dano não se teria efetivado”¹⁰⁷.

Ora, podemos dizer que, a afirmação do nexo causal está condicionada pela prioridade cronológica dos eventos. RUTE PEDRO chama-nos a atenção de um caso da jurisprudência argentina (*caso Lirusso v. Sanatório Parque SA*), no qual uma doente submetida a intervenção cirúrgica termina em estado vegetativo, devido a uma paragem cardíaca¹⁰⁸. Na versão dos herdeiros o que aconteceu foi que, durante a intervenção, “os médicos usaram um bisturi elétrico que, por falha no seu funcionamento, provocou um arco voltaico” e teria sido este o motivo pelo qual a paciente entrou em paragem cardíaca e posteriormente em estado vegetativo. Por sua vez, os médicos alegaram que “após o início da intervenção a senhora entrou em paragem cardíaca, e que foi durante os atos de reanimação que adveio a descarga por força do uso de dispositivos elétricos”. Note-se que a ocorrência dos acontecimentos coincide em ambas as versões, diferindo apenas a sua sequência temporal. Ora, se já é árduo estabelecer a ocorrência efetiva dos factos, mais difícil ainda é determinar a sequência dessa ocorrência, o que pode levar a posições muito diversas adotadas pelo Tribunal.

¹⁰⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 12/04/2012, Proc. N° 01798/11.

¹⁰⁶ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 335.

¹⁰⁷ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, R.L., Coimbra: Almedina, 2013, pág.51.

¹⁰⁸ Rute Teixeira PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões», *In Revista da FDUPA.5 (2008)*, pág. 430, disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49897 (consultado em 28/05/2021).

Pelo exposto, será sempre problemático concluir se o ato médico foi ou não condição do dano (ainda que no plano civil haja alguma flexibilidade nessa decisão, ao contrário do plano criminal, pois levantar-se-iam problemas graves por força dos princípios da legalidade criminal e da presunção da inocência), contudo importa que o lesado, sobre quem recai o ónus, prove que atuação do médico terá dado causa ao dano¹⁰⁹, isto é, que ele não só sofreu danos como houve também uma conexão de causa e efeito entre a atuação do médico e o resultado danoso, de modo a se determinar, com certeza, que a produção dos prejuízos terá sido resultado de facto imputável ao profissional.

Isto porque, o legislador preocupou-se em limitar a extensão da responsabilidade do devedor, sendo que o que releva não é o conceito de causa alicerçado em termos naturalísticos ou decorrentes de teorias da física¹¹⁰, mas sim a determinação de um nexos causal juridicamente relevante para a realização de fins específicos do Direito¹¹¹.

Ao médico lesante apenas resta provar que tal condição não foi idónea para causar o prejuízo e que o que aconteceu terá sido apenas uma consequência extraordinária para tal condição¹¹².

Face as linguagens distintas da Medicina e do Direito, os pressupostos de análise dos dois ramos assumem significados diversos, tal como ocorre com o conceito jurídico de causa e a noção médica de causa, que se assumem como divergentes¹¹³.

Ora, na análise de responsabilidade civil do médico, a maior dificuldade enfrentada pelo jurista cinge-se com o facto de a Medicina abarcar um mundo regulado por uma causalidade peculiar, onde o julgador é confrontado com matérias que não domina, com uma linguagem técnica diferente e com um padrão de raciocínio diverso, o que dificulta as ligações de causa-efeito entre a conduta e o dano.

Como tal, a condição fulcral para o estabelecimento do nexos de causalidade será o recurso a peritos médicos, dotados de conhecimentos particulares na área, que “emprestem” o seu saber ao Direito (e ao Tribunal que jogue uma ação de responsabilidade civil médica), de modo a ultrapassar as dificuldades geradas, não só ao nível do nexos de causalidade mas também ao nível

¹⁰⁹ Luís Teles de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Porto: Almedina, 2007, pág. 327.

¹¹⁰ Pereira COELHO, «O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil», *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento IX, 1951, pág. 170.

¹¹¹ Mário J. de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, pág. 760.

¹¹² Pereira COELHO, «O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil», *cit.*, pág. 208; Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 46-59.

¹¹³ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 152 e ss; Teresa MAGALHÃES, *Estudo Tridimensional do Dano Corporal*, Coimbra: Almedina, 1998, pág. 169.

dos outros pressupostos¹¹⁴. Assim sendo, o juiz da causa e o perito vão constituir uma dupla com pontos de vista e linguagem opostas, mas com a missão comum de esclarecerem o caso em estudo¹¹⁵. A peritagem ocorre como um complemento da atividade do juiz, num domínio que este ignora.

O recurso à prova pericial é usado como chave para a certificação da existência do erro médico¹¹⁶, contudo nem sempre contribui para a eliminação plena das dificuldades constatadas, uma vez que o objetivo da clarificação das controvérsias nem sempre é alcançado com a total eficácia. De facto, o exercício da Medicina abarcara sempre alguns níveis de incerteza e aleatoriedade, dada a singularidade de cada enfermo e a particularidade da evolução de cada doença, o que faz com que a causalidade médica seja por essência “relativa” e poucas vezes “probabilística”.

¹¹⁴ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 154-160; J. Coelho dos SANTOS, «A Reparação Civil do Dano Corporal: Reflexão Jurídica sobre a Perícia Médico-legal e o Dano Dor», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n°4, Ano II, Maio 1994, pág. 86.

¹¹⁵ José António Esperança PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ª edição, Lisboa: Lidel, 2003, pág. 128.

¹¹⁶ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 152.

CÁPITULO II- DIREITO MATERIAL APLICÁVEL À RESPONSABILIDADE MÉDICA

1- Contrato de Prestação de Serviços Médicos

Durante praticamente todo o século XIX, as questões que surgiram em matéria de responsabilidade médica eram “automaticamente” remetidas para sede delitual. Como tal, acreditava-se que o exercício das profissões liberais eram expressão máxima da liberdade dos respetivos profissionais e que, devido a isso, haveriam estes de realizar a atividade de forma gratuita, constituindo os montantes pagos pelas pessoas um mero agradecimento¹¹⁷. Até porque, a vida e a saúde humanas eram consideradas bens jurídicos “intocáveis”, não podendo, portanto, ser objeto de negócios.

Além disso, causava estranheza ao senso comum a ideia de que a atuação médica pudesse ser regulada por um contrato, pois entendia-se que o saber médico era algo próximo do sagrado, estando assim os médicos vinculados à lei e eventualmente às normas deontológicas da profissão durante a sua atividade, mas nunca a um contrato.

Com efeito, até há bem pouco tempo, a relação médico-paciente era pautada por um profundo paternalismo clínico¹¹⁸, dificilmente coadunável com a ideia de contrato e com a situação de tendencial paridade que ele, por excelência, propicia.

Em 1972, aparece pela primeira vez a figura do contrato associado à atividade médica, pelas palavras de MOITINHO DE ALMEIDA, que afirmou claramente que “as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual”¹¹⁹. Esta afirmação fez com que as relações entre médico e paciente passassem de “um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo direito”¹²⁰, ou seja, um plano de igualdade ou paridade, em que o médico não é mais do que um contraente, como qualquer outro.

Com este passo, estavam lançadas raízes para que, paulatinamente, se fosse instalando na consciência dos médicos e dos doentes a percepção da existência de um verdadeiro *corpus* articulado e coerente de direitos do paciente, que devem ser observados durante a prática clínica.

O contrato vai apresenta-se assim, como o instrumento técnico-jurídico que permite, em regra, um bom enquadramento desta relação da vida social juridicamente relevante, que se

¹¹⁷ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pág. 79 e ss.

¹¹⁸ Sobre o paternalismo médico, ver mais desenvolvidamente, Guilherme de OLIVEIRA, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica», *In Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 59; André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 24 e ss.

¹¹⁹ José Carlos Moitinho de ALMEIDA, «A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro», *In Scientia Juridica*, XXI, Braga, Janeiro-Dezembro 1972, pág. 327- 355.

¹²⁰ André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 32.

estabelece entre um profissional ou uma instituição de prestação de cuidados de saúde e um doente, e pela qual se atribuem direitos subjetivos (com carácter de sinalagmaticidade) a ambos os intervenientes.

Trata-se de uma relação contratual que tem por conteúdo ou elementos essenciais a prestação de um, ou um conjunto, de atos médicos, realizados por um profissional (o médico) a uma pessoa humana (o paciente), com o “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”¹²¹. Trabalhamos, pois, com um conceito alargado de saúde, no qual são abrangidos não só os atos médicos destinados à cura do doente, como também todos aqueles reconduzíveis a uma ideia genérica de promoção do bem-estar ou de minimização do mal-estar.

O contrato de prestação de serviços médicos insere-se na ampla *categoria dos contratos de prestação de serviços*¹²², que privilegia uma ideia de independência do prestador, que apenas terá de apresentar posteriormente “um certo resultado” (Artigo 1154º do CC). Como tal, o objeto do contrato da prestação de serviços é, pois, o determinado resultado dessa atividade.

Acresce que, apesar de não encontramos regulação específica no Código Civil, este contrato de prestação de serviços médicos não deixa de ser um contrato típico, na medida em que a sua tipicidade não resulta da lei, mas sim do simples facto de existir na sociedade enquanto categoria jurídica autónoma. Como nos diz FERREIRA DE ALMEIDA, “o contrato de prestação de serviços médicos não é um tipo legal, mas um tipo social e nominado, porque é como tal referido na prática e pressuposto em várias disposições legais”¹²³. Por conseguinte, o que temos é um autêntico *contrato socialmente típico*¹²⁴, resultante da existência de uma prática constante e uniforme reconhecida e assumida generalizadamente como vinculativa, isto é, dotada de juridicidade¹²⁵.

No direito português, a relação médico-paciente configura-se como um *contrato consensual ou não formal*, visto que a sua celebração decorre do consenso entre as partes, em

¹²¹ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *cit.*, pág. 84.

¹²² António Henriques GASPARGAR, «A Responsabilidade Civil do Médico», *In Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, pág. 543; Pires de LIMA, João Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, 3ª edição, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 1986, Artigo 1154º, nº2 e Artigo 1156, nº4, relativamente aos “acordos no domínio das profissões liberais”; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 222 e ss; Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 72 e ss.

¹²³ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética*, *cit.*, pág. 88; André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, pág. 256.

¹²⁴ Relativamente aos contratos socialmente típicos, vide, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, pág. 59 e ss; Rui Pinto DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 30-44.

¹²⁵ Sobre os contratos socialmente típicos, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, pág. 59 e ss.

que cada uma delas expõe a sua declaração de vontade, do qual resulta o chamado acordo negocial. Com efeito, vale aqui inteiramente o princípio da liberdade de forma (estipulado no Artigo 219º do CC), verificando-se, na prática, que o contrato ocorre maioritariamente por via oral e sem ser acompanhado das detalhadas pré-negociações, dada a relação de confiança entre os intervenientes e a permanente continuidade que esta relação normalmente acarreta. Dai ser tão importante a integração contratual neste contexto (Artigo 239º do CC).

Importa mencionar que o contrato é, em regra, *oneroso*, visto que envolve um sacrifício patrimonial. Neste sentido, o médico emprega a sua energia, conhecimentos e experiência em prol dos cuidados de que o doente necessita, esperando um pagamento em dinheiro como retribuição do esforço despendido, cujo montante corresponderá à assistência prestada¹²⁶. Contudo, tal característica da onerosidade poderá não se verificar em casos como, por exemplo, o plasmado no Artigo 54º do Regulamento de Deontologia Médica¹²⁷ (Dever de Gratuitidade), que estabelece um dever dos médicos de prestar gratuitamente os seus serviços aos colegas de profissão e aos familiares que vivem a seu cargo, ou o Artigo 51º do mesmo diploma legal (Fixação e Cobrança de Honorário), que menciona que o médico tem a liberdade de, sempre que o entender, prestar gratuitamente os seus cuidados.

Uma característica fundamental que encontramos neste contrato é ainda a que respeita à sua natureza *intuitu personae*. Por conseguinte, o contrato médico é *marcadamente pessoal*, uma vez que se presume uma forte relação de confiança entre o médico e o seu paciente. O médico é escolhido em razão da confiança que inspira ao paciente, sendo esta confiança a base do princípio de livre escolha.

Já em relação a corresponsabilidade do contrato, estamos indubitavelmente face a um *contrato sinalagmático ou bilateral*, pois, se pelo lado do médico há um dever contratual de tratamento (prestar assistência e cuidados de saúde), do lado do paciente, há como obrigação o pagamento de uma retribuição, em dinheiro, por esse serviço.

Ora, mesmo que, em certos casos, não haja um dever de pagar os honorários (como por exemplo, no Artigo 54º do RDM acima mencionado), haverá sempre um dever de cooperação ou de colaboração, enquanto manifestação da boa-fé contratual, como imediato corresponsivo da obrigação de tratamento que sobre o médico impende.

¹²⁶ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 71.

¹²⁷ ORDEM DOS MÉDICOS, *Regulamento de Deontologia Médica*, Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_707_2016__Regulamento_Deontol%C3%B3gico.pdf (consultado em 28/05/2021).

Assim sendo, nunca se excluem as obrigações recíprocas, que têm como causa jurídica a corresponsabilidade existente entre ambas as partes¹²⁸.

Acresce que, este é um *contrato de execução continuada*, isto é, possui um carácter contínuo pelo facto de prolongar-se no tempo, desde que não existam motivos que o interrompam¹²⁹. O contrato poderá ser *sujeito a rescisão por qualquer uma das partes*, porém mais facilmente pelo doente do que pelo médico. Como tal, o paciente pode pôr fim ao contrato quando simplesmente perca a confiança no médico, ao passo que o médico conta com menos facilidades para pôr fim a este contrato, podendo apenas fazê-lo após se certificar que não prejudicará o doente e que este terá a continuidade do ato médico.

Por fim, o contrato de prestação de serviços médicos é ainda visto como um verdadeiro contrato de consumo (Lei de Defesa do Consumidor – lei n.º 24/96, de 31 de Julho), na medida em que se considera consumidor, todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestado serviços ou transmitidos quaisquer direitos, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios (Artigo 2.º n.º1 da Lei). Assim sendo, os pacientes encontram-se aqui protegidos enquanto consumidores de cuidados de saúde, relativamente aos serviços prestados profissionalmente pelo médico.

Da celebração de todo e qualquer contrato emerge um vínculo obrigacional que liga ambas as partes e que se traduz, do lado passivo, num ou mais deveres de prestação, e do lado ativo, nos correspondentes direitos de crédito, isto é, no poder de exigir a prestação ao devedor. Deste modo, o mesmo ocorre com o contrato de prestação de serviços médicos, que resulta numa relação obrigacional complexa, constituída por um conjunto amplo de direitos e deveres.

Em relação aos deveres contratuais do médico, o primeiro e principal dever que sobre o médico recai é, como não podia deixar de ser, o próprio dever de tratamento, enquanto prestação nuclear e verdadeiramente tipificadora do contrato de prestação de serviços médicos. A obrigação de tratamento é uma obrigação genérica (Artigo 400.º do CC), que necessita de ser posteriormente determinada. Ora, quem determina esta prestação é o próprio médico, que ao longo do tratamento se auto-vincula a uma certa prestação e responde por essa prestação que ele próprio escolheu. Contudo, o médico será responsabilizado apenas pela adequação da escolha do tratamento, mas nunca pelo resultado final do mesmo (obrigação de meios).

¹²⁸ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 70.

¹²⁹ Luis Filipe Pires de SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial)*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, disponível em: https://www.academia.edu/5016010/O_%C3%93NUS_DA_PROVA_NA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_M%C3%89DICA_QUEST%C3%95ES_PROC_ESSUAIS_ATINENTES_%C3%80_TRAMITA%C3%87C3%83O_DESTE_TIPO_DE_AC%C3%87C3%95ES_COMPET%C3%8ANCIA_INSTRU%C3%87C3%83O_DO_PROCESSO_PROVA_PERICIAL_ (consultado em 28/05/2021).

Inerente a este dever, encontramos o dever de proteção do doente, que estabelece que mais do que curar, minorar o sofrimento e aumentar a expectativa de vida, o médico deve abster-se de causar danos pessoais ou patrimoniais ao doente. Deste modo, a segurança representa a obrigação principal assumida pelo médico, sendo que este deve ter uma atuação positiva destinada a atenuar o quadro clínico desfavorável do doente. Assim, mesmo que tal doença de que o lesado padeça, não seja eliminada, incumbe ao profissional de saúde uma proibição de lesar.

Outro dever do médico é o dever de informação, sobre a situação clínica, diagnóstico, riscos do tratamento e alternativas que o paciente possui. Este dever reveste importância para a relação estabelecida entre o médico e o paciente, garantindo a confiança estabelecida entre as partes.

De facto, o direito à informação representa um dos maiores progressos dos últimos tempos da Ética Médica, e revela-se como um pressuposto indispensável para o paciente manifestar a sua posição a respeito do cumprimento do dever do médico¹³⁰, em observância ao princípio da autonomia da vontade e da autodeterminação do paciente¹³¹.

O paciente tem, assim, a possibilidade de assumir conscientemente a sua doença, pois que tendo em conta as várias modalidades de tratamento, pode aceitar, recusar ou optar por uma das várias alternativas que lhe são oferecidas¹³².

Acresce que, aquando da prestação de informação, o médico deverá ter em conta o estado emocional do paciente, a sua capacidade de compreensão, a sua classe social e o seu nível cultural, para que este entenda plenamente o conteúdo que lhe está a ser transmitido. Pois, a inobservância deste dever de informação geraria, para o paciente, a reparação integral dos danos sofridos por atuação deficiente do médico.

Intrinsecamente ligado ao dever de informação está o dever de obtenção do consentimento informado, enquanto esclarecimento para a autodeterminação¹³³. Assim sendo, o consentimento informado surge como o direito do doente ser corretamente informado sobre o estado da sua patologia e das possíveis garantias de tratamento, sendo imposto ao médico o dever de respeitar a decisão do doente, depois de este estar devidamente informado e de ter tomado a

¹³⁰ André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 21- 23.

¹³¹ André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., pág. 73.

¹³² José António Esperança PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ª edição, Lisboa: Lidel, 2003, pág. 83.

¹³³ Manuel da Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 394-395 – anotação ao Artigo 157º; André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 71 e ss.

decisão livremente.

O consentimento informado é um requisito ético- jurídico indispensável à realização de tratamentos médicos, ensaios clínicos e projetos de investigação na área de medicina, por representar uma manifestação de respeito pela integridade moral e corporal do doente e da sua participação nas decisões conducentes à recuperação da sua saúde¹³⁴.

Este dever destina-se a assegurar, não só a proteção do doente na sujeição a tratamentos não desejados, como também dá-lhe a possibilidade de dar o seu parecer na definição de cuidados de saúde a que está sujeito, sendo importante, para isso, existir uma comunicação eficaz entre o médico e o seu assistido. Pois que, o consentimento informado deverá ser encarado como um processo pautado pela interação entre o médico e o paciente e não como uma mera assinatura de formulários.

O referido procedimento clínico torna-se necessário sempre que o médico deseje efetuar algum exame ou tratamento, excetuando-se os casos de urgência. Deste modo, a prestação de esclarecimentos para a obtenção do consentimento informado não constitui somente um dever deontológico, mas também uma obrigação legal¹³⁵.

Em suma, para que o consentimento informado seja bem feito é necessário que este abranja três elementos essenciais, sendo eles: *a informação*, ou seja, o ato de informar ou alertar os doentes sobre os riscos de recorrer a determinados meios de diagnóstico ou terapias sofisticadas, apresentando-lhe alternativas. É fundamental que, na transmissão da informação, o médico tenha em conta as capacidades intelectuais e culturais do doente, utilizando preferencialmente linguagem acessível e não técnica; *a capacidade de livre escolha*, que compreende a autonomia de que dispõe o paciente para aceitar ou recusar determinado tratamento; e a *liberdade de consentimento*, que deve ser incompatível com qualquer forma de constrangimento ou manipulação. Isto é, deve ser entregue ao doente a capacidade de decidir livremente, quer no plano físico, como no plano mental. Aliás, o Artigo 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, estabelece que o consentimento do paciente só será válido se este, no momento em que o der, tiver capacidade de decidir livremente. Tanto que, até em relação aos incapazes (temporários ou definitivos) de prestar o seu consentimento, é exigido o consentimento dos representantes leais (Artigo 21º do mesmo diploma legal).

¹³⁴ António Sousa PEREIRA, «Relatório Final de Consentimento Informado», *In Estudo Sobre Consentimento Informado promovido pela Entidade Reguladora de Saúde (ERS) de Portugal*, 2007, pág. 2.

¹³⁵ Guilherme de OLIVEIRA, «Consentimento Informado», *In Revista do Centro de Direito Biomédico (CDB) da Universidade de Coimbra*, Jan/2006, pág.7.

Ora, o consentimento dado por um paciente só será eficaz, quando este tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento (Artigo 157º do Código Penal).

Sobre o dever de sigilo profissional médico, este representa uma obrigação ética e deontológica do médico (Artigo 139º do Estatuto da Ordem dos Médicos), e em contrapartida um importantíssimo direito do doente à confiança, isto é à preservação sigilosa dos factos relacionados com o seu tratamento, à reserva da intimidade da sua vida privada, bem como à proteção dos seus dados pessoais.

O segredo médico traduz-se como sendo a condição essencial ao relacionamento médico-paciente e assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e mútua confiança. Pois, o segredo protege informações íntimas cuja revelação é suscetível de afetar a integridade e dignidade da pessoa.

O sigilo abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela e compreende os que são revelados diretamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de serviços ou por causa dela, bem como os que sejam apercebidos pelo médico, os que resultem do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e os que sejam comunicados por outro médico ou profissional de saúde.

A obrigação de guardar segredo mantém-se, ainda que o serviço solicitado não tenha sido prestado ou não seja remunerado, permanecendo após a morte do doente.

A exclusão do dever de segredo só é aceitável em situações tipificadas na lei e no Código Deontológico, designadamente quando o doente tenha autorizado a revelação dos dados sujeitos a sigilo ou quando for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do doente, do médico ou de terceiros.

Finalmente, uma referência também ao dever de documentação, que se repercute sobretudo no dever de conservação do arquivo clínico do paciente.

Ora, a ficha clínica, mais do que uma obrigação imposta ao médico, representa um importante instrumento probatório em caso de levantamento de responsabilidade civil, pelo facto de permitir reconstituir sucessivamente os acontecimentos¹³⁶.

Apesar da sua origem unilateral, o arquivo clínico constitui uma ferramenta fundamental

¹³⁶ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 76.

para se apurar a existência do nexo de causalidade, entre a atuação do médico e o dano de que o paciente seja vítima.

Importa referir que, este dever de conservação do arquivo do paciente, de muito poderá ser útil também ao próprio médico, uma vez que se este juntar e preservar os documentos ao longo do tempo, isso poderá servir de prova em caso de litígio, se houver quebra do sigilo profissional a que este está vinculado, no âmbito do seu dever profissional¹³⁷.

Quanto aos deveres contratuais do paciente, impende sobre este um dever de pagamento de honorários, como contrapartida ao dever de tratamento do médico. Assim, o pagamento será o dever principal do doente, que nasce no âmbito de um contrato oneroso, que não esgota o conteúdo obrigacional que assumiu.

Contudo, o contrato poderá estar sujeito à gratuidade, facto esse que não afetará em nada o núcleo do contrato. Pois, apesar de não haver lugar a qualquer pagamento, a obrigação de tratamento terá sempre como corresponsivo, o dever de cooperação do doente.

Como tal, o paciente deve observar o princípio da boa-fé, por via da adoção de comportamentos que não dificultem o cumprimento da obrigação assumida pelo médico. Para o efeito, deverá disponibilizar-se para os exames considerados necessários para o tratamento da doença de que padece¹³⁸, bem como para as consultas marcadas para execução desse mesmo tratamento.

Aliás, nos termos do Artigo 570º do CC, o paciente está obrigado a cumprir os tratamentos prescritos pelo médico, sem interrupções injustificadas, sob pena de tal desvio ser tido em conta no âmbito do juízo da valoração da sua contribuição, enquanto lesado, para a verificação dos danos para os quais venha, posteriormente, reclamar ressarcimento.

O doente está ainda incumbido de fornecer as informações solicitadas pelo médico, de forma completa e verdadeira, bem como todas aquelas que se revelarem importantes para a adoção de uma terapia mais adequada ao seu estado de saúde¹³⁹.

Assim, a partir do momento da celebração do contrato de prestação de serviços médicos, as partes ficam adstritas a uma série de obrigações acima descritas, que os liga um ao outro. Ao não realizarem essas prestações a que estão vinculadas, entram em incumprimento, sendo-lhes aplicável o regime do não cumprimento das obrigações (Artigo 790º a 816º do CC).

¹³⁷ Carlos Lobato FERREIRA, «Do Segredo Médico aos Segredos dos Médicos», *In Revista do CEJ*, n.º1, 2º Semestre de 2004, pág. 227-229.

¹³⁸ Rute Teixeira PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 82.

¹³⁹ Jorge Leite A. Ribeiro de FARIA, «Da Prova na Responsabilidade Civil Médica», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (RFDUP)*, Ano I, 2004, pág. 121.

Em relação ao médico (aqui devedor), quando este não efetuar a prestação no tempo devido, incorre em mora, desde que a causa lhe seja imputável (Artigo 805 n.º2 do CC). Se a causa não lhe for imputável, o devedor não responde pela mora, sendo este um caso de impossibilidade temporária (Artigo 792.º do CC).

Em vez de mora, teremos incumprimento definitivo, quando o paciente perder o interesse na prestação (Artigo 808.º do CC). A perda de interesse terá de ser objetiva (Artigo 808.º n.º2 do CC), não bastando que o paciente tenha mudado a sua vontade em relação à prestação. O que se exige, é que o cumprimento deixe de apresentar qualquer efeito útil, para que se alegue a perda de interesse, como por exemplo, quando um paciente está em perigo de vida à espera do médico e venha a falecer antes de ele aparecer.

Também haverá incumprimento definitivo, no caso de a prestação não ter sido realizada depois de ter sido fixado um prazo razoável pelo paciente, para seu cumprimento (conforme Artigo 808.º n.º1, 2.º parte).

Quanto ao paciente (aqui credor), haverá mora quando este não aceitar a prestação ou não praticar os atos necessários ao cumprimento da obrigação (Artigo 813.º do CC). Isto verifica-se em casos como aqueles em que o paciente dificulte a ação do médico, não comparecendo às consultas ou não fornecendo informações necessárias, violando o dever de cooperação.

A área que gera maiores dificuldades é a das situações de cumprimento defeituoso, que se coadunam como situações de desconformidade entre a prestação devida e a prestação efetivamente realizada, seja relativamente à escolha da terapêutica, seja na parte da execução propriamente dita., e onde são abrangidas maioritariamente as ações de responsabilidade médica por violação das *leges artis* ¹⁴⁰.

Em relação às tipologias de contrato médico, atualmente, podemos encontrar diversas modalidades de relação médico-paciente, umas regidas pelo direito público, outras pelo direito privado, sendo que o paciente poderá optar, para satisfação das suas necessidades, por recorrer: “a) aos prestadores de cuidados de saúde do SNS, beneficiando das suas características de generalidade, universalidade e gratuidade tendencial; b) aos prestadores de cuidados de saúde, próprios, convencionados ou em regime livre, de um dado subsistema (público ou privado) de saúde, caso seja beneficiário de tal subsistema e nos termos definidos por este último; c) aos prestadores de cuidados de saúde, próprios, convencionados ou em regime livre, ao abrigo de um dado seguro de saúde, caso haja contratado uma tal cobertura do risco de doença e nos termos

¹⁴⁰ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética*, cit., pág. 116 e ss.

acordados com a entidade seguradores; ou d) aos prestadores de cuidados de saúde, privados e com ou sem fins lucrativos, mediante a contraprestação acordada com o concreto prestador livremente escolhido”¹⁴¹.

Na área do Direito Público, temos o Serviço Nacional de Saúde como o maior prestador de cuidados médicos em Portugal. Como tal, em todas as situações em que o utente recorra aos cuidados médicos do SNS, seja por uma consulta em centro de saúde do SNS (centro da saúde tradicional ou USF-Unidades de Saúde Familiares), seja por uma consulta hospitalar de especialidade ou um internamento nos hospitais públicos *lato senso*, a relação jurídica está subordinada ao Direito Administrativo, aplicando-se a Lei n° 67/2007, de 31 de dezembro.

Na área do Direito Privado, a forma mais tradicional de relação médico-paciente tem lugar no consultório privado no qual o médico exerce a sua profissão liberal, e no qual poderá haver a estipulação de cláusulas contratuais específicas. Porém, normalmente isso não acontece pelo que devemos lançar da interpretação contratual (Artigo 236° do CC) e, se necessário, da integração (Artigo 239° do CC). A interpretação do contrato irá conduzir naturalmente a que o médico veja o paciente como o parceiro contratual.

Contudo, devido à densificação da rede de estabelecimentos privados de saúde e à crescente massificação do recurso aos mesmos, fez com que se tornasse complexo o contrato estabelecido entre o médico e o paciente. Pois que, desde logo, pode acontecer que nem o próprio paciente seja o credor da relação contratual, como no caso dos contratos de seguro. Isto ocorre quando o paciente tenha celebrado um contrato com uma empresa seguradora, que, por sua vez, tenha contratado com determinado médico ou clinica a prestação da assistência médica ao assegurado. Como tal, o credor da prestação médica é, neste caso, a empresa seguradora, não obstante a relação pessoal nuclear se verificar entre o médico e o paciente.

O mesmo se diga das prestações médicas realizadas no âmbito da medicina do trabalho, em que as entidades empregadoras asseguram aos seus trabalhadores os cuidados de saúde, contratando elas próprias o médico ou a clinica. Nesta situação, o contrato de prestação de serviços médicos surge como que excretado num contrato a favor de terceiro, realizado pela empresa.

Pode acontecer também que, em vez do médico, surja como parte na relação contratual uma clinica. Nestes casos, embora a relação pessoal continue a operar-se entre médico e doente,

¹⁴¹ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”, Maio de 2011, pág. 22, disponível em: <https://www.adeb.pt/files/upload/paginas/CARTA%20DOS%20DIREITOS%20DOS%20UTENTES.pdf> (consultada em 28/05/2021).

aqui o contrato é com a clínica, e não diretamente com o profissional de saúde, o que pode dar origem a várias modalidades contratuais, conforme o conteúdo da relação existente entre o médico e a clínica ou mediante a prestação acordada com o paciente.

Importa ainda falar da existência de um contrato total, que se verifica quando a clínica assume a prestação de atos médicos e ainda o internamento do paciente. O médico estará aqui, por via de regra, ao abrigo de um contrato de trabalho, sendo a clínica a sua entidade empregadora. Trata-se de um contrato misto ou combinado¹⁴², que engloba um *contrato de prestação de serviços médicos*, a que se junta um *contrato de internamento* (prestação de serviço médico e paramédico), bem como um *contrato de locação* e eventualmente de *compra e venda* (fornecimento de medicamentos) e ainda de *empreitada* (confeção de alimentos)¹⁴³. Nesta modalidade, quem responde contratualmente por todos os danos ocorridos, sejam eles de carácter médico (atos médicos ou atos ligados ao internamento), assistencial, de equipamento ou de hotelaria é, portanto, a clínica contraente¹⁴⁴. De acordo com o Artigo 800º do CC, a clínica responde pelos atos dos seus auxiliares, sejam estes médicos, enfermeiros ou auxiliares administrativos ou de limpeza, os quais, por sua vez, nenhuma relação contratual mantêm com o paciente¹⁴⁵.

Pode ocorrer também que, nas clínicas privadas, o paciente deseje que uma determinada prestação, como por exemplo uma cirurgia, seja levada a cabo por um determinado cirurgião, tendo acordado com ele um pagamento adicional de honorários (contrato total mas com a especificidade de haver um contrato médico adicional). Daqui decorre que a clínica se encontra contratualmente obrigada à realização de prestações adequadas às escolhas terapêuticas do paciente e da assistência médica solicitada, e que o médico contratado tem o dever de prestar a assistência médica acordada, possuindo, em contrapartida, o direito a uma conta de honorários autónoma. Esta conta pode constar do mesmo recibo, embora em parcelas separadas.

Contudo, importa dizer que, no contrato de internamento com escolha de médico, a clínica também assume a responsabilidade por todos os danos ocorridos, incluindo a assistência médica e os danos causados pelo médico escolhido.

Neste domínio do contrato total, importa pois lembrar que, segundo CARNEIRO DE FRADA, a clínica é responsável pelo cumprimento dos deveres relativos aos recursos humanos (médicos,

¹⁴² Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 338.

¹⁴³ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito de Saúde e da Bioética, cit.*, pág. 89 e ss.

¹⁴⁴ O titular da clínica pode ser uma pessoa singular (ou várias), uma sociedade em forma comercial, uma fundação ou uma associação, designadamente no regime de IPSS – Instituição Particular de Solidariedade Social. Sobre isto, *vide* Licínio Lopes MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra: Almedina, 2009, pág. 209-264.

¹⁴⁵ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013.

enfermeiros, pessoal auxiliar), pelos tradicionais deveres *in elegendo, in instruendo e in vigilando*, pelos deveres respeitantes aos equipamentos e meios de cura disponibilizados, bem como os de higiene e conforto dos doentes, cuja violação pode ser fonte de responsabilidade¹⁴⁶. Neste caso, dá-se ênfase à vertente organizacional, atento o dever de coordenar e planear corretamente a prestação dos serviços médicos. Assim sendo, quando não é cumprido um dos deveres por parte da clinica, esse incumprimento pode ser tão ou mais gravoso que um ato médico defeituoso. Entramos, assim, no âmbito da culpa de organização, que alarga o campo da responsabilidade e facilita a tutela dos lesados.

Em relação ao contrato dividido, a clinica apenas assume contratualmente a parte relativa ao internamento¹⁴⁷ (hospedagem, cuidados paramédicos, etc), sendo o médico, que acordou com a clinica esse internamento do seu paciente, o responsável pelos seus atos médicos e pelos atos das pessoas que ele utilize no cumprimento da sua obrigação de tratamento. A relação do médico com a clinica subjaz também um contrato misto, que consistirá numa locação ou comodato (isto porque o médico tem direito a ocupar um conjunto de camas na clinica), bem como num contrato de prestação de serviços (da clinica ao médico, pelos instrumentos, cuidados de enfermagem e de assistência).

Ora, no contrato dividido, a responsabilidade da clinica e do médico assistente é dividida nos exatos termos acordados no contrato. Ou seja, a clinica responde pelas prestações genéricas de assistência hospitalar: preparação das instalações/equipamentos, contratação e disponibilização de assistentes e ajudantes da equipa médica (excluindo aqueles que o médico escolher pessoalmente), prestação de medicamentos, comida e instalações hoteleiras. Acresce que, o titular da clinica responde, pelos comportamentos dos seus órgãos, representantes e auxiliares (Artigo 800º do CC). Por sua vez, o médico contratado responde pelas prestações de natureza médica e terapêutica, pelo seu próprio incumprimento (Artigo 798º do CC), bem como pelo incumprimento dos seus auxiliares, escolhidos por ele (Artigo 800º do CC).

A distinção entre contrato total e contrato dividido revela-se muito importante, uma vez que a clinica tem, em certos casos, a possibilidade de reclamar a ilegitimidade numa lide de responsabilidade médica, ou, pelo menos, de não ser responsabilizada (solidariamente) pelos danos decorrentes de um erro médico.

Sem prescindir, acreditamos que sobre a clinica impende o ónus de provar que

¹⁴⁶ Manuel A. Carneiro da FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, o Método do Caso*, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 117- 118.

¹⁴⁷ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética, cit.*, pág. 89 e ss.

modalidade de contrato afigura na prestação de cuidados de saúde, designadamente se um contrato dividido ou um contrato total, uma vez que quando os utentes acedem a este tipo de serviço desconhecem a existência de uma dualidade de contratos, os seus âmbitos e objetivos, bem como quem é a entidade responsável em cada momento, por cada ato ou diligência (praticada ou omitida). Isto faz com que, possam surgir dificuldades jurídicas e processuais, que levem ao fracasso de ações de indemnização, por dificuldade em encontrar o réu responsável.

Por último, temos o contrato “exclusivo”, que inclui apenas e somente os atos médicos em sentido estrito, com exclusão da parte relacionada com o internamento. O paciente dirige-se à clinica e contrata com ela a prestação de serviços médicos nos mesmos termos em que o faria se se tivesse dirigido a um médico particular. A clinica responde contratualmente pelos atos dos seus auxiliares (Artigo 800º do CC), que, neste caso, não incluem os restantes funcionários relacionados com as questões do internamento. Nesta modalidade, é usual os médicos estarem ao serviço da clinica em regime ambulatorio, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços.

Importa mencionar que, se um médico levar a cabo os tratamentos, em regime de ambulatorio, no seu consultório ou clinica privada, é o único responsável pelo cumprimento defeituoso das suas obrigações (Artigo 798º do CC) e assume ainda a responsabilidade pelos atos dos seus auxiliares (Artigo 800º CC).

Em suma, atualmente, a intervenção médica é contratada no âmbito da autonomia da vontade, onde ambas as partes manifestam o seu desejo de contratar e se obrigam mutuamente, nos termos do Artigo 405º do CC. Assim sendo, o contrato celebrado entre o médico e o paciente será um contrato de prestação de serviços socialmente típico, mas juridicamente inominado, definido nos termos do Artigo 1154º do CC, ao qual se aplica o regime do mandato (Artigo 1156º do CC)¹⁴⁸. A obrigação principal do médico será a obrigação de tratamento, que envolve múltiplas prestações, designadamente de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância e de informação¹⁴⁹, enquanto a do doente será, primordialmente, a de retribuição e a de cooperação. Hoje em dia, surge também na causa as seguradoras, que se apresentam frequentemente nestas relações como partes intermediárias, sendo o contrato inicialmente estabelecido entre o médico e o paciente. Nestes casos o que temos é nada mais do que “uma relação contratual triangular que

¹⁴⁸ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção da Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, R.L, Almedina, 2013.

¹⁴⁹ Álvaro RODRIGUES, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos», *In Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, 2000, pág. 181-182; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15 de dezembro de 2011, Proc. N.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument&Highlight=0,209%2F06.3TVPR.T.P1.S1> (consultado em 28/05/2021).

se ajusta a um contrato a favor de terceiro, ou seja, um contrato misto, em que a componente prestação de serviço médico é a mais relevante”¹⁵⁰.

2- Obrigação de meios vs. Obrigação de resultados

No campo da responsabilidade civil médica, é corrente a doutrina debruçar-se sobre a dicotomia obrigações de meios e obrigações de resultado, para caracterizar o tipo de prestação a que o médico se obriga perante o doente¹⁵¹. Este debate originou, na jurisprudência e na doutrina, uma acesa controvérsia, visto que nem todos os autores têm uma posição favorável à diferenciação.

Entre nós, a problemática das obrigações de meios e de resultado é acolhido por grande parte da doutrina, designadamente por Manuel de Andrade, Almeida e Costa, Antunes Varela, Galvão Telles, Álvaro Dias, Ribeiro de Faria, Teixeira de Sousa, Pedro Múrias, Maria Lurdes Pereira;

De facto, todos os autores consideram benéfico diferenciar as obrigações, em obrigações de meios e de resultado, atribuindo às obrigações contratuais do médico a qualificação de obrigações de meios.

MANUEL DE ANDRADE diz que as obrigações dos médicos são de meios pois “embora o doente busque, ao recorrer ao médico, a cura, *o médico não se obriga á produção desse resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência* para tentar curar o doente, como prestar assistência, mediante uma série de cuidados ou de tratamentos aptos a curar” (itálico nosso)¹⁵².

Por sua vez, ALMEIDA E COSTA diz que são de meios aquelas obrigações “em que o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade para a obtenção de um determinado efeito”, dando como exemplo a obrigação contratual do médico que deve “empregar a sua ciência na cura do doente”. Assim, caso estivessemos perante obrigações de meios, o devedor ficaria exonerado em caso de impossibilidade objetiva e de impossibilidade subjetiva (Artigo 790º e 791º do CC)¹⁵³.

Para ANTUNES VARELA, e apesar de este aceitar a distinção, diz que esta não “pode ser levada demasiado longe”, pois “se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não se soube atualizar, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas porque estas se

¹⁵⁰ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», *In Direito da Saúde e Bioética*, AAFDUL, pág. 85 e ss, particularmente págs. 95-99. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15 de dezembro de 2011, Proc. N° 209/06.3TVPRT.P1.S1, *cit*.

¹⁵¹ Ricardo Lucas RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 24.

¹⁵² Manuel de ANDRADE, com colaboração de Rui ALARCÃO, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra: Almedina, Coimbra, 2ª edição, 1963, pág. 414.

¹⁵³ Mário Júlio Almeida e COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª edição Revista e Aumentada, Almedina, 2006, pág. 971-972.

encontram sujeitas ao dever de diligência” (Artigo 762º nº2 do CC)¹⁵⁴.

GALVÃO TELLES admite também a distinção e entende que nas obrigações de meios “se promete apenas usar a diligência necessária para conseguir que terceiro pratique o facto em causa” e que no caso de incumprimento o devedor “só responde se não tiver sido suficientemente diligente”. Já nas obrigações de resultado, em contraposição, há uma promessa de realizar determinado facto em “quaisquer circunstâncias” e se não se cumprir esse facto o devedor “responde ainda que tenha tido diligência máxima”¹⁵⁵.

Por seu turno ÁLVARO DIAS e RIBEIRO DE FARIA compreendem que a distinção só terá relevância em matéria de repartição do ónus da prova. Estes entendem que a distinção tem como consequência fazer com que: i) na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de uma obrigação de meios, a culpa tivesse de ser provada pelo credor, afastando-se o critério da culpa presumida do Artigo 799º do CC; ii) na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de uma obrigação de resultado, a culpa do devedor fosse presumida como consta do Artigo 799º do CC. Assim, a presunção de culpa da responsabilidade contratual, caso estivessemos perante uma obrigação de meios, não iria valer, cabendo ao credor a prova da culpa do devedor¹⁵⁶.

Em relação ao conceito, TEIXEIRA DE SOUSA, diz que as obrigações de meios deveriam denominar-se antes de obrigações de risco ou de resultado aleatório, pois que no caso do médico este não se obriga apenas “a usar a sua diligência para obter um diagnostico ou conseguir uma terapêutica adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnostico e para a definição da terapia aconselhável”¹⁵⁷.

Também quanto a denominações diferentes, pronuncia-se PEDRO MÚRIAS e MARIA LURDES PEREIRA, dizendo que as obrigações de resultado poderiam chamar-se obrigações de causação ou obrigações causivas, pois visam causar um certo resultado, ao passo que as obrigações de meios deveriam denominar-se obrigações de tentativa ou obrigações de adequação, pois apesar de se querer um resultado, o devedor apenas se obrigava, não a causa-lo, mas sim a praticar atos para o causar¹⁵⁸.

Apesar das perspetivas diferentes, bem como a denominação diferente atribuída às obrigações, por parte de alguns autores, a maior parte da doutrina, de facto, classifica as

¹⁵⁴ João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 8ª edição Revista e Atualizada, Vol.1, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 87.

¹⁵⁵ Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição Revista e Atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pág. 42.

¹⁵⁶ João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996; Jorge Ribeiro de FARIA, «Da prova na responsabilidade civil médica-Reflexões em torno do direito alemão», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004.

¹⁵⁷ Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, págs. 125-126.

¹⁵⁸ Pedro MÚRIAS, Maria Lurdes PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custo da prestação», *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, pág.1.

obrigações a que o médico se compromete como obrigações de meio.

Por outro lado, há quem assuma posições críticas acerca das obrigações de meios e de resultado, designadamente Menezes Cordeiro¹⁵⁹, Menezes Leitão¹⁶⁰, Gomes da Silva¹⁶¹, Ferreira de Almeida¹⁶² e Pinto de Oliveira¹⁶³.

Para estes autores, todas as obrigações são de resultado (incluindo as obrigações médicas) pois têm sempre como fim o interesse do credor (Artigo 398º do CC). Assim sendo, só o resultado interessaria ao credor, estando em causa “a natureza do resultado procurado, nas suas infinitas graduações”. Ora, segundo esta posição, seria de refutar a tese da existência de obrigações de meios e de resultados, uma vez que mesmo nas obrigações de meios havia um fim a alcançar. Como tal, a distinção não poderia vigorar no nosso ordenamento jurídico.

FERREIRA DE ALMEIDA também considera que esta dicotomia de obrigações é um *elemento de perturbação do Artigo 799º nº1 do CC*, quanto à presunção de culpa do devedor¹⁶⁴. Segundo este autor, a distinção entre estas modalidades das obrigações “não cumpriria função útil, resultando em elemento de perturbação. Ou seja, ao admitir que tínhamos diferentes aplicações quanto ao ónus da prova da culpa do não cumprimento (como é defendido por aqueles que defendem que o ónus da prova de culpa nas obrigações de meios cabe ao credor, e nas obrigações de resultado caberia ao devedor) iríamos contra a regra da presunção de culpa do devedor do 799º, nº1 do CC”¹⁶⁵.

É este autor que nos explicita, também, a ideia de que as obrigações dos médicos são obrigações de resultado. Pois, defende que ao classificarmos o contrato do médico com o paciente como um contrato de prestação de serviços, o médico estaria sujeito a atingir um determinado resultado, como exige o Artigo 1154º do CC.

Deste modo, seria impensável para o autor conciliar o conceito de obrigações de meios com a qualificação de contrato de prestação de serviços, uma vez que se este se tipifica pela “obrigação de proporcionar certo resultado” (Artigo 1154º do CC), jamais nos bastaria meros esforços e diligência, mas somente o resultado final. Afirma, ainda, que tal tese originaria

¹⁵⁹ António Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1ª edição (reimpressão), Vol. 1, AADFL, 1986, pág. 358-359.

¹⁶⁰ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 3ª edição, Vol.1, Almedina, 2003, pág. 128-130.

¹⁶¹ Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 206 e 238.

¹⁶² Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os contratos de prestação de serviços médicos», *In Direito da Saúde e Bioética*, AADFL, Lisboa, 1996, pág. 110-111.

¹⁶³ Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde», *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 11, 2006, pág. 205.

¹⁶⁴ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 110-112.

¹⁶⁵ Carlos Ferreira de ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 110-111; Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: problemas de ilicitude e de culpa», *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.198.

qualificações opostas e que se excluíam uma á outra, pois ou qualificamos o contrato médico como prestação de serviços e afirmamos que o médico está sujeito a um determinado resultado, ou qualificamos o dever do médico como obrigação de meios e desta forma temos de negar que o contrato entre o médico e o paciente é um contrato de prestação de serviços.

Este autor afirma-nos ainda que, a prestação principal do médico dirige-se a tratar e não a curar, ou seja, o resultado do seu serviço consistiria no tratamento e não na cura. Porém, nos casos em que este se comprometesse para além da obrigação de tratamento (como por exemplo, em certas operações estéticas), o objeto do contrato seria a predeterminada e acordada modificação no corpo humano.

Como podemos ver questão melindrosa tem sido, ao longo da evolução doutrinal da responsabilidade médica, a da exata determinação do objeto, ou seja, a de saber qual o seu conteúdo e quais os seus limites para efeitos de definição da obrigação que impende sobre o médico. Aqui está em causa, claramente, a velha distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados.

Na verdade, se nos debruçarmos despreocupadamente sobre o Artigo 1154º do CC (contrato de prestação de serviços), este parece apontar para uma ideia de obrigação de resultado, uma vez que afirma expressamente “certo resultado”. Isto leva-nos a pensar se esta referência a um certo resultado significa que a obrigação nuclear do contrato de prestação de serviços médicos se analisa, ou não, com base numa verdadeira obrigação de cura.

Porém, desde há muito tempo que se vem assumindo que, no caso das prestações de serviços médicos, estarmos perante uma obrigação de meios, ou seja, perante uma simples obrigação de máxima diligência e cuidado, onde o médico não se achará incumpridor pelo simples facto de não lograr a cura do doente.

Com efeito, e não obstante o fim último da intervenção médica ser efetivamente a cura, o objeto assumido nestas situações não pode senão haver-se como uma mera obrigação de tratamento, nos termos do qual o profissional de saúde se vincula a empregar todos os meios no sentido de atingir o melhor “resultado” possível, designadamente fazendo uso das melhores técnicas e dos mais atuais conhecimentos.

Deste modo, podemos definir *obrigação de meios*, como aquela cujo objeto se cinge ao mero comportamento diligente do devedor, na prossecução do resultado final, intencionado pelo credor, mas sem assegurar que este se produza. Ou seja, “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade para a obtenção de determinado efeito, mas

sem assegurar que o mesmo se produza”¹⁶⁶.

Assim, podemos concluir que, tratando-se de uma obrigação de meios, o profissional de saúde não se obriga a apresentar um determinado resultado, mas antes a utilizar os meios e técnicas adequadas para a obtenção desse resultado, ou seja, *as leges artis*, uma vez que a inobservância das mesmas consubstanciaria um cumprimento defeituoso da prestação acordada.

Na *obrigação de resultado*, o objeto da obrigação caracteriza-se pelo facto de o devedor se comprometer a atingir um determinado resultado ou efeito útil, querido pelo credor¹⁶⁷. Nestas obrigações, o resultado pode ser alcançado quase seguramente através da técnica apropriada, sendo por isso que o devedor está adstrito à efetiva obtenção do fim pretendido. Como melhor nos explica ANTUNES VARELA, “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”¹⁶⁸.

Neste tipo de casos, a não obtenção do resultado acordado constituiria uma situação de incumprimento contratual e seria, conseqüentemente, geradora de responsabilidade, também ela contratual, a menos que se invocasse qualquer impossibilidade objetiva, decorrente de caso fortuito ou de força maior¹⁶⁹.

Exemplo paradigmático de uma obrigação de resultado é a realização de análises clínicas, uma vez que, neste domínio, entende-se que as modernas técnicas ao dispor do médico biólogo ou analista, asseguram um elevado grau de certeza e fiabilidade na obtenção dos resultados pretendidos, não se podendo dizer que se estará dependente da não verificação de qualquer circunstância fora do alcance dos profissionais¹⁷⁰. Da mesma forma, tem-se defendido que a realização de exames histológicos são obrigações de resultado. A este propósito diz-nos o Supremo Tribunal de Justiça: “Mal estariam os pacientes se os *resultados de análises, ou exames laboratoriais*, obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a atuar com prudência, mas sem *assegurarem um resultado*” (itálico nosso)¹⁷¹.

Assim, para que se possa classificar determinado contrato de prestação de serviços médicos como obrigação de meios ou obrigação de resultado há que *a priori* ponderar qual a

¹⁶⁶ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª ed., Almedina, 2006, pág. 1039 e ss;

¹⁶⁷ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, pág. 1039 e ss.

¹⁶⁸ João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 5ª edição, Vol.2, pág. 10.

¹⁶⁹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado, cit.*, pág. 91.

¹⁷⁰ Álvaro DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 252.

¹⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. Nº 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

natureza e o objeto do ato médico em causa, isto é, a configuração da prestação principal contratada e as circunstâncias em que se celebrou o contrato (por exemplo, as exigências do paciente aceites pelo médico ou mesmo aquilo a que o médico se propôs, podem vir a determinar a caracterização da obrigação).

Antigamente, considerávamos uma obrigação como obrigação de meios, se a ciência e a técnica não tivessem ainda meios disponíveis para que se alcançasse a cura ou mesmo a diminuição do sofrimento para determinada patologia; e teríamos obrigação de resultado, se a ciência e a técnica tivessem evoluído de tal forma que, para a intervenção em causa, a margem de risco era irrisória e como tal, o médico estava obrigado a alcançar o resultado contratado, até porque seria essa a expectativa legítima do paciente.

Atualmente, é comum considerar-se que o médico está, em princípio, vinculado a uma obrigação de meios, que terá relevância quando for cometida uma falta técnica, por ação ou omissão dos deveres de cuidado, conformes os dados adquiridos pela ciência.

Isto porque, a obrigação médica está dependente, em maior ou menor medida, de uma condição aleatória (conjunto de fatores externos imprevisíveis ou incontrolláveis que impossibilita o médico de assegurar ao paciente um resultado exato) e portanto, seria inconcebível um entendimento segundo o qual o médico se obrigaria perante o doente a fornecer-lhe a cura. Diz-nos ÁLVARO DIAS que, “embora a cura seja concebível como resultado, o sucesso da mesma não dependerá única e exclusivamente da concreta atuação do médico”¹⁷². No mesmo sentido, VAZ CARNEIRO diz-nos que “o risco e a incerteza inerente ao ato médico existe em todas as etapas da atividade do médico, nomeadamente, ao definir-se o diagnóstico, no estabelecimento do prognóstico e na própria escolha do tratamento”¹⁷³. Ao médico será difícil garantir sempre o sucesso do tratamento, apesar do constante avanço da ciência médica e da crescente sofisticação de técnicas e aparelhos ao seu dispor.

No entanto, as particularidades que caracterizam a obrigação do médico têm que ser aferidas em concreto, para percebermos se nos encontramos perante uma autêntica obrigação de meios ou não. Pois, aferir a obrigação em causa não é tão linear à primeira vista quanto possa parecer, uma vez que, na maioria das vezes, o contrato de prestação de serviços médicos coenvolve obrigações de meios e de resultados a cargo do médico, e que enformam uma obrigação mais genérica, a de tratamento. Sobre isto explica-nos o Supremo Tribunal de Justiça que “ a

¹⁷² Álvaro DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, cit., pág. 251.

¹⁷³ António Vaz CARNEIRO, «A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza», *In Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 29, Nov-Dez., 2003, pág. 57.

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 aprioristicamente naquela dicotómica perspectiva. *Deve atentar-se, casuisticamente, ao objeto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquele outro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma atuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado, com o que implica de afirmação de uma resposta perentória, indúbia”* (itálico nosso)¹⁷⁴.

Um domínio da atividade médica que tem levantado algumas dúvidas em relação ao tipo de obrigação em causa, é o das cirurgias estéticas¹⁷⁵. A este respeito, ÁLVARO DIAS considerou que, “ independentemente do tipo de cirurgia em causa, a cirurgia estética não deixa de ser um ato cirúrgico e, por conseguinte, sujeito a uma irreduzível “aléa”, concluindo, assim, que também aqui se exigirá somente uma obrigação geral de prudência ou diligência a cargo do profissional de saúde”¹⁷⁶.

Contudo, certa doutrina faz a distinção entre a comum *medicina curativa* e a apelidada *medicina voluntária*, argumentando que neste último caso poderemos estar eventualmente perante uma obrigação de resultado. Isto porque, num procedimento estético, o doente aceita a intervenção, não por razões de doença, em que se não aceitar os riscos certamente não terá sucesso no seu tratamento, mantendo-se numa situação de doença, mas sim porque quer alterar ou melhorar a sua aparência. Assim sendo, e não padecendo o doente de qualquer mal clínico, pouco sentido faria aceitar submeter-se a tal intervenção se não fosse para alcançar o resultado estético pretendido.

Como vemos, esta questão, quando abordada pela jurisprudência e até mesmo pela doutrina, gera alguma controvérsia. De facto, há quem considere que as cirurgias estéticas estão abrangidas no âmbito das intervenções cirúrgicas e que, como tal, “*ainda que na vertente da cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrigação de meios*, devendo aplicar em todas as fases da sua intervenção as *leges artis* adequadas ” (itálico nosso). Pois, consideram “que a especificidade da cirurgia estética, apesar de se situar na vertente da cirurgia voluntária, sem

¹⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. N° 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

¹⁷⁵ Carla GONÇALVES *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág.27.

¹⁷⁶ Álvaro DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, cit., pág. 253.

efeitos curativos necessários, não nos deve desviar da rigorosa qualificação da obrigação assumida como obrigação de meios (prestação dos meios clínico- cirúrgicos) e não de resultado (assegurar o efeito concretamente pretendido) ”¹⁷⁷.

De facto, o Acórdão reforça que “o facto de se tratar de uma cirurgia ditada por razões de carácter pessoal ou psicológico não deve fazer-nos olvidar jamais que se trata de uma agressão ao organismo humano, designadamente com submissão a anestesia, cortes e suturas, dependendo os resultados almejados não apenas do modo diligente como os diversos profissionais desempenhem a sua função, mas também do comportamento do próprio organismo intervencionado ou da qualidade ou durabilidade das próteses que porventura sejam aplicadas”.

Neste mesmo sentido DIAS PEREIRA, assevera que as cirurgias estéticas “ têm um carácter aleatório como quaisquer outras, sendo, aliás, por vezes, de enormíssima complexidade técnica e com enormes riscos”¹⁷⁸. Também CARLA GONÇALVES afirma que há um “forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas”¹⁷⁹.

Por outro lado, há também quem entenda que “estando em causa uma cirurgia destinada a corrigir defeito físico e/ou a melhorar a aparência, a importância do resultado assume maior acuidade”. Neste tipo de casos, pese embora o médico não se consiga comprometer em absoluto com a melhoria estética desejada, tem-se vindo a entender que se trata de uma obrigação em que “*só o resultado vale a pena*” (itálico nosso)¹⁸⁰. Assim, em cirurgia estética, não há dois polos de uma mesma moeda, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em causa o que era um bom estado de saúde. Portanto aqui, “ 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. As cirurgias estéticas exigem um dever de esclarecimento mais intenso e mais rigoroso dos médicos, pelo facto de serem intervenções que

¹⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/11/2012, Proc. N° 117/2000.L1.S1, Relator Abrantes Geraldês, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/823413e76b79b41980257ab800582719?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

¹⁷⁸ André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico- Paciente*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 9, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 432- 433.

¹⁷⁹ Carla GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para além da Culpa*, cit., pág. 29.

¹⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2009, Proc. N° 544/09.9YFLSB, Relator Pires da Rosa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 02/06/2015, Proc. N° 1263/06.3TVPRT.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 21/02/2019, Proc. N° 3784/15.8T8CSC.L1.S1, Relator Oliveira Abreu, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2a5dc92fffb7f83802583a8005860ed?OpenDocument&Highlight=0,OBRIGAC%C3%87%C3%83O,DE,MEIOS,E,DE,RESULTADOS,CIRURGIA,EST%C3%89TICA> (todos consultados em 28/05/2021).

não são necessárias do ponto de vista da saúde”.

Outro domínio da atividade médica importante de definir é o da odontologia ou medicina dentária. Em princípio, estarão aqui em causa também obrigações de meios, tanto nas atividades que envolvem diagnóstico, como tratamento farmacológico ou cirurgia maxilo-facial, uma vez que não diferem essencialmente das obrigações a cargo de outros especialistas. Porém, quanto à colocação de próteses dentárias tem havido alguma discordância, pois, se por um lado, há quem ache que os casos de colocação de prótese se revelam marcadamente mecânicos, classificando estas como obrigações de resultado, por outro lado, há quem prefira distinguir ato de elaboração/conceção da prótese, do ato direto de aplicação da prótese no doente, sendo que neste último caso estaríamos perante uma obrigação de meios, uma vez que pode haver mais riscos na aplicação direta no paciente, do que propriamente na conceção do molde da prótese.

E, por fim, o domínio da esterilização, que invoca alguns pontos de controvérsia, independentemente de ser masculina (vasectomia) ou feminina (laqueação das trompas). Pois, se para alguns a esterilização configura uma obrigação de resultados, uma vez que “a singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover «um mal de saúde» da paciente, *tem como finalidade exclusiva, no caso, alcançar um método anticoncepcional definitivo*” (itálico nosso)¹⁸¹; para outros trata-se de uma obrigação de meios, uma vez que o resultado depende da biologia própria do paciente, designadamente da endocrinologia (funcionamento das hormonas no organismo humano) e da proteónica (funcionamento das proteínas) de cada indivíduo, o que faz com que “o risco de sucesso da laqueação *não esteja clinicamente assegurado de sucesso de 100%*” (itálico nosso)¹⁸².

Esta tentativa de individualizar certos atos médicos e coloca-los ora no campo das obrigações de meios, ora no das obrigações de resultado, deve entender-se como meramente indiciário. Na verdade, não é possível definir de forma definitiva, quais os atos médicos que cabem numa ou noutra categoria obrigacional, até porque, em alguns casos, só em concreto é que isso poderá ser exequível.

De facto, o critério da aleatoriedade constitui um elemento essencial para podermos distinguir qual o tipo de obrigação em causa, porém não é o único. No campo contratual, onde existe o princípio da liberdade contratual e a autonomia privada, a vontade das partes concorre

¹⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/10/2007, Proc. N° 6068/2007-7, Relatora Isabel Salgado, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f540daebb46028a980257399005b9dbf?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

¹⁸² Vd. Ponto III do Acórdão *supra* citado.

naturalmente com o critério da “aléa” na definição do tipo de obrigação em causa. Significa isto que, uma obrigação que *a priori* seria qualificável como de “meios” pode, em concreto, ter uma configuração diversa, caso tenha sido essa a vontade das partes aquando da modelação do contrato. Pois, as partes podem convencionar uma diferente alocação do “risco” da não verificação do resultado final, transformando a obrigação tida como de meios, numa de resultado, e vice-versa.

Dito isto, teremos de aferir, atendendo aos critérios caracterizadores dos dois tipos de obrigações e, em especial à vontade das partes, qual o tipo obrigacional que, em concreto, subjaz ao contrato.

Não deve estranhar-se o facto de nesta matéria não procurarmos soluções acabadas, uma vez que o que está em causa é fazer uma distinção tipológica e não conceptual. Deste modo, teremos de ter em conta que quando nos referimos aos termos obrigações de meios e de resultado, estamos a lidar com realidades abertas, pois os “tipos”, ao contrário dos conceitos, não são definíveis.

Apesar das críticas endereçadas a esta clássica distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados¹⁸³, cremos poder tirar dela algum préstimo de ordem prática, designadamente para efeitos de delimitação do ónus da prova que impende sobre o profissional médico. De facto, caso estejamos perante um daquelas casos excecionais de obrigação de resultado, em caso de não cumprimento por parte do médico, o paciente apenas terá de provar a ocorrência desse mesmo facto, que será automaticamente ilícito- não precisando de provar a violação dos deveres de cuidado (*leges artis*). Acresce que, também não necessitará de provar a culpa, uma vez que sobre o médico impende a presunção (ilidível) de culpa do Artigo 799º do CC.

Pois que, se ao invés, estivéssemos perante uma obrigação de meios a prova do incumprimento do contrato afigurava-se mais difícil, uma vez que não bastaria ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, tendo este de provar que o médico não cumpriu os seus deveres de atuação técnica, ou seja, não respeitou as *leges artis*. Por outras palavras, tem de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis.

Podemos daqui retirar que, a determinação de quais sejam as verdadeiras exceções à natureza da obrigação de meios não deverá ser feita em abstrato, desprezando a indispensável análise casuística. Como tal, perante situações duvidosas, só uma rigorosa ponderação caso a

¹⁸³ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética, cit.*, Pág. 110 e ss.

caso poderá oferecer resposta adequada.

Em relação a distinção entre as obrigações esta será sempre útil e operante pois que: i) o conjunto de normas e princípios profissionais não se encontram coligados em apenas um diploma, estando antes dispersados na *praxis* médica, o que não nos permite saber quais as intervenções que implicam a cura e quais as que implicam um mero tratamento diligente e prudente; ii) esta distinção permite discernir, no âmbito da profissão médica, as atividades/intervenções para as quais se exige um resultado certo, de outras, em que a aléa das condições pessoais do doente ou de outros fatores, não podem fazer recair sobre o médico, sem mais, a responsabilidade de um resultado.

3- Responsabilidade da Instituição de Saúde

Questão de grande importância no que diz respeito à responsabilidade médica, é a análise da eventual diferença entre funções e possíveis consequências, decorrentes de um ato médico praticado numa entidade pública prestadora de cuidados de saúde ou numa instituição privada, análise essa que nos conduz a uma dualidade de regimes jurídicos permitidos pela lei nacional, designadamente a responsabilidade contratual e extracontratual.

Desde há muito tempo que há uma divisão, e até comparação, do setor público e do setor privado da saúde, essencialmente porque o seu crescimento se deu em momentos diferentes, com características próprias, respondendo a grupos de pressão específicos, colocados em posições variáveis de hegemonia¹⁸⁴.

Apesar desta longa coexistência, a oferta de cuidados de saúde em Portugal sofreu grandes alterações e foi influenciada por diversos fatores, como foi o caso da legislação que define a estrutura do SNS português, o sistema de financiamento, a evolução demográfica e as características da população, o crescimento económico, o investimento público e privado no setor da saúde e a dinâmica do setor privado.

Aliás, quando a Lei de Bases da Saúde saiu, em 1990, foi instituído um sistema de cuidados de saúde misto, com prestadores públicos e privados, o que permitia definir o sistema de saúde como uma rede nacional de prestação de cuidados de saúde, em que o setor privado tinha uma presença essencial no sistema de cuidado português. Esta combinação público-privada permitia aos utentes uma melhor qualidade de serviços, pois havia a mobilidade do pessoal do

¹⁸⁴ Pedro Pita BARRROS, «A Economia dos Serviços de Saúde: Setor Público e Setor Privado na Prestação», *I Curso de Gestão de Serviços de Saúde da Faculdade de Ciências Médicas*, Universidade Nova de Lisboa, 2000.

SNS para o setor privado; os médicos trabalhavam para o SNS e para o setor privado em simultâneo; havia a criação de unidades privadas e a contratualização do setor privado pelo público; havia a criação de vários programas especiais de recuperação de listas de espera; e o sistema de deduções fiscais constituía uma fonte de regressividade no sistema de financiamento das despesas de saúde, de modo a garantir a utilização particular e a oferta do setor privado¹⁸⁵.

Ora, o que levou ao exponencial crescimento do setor privado da saúde, face ao público, foi a elevada qualidade dos serviços dos hospitais privados para a época, os importantes investimentos efetuados em tecnologias de ponta, o rápido crescimento do número de médicos privados e o facto de os hospitais privados também passarem a efetuar procedimentos complexos, que os públicos não faziam.

Neste momento, o setor privado português é procurado como resultado da falta de resposta dos cuidados de saúde públicos: “ fraca cobertura, como é o caso, da medicina dentária; acessibilidade condicionada, por exemplo, as listas de utentes sem médico de família ou tempos de espera para marcação de consulta programada nos centros de saúde (em 2008, o tempo médio de espera por uma consulta programada de medicina geral e familiar em muitos centros de saúde era de 30 dias); ineficiências do SNS que se repercutem em longos tempos de espera para consultas de especialidade nos hospitais públicos ou em listas de espera para cirurgia (a 31 de dezembro de 2007, o número de pessoas inscritas nos hospitais públicos para uma primeira consulta de especialidade era de 474.065 utentes, que correspondia a uma espera média de 9 meses)”¹⁸⁶.

Assim se havia quem achasse que as instituições privadas de saúde, juntamente com as seguradoras de saúde, tinham impacto por serem vistas como uma relação ganha-ganho (uma vez que às instituições privadas tinham um volume de clientes significativo, ajudando na rentabilização do negócio, e as seguradoras podiam dar aos seus clientes um tratamento diferenciado, liberdade na escolha e prioridade no acesso aos cuidados de saúde, condições amplamente valorizadas pelos clientes e que não podiam ser garantidas na rede pública, dada a obrigatoriedade de uma resposta geral e universal), por outro lado havia quem valorizasse o setor privado, não por esta vertente lucrativa, mas sim pela relevância na prestação de cuidados de saúde em algumas áreas em que o setor público não conseguia dar uma resposta eficaz e rápida.

De facto, o setor privado desenvolveu-se em redor do SNS, de modo a poder-lhe prestar o

¹⁸⁵ Joana Ferreira, “Concorrência Público-Privado no Sistema de Saúde Português: Uma análise exploratória”, *tese de Mestrado do Instituto Superior Técnico da Universidade Técnica de Lisboa*, Lisboa, 2009.

¹⁸⁶ José Mendes RIBEIRO, *Saúde - A Liberdade de Escolher*, Lisboa: Gradiva, 2009.

devido auxílio, como se pode verificar através da interajuda de serviços, infraestruturas e qualidade. Ora, esta interajuda entre os setores tornou-se fundamental ao SNS, ao permitir melhorias em várias lacunas, como por exemplo, a redução das listas de espera cirúrgicas, às quais o SNS não conseguia dar resposta, criando *inclusive* vários programas através da contratualização com o setor privado¹⁸⁷.

Atualmente, e de forma cada vez mais reiterada, os profissionais de saúde atuam no âmbito de grandes instituições, o que origina alguns desvios aos princípios que orientam a distribuição da responsabilidade civil.

Ora, quando o ato médico é praticado numa instituição de saúde (seja ela pública ou privada), muitas vezes é esta que responde judicialmente, seja solidariamente com o médico, seja no lugar deste, ainda que depois possa exercer o seu direito de regresso. Até porque, há aspetos na prestação do ato médico que são da exclusiva responsabilidade da instituição e que, no geral, não estão sequer diretamente relacionadas com a prestação profissional do médico: listas de espera com subsequente agravação do estado de saúde do doente, colapsos dos serviços de urgência, vigilância dos pacientes, aparelhos defeituosos ou em falta, infeções hospitalares como consequência da hospitalização (contração da infeção, porque o diagnóstico ou tratamento já caberá ao profissional médico), administração de produtos defeituosos, administração ao doente de substâncias nocivas, aplicação de substâncias não orgânicas defeituosas, deficiente organização dos horários dos funcionários, falhas na vigilância das instalações e equipamentos ou outras insuficiências ligadas à estrutura técnica da instituição¹⁸⁸.

Assim, ao médico que realiza a intervenção caberá a responsabilidade pela prestação da informação ao paciente e pela obtenção do respetivo consentimento, sendo que em caso de incumprimento, será ele que em primeira linha se arrisca a um processo judicial. Mas pode igualmente caber à instituição em si mesma, se se comprovar que a violação do consentimento informado se deve a procedimentos internos de funcionamento do serviço (critérios uniformes de atuação a todos os seus funcionários), que descurem esta prática. Pois, é dificilmente pensável que um profissional de saúde consiga respeitar as várias exigências atinentes ao consentimento informado num estabelecimento de saúde onde não haja uma rotina arreigada.

¹⁸⁷ A. DINIS, «Saúde privada, integração sofisticada», *In Revista IP Espaços, edifícios e empresas*, Dossier Especial Saúde e Tecnologia, 2008, pág. 14-22.

¹⁸⁸ Rui CASCÃO, «A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária», *In Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* (2004) 1, pág. 97-106; Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág. 193-194.

Neste contexto, pode bem acontecer que o médico condenado ao pagamento de uma indemnização (por ausência ou deficiência do consentimento informado) venha depois reagir contra a instituição, por não lhe ter providenciado os meios para respeitar os ditames legais do consentimento.

Deste modo, cabe em primeira mão à própria instituição concretizar práticas, procedimentos e linhas de atuação conformes a esta exigência, designadamente, através da imposição de atualizações dos processos clínicos, a disponibilização aos seus profissionais de formulários completos de consentimento informado e formações constantes que incentivem os profissionais de saúde ao respeito desta exigência, bem como de todas as outras.

Importa referir que, tanto o setor público como o setor privado têm a necessidade de garantir os requisitos mínimos de qualidade e segurança, a vários níveis, essencialmente nos recursos humanos, no equipamento disponível e nas instalações. Estes requisitos têm uma relevância mais acrescida nesta área do que em outras, pelo facto de ser necessário garantir que os serviços sejam prestados em condições que não lesem o interesse nem violem os direitos dos utentes, bem como por estar em causa um valor essencial, que é a saúde.

Para alguns autores, a grande diferença entre a gestão privada e a pública reside no contexto político em que ambas se encontram. Enquanto a administração pública desenvolve atividades administrativas para a satisfação de necessidades coletivas, conferindo-lhe elevada dependência do poder político, a administração privada rege-se principalmente segundo o mercado e as suas leis.

Contudo, os critérios para determinar se existe ou não responsabilidade pelos atos médicos praticados em hospitais públicos são os mesmos que para a clínica privada. Isto porque, o ato médico é fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado. Discutida tem sido apenas a questão de saber se a ação deve ser intentada nos tribunais judiciais ou nos tribunais administrativos, o que depende da sua qualificação como atos de gestão privada ou de gestão pública.

3.1- Estabelecimentos Privados de Saúde

Quando recorremos a um *serviço privado de saúde*, ainda que a autonomia seja reduzida e constantemente conduzida ao regime das cláusulas contratuais gerais, assiste sempre ao paciente, no âmbito da sua autonomia contratual, escolher a que serviço se dirigir ou que médico pretende que o atenda.

Assim, a responsabilidade nos hospitais privados depende de várias condições: por um lado, do tipo de contrato existente entre a pessoa coletiva (hospital) e a pessoa singular (médico), ou seja, depende do facto de se tratar de um assalariado ou de um prestador de serviços; por outro lado, depende ainda de se saber se o paciente contratou com a clinica ou diretamente com o próprio médico, ou seja, se estamos perante um contrato total ou um contrato dividido.¹⁸⁹

Quando o paciente contrata com o estabelecimento de saúde o fornecimento de serviços médicos e, cumulativamente, de outros serviços complementares (internamentos hospitalares e respetivos cuidados como utilização do material, refeições, cuidados de enfermagem, etc) estaremos perante um contrato total.

Com efeito, as relações jurídicas que se estabelecem entre o paciente e o estabelecimento de saúde privado, organizado empresarialmente, ou seja a clinica privada, qualificamos como relações contratuais.¹⁹⁰

O contrato que é celebrado por uma qualquer pessoa com uma entidade prestadora de cuidados de saúde tem um conteúdo e uma dimensão abrangentes e densos. A clinica não contrata apenas a prestação de serviços médicos, mas obriga-se também aos internamentos e cuidados inerentes. O conteúdo desta relação contratual é atípica¹⁹¹, não obstante a sua progressiva tipicidade social, e mista¹⁹², pois abarca prestações que pertencem a vários tipos contratuais distintos (prestação de serviços, locação, compra e venda, empreitada, etc).

A *atipicidade do contrato* é patente na ausência de qualquer figura contratual, consagrada na lei, que englobe toda a diversidade de prestações a que uma clinica se obriga para com as pessoas que com ela contratam. Pois, a lei não regula o contrato pelo qual um estabelecimento privado de saúde se obriga, para com quem o procura, a proporcionar-lhe o diagnóstico e as intervenções terapêuticas que sejam necessárias, por pessoal médico, paramédico, farmacêutico, enfermeiros e auxiliares, todos eles qualificados e preparados para uma resposta pronta e

¹⁸⁹ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e Bioética, cit.*, pág. 89-94.

¹⁹⁰ Henriques GASPAR, «A Responsabilidade Civil do Médico», *In CJ*, Ano III, 1978, pág. 341; Guilherme OLIVEIRA, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado», *In Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 61; Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e Bioética, cit.*, pág. 81; Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos», *In Direito e Justiça*, Vol. XIV, T. III, 2000, pág. 186; João Álvaro DIAS, «Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica», *In RPDC*, n.º 3, 1993, pág. 42; Pedro Romano MARTINEZ, «Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico», *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (Direito dos Contratos e Obrigações), Coimbra: Almedina, 2011, pág. 463

¹⁹¹ Contrato atípico é aquele que a lei não prevê, que a lei não disciplina. As partes são livres de celebrarem contratos que não correspondam a uma qualquer figura contratual das que surgem no Código, e o fundamento para essa legitimidade é o princípio da liberdade contratual (Artigo 405.º do CC). A este respeito *vide* J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª edição (reimpressão 2008), Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 272 e ss; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 240 e ss.; Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 109; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995.

¹⁹² Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, cit., pág. 99; João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª edição (reimpressão 2008), Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000 pág. 279 e ss; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª edição Coimbra: Almedina, 2008, pág. 372.

imediate, prestações relacionadas com o internamento, realização de refeições, uso dos serviços de higiene e limpeza pessoal, garantia de segurança dentro das instalações, disponibilização de equipamentos, entre outras coisas.

Além de toda esta infinidade tão diversa de prestações, o contrato celebrado entre a clinica e o paciente, pode ser denominado de *misto*. Pois, no contrato estão presentes prestações que são características de uma série ampla de contratos, sendo que as partes não procuram apenas contratar as prestações próprias de determinado contrato, mas sim vincular-se a obrigações próprias de diferentes contratos que estão total ou parcialmente regulados na lei.

A obrigação assumida pela clinica, para além de ser um contrato misto e atípico, deve ser entendida também como uma *obrigação complexa*¹⁹³, pois para além dos deveres principais ou primários, que definem o tipo contratual (constituem o núcleo dominante da relação obrigacional), temos os chamados deveres secundários ou acidentais, que neste caso são aqueles deveres que têm em vista o preparar do cumprimento ou o assegurar da perfeita execução da prestação principal¹⁹⁴. Ora, é neste quadro dogmático que incumbe às clinicas privadas de prestação de cuidados de saúde uma obrigação específica, que se traduz num dever de boa organização, de bem gerir os seus serviços. Como tal, estes estabelecimentos privados devem ter uma organização adequada que assegure a segurança no tratamento dos doentes, bem como a qualidade dos cuidados que aos mesmos são prestados.

O que importa retirar de tudo isto é que, quando o paciente contrata com o estabelecimento de saúde o fornecimento de serviços médicos, bem como de outros serviços complementares, é a instituição que responde pelos atos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações, ao abrigo do Artigo 800 n.º 1 do CC.

Como nos diz FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “*No plano contratual, a clinica responde pelos actos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações*. Assim, se a clinica tem ao seu serviço médicos para o tratamento dos clientes que a ela se dirijam diretamente, responderá contratualmente pelos actos destes” (itálico nosso)¹⁹⁵.

Contudo, há quem considere que quando o paciente contrata exclusivamente com a instituição, a prestação de todos os serviços (sejam eles os médicos ou os complementares), esta

¹⁹³ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos Hospitalares – Alguns Casos da Jurisprudência», *In Separata da Revista Lex Medicinæ*, n.º 7, ano IV, 2007, pág. 60; Pedro Romano MARTINEZ, «Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico», *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (Direito dos Contratos e Obrigações), Coimbra: Almedina, 2011, pág. 465.

¹⁹⁴ J. M. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª edição (reimpressão 2008), Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 122; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 77.

¹⁹⁵ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, Lisboa, 1984, pág. 51.

responderia a título de responsabilidade contratual, mas o médico também responderia a título de responsabilidade extracontratual. Porém não será assim, muito menos quando o médico seja funcionário da instituição, pois neste caso ele está vinculado pelo contrato celebrado entre a sua entidade patronal e o paciente. Deste modo, falamos sempre de responsabilidade contratual, respondendo a instituição, e exercendo depois, se for o caso, o seu direito de regresso contra o funcionário.

Aliás, mesmo nos casos em que o médico seja prestador de serviços não subordinado à instituição e usufrua das instalações daquela, mantemo-nos no campo da responsabilidade contratual, respondendo o estabelecimento de saúde, que só posteriormente poderá acionar o médico, caso se verifiquem os pressupostos.

Não poderá nunca acontecer que seja acionada a instituição, segundo as regras da responsabilidade contratual (com base no ato praticado pelo médico) e, cumulativamente, seja acionado o próprio médico, à luz da responsabilidade extracontratual, pois aí o lesado estaria a ser duplamente indemnizado pelo mesmo dano.

Por outro lado, quando o doente contrata com a instituição unicamente a prestação de serviços médicos (e não dos serviços complementares), pressupõe-se que estes sejam praticados em regime de ambulatório (consultas, cuidados de saúde simples, etc). Este contrato em muito se assemelha ao celebrado com médicos que exerçam medicina privada a título liberal, com a dissemelhança de que a prestação do serviço não é garantido por um só médico individualizado, mas pela instituição e por todos os seus agentes e funcionários. Por essa razão, a instituição seria igualmente responsável, mas somente pela conduta das pessoas empregues para efeitos de cumprimento dessa prestação, à luz do Artigo 800º do CC.

Outra modalidade que pode surgir no âmbito de estabelecimentos privados é quando o paciente contrata com o médico a prestação de cuidados médicos propriamente ditos e com o estabelecimento de saúde os tais ditos serviços complementares, e aqui haverá que diferenciar, em sede de apuramento de responsabilidades, a que leque de obrigações cada um se vinculou e qual a concreta obrigação violada ¹⁹⁶.

Ora, o contrato celebrado com o estabelecimento, abrange apenas as obrigações específicas do contrato de internamento que é conexo, mas autónomo, do contrato de prestação de serviços médicos, celebrado com o médico. Deste modo, a instituição somente responderá

¹⁹⁶ André Dias PEREIRA, «Breves Notas sobre Responsabilidade Médica em Portugal», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 17, 2007, pág. 14.

pelos atos praticados por pessoas envolvidas na execução do contrato de internamento, deixando de parte os atos especificamente médicos, sendo por estes últimos apenas o médico contratante, responsável.

A este respeito mencionamos um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, onde se concluiu que, na situação em concreto, o hospital privado apenas se tinha comprometido a assegurar o internamento do paciente e a proporcionar ao médico os meios técnicos e humanos necessários ao desempenho da sua profissão. Por este motivo, a sua responsabilidade foi imediatamente descartada quando a paciente se queixou de danos causados pelo médico, pois a responsabilidade da instituição só seria pensável face a atos praticados pelos seus próprios funcionários ou derivada de incidentes relacionados com o internamento do paciente¹⁹⁷.

Chega a dizer o Acórdão *supra* citado que: “se o estabelecimento hospitalar não se comprometeu à prestação de cuidados de saúde propriamente ditos, não faz sentido responsabilizá-lo por um comportamento culposos 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”.

Nestas circunstâncias, podemos afirmar que a responsabilidade apenas caberá à instituição, se houver uma deficiente disponibilização dos meios técnicos e humanos, que impeçam o cabal cumprimento da prestação do médico.

Importa aqui mencionar o que é, concretamente, o dever de organização de um estabelecimento privado de saúde. Ora, quanto aos recursos humanos, incumbe à clinica privada ter disponíveis pessoal médico, paramédico e administrativo. Exige-se, ainda, que a clinica disponha de pessoal qualificado, detentor de formação adequada, com capacidade efetiva e concreta, para o desempenho das funções que lhe são conferidas. Esse pessoal qualificado deverá ser em número suficiente e estar convenientemente articulado de maneira a que, no momento oportuno, esteja presente.

Deste modo, devem ser verificados cuidados especiais na elaboração das escalas de serviço, tendo em atenção os dias tendencialmente mais difíceis (fins de semana, períodos noturnos e festivos, e aqueles em que se preveja uma maior procura aos cuidados de saúde, designadamente provocada por crises epidémicas, ou virais), de forma a garantir pessoal

¹⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/12/2011, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument&Highlight=0,209%2F06.3TVPRT.P1.S1> (consultado em 28/05/2021).

qualificado suficiente às emergências que possam advir¹⁹⁸.

O número de colaboradores deve estar em perfeita sintonia com a quantidade de doentes que recorram ao serviço de saúde, para que cada profissional tenha à sua responsabilidade um número equilibrado de casos clínicos¹⁹⁹. Pois, uma falha na quantidade de pessoal pode impor que os mesmos profissionais tenham que realizar turnos sucessivos, sem interrupção para o necessário repouso, o que em nada contribui para um correto funcionamento da organização hospitalar, e é, aliás, altamente propício para a ocorrência de danos²⁰⁰. Assim, o caminho para se evitar situações de erro passa, desde logo, pela rotação dos profissionais.

Quanto aos meios técnicos, temos a organização quanto aos equipamentos utilizados e a organização ao nível dos produtos manejados. Em relação aos equipamentos, é importante que os estabelecimentos privados garantam a higiene dos locais, mas também a sua vigilância e controlo. Exige-se, igualmente, que a clínica possua os materiais e instrumentos necessários e que estes não sejam defeituosos mas, ao invés, que apresentem perfeitas condições de utilização e que estejam de acordo com o nível de evolução da ciência. Aliás, é impreterível, que os materiais estejam adaptados e que sejam idóneos aos fins médicos e cirúrgicos. As instituições privadas de saúde devem possuir equipas de manutenção, responsáveis pelo controlo da qualidade e do rigor dos equipamentos.

Por outro lado, exige-se também das clínicas privadas, quanto aos produtos manejados, que estes não tenham defeitos, vícios, ou outro problema. A jurisprudência e a doutrina dão particular relevância a dois produtos: medicamentos e sangue. Quanto aos medicamentos, é da maior importância zelar por manter os medicamentos sempre na mesma colocação, evitando assim confusão entre fármacos com nomes ou embalagens semelhantes²⁰¹. Não menos relevante, é primar-se por uma rigorosa preparação e rotulagem dos fármacos e respetivas embalagens, garantindo uma adequada temperatura de acondicionamento e uma completa referenciação. Por sua vez, para o fornecimento de sangue, entende-se que as clínicas têm uma obrigação (de resultado) de possuir sangue não contaminado. A isto acresce, o facto de o sangue dever ser fornecido sempre no momento adequado.

Na legislação nacional é possível encontrar diplomas que fixam um determinado *standard*

¹⁹⁸ Sinde MONTEIRO, «Anotações ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01-12-2008», *In RLJ*, Ano CXXXIX, n.º 3959, pág. 130, 132 e ss (nota 19); Daniela Sofia Gomes COSTA., *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2018, pág. 67-77. Sobre a dinâmica de organização dos horários dos profissionais, vide, Rui Miguel Prista Pereira CASCÃO, «A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária», *In Lex Medicinæ*, Ano I, n.º 1, 2004, pág. 101.

¹⁹⁹ Rui M. FIGUEIREDO, «O Erro na Medicina», *In Jornal do Instituto Português de Reumatologia*, Vol. IV, n.º 2, 2005, pág.87.

²⁰⁰ José FRAGATA, Luís MARTINS, *O Erro em Medicina – Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade*, 3ª reimpressão 2008, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 63-64.

²⁰¹ Rui Miguel Prista Pereira CASCÃO, «A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária», *In Lex Medicinæ*, n.º 1, Ano I, 2004, pág. 100.

de eficiência e organização a observar pelas unidades privadas de serviços de saúde. Até 2009, o diploma que regulou a criação e fiscalização das unidades privadas foi o DL 13/93, de 15 de Janeiro, que tinha como objetivo “garantir que a prestação desses cuidados de saúde pelo sector privado se realize com respeito pelos parâmetros mínimos de qualidade, quer no plano das instalações, quer no que diz respeito aos recursos técnicos e humanos utilizados”²⁰².

Porém, este decreto-lei revelou-se de difícil implementação ou quase inoperacional, ficando tal a dever-se à burocratização e complexidade das regras. Assim sendo, tornou-se inevitável a definição de um novo modelo para as unidades privadas de serviços de saúde, ao qual se desse cabal realização aos objetivos do Ministério da Saúde (criar um setor privado de prestação de cuidados de saúde, complementar ao Serviço Nacional de Saúde, que garanta qualidade e segurança).

Neste contexto surgiu o DL 279/2009, de 6 de Outubro, que previa um procedimento simplificado, sem que tal significasse uma facilitação no cumprimento dos requisitos técnicos, ou uma menos rigorosa exigência de qualidade. Passados 5 anos, o legislador entendeu que se devia ir mais longe e operou uma transformação neste decreto-lei, com a publicação do DL 127/2014, de 22 de Agosto. A maior diferença relativamente ao anterior é que não tem por objeto apenas as unidades privadas de serviços de saúde, mas antes todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica ou entidade titular da exploração.

Acresce que, a Portaria 290/2012, de 24 de Setembro, estabelece, de igual modo, os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para o exercício da atividade das unidades privadas que tenham por objeto a prestação de serviços de saúde e que disponham de internamento. Sobre esta portaria importa referir que, de acordo com o artigo 5º, “as unidades privadas que prossigam atividades no âmbito da prestação de serviços de saúde e que disponham de internamento devem contratar e manter em vigor um seguro de responsabilidade civil e profissional que cubra os riscos inerentes à respetiva atividade e à atividade dos seus profissionais”.

Por sua vez, a Portaria 291/2012, com a mesma data, e que estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para as unidades privadas que prossigam atividades no âmbito da cirurgia de ambulatório, estipula no seu artigo 5º que “as unidades de cirurgia de ambulatório devem contratar e manter em vigor um

²⁰² Decreto-Lei nº 13/93, publicado no Diário da República nº 12/1993, Série I-A de 15-01-1993, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/586007/details/maximized> (consultado em 28/05/2021).

seguro de responsabilidade civil e profissional que cubra os riscos inerente à respetiva atividade e à atividade dos seus profissionais”.

Em jeito de síntese, quando o contrato de prestação de cuidados médicos é feito diretamente com o profissional médico, a instituição privada de saúde só responderá se falhar nos meios técnicos e humanos *supra* referenciados, pois é somente esta a obrigação (dever geral de organização) que lhe cabe. Assim sendo, responderá se, por exemplo, não colocar à disposição do médico, pessoal qualificado em número suficiente; se não proceder á coordenação dos serviços; se não garantir locais salubres e idóneos para trabalhar; se não prover pela manutenção dos instrumentos a utilizar; se não providenciar produtos devidamente autorizados e dentro do prazo (no caso de medicamentos), etc²⁰³.

Só assim não será, caso se conceba o médico como comissário da instituição, logo, respondendo esta pelos atos cometidos por aquele, como se tais atos fossem praticados por ela própria (Artigo 800º do CC), hipótese esta que Antunes Varela²⁰⁴ expressamente admite, mas que cremos não se adequar a estes contratos divididos.

Em suma, tratando-se de uma instituição de carácter privado, a responsabilidade civil decorre no estrito âmbito daquilo que regula o Código Civil. Deste modo, no âmbito do plano contratual, a clinica responde pelos atos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações.

Importa ainda referir que, quando o ato médico for desempenhado por uma entidade prestadora de cuidados de saúde de natureza privada, o lesado deverá intentar a respetiva ação num tribunal judicial.

3.2- Estabelecimentos Públicos de Saúde

Em Portugal, a opinião largamente dominante, entre a doutrina e a jurisprudência é a de que entre o utente do SNS e a concreta instituição deste serviço a que aquele se dirija não existe um qualquer contrato, nem com o médico, nem com a instituição pública, atuando aquela última no âmbito de um serviço público, desempenhando uma atividade de gestão pública²⁰⁵.

Este entendimento começou com SILVA CARNEIRO que “*atribuiu à prestação de assistência médica nos estabelecimentos do SNS, a qualidade de serviço público*. No prestar deste

²⁰³ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico, cit.*, pág. 197.

²⁰⁴ João Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 9ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1996, pág. 663.

²⁰⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 14/07/2010, Proc. N° 128-99.8TAVIS.C2.S1, Relator Rodrigues da Costa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dd95a5108b53e9be802577f80035dd79?OpenDocument&Highlight=0,128-99.8TAVIS.C2.S1> (consultado em 28/05/2021).

serviço público de saúde, o médico vê prevalecer sobre o utente os seus poderes e a sua autoridade, equiparando-se esta condição à do polícia que protege a pessoa e os bens do cidadão comum face a ameaças de terceiros” (itálico nosso) ²⁰⁶.

Posteriormente, o Juiz Conselheiro HENRQUES GASPAS, acreditando também que os estabelecimentos do SNS são um serviço público, que levam a cabo uma função com interesse público, conclui que “ esta função se consome numa atividade de gestão pública, a qual deixa os intervenientes unidos por uma verdadeira e própria relação de serviço público, e não por uma qualquer relação de direito privado” ²⁰⁷.

Um outro grande nome da nossa doutrina que segue esta linha de pensamento é FREITAS DO AMARAL. Ele coloca a responsabilidade civil por atos praticados em estabelecimentos integrados no SNS no grupo da responsabilidade civil por atos de gestão pública, “ definindo estes de acordo com o critério do enquadramento institucional, sustentando esta qualificação não tanto numa hipotética diferença entre a natureza dos atos, sendo estes praticados por um profissional liberal ou por um profissional integrado no SNS, mas antes porque estes últimos, diferentemente dos primeiros, se integram no exercício de uma função pública regulada por normas de direito público e estão sujeitos a deveres e restrições especiais de carácter público” ²⁰⁸.

SÉRVULO CORREIA nega que a relação entre os utentes do SNS e os estabelecimentos que o integram seja uma relação contratual, “uma vez que no quadro desta relação não se materializa um qualquer acordo de vontades, pelo que, *cai a bilateralidade associada aos contratos*” (itálico nosso) ²⁰⁹. Este autor parte do Artigo 64º nº1 da CRP que diz que “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”. Pois, “O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito (...)”, não podendo uma entidade do SNS recusar-se a prestar os cuidados de saúde aos cidadãos que deles careçam. Como tal, Sérvulo Correia retira daqui que a tal direito dos cidadãos (de protecção da saúde) corresponde um dever (dever jurídico de prestar) que cabe a qualquer estabelecimento integrante do SNS.

ANA RAQUEL MONIZ diz que há um «quid» diferenciador da atividade médica exercida em estabelecimentos de saúde públicos, em contraposição aquela que é exercida em

²⁰⁶ Silva CARNEIRO, «Responsabilidade da Administração Hospitalar», *In Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIX, 1972, pág. 209-212.

²⁰⁷ Henriques GASPAS, «A Responsabilidade Civil do Médico», *In CJ*, Ano III, 1978, pág. 339.

²⁰⁸ Freitas do AMARAL, «A Responsabilidade da Administração no Direito Português», *In Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXV, Lisboa, 1973, pág. 25; Freitas do AMARAL, «Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex, 1991, pág. 128.

²⁰⁹ Sérvulo CORREIA, «As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados Pelas Unidades de Saúde do SNS», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996, pág. 22-27.

estabelecimentos privados, que é o conjunto de deveres que o médico, enquanto funcionário público, é obrigado a respeitar, sendo a atividade médica exercida em estabelecimentos do SNS, uma atividade de gestão pública²¹⁰. A autora qualifica esta relação, não como uma relação contratual, mas como uma relação especial de direito administrativo, pois, após se constituir a relação que une o utente ao estabelecimento do SNS, define-se um conjunto de direitos e de obrigações que formam uma disciplina jurídica específica, a qual se diferencia de uma qualquer outra disciplina reguladora das relações entre os cidadãos e a Administração Pública²¹¹. Na estrutura desta relação, o utente não está somente diante de uma pessoa pública que têm competências para a prática do ato que a sua saúde carece, mas também de outras pessoas coletivas públicas, de que pode eventualmente depender para a efetivação do ato em causa, e por último, dos funcionários ou agentes dessas mesmas pessoas coletivas, das quais se espera zelo e obediência no cumprimento das normas jurídicas administrativas (daí ser uma relação especial de direito administrativo, pois é do tipo multipolar ou poligonal)²¹².

GUILHERME DE OLIVEIRA afasta também a figura do contrato destas relações jurídicas, com base no pressuposto de que a prestação de cuidados médicos nos estabelecimentos do SNS constitui a realização de um serviço público²¹³.

A tudo isto acresce ANDRÉ PEREIRA, que defende que “quando estejamos perante um ato médico que tenha sido praticado em hospital público e que tenha gerado um dano na esfera jurídica do paciente, que *deverá ser aplicado o regime de responsabilidade civil extracontratual*” (itálico nosso)²¹⁴. Segundo ele, um ato médico praticado num hospital público reveste a natureza de ato de gestão pública, ao qual se aplica necessariamente o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e das demais entidades públicas.

Nas palavras deste autor, o paciente poderá ser considerado até um verdadeiro consumidor, no que tange aos serviços que lhe são prestados²¹⁵. Desta afirmação parece transparecer a ideia de que o doente, enquanto consumidor, padece de alguns direitos,

²¹⁰ Ana Raquel MONIZ, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 42.

²¹¹ Ana Raquel MONIZ, «Quando Caem em Desgraça os Discipulos de Hipócrates...Algumas Questões Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração», *In CJA*, n.º 50, 2005, pág. 16; No mesmo sentido, Margarida CÔRTEZ, «Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde», *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 261.

²¹² Ana Raquel MONIZ, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, cit., pág. 17-18; Ana Raquel MONIZ, «Quando Caem em Desgraça os Discipulos de Hipócrates...Algumas Questões Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração», *In CJA*, cit., pág. 16.

²¹³ Guilherme OLIVEIRA, «Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado», *In Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág.61.

²¹⁴ André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 9, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 45.

²¹⁵ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 22, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 411.

designadamente de ser informado, ficando a cargo do médico um dever de esclarecimento, através do qual há uma obrigação de informar o paciente de forma simples, clara e perceptível.

Com efeito, na linha destes autores citados, não é atribuída natureza contratual à relação entre o utente e a entidade do SNS. Assim sendo, o facto de estar em causa uma relação desvinculada de um qualquer contrato faz com que, em termos processuais, teremos de aplicar o regime da responsabilidade extracontratual. Deste modo, quando nos deslocamos a um estabelecimento do SNS, é decidido a nível administrativo qual o serviço e qual o médico competente para atender determinado paciente, não recaindo a escolha sobre este último.

Isto faz com que, afirmando-se que a atividade médica é um ato de gestão pública da Administração, se aplique o regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro²¹⁶ (regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas), aos atos ou omissões praticadas no exercício dessa função pública que sejam lesivos dos direitos dos pacientes, sendo portanto a ação proposta contra a administração do hospital e não contra o concreto agente ao qual se imputa em juízo o dano.

Acresce que, neste âmbito desta responsabilidade não falamos de retribuições pelo serviço de saúde prestado, dizendo até que *“o pagamento de quaisquer 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” (itálico nosso).

Por isso é que, “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 extracontratual”²¹⁷.

Em termos de jurisdição competente, o facto de ser um estabelecimento de saúde público, pertencente ao SNS, faz com que os tribunais competentes para julgar estes pedidos de responsabilidade civil, em caso de conduta ilícita, por parte da administração hospitalar ou funcionário do SNS enquanto servidor público, sejam os tribunais administrativos e não os tribunais comuns. São estes que serão competentes para resolver quaisquer litígios que possam surgir quando o ato médico seja praticado por uma entidade pública.

²¹⁶ Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos», *In Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, 2000, pág.179; André Dias PEREIRA, «Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal», *In RPDC*, n.º 17, Ano XVI, 2007, pág.12.

²¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 09/12/2008, Proc. N.º 08A3323, Relator Mário Cruz, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1558da44bb1b0c5e8025751b004e9916?OpenDocument&Highlight=0,08A3323> (consultado em 28/05/2021).

Ora, “ fundando-se a ação no instituto da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, com base num alegado erro médico cometido por uma médica durante uma intervenção 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;”

Assim sendo, e mesmo que, por exemplo, a médica tenha transferido para uma companhia de seguros a sua responsabilidade civil, decorrente da sua atividade profissional, através de um contrato de seguro, e de ter requerido a intervenção acessória da seguradora, isto “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 CPTA) ”²¹⁸.

Porém, existe a particularidade de que, se a responsabilidade civil da instituição pública de saúde for apreciada em conjunto com a responsabilidade criminal dos concretos intervenientes, aí a questão é englobada no processo correspondente à questão criminal, logo, num tribunal judicial (designadamente o tribunal criminal que conhece a responsabilidade criminal respetiva)²¹⁹.

Isto porque, estaremos perante um pedido de indemnização civil enxertado em processo penal (ação civil decorrente da prática de um crime), logo, nos termos do art. 71º do Código Processo Penal, “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei” (que são os que vêm elencados no Artigo 72º do mesmo Código). Deste modo, e por força do princípio da adesão, vai ser competente para julgar a ação de responsabilidade civil extracontratual o tribunal criminal que julga o processo penal.

Assim, e indo ao encontro do que realmente importa falar, quando um médico exerce a sua atividade numa instituição pública de saúde, exerce uma atividade de gestão pública. Isto aplica-se inclusivamente a hospitais que integram o setor empresarial do Estado, como é o caso dos hospitais EPE, onde apesar de se alterar o modo de gestão, a responsabilidade continua a ser

²¹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 20/03/2012, Proc. N.º 1524/11.0TVLSB.L1-1, Relator Manuel Marques, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b9e7b8d793f637ed802579ce004a31ff?OpenDocument&Highlight=0,1524%2F11.0TVLSB> (consultado em 28/05/2021).

²¹⁹ Sobre isto *vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 08/05/2012, Proc. N.º 1499/08.2TDLSB-A.L1-5, Relator Alda Tomé Casimiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/091d8007f856a380802579ff00332bb5?OpenDocument&Highlight=0,1499%2F08.2TDLSB-A.L1-5> (consultado em 28/05/2021); e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 09/11/2020, Proc. N.º 179/16.0T9VNF.G1, Relatora Cândida Martinho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/45319c5b49558bd88025862a00565d90?OpenDocument> (consultado em 28/05/2021).

pública, não podendo o Estado desonerar-se dela, uma vez que o que continua em causa é o exercício da função administrativa, o que significa que a efetivação da responsabilidade decorre também dos tribunais administrativos²²⁰.

Importa ainda englobar nesta solução, os hospitais explorados em regime de parceria público-privada, sendo neste caso a particularidade, o facto de a ação ser exclusivamente intentada contra a entidade privada exploradora.

Podemos, pois, dizer que as pessoas coletivas integradas no SNS, com o objetivo de assegurar os cuidados de saúde aos respetivos beneficiários, compõe aquilo que chamamos de grupo dos estabelecimentos públicos de saúde. Ora, sendo estes atos praticados, atos de gestão pública, cabem na responsabilidade extracontratual do Estado, por atos administrativos, na medida em que está em causa uma prestação do Estado para a satisfação de um direito social. Pois, num hospital integrado no SNS, o objetivo em causa é a satisfação de prestações de saúde a cargo do Estado, ou seja, no exercício da função administrativa.

De facto, “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”.

Podia, deste modo, parecer que cabe ao Estado indemnizar o lesado (Artigo 22º da CRP), em termos semelhantes ao estipulado para efeitos de responsabilidade civil extracontratual cominada no Código Civil, mas seguindo um regime exclusivamente (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). Contudo, a ação não é proposta diretamente contra o Estado, mas sim contra o estabelecimento de saúde, o qual goza de personalidade jurídica e património próprio²²¹.

Assim, o médico não vai responder pessoalmente pelos danos decorrentes do ato médico praticado, devendo a ação judicial ser intentada contra a Administração Pública, sendo o próprio hospital que, em caso de culpa leve, responde perante o lesado. Porém, se o médico tiver atuado com base numa negligência notória e grosseira, ou seja, com menos diligência e zelo do que a que se encontrava obrigado em razão do seu cargo, a entidade hospitalar tem sobre esse profissional médico, um direito de regresso.

A única e restrita forma de o médico responder diretamente pelos danos decorrentes do

²²⁰ Ana Raquel MONIZ, *A Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Contratos de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, cit., pág. 14.

²²¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 27/05/2009, Proc. N° 0182/09, Relator Rui Botelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6e5cab66d1efa5c0802575c9004c24f4?OpenDocument&Highlight=0,hospital,personalidade,jur%C3%ADdica> (consultado em 28/05/2021).

exercício da sua atividade, surge na eventualidade de este ter atuado com dolo ou ter excedido o limite das suas funções, havendo mesmo nesta situação, uma responsabilidade solidária da administração hospitalar onde o facto ilícito gerador de danos teve lugar (Artigo 8º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro). No entanto, nestes casos, a ação deverá ser intentada perante os tribunais comuns.

Pode acontecer que o lesado alegue, não uma violação das *leges artis* que responsabilize o ente público hospital, mas sim a própria responsabilidade do Estado em si mesmo, devido a este não ter, por exemplo, dotado o hospital dos meios imprescindíveis ao seu funcionamento, de forma a satisfazer as necessidades reclamadas na prestação de serviço (falta cometida pelo Estado na vertente de Estado de Direito Social ou Estado Prestador).

Isto aconteceu, por exemplo, num Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, onde a ação foi intentada contra o Estado Português e o Hospital Geral de Santo António, uma vez que foi alegado, pelo autor, que “ o Estado Português, colocado perante solicitações feitas pelo Hospital Geral de Santo António em termos de dotação de meios técnicos, humanos e patrimoniais, as tivesse denegado ou indeferido”²²². Porém, mesmo aqui foi absolvido o Estado Português porque no entendimento aí colhido, não foram alegados os factos que permitissem concluir uma falha de meios por parte do Estado Português, e como tal, que permitissem concluir por uma responsabilidade civil do Estado por factos ilícitos.

Pois, “ Não basta, para este efeito, alegar que o Estado tem de dotar os serviços médicos com todos os meios técnicos e humanos para que a “demora numa intervenção cirúrgica”, da qual resultem danos, seja considerada um acto ilícito. Para que o Estado pudesse ser também responsável por um facto ilícito traduzido na demora da intervenção cirúrgica tornava-se necessária a alegação de um quadro factual sobre o comportamento do Estado com o Hospital que permita (com clareza) imputar ao Estado (também) a concreta demora na intervenção do autor”.

Como tal, o Tribunal prosseguiu com o entendimento de que, como os factos ilícitos ocorreram nas instalações do Hospital Geral de Santo António, pessoa coletiva de direito público e como tal, com personalidade jurídica distinta do Estado Português, este seria o único a quem poderia ser imputada uma ilicitude relativamente à sua atuação.

Fazendo um estudo mais aprofundado da Lei nº 67/2007, respetiva, como anteriormente

²²² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 21/09/2010, Proc. Nº 0468/09, Relator São Pedro, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5fa452334e30796b802577ac00505ad0?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0468%2F09#_Section1 (consultado em 28/05/2021).

mencionado, à responsabilidade civil extracontratual do Estado, importa dizer que este diploma legal surgiu como combate aos longos períodos de tempo em que a Administração Pública escapou imune à verificação de danos na esfera jurídica de terceiros, decorrentes da atuação de funcionários e agentes do Estado. Pois, “ se inicialmente o princípio geral de direito segundo o qual quem causar um prejuízo a outrem deverá indemnizá-lo não se aplicava à Administração, tal situação alterou-se necessariamente á medida que a atividade administrativa se desenvolveu e intensificou e se tornou mais complexa”²²³.

Assim sendo, a entrada em vigor desta lei veio consolidar a ideia de que os danos provocados pela atuação do Estado e no interesse da comunidade devem ser igualmente reparados. Ora, a Lei 67/2007 veio adensar a suscetibilidade de responsabilização por danos produzidos no exercício da função administrativa, servindo como garantia contenciosa para os particulares que tenham de suportar um dano destes na sua esfera jurídica²²⁴.

Porém, mesmo com a entrada em vigor deste novo diploma legal, algumas matérias mantiveram excecionalmente o seu regime de responsabilidade civil por danos no seguimento do exercício da função administrativa, como foi o caso dos ensaios clínicos, da procriação medicamente assistida, da informação genética, bem como a avaliação do dano corporal. Destaca-se, no entanto, que estas exceções encontram-se previstas no Artigo 2º nº1 do Preâmbulo da Lei nº 67/2007, mencionando o legislador que “O disposto na presente lei salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa”.

Acresce que, a aprovação deste novo regime de responsabilidade extracontratual do Estado, permitiu concretizar o princípio previsto no Artigo 22º da CRP, que se traduz no principio fundamental da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, onde o legislador estipulou que “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. Este artigo, embora faça referencia à natureza da responsabilidade do Estado, não faz uma qualquer distinção entre uma atuação dolosa e uma atuação com base na mera negligência do agente lesante.

Para CARLOS FERNANDES CADILHA, as questões de maior destaque neste diploma legal

²²³ Fausto QUADROS (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra: Edições Almedina, 1995, pág. 52.

²²⁴ Fausto QUADROS (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, cit., pág. 47, 55 e ss; Rafael Vale e REIS, «Hipócrates com face de Jano? Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 5/2005, de 5 de janeiro de 2005», *In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº 3, Ano 2, 2005, pág.139-149; Maria José Rangel de MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da união Europeia*, Coimbra: Edições Almedina, 2009, pág. 9 e ss.

são a culpa do lesado, prevista no Artigo 4º e o direito de regresso que é atribuído à Administração Pública, pelo Artigo 6º²²⁵. Além destas duas questões peculiares, é ainda importante referirmo-nos à forma como o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público deverão ser responsabilizadas pelos danos que provêm do exercício da função administrativa, cabendo aqui os atos médicos praticados em entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde e dos quais decorrem danos a ser suportados por um terceiro, geralmente o paciente.

Pois, perante uma ação ou omissão ilícita praticada por um funcionário, agente ou titular de um órgão, no exercício das suas funções, com culpa leve, a Administração é a única responsável face ao lesado. Com esta previsão legal, o legislador quis que, em situações ilícitas praticadas com culpa leve, pelo agente lesante, este não seja pessoalmente responsável pelos danos produzidos na esfera jurídica de terceiro, sendo ao invés a ação interposta contra a entidade pública onde o ato médico teve lugar e não diretamente contra o profissional que atuou ou deveria ter atuado (Artigo 7º nº 1 da Lei 67/2007, de 31 de dezembro).

Por outro lado, se o comportamento do agente se tiver baseado numa atuação dolosa ou cuja diligência e zelo foram manifestamente inferiores àqueles a que o profissional médico estava adstrito, já existe uma responsabilidade solidária entre o Estado e demais pessoas coletivas de direito público e os titulares dos órgãos, agentes ou funcionários, existindo neste caso um direito de regresso da Administração, caso esta satisfaça qualquer indemnização que tenha por fundamento o Artigo 8º nº2 da Lei 67/2007, de 31 de dezembro. Também o Artigo 271º nº 4 da CRP tem esta proteção constitucional, ao estabelecer que “A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas *têm direito de regresso* contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes” (itálico nosso).

No que aos hospitais públicos diz respeito e pelo facto de termos concluído pela não responsabilização pessoal do médico, devendo o lesado intentar a ação diretamente contra a entidade onde o ato médico foi praticado, parece-nos correto afirmar que, em situações desta natureza, a responsabilidade civil do profissional cede lugar a uma verdadeira responsabilidade hospitalar. Não obstante, esta previsão legal que permite que o médico não seja diretamente demandado pelos danos decorrentes do seu comportamento (embora o possa ser posteriormente a nível do funcionamento interno da própria entidade hospitalar, através do direito de regresso a que temos vindo a aludir), é passível de fundamentar um inesperado sentimento de impunidade

²²⁵ Carlos Fernandes CADILHA, «O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa», *In Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 11, 1º semestre de 2009, pág. 245-263.

por parte do lesado que, na generalidade das situações, não tem conhecimento se o médico foi ou não responsabilizado através do ressarcimento da Administração, pela satisfação da indemnização.

Sobre isto pronunciou-se ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, dizendo que “ (...) o exercício da ação de regresso tem por base, por um lado, a constatação de que o Estado de Direito democrático é exigente para com os seus servidores mas que, por outro lado, essa exigência não tem praticamente tradução efetiva”²²⁶.

Ora, não havendo lugar ao cumprimento de tal obrigação legal é reiterado o entendimento da parte do lesado de que os titulares dos órgãos da Administração, seus agentes ou funcionários, não são efetivamente responsabilizados pelos danos que o lesado tem de arcar na sua esfera jurídica, continuando, aliás, a atuar de uma forma capaz de produzir danos em terceiros, sem nunca serem repreendidos, ficando tal responsabilidade exclusivamente ao encargo da entidade de natureza pública.

Para o autor *supra* referido, esta ideia de impunidade tem sido bastante difundida, mas não suficientemente contestada, fator esse que no nosso entender tem contribuído para um gradativo sentimento de impunidade por parte do lesado face à classe médica²²⁷.

Importa referir que, ainda que o direito de regresso já estivesse previsto no anterior diploma legal que regulava a responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, estas décadas de vigência de ambos os diplomas não se encontram refletidas no número de ações de regresso que têm existido na jurisprudência nacional, uma vez que estas são de número muito reduzido. Como nos diz ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, “destes mais de quarenta anos de vigência de tais diplomas, sendo de salientar que mais de trinta ocorridos sob a vigência do Estado de direito democrático, deveria ter resultado uma apreciação pelos tribunais de um número significativo de ações de regresso, até porque foram muitas as ações de responsabilidade civil extracontratual intentadas contra a Administração, tendo por base factos que determinariam a responsabilidade civil dos titulares dos órgãos dos entes administrativos bem como dos servidores destes, ao abrigo das leis referidas”²²⁸.

Ainda que não exista um estudo doutrinal e jurisprudencial aprofundado que justifique

²²⁶ António Cândido OLIVEIRA, «A obrigatoriedade da ação de regresso para efectivação da responsabilidade civil extracontratual na Administração Pública: uma simples proclamação da lei?», *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I (Responsabilidade: entre o passado e o futuro), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 571-577.

²²⁷ OLIVEIRA, António Cândido, «A obrigatoriedade da ação de regresso para efectivação da responsabilidade civil extracontratual na Administração Pública: uma simples proclamação da lei?», *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, *cit.*, pág. 572.

²²⁸ OLIVEIRA, António Cândido, «A obrigatoriedade da ação de regresso para efectivação da responsabilidade civil extracontratual na Administração Pública: uma simples proclamação da lei?», *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, *cit.*, pág. 572.

este número reduzido de ações respeitantes ao direito de regresso, que por sua vez contrasta com um aumento do número de ações de responsabilidade civil, o autor avança várias justificações ao nível jurídico para tal realidade, mencionado, a título de exemplo, um eventual esquecimento, por parte da Administração, do direito de regresso, face à necessidade de propositura de uma ação para que o profissional responsável proceda ao ressarcimento do adiantamento indemnizatório suportado pelo Estado²²⁹.

Em suma o que podemos retirar da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, é que se por um lado, há uma adaptação às novas realidades organizativas (com alargamento às organizações privadas) e com uma proteção acrescida dos lesados, embora não chegue ao ponto de criar uma responsabilidade objetiva do Estado; por outro lado, procura um afinamento dogmático na responsabilidade pelo risco e na responsabilidade por factos ilícitos²³⁰.

3.3- Ponto de Divergência

Apesar de largamente dominante o entendimento de que se ocorrer o ato médico num estabelecimento de saúde privado, é chamada à colação a responsabilidade civil contratual, ao passo que se for num estabelecimento de saúde público, a responsabilidade associada é a responsabilidade civil extracontratual, nem todos os autores pensam da mesma forma.

Aliás, tendo em conta os interesses em jogo, há quem se pergunte qual a melhor solução: aceitar a doutrina maioritária, ou aceitar a responsabilidade contratual (em termos de direito privado) dos hospitais e outros estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde integrados no SNS?

FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO defenderam, desde cedo, que os atos médicos, sendo idênticos onde quer que sejam praticados, deviam ser considerados, mesmo quando tenham lugar numa instituição do SNS, como um ato de gestão privada. Por outro lado, sustentaram que a relação entre o utente e os estabelecimentos do SNS é conformada também por um contrato de direito privado²³¹.

Estes autores, perspetivando o tratamento em hospitais públicos como um fenómeno de massas, assumem o meio contratual como o mais apropriado para verter a relação entre o utente e a entidade prestadora dos serviços de saúde.

²²⁹ OLIVEIRA, António Cândido, «A obrigatoriedade da ação de regresso para efectivação da responsabilidade civil extracontratual na Administração Pública: uma simples proclamação da lei?», *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, cit.*, pág. 573 e ss.

²³⁰ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, pág. 298.

²³¹ Figueiredo DIAS, Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *In BMJ*, nº 332, 1984, pág.47-49.

Na linha deste entendimento podemos retirar que o erro médico, no âmbito de instituições do SNS, seria apreciado no quadro da responsabilidade contratual de direito privado, imputada às próprias instituições integrantes daquele serviço.

Para estes autores, esta é a forma de responsabilidade que é mais conforme à defesa dos interesses em jogo, entre os quais, o direito à saúde, à integridade física e à vida (que são valores de primeiro plano na escala da ordem jurídica), e que melhor assenta à relação entre o utente e o estabelecimento do SNS, pois trata-se de algo muito maior do que sancionar um dano gerado entre duas pessoas estranhas uma à outra, havendo apenas em abstrato, o dever genérico de não lesar direito de outrem. Na verdade, o utente “ é alguém que tem positivamente direito a um certo número (e qualidade) de cuidados”, uma vez que, no seio desta relação existe “um quadro de direitos e deveres, fixado genericamente, mas individualizável e individualizado em relação a cada doente em concreto”.

Este ponto de vista, da relação entre os utentes e os estabelecimentos do SNS enquanto relação contratual, colhe mais adeptos. Aliás, quem se revê por completo neste pensamento são JOÃO DIAS²³² e ANDRÉ DIAS PEREIRA²³³. É de referir, no entanto, que ANDRÉ DIAS PEREIRA, embora reconheça a validade teórica do contrato para explicar a relação entre o utente e o serviço nacional de saúde, aceita sem discussão o regime da responsabilidade extracontratual, uma vez que tem em conta a unanimidade jurisprudencial sobre a matéria.

Acresce que, no ano em que FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO publicaram o relatório da intervenção no Workshop sobre Medical Responsibility in Western Europe, o Tribunal da Relação de Coimbra veio defender exatamente que a responsabilidade ali em causa seria a responsabilidade contratual²³⁴. Aliás, devido ao tribunal ter uma opinião tão dispare da restante jurisprudência, naquela altura, em relação aquela matéria, este acórdão foi objeto de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça²³⁵ e ainda alvo de anotações por parte de JOAQUIM SALDANHA, que sustenta a sua adesão à tese da relação contratual entre o utente e um estabelecimento integrado no SNS.

Como consta da própria anotação o objetivo é “constituir um entendimento diferente

²³² João Álvaro DIAS, «Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica», *In RPDC*, n.º3, 1993, pág. 27- 59 e pág. 38-42; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *cit.*, pág. 238-241.

²³³ André Dias PEREIRA, «Breves Notas sobre a Responsabilidade Médica em Portugal», *In RPDC*, *cit.*, pág. 12; André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico- Paciente*, *cit.*, pág.46; André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos Hospitalares- Alguns Casos da Jurisprudência», *In Separata da Revista Lex Medicinæ*, n.º7, Ano IV, 2007, pág.1.

²³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 20/11/1984, Relator Gelásio Rocha, disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B9929562c-b1f8-4f99-9139-843304857cc2%7D.pdf> (consultado em 28/05/2021).

²³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 25/07/1985, Relator Magalhães Baião, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7Bb16d80fe-3393-4777-a430-f41560adba78%7D.pdf> (consultado em 28/05/2021).

daquele que vinha sendo aceite e assumido”, com vista á consagração da “*tese de responsabilidade contratual do hospital público, em termos de Direito Privado*” (itálico nosso).

Assim, ao contrário da posição publicista de que “os hospitais são serviços de interesse público, pelo que inelutavelmente, a relação estabelecida entre o doente e o hospital era uma relação de serviço público, excludora e excludente de qualquer relação privada”, JOAQUIM SALDANHA, diz que com este novo pensamento “queriam a natureza contratual das relações entre os doentes e os hospitais, radicando num contrato de adesão ou nas relações contratuais de facto”

236.

Pois, consideram que “ o quadro do contrato é o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde”, uma vez que “sendo um fenómeno de massas o tratamento em hospitais públicos, a qualificação como contrato, nesta relação especial entre as duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, essa relação social criada tem um carácter pessoal” ²³⁷. Sobre isto, concordam com ele, MOITINHO DE ALMEIDA, MOTA PINTO, entre outros.

Nesta anotação é salvaguardada, então, uma dimensão importante da matéria em causa, e que passa pelo facto de o autor entender que o carácter contratual da relação entre o utente e a entidade prestadora do SNS brota dos próprios fundamentos axiológicos e culturais da comunidade.

Assim, para se entender o raciocínio em causa é imprescindível para o JOAQUIM SALDANHA, retroceder ao conceito de “ homem-pessoa, enquanto pressuposto decisivo, valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do nosso tempo”, dotado não só de dignidade como também de autonomia e liberdade pessoais, que o capacitam a conformar, de acordo com a sua livre e esclarecida vontade, um bem que só a si diz respeito - a saúde- por meio de um contrato com os serviços que se criam para a prestação desses cuidados de saúde.

O que se procura é uma “relação privada contratual entre o doente e a organização hospitalar, que o recebe, na veste de pessoa privada, como sujeito de direito no âmbito privado. Não há prerrogativas de poder público por parte da Administração Pública de Saúde, já que administrar saúde ao doente, como acto médico, é fundamentalmente idêntico onde quer que seja

²³⁶ Joaquim Alcoforado SALDANHA, «Anotação ao Acórdão do STJ de 25-07-1985», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, pág. 448-449, também disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B2603356f-98e4-442a-9e89-e77b8812f0d6%7D.pdf> (consultado em 28/05/2021).

²³⁷ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, pág. 297; Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *In Boletim do Ministério da Justiça, cit.*, pág. 35; Jorge Sinde MONTEIRO, «Actos de Gestão Pública, Erro de Tratamento Médico em Hospital», *CJ 1986*, Tomo IV, pág. 47-51; Mafalda Miranda BARBOSA, «Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003», *In Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n° 7, 2007, pág. 119-150.

praticado, e a conexão do acto com o serviço público é, à luz atual, no nosso sistema administrativo atual, irrelevante”.

Isto porque, colhia-se a experiência negativa de o Direito Administrativo contemporâneo ter a tendência de o interesse público específico da Administração ser sujeito ao império da Lei e com tal, ser mutável e modificável, por força de jogos de pressão de interesses privados e públicos (os «lobbies») que ocultamente, circulavam nas administrações executivas, o que acarretava imensa perturbação à paz social e à defesa da melhor solução, prejudicando os cidadãos.

Diferentemente, no Direito Privado, “o homem-doente, que se traduz numa particularização da individualidade da pessoa humana, tem tradução para os entes públicos por via da personalização dos serviços por estes prestados, o que pressupõe e implica, contra o operar normal do Direito Administrativo contemporâneo, a imutabilidade e subsistência desta relação de confiança, provinda do acordo de vontades, livres e esclarecidas, entre o doente e a organização hospitalar. Contém o fenómeno contratual, assim, a virtualidade necessária e adequada em regime de Direito Privado, para mover o eixo de vontades acordadas entre as partes”.

Acredita-se que a CRP, ao dispor no seu Artigo 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)”, significa que a veste pública da organização hospitalar não traz, para este domínio de atuação, o seu poder de *imperium*, pois abdica e demite-se dele por imperativos constitucionais. Portanto, se não houver prerrogativas de poder público, o facto de o ato ser praticado no quadro de um serviço público é um dado irrelevante, devendo-se ter em conta exclusivamente a autonomia, a liberdade e a dignidade humana, consideradas como valores fundamentais de qualquer ordenamento legal que verse sobre exigências imediatas do ser humano.

Num aspeto todos concordam, a de que “ *não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever do ofício, no hospital público, a não ser quando exerça aí clínica privada*” (itálico nosso). O que se defende é somente a responsabilidade contratual da própria organização hospitalar e o fundamento jurídico para tal pode desde logo encontrar-se na aceitação de um contrato de adesão ²³⁸.

Há porém outras soluções, podendo-se invocar a figura das “relações contratuais de facto”, que embora com algumas reservas encontrou já abertura na escola de direito civil da Faculdade de Direito de Coimbra, precisamente no que se refere às “relações de massas”,

²³⁸ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, pág. 297; Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *In Boletim do Ministério da Justiça, cit.*, pág. 35.

resultantes de um comportamento social típico²³⁹.

Ora, dado o carácter incontestável de fenómeno de massas que o tratamento em hospitais públicos adquire no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, não parece a estes autores demasiado ousado integrar este caso dentro daquele grupo.

Na jurisdição administrativa, também há, pelo menos, um acórdão que admite a responsabilidade contratual no âmbito hospitalar, na medida em este é o tipo de responsabilidade que estes autores dizem ser mais favorável para aquele que pretende ser ressarcido por um dano ocorrido em meio hospitalar. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo pode-se ler que o doente e o hospital estão ligados “ (...) ou por um contrato de adesão ou por uma relação contratual fáctica”²⁴⁰.

Segundo JORGE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, “qualquer destas qualificações (*contrato de adesão ou relação contratual fáctica*) da relação que se estabelece entre o doente e o hospital público (ou outro estabelecimento ou serviço integrado na organização hospitalar) se afigura tecnicamente correta, sendo portanto perfeitamente defensável à face do direito positivo a solução (existência da responsabilidade contratual) que, em tese geral, parece mais conforme à defesa dos interesses em jogo” (itálico nosso).

4- Responsabilidade do Estado

- Teoria da Culpa do Serviço

Neste ponto, apresenta-se uma outra questão merecedora da nossa atenção e análise, que é a *faute du service*, que chegou a Portugal sobre a designação de “culpa de serviço”. No entanto, vários autores chamaram à atenção para esta errada designação, que se vulgarizou.

Sobre isto, MARCELO REBELO DE SOUSA, pronunciou-se, dizendo que este é um “exemplo eloquente do que pode representar a importância do Direito estrangeiro desconhecendo quer a sua idiosincrasia, quer a do Direito português receptor”²⁴¹.

Segundo alguns autores, o erro prende-se, desde logo, em reconduzir “*faute*” a culpa, uma vez que o conceito francês compreende não só uma vertente subjectiva de censurabilidade,

²³⁹ André Dias PEREIRA, «Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito*, cit., pág. 297;

²⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 09/06/1992, Proc. N° 030609, Relator Amâncio Ferreira, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a2bc8f8edde060a7802568fc003992c9?OpenDocument&Highlight=0,030609> (consultado em 28/05/2021).

²⁴¹ Marcelo Rebelo de SOUSA, «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, pág. 169.

como também um elemento objectivo de ilicitude²⁴². Como tal, *faute du service* é mal traduzida quando se fala em culpa dos serviços, sendo mais acertado falar-se genericamente em “falta do serviço”, como defende FREITAS DO AMARAL, RUI MEDEIROS e AFONSO PATRÃO²⁴³. Já MARCELO REBELO DE SOUSA revela preferência pela expressão “ilícito do serviço”²⁴⁴, com a qual concorda PAULA LOBATO DE FARIA, pois “o que verdadeiramente está em jogo é um juízo sobre o seu funcionamento, designadamente sobre a sua eficiência organizativa”²⁴⁵.

A teoria da culpa do serviço, ou *faute du service* (na sua terminologia original), foi um importante acrescento à doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública. Segundo MARGARIDA CORTEZ este instituto é “uma ficção a que se recorre nas hipóteses em que não é possível identificar o autor material do facto lesivo”, ocorrendo não apenas quando há uma falha do serviço público, mas podendo apenas e tão só significar que o serviço público vai assumir a falha de um funcionário, ou conjunto deles, pelo facto de os mesmos não serem possíveis de identificar²⁴⁶.

Como tal, há um afastamento do modelo clássico de imputação individualista, surgindo a teoria da culpa como uma forma de suprimento da dificuldade de prova da *faute du service* dos agentes, bem como complemento ao regime constitucional relativo à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, em clara harmonia com a ideia de Estado protetor.

De facto, a Administração Pública nem sempre foi vista como uma entidade suscetível de responsabilização pelos danos a que desse causa, sendo que até ao séc. XIX prevalecia a teoria da irresponsabilidade civil do Estado. Pois, o Estado e as pessoas coletivas e singulares que o integram estavam colocados num patamar superior ao dos restantes cidadãos e por isso, não eram passíveis de serem culpados.

Ora, esta ausência de culpa por parte do Estado, impossibilitava que este viesse a responder civilmente, o que levaria a que o particular lesado acabasse por ficar sem ter quem reparasse os prejuízos que sofrera, tendo de ser ele próprio a suportar os mesmos.

²⁴² Marcelo Rebelo de SOUSA, «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 169; Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado», *In Studia Iuridica*, n° 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 94; Afonso PATRÃO, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra: Almedina, 2008, pág. 252; Ana Raquel MONIZ, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, cit., pág. 69, nota 93.

²⁴³ Freitas do AMARAL, *Direito Administrativo III - Lições proferidas aos alunos do curso de direito em 1984/85*, Lisboa, 1985, pág. 497 e ss; Rui MEDEIROS, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos: Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, pág. 74; Afonso PATRÃO, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, cit., pág.252, nota 430.

²⁴⁴ Marcelo Rebelo de SOUSA, «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 172.

²⁴⁵ Paula Lobato de FARIA, «O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Repercussões no Sistema de Saúde», *In Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n°1, Vol. XXVI, 2008, pág. 89-93.

²⁴⁶ Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado (Trabalhos preparatórios da reforma)», *In BFDUC*, Coimbra, 2000, pág. 93.

Notoriamente, esta conceção mudou com a consolidação do Estado Social de Direito e com o princípio da separação de poderes, sendo que aqui o Estado tornou-se capaz de culpa e passou a responder civilmente pelos prejuízos causados aos particulares lesados. Deste modo, aceitava-se a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa, mas para que isso acontecesse era necessário que o responsável pelo dano, isto é, o culpado, fosse parte integrante da Administração Pública.

Por este motivo, surgiu a ideia de que mesmo que não se individualizasse o erro num agente, ou em vários, da Administração Pública, não seria o funcionário administrativo a compensar o particular pelos prejuízos causados, com os seus próprios meios, sendo antes o Estado a assumir o pagamento da indemnização, suportando financeiramente os encargos inerentes às perdas dos particulares.

Este instituto possibilitava, assim, em traços muito breves e gerais, que o particular visse refeito o mal que sofreu, sem que fosse imperativo que a Administração Pública encontrasse o funcionário individualmente responsável.

Na verdade, hoje em dia, “ com a existência de uma Administração Pública cada vez mais intervencionista e uma rede de serviços públicos cada vez mais complexa, *não é fácil apurar o contributo individual de cada agente ou funcionário para o dano ou mesmo encontrar o dito agente, ou funcionário.* Posto isto, e porque a extrema dificuldade de averiguação das responsabilidades individuais assim o exige, o que se verifica é *uma assunção de culpa da parte do Estado pelo funcionamento anormal do serviço público, considerado como um todo. O serviço público torna-se, ele próprio, no agente do facto culposo*” (itálico nosso) ²⁴⁷.

A propósito da noção de culpa do serviço, existem duas expressões associadas a este conceito que são, na sua terminologia original, muito próximas: *faute du service* e *faute de service*. A distinção entre ambas é fulcral para a aplicação da teoria da culpa do serviço, uma vez que entre a culpa pessoal do agente ou funcionário administrativo e a culpa do serviço público no geral, existe uma fronteira muito tênue. Como tal, é necessário apurar quando é que se trata de uma ou de outra, para que se possa imputar o dano à Administração Pública.

Assim, podemos definir *faute du service* como um ato funcional, ou seja, um ato praticado pelo agente ou funcionário administrativo, no exercício das suas funções públicas, ou por causa delas. Por outro lado, *faute de service*, entende-se como um ato pessoal, ou seja, um ato praticado

²⁴⁷ Fátima DIAS, *A Culpa do Serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, pág. 40.

pelo agente ou funcionário administrativo, fora do âmbito das suas funções públicas, ou sem ser por causa delas. Ora, a primeira consubstancia-se numa culpa do serviço, enquanto a segunda consubstancia-se como culpa pessoal.

Ademais, da definição de ambas as expressões, podemos retirar o pressuposto material de aplicação da figura da culpa do serviço, que se prende com a necessidade de que a falha seja cometida no âmbito da relação entre o agente/funcionário administrativo e o serviço público hospitalar.

Contudo, este não pode ser o único critério pois isso levaria a que todos os danos causados por agentes ou funcionários, no contexto da relação laboral destes com o serviço público hospitalar, fossem da responsabilidade do Estado, o que acarretaria um excesso de responsabilização do mesmo, que teria que responder financeiramente por todas as falhas dos seus agentes/funcionários. Aliás, isto levaria, igualmente, a que os funcionários administrativos atuassem de forma menos consciente, pois sabiam que se encontravam protegidos por este critério.

É impreterível, pois, chegar a um parâmetro que delimite a aplicação da figura da culpa do serviço, recorrendo nós, portanto, ao critério da culpa anónima. A culpa diz-se anónima quando não é possível identificar o agente ou funcionário culpado pelos danos que o particular lesado sofreu ou, quando os agentes/funcionários que contribuíram para a produção do prejuízo foram tantos, que não é possível identificar qual é que, em concreto, praticou o ato que levou à produção do dano.

Assim, da leitura coordenada destas situações, julgamos haver culpa do serviço quando os danos resultem da atuação dos funcionários administrativos, no cumprimento das suas funções ou por causa delas, e não é determinável quem foi o autor. Pois, *a contrario*, quando há uma determinação concreta e individual do autor material do facto lesivo ou ocorram situações em que os danos são resultantes da atuação do mesmo, fora do exercício das suas funções, há lugar à culpa pessoal.

Parece de facto compreender-se, que é a culpa anónima que marca a fronteira entre a culpa pessoal e a culpa do serviço pois, se atentarmos ao disposto no n.º 3 do Artigo 7.º da LRCEE deduzimos que a culpa anónima remete automaticamente para a aplicação da teoria da culpa do serviço. Deste modo, basta que se considere que ocorreu um funcionamento anormal do serviço e a responsabilidade é do Estado.

No entanto, esta solução legal encontrada merece a nossa crítica, pois se é verdade que

a teoria da culpa de serviço tem uma dimensão positiva, a de permitir ao particular que seja indemnizado pela Administração Pública em situações em que a indemnização seria de difícil obtenção, devido a falta de identificação do sujeito a quem a mesma deveria ser exigida, esta tem também uma dimensão negativa, no que concerne à utilização de fundos públicos para o ressarcimento de particulares, em situações de erro de um funcionário administrativo, que só não é culpabilizado porque não é identificável.

Entendemos assim, que deve haver um esforço acrescido no apuramento da identidade do culpado pelo prejuízo causado ao lesado, devendo o instituto da culpa do serviço, por funcionamento anormal do mesmo, ser apenas acionado quando é plenamente impossível essa identificação²⁴⁸. Só assim será possível garantir a continuidade dos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da eficácia administrativa, previstos no Artigo 266º nº1 e Artigo 267º nº2 da CRP, respetivamente.

Com efeito, várias vezes e em múltiplos domínios (um deles, claro está, o da assistência hospitalar), o Estado português tem sido chamado a responder por *faute du service*, pois este instituto permite “ressarcir os particulares que sofreram um dano cujo autor material não é possível identificar, ou que se diluiu na complexa engrenagem que é um serviço público”²⁴⁹.

Aliás, como acrescenta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “com a introdução do instituto em análise, assegura-se que a Administração não responde apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas de agentes determinados, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento, que o lesado não tenha obrigação de suportar, porque não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com padrões médios de resultado, como afirma o nº 4”²⁵⁰.

Assim a falta de serviço abarca duas realidades distintas: a primeira, é quando o serviço é chamado a indemnizar um dano cujo(s) autor(es) não é possível individualizar (dano anónimo), ou seja, a culpa é derivada de um agente concreto, mas insuscetível de individualização; a segunda é quando o serviço responde perante um dano coletivo, ou seja, quando o dano não é imputável à atuação/omissão de um concreto individuo ou até a de vários, mas antes “ao serviço administrativo globalmente considerado”²⁵¹.

²⁴⁸ Ana Pereira de SOUSA, «A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa», *In Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, 2012, pág. 349; Luís Cabral de MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro*, Lisboa: Abreu & Marques e Associados, Sociedade de Advogados, R.L., 2008, pág. 78 e ss.

²⁴⁹ Daniela Sofia Gomes COSTA, *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2018, pág. 47-50.

²⁵⁰ Mário Aroso de ALMEIDA, «Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento», *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pág. 219.

²⁵¹ Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Anotado*, Coimbra:

Como melhor nos explica MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “a falta anónima existe nas situações em que a lesão não pode deixar de ser imputável ao concreto comportamento de um determinado agente, mas não é possível determinar a identidade desse agente e, portanto, apurar a autoria pessoal do facto lesivo”²⁵².

Por sua vez, “ a falta coletiva abrange os casos em que os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma atuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos setores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com padrões médios de resultado”.

O que caracteriza esta última é o facto de não se exigir a imputação de uma culpa psicológica a um agente que tenha atuado em nome do ente público, podendo esta antes resultar *de um conjunto, ainda que mal definido, de fatores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou da falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo*. Ou seja, o serviço em causa pode não ter observado regras de ordem técnica, usualmente atinentes ao normal funcionamento do serviço, bem como regras de prudência e diligência, que devem ser adotadas por todos os que desempenham as suas funções profissionais em serviços dessa natureza.

FREITAS DE AMARAL diz que a *faute du service* surgiu porque o que importa “é reconhecer que a grande dimensão da Administração Pública, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus serviços, a morosidade dos seus processos de trabalho, a rigidez das suas regras financeiras, e tantos outros fatores de efeito análogo, transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas falhas desculpáveis, ou até dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável como facto ilícito culposo”²⁵³.

Com efeito, a responsabilidade por *faute du service* está prevista no Artigo 7º nº 3 da Lei 67/2007: “O Estado e as demais pessoas coletivas 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 ação ou

Coimbra Editora, 2008, pág. 132 e ss.

²⁵² Mário Aroso de ALMEIDA, «Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento», *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, cit., pág. 221-222.

²⁵³ Freitas do AMARAL, *Direito Administrativo III* - Lições proferidas aos alunos do curso de direito em 1984/85, cit., pág. 499.

omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço”.

Com este artigo admite-se no ordenamento jurídico português, em definitivo, a existência de uma teoria da culpa do serviço, como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública.

Este preceito estatui uma responsabilidade direta, exclusiva e objetiva do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público em situações de culpa do serviço, o que constitui uma inovação, quer a nível nacional, quer a nível internacional, uma vez que não é esta a regra, na responsabilidade civil extracontratual administrativa, na maioria dos países europeus.

De acordo com o número seguinte do mesmo preceito legal, verifica-se um funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e aos padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço da Administração Pública, uma outra atuação, diferente da que ocorreu no caso concreto, e que fosse suscetível de evitar os danos efetivamente produzidos e suportados pelo lesado.

Assim, e em conformidade com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “a produção dos danos evidencia a existência de um funcionamento anormal do serviço, na medida em que se possa afirmar que, se o serviço, através desse agente indeterminado, tivesse funcionado como deveria, os danos não se teriam produzido”²⁵⁴.

Ora, importa aqui expor as três modalidades possíveis do funcionamento anormal do serviço: falta de funcionamento, funcionamento mau e funcionamento tardio. Como o próprio nome indica, um funcionamento mau ou um funcionamento tardio significa que o serviço público funcionou de forma errada ou atrasada, sendo que em ambas as situações há um funcionamento anormal, por não ser esse o expectável. Por sua vez, na falta de funcionamento, a própria expressão contém uma componente negativa, isto é, basta um não funcionamento (uma omissão), para ser considerado também um funcionamento anormal do serviço.

Analisando, em concreto, os elementos que integram a definição legal de funcionamento anormal do serviço, temos, em primeiro lugar, as circunstâncias e padrões médios de resultado e, em segundo, a exigência de um juízo de razoabilidade.

Em relação às circunstâncias e padrões médios de resultado, analisa-se o que, normalmente, podia ter sido feito para evitar a produção do resultado danoso, tendo como referência os meios ao dispor do serviço no momento da ocorrência do facto lesivo. Como tal, não

²⁵⁴ Mário Aroso de ALMEIDA, «Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento», *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pág. 221-222.

se exige que o serviço se pautar por padrões elevados, mas sim por padrões médios. Para tal, tem-se em conta os elementos internos do próprio serviço, como o índice de produtividade e as regras de atuação e consideram-se os recursos financeiros, humanos e materiais disponíveis.

Quanto ao “*razoavelmente exigido*”, existem dois pontos de vista, sendo um objetivo, assente num juízo de razoabilidade, e um subjetivo, relacionado com a ilicitude do ato. O juízo de razoabilidade traduz-se na faculdade de se exigir do serviço um comportamento jurídico, isto porque se trata de um serviço público estatal e portanto, sujeito a normas de atuação pautadas pela legalidade.

Por outro lado, a ilicitude do ato que gerou os danos tem, também ela, um conteúdo objetivo e subjetivo. Pois, tem de ser apta a violar direitos ou interesses legalmente protegidos, ao mesmo tempo que provém de um comportamento lesivo da Administração.

Segundo PAULA LOBATO DE FÁRIA, o critério pelo qual se afere a normalidade²⁵⁵ da prestação do serviço médico é um critério misto, pois o julgador não deve ter em consideração apenas as circunstâncias do caso ou, por outro lado, os padrões médios de resultado, mas ao invés, ambos os parâmetros²⁵⁶.

Por sua vez, VIEIRA DE ANDRADE articula os critérios da seguinte forma: “A ilicitude do facto lesivo não se avalia em função de um padrão normativo de conduta pessoal, mas de um *standard* objectivo de funcionamento- há responsabilidade quando, nas circunstâncias concretas, seja uma exigência razoável a evitação do dano produzido, de acordo com padrões médios de resultado”²⁵⁷.

Aliás, quem valoriza a dimensão dos padrões médios de resultado é CARLOS ALBERTO CADILHA que menciona que “ (...) a culpa de serviço [*rectius* o funcionamento anormal do serviço] deve ser apreciada em abstrato”²⁵⁸. Não obstante, este rótulo de abstração que o autor atribui ao critério, no seu discurso aproxima-se de MARGARIDA CORTEZ e VIEIRA DE ANDRADE, pois, partindo da referência abstrata do padrão médio de resultado, aponta depois para a exigibilidade da sua verificação no seio das circunstâncias casuísticas.

²⁵⁵ Marcelo Rebelo de Sousa considera que a norma do funcionamento anormal do serviço (Artigo 7º n.º 4 da Lei 67/2007) é demasiado ambígua na referência a “*padrões médios de resultado*” e, por outro lado, demasiado restritiva, ao sugerir que apenas estão em causa omissões, na referência a “*uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos*” – Vd. Marcelo Rebelo de Sousa, André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, 1ª edição, Tomo III (Responsabilidade Civil Administrativa), Lisboa: Dom Quixote, 2008, pág. 27.

²⁵⁶ Paula Lobato de Faria, «O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Repercussões no Sistema de Saúde», *In Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 1, Vol. XXVI, 2008, pág. 91.

²⁵⁷ J. C. Vieira de Andrade, «A Responsabilidade Indemnizatória dos Poderes Públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social», *In RLJ*, n.º 3969, Ano CXL, 2011, pág. 349. Sobre os padrões médios de resultado, há que trazer a colação as considerações tecidas por Aníbal Cavaco Silva, no seu veto presidencial ao Decreto n.º 150/X da Assembleia da República, pág. 9-13, disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/10/02/110/2007-09-06/10?pgs=4-7&org=PLC&plcdf=true> (consultado em 28/05/2021).

²⁵⁸ Carlos Alberto Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas - Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 133.

Ora, o autor chega a alinhar-se com MARGARIDA CORTEZ na enumeração dos elementos densificadores do padrão de comportamento exigível, apontando ambos para “as normas internas do serviço, os relatórios relativos a índices de produtividade, e tudo o mais que possa contribuir para a aproximação a esse padrão”²⁵⁹.

Por outro lado, MARGARIDA CORTEZ sugere ainda a necessidade do recurso aos juízos comparativos com serviços congéneres (semelhantes, do mesmo género ou da mesma natureza), tendo em vista uma finalidade específica, que é “ (...) moderar o alcance do tradicional argumento defensivo da falta de recursos humanos, materiais e financeiros”²⁶⁰. Pois, era comum a doutrina invocar que, nas situações em que o mau desempenho dos serviços se devia á carência de pessoal, de meios ou dinheiro, a responsabilidade por culpa do serviço não devia ser levantada: “se os danos ocorrem em consequência da falta de algum ou alguns destes recursos, não existe comportamento culposo e, conseqüentemente, funcionamento anormal do serviço – o serviço funcionou normalmente, de acordo com os meios de que, ao momento, dispunha”²⁶¹.

Quem defendia, por exemplo, esta posição, era MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, ao mencionar: “parece, assim, de entender que não haverá responsabilidade quando os danos possam ser atribuídos a falta de recursos humanos, materiais ou financeiros – mas isto (...) apenas na medida em que o serviço disponha dos recursos mínimos que seja razoável exigir para que ele possa funcionar nas condições necessárias para evitar os danos produzidos”²⁶².

Isto porque, o entendimento é de que haverá responsabilidade do serviço se, ao invés, a “falta resultar de uma deficiente precisão de um determinado titular do órgão ou dirigente de serviço quanto aos meios necessários para o correto funcionamento do serviço”.

A partir da redação do Artigo 7º nº3 da Lei 67/2007, VIEIRA DE ANDRADE diz que a mesma está a pressupor que se defina uma “ (...) diretriz para a standardização da qualidade dos serviços a um nível médio”, o qual não terá de ser forçosamente elevado, mas, mais exigente para os serviços, de forma a colmatar as “ deficiências organizativas que a jurisprudência anterior prescrevia para concluir pela culpa de serviço”²⁶³. Pois, se por um lado, o padrão de resultado se quer hoje mais elevado do que antes, certo é que, inversamente, e no que tange ao “grau de

²⁵⁹ Carlos Alberto CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, cit., pág. 133; Margarida CORTEZ, «A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões», *In CJA*, n° 40, 2003, pág. 35.

²⁶⁰ Margarida CORTEZ, «A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões», *In CJA*, cit., pág.35. Aliás, já no ano de 2000 (antes da alteração legislativa), Margarida CORTEZ escrevia neste sentido – Vd. Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado», *In Studia Iuridica*, n° 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 96.

²⁶¹ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, reimpressão 2003, Vol. I (Sujeitos e Objeto), Coimbra: Almedina, pág. 144, nota 1.

²⁶² Mário Aroso de ALMEIDA, «Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento», *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pág. 223.

²⁶³ J. C. Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade Indemnizatória dos Poderes Públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social», *In RLJ*, n° 3969, Ano CXL, 2011, pág. 349.

disfunção necessário para concluir pela responsabilidade pública”, a maior exigência está do lado da jurisprudência anterior.

Em síntese, o funcionamento anormal do serviço deverá ser apreciado à luz de um critério objetivo e de razoabilidade, e resultará em ilicitude quando algum dos pressupostos do Artigo 9º nº 2 da Lei nº 67/2007²⁶⁴.

Isto porque, o legislador continua a exigir a verificação de um facto ilícito e culposo que sirva de suporte à responsabilização da entidade, mesmo que o agente de tal facto não possa ser identificado. Trata-se de uma responsabilidade imputável à Administração em si mesma, pelo que não há, neste caso, direito de regresso contra qualquer funcionário em particular.

Daqui retiramos que pode ser imputada ao Estado responsabilidade civil, quando há defeitos na organização das estruturas de saúde ou na manutenção e funcionamento dos equipamentos, havendo aqui uma possibilidade de indemnização, com base no funcionamento anormal e censurável dos serviços. Isto é muito relevante, sobretudo nos casos de omissão ilícita, ou seja, quando não é possível identificar o sujeito responsável pela situação em causa.

Aliás, segundo o autor *supra* referido, “é sobretudo no domínio das omissões de condutas devidas que tendem a ocorrer situações de funcionamento anormal do serviço, por ser primordialmente nesse domínio que mais difícil se torna estabelecer a conexão entre o dano e a concreta conduta de um agente passível de ser individualizado”²⁶⁵.

Assim, a epígrafe do Artigo 7º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado qualifica expressamente de exclusiva, qualquer um dos três tipos de situações geradoras de responsabilidade. Segundo LUÍS CABRAL DE MONCADA, “ a responsabilidade do Estado por funcionamento anormal do serviço pode dizer-se verdadeiramente exclusiva, uma vez que ela se afirma sem se problematizar a ocorrência ou não de responsabilidade do próprio agente na ação ou omissão”²⁶⁶.

Um dos casos de falta imputável ao próprio serviço é o que se prende com a descoordenação dos diferentes serviços hospitalares. A este propósito, houve um caso no ordenamento jurídico espanhol, em que uma paciente submetida a uma histerotomia (incisão

²⁶⁴ Pedro Teixeira de SOUSA, Helena da Silva e SOUSA, «O Novo Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e das Entidades Públicas», *In Atualidade Jurídica Uriá Menéndez*, nº 21, 2008, pág. 83-86.

²⁶⁵ Mário Aroso de ALMEIDA, «Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento», *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pág. 221-222.

²⁶⁶ Luis Cabral MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- a Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, Abreu & Marques e Associados, Sociedade de Advogados, R.L, 2008, pág. 77; Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado», *In Studia Iuridica*, nº 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 96; Maria Rangel de MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009, pág. 19.

cirúrgica do útero) sofreu, no decurso da mesma, lesões num órgão que nem havia sido intervencionado no ato médico em causa, mais propriamente no rim direito, lesão que não foi antecipadamente detetada e que levou à retirada do mesmo. A decisão da primeira instância foi a de condenação, decisão esta que foi também confirmada pelo tribunal de recurso e pelo Supremo Tribunal, com o argumento de que “a demora injustificada na identificação e tratamento do problema no rim direito se deviam à desorganização dos serviços”.

É ainda exemplo de *faute du service*, o atraso na realização de uma intervenção cirúrgica. Pois que, num Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, o que estava em causa era a responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito de um hospital, emergente do defeituoso funcionamento do serviço, por atraso na realização de uma intervenção cirúrgica, que, supostamente, foi causa da cegueira de um dos olhos do Autor²⁶⁷.

Neste acórdão, o Autor alegou que o atraso na cirurgia ao olho, lhe tinha causado danos, que poderiam ter sido evitados, como comprovam as seguintes expressões: “Em 1996 o A. foi sujeito a outra cirurgia ao mesmo olho, sendo que o médico que o operou lhe disse que se tivesse sido operado imediatamente não teria surgido a infeção da vista que complicou tudo e motivou a cegueira” e ainda que “Já nos tratamentos médicos posteriores à operação de 19/9, o próprio médico que o operara lamentava o seu estado de cegueira total da vista esquerda, dizendo textualmente para o A. – Pois é... isto é uma chatice. Se o Senhor tivesse sido operado imediatamente, não teria surgido a infeção na vista, que motivou a sua cegueira”.

Acresce que, há culpa funcional dos serviços públicos se, no caso de um hospital central, inexistia, no bloco operatório da entidade hospitalar, um profissional médico perito em reanimação.

Este foi um caso que ocorreu no STA, em que a ausência no bloco operatório de um médico perito em reanimação (que se deveu ao seu prévio destacamento para um outro serviço), levou a que não fossem prestados os devidos cuidados médicos a um paciente, que foi deixado cerca de cinco horas numa garagem fria, à espera que chegasse uma ambulância para o transportar para outro hospital. Isto levou a um desfecho fatal para o paciente ²⁶⁸.

Além destes exemplos, podemos ainda considerar “falha de serviço”, o frequente atraso nas consultas médicas, bem como o atraso na realização de uma determinada intervenção

²⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 10/02/2004, Proc. N° 0640/02, Relator Políbio Henriques, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0b773ff9b45f2e3380256e3e004e0e4b?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0640%2F02#_Section1 (consultado em 28/05/2021).

²⁶⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 17/06/1997, Proc. N° 038856, Relator Padrão Gonçalves, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a1d44e51fa892057802568fc0039a258?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,038856#_Section1 (consultado em 28/05/2021).

cirúrgica por erro na marcação da hora ou sala de cirurgia²⁶⁹.

É possível, ainda, que num mesmo caso concorram a culpa do serviço, por um lado, e a culpa de um agente, concreto e identificável, pelo outro. Assim, temos o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, referente a uma ação intentada pelos pais de uma criança de 11 meses, contra a médica e contra o próprio serviço hospitalar, pois a mesma veio a falecer com meningite bacteriana, cerca de 20 horas após ter dado entrada no serviço de urgência.

Segundo os Autores, a médica atuara de forma ilícita e culposa por não ter diagnosticado mais cedo a criança, mesmo depois de fortes suspeitas sobre a existência da meningite, e por não ter procedido imediatamente à punção lombar. Ora tal atuação, fez com que o Tribunal considerasse “imperativo concluir que a R. médica agiu com manifesta desconsideração das regras técnicas que orientam a prática clínica, pois que resulta à saciedade dos factos provados que deveria ter procedido à punção lombar logo após as 18:00 horas, altura em que foi afastada a hipótese de traumatismo craniano (e não a 00:30h, como ocorreu)”. Deste modo, “a R. C não atuou de acordo com as regras de prudência específicas da sua profissão, dado que estas aconselham o internamento imediato perante uma situação de suspeita de meningite (e esta só decidiu pelo internamento mais de cinco horas depois da primeira observação da criança)”.

Acresce que, “a atuação da R. médica é ainda merecedora de censura no que concerne ao momento em que administra a terapêutica ao pequeno D, cerca das 02:30 horas e já depois de obtidos os resultados principais da punção lombar (uma vez que a ciência médica propende para o entendimento de que, havendo fortes suspeitas clínicas, designadamente exames de observação, pode iniciar-se imediatamente a medicação específica, mesmo antes de conhecidos os resultados). Ora, “apresenta-se incompreensível o pejo da R. C em não administrar ao pequeno D, após a realização da punção lombar, de imediato a terapêutica protocolar”, uma vez que “o clínico não deve esperar pela identificação completa da bactéria, considerando que se trata de uma doença de evolução galopante e agressiva”.

A médica foi acusada por não ter atuado de modo mais célere, antes pautando a sua conduta clínica por uma delonga excessiva e injustificada. Pois, independentemente dos riscos que poderia sempre existir, deveria ter havido uma melhor prática médica, que aconselhava uma conduta ou uma cautela diversa daquela que a médica assumiu. Neste sentido, não tendo sido respeitada a cautela ou prudência, bem como o especial cuidado que na situação se impunha, a

²⁶⁹ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 26, Petrony Editora, 2019, pág. 150.

conduta da médica consubstanciou-se numa clinica desajustada, violadora das *leges artis*, e por isso integrante de ilicitude.

No entanto, houve ainda pedido de responsabilidade, por partes dos pais do bebé de 11 meses, pelo deficiente funcionamento dos serviços, sendo que o STA identificou, igualmente, esta culpa do serviço. Segundo o tribunal, “A atuação do R. Hospital é igualmente merecedora, quanto a nós, de censura, não só pela atuação do seu agente, a R. médica C, como também pela atuação e organização dos seus serviços”. Isto lorque, “apesar de terem chegado ao serviço de urgência do R. cerca do meio-dia, apenas foram chamados para serem atendidos cerca das 14:15 horas, o que é absolutamente incompatível com a celeridade que impõe o tratamento de uma situação em que estava colocada a hipótese de meningite, atributiva de prioridade na prestação de cuidados de saúde, visto que, configura até uma ameaça para a saúde pública”.

Acresce que, “tendo a R. médica proposto o internamento do pequeno D pelas 21:00 horas, o mesmo só veio a realizar-se cerca das 22:30 horas, quando a suspeita de meningite já era fortíssima”. Assim, o que desta decisão resultou foi que, “era cristalino que o estado do pequeno D e, principalmente, o diagnóstico provável da sua patologia implicavam uma atuação, por parte dos serviços do R., muito diferente daquela que lhe foi concedida. Reclamavam da parte dos serviços do R. uma atuação absolutamente célere e diligente, incompatível não só com uma demora injustificada de cerca de uma hora e meia na realização do internamento no serviço de pediatria, como também com o perigo que uma meningite provável representa para a saúde das outras crianças que se encontravam naquela altura no serviço de urgência do R”.

Deste modo, e segundo o princípio de que os hospitais da rede pública estão legalmente incumbidos de prestar aos utentes a melhor assistência possível, facultando-lhes, com prontidão, diagnóstico e tratamento cientificamente corretos, no caso em apreço não houve atuação de acordo com os padrões *standard* exigíveis e existentes na rede pública hospitalar, que impõem, no mínimo, uma atuação pronta e eficaz.

Com efeito, retiramos daqui que uma culpa (da médica) não exclui a outra (do serviço hospitalar).

A culpa dos serviços tem sido convocada amiúde pela jurisprudência nacional para fundamentar a responsabilização do Estado por omissões dos serviços, no domínio da assistência hospitalar pública. Como assinala ANDRÉ DIAS PEREIRA²⁷⁰, o “*leading case*” português nesta matéria é o Acórdão do STA de 17/06/1997 Este Acórdão retratou um caso em que um paciente,

²⁷⁰ André Dias PEREIRA, «Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal», *In RPPC*, n.º 17, Ano XVI, 2007.

após dores de garanta e dificuldades a deglutir, se deslocou ao hospital, acompanhado por um colega de trabalho²⁷¹. O que ocorreu foi que, no trajeto sentiu dificuldades em respirar e uma grande aflição, sendo que quando chegou ao hospital o seu estado de saúde não pode ser devidamente transmitido, pois não deixaram que o colega do A. o acompanhasse, como este desejava, por oposição do pessoal hospitalar. A. foi assim observado sumariamente pela médica B., que o encaminhou para a urgência de otorrinolaringologia. Como esta área encontrava-se noutro piso, A. teve de percorrer a pé vários metros até ao elevador, sendo que quando finalmente lá chegou, foi observado pelo médico C., o qual lhe prescreveu um corticoide, um antibiótico e um anti-inflamatório.

Ao chegar junto do seu colega, A. encontrava-se lívido e com uma enorme dificuldade em falar e respirar. Tanto que, o médico D. que por ali passava, ao observar um agravamento do estado de saúde de A, o encaminhou para o serviço de observação, evidenciando paragem respiratória. Neste serviço, A. é examinado pelo médico E., que o decide reanimar com massagem cardíaca e máscara de oxigénio, sendo que, de imediato, mandou chamar a anestesista F.. Esta assim que chega, procede a uma laringoscopia, verificando que a glote se encontrava obstruída por um edema muito acentuado de todas as estruturas da zona da glote e epiglote, sendo que após alguns esforços logra a entubação endotraqueal.

Após 5 minutos sem respirar (o que lhe provocou lesões cerebrais irreversíveis), A. recupera os batimentos cardíacos, continuando contudo em coma profundo. Seguiu-se um internamento de quatro meses na Unidade de Cuidados Intensivos Respiratórios do Hospital de Santa Maria, mas A. mantinha-se em estado vegetativo, e não se esperando melhoras, este hospital decidiu transferir A. para o Hospital Distrital de Santarém, ficando o Hospital Santa Maria encarregue do transporte do doente.

Na manhã da transferência, A. é levado para uma garagem fria, onde esperou cerca de 5 horas pela ambulância, mesmo quando a esposa de A. insistiu na remoção do seu marido daquele local. Devido a isto, A. contraiu uma infeção nas vias respiratórias de que não mais se conseguiu curar, sendo que menos de um mês depois, e em resultado da degradação do seu estado de saúde, por força da infeção, faleceu.

De facto, a decisão do STA foi no sentido da condenação do Hospital de Santa Maria, por

²⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 17/06/1997, Proc. N°038856, Relator Padrão Gonçalves, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a1d44e51fa892057802568fc0039a258?OpenDocument&Highlight=0,038856> (consultado em 28/05/2021); Rui Prista CASCÃO, «A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária», *In Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n° 1, Ano 1, 2004.

culpa dos serviços, uma vez que a descoordenação dos serviços desta instituição foi visível a dois níveis: por um lado, na inexistência no serviço de observação de um profissional perito em reanimação; por outro, na má articulação dos serviços de assistência e manutenção, com os de transporte do hospital.

Aliás, esta falta de coordenação foi o que ditou o trágico desfecho desta história, pois se houvesse um profissional perito em reanimação perto do local onde os doentes chegam em emergência, A. não teria permanecido 5 minutos sem oxigenação respiratória, o que levaria a que não tivessem ocorrido as lesões cerebrais, sem as quais teria fortíssimas possibilidades de sobreviver. Acresce que, o facto de terem feito o paciente esperar, prolongada e injustificadamente, numa garagem fria, foi o que originou uma infeção nas vias respiratórias, da qual A. não mais se conseguiu curar, tendo sido aliás, a causa da morte, uma vez que agravou a sua situação clínica ainda mais.

Os factos provados não deixaram dúvidas ao tribunal, de que a organização dos serviços hospitalares do Santa Maria se revelou incorreta, e mais, que permitiu estabelecer o nexo de causalidade entre as lesões e a morte do doente.

À data dos factos, o artigo que regia a responsabilidade civil extracontratual do Estado e a base legal para a aplicação do instituto da culpa do serviço, era o Artigo 6º do DL 48051, de 21 de Novembro de 1967. Contudo, o mesmo foi revogado pois a opinião doutrinal dominante era no sentido da ausência de previsão legal²⁷².

A responsabilização do Estado, com base em culpa do serviço, é frequentemente associada a uma necessidade de tutela dos particulares, os quais têm direito a que os serviços funcionem normalmente²⁷³, à justiça²⁷⁴, e ao afastamento da iniquidade que se geraria com a não responsabilização²⁷⁵.

Assim, a Lei 67/2007, de 31 de dezembro foi a ocasião eleita pelo legislador para acolher na lei, de forma inequívoca, o instituto da culpa do serviço. Na nova lei, o funcionamento anormal

²⁷² Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado», *In Studia Iuridica*, n.º 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 95. Havia autores que consagravam no Artigo 22º da CRP, a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, conceito esse que abarcava a responsabilidade por actos funcionais e por faute du service – Vd., Luis Guilherme CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, o Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Coimbra: Almedina, 1999, pág. 151-152 (nota 408) e 172.

²⁷³ Carla Amado GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 410. A autora defende que “é impreterível reconhecer um conteúdo essencial, que deve ser preservado para protecção da legítima expectativa formada pelos particulares relativamente às prestações fornecidas, ainda que haja alguma variabilidade do conteúdo no tempo e de acordo com o incremento da organização administrativa”.

²⁷⁴ Freitas do AMARAL, *Direito Administrativo III – Lições proferidas aos alunos do curso de direito em 1985/85*, Lisboa, 1985, pág.499; Margarida CORTEZ, «Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado», *In Studia Iuridica*, n.º 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 95.

²⁷⁵ Marcelo Rebelo de SOUSA, André Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, 1ª edição, Tomo III (Responsabilidade Civil Administrativa), Lisboa: Dom Quixote, 2008, pág. 27.

do serviço (anteriormente designado por culpa do serviço/falta do serviço) vem regulado na secção correspondente à “Responsabilidade Civil por Facto Ilícito”²⁷⁶ (Secção I do Capítulo II, Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Administrativa).

Os artigos mais importantes desta secção são o Artigo 7º e o Artigo 9º, sendo que através da colocação sistemática destes, mas também da orientação que lhes subjaz, podemos daqui retirar a iniciativa do legislador de colocar no plano da ilicitude, uma questão que, ainda que mal, era comumente tratada no plano da culpa.

Acresce que, funciona a propósito da culpa do serviço por funcionamento anormal do mesmo, uma presunção de culpa (Artigo 10º nº2 da Lei 67/2007), assim como de ilicitude (Artigo 9º nº2 da Lei 67/2007)²⁷⁷.

Em primeiro lugar, presume-se a ilicitude na conduta do Estado sempre que esteja em causa a violação de “disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Nem sempre é acessível comprovar a atuação ilícita do Estado. Pensemos, por exemplo, na hipótese de estarmos no domínio da discricionariedade da Administração Pública, cujas disposições não são, muitas vezes, claras e dependem, em grande parte, de interpretação. Por este motivo, o legislador ordinário escolheu presumir a ilicitude proveniente do funcionamento anormal do serviço, sendo o ponto máximo desta presunção o facto desta disposição legal, ao remeter para o Artigo 7º nº3 da LRCEE, prescindir da identificação do autor material da ação ou omissão para considerar o facto como ilícito.

Em segundo lugar, há a presunção da culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos. Esta presunção opera para os casos de funcionamento anormal do serviço, uma vez que para a Administração demonstrar que agiu sem culpa é imperativo que prove que a sua atuação cumpre, na íntegra, aquilo que lhe era razoavelmente exigido.

Em ambas as presunções, o ónus da prova compete à Administração Pública, pois se assim não fosse o cidadão teria a seu cargo um ónus demasiado pesado, numa situação que resultaria numa verdadeira denegação da justiça.

Por conseguinte, o Estado é responsável e tem o dever de indemnizar o particular, sem

²⁷⁶ Ideia já defendida por Margarida CORTEZ, «Contributo para uma Reforma da Lei da Responsabilidade Civil da Administração», *In A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Trabalhos Preparatórios da Reforma, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pág. 260.

²⁷⁷ Luís Cabral de MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro*, Lisboa, Abreu & Marques e Associados, Sociedade de Advogados, R.L., 2008, pág. 74-75.

necessidade de observação de outros critérios. Basta que, o facto ilícito que originou o dano resulte de um funcionamento anormal do serviço.

Porém, se o lesado contribuir de alguma forma para o agravamento ou produção do dano, a indemnização deve ser ponderada segundo o grau de culpa do lesado (Artigo 4º da Lei 67/2007).

No término desta análise do novo regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, gostaríamos ainda de frisar que acompanhamos quem prevê um aumento dos pedidos de indemnização fundados no funcionamento anormal dos serviços²⁷⁸, e em particular no quadro do funcionamento dos serviços públicos de saúde com o alargamento considerável da possibilidade de se obter uma indemnização pela expressa consagração da responsabilidade do Estado por funcionamento anormal dos serviços²⁷⁹.

Sintetizando todo o *supra* exposto, importa reter que a normal legal em que se encontra a *faute du service* é o Artigo 7º nº3 e 4 da Lei nº 67/2007, podendo daqui ser retirado que: (i) a culpa anónima é parte integrante do conceito de funcionamento anormal do serviço; (ii) a culpa do serviço aparece como uma garantia para o particular de que, em última instância, é compensado pelo Estado, pelo prejuízo que sofreu em consequência de um facto ilícito culposo e gerador de um dano; (iii) e que para a aplicação da teoria da culpa do serviço funciona uma presunção de culpa e de ilicitude, que alivia em muito o cidadão.

A teoria da culpa do serviço, nada é mais do que a responsabilidade direta, exclusiva e objetiva do Estado e das demais entidades públicas. Logo, dúvidas não podem restar de que a culpa do serviço é um fundamento do dever de indemnizar, por parte da Administração Pública, e que a aceitação desta premissa surge como expoente da responsabilidade civil do Estado.

Isto claro, se tudo se passar no plano da responsabilidade por facto ilícito cometido com culpa leve, uma vez que se estiver em causa culpa grave ou dolo, aplicar-se-á o regime previsto no Artigo 8º da LRCEE. Aqui, o Estado e as demais entidades coletivas de direito público deixaram de ser exclusivamente responsáveis, para passarem a ser solidariamente responsáveis, gozando de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis pelos danos resultantes das ações ou omissões ilícitas, nos termos do Artigo 8º nº 2 e 3.

O exercício do direito de regresso é obrigatório (Artigo 6º nº1 da Lei 67/2007), na exata

²⁷⁸ José Duarte Vieira DUQUE, «Notas sobre o Projecto de Diploma Sobre o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas», *In Reflexões*, Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto, Ano I, Semestre 1, 2006, pág. 85-102.

²⁷⁹ Paula Lobato de FÁRIA, «O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Repercussões no Sistema de Saúde», *In Revista Portuguesa de Saúde Pública*, nº1, Vol. XXVI, 2008, pág. 93; Daniela Sofia Gomes COSTA, *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2018, pág. 58.

medida em que se assim não sucedesse, seríamos todos nós, enquanto contribuintes, a suportar os prejuízos resultantes da culpa grave ou dolo dos agentes e funcionários administrativos. Assim, mais do que uma autêntica obrigação, é também uma exigência constitucional.

- **Responsabilidade pelo Risco**

A responsabilidade pelo risco surge quando os danos são resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos perigosos, sendo nestes casos responsáveis pelos prejuízos, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público (Artigo 11º da Lei 67/2007).

Só assim não ocorre se se provar que houve, no caso em concreto, um motivo de força maior ou uma concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, e tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

Este preceito legal apenas vai ser chamado a intervir nos casos de desempenho de uma atividade perigosa, mas lícita, por parte de um ente público, por força da qual (ou seja, em termos de nexo de causalidade) um terceiro sofre um dano. Acresce que, a mera constatação de que uma atividade comporta riscos não é suficiente para chamar à colação o artigo em causa.

Os pressupostos materiais da responsabilidade pelo risco são: (1) o carácter de especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço; (2) a verificação de um dano na esfera jurídica de terceiro; (3) a existência de um nexo de causalidade entre a atuação da entidade pública e o dano; (4) a circunstância de o dano se não tornar imputável a um facto de força maior.

Enquanto os danos resultantes de atividades perigosas, praticadas por sujeitos privados, são avaliadas, à luz do CC, no âmbito do regime de atos ilícitos e culposos (ainda que intervenha uma presunção de culpa), já no contexto da responsabilidade extracontratual do Estado, as atividades ditas atividades perigosas, são remetidas para o regime da responsabilidade objetiva, sob a designação de responsabilidade pelo risco²⁸⁰.

Dir-se-á que toda a atividade de prestação de cuidados de saúde envolve riscos, sendo até eles, na maioria das vezes, consentidos pelo doente, porém situações há em que a excecional, ou pelo menos, especial perigosidade de uma concreta atividade ou coisa justifica a responsabilidade pelo risco²⁸¹.

Ou seja, “a responsabilidade médica só em situações muito excepcionais se deve

²⁸⁰ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 206.

²⁸¹ Margarida CORTEZ, «A Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde», *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 272-273.

considerar excepcionalmente perigosa, o que teria a desvantagem, se fosse de assumir como regra, de conduzir a medicina com efeitos defensivos, trazendo o efeito de retardar o progresso em certas especialidades em prejuízo para o próprio doente, além de conduzir a inqualificáveis repercussões na dignidade pessoal e profissional do médico”²⁸².

Esta ideia já era sensível ao legislador do Decreto-Lei 48051, quando estabeleceu a cláusula 8º que menciona: “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 (...)”, e continuou a prevalecer na Lei 67/2007, designadamente no Artigo 11º, em termos não muito diferentes, embora com algumas particularidades²⁸³.

Se na altura os aspetos mais relevantes eram os de saber o que se deveria entender por atividade perigosa, o que deu origem a variada jurisprudência a esse respeito, posteriormente, e com a Lei 67/2007, passou a ser a identificação dos danos suscetíveis de indemnização, uma vez que o atual Artigo 11º deixou de exigir que os prejuízos em causa fossem “especiais” e “anormais”.

Assim, passam a ser ressarcíveis não apenas os danos *especiais e anormais*, mas também quaisquer danos causados por “coisas, serviços, atividades especialmente perigosas”²⁸⁴.

Do mesmo modo, os danos causados por atividades arriscadas conhecem, no contexto da Lei 67/2007, um regime distinto daquele identificado no Artigo 493º nº2 do CC, que vale para atos médicos arriscados (pela sua natureza ou pelos meios envolvidos), praticados no exercício da medicina privada. Pois, enquanto neste último existe uma presunção de culpa, que pode ser desmentida pelo réu, em relação a um ato ilícito, já no regime da responsabilidade extracontratual do Estado, as atividades perigosas fazem com que o réu (ente público) responda independentemente da conduta ser ilícita ou culposa, ou seja, à luz de um regime mais severo²⁸⁵.

Exemplos paradigmáticos de atividades fundadas no risco²⁸⁶ são as relativas ao uso de sangue, ou administração de produtos terapêuticos derivados do sangue, ou transfusão de sangue contaminado com VIH ou hepatite B (ou não se tratasse o sangue e seus derivados de uma “coisa

²⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 25/02/2015, Proc. Nº 804/03.2TAALM.L.S1, Relator Armindo Monteiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1ECB2E3A863FC82880257DF90039F5EA> (consultado em 28/05/2021).

²⁸³ Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Anotado, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

²⁸⁴ André Dias PEREIRA, «A Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, pág. 299.

²⁸⁵ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 206.

²⁸⁶ André Dias PEREIRA, «A Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, pág. 299; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 206.

excepcionalmente perigosa”), exposição de pacientes a radiações ou material radioativo²⁸⁷, doação de órgãos para transplante²⁸⁸ ou ensaios clínicos de medicamentos²⁸⁹ e a responsabilidade do produtor²⁹⁰.

A responsabilidade pelo risco distingue-se da falta de serviço, na medida em que esta última continua a exigir a ilicitude e a culpa (ainda que se trate de uma culpa derivada de um funcionamento deficiente do serviço, insuscetível de ser personalizada), ao passo que a responsabilidade pelo risco prescinde da ilicitude e tem na sua génese factos que podem ter uma particular perigosidade.

Na responsabilidade pelo risco estamos perante um funcionamento normal do serviço, pautado por condutas lícitas e diligentes, mas que, pela natureza da atividade em causa, fazem incorrer os particulares em perigos especiais. Ora, estes devem ser ressarcidos pelos danos que passarão a suportar na sua esfera jurídica, ainda que não haja lugar a ilicitude ou culpa de quem atuou ou deveria ter atuado²⁹¹.

A evolução da responsabilidade pelo risco revela-se tanto mais importante quanto hoje, que vivemos sob o *risco tecnológico*, que impõe o princípio da precaução e o alargamento dessa responsabilidade pelo risco²⁹².

5- Responsabilidade Penal

Neste ponto, importa analisarmos a responsabilidade médica sob a ótica do direito penal português, que resulta na responsabilização do profissional médico quando o comportamento deste, à luz do princípio da legalidade, viola culposamente as *“leges artis”* da profissão.

Em termos sintéticos, quando falamos de responsabilidade penal dos médicos ou dos profissionais de saúde, estamos a falar de crimes que assentam em atos praticados por médicos ou outros profissionais de saúde e que se encontram conexados com a sua prática profissional. Isto é, com condutas adotadas pelos médicos que contendem com a vida, a integridade física ou a saúde dos pacientes, enquanto bens jurídicos garantidos pela lei criminal, e que são defendidos pela ordem jurídica, através da sanção penal.

²⁸⁷ Decreto-Lei n.º 348/89, publicado no Diário da República n.º 235/1989, Série I de 12/10/1989, designadamente o Artigo 10.º; Decreto-Lei n.º 153/96, publicado no Diário da República n.º 201/1996, Série I-A de 30/08/1996, mais propriamente o Artigo 3.º; e o Decreto – Lei n.º 180/2002, publicado no Diário da República n.º 182/2002, Série I-A de 08/08/2002.

²⁸⁸ Lei n.º 12/93, publicada no Diário da República n.º 94/1993, Série I-A de 22/04/1993, mais propriamente o Artigo 9.º n.º 1.

²⁸⁹ Lei n.º 46/2004, publicada no Diário da República n.º 195/2004, Série I-A de 19/08/2004.

²⁹⁰ Decreto-Lei n.º 383/89, publicado no Diário da República n.º 255/1989, Série I de 06/11/1989.

²⁹¹ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico Enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, Pág.151; RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 206.

²⁹² André Dias PEREIRA, «A Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado», *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, cit., pág. 299.

Ou seja, estaremos perante um caso de responsabilidade penal sempre que a conduta do profissional de saúde preencha os elementos típicos de um determinado crime.

De facto, o Direito Penal apresenta uma função essencialmente sancionatória, pois ao contrário do que acontecia na Responsabilidade Civil, “na qual o objetivo principal da ação judicial era ressarcir o lesado pelos danos por si sofridos e que tinha na sua génese um comportamento ilícito e culposo de terceiro”²⁹³, aqui falamos, dependendo do caso em concreto, da aplicação ao agente de uma pena de multa de cariz patrimonial ou, em casos mais gravosos, da privação da liberdade do agente que praticou o facto.

O Direito Penal é a forma mais gravosa de responsabilidade, que pode existir dentro de um ordenamento jurídico, pois as sanções que envolve contendem com a liberdade das pessoas, sendo essa uma forte restrição aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Por este motivo, é que a Constituição da República Portuguesa exige que o Direito Penal seja a *ultima ratio* da punição, devendo também assumir uma carácter subsidiário perante os outros ramos do direito.

Deste modo, só pode ser objeto de proteção penal, os direitos e interesses constitucionalmente protegidos, pois só eles podem justificar a restrição de direitos que a punição penal implica. Ou seja, só deve ser aplicada uma sanção criminal, quando tal se mostre necessário para salvaguardar os bens constitucionais em causa, como estatui o Artigo 18º nº2 da CRP.

A esta finalidade sancionatória, acresce ainda a de o Direito Penal garantir a funcionalidade do sistema social, através da proteção dos bens jurídicos que o constituem, de forma a restabelecer o direito na sociedade ²⁹⁴.

Isto porque, efetivamente, o exercício da medicina, por se revelar uma atividade propícia à produção de danos na vida e na integridade física das pessoas, gera um intenso conflito entre valores protegidos e riscos criados ou potenciados, servindo a lei penal para tutelar, com especial relevância na matéria médica, o bem jurídico vida e integridade física, mas também o bem jurídico da liberdade e autodeterminação do sujeito.

No que à lei penal diz respeito, são vários os preceitos legais tipificados pelo legislador, que se reportam especificamente a situações em que o médico deverá ser responsabilizado pelos factos ilícitos decorrentes da sua conduta, ainda que no âmbito de tal responsabilidade não seja exigível, como na responsabilidade civil, a verificação de um dano.

Aliás, em casos específicos basta a existência de um facto ilícito culposo ou de um perigo,

²⁹³ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico Enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, pág.157.

²⁹⁴ Mário Júlio Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2009, pág. 522.

para que haja lugar à responsabilização do profissional de saúde, de acordo com esta modalidade de responsabilidade. Pois, como nos diz VERA RAPOSO, “para se concluir pela existência de um ilícito criminal não é imperioso que o paciente tenha sofrido efetivos danos no seu corpo ou saúde (...), bastando em alguns casos o mero perigo de dano”²⁹⁵.

Daqui resulta que, pelo facto de não se exigir a verificação efetiva de um dano, mas sim a mera perigosidade, a responsabilidade criminal surja como menos exigente quando comparada com os requisitos da verificação cumulativa da responsabilidade civil (previstos no Artigo 483º n.º 1 do CC).

De facto, e apesar de por vezes surgirem associadas, a responsabilidade penal e a cível são independentes, pois os pressupostos a verificar, bem como os fins prosseguidos, são distintos. Isto porque, apesar de se exigir em ambas as responsabilidades, um facto (seja este por ação ou omissão) ilícito e culposo, bem como a presença de um nexo de causalidade, não se exige a verificação de um dano (na responsabilidade penal), mas somente uma perigosidade do dano. Acresce que, em relação à culpa, o direito civil basta-se com a mera culpa do agente para que se recorra ao instituto da responsabilidade civil, ao passo que no direito penal, em regra, o legislador exige uma atuação dolosa por parte do agente lesante, que sirva de base à aplicação de uma sanção jurídico-penal²⁹⁶.

VERA RAPOSO, não deixa de frisar que, ainda que a responsabilidade civil pareça mais exigente quanto aos pressupostos, “ela pode, eventualmente, ser mais abrangente atendendo ao facto de poder englobar no seu âmbito qualquer tipo de conduta danosa, ao contrário da responsabilidade penal, que chama a si exclusivamente as *condutas mais gravosas e violadoras dos bens jurídicos especialmente primordiais para a comunidade*” (itálico nosso)²⁹⁷.

Ora, tendo em conta a natural diferença de regimes, bem como as diferentes finalidades almejadas por cada um, apesar de os pressupostos da responsabilização serem, à partida, os mesmos, a sua valoração poderá variar consoante o ramo do direito em que nos encontramos (civil ou penal).

Importa ainda referir que, apesar de a responsabilidade civil poder apurar-se sem a responsabilidade penal, esta última quase sempre acarreta a primeira.

No entanto, uma vez decidida a questão no foro penal, os mesmos factos não poderão

²⁹⁵ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág.22.

²⁹⁶ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pág. 109, anotação ao Artigo 15º.

²⁹⁷ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág.22.

fundamentar a responsabilidade civil do médico, ou seja, proferida a sentença condenatória criminal, não será permitido discutir a existência e a autoria dos mesmos factos em processo civil.

A responsabilidade do agente (neste caso, o médico) ficará definitivamente atribuída, sendo somente possível propor uma ação de execução da indemnização, determinada para a reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais.

Assim, a conduta do médico pode originar responsabilidade criminal, pelos crimes de Intervenções e Tratamentos Médico- Cirúrgicas, com Violação Dolosa das *Leges Artis* (Artigo 150º nº2 CP); Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (Artigo 156º do CP); Violação do Dever de Esclarecimento (Artigo 157º do CP); Violação do Segredo Profissional (Artigo 195º do CP); Aproveitamento Indevido de Segredo (Artigo 196º do CP); Atestado Falso (Artigo 260º do CP); Alteração de Análise ou Receituário (Artigo 283º alínea b) do CP); Recusa de Médico (Artigo 284º do CP, com agravação pelo resultado prevista no Artigo 285º do CP), sendo estes crimes específicos próprios, do médico²⁹⁸.

Mas pode ainda a responsabilidade fundamentar-se na prática de crimes comuns, que o médico no exercício da sua profissão possa cometer. São eles o crime de Homicídio a Pedido da Vítima, ou Eutanásia (Artigo 134º do CP); Auxílio ao Suicídio (Artigo 135º do CP); Homicídio por Negligência (Artigo 137º do CP); Aborto (Artigo 140º e 141º do CP); Ofensas à Integridade Física por Negligência (Artigo 148º do CP); Procriação Artificial não Consentida (Artigo 168º do CP) ou Propagação de Doença Contagiosa (Artigo 283º, alínea a) do CP).

Sobre isto, importa distinguir o que são os crimes comuns dos crimes próprios do médico. Os crimes comuns são aqueles que podem, em regra, ser cometidos por qualquer pessoa, ao passo que os crimes específicos são aqueles crimes que só poderão ser cometidos por determinadas pessoas (neste caso, os médicos), às quais são atribuídas certas qualidades ou um especial dever. Nesta última categoria ainda é possível diferenciar crimes específicos próprios e impróprios, sendo que diferentemente destes últimos, é típicos dos primeiros o facto de a responsabilidade do agente se fundamentar na especial qualidade ou deveres atribuídos ao agente²⁹⁹.

Porém, e embora o médico possa ser responsabilizado judicialmente por diversas condutas, no entender de alguns autores são ainda “*escassas as normas do CP que diretamente se reportam à responsabilidade do agente quando este atua na qualidade de médico*”, sendo disso

²⁹⁸ Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., pág.44.

²⁹⁹ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal Parte Geral Tomo I- Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra, 2007, pág. 304.

exemplo o Artigo 150º (intervenções e tratamentos médico cirúrgicos), o Artigo 156º (intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários) e finalmente o Artigo 157º para efeitos do dever de esclarecimento do profissional” (itálico nosso)³⁰⁰.

Para que um agente seja responsável criminalmente é necessário que esse agente, para além de ter praticado uma ação penalmente relevante, isto é, simultaneamente típica e ilícita, também mereça um juízo de censura, isto é, de culpa. A culpa é o fundamento e o limite da medida da pena, não sendo possível aplicar uma pena a quem não tenha agido com culpa.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, “ a culpa jurídico-penal não se revela de uma maneira unitária, mas é dada através de dois tipos de culpa: 1) culpa dolosa e 2) culpa negligente”³⁰¹. Aliás, o substrato da culpabilidade é a voluntariedade no crime, sendo que a voluntariedade pode ser direta, consistindo no dolo, e indireta, constituindo a negligência.

Antes de fazer a distinção entre estes dois conceitos, importa mencionar que o Artigo 13º do CP determina no seu preceito legal que: “só é punível o facto praticado com dolo, ou nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”, o que denota desde logo que a conduta mais gravosa será a conduta dolosa.

De facto, o Código Penal não define o dolo do tipo, mas somente as formas em que ele se analisa (Artigo 14º do CP). Contudo, atualmente a doutrina tem-lo definido como o conhecimento e a vontade na realização do tipo objetivo de ilícito. Isto é, fazem parte da estrutura do dolo, dois elementos essenciais, sendo eles o elemento cognitivo ou intelectual (o conhecimento) e o elemento volitivo (a vontade).

Segundo FERNANDA PALMA³⁰², “ (...) a distinção entre um elemento intelectual e um elemento volitivo torna-se, fundamentalmente, uma distinção para efeitos de análise. Na conduta intencional, não há qualquer separação entre o estado cognitivo e a volição, que seja, realmente, vivida pelos agentes”³⁰³.

Começando pelo elemento cognitivo, podemos dizer que o agente atuou dolosamente quando conhecia os elementos objetivos essenciais do tipo, que a sua conduta, objetivamente, preenche. Assim sendo, surge como impreterível que “ o agente conheça, saiba, represente ou tenha consciência (*consciência “psicológica” ou consciência “intencional”*) das circunstâncias do

³⁰⁰ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico Enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, pág.159.

³⁰¹ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, cit., pág. 348 e ss.

³⁰² Maria Fernanda PALMA, *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, Lisboa, 1981, dactilografado, não publicado (dissertação apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito de Lisboa do ano letivo 1977/78).

³⁰³ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, cit., pág. 351.

facto que preenche o tipo de ilícito objetivo” (itálico nosso). A função desempenhada por este elemento pretende *que* “ ao actuar, o agente conheça de tudo quanto é necessário a uma correta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à ação intentada, para o seu carácter ilícito”.

Os elementos que definem o tipo, podem ser descritivos ou normativos, sendo os primeiros aqueles que correspondem a conceitos da linguagem comum ou corrente, e os segundos os que correspondem a conceitos da linguagem jurídica. Não será exigível que o agente faça uma exata subsunção jurídica dos factos na lei, mas “necessário e suficiente será sim o conhecimento pelo agente dos elementos normativos, antes que na direção de uma exata subsunção jurídica, na de uma apreensão do sentido ou significado correspondente”³⁰⁴.

Este conhecimento de que se fala deve ser atual sendo, no entanto, certo que essa atualidade do conhecimento não tem que corresponder a uma “noção viva e exata”³⁰⁵ de todos os pormenores, nem tão pouco a uma noção isenta de perturbação emocional, dos elementos objetivos do tipo.

O conhecimento exigido pelo dolo do tipo demanda uma atualização na consciência psicológica ou intencional, no momento da ação. Assim, se por exemplo “um médico sabe que um medicamento pode produzir um colapso cardíaco sob determinadas circunstâncias e receita posteriormente esse medicamento sem pensar que aquelas condições estão de novo dadas, então ele tem um conhecimento atualizável no momento das circunstâncias de facto que integram o tipo objetivo da ofensa à integridade física grave com perigo para a vida (Artigo 144º d), mas não possui consciência atual, e age, portanto, sem dolo do tipo”³⁰⁶.

O conhecimento da realidade é o elemento indispensável do dolo criminal, uma vez que a vontade (ou aceitação) da lesão de um bem jurídico pressupõe, necessariamente, o conhecimento dos elementos geradores dessa lesão.

Deste modo, havendo uma ausência de conhecimento ou um conhecimento com falta de tais elementos, isto terá como consequência a ausência de dolo, pois o agente não conhece os elementos aos quais deve estender-se o dolo.

Em segundo lugar, temos o elemento volitivo, que se traduz na vontade de realizar certa conduta e/ou obter certo resultado. Isto porque, é exigível que a prática do facto “seja presidida

³⁰⁴ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, cit., pág. 352-353.

³⁰⁵ Teresa Pizarro BELEZA, *Direito Penal, Vol.2*, Lisboa: AAFDL Editora, 1980, pág. 186.

³⁰⁶ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, cit., pág. 355.

por uma vontade dirigida à sua realização”³⁰⁷.

Existem três formas de dolo, com base na direção da vontade, sendo elas o dolo direto, o dolo necessário e o dolo eventual.

O dolo pode ser direto (Artigo 14º nº1 do CP), se o agente atuar com vista à realização do facto típico, isto é, se houver intenção criminosa. O que importa neste tipo de dolo é a vontade do agente de realizar o facto típico, isto é, se o agente prever e tiver como fim a realização de um ato criminoso.

Por sua vez, o dolo é necessário (Artigo 14º nº2 do CP), se o objetivo do agente, ao atuar, não seja a realização do facto típico, mas antes de outro facto, sendo que este segundo é o que condiciona a vontade do agente. Porém, ao representar esse segundo facto, o agente representa como consequência necessária da sua conduta, o facto típico, aceitando tal consequência. Isto pressupõe que o agente colocou o facto típico, não no centro da sua vontade, mas numa zona periférica relativa às consequências inevitáveis de uma conduta.

Por outras palavras, se o agente sabe que, como consequência de uma conduta que resolve empreender, realizará um facto que preenche um tipo legal de crime, não se abstendo, apesar disso, de empreender tal conduta, estaremos perante um dolo necessário.

Por fim, o dolo é eventual (Artigo 14º nº3 do CP), se o agente prever o resultado como consequência possível da sua conduta, não se abstendo, porém, de a empreender e conformar-se com a produção do resultado. Assim, e apesar de o agente não ter como finalidade imediata o facto típico, sendo esta uma consequência da sua atuação, esta é representada como possível de ocorrer, sendo que este a aceita.

Vertendo estes conceitos jurídico-penais para a temática em análise, acreditamos que os casos em que há culpa dolosa, ou seja, intenção de provocar dano, pelos profissionais médicos, são muitíssimo raros. Aliás, a maior parte dos casos da jurisprudência consubstanciam uma atuação negligente por parte do médico, onde lhe imputam somente falta de prudência.

Chegamos a uma fase em que no cruzamento entre a Medicina e o Direito, a jurisprudência prefere dar relevância à forma como os médicos são tratados e à necessidade de não existir uma medicina defensiva, retirando sempre que possível a favor deles uma presunção de não dolo (justamente por haver uma intenção terapêutica, sendo esta incompatível com a existência de dolo).

Vejamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em que estava em causa o caso

³⁰⁷ Jorge Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, cit., pág. 366.

de B, que deu entrada nos serviços de urgência devido a uma queda, da qual resultou uma fratura no maléolo e uma escoriação na parte anterior do tornozelo. B foi atendido pelo médico, que indicou que se pusesse tala de gesso e se limpasse a escoriação, tendo receitado *inclusive* comprimidos para a dor ³⁰⁸. O que aconteceu foi que o médico não receitou antibióticos, nem tão pouco marcou uma consulta para o acompanhamento das lesões, o que resultou no facto de B ter de se deslocar novamente ao hospital, pois sentiu novamente dores na zona da escoriação. Quando lá chegou pela segunda vez, verificou-se que havia uma ferida com necrose de pele, sendo que B teve de passar por uma cirurgia para excerto da pele. Devido à cirurgia, a escoriação desenvolveu um problema grave e B teve mesmo de levar um transplante de pele, que causou uma cicatriz de 3 cm, sendo que tais lesões determinaram um período de doença fixável em 43 dias para a cura, com a afetação da capacidade para o trabalho geral e profissional.

Neste Acórdão ficou provado que a consulta de controlo e vigilância referida, teria diminuído o perigo de vir a desenvolver-se uma necrose, pelo menos com a extensão que veio a assumir.

Quando questionado o tribunal, se o médico tinha atuado ou não com dolo, este veio a dizer que “ (...) por via de regra, a atuação de um médico, no exercício da sua profissão, não é dolosa. *A afirmação do dolo, resultando de forma presuntiva, terá que estribar-se em sólidos e inequívocos elementos objetivos*, dos quais seja razoável, de acordo com as regras da experiência, da normalidade e da lógica, inferi-lo. Nos autos não detetamos elementos objetivos com as apontadas características e que permitam, através daquelas regras, concluir que o arguido atuou dolosamente, quanto à violação das *leges artis* e quanto à criação do perigo” (itálico nosso).

Daqui retiramos que a responsabilidade por dolo é relativamente excecional. Tal não quer dizer que não se encontrem decisões em que o tribunal decida no sentido da existência do dolo, como foi o caso de um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que decidiu no sentido de haver dolo eventual, de uma médica obstetra, que se ausentou do hospital durante o horário de trabalho, e que tendo sido solicitada a sua presença na realização de um parto que apresentava dificuldades, negou-se a comparecer³⁰⁹. No entanto, como mencionamos anteriormente, a maioria da jurisprudência tem a ver com a forma negligente.

Em relação à negligência, um agente atua de forma negligente quando não observa os

³⁰⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 26/02/2014, Proc. N° 1116/10.0TAGRD.C1, Relator Vasques Osório, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/221af72962b0078880257c910057bd89?OpenDocument&Highlight=0,1116%2F10.0TAGRD.C1> (consultado em 28/05/2021).

³⁰⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 06/03/2009, Proc. N° 186/05.8TAMD, Relator António Gama, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/03fd7a68a70609db802575d0003ce5b0?OpenDocument&Highlight=0,186%2F05.8TAMD> (consultado em 28/05/2021).

deveres de cuidado devidos, ou seja, quando não atua diligentemente. Segundo o Artigo 15º do CP, age com negligência quem, por não proceder com o dever de cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado “representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime, mas atuar sem se conformar com essa realização” ou “não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”.

A negligência pode ser consciente, se o agente representa o risco que é criado com a sua atuação, e conforma-se com a possibilidade do resultado se concretizar, ou inconsciente, se o agente representar o risco da sua atuação, mas não se conformar com o resultado da mesma.

Tem havido grande discussão entre a negligência consciente e o dolo eventual, em torno de saber a diferença entre ambos. A propósito disto surgiram várias teorias, designadamente a teoria da probabilidade, a teoria da aceitação e a teoria da conformação. Contudo, encontramos na jurisprudência a resposta que procurávamos, designadamente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “O *dolo eventual* significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e conforma-se com ela. O conteúdo da culpa no dolo eventual é menor que o das outras classes de dolo, porque aqui o resultado não foi tido como adquirido nem tido como seguro. Permanecem no dolo eventual, por um lado, a consciência da existência de um perigo concreto de que se realiza no tipo, e por outro, a consideração séria, por parte do agente, da existência deste risco. (...) A *negligência consciente* significa que o autor reconheceu na verdade o perigo concreto, mas não o tomou seriamente em conta, porque, em virtude de uma violação do cuidado devido em relação à valoração do grau de risco ou das suas próprias faculdades, nega a concreta colocação em perigo do objecto da acção, ou, não obstante considerar seriamente tal possibilidade, confia, também de forma contrária ao dever, em que não se produzirá o resultado lesivo” (itálico nosso)³¹⁰.

A existência de receio por parte dos médicos em relação à sua responsabilidade está essencialmente relacionada com a negligência. Eles temem a responsabilidade que possa decorrer do erro ou de uma falta de atenção e que poderá desencadear consequências graves, muitas vezes desproporcionais ao erro cometido ou à falta de atenção³¹¹.

Existe também um receio por parte dos profissionais de saúde, devido à natureza pouco certa do apuramento desta forma de responsabilidade, uma vez que os pressupostos são

³¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 20/10/2010, Proc. N.º 3554/02.3TDLSB.S2, Relator Santos Cabral, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7a5ec29d348534ab80257885004dc331?OpenDocument&Highlight=0,3554%2F02.3TDLSB.S2> (consultado em 28/05/2021).

³¹¹ Maria Paula Ribeiro de FÁRIA, «A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde: a perspectiva do direito pena», In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, n.º 3 (jul.-set. 2013), A. 23, pág. 361-390.

relativamente vagos ou que acabam por tornar-se vagos perante a necessidade de enquadrá-los.

Importa pois referir que, para haver uma responsabilização por negligência é necessário que haja uma violação de um dever objetivo de cuidado, bem como a existência de um resultado que possa ser imputado à violação do dever objetivo de cuidado.

Segundo CAVALEIRO FERREIRA, “o dever de cuidado assenta, antes de mais, na prudência, pois a prudência é o modo racional de agir, a *recta ratio aibilium*”³¹².

Assim, o dever objetivo de cuidado é aquele dever que é especialmente resistente às generalizações, isto é, é uma exigência de comportamento que o direito faz, no caso concreto, para salvar aquele bem jurídico.

Para este dever são relevantes as *leges artis* (métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a *standard* contextualizados de atuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes³¹³), sendo que se houver cumprimento das mesmas, haverá também do dever objetivo de cuidado, e vice-versa.

Porém, situações há em que, apesar de o médico cumprir as *leges artis*, não cumpriu o dever objetivo de cuidado. Exemplo disso é o médico, que num determinado caso, cumpre o protocolo, mas tinha capacidades técnicas especiais que não fez atuar no caso em concreto, limitando-se à prática médica generalizada do setor.

Como nos explica ÁLVARO RODRIGUES, “o médico deve ao paciente a observação de cuidados imperativos, não apenas dos habituais”. Como tal, impõe-se um “dever de cuidado médico sem ter em conta as medidas evitáveis, mesmo que contenha um risco mínimo, isto é, o médico perante riscos mais graves para o paciente, deve também excluir momentos de perigo improváveis”. Assim, exige-se ao médico que, para além das práticas habituais médicas, no caso em concreto, atue também com base no seu conhecimento e capacidades individuais, não se abstendo de fazer mais, se assim o entender, mesmo que os protocolos apenas fomentem o básico, naquelas circunstâncias.

Para clarificar a importância dos conhecimentos do agente em concreto, para a determinação do dever de cuidado, podemos-nos socorrer do seguinte exemplo: o médico que, estando de serviço, conhece a debilidade emocional e física do paciente, deve atuar com maior

³¹² Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Direito Penal Português (parte geral)*, Vol. I, Lisboa: Verbo, 1981, pág. 515.

³¹³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 21/11/2013, Proc. N° 09361/12, Relator Paulo Pereira Gouveia, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/8a5b8cabd913b3ff80257c2f00379d68?OpenDocument&Highlight=0,09361%2F12> (consultado em 28/05/2021).

ponderação e cautela, do que aquele médico de serviço que não a conhece, pois se não o fizer, o seu comportamento não será englobado num comportamento típico negligente, com base no conhecimento médio da generalidade dos médicos (critério do homem médio), mas sim num comportamento negligente, por violação de tal conhecimento.

Deste modo, “só o perigo que excede o normal no tráfego ou o socialmente adequado é contrário ao cuidado devido”. Certo é que, para além do cuidado que é exigido pelo tráfego normal, há uma maior cautela exigida pela natureza das próprias atividades e do seu objetivo, como é o caso do dever de cuidado médico.

Na maioria das vezes, fala-se de erro médico como sendo um sinónimo de negligência. Todavia, tal afirmação não corresponde à verdade, nem na perspetiva da Medicina, nem da do Direito.

Segundo ÁLVARO RODRIGUES, “ o erro é uma realidade conatural ao próprio exercício da medicina, uma vez que todo o erro é inerente à atividade humana”. Aliás, na área do Direito Penal Médico, a expressão “*errare humanum est*”, que significa errar é humano, assume a maior relevância. Acresce que, para o autor em causa, o erro existe para se retirar conclusões e se tentar evitar/corrigir futuras situações de erros semelhantes. Isto porque, segundo a máxima “*sed diabolicum perseverare*”, será diabólico perseverar, constantemente, no mesmo erro.

Em traços largos, o erro médico é definido como a conduta profissional inadequada, resultante da utilização de má técnica terapêutica e/ou médica incorreta, que se revelou lesiva para a saúde ou vida de um determinado doente. Pode ocorrer por falha humana, por distração momentânea, por má execução de uma técnica, por fadiga no desempenho de uma tarefa ou por outras razões, não significando forçosamente uma violação do cuidado por parte do profissional de saúde.

Muitos destes erros podem ocorrer sem que estejam reunidas as condições para a negligência, como por exemplo, o caso de um puro erro de diagnóstico, onde o médico pode ter interpretado mal os sintomas e os exames, pode ter errado nas conclusões e na terapêutica, mas não ter violado qualquer dever de cuidado, uma vez que solicitou todos os exames necessários que o caso exigia.

Por sua vez, a negligência surge porque, além do erro, o médico atuou violando os deveres de cuidado a que estava obrigado. Como tal, é necessário a demonstração dessa violação, sendo a maior dificuldade nos processos que envolvem a negligência médica, esta prova de que foi a falta de cuidado médico que originou a lesão ao paciente.

De acordo com vários autores, e com os códigos de ética, é imperativo saber se o erro médico foi decorrente de uma falha ou de um erro involuntário, se inexistia conhecimento científico, se o diagnóstico não era possível de conseguir ou se o tratamento era desconhecido, ou se, pelo contrário, resultou do incumprimento das *leges artis*, nomeadamente associado à imprudência, à imperícia ou a negligência, com ou sem dolo.

Sendo inelutável, pela própria condição humana, a possibilidade da prática de erros médicos, cobiçável seria que “uma vez verificado, tal deverá ser conhecido e analisado em reuniões estritamente médicas com a liberdade e a profundidade necessárias, que permitam prevenir a sua repetição (...) os médicos devem ter a coragem necessária para reconhecer os seus erros e eliminá-los”.

GUILHERME DE OLIVEIRA considera que “Só num ambiente relativamente pacificado, com menos lei, com maior responsabilidade civil – esta mais para reparar o dano do que para censurar o médico - e em que o controlo das boas práticas seja feito inter pares, *através da auto-regulação, é que os médicos poderão confessar sistematicamente os erros*” (itálico nosso)³¹⁴.

Acresce que, para haver responsabilidade, será sempre necessário que haja um nexo de causalidade entre o dano causado e o ato/omissão praticados pelo médico. Deste modo, há que demonstrar que o resultado final não se verificaria se o agente tivesse praticado ou omitido essa conduta em causa.

Por exemplo, se um médico, na inobservância dos regulamentos ou dos deveres de cuidado, lesionasse ou matasse um terceiro, era indispensável que essa inobservância tivesse uma inequívoca relação com o evento.

Ora, este nexo de causalidade não constitui mais do que a aplicação da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos. Este nexo requer duas coisas: por um lado, que o resultado pudesse ser evitado mediante um comportamento cuidadoso; e por outro, que a norma infringida servisse, precisamente, para evitar o resultado produzido.

No entanto, há quem considere que este nexo deve ser negado, se o resultado típico causado pelo comportamento descuidado fosse também produzido com um comportamento cuidadoso.

CLAUS ROXIN estudou, a este propósito, um caso onde um médico usou uma injeção de cocaína para anestésiar um doente, em vez de novocaína (anestésico local), que era o

³¹⁴ Guilherme de OLIVEIRA, «Recensão de José Fragata; Luís Martins - O erro em medicina. Perspectiva do indivíduo, da Organização e da Sociedade, Coimbra, Almedina, 2004», *In Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 3, Ano II, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

medicamento indicado para esse efeito. Em consequência da injeção administrada, o paciente veio a falecer. Ora, o que aconteceu foi que, posteriormente à morte do paciente, veio a constatar-se que, dada a constituição física do doente, a possível utilização da novocaína (pela qual o médico não teria sido censurado), também produziria o resultado morte, naquelas circunstâncias. A questão que aqui se colocou, foi a de saber se, havia que se admitir um homicídio por negligência, ou se, pelo contrário, dever-se-ia proceder à absolvição do médico.

De facto, CLAUS ROXIN chegou a conclusão de que deveria ser utilizado o princípio do incremento do risco, uma vez que lhe parecia injusto punir o médico por homicídio negligente, pois a violação do dever por ele cometida não era suficiente para que o crime fosse consumado.

Para o autor, devia-se “examinar qual a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de cuidado, de acordo com os princípios do risco permitido. Ou seja, devemos fazer uma comparação entre esta conduta e a forma de atuar do agente e verificar se a conduta deste fez aumentar a probabilidade de produção do resultado, em comparação com o risco permitido. Se assim for, existe uma violação do dever, que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título de crime negligente. Se não houver aumento do risco, o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, consequentemente deve ser absolvido”³¹⁵.

Neste sentido caminha a jurisprudência, como podemos observar no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães: “ (...) quer dizer, que é um nexo de causalidade adequada que vem a fixar objectivamente os deveres de previsão, os quais, quando violados, podem dar lugar à negligência, ou seja, que vem dizer quando se deve prever um resultado como consequência duma conduta, em si ou na medida em que se omitem as cautelas e os cuidados adequados a evitá-lo. (...) Significa isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido”³¹⁶.

No mesmo sentido, vai o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, quando afirma que “Do que se expôs conclui-se que, para que o resultado em que se materializa o ilícito típico possa fundamentar a responsabilidade, não basta a sua existência fáctica, sendo necessário que esta possa imputar-se objetivamente à conduta e subjetivamente ao agente. Significa isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido”³¹⁷.

³¹⁵ ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Lisboa: Editor Veja, 1993, pág. 236.

³¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 03/05/2004, Proc. N.º 717/04-1, Relator Tomé Branco, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/0d1cadacfea689a980256ee000465987?OpenDocument&Highlight=0,717%2F04-1> (consultado em 28/05/2021).

³¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 30/04/2014, Proc. N.º 1645/08.6PIPRT.P2, Relatora Eduarda Lobo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/33d8018ebd8fa51c80257cd6004bb1ae?OpenDocument&Highlight=0,164>

Não obstante, a prova do nexu causal reveste uma das maiores dificuldades em processo de responsabilidade médica, pois os casos são, em regra, decididos com base na chamada prova pericial, sendo a credibilidade dos depoimentos periciais que influem decisivamente na procedência ou improcedência da ação. Com efeito, apesar de os pareceres não fazerem prova plena, uma vez que o juiz não precisa de aceitar o juízo técnico do perito, o que acontece é que, muitas vezes, o juiz não tem conhecimentos técnicos para fazer ele a análise e, nesse caso, o que ele faz é absolver o arguido, não só pelo princípio do *in dubio pro reu*, mas também pelo princípio da liberdade de apreciação da prova.

Em Portugal, a questão da responsabilidade penal médica obtém resposta sobretudo no regime definido pelo Artigo 150º do CP. Este preceito legal estabelece como princípio orientador do ordenamento jurídico-penal que, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que, segundo o estado do conhecimento e da experiência da medicina, se mostrarem como indicadas e forem levadas a cabo, de acordo com a *leges artis*, por um médico ou por uma pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, sejam consideradas como atípicas e irrelevantes do ponto de vista penal.

Como tal, o Artigo 150 n.º1 do CP exclui do âmbito de tutela penal as intervenções e tratamentos cirúrgicos, não os considerando, nas circunstâncias *supra* referidas, crimes contra a integridade física do doente. Por esse motivo é que se fala de uma cláusula de exclusão da tipicidade.

De facto, da definição do preceito legal retiramos dois elementos subjetivos e dois elementos objetivos. Os elementos subjetivos prendem-se com a qualificação do agente (tem que se tratar de médico ou pessoa autorizada para praticar tais atos) e com a intenção curativa. Por sua vez, os elementos objetivos referem-se à indicação médica e à realização de acordo com as *leges artis*. Todos estes elementos são de verificação cumulativa³¹⁸, sendo que com a verificação destes elementos no momento da intervenção médica, esta nunca será considerada como um crime contra a integridade física ou contra a vida do paciente.

A razão de ser desta disposição está no facto de a valoração da intervenção médica ser feita *ex ante*, não ficando dependente dos eventuais resultados.

Deste modo, só será considerada uma ofensa à integridade física nos casos em que o

5%2F08.6PIPRT.P2 (consultado em 28/05/2021).

³¹⁸ Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, anotação ao Artigo 150º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 307.

médico viole as *leges artis* da profissão, ou seja, que crie perigo para a vida, ou então, um perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde do paciente.

Em termos gerais, presenciámos um recuo dos mecanismos do Direito Penal face à aplicação muito mais frequente de normas de Direito Civil. Este é um fenómeno documentado pela reduzida quantidade de decisões judiciais que recaem sobre responsabilidade penal dos médicos, face às relativas à responsabilidade civil.

ALBIN ESER defende duas justificações possíveis para este fenómeno: “ em primeiro lugar, o interesse dos doentes em receber uma indemnização pelos danos patrimoniais e morais, relegando para segundo plano a relevância da compensação emocional obtida com a punição pública. Para tanto contribui o facto de na nova relação entre o doente e o médico, este surgir cada vez mais como uma parte fungível do sistema de saúde (posição agravada pelo facto de ser considerado um técnico bem remunerado pelas suas funções), em detrimento da sua antiga posição de pessoa da confiança do doente”³¹⁹.

No fundo, ao paciente e à sua família interessa mais uma compensação monetária pelas lesões sofridas, do que a punição criminal do médico, sendo por isso mais frequente o recurso ao foro cível. Assim, e embora o pedido cível deva ser formulado em processo penal, por força do Artigo 71º do CP (princípio da adesão), a verdade é que o pedido indemnizatório carece de comprovação da prática de um crime. Como tal, a apreciação do pedido só poderá seguir se o mesmo se basear na responsabilidade civil extracontratual e não na obrigacional.

Em segundo lugar, o autor menciona “a facilidade na obtenção da indemnização proporcionada pela via jurídico-civil, pelo menos no que toca à responsabilidade contratual, ao transferir o ónus da prova dos factos para o médico, contrastante com a exigência da prova das condutas puníveis da responsabilidade da acusação em processo penal”.

Com efeito, entre o médico e o paciente estabelece-se um elo que consubstancia, na maior parte dos casos, um contrato de prestação de serviços médicos, cujo conteúdo da prestação debitória é a obrigação de tratamento por parte do médico. Deste modo, não sendo possível a dedução de pedido indemnizatório em processo penal, com base na responsabilidade contratual, e sendo o regime da responsabilidade contratual mais favorável ao autor (quer em matéria do ónus da prova, atendendo à presunção de culpa do devedor do Artigo 799º do CC), quer em matéria do prazo prescricional), é concebível a preferência pelo foro cível.

Assim, ALBIN ESER conclui que “mesmo que a garantia do padrão de tratamento médico,

³¹⁹ Albin ESER, «Perspectivas do direito (penal) da medicina», *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1-2 (Jan-Junho 2004), A.14, pág. 36.

assim como o cumprimento da obrigação de esclarecimento, pareça estar amplamente assegurada pela jurisprudência civil e se possa levar a cabo a prevenção logo através de medidas administrativas, e ainda, não por último, haja a possibilidade de aplicação de sanções repressivas à profissão médica, nada disto basta para substituir o Direito Penal na sua totalidade”³²⁰.

No que toca à responsabilidade médica, acreditamos que a tarefa do Direito Penal não deve ser desprezada ou minorada. Aliás, “ atendendo aos desenvolvimentos futuros, as novas possibilidades, métodos e meios de diagnóstico introduzidos na ciência médica, carecem da orientação axiológica que garanta a fidelidade dos avanços científicos à consciência jurídica geral, garantindo uma eficácia preventiva mesmo em relação a crimes negligentes. Tarefa que só a firmeza da tutela de bens jurídicos prestada pelo Direito Penal pode cumprir”.

Pois, irão ressurgir de forma crescente e acentuada, condutas criminalmente relevantes no domínio médico, designadamente ofensas à integridade física, homicídios por negligência (por ação e por omissão), violações da autonomia pessoal do doente, desrespeito do dever de sigilo profissional, que só o Direito Penal poderá travar, uma vez que estarão em causa bens jurídicos fundamentais, que quando violados, carecem de sanção jurídico-penal.

Certo é que a responsabilidade penal dos médicos terá, quase sempre como decorrência, a existência de danos ou prejuízos, nas suas diversas formas, ou não fosse a medicina um saber prático, desenvolvido com adequado rigor técnico, metodológico e deontológico. Porém é necessário sensibilidade e atenção aos desenvolvimentos científicos e técnicos, para não ser descurado o contexto de risco ou de perigo para a vida humana em todas as suas componentes (vida, integridade física e saúde mental), nomeadamente as diversas variáveis na atuação médica (por exemplo, se o médico está sujeito a cansaço ou a falta de materiais disponíveis), por falha ou violação de um dever de cuidado que lhe era imposto.

6- Responsabilidade Disciplinar

A par da responsabilidade civil e penal que temos vindo a tratar, o profissional médico pode ainda ser responsabilizado disciplinarmente, por um facto ilícito que tenha praticado, no exercício das suas funções.

Como tal, *a responsabilidade disciplinar* dos profissionais de saúde, sobretudo dos médicos e enfermeiros, traduz-se na violação (por ação ou omissão) de certos deveres impostos por lei, àqueles que, por se encontrarem inseridos numa determinada organização, ficam sujeitos

³²⁰ Albin ESER, «Perspectivas do direito (penal) da medicina», *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 1-2 (Jan-Junho 2004), A.14, pág. 39.

a regras de conduta específicas.

Ora, o processo disciplinar corre, por um lado, perante a administração hospitalar, pela violação das regras de funcionamento do serviço. Por outro lado, o médico vai ainda responder perante outra entidade (aquela competente para conhecer da violação das normas deontológicas, que vinculam toda a classe médica), ou seja, a Ordem dos Médicos. Deste modo, o profissional de saúde sujeita-se a sanções disciplinares distintas, uma aplicada pela entidade patronal, pelo superior hierárquico ou pelo Ministro da Saúde, e outra pela respetiva ordem profissional.

O critério para a matéria da competência é, além do tipo de pena aplicável, a categoria do arguido. Assim, para a pena de repreensão escrita, a competência recai sobre qualquer superior hierárquico, e para as restantes penas, é competente o dirigente máximo do serviço, salvo quando esteja em causa a aplicação de penas a dirigentes máximos, circunstância em que a competência disciplinar cabe ao Ministro da Saúde.

Importa antes de mais esclarecer em que consistem as duas formas de responsabilidade disciplinar a que aludimos. A modalidade de responsabilidade disciplinar pode repartir-se em responsabilidade disciplinar profissional ou responsabilidade disciplinar administrativa.

Segundo FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, qualquer profissional que exerça a atividade médica pode ser responsabilizado a título de responsabilidade disciplinar profissional quando, pratique atos que possam pôr em causa tanto a autoridade e a disciplina da Ordem profissional que rege a sua atividade, como o exercício da atividade médica.

Trata-se assim, de uma responsabilidade que sanciona o profissional de saúde, perante a respetiva classe profissional, efetivada pela Ordem profissional, independentemente da natureza (pública ou privada) do estabelecimento onde exerça a sua atividade. Isto porque, o mesmo incorre na violação dos deveres que esta organização defende, com vista ao bom exercício da atividade profissional. Como tal, esta responsabilidade apenas existirá quando estiverem em causa interesses de cariz meramente profissional.

De facto, e como nos explica FILIPA CALVÃO, “a responsabilidade disciplinar profissional resulta, principalmente, da *violação de deveres deontológicos* vinculativos para as classes profissionais dos médicos e dos enfermeiros, afetando os interesses comuns a toda a classe profissional; sendo que tais deveres se encontram consagrados no *Código Deontológico* (da Ordem dos Médicos), ou no próprio *Estatuto da ordem profissional* (como sucede com o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros)” (itálico nosso).

Deste modo, quando estejamos perante factos ilícitos que consubstanciem uma infração

de natureza deontológica, a aplicação das sanções disciplinares será da competência exclusiva da Ordem dos Médicos e dos seus Conselhos Disciplinares Regionais, bem como do Conselho Nacional da Disciplina (Artigo 3º, 4º e 5º do Estatuto Disciplinar dos Médicos)³²¹.

Aos Conselhos Disciplinares Regionais cabe apreciar a responsabilidade disciplinar dos médicos que exerçam a sua atividade na área da respetiva região, no momento da prática da infração, ao passo que o Conselho Nacional da Disciplina exerce competência em relação a certos médicos, pela dignidade do cargo que desempenham ou desempenharam dentro da associação, conhecendo ainda os recursos das decisões dos Conselhos Disciplinares Regionais.

É igualmente no Estatuto Disciplinar dos Médicos que se estabelecem as sanções específicas a aplicar aos profissionais infratores (Artigo 74º do Estatuto da Ordem dos Médicos e Artigo 12º do Estatuto Disciplinar dos Médicos), designadamente, e por ordem de aplicação: a advertência, a censura, a suspensão até cinco anos e a mais gravosa, a expulsão do profissional da sua atividade (Artigo 12º do Estatuto Disciplinar dos Médicos e Artigo 13º do Estatuto da Ordem dos Médicos).

Em súmula, a advertência ocorre no caso de infrações leves; a censura, no caso de infrações graves, que não justifiquem pena superior; a suspensão, nas hipóteses do Artigo 17º do EDM, designadamente, em caso de violação dos deveres consagrados na lei ou no Código Deontológico, e que visem a proteção da vida, saúde, bem-estar ou dignidade das pessoas; e a expulsão, nos casos previstos no Artigo 18º do EDM, nomeadamente quando se verifique incompetência profissional notória, com risco para a saúde dos pacientes, ou no caso de infração disciplinar que também constitua crime, punível com pena de prisão superior a três anos.

Quanto a esta última sanção, a expulsão do profissional, o que se sucede é que, segundo alguns autores, a Ordem dos Médicos procede a uma limitação de uma liberdade constitucionalmente consagrada pelo Artigo 47º nº1 da CRP, que se refere a liberdade de escolha de uma profissão, questionando-se, portanto, se tal limitação é inconstitucional face à lei³²².

Pois, tal sanção impede o exercício da profissão do médico em qualquer estabelecimento de saúde, seja ele de natureza pública ou privada, contendo, por isso, em maior medida com a vida do profissional de saúde.

Ora, tendo por base os fundamentos do poder disciplinar, bem como a proteção dos

³²¹ Filipa Urbano CALVÃO, «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde», *do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público*, 2005, pág. 16, disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/614-921.pdf> (consultado em 28/05/2021).

³²² Este facto ocorre também com a suspensão de funções, uma vez que ela também é suscetível de afetar um direito fundamental do médico, ao impedi-lo de exercer a sua profissão.

pacientes face a uma eventual atuação errada ou negligente por parte do profissional médico, FILIPA CALVÃO defende a não inconstitucionalidade da limitação ao exercício deste direito fundamental que é o exercício de uma atividade profissional, justificando que o poder disciplinar “é um poder de autodisciplina essencial à organização destas associações públicas, por só assim poderem cumprir a função, para que foram constituídas, de assegurar o bom exercício da profissão por cada um dos seus membros”³²³.

Disso mesmo dá conta VITAL MOREIRA, esclarecendo que “a possibilidade de reapreciação da decisão disciplinar por um tribunal em processo público é suficiente para preencher o requisito estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (segundo o qual as penas que afetem direitos civis devem ser aplicadas por um tribunal independente, em processo público) ”³²⁴.

Assim, e embora o direito de livre escolha de exercício de uma profissão seja um direito fundamental não reservado exclusivamente ao médico, não se nos afigura como inconstitucional a possibilidade da Ordem dos Médicos suspender um profissional do exercício da atividade médica, quando o seu comportamento for de tal maneira gravoso, que se apresente como suscetível de colocar em risco a integridade física e/ou psíquica do doente³²⁵.

Deste modo, esta sanção de natureza disciplinar aplicada pela respetiva Ordem profissional não enferma de qualquer inconstitucionalidade, se o comportamento do profissional for suscetível de ferir direitos fundamentais de terceiros, tais como, o direito à vida ou à integridade pessoal do paciente. Pois, no momento da prática do ato médico, o paciente já se encontra numa posição de maior debilidade e vulnerabilidade face a do médico, necessitando os seus direitos fundamentais de ser legalmente salvaguardados. Para tal, deverá haver lugar a uma cedência do direito do médico em detrimento da proteção do paciente.

Importa ainda mencionar a possibilidade de aplicação de penas acessórias, como sejam a perda de honorários e a publicidade das penas principais (Artigo 20º e 21º do EDM).

Refira-se, de igual modo, que decorridos 10 anos da data da aplicação da pena, é possível a reabilitação do médico expulso (Artigo 58º do EDM).

No que concerne ao processo disciplinar, este é instaurado por deliberação do Conselho Disciplinar Regional da Ordem dos Médicos, com base na participação dirigida à Ordem, por

³²³ Filipa Urbano CALVÃO, «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde», *do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público, cit.*, pág. 6.

³²⁴ Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, pág. 269.

³²⁵ Note-se que a restrição a um direito fundamental terá de ter sempre em conta uma ideia de necessidade, de adequação e de proporcionalidade.

qualquer pessoa ou entidade convenientemente identificada (Artigo 6 n.º 1 a) do Estatuto Disciplinar dos Médicos) ou então por decisão oficiosa da Ordem (Artigo 6 n.º 1 b) do mesmo preceito legal).

Neste procedimento podem intervir aquelas pessoas que possuam um interesse direto nos factos participados, designadamente os doentes lesados pela conduta violadora das regras deontológicas.

O processo disciplinar prescreve no prazo de 3 anos, a contar da prática da infração, salvo se também constituir ilícito criminal, caso em que o prazo é geralmente superior, uma vez que corre o prazo penal (Artigo 9º do EDM).

Os trâmites procedimentais vêm regulados no Artigo 29º e ss do EDM, começando por um despacho de acusação (Artigo 29º), ao qual se pode seguir o decretamento de uma suspensão preventiva (Artigo 30º), posteriormente há a apresentação da defesa, por escrito, em nome pessoal ou através de representante (Artigo 32º a 35º), passa por alegações e relatório, onde se proporá o arquivamento ou a aplicação de uma das penas (Artigo 36º a 38º), e culminará com a decisão final, que deve ser objeto de notificação ao arguido, aos interessados e ao Presidente da ordem profissional, para além da publicidade (Artigo 40º a 42º).

Da decisão do Conselho Disciplinar Regional da Ordem dos Médicos, cabe recurso para o Conselho Nacional de Disciplina (Artigo 43 n.º 1 do EDM), por parte do arguido, dos interessados ou do Presidente (Artigo 44º), no prazo regra de 8 dias (Artigo 45º). O recurso possui efeito suspensivo, nos termos do Artigo 46º n.º 2 do EDM.

De acordo com o Artigo 62º, da decisão do Conselho Nacional de Disciplina pode ser, ainda, interposta uma ação (administrativa especial) de impugnação, para o tribunal de círculo competente (Artigo 4º, n.º 1 b) do ETAF e Artigo 47º e 50º e ss do CPTA).

Por sua vez, o regime da responsabilidade disciplinar administrativa encontra-se reservado apenas para os profissionais médicos que exerçam as suas funções no âmbito de um serviço público, na qualidade de trabalhador da Função Pública. Estamos aqui a falar dos profissionais que trabalhem em Hospitais Públicos, Centros de Saúde, Associações de Centros de Saúde ou qualquer outra entidade cuja atividade profissional esteja inserida no Serviço Nacional de Saúde.

Nestes casos, normalmente, a atuação ilícita do profissional médico provoca algum prejuízo ao normal funcionamento do serviço, em que ele atuou (ou deveria ter atuado, se se tratar de uma responsabilidade por omissão)³²⁶.

³²⁶ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade Médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, Lisboa, 1984, pág.28.

Como nos explica FILIPA CALVÃO, “a responsabilidade disciplinar administrativa ocorrerá sempre que se verifique a violação de certos deveres a que estão adstrito os médicos ou enfermeiros pelo facto de estarem inseridos numa organização administrativa pública, ocorrendo prejuízos para o regular funcionamento dos serviços públicos de saúde³²⁷ - tais deveres encontram-se previstos no *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro*” (itálico nosso).

Daqui retiramos que o Estatuto faz menção aos deveres gerais que todos os trabalhadores que exercem funções públicas devem cumprir, sob pena da sua violação constituir uma infração disciplinar. Todavia, os profissionais de saúde estão sujeitos, ainda, a deveres acrescidos, ditos especiais, pela área débil em que trabalham.

Os deveres gerais vêm consagrados no Artigo 7.º do DL n.º 373/79, de 8 de Setembro, sendo eles: cumprir as obrigações e funções que lhes competem e que hajam sido legalmente estabelecidas; observar os horários estabelecidos para o regime de trabalho, a que se encontrem sujeitos; cumprir o destacamento de um local de trabalho para outro, quando determinado; cuidar da sua atualização profissional; contribuir com a criação e manutenção de boas condições técnicas e humanas de trabalho, para a eficácia dos serviços prestados e para o prestígio da unidade de saúde a que pertençam; prestar à administração dos serviços e estabelecimentos toda a colaboração que lhes seja solicitada em matéria de serviço; participar em comissões, grupos de trabalho e outros órgãos não institucionalizados, destinados a estudar problemas ou a executar decisões no âmbito da organização e funcionamento dos serviços de saúde.

Note-se que, houve um alargamento dos deveres gerais (tradicional deveres de isenção, de zelo, de obediência, de lealdade, de correção, de assiduidade e de pontualidade), juntando-se agora os deveres de prossecução do interesse público, de imparcialidade e de informação.

Assim, sempre que um profissional de saúde pratique um ato/omissão, ainda que meramente culposos, com a violação de algum dos deveres gerais ou especiais, decorrentes da função exercida num estabelecimento público de saúde, comete uma infração disciplinar.

Advertir-se que a responsabilidade dos profissionais de saúde perante o estabelecimento que integra o SNS, onde prestem serviço, se restringe à decorrente de atos ou omissões praticados na qualidade de trabalhador que exerce funções públicas. O que significa que é abrangida toda a atividade dos profissionais, desenvolvida em todos os estabelecimentos de saúde do SNS, que se encontrem vinculados a uma relação jurídica de emprego público, a qual é constituída por acto de

³²⁷ Carneiro SILVA, «Responsabilidade da Administração Hospitalar», *In Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIX (1972), pág.123 e ss.

nomeação, por contrato de trabalho em funções públicas ou ainda por comissão de serviço.

Acresce que, considera-se caber ainda na categoria dos trabalhadores com vínculo a uma relação jurídica de emprego público aqueles que, exercendo a sua atividade numa entidade pública empresarial, mantenham a qualidade de funcionário público ou agente administrativo (Artigo 6º do DL nº 193/2002, de 25 de Setembro).

Por outro lado, excluídos do âmbito da responsabilidade disciplinar administrativa, ficam os atos ou omissões de profissionais de saúde, vinculados por contrato individual de trabalho, a prestar serviço em Hospitais que constituam Entidades Públicas Empresariais (EPE), os quais, integrando ainda o SNS e embora correspondendo a pessoas coletivas de direito público, porque têm uma estrutura empresarial, seguem na contratação e relação com os seus trabalhadores o regime de contratação das relações individuais de trabalho, regulado no Código do Trabalho e o respetivo regime disciplinar.

A responsabilidade disciplinar administrativa do profissional médico, tem por base o estatuto disciplinar aplicável ao estabelecimento público de saúde, designadamente o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (Lei nº 58/2008, de 09 de setembro).

Este Estatuto estabelece, de igual modo, quais as sanções aplicadas aos profissionais que exerçam a sua atividade na qualidade de trabalhador da função pública³²⁸, sendo elas: a repreensão escrita (Artigo 15º), a multa (Artigo 16º), a suspensão (Artigo 17º), a demissão e o despedimento por facto imputável ao trabalhador (Artigo 18º). Acresce que, existe ainda a possibilidade de cessação da comissão de serviço, quando o agente infrator for titular de um cargo de dirigente (Artigo 9, nº2 e 19º).

Em jeito de síntese, a repreensão escrita surge em casos de infração leve do serviço, ou seja, aquela que não oferece perturbação, nem revela falta de diligência ou zelo por parte do infrator, mas que mesmo assim não deve ficar sem reparo. Exemplo disso é o caso de um médico que chegue atrasado ao serviço, ainda que pela primeira vez, mas sem apresentar justificação.

Por sua vez, a multa ocorre em situações de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais, designadamente quando um médico for incorreto no trato com outros colegas, ou desobedecer a uma ordem dada por um superior, embora daí não advenham prejuízos relevantes para o funcionamento do serviço. Pode acontecer também quando um médico demonstre um

³²⁸ As sanções vêm enunciadas no Artigo 9º, a moldura das sanções disciplinares no Artigo 10º e os efeitos das penas no Artigo 11º, todos do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores. Relembramos também que vigora o princípio da aplicação de uma única pena, mesmo que sejam apreciadas várias infrações (Artigo 9º nº3 do Estatuto).

cumprimento defeituoso da função, revelando falta de zelo.

Quanto à suspensão, esta surge sempre que estejamos perante um caso de negligência grave ou quando haja um grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres da profissão. Exemplo disso é, quando um médico, que pratique o exercício da atividade pública em cumulação com a atividade privada, encaminhar um doente que se encontra em tratamento no serviço público, para a sua clínica privada, de forma a cobrar-lhe os respetivos honorários, ou ainda, quando se apresente ao serviço em estado de embriaguez ou sob o efeito de drogas.

Por fim, a demissão e despedimento por facto imputável ao trabalhador, surge quando as infrações inviabilizem a manutenção da relação funcional, como sucederá na hipótese de comprovada incompetência profissional ou falta de idoneidade moral para o exercício das funções.

Acresce frisar que, as penas de repreensão escrita, multa e suspensão podem ser suspensas, nos termos do Artigo 25º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores.

Existem, contudo situações em que, a violação de certos deveres, não constitui responsabilidade disciplinar para o infrator. Ou seja, a lei prevê algumas causas de exclusão da responsabilidade, especialmente a propósito do dever de obediência.

De facto, há isenção de responsabilidade sempre que o facto for praticado no cumprimento de uma ordem proveniente do legítimo superior hierárquico, e o médico dela tiver reclamado ou exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. Ressalvar-se-á desta hipótese, a ordem recebida que implique a prática de um crime (Artigo 5º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores e o Artigo 271 n.º 2 e 3 da CRP), e ainda a ordem que seja em si mesma nula (não vinculando o subalterno, por não produzir quaisquer efeitos jurídicos), casos em que não será afastada a responsabilidade³²⁹.

Ora, em situações de conflito entre o princípio da obediência hierárquica e o princípio da legalidade, no ordenamento jurídico português, “dá-se alguma *proeminência ao princípio da obediência hierárquica*, embora se exija, para que o subalterno não seja responsabilizado, que ele assumira clara e expressamente a sua dúvida ou discordância quanto à ordem dada”³³⁰. Como tal, caberá ao profissional de saúde decidir em cada momento se acata a ordem dada ou se se abstém de a cumprir.

Todavia, certo é que, mesmo tendo reclamado ou manifestado por escrito a sua

³²⁹ Paulo OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pág. 172 e ss, sobretudo pág. 176-177. Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1994, pág. 651 e ss.

³³⁰ Filipa Urbano CALVÃO, «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde», *do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público*, cit., pág. 9.

discordância em relação a determinada ordem, se aquela for proveniente de um ato nulo ou o seu cumprimento consubstanciar a prática de um crime, será sempre responsabilizado.

Acresce que, um ato sob coação, em legítima defesa ou em estado de incapacidade acidental e involuntária dirime, novamente, a responsabilidade disciplinar (Artigo 21º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores³³¹).

O procedimento disciplinar terá sempre de ter lugar, sob pena de nulidade da decisão de aplicação da sanção, salvo quanto à aplicação da pena de repreensão escrita, que é precedida de um procedimento simplificado, onde é obrigatório a audiência e defesa do arguido (Artigo 28º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores).

Este procedimento tem em vista a realização do interesse público, através da correção/afastamento do agente infrator, ao mesmo tempo que tem a intenção de tutelar os interesses legítimos deste último. Pois, da harmonização destes dois objetivos resultará a solução justa.

Por isso é que, no procedimento disciplinar deve ser sempre assegurada a defesa do arguido (através da audiência), sob pena de nulidade da decisão de aplicação da sanção (Artigo 37º nº1 do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores e Artigo 269 nº3 da CRP).

Exige-se igualmente que, a pena seja diretamente proporcional ao grau de ilicitude e de culpabilidade, com base no critério geral da proporcionalidade (Artigo 266 nº2 da CRP). Desse modo, na aplicação das sanções é impreterível atender às circunstâncias externas, sejam elas atenuantes ou agravantes (Artigo 21º a 24º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores).

O prazo de prescrição do procedimento disciplinar é de 1 ano, a contar da prática da infração. Mas o Estatuto prevê ainda outro prazo de prescrição de 30 dias, contados do conhecimento da infração pelo superior hierárquico. Não obstante, este último prazo apenas relevará antes de esgotado o prazo de prescrição de 1 ano.

Ainda assim, tais prazos não se aplicarão caso a infração constitua também ilícito criminal, valendo então o prazo de prescrição previsto na lei penal (Artigo 6º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores).

Quanto aos trâmites do procedimento disciplinar, a lei distingue o procedimento comum do procedimento especial. O primeiro encontra-se regulado nos Artigos 39º e ss do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores, destacando-se a suspensão preventiva do arguido, não superior a

³³¹ Estatuto Disciplinar Dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas, Lei n.º 58/2008, de 09 de Setembro, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1016A0021&nid=1016&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (consultado em 28/05/2021).

90 dias (Artigo 45º) e a possibilidade de patrocínio judiciário pelo advogado (Artigo 51º).

Por regra³³², o procedimento tem início com a decisão de instauração do procedimento, às vezes precedida de participação ou queixa (Artigo 40º), ou dos procedimentos especiais de inquérito, sindicância ou averiguações (Artigo 66º), integrando esta a fase de instrução, onde o arguido, em princípio, é ouvido (Artigo 46º), havendo posteriormente uma proposta de arquivamento ou de acusação provisória (Artigo 48º), à qual se junta notificação ao arguido da nota de culpa (Artigo 49º).

Segue-se a fase de defesa do arguido, tendo este o direito de apresentar a sua defesa por escrito (Artigo 49º e ss), e adiante a fase do relatório final (Artigo 54º). Neste último, o instrutor sugere o arquivamento do processo ou a acusação, com a sugestão de uma determinada pena³³³. O relatório é posteriormente enviado para o órgão com competência disciplinar que, uma vez tomada a decisão, notifica o arguido da mesma (Artigo 55º).

A decisão de aplicação da sanção é impugnável junto do Tribunal Administrativo competente (nos termos do Artigo 4º, nº1 b) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), através de uma ação administrativa especial (Artigo 47º e 50º e ss do Código do Processo dos Tribunais Administrativos).

Não obstante a ação processual, é viável interpor recurso hierárquico, para o Ministro da Saúde, ou recurso tutelar, para o Ministro da Tutela, de qualquer decisão administrativa interlocutória (Artigo 59º e 60º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores).

É de sublinhar, ainda, a possibilidade de revisão do procedimento disciplinar (Artigo 72º e ss) e a de reabilitação (Artigo 78º). Ora, a revisão é admitida a todo o tempo, quando ocorram circunstâncias ou meios de prova suscetíveis de demonstrar a inexistência da infração, desde que o trabalhador não pudesse tê-los invocado no procedimento disciplinar. Por sua vez, a reabilitação não depende da revisão do procedimento e funda-se na boa conduta do arguido, sendo decretada a requerimento deste, desde que decorridos os prazos estabelecidos no nº 3 do Artigo 78º.

Cabe mencionar que, no caso de médicos ou enfermeiros com o estatuto de funcionário público, se cumula, ou pode cumular-se, a responsabilidade disciplinar profissional com a responsabilidade disciplinar administrativa.

Estas responsabilidades coexistem nos casos em que uma mesma conduta seja suscetível de violar deveres de funcionamento do serviço público onde o facto ilícito teve lugar, bem como

³³² Com exceção do procedimento de aplicação da pena de repreensão – vide João ALFAIA, «Responsabilidade dos funcionários e agentes», *In Pólis*, Vol. 5, pág. 482 e ss (particularmente pág. 506).

³³³ João ALFAIA, «Responsabilidade dos funcionários e agentes», *In Pólis*, Vol. 5, pág. 505 e ss.

de violar os interesses deontológicos da classe médica³³⁴.

Pois, se por um lado a responsabilidade disciplinar administrativa vislumbra o bom funcionamento do serviço público, bem como a prossecução de fins de interesse público que são atribuídos à Administração (com o intuito de garantir a proteção dos doentes, da sua saúde, bem como dos seus direitos fundamentais), por outro lado a responsabilidade disciplinar profissional tem como objetivo o cumprimento das regras deontológicas, que servem de fundamento à atuação dos médicos e cujo controlo é da competência exclusiva da Ordem dos Médicos.

Tanto no caso da responsabilidade disciplinar profissional como administrativa, são as respetivas entidade, particularmente a Ordem dos Médicos e os estabelecimentos públicos de saúde, que possuem o poder disciplinar e conseqüente aplicação de uma sanção, se tal se revelar imprescindível, face à gravidade do caso concreto e dos danos resultantes do ato médico.

Porém, este poder disciplinar (de evitar a repetição da mesma conduta pelo próprio ou por outros³³⁵) não pode nunca ser confundido com o *ius puniendi* que é atribuído ao Estado, uma vez que este último poder tem como objetivo aplicar sanções que previnam ou punam quaisquer perturbações que possam existir na sociedade, de forma a manter a paz social.

O que está aqui em causa é um poder que visa tutelar os interesses de grupos ou formas de organização mais restritos, assentando na especial ligação entre o infrator e esse grupo/organização, e que se justifica pela necessidade de defesa da coesão e eficiência deste³³⁶.

Ora, no caso da responsabilidade disciplinar administrativa, o poder sancionatório da Administração Pública é reconhecido por lei, para garantia do bom funcionamento dos seus serviços. Só existe nas situações previstas e as sanções aplicáveis estão consagradas, também elas, na lei (princípio da tipicidade das sanções disciplinares). Contudo, não basta que as infrações e as respetivas sanções tenham consagração legal, é imprescindível que tais infrações estejam suficientemente descritas nas normas que as estabelecem.

Trata-se de um poder de auto-organização ou de autodisciplina, só podendo ser exercido sobre as pessoas que se encontrem numa especial situação de sujeição perante a Administração Pública (numa relação administrativa especial), sendo que por causa dela, ficam vinculados à observância de certos deveres garantísticos do bom funcionamento do serviço.

³³⁴ Filipa Urbano CALVÃO, «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde», *do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público*, cit., pág. 2.

³³⁵ Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed. (reimp.), Vol. II, Coimbra: Edições Almedina, 1980, pág. 819.

³³⁶ Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pág. 802.

CAPÍTULO III – A PROVA

Muito embora o presente estudo incida sobre a problemática do ónus da prova no nosso ordenamento jurídico-processual, por razões de sistematização e de melhor compreensão, não podemos deixar de aflorar algumas questões relacionadas com a prova.

Esta articulação é tanto mais importante se pensarmos que “*é através da prova e da fase instrutória em que se encontra inserida, que repousa e se estrutura o ónus da prova e as regras de repartição*” (itálico nosso)³³⁷.

Como tal, a *prova* revela-se fundamental pois, para que um sujeito beneficie do seu direito, não basta que este lhe seja conferido por lei, há que conseguir reivindicá-lo perante a justiça, observando as regras processuais estabelecidas para tal.

De facto, e como nos diz RUI RANGEL, o termo prova pode ser usado em três aceções: “ a) no campo da atividade probatória, como a atividade destinada a demonstrar a verdade dos factos alegados em juízo; b) no campo da sua finalidade, como resultado final, consistente com a verdade dos factos alegados em juízo ficar demonstrada com a respetiva prova; c) e no campo dos meios de prova, como um dos meios de natureza diversa que se usam para investigar a verdade ou falsidade dos factos alegados em juízo”³³⁸.

Para efeitos processuais, a prova deve definir-se de acordo com a função que desempenha no processo, e essa função parte, essencialmente, de convencer o juiz da veracidade das afirmações feitas pelas partes.

Assim, pode definir-se prova, no domínio processual, como a atividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos, que foram carreados para o processo pelas partes, e que se encontram selecionados na base instrutória. Esta visa fornecer todos os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na proporção do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova.

Como reforça TEIXEIRA DE SOUSA, a prova “é a atividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos, isto é, a atividade que permite formar na mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova” (itálico nosso)³³⁹.

De facto, a prova insere-se num campo vasto que culmina com a instrução do processo,

³³⁷ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 19.

³³⁸ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit. pág. 19-20.

³³⁹ Miguel Teixeira de SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1995, pág. 195.

sendo este período da ação, aquele que é destinado à assunção dos meios de prova, com vista à matéria de facto constante da base instrutória.

Como nos diz LIEBMAN, “a fase instrutória é dedicada, portanto, a duas atividades distintas: a de preparação da causa, que serve para concretizar, precisar e discutir as questões controvertidas que se consideram relevantes; e a de intenção em sentido estrito ou instrução probatória, destinada a reunir as provas eventualmente necessárias para decidir as questões como foram individualizadas e discutidas”³⁴⁰.

Assim, a função da prova é, desde logo, a demonstração (convincente) da realidade dos factos (Artigo 341º CC). Pois, como a verdade de qualquer afirmação depende da sua correspondência com a realidade (ou seja, a sua corroboração ou falsificação pelos factos), a prova de uma afirmação de facto pressupõe a formação da convicção do julgador sobre essa correspondência.

Daqui pode inferir-se que toda “a investigação processual resulta de factos afirmados previamente em juízo sobre certos acontecimentos e destina-se, como finalidade última, à demonstração da verdade dos factos já alegados e que só falta confirmar. A demonstração da realidade dos factos, de que nos fala o legislador, tem, naturalmente, carácter subjectivo e tem por finalidade convencer o tribunal da bondade dos argumentos apresentados num e noutro sentido, formando nele uma convicção acerca de cada facto quesitado”³⁴¹.

Podemos pois dizer que, a prova tem como objetivo imediato, um facto e objeto mediato, a respetiva afirmação.

Deste modo, as provas jamais poderão ser relegadas para segundo plano, pois são a base do convencimento do juiz, no processo, e é a partir delas que o direito será aplicado.

Para efeitos de prova, considera-se um facto qualquer elemento de uma previsão legal, com exceção apenas dos juízos de valor. Deste modo, a prova incidirá sempre sobre os factos e não sobre direitos, nomeadamente sobre os factos indicados na previsão da norma³⁴². É apenas com a demonstração da verificação dos factos constantes na previsão que opera a estatuição da norma, isto é, que se geram as consequências jurídicas previstas.

Neste sentido, integram objeto da prova, enquanto factos, não só os acontecimentos suscetíveis de serem determinados no tempo e no espaço (factos externos), como também os factos hipotéticos (como a situação do lesado se não tivesse existido a lesão) e os estados

³⁴⁰ Eurico Tullio LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1992, pág. 24.

³⁴¹ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 19.

³⁴² Miguel Teixeira de SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., pág. 196.

anímicos/psíquicos relativos, por exemplo, à vontade (intenção do agente), ao conhecimento e ao sentimento (factos internos).

Somam-se ainda, o facto de o objeto da prova poder recair sobre factos positivos ou negativos e factos simples ou complexos.

Acresce aludir que, nem todos os factos constituem objeto de prova, no processo. São exemplos disso, os factos notórios, que não dependem de prova; os factos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os factos admitidos como incontroversos, bem como os factos irrelevantes para a decisão final, que também dispensam a prova.

Pois, há factos que apesar de pertinentes à causa, não são capazes de influir na decisão final e como tal, a sua produção de prova é considerada como prejudicial à celeridade do processo. Assim sendo, não resta dúvida que a prova, regra geral, refere-se tão-somente aos factos controvertidos, pertinentes e relevantes.

No caso em apreço da responsabilidade civil médica, a prova recai sobretudo sobre os pressupostos da responsabilidade contratual ou extracontratual, consoante o caso concreto, cujo preenchimento tem como consequência para o médico, o dever de indemnizar o lesado.

O objeto da prova, nas ações de responsabilidade extracontratual, reside sobretudo nos requisitos da culpa médica, ou seja, nos factos que indicam a existência de culpa em qualquer uma das suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia); do dano, enquanto resultado lesivo a ser reparado; e da existência de um nexo de causalidade, entre a conduta médica e o dano sofrido.

Serão, igualmente, objeto de prova os factos impeditivos, modificativos e extintivos do autor e todos os outros que tiveram a capacidade de afastar ou mitigar, de alguma forma, a responsabilidade profissional do médico, como por exemplo, casos em que a culpa é exclusiva do paciente ou casos fortuitos ou de força maior.

Por sua vez, nas ações de responsabilidade contratual, o autor não precisa de provar uma culpa concreta do profissional médico, devendo apenas demonstrar a existência de uma relação de subordinação, em contrato, entre a instituição de saúde e o agente, a ocorrência de um dano, e o facto de que este foi causado por culpa do profissional (nexo de causalidade).

Refira-se ainda que a demonstração de um facto que constitua a previsão da norma pode traduzir-se na necessidade de verificação de uma situação complexa, não subsumível a um só evento num dado momento e lugar. Este é um caso frequente em situações de responsabilidade médica, cujo incumprimento das *leges artis* (pressuposto da ilicitude do comportamento), muitas

vezes não está relacionado com um ato isolado, mas sim com um conjunto de atos que a ciência e o estado da técnica caracterizam como impróprios, pelo que é sobre esta situação complexa que deverá ser feita a prova.

Em relação ao mencionado sobre a importância de relatar factos pertinentes, no campo da responsabilidade médica, surge como problemática o facto de, muitas vezes, para se chegar à certeza de que determinada circunstância fáctica tem ou não tem influencia direta ou indireta na demanda, se são factos relevantes ou inconcludentes para o desfecho decisório, há necessidade de se possuir, previamente, conhecimentos técnicos que o jurista, salvo raras exceções, não possui.

A tendência, contudo, é a de que somente com os conhecimentos trazidos pelas provas informadoras de conhecimentos técnicos (como a perícia, o depoimento de testemunhas especializadas, documentos de cariz científico, etc) é que se pode saber da relevância ou irrelevância de certos factos para a solução jurídica da causa, prudência esta que é de especial importância neste campo processual, cuja finalidade é justamente permitir a precisa aplicação do Direito ao caso concreto, por meio do processo, disponibilizando informações técnicas das diversas áreas do domínio intelectual humano.

A prova é estruturada pelo direito probatório, que pode ser material ou formal. O *direito probatório material* refere-se à delimitação do objeto da prova, à repartição do ónus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e aos critérios de avaliação/apreciação da prova. Ele encontra-se regulado quase exclusivamente na legislação civil (Artigo 341º a 396º do CC), embora a ele se refiram também alguns preceitos da legislação processual civil (Artigo 414º e 421 do CPC).

Por sua vez, ao *direito probatório formal* importa a apresentação, admissão e modo de produção da prova em juízo, isto é, o procedimento probatório. Este orienta a utilização em processo dos meios de prova admissíveis para a demonstração da realidade dos factos. Trata-se portanto, de um conjunto de normas adjetivas que regulam a atividade probatória (ou seja, um mero formalismo processual). A regulamentação destes aspetos surge da legislação processual, designadamente dos Artigos 423º a 526º do CPC.

Sobre os meios de prova, eles podem ser típicos ou atípicos, conforme se encontrem estipulados na lei, ou dela não sejam conhecidos. São meios de prova típicos, no ordenamento jurídico português: a confissão (Artigo 352º a 361º do CC); os documentos (Artigo 362º a 387º do CC); a peritagem ou arbitramento (Artigo 388º e 389º do CC); a inspeção judicial (Artigo 390º e 391º do CC); e os depoimentos das testemunhas (Artigo 392º a 396º do CC). Qualquer um

destes meios pode, salvo casos excepcionais, provar um qualquer facto. Aliás, resulta do Artigo 345º n.º2 do CC, que é nula, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais.

Importa ainda referir que, as provas cujos meios preexistem à sua utilização num processo são apelidadas de provas constituídas. Em contrapartida, as provas que só se formam no decurso da ação, denominam-se de provas constituendas.

Tendo em conta a importância da prova para a decisão da causa, é desejável que a lei não exclua a admissibilidade de outros meios de prova, para além daqueles que são típicos. Por isso é que, a lei aceita a chamada prova atípica (ou seja, a lei aceita a utilização de um meio de prova inominado ou atípico). Deste modo, as partes podem utilizar um meio de prova diverso dos legais, quando o objeto do processo não for um direito indisponível e isso não contrarie razões de ordem pública.

Na prova *lato sensu* pode distinguir-se, segundo o grau de convicção exigida pela lei ao tribunal, a *prova stricto sensu*, a mera justificação e o princípio da prova.

A *prova stricto sensu* é aquela que se fundamenta na convicção da realidade do facto. Isto significa que esta prova exige uma medida de convicção que não é compatível com a admissão de que a realidade pode ser distinta daquela que se considera provada. Ou seja, há uma convicção do julgador de que a situação relatada corresponde efetivamente à realidade dos factos. Deste modo, deverá poder afirmar-se que determinado facto é verdadeiro e não apenas provável. Pois, o juízo de probabilidade serve apenas como padrão aquilatório para que, anteriormente à afirmação expressa de que um dado facto é verdadeiro, o julgador possa, de acordo com as regras da experiência e do funcionamento da vida normal, excluir todas as outras possibilidades.

Em relação à *mera justificação*, esta basta-se com a demonstração de que o facto é verosímil ou plausível. Como tal, requer somente um convencimento baseado num juízo de verosimilhança ou de plausibilidade. Ora, ser verosímil ou plausível é ser “provável com uma certa margem de incerteza ou de dúvida, pelo que a mera justificação exige do tribunal, não uma convicção sobre a realidade do facto, mas sobre a sua probabilidade”³⁴³. Assim, e ao contrário do que acontece na *prova stricto sensu*, em que a probabilidade do facto é um meio para a formação da convicção do tribunal, na mera justificação essa probabilidade é o próprio *quid*, sobre o qual incide a convicção desse órgão. Ora, a mera justificação assenta sempre (e apenas) numa certa probabilidade sobre a verificação de um acontecimento.

³⁴³ Miguel Teixeira de SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., pág. 202.

Por último, o *princípio da prova* é o menor grau de prova. Este vale apenas como fator corroborante da prova de um facto, isto é, não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer prova, mas pode coadjuvar, em conjugação com outros elementos, à prova de um facto. Como tal, o princípio da prova não poderá servir apenas *per si*, para formulação da convicção plena do tribunal. Pois, servirá apenas para indiciar outros factos, esses sim, sobre os quais pode incidir *a prova stricto sensu*.

Em relação ao direito à prova, este surge no nosso ordenamento jurídico processual constitucional como uma motivação natural, por um lado, da garantia da ação e da defesa e, pelo outro, como uma emanção dos direitos, liberdades e garantias que merecem tutela constitucional e que se materializam, no domínio jurisdicional, pela garantia de, por via da ação e da defesa, as partes conflituantes terem o direito de, querendo, utilizarem os meios de prova que a lei coloca à sua disposição, ou outros que sejam admitidos como tal.

As partes têm, deste modo, o direito a utilizarem a prova em seu benefício e como sustentação dos interesses e das pretensões que apresentarem em tribunal. Como tal, podem utilizar para a prova de um facto, o meio de prova que mais lhes convier, o que é determinado pela sua vontade, bem como podem escolher o momento da sua apresentação, tendo em conta, claro, o encerramento da audiência de discussão e julgamento.

Podemos mencionar que, o direito à prova decorre do direito à jurisdição (Artigo 20º nº1 da CRP) e o seu exercício incumbe às partes: são elas que têm o ónus de apresentar o rol de testemunhas e de requerer quaisquer outras provas. Pois, a disponibilidade sobre o objeto do processo e o conseqüente ónus de alegação são completados por uma semelhante disponibilidade sobre a atividade probatória.

Sobre as partes recai, assim: o direito à aquisição das provas admitidas e ao conseqüente dever do tribunal em tomar em consideração todas as provas produzidas (Artigo 413º do CPC); o direito de contradizer as provas apresentadas pela parte contrária ou coligidas oficiosamente pelo tribunal (direito à prova contrária); o direito a que o juiz valore todas as provas adquiridas por iniciativa das partes, como corolário lógico da livre apreciação das provas, devendo, como garantia do cumprimento desse dever, motivar a decisão de facto, nos moldes do Artigo 607º nº4 do CPC.

Todavia, este direito à prova cede tanto perante as provas lícitas mas processualmente proibidas, com perante provas ilícitas, isto é, as provas cujo método de obtenção ou forma de produção constitui um ilícito material.

O direito à prova cede, *inclusive*, numa situação de colisão com outros direitos

fundamentais superiores. Por esse motivo, é legítima a recusa de colaboração se a obediência importar violação da intimidade da vida privada e familiar, da dignidade humana ou do sigilo profissional, ou se causar grave dano à honra, consideração ou património da própria pessoa, de um ascendente, descendente, irmão ou cônjuge seu (Artigo 417 n°3 do CPC).

Pois, todas as pessoas têm, em matéria de prova, o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade dos factos, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados (Artigo 417° do CPC).

A violação deste dever conduz à condenação em multa, sem prejuízo da aplicação dos meios coercivos que forem possíveis àquelas que recusem a colaboração devida (Artigo 417 n°2, 1° parte do CPC) e, no caso de o recusante ser uma das partes, é livre a apreciação pelo tribunal do valor dessa recusa para efeitos probatórios (Artigo 417 n°2, 2° parte).

Acresce que, o direito à prova implica, para o julgador, um correlativo dever de motivação da decisão de facto, ou seja, o dever de fundamentar a valoração da prova, através da apresentação de aspetos determinantes da formação da sua convicção. Este dever de motivação da decisão de facto enquadra-se no dever geral de fundamentação das decisões judiciais (Artigo 154° n°1 do CPC) e consubstancia um elemento essencial para o controlo da correção da decisão pelo próprio tribunal, pelas partes e pelo eventual tribunal de recurso.

Assim, o tribunal deve especificar os fundamentos que conduziram à formação da sua convicção, sobre a veracidade (ou não) de certo facto, bem como quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas. É imprescindível, por exemplo, que o tribunal indique os fatores que corroboram a credibilidade atribuída a uma testemunha, e não a outra.

Pois, muitas vezes os tribunais, seguindo um verdadeiro costume jurisprudencial, limitavam-se a remeter a decisão para os meios de prova (como por exemplo, a testemunha ou o perito), sem indicarem os motivos que fundamentavam a sua convicção, esquecendo-se que, se há situações em que a mera indicação do meio de prova pode ser suficiente, outras há (constituindo, aliás, a regra), em que tal não é bastante.

Em relação aos poderes de investigação do juiz (Artigo 411° do CPC), estes não constituem uma limitação do direito à prova, porquanto não são só as partes que beneficiam da iniciativa probatória. Porém, estes poderes só fazem sentido se as partes se puderem pronunciar sobre as provas que foram coligidas pelo julgador, podendo deduzir provas contrárias ou diversas

(princípio do contraditório). Deste modo, os poderes de iniciativa probatória do juiz, devem ser exercidos tendo em conta a essencialidade e a necessidade de prova para a demonstração da realidade dos factos, e ser realizados com bom senso, de forma a evitar comprimir, injustificadamente, o direito à prova.

Importa ainda mencionar que, o erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objeto do recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa da lei, que exija certa espécie de prova para a demonstração do facto, ou que fixe a força probatória de determinado meio de prova. Pelo que, o Supremo Tribunal de Justiça não pode exercer qualquer censura sobre as ilações de facto extraídas pela Relação. Assim, estes condicionalismos, além de restringirem fortemente a garantia do recurso em matéria de facto, acabam por reforçar a importância de uma correta e ajustada avaliação das provas, por parte dos tribunais inferiores (1º Instância e Relação).

1- O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica

Como vimos anteriormente, as partes submetem à apreciação do tribunal um caso concreto (provocam a atividade jurisdicional), competindo-lhes o ónus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo. Isto porque, a alegação dos factos nada nos revela quanto à verdade dos mesmos, sendo necessário, em regra, provar. A prova, entendida como argumento probatório, ou seja, como elemento que contribui para a formação da convicção do julgador, deve revelar-se necessária e bastante para demonstrar o efeito produzido.

Por sua vez, *o ónus da prova* tem como objetivo ajudar o tribunal a eliminar as dúvidas sobre a realidade dos factos controvertidos afirmados, com vista à decisão. Serve para, no caso de não se provar um determinado facto se poder, eventualmente, e se necessário, fazer uso das regras de repartição do ónus da prova, uma vez que após esse momento é possível determinar o sentido da decisão a proferir pelo tribunal.

Como tal, o ónus da prova é, em geral, uma matéria decisiva na resolução dos litígios. Este consiste na atividade ou comportamento desenvolvido por um sujeito, como necessário à obtenção de certo efeito favorável que está subjacente na sua pretensão, deixando à sua inteira liberdade a escolha ou não desse comportamento.

Uma vez que o ónus da prova visa assegurar os efeitos práticos resultantes das pretensões apresentadas pelas partes, possibilitando ao juiz, por intermédio da subsunção do facto à norma aplicar o direito, pode afirmar-se que este instituto funciona como válvula de escape e de

segurança do sistema probatório.

Deste modo, a função essencial do ónus da prova passa por determinar o sentido em que o tribunal deve decidir, no caso de não se provar determinado facto³⁴⁴. Isto porque, mesmo que o juiz tenha dúvidas sobre os factos alegados controvertidos em juízo, este tem de decidir de mérito, condenando ou absolvendo do pedido ou da instância, pois segundo o imperativo da lei, o juiz não pode abster-se de julgar, proferindo simplesmente um *non liquet* (Artigo 8º do CC)³⁴⁵.

O seu funcionamento assenta na repartição entre as partes litigantes, do encargo de oferecer a prova, determinando qual destas é que sofrerá os efeitos da falta da mesma. Por outras palavras, a *repartição do ónus da prova* significa a forma ou a maneira como se distribui, entre os sujeitos da relação controvertida, o encargo de fornecer a prova, ou seja, saber quem deve suportar o risco de ver o seu pedido desatendido por falta ou insuficiência de prova.

Este encargo gera, muitas vezes, incerteza e dúvida, mas tem como finalidade última a procura da veracidade e da certeza possíveis, dos factos alegados pelas partes em juízo³⁴⁶.

Fala-se de ónus, porque o exercício de uma faculdade é colocado como condição para se obter certa vantagem, ou seja, o ónus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse.

O ónus da prova tem como elemento formal, o vínculo da vontade e como elemento substancial, a tutela de um interesse próprio. Podemos pois dizer que só é possível falar de ónus quando um certo comportamento de um sujeito é necessário para obter um efeito jurídico, sendo este livre de adotar ou não esse comportamento.

Quanto aos efeitos, a inobservância do ónus faz recair sobre a parte que tem esse encargo o risco do silêncio do seu comportamento, que lhe acarretará determinados efeitos negativos e desvantagens. Por isso é que, ainda que em minoria, alguns autores considerem que o ónus da prova é uma verdadeira obrigação, pois apesar de a sua inobservância não resultar numa sanção, resulta sempre numa desvantagem.

Contudo, não anuímos a este entendimento minoritário na doutrina, porque não só se encontra desfasado da verdadeira essência e estrutura do ónus da prova no direito vigente (uma vez que, a esmagadora maioria da doutrina acredita na existência de um ónus da prova, autonomamente) como ainda porque a ausência do elemento de coercibilidade e o facto de não existir um dever correlativo de exigir o cumprimento, afastam desde logo a ideia de obrigação.

³⁴⁴ João de Matos Antunes VARELA e Pires de LIMA, *Código Civil – Anotado*, Volume I, 4º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pág. 306.

³⁴⁵ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 101.

³⁴⁶ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 87.

Acresce que, no ónus da prova, o que temos é um possível sacrifício de um interesse próprio, a menos que ocorra um certo comportamento do seu titular, ao passo que na obrigação, encontramos-nos perante um interesse já sacrificado pela ordem jurídica³⁴⁷.

Deste modo, para que se fale de um ónus, enquanto realidade jurídica, é imprescindível que esse se encontre previsto por uma norma sem carácter imperativo, o que torna a omissão da conduta ou do comportamento, lícita.

Ora, não parece aceitável atribuir ao ónus da prova um carácter de dever, na medida em que não pode ser imposto a ninguém no processo, contra o seu interesse próprio e vontade, um benefício.

De facto, apesar do interesse público patente no ónus da prova, que se materializa com o fim do processo, e que deve ser salvaguardado, não se nos afigura correto reduzir a noção de ónus à relação de poder/dever, uma vez que não nos podemos esquecer que o que está em causa é a tutela de um interesse próprio, que constitui a verdadeira essência do ónus. Se fosse determinante o vínculo jurídico que decorre do interesse público, não havia a faculdade do sujeito em causa poder adotar ou não determinado comportamento.

Imperioso ao conceito de ónus, é a ligação que se estabelece entre o exercício do direito e o seu resultado, pois aquele deve ser deste, condição necessária e suficiente. Assim, podemos dizer que se a condição for apenas necessária, mas não suficiente, fala-se da doutrina do ónus imperfeito, ao passo que, se for condição suficiente, mas não necessária, fala-se da doutrina do ónus incompleto³⁴⁸.

Nesta linha de orientação, CASTRO MENDES diz-nos que, no nosso direito processual civil, o ónus da prova constitui um ónus imperfeito, por poder ser, ainda que de forma limitada, suprido pelo juiz, ao contrário, por exemplo, do ónus de iniciativa processual, que está no domínio exclusivo das partes³⁴⁹.

Assim, para este autor, “o ónus da prova seria hoje um *ónus imperfeito, por força do princípio da livre apreciação das provas* em face do qual não fica ligado a uma convicção judicial por laços de necessidade jurídica, nem a uma completa e perfeita atividade probatória da parte”, sendo que, através dos princípios da aquisição processual e da oficialidade, podemos “obter a prova por outros meios que não a atividade do interessado nela, respetivamente mediante a

³⁴⁷ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 90.

³⁴⁸ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 92.

³⁴⁹ João de Castro MENDES, *Do conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa: Ática, 1961, pág.439 e ss; João de Castro MENDES, *O Direito de Ação Judicial*, Lisboa: Universidade Lisponensis, 1957, pág. 52-53.

atividade da parte contrária e do juiz” (itálico nosso).

Desta forma, e seguindo este pensamento, o ponto central do fenómeno do ónus consistia na atribuição a um sujeito, de um poder de vontade, idóneo à produção de determinado efeito jurídico, do qual consiste a condição necessária e suficiente. Portanto, quando algo deixasse de ser necessário e suficiente, não se podia continuar a qualificar como ónus, sendo antes um simples interesse em cooperar na atividade probatória.

No entanto, discordamos desta ideia, defendendo que, se o nosso direito processual civil possibilita e bem, que as partes usufruam desta faculdade, e servindo-se dos meios de prova, os apresentem em juízo para benefício e interesse próprio, bem como possibilita que o juiz, por força da aquisição processual e da oficialidade, possa ter uma palavra a dizer quanto à forma e aos meios de obtenção da prova, tais atividades são complementares, o que não torna o ónus da prova incompleto ou imperfeito.

Até porque, convirá referir que, muitas vezes, o ónus da prova é assumido pela parte que tem esse encargo, na sua plenitude, e é através dele e só dele, que o juiz forma a sua convicção e decide, sem que a outra parte ou o juiz tivessem contribuído com qualquer impulso processual.

De facto, o ónus reside apenas na necessidade de iniciativa processual, para obter o seu exame jurisdicional. Trata-se, simplesmente, do poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos atos ou adotar, ou não, certas condutas previstas na lei, para benefício e interesse próprio, sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir a sua observância, comportando a omissão do comportamento ou do incumprimento, um risco gerador de consequências desfavoráveis ou desvantagens.

No que concerne ao ónus da prova, podemos falar de um verdadeiro ónus processual, pois o sujeito com esse encargo fica obrigado a uma responsabilidade objetiva processual. Pois, o efeito imediato da inércia da parte será a inevitabilidade do decaimento da ação, o que faz nascer agrupado a este ónus processual, um princípio de auto responsabilização.

No nosso ordenamento jurídico, o instituto do ónus da prova, que se encontra ligado intimamente e de forma direta à atividade das partes, encontra-se consagrado nos Artigos 342º a 346º do Código Civil. Surgiu porque, sempre que numa determinada relação jurídica havia que se provar um facto a ela respeitante, quer porque a constituísse ou modificasse, quer porque a extinguisse, colocava-se constantemente o problema do ónus da prova, designadamente de saber a qual dos sujeitos incumbia³⁵⁰.

³⁵⁰ J. Dias MARQUES (com a colaboração de Paulo de Almeida), *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª edição, Lisboa: Edição do Autor, 1992, pág.

Deste modo, *o onus probandi* diz respeito aos factos da causa resultantes da atividade das partes em litígio, isto é, decorrentes da matéria de facto alegada por estas, distribuindo-se entre elas, segundo critérios. As partes têm, assim, a seu cargo a prova, que visa a aclaração dos factos ou do facto em que assenta o litígio, por força do princípio do dispositivo.

Por sua vez, a determinação das regras do ónus da prova, cabe ao legislador, tendo em conta o fim e a filosofia que está subjacente ao processo, bem como a posição das partes na relação material controvertida. Serve isto para dizer que não existem termos probatórios fixos, ou seja, factos cuja prova incumba sempre a determinado sujeito da relação material correspondente. O ónus da prova não recai nem pesa sempre sobre a mesma parte. A repartição é determinada pela posição da parte litigante relativamente à esfera concreta do processo e não em relação à esfera abstrata legal.

Em relação às partes, ao autor incumbe fazer a prova dos factos constitutivos do seu pretense direito (pretensão judiciária por ele deduzida), relacionando-se aqui o critério legal assente na prova dos factos que servem de fundamento à ação e classificação dos factos judiciários (Artigo 342º nº1 do CC). Assim, o autor, ao fazer a prova dos factos constitutivos, exonera-se do ónus que sobre ele impendia.

Por sua vez, ao réu não lhe compete provar que tais factos não são verdadeiros. Incumbe-lhe sim, a prova dos factos que servem de fundamento à exceção, isto é, a prova dos factos impeditivos ou extintivos do direito do autor (Artigo 342º nº2 do CC).

Assim, os factos constitutivos devem ser provados pela parte que alega a situação jurídica e os factos impeditivos, modificativos ou extintivos, devem ser provados pela parte contra a qual é invocada uma situação jurídica³⁵¹.

Esta conceção dominante é também ela ténue, uma vez que, na prática, é difícil estabelecer uma distinção clara e precisa entre factos constitutivos e factos impeditivos e extintivos. Além disso, não se pode ter como seguro, que ao autor só incumba a prova dos factos constitutivos pois, embora seja esta a regra na maioria dos casos, pode ocorrer situações em que o autor alegue factos impeditivos ou extintivos, incumbindo-lhe fazer a prova destes.

A nossa legislação resolveu a primeira questão, dizendo que, em caso de dúvida, o facto deve ser qualificado como constitutivo de direito, como consagra o Artigo 342 nº3 do CC. Em relação à segunda questão, RUI RANGEL explica-nos que “se o autor fizer a prova dos factos que

117.

³⁵¹ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 148.

no ordenamento são considerados como impeditivos ou extintivos, significa que, no caso concreto, o facto funciona como constitutivo. É evidente que não se pode alcançar uma caracterização absoluta e pura da qualidade dos factos, mas antes, uma formulação relativa, que é bastante para a solução em concreto desta problemática”.

Assim, “quando se diz que incumbe ao autor a prova dos factos impeditivos e extintivos, estamos a considerar, não o sentido abstrato destas normas, mas sim o sentido concreto, que é o relevante”, não sendo “dramático que, *perante cada caso concreto, o mesmo facto visto abstratamente, funcione, umas vezes como impeditivo e outras como constitutivo*” (itálico nosso)³⁵².

Importa referir que, pode ocorrer circunstâncias que impeçam que os factos constitutivos produzam o efeito jurídico que lhes é próprio. Esta conjuntura pode verificar-se por força da existência de um facto impeditivo, que tem como consequência paralisar o efeito jurídico do facto constitutivo, tal como sucede, por exemplo: com a simulação, a prescrição, o dolo, o erro e a coação; ou ainda, por força da existência de um facto extintivo, que serve de fundamento às exceções perentórias (Artigo 576º n.º3 do CPC).

Com efeito, os factos que servem de fundamento à ação serão, efetivamente, factos constitutivos, uma vez que o autor propõe a ação para fazer valer determinado direito que se arroga contra o réu, cumprindo-lhe demonstrar que é titular desse direito.

À parte cabe o ónus da prova referente aos factos cuja subsunção a uma norma jurídica lhe propicia uma situação favorável. Quando reconduzimos o ónus da prova à subsunção dos factos de uma norma jurídica queremos dizer que os factos assentes devem ter como pressuposto o pretense direito invocado pelas partes litigantes, ou seja, é necessário estabelecer uma correspondência entre os factos assentes e os elementos constitutivos da norma jurídica que foi violada.

O ónus da prova visa debruçar-se sobre a “disponibilidade das provas”, ou seja, na procura e na oferta das provas ao juiz, pois que uma vez colhido o material probatório, torna-se ele comum às partes, em consequência do princípio da aquisição processual, e a sua apreciação cabe ao juiz, segundo o seu prudente arbítrio, salvo se a lei dispuser em contrário³⁵³.

Assim, a apresentação e reconstrução dos factos em juízo deve ser levada a cabo pelas partes (autor e réu), que devem contribuir e aclarar os factos, sanando, se possível, as dúvidas e

³⁵² Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 154.

³⁵³ Adriano Vaz SERRA, «Provas: Direito Probatório Material», *In Boletim do Ministério da Justiça* n.º 110, Lisboa, 1962, pág. 111.

as barreiras que possam surgir aquando da lide, no sentido de permitir a decisão do juiz, que é o fim último do processo.

Pois, a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita, nos termos do Artigo 414º do CPC.

O *onus probandi* pode traduzir-se, para a parte a quem incumbe o encargo de fornecer a prova do facto alegado, em consequências negativas para a sua pretensão, como por exemplo, dar-se como liquido e certo o facto contrário. Isto ocorre se a parte tiver omitido a prova ou não tiver logrado realizar a mesma. Contudo, vê-se, ainda, na contingência de sofrer tais consequências se dos autos não resultarem provas bastantes e suficientes desse facto, quer tenham ou não sido trazidos para o processo pela mesma parte.

Pelo contrário, pode suceder também que, a parte que tenha o encargo do ónus da prova, não produza prova específica sobre determinado facto que lhe incumbia e mesmo assim este venha a ser dado como provado. Acontece esta situação se, do conjunto da prova, for possível tirar essa ilação ou se, de acordo com o princípio de que toda a prova produzida no processo aproveita a ambas as partes, quer no sentido positivo, quer no negativo, a parte que não está onerada com esse encargo de prova faça a demonstração desse facto, em sede de contraprova.

Ora, não é por acontecerem situações destas que o tribunal pode deixar de dar como provado o facto, que não resultou diretamente da atividade probatória da parte interessada, sucedendo o oposto, vindo a parte a beneficiar do mesmo, levando de vencida a sua pretensão judicial (Artigo 413º do CPC). Daí que, em muitas ações, o instituto do ónus da prova seja uma pura ficção jurídica quanto ao aspeto do encargo ativo da parte.

Porém, este fenómeno só ocorre porque existem outros valores superiores, tais como a procura da verdade e a realização da justiça, que contribuem para esta situação.

Não obstante, o recurso às regras do ónus da prova não deixa de ajudar a que sejam ultrapassadas as dificuldades que o juiz sente na apreciação da matéria de facto, com vista à descoberta da verdade. Pois, o ónus da prova não é mais do que um segmento processual que encaixa no mote principal de toda a estrutura processual que é a prova e os seus meios ou fontes.

Contudo, apesar de haver regras quanto às provas e à sua repartição, muitas vezes não destroem a mentira e a má-fé processual, por a verdade alcançada não corresponder, com segurança e certeza, à situação fática que está subjacente ao litígio.

De facto, é natural que o autor procure, com os seus argumentos e com a prova que incide sobre os mesmos, persuadir o juiz da existência dos factos que servem de sustentação à base

legal da sua pretensão, deduzida contra o réu. Tal como, é normal que o réu esgrima argumentos contrários, que convençam o julgador da inexistência desses factos alegados pelo autor, ou da verificação de factos suficientes para obstem ao julgamento da matéria da ação, ou de factos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor.

Porém, mesmo perante esta disputa dialética, feita com fundamento nas “armas” que cada parte apresenta, é frequente o juiz, depois de ouvir as versões contraditórias das partes, analisar e avaliar a prova produzida, ficar sem saber se o facto em questão, ocorreu ou não. E esta situação ocorre, infelizmente, com alguma frequência, porquanto as partes, a maioria das vezes, fazem tábua rasa do princípio da cooperação, recorrendo habilidosamente ao instituto da má-fé, designadamente: apresentando articulados complexos, quer na dedução da matéria de facto, quer na sustentação da matéria de direito, confundindo e misturando ambas; não apresentando factos suficientes que permitam conhecer a fundo as suas pretensões, esperando “apanhar” a outra parte em falso; não abrindo o jogo e recorrendo, por vezes, à apresentação de provas em última instancia, para tirarem benefício do efeito-surpresa.

Dito isto, é raro encontrar um articulado enxuto, bem elaborado, com dedução correta e linear da matéria de facto e de direito.

Se isto ocorre em ações cíveis, de índole geral, muito mais especificamente ocorre em situações de ações de responsabilidade civil médica. No domínio da responsabilidade civil médica, o que acontece é que a posição processual do demandante, isto é, do paciente, é muito exigente, pois sendo ele que possui o ónus da prova, cabe a ele convencer o juiz da realidade de um facto (iniciativa da prova), a fim de evitar as consequências desfavoráveis que ocorrem se o tribunal der esse facto como não provado.

O que se sucede é que, para que o paciente consiga fazer a prova dos factos alegados, tem de ser dotado de especiais conhecimentos técnicos das *leges artis* médicas, ou seja, tem de conhecer os métodos, procedimentos e formas de atuar dos profissionais de saúde, aspeto esse em que terá natural dificuldade, revelando-se praticamente impossível a prova da culpa na atuação médica.

Como nos ensina YÁGUEZ, na atividade médica “*la víctima se encuentra*, de ordinário, en una *situación próxima a la indefensión*, no solo por la *carência de conocimientos suficientes para apercibirse de que el daño sufrido há causado por la actividade profesional*, sino también porque no tiene a su disposición los médios materiales o documentos com los que probar la relación de causalidade, o porque los elementos probatórios han desaparecido al producirse el daño” (itálico

nosso).

Com efeito, estamos a tratar de factos em que, regra geral, há pouca exposição pública, uma vez que a relação médico-paciente ocorre em ambiente de privacidade, de resguardo. Para além disso, a ilicitude que reside nestas ações é de difícil prova, bem como a demonstração dos outros requisitos.

Só para ter uma ideia, na responsabilidade extracontratual, isto é, na responsabilidade civil em que incorrem os hospitais públicos e porventura também os respetivos funcionários ou agentes, o paciente lesado tem o ónus de provar que houve a violação de um ou mais dos seus direitos absolutos ou de personalidade (integridade física, vida, autodeterminação nos cuidados de saúde, etc) por parte do médico ou de um órgão, representante ou auxiliar da entidade prestadora de cuidados de saúde; que a culpa é do réu (dos seus órgãos ou auxiliares); que houve nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e o dano sofrido; e esses mesmos danos sofridos.

Isto porque, “Nas acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – art. 342º, n.º1, C. Civil - de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização, salvo caso de presunção legal – art. 344º n.º 1, C. Civil – ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado – art. 344º, n.º 2 C. Civil”³⁵⁴.

Contudo, como nos diz RUI TORRES VOUGA, “é difícil a prova da negligência médica porque de um lado está um especialista (o médico) e do outro um não especialista (o doente)”, pelo que “é preferível a tese da presunção da culpa por parte dos titulares dos órgãos da administração, seus funcionários e agentes”³⁵⁵. O autor diz também que, quanto ao nexo de causalidade, “*não repugnaria aceitar que, dada tal dificuldade, recaia sobre o médico o ónus da prova do nexo de causalidade, por ele estar em melhores condições para alegar e demonstrar que utilizou todos os processos necessários à prestação dos melhores cuidados possíveis e à utilização das melhores técnicas (leges artis)*” (itálico nosso).

Continua dizendo que “é sempre tarefa delicada e difícil decidir se a realização de determinado acto médico foi a mais correta e a mais adequada às circunstâncias do caso concreto ou se, pelo contrário, a mesma violou as regras de ordem técnica e de prudência comum que lhe deviam presidir, pois que não se tratando de uma operação matemática e, portanto, de uma

³⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 14/04/2005, Proc. N.º 0677/03, Relator Freitas Carvalho, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d5546ba9fe5d72ae80256feb0053fff0?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0677%2F03#_Section1 (consultado em 28/05/2021).

³⁵⁵ Rui Torres VOUGA, «A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de Actos Médicos praticados em Hospitais Públicos)», *In Coleção Formação Continua do Centro de Estudos Judiciários*, Junho 2018, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf (consultado em 28/05/2021).

operação em que o diagnóstico e o tratamento só pudessem ser um único, os resultados desse ato dependem muitas vezes de variáveis nem sempre antecipadamente conhecidas ou controláveis “ pelos médicos, quanto mais pelo autor.

Assim, o que se exige do autor, é que numa ação articule e depois prove por que razão considera que a assistência médica ministrada não foi a mais adequada e porque é que foi a mesma a provocar os danos pedidos, tarefa que para ele é dura, e que muitas vezes tem como desfecho o Tribunal considerar na sua decisão que “ o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas de que o autor se queixa”, demonstrando isto, mais uma vez, uma impunidade dos médicos, por falta de provas que se revelavam difíceis ou até mesmo impossíveis ao autor³⁵⁶.

Dito isto, o regime-regra nas ações destinadas a efetivar a responsabilidade civil extracontratual dos Hospitais Públicos, integrados no Serviço Nacional de Saúde, é o de que recai sobre o paciente/lesado o ónus de alegar e provar todos os pressupostos de que depende a existência da responsabilidade civil do Estado e dos demais Entes Públicos designadamente: a ilicitude, consubstanciada na infração de regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado; a culpa dos profissionais de saúde, aferida pelo critério da diligência e aptidão razoavelmente exigíveis a um funcionário ou agente zeloso e cumpridor, isto é, respeitador das *leges artis*; e o nexo de causalidade adequada, entre os atos médicos praticados ou omitidos e os danos sofridos pelo paciente.

Nesta modalidade de responsabilidade civil, não existe uma obrigação pré-constituída (um direito inicial à prestação), cujo mecanismo isente o autor do ónus de alegar e provar a culpa do réu. Como tal, a culpa funciona como um elemento integrante da pretensão do autor, isto é, como facto constitutivo que ao autor compete provar (Artigo 487º do CC).

A aferição da culpa do profissional deve ser apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso concreto (Artigo 487 n.º 2 do CC). Esta terminologia, adaptada à realidade do direito médico e ao exercício da medicina, recebe a designação de critério do «médico razoavelmente prudente»³⁵⁷.

Se o autor provar que o agente procedeu com culpa, ele consegue provar também que

³⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 06/06/2007, Proc. N.º 021/07, Relator Costa Reis, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7e741a57a6751517802572fe004e707a?OpenDocument&Highlight=0,021%2F07> (consultado em 28/05/2021).

³⁵⁷ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, «Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente», *In Data Venia – Revista Jurídica Digital*, n.º1, Ano 1, Julho-Dezembro de 2012, pág. 16.

houve ilicitude, uma vez que este último pressuposto depende do primeiro.

Deste modo, o Código Civil possui uma regra própria quanto à prova da culpa. Diz-nos o Artigo 483º n.º1 do CC que age com culpa aquele que violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, ficando obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes dessa violação.

O pressuposto da culpa integra o princípio geral, uma vez que, num sistema de responsabilidade subjetiva, a culpa do agente é o elemento essencial da obrigação de reparar o dano.

Sobre o requisito da causalidade adequada, este foi o critério adotado pelo legislador português (Artigo 562º e 563º do CC) para aferir do nexo causal entre o ato ilícito praticado pelo lesante e os danos que o lesado pretende ver ressarcidos. Tendo em conta este critério, não serão chamados a responder todos aqueles factos que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os autores daquela condição que, em termos gerais e abstratos e à luz das regras comuns da vida se possam considerar causa de certo resultado.

A este propósito, a maioria da doutrina nacional preconiza que se adote a formulação considerada mais abrangente, enunciada por ENNECCERUS-LEHMANN, segundo a qual: “*o facto que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto*” (itálico nosso) ³⁵⁸.

Devido à “*álea presente na atividade médica e ao conseqüente desconhecimento da exata sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos e técnicas da ciência médica*” ³⁵⁹, a prova do nexo causal que incumbe ao doente (nos termos gerais – Artigo 342º n.º1 do CC – dado tratar-se de um dos vários factos constitutivos do direito de indemnização que ele se propõe fazer valer na ação intentada contra o médico ou a instituição hospitalar privada com quem celebrou um contrato de prestação de serviços médicos), também levanta especiais dificuldades.

Desde logo, o comportamento do médico pode concorrer com outros fatores potencialmente lesivos, quando se verifica uma interação, no curso dos acontecimentos, de duas causas potenciais do dano: a natural (intrínseca à doença do lesado) e a desencadeada pelo

³⁵⁸ João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 890-891.

³⁵⁹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 151.

médico. Isto ocorre, por exemplo, quando os agentes patogénicos de uma doença iniciaram o seu processo lesivo no momento da intervenção do médico, com vista a combatê-los.

Nesta situação, é dificultada, se é que não impedida de todo, a tarefa de destrinçar a eficácia de cada uma delas (conduta do médico e doença) para a produção do dano verificado, uma vez que ocorreram em simultâneo, podendo ser ambas a causa efeito, ainda pior reconhecer que foi a conduta do médico que constituiu a condição necessária do dano.

Por outro lado, “a aplicação dos princípios que regulam o nexo de causalidade no campo médico revestem-se de particular dificuldade, *dado a imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano*, de tal forma que, e salvo raras exceções, é praticamente impossível afirmar com toda a certeza que, se determinada conduta tivesse sido adotada, ou não tivesse sido adotada, o dano não se teria verificado” (itálico nosso)³⁶⁰.

De facto, e como podemos verificar, há constantemente entraves ao autor, na propositura da ação, sendo que “a aplicação das regras – da responsabilidade civil e de repartição do ónus da prova – vigentes, *conduzirá frequentemente à rejeição da tese apresentada pelo doente*, já que, perante a não demonstração – com a certeza necessária - da procedência causal do dano verificado, se conclui pela inexistência de uma relação de condicionalidade entre o comportamento ilícito do médico e o referido dano” (itálico nosso)³⁶¹.

A jurisprudência portuguesa fornece múltiplos exemplos de pretensões indemnizatórias que falharam devido à falta de prova, por parte do lesado, do indispensável nexo causal entre o ato médico e os danos sofridos pelo doente.

Em 2004, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo disse que “*Não se tendo provado* que foi a aplicação de calor húmido que provocou queimaduras e que estas tenham sido a causa (possível) de lesões necróticas que implicaram a amputação parcial da extremidade distal da 3ª falange dos 3º e 4º dedos da mão direita; Não é possível imputar a referida amputação à aplicação de calor húmido, ou aos tratamentos e cuidados médicos da lesão inicial sofrida pelo autor” (itálico nosso)³⁶².

Em 2012, por falta deste último pressuposto da obrigação de indemnizar [nexo de causalidade], foi “ julgada improcedente a acção de responsabilidade civil extracontratual,

³⁶⁰ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 51.

³⁶¹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 164.

³⁶² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 17/02/2004, Proc. N° 01830/02, Relator São Pedro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/77dfe84f2a63878a80256e4a00582788?OpenDocument&Highlight=0,01830%2F02> (consultado em 28/05/2021).

proposta contra estabelecimento hospitalar, por danos sofridos pelos autores durante e após parto aí ocorrido, *pois estes não lograram fazer prova* de que a conduta dos agentes do réu, durante esse parto, foi causa daqueles danos” (itálico nosso)³⁶³.

Em 2018, “alegando o autor que a cegueira do olho direito resultou do protelamento da realização de uma ecografia ocular, que era meio de diagnóstico necessário para a detecção atempada do descolamento da retina”, o tribunal decidiu que, devendo ter sido este a alegar e a provar que, no «plano naturalístico», tal omissão foi condição dessa cegueira, *“não resultou da matéria de facto provada qualquer elemento* que permita ajuizar que se tivesse sido realizada essa ecografia era «possível» diagnosticar a situação de descolamento da retina, e tratá-la de modo a impedir a sua irreversibilidade, e conseqüente cegueira do olho direito” (itálico nosso). Como tal, foi julgada improcedente a pretensão de indemnização por falta de prova do indispensável nexó causal³⁶⁴.

Ora, o que se exige do doente é que este prove que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omissó, e por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro ato médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuando a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo, a morte.

Aliás, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça diz mesmo que, *“em sede de causalidade adequada (...), tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omissos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados* – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar - e, *por tal ter acontecido*, em qualquer fase do processo, *se produziu o dano*, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efetivamente praticado ou omitido” (itálico nosso)³⁶⁵.

No entanto, é facto notório que o paciente, por mais acesso que tenha à informação, nunca possuirá as ferramentas necessárias ou o conhecimento científico para saber quais os procedimentos corretos a ser adotados, nem se haveria maneira de ter sido atenuado o dano, ou de que outra forma deveria ter procedido o profissional de saúde, em detrimento da conduta que adotou.

³⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 24/05/2012, Proc. N.º 0576/10, Relator Adérito Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a37708eee16e137180257a10005169c9?OpenDocument&Highlight=0,0576%2F10> (consultado em 28/05/2021).

³⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 01/02/2018, Proc. N.º 062/17, Relator José Veloso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/426035200589da058025822c00375f4c?OpenDocument&Highlight=0,062%2F17> (consultado em 28/05/2021).

³⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc. N.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334> (consultado em 28/05/2021).

Por outras palavras, este desconhecimento do paciente vai deixá-lo sempre numa posição mais frágil, em virtude de que nem todos os quadros de regras ou procedimentos técnico-científicos se encontram positivados, o que não permite saber de que forma se deve comportar o médico com os seus pacientes e até com os outros profissionais de saúde.

Por este motivo, na doutrina há quem preconize, no que concerne ao nexo de causalidade entre a conduta negligente do médico e os prejuízos sofridos pelo paciente, que “ se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma atuação 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”³⁶⁶.

Com este pensamento concorda ANDRÉ GONÇALO PEREIRA quando, comentando criticamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009³⁶⁷ disse que, perante a dúvida se a morte da paciente (uma jovem que entrou saudável no bloco operatório para fazer uma lipoaspiração e veio a morrer na sequência de complicações derivadas da anestesia) se ficou a dever a um choque anafilático, imprevisível e inesperado, ou a erro/excesso nas doses anestésicas, deveria impender sobre o médico anestesista réu o ónus da prova de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito raro da anestesia³⁶⁸.

De igual modo, JORGE RIBEIRO DE FARIA pondera que, “exigindo-se ao paciente a prova da culpa (reconduzida praticamente à violação do cuidado exigível e dissolvida na ilicitude), e, ademais, a prova da causalidade, o que daí resulta é *ficar ele praticamente sem proteção, isto é, condená-lo ao insucesso de quase todas as ações neste domínio*” (itálico nosso)³⁶⁹. Daí que este autor preconize que “*ao paciente fica apenas o encargo de provar o erro grosseiro do médico (...), o que é em princípio fácil, e a demonstração, também em princípio fácil, de que o resultado indesejado cabe no leque de resultados abrangidos pela negligência grosseira verificada. Tudo se passa pois, a partir daqui, como se o médico fosse responsável pelo resultado – o que, de resto, se justifica pela alta probabilidade da conexão causal entre o facto dele e o efeito lesivo da saúde do doente*” (itálico nosso).

³⁶⁶ Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996, pág. 143.

³⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/10/2009, Proc. N° 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800> (consultado em 28/05/2021).

³⁶⁸ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 788-789.

³⁶⁹ Jorge Ribeiro de FARIA, «Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do direito alemão», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 1, 2004, pág. 115 e ss.

JORGE RIBEIRO DE FARIA afasta-se, portanto, do entendimento segundo o qual o doente, além de onerado com a prova da ilicitude do médico, tem ainda de provar que o resultado se não teria produzido se o médico tivesse agido com a diligência devida. Segundo ele, os textos legais obrigam “ o paciente à prova de um erro grosseiro, capaz de conter os danos cuja indemnização se pretende, para, a partir daí se fazer impender sobre o médico a prova de que os não causou ou de que de todo o modo eles seriam produzidos pela causalidade virtual do seu acto licito”.

A fundamentação aduzida para sustentar este entendimento acerca do ónus da prova da causalidade está na presunção de experiência, segundo a qual, no caso de se ter efetivamente produzido um erro grosseiro, abstratamente apto a produzir um dado resultado ou efeito, deve aliar-se o juízo de que, em princípio, foi o profissional que o causou.

Esta solução “encontra a justificação cabal na ideia da *responsabilização de quem tem o domínio sobre uma esfera de risco ou tem em si o poder de dominar um risco*” (itálico nosso)³⁷⁰.

Mesmo no âmbito da responsabilidade civil contratual, aparentemente mais favorável ao lesado/paciente porque se presume a culpa do lesante/médico, incumbe ao lesado fazer a prova do incumprimento pelo médico das suas *leges artis*, o que pressupõe também que tenha conhecimento dos quadros de procedimentos médicos que não se encontram positivados.

Assim, o paciente tem de provar: a realização de um contrato de cuidados médicos, segundo o qual o réu tinha obrigações para com o autor; uma violação dos deveres por parte do devedor ou dos seus auxiliares (cumprimento defeituoso); o nexo de causalidade adequada e os danos.

A doutrina geralmente seguida e dominante entende que se a ação tem por finalidade exigir a responsabilidade civil emergente da falta de cumprimento do contrato – responsabilidade contratual – ao autor somente compete provar o nascimento da obrigação e ao réu, se pretender libertar-se da responsabilidade, provar a falta de culpa, isto é, que o não cumprimento da obrigação foi fortuito, consequência de um caso de força maior ou de facto alheio.

Ou seja, o ónus de provar a realização da prestação, isto é, o cumprimento da obrigação ou a ausência da culpa no incumprimento, por qualquer das formas que este pode revestir, compete ao réu (Artigo 799 n.º1 do CC). Por outras palavras, o devedor tem o encargo de demonstrar que o não cumprimento não foi culpa sua.

Na dúvida, considera-se a falta de cumprimento da obrigação ou o seu cumprimento

³⁷⁰ Jorge Ribeiro de FARIA, «Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do direito alemão», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, cit., pág. 116.

defeituoso, como culposo. Deste modo, o devedor que faltar culposamente ao cumprimento da obrigação a que se vinculou para com o credor assume a responsabilidade pelo prejuízo que lhe causa, nos termos do Artigo 798º do CC.

Citamos este artigo pois, pese embora não consagre expressamente que o devedor se presume culpado do incumprimento, na verdade as consequências são idênticas, uma vez que se este não fizer prova da inexistência da culpa no seu comportamento, não restará outro caminho senão considerá-lo culpado.

Porém, como nos diz HENRIQUES GASPAR, “o Artigo 799 nº1 do C. Civil apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor), mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente/credor. *E a prova deste defeito será, no domínio da responsabilidade médica, seguramente, a mais difícil de obter*” (itálico nosso)³⁷¹.

É aqui que ressurge as dificuldades de prova do paciente. De facto, quando o autor pede indemnização de perdas e danos pela falta de cumprimento do contrato por parte do profissional de saúde, o facto constitutivo da sua pretensão é este, a existência da obrigação. Provado este facto, é ao réu que, como vimos, cumpre demonstrar ou que cumpriu ou que foi impedido de cumprir por caso fortuito ou de força maior, ou ainda por facto do próprio autor.

Contudo, se o ónus da prova da culpa incumbe ao devedor, uma vez que se presume a culpa deste, ao credor compete, por outro lado, fazer a prova de todos os outros pressupostos da responsabilidade civil, desde logo, o facto, a ilicitude, o dano, e o nexo de causalidade, por força da norma supletiva do Artigo 342º do CC.

Ora, o ónus da prova continua a ser demasiado árduo para o paciente, pois que apenas está presumida a culpa, competindo-lhe provar todos os outros requisitos da responsabilidade civil, que implicam também eles, a utilização de linguagem técnica, de conhecimentos científicos, de procedimentos técnicos, de prova, os quais se encontram fora da zona de conforto do paciente, bem como, na maioria das vezes, do seu mandatário.

Como nos diz ANA AMORIM, “ esta eventual dificuldade do paciente em lograr a prova é ainda corolário do natural desequilíbrio existente na relação que se estabelece entre o clínico e o paciente pois, *se por um lado, o primeiro possui a experiência e os conhecimentos adequados à correta execução do ato médico, o paciente surge nesta relação como um leigo que não tem na*

³⁷¹ António Silva Henriques GASPAR, «A Responsabilidade Civil do Médico», *In Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo 1, 1978, pág. 345; Moitinho de ALMEIDA, «Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro», *In Scientia Juridica*, Tomo XXI, Janeiro-Abril de 1972, pág.330.

sua posse o domínio dos conhecimentos científicos necessários e adequados para, sozinho, provar a culpa do médico e a sua atuação contrária às «leges artis» ” (itálico nosso) ³⁷².

Deste modo, se parece curial dizer que o elemento decisivo para o autor ver satisfeita a pretensão que apresentou em juízo, é provar a existência da obrigação e a culpa do réu no incumprimento da norma, atempadamente, na prática tal afigura-se um desafio, senão uma verdadeira impossibilidade.

Pois, segundo a autora *supra* referenciada, “é facilmente perceptível a dificuldade com que o paciente lesado se pode deparar para provar a violação das regras que regem a prática da medicina por parte do profissional que efetivamente produziu o dano – por ação ou omissão- na esfera jurídica de terceiro”³⁷³.

Assim, e relativamente ao ónus da prova, na Alemanha, os tribunais superiores, incluindo o Tribunal Constitucional, têm apelado à necessidade de trazer às ações de responsabilidade médica, uma ideia de igualdade de armas no processo e de igualdade na aplicação do direito. Pois, se tradicionalmente os países entendiam que a prova estava a cargo do paciente, pelo raciocínio de que, aquele que invocar um direito tem de fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, agora acreditam que isto obrigaria o paciente a um ónus demasiado pesado, devendo ser o médico a suportar o mesmo.

De facto, o modo como foi repartido o encargo probatório entre as partes, não foi de forma a dar ao autor e ao réu o gravame compatível com as suas pretensões, nem tão pouco a igualá-los entre si. Diz-nos a lei que o autor desincumbir-se-á do seu ónus probatório se comprovar, de forma inequívoca, indiscutível, segura, por quaisquer dos meios de prova admitidos em Direito, a integralidade dos elementos constitutivos do ilícito civil e, quanto ao aspeto culposo, provar a sua ocorrência. Ora nesta vertente, e sob o fundamento de que a obrigação de reparar o dano pressupõe prova inequívoca e certa quanto aos elementos do ato ilícito, já se decidiu pela improcedência da ação de indemnização, pois que a parte autora nunca conseguirá demonstrar cabalmente e de forma segura todos os pressupostos da responsabilidade.

Sem prescindir, o encargo processual do paciente jamais conseguirá abarcar: perícias que corroborem os factos por ele apresentados (desde logo, pela solidariedade/cumplicidade médica existente); prova testemunhal que corrobore o que lhe é solicitado (uma vez que se as testemunhas não forem também profissionais de saúde não terão, igualmente, conhecimento dos protocolos e

³⁷² Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, pág.183.

³⁷³ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, *cit.*, pág.182.

métodos destas áreas específicas); prova documental, que comprove os factos alegados (pois os atos e procedimentos médicos são registados em contexto clínico, no registo médico do paciente, tendo apenas o hospital e o médico acesso direto aos mesmos; e mesmo que o paciente os possa solicitar sempre demorarão a ser obtidos, ou não virão na sua totalidade, ou serão impercetíveis quer quanto à sua letra, quer quanto ao seu conteúdo); explicações de estudos de causas, consequências, tipos e momentos oportunos de diagnóstico e tratamento, uma vez que tal carece de informação na área, de pesquisa e conhecimento (e mesmo que se obtenha, será sempre alegada a autonomia e independência médica, no diagnóstico e tratamento).

Nisto concorda ANA AMORIM, quando diz que “a dificuldade do lesado relativamente à prova (...) pode ainda derivar dos *eventuais obstáculos com que o paciente se depara quando for sua intenção obter um parecer técnico elaborado por um perito*, cujo relatório terá como fundamento a análise e avaliação à luz das *«leges artis»* da atuação do médico lesante, seu colega de profissão. *Esta solidariedade entre médicos* (independentemente destes intervirem na lide processual na qualidade de peritos) *é comumente designada como «conspiração do silêncio»*” (itálico nosso)³⁷⁴.

Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS, essas dificuldades de prova serão “quase intransponíveis quando o acto foi praticado por alguém cuja autoridade e competência se situa a um nível muito elevado, mas são mitigadas ou quase não existem se o ato vier a ser praticado por um não médico ou por um médico não especialista de fraca ou nula reputação”³⁷⁵.

A autora *supra* citada explica-nos também que, “ainda que, tal como qualquer outro interveniente na lide processual, o médico tenha o dever de cooperar para a célere descoberta da verdade material, esclarecendo todas as dúvidas que surjam ou facultando os documentos que se encontrem na sua posse, sejam estes officiosamente solicitados e se revelem necessários à melhor compreensão do caso concreto, *são várias as situações em que o profissional, cuja conduta se encontra na base do dano, se recusa a cooperar no correto desenvolvimento da ação judicial. Tal recusa pode, conseqüentemente, culminar numa dificuldade acrescida de produção de prova para o lesado*” (itálico nosso)³⁷⁶.

Acresce como problemática o facto de que “é ainda possível que, no momento da prática

³⁷⁴ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pág. 167; No mesmo sentido, João Álvaro DIAS, «Culpa Médica: algumas ideias-força», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 5, Ano IV, Novembro de 1995, pág.18 e ss.

³⁷⁵ João Álvaro DIAS, «Culpa Médica: algumas ideias-força», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., pág.18.

³⁷⁶ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, pág.183.

do ato médico que produziu os danos na esfera jurídica de terceiro, o doente esteja num estado de inconsciência que não lhe permite assistir à prática do ato, apenas tenho conhecimento do que foi feito pelas informações que, posteriormente, lhe são fornecidas pelo clínico”. Ora, este nunca lhe contará que o procedimento foi mal elaborado, que algo correu mal, ou que foram falhadas as regras de conduta médicas, pois além de isso pôr em causa a sua reputação, poria também em causa o exercício da sua profissão e acarretaria confissão do erro que, posteriormente, teria de ressarcir.

Em suma, apesar da distribuição do encargo probatório ser uma regra de juízo e não uma obrigação para as partes, não havendo a suficiente produção probatória em determinado ponto, deve ser julgada a questão, normalmente, contra aquele que tinha o encargo e dele não se desincumbiu. Importa pois, proteger o lesado enquanto elemento mais fragilizado na relação que se estabelece entre o doente e o médico, havendo, em alguns casos, a necessidade de uma «intervenção corretora», sempre que a repartição do ónus se revele impotente para garantir a igualdade das partes e a descoberta da verdade material.

2- Presunções na Responsabilidade Civil Médica

2.1- De culpa

Como vimos, nos termos do Artigo 342º, nº1, “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova constitutiva do direito alegado”, pelo que será ónus do lesado provar a culpa do lesante de modo a invocar o seu direito a indemnização, ao passo que caberá ao réu lesante “a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado”, nos termos do nº2 da referida norma.

Por sua vez, o Artigo 487º, nº1, explicita este princípio, ressalvando os casos em que existe presunção legal de culpa. Deste modo, o legislador civil introduziu excepções ao princípio geral da prova da culpa, sob a forma das *presunções de culpa do lesante*, que liberam o lesado de fazer esta prova, ao mesmo tempo que oneram o lesante com a prova necessária ao afastamento destas presunções³⁷⁷.

As presunções judiciais surgiram porque, com base no princípio da verdade, se veio a reconhecer que o julgador devia ser autorizado a descobrir a verdade material sem se encontrar limitado e condicionado ao princípio do dispositivo e ao espartilho inflexível das regras de repartição

³⁷⁷ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 98-99.

do ónus da prova³⁷⁸.

Como tal, o recurso à prova por presunções decorre do “princípio da verdade” e, através dela, é reconhecido ao julgador a faculdade de descobrir a verdade material, baseando-se num juízo de probabilidade, que serve de fundamento à relação que se estabelece entre o facto desconhecido e o facto conhecido.

O uso destas presunções não configura um meio de prova, tratando-se unicamente de ponderações lógicas, justificadas pelo princípio da verdade, através do qual se reconhece ao julgador a capacidade de se basear numa análise probabilística para descobrir a verdade material.

A prova por presunção funciona quando, a partir de determinado facto, chega-se por mera dedução lógica, à demonstração da realidade de um outro facto³⁷⁹.

Deste modo, podemos dizer que as presunções judiciais surgem como representação de juízos de probabilidade, fundados em máximas de experiência. Estas aparecem como aquilo que a *opinio communis* entende por verossímil ou provável. O fundamento das presunções encontra-se na normalidade das coisas, isto é, no que acontece normalmente.

A prova por presunção encontra-se inserida na estrutura do Código Civil em virtude de nela estar incluída a teoria material das provas, do facto das presunções não terem autonomia processual (não originando ou exigindo quaisquer diligências probatórias e específicas) e, ainda, do facto das presunções legais se encontrarem estabelecidas pela lei material e ser suficiente, para as presunções naturais, judiciais, simples ou *hominis*, a regra geral do Artigo 607º n.º 4 do CPC.

Nos termos do Artigo 349º do CC, as presunções são “ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. Consequentemente, pode dizer-se que a presunção não é mais do que uma dedução, uma interferência do raciocínio lógico, por meio do qual se parte de um facto certo, provado ou conhecido e se chega a um facto desconhecido³⁸⁰.

Assim, a relação que se estabelece entre os factos, permite concluir que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, se não como absoluto, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência do segundo. Ora, este processo teria o mesmo fundamento lógico da

³⁷⁸, Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2007, pág. 27-29.

³⁷⁹ Antunes VARELA, José Miguel BEZERRA, Sampaio NORA, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pág. 500 e ss.; Manuel Domingues ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979, pág. 207; João de Castro MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. III, Lisboa: AAFDL Editora, 1980, pág. 216 e 234 e ss; Pires de LIMA, Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, 2ª edição, 1956, pág. 799.

³⁸⁰ João Castro MENDES, *Do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*, Lisboa: Ática, 1961, pág. 179.

indução – a probabilidade racional.

A prova por presunção é de uma importância fundamental e por vezes decisiva no campo do direito probatório, uma vez que existem inúmeros factos com interesse nuclear na procedência de ações que muito poucas vezes podem ser sujeitos a prova direta, obrigando o julgador a ter de contentar-se com meras presunções, sob pena de poderem verificar-se situações de *non liquet*, que constituem verdadeiros atos de negação de justiça. É o caso, a título de exemplo, da culpa nas ações de indemnização, com fundamento na responsabilidade civil por facto ilícito extracontratual.

A dificuldade em fazer a prova de certos factos tornou as presunções, um mecanismo imprescindível de atuação judicial, especialmente úteis nos processos de responsabilidade médica.

De facto, a lei civil ao estabelecer algumas presunções de culpa que permitam inverter o ónus da prova, tornam este bastante mais benéfico para o lesado, sobretudo em situações em que a prova é particularmente difícil, uma vez que não recai sobre este o ónus de provar os factos que constituem o seu direito. Isto porque, a presença destes mecanismos permite que, aquele a favor de quem a presunção opere, fique isento de fazer prova do facto objeto da presunção (Artigo 344 n° 1 e Artigo 350° n°1 do CC).

Porém, e não raramente, as presunções conduzem, também, a soluções bastante contestadas pela classe médica, uma vez que se demonstram, para estes, pouco consistentes com o plano da razoabilidade. Pois que, o recurso a presunções de culpa fará com que o profissional de saúde alegue sempre uma dificuldade em ver concretizado o seu afastamento, dizendo que nem sempre lhe será fácil, dada a multiplicidade de fatores que influem o resultado do ato médico, provar que o resultado adverso não foi culpa sua e que procedeu com a máxima diligência que lhe era exigível.

Com efeito, como alegam alguns autores, assim como o paciente se depara com a especial dificuldade de prova de certa ocorrência no campo médico, também o médico se confronta, muitas vezes, com a especial dificuldade de afastar dada presunção, precisamente porque na Medicina a ocorrência de um facto nem sempre pode ser tomada com indício de determinado comportamento ou de determinada causa.

Podemos pois dizer que, não existe prova sem ónus da prova e sem uma teoria explícita ou implícita, da presunção. É sobretudo pela importância prática extraordinária da prova por presunção, enquanto fenómeno que mexe com a prova e o ónus *probandi*, que se lhe dedica um

capítulo do nosso estudo, sem o qual, o mesmo ficaria empobrecido.

Começando pela estrutura, à prova por presunções não corresponde qualquer procedimento probatório específico, não tendo autonomia processual. Pois, se na sistematização do Código Civil, ela ocupa uma secção específica (Artigo 349º e ss) que regula a matéria das provas, no Código de Processo Civil, não constitui objeto de nenhuma secção própria, designadamente no capítulo que trata da instrução do processo (Artigo 410º e ss do CPC).

Dentro da categoria geral das presunções é possível distinguir entre as presunções legais ou de direito e as presunções naturais, judiciais ou de facto, que também se designam como simples ou *hominis*. As presunções legais ou de direito são as que decorrem da própria lei, ou seja, é a norma legal que, verificado determinado facto, dá como provado um outro facto. Nestas presunções, o princípio da livre apreciação da prova, isto é, a liberdade de apreciação do julgador fica, de certa forma, comprometida, pois o juiz não goza aqui de qualquer margem de manobra ou de discricionariedade.

Estes casos encontram-se expressamente previstos na lei, uma vez que neste campo vigora o princípio do *numerus clausus*. Acresce que, por se tratar de previsões excepcionais, são insuscetíveis de aplicação analógica, regulada pelo Artigo 10º do CC.

Segundo o Artigo 350º do CC, “quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz ” (nº1). Porém, nos termos do mesmo preceito normativo, “as presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir” (nº2).

Ora, se as presunções admitirem prova do contrário, são ilidíveis e denominam-se de relativas ou *iuris tantum*, ao passo que se não admitirem essa prova em contrário, são inilidíveis, e por isso são absolutas ou *iuris et de iure*. Em suma, no primeiro caso a lei admite a prova em contrário, como meio de destruir a presunção, em contrapartida no segundo caso, a presunção é irrefutável por não admitir a prova do contrário.

Na responsabilidade médica, as presunções legais que se aplicam são todas elas ilidíveis, uma vez que a lei se limita a inverter o ónus da prova, sem dar o facto por terminantemente provado. Como tal, a parte onerada tem a possibilidade de derrubar aquela realidade que se presume.

Sem prescindir, para que um médico afaste uma presunção legal ilidível, não será suficiente que se crie uma mera dúvida. O que tem de fazer é demonstrar que atuou de forma diligente, exatamente como atuaria um qualquer outro médico naquela mesma situação, porque

é sobre a diligência da sua conduta (ou a falta dela) que recai a presunção.

Resulta assim do Artigo 350º do CC que, havendo uma presunção legal, provar o facto que serve de base à presunção equivale a provar o facto presumido. Deste modo, e como nos explica RUI RANGEL *“sempre que exista uma presunção legal a favor da pretensão de alguma das partes em litígio, incumbe a essa parte apenas alegar e provar o facto que serve de base à presunção. À contraparte incumbe, se pretender destruir a prova feita através de prova da presunção, fazer a prova do contrário ou do facto que serve de base à presunção legal ou do próprio facto presumido. Se a parte contrária conseguir demonstrar uma das duas situações enumeradas, compete à parte favorecida com a presunção legal o ónus da prova de rebater essa prova do contrário”* (itálico nosso)³⁸¹.

Deste modo, quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz, embora tenha sempre de provar o facto que conduz à fonte da presunção, podendo no preenchimento desse ónus, socorrer-se de qualquer um dos procedimentos probatórios previstos na lei processual³⁸².

Seguindo o pensamento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *“a eventual dificuldade de prova não justifica, em si mesmo, fundamento para se operar a inversão do ónus probandi, contudo o direito positivo está atento a esta dificuldade e foi por isso que tentou preveni-la por uma de duas soluções legislativas: ou através do estabelecimento de presunções legais, com dispensa da prova dos factos presumidos (Artigo 350 n.º 1 do CC) o que, normalmente, se traduz num benefício para a parte onerada com a prova do facto presumido; ou, ainda, na permissão do julgamento segundo a equidade, designadamente, em situações em que a prova é difícil ou impossível”* (itálico nosso)³⁸³.

Por sua vez, as presunções naturais, judiciais, simples, *hominis* ou de facto são aquelas que se fundamentam nas regras práticas da experiência comum, no normal acontecer das coisas, bem como nos ensinamentos trazidos através da observação empírica dos factos. É deste saber de experiência que o juiz se serve e onde se fundamenta para tirar ilações na apreciação de muitas situações de facto, à luz da livre apreciação da prova.

Ora, as presunções judiciais resultantes da experiência comum, são ilações feitas a partir de um facto, e que dele decorrem em termos de normalidade da vida, nos termos do Artigo 349º e 351º do CC.

O Artigo 351º do CC estatui, ainda, quanto às presunções judiciais, que estas só são

³⁸¹ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pág. 220.

³⁸² Antunes VARELA, José Miguel BEZERRA, Sampaio NORA, *Manual de Processo Civil*, cit., pág. 504.

³⁸³ Miguel Teixeira SOUSA, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995, pág. 224.

admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal³⁸⁴. Todavia, a força probatória dos depoimentos das testemunhas sempre estará dependente da livre apreciação do Tribunal.

Acresce que, segundo DIAS PEREIRA, “a aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações”, tendo em conta o carácter aleatório e complexo da atividade médica³⁸⁵.

O que se exige é então, que a convicção do juiz se baseie em “respeitar as leis da ciência e do raciocínio”, podendo “assentar numa regra ou máxima de experiência”, que pode “corresponder ao senso comum (...) ou a um conhecimento técnico ou científico especializado”. Tem a especificidade de, no caso da responsabilidade médica, obedecer também e principalmente, às regras de experiência da prática médica³⁸⁶.

Em jeito de súpula, as presunções pressupõe a existência de um facto conhecido, que constitui a sua base, cuja prova compete à parte que a presunção favorece e pode ser feita pelos meios probatórios gerais. Na situação de ficar provado esse facto, a lei intervém (no caso das presunções legais) ou então o julgador (no caso das presunções judiciais), para retirar e concluir dele a existência de um outro facto, o presumido.

As presunções – tanto as legais, como as naturais- não são meios de prova, porque não conduzem à prova do facto presumido, mas à inferência desse facto (que não é provado) de um outro facto (que é provado). A operação que conduz do facto provado ao facto presumido é apenas gnoseológica: o juiz infere, ou é levado a inferir pela lei ou pela experiência, um facto desconhecido de um outro que é conhecido. É por isso que as presunções não são meios de prova, mas antes meios de dispensa da prova (do facto presumido).

Ora, nem sempre o objeto da prova é constituído pelos próprios factos alegados pelas partes, porque a parte pode invocar um certo facto e provar um facto diferente, desde que este seja um facto probatório ou indiciário daquele outro. Ou seja, a parte pode invocar o facto presumido e provar o facto probatório, porque deste se infere, por presunção legal (Artigo 349º e 350º do CC), aquele facto presumido.

A parte pode também, alegar um facto indiciado e provar o facto indiciário, isto é, o facto que faz presumir, através de uma regra de experiência ou presunção judicial (Artigo 351º do CC),

³⁸⁴ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 98; Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2007, pág. 27 e ss.

³⁸⁵ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 22, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 781-784.

³⁸⁶ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 135.

o facto indiciado.

Segundo MIGUEL TEIXEIRA DE DOUSA, “ *as presunções legais (quer iuris tantum, quer iuris et de iure) são reguladas pela lex causae*. A possibilidade do uso pelo tribunal das *presunções naturais* é determinada, pelo contrário, *pela lex fori*, embora nem a *lex causae*, nem a *lex fori* as enumerarem, justamente porque elas se baseiam em regras de experiência” (itálico nosso)³⁸⁷.

No direito, a presunção encontra-se ao serviço da justiça, na medida em que uma presunção favorável significa uma vantagem, que se traduz em que o seu efeito mais direto consista na transferência do ónus da prova para o adversário.

A convicção do julgador é determinada pelo juízo de probabilidade, que serve de fundamento à relação que se estabelece entre o facto desconhecido e o facto conhecido.

As presunções assentam sobre um facto base que tem que ser provado, e a prova desse facto tem de ser realizada por qualquer dos procedimentos probatórios regulados na lei processual (documentos, perícias, testemunhas ou inspeção judicial).

Estas presunções são rebatíveis, ou seja, suscetíveis de demonstração em contrário. Na verdade, nem sequer implicam uma autentica inversão do ónus da prova, pois o que sucede é que aquele a quem a presunção beneficia é desonerado de provar o facto objeto da dita presunção, mas sem que daí derive que sobre a contraparte recaia o ónus da prova de facto contrário. O que há é, somente, uma facilidade na produção da prova e não uma total inversão do encargo da prova³⁸⁸.

De facto, no ónus da prova, e com as presunções, não é eliminado nem é modificado o resultado da repartição do ónus entre as partes, apenas podendo ser alterado o facto que ao onerado incumbia provar. Assim, e no lugar de provar o facto presumido, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à presunção.

Desta forma, “ o que acontece é que o beneficiário desta presunção, provando o facto base, ou constitutivo, não precisa de provar o facto presumido porque é suposto que este exista. Caberá então à outra parte, a quem a presunção é nefasta, deduzir contraprova, bastando-lhe para tanto criar um estado sério de dúvida. Com este estado sério de dúvida, a presunção é vencida, tendo o tribunal de julgar de acordo com as regras gerais da prova, ou seja, contra aquele que foi primeiro beneficiário da presunção, mas que depois a viu abalada”³⁸⁹.

³⁸⁷ Miguel Teixeira SOUSA, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., pág. 211.

³⁸⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/10/2010, Proc. N° 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument&Highlight=0,1364%2F05.5TBCL.G1> (consultado em 28/05/2021).

³⁸⁹ Mário Jorge Lemos PINTO, «Responsabilidade Civil e Presunções de Culpa», *Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito das Obrigações do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Católica Portuguesa* (Núcleo do Porto), 2004, pág. 15, disponível

Como nos diz VERA LÚCIA RAPOSO, “na realidade, nem sequer implicam uma autêntica inversão do ónus da prova, pois o que sucede é que aquele a quem a presunção beneficia é desonerado de provar o facto objeto da dita presunção, mas sem que daqui derive que sobre a contraparte recaia o ónus da prova de facto contrário”. Contudo, a autora admite que estas presunções são, na prática, “ tantas vezes utilizadas pelos tribunais, e conferindo-lhes estes efeitos tão vastos, muitas vezes acabam por representar uma efetiva inversão do ónus probatório” ³⁹⁰.

No âmbito da responsabilidade médica, e nos casos em que operam as presunções legais de culpa, o método de apreciação do tribunal em relação ao facto presumido será a prova indireta indiciária, ou seja, através da prova de um facto ou conjunto de factos (como por exemplo, da ocorrência de danos que teve por causa adequada a atividade perigosa levada a cabo pelo médico) se infere a culpa do agente, ainda que apenas indiciariamente, dado que cede perante contraprova.

Como tem sido sucessivamente abordado, fora das situações em que existe uma inversão do ónus da prova por presunção legal, nos termos do artigo 344.º, n.º 1, do C.C., aplicam-se as regras gerais do ónus da prova, sendo estas as regras aplicáveis a um considerável universo de ações de responsabilidade médica, nomeadamente as referentes a serviços médicos prestados no âmbito do S.N.S.

Por outro lado, mesmo nos casos em que operam as presunções legais de culpa, e designadamente para efeitos de responsabilidade médica contratual (Artigo 799.º do C.C) a prova a efetuar-se, ainda que apenas relativa aos restantes pressupostos que não a culpa, releva-se de acentuada dificuldade, que aliás é identificada quer pelo paciente, quer pelos próprios médicos.

Neste sentido, a generalidade da doutrina, até mesmo os autores que propugnam pela não aplicação da presunção de culpa constante no artigo 799.º do C.C. aos casos de responsabilidade médica contratada, como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, entendem que a prova pode e dever ser facilitada ao paciente, permitindo ao tribunal o recurso à prova através de presunções judiciais. Ora, serve esta de proposta doutrinal, que visa facilitar o ónus probatório a cargo do paciente.

Deste modo, e sabendo que as presunções judiciais se traduzem em ilações que o juiz tira de um facto conhecido, para afirmar um facto desconhecido, partimos de um exemplo paradigmático na responsabilidade médica, como é o caso do consentimento informado. Pois, a prova do consentimento informado é caracterizada por ser muito difícil porque, mesmo quando

em: <http://www.mprfadogados.com/downloads/artigos/RESPONSABILIDADECIVILEPRESUNCOESDECULPA.pdf> (consultado em 28/05/2021).
³⁹⁰ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 368.

exista um documento escrito que pretende atestá-lo, tal documento poderá não passar de um mero formalismo, não correspondendo a um consentimento substancial. Como tal, o paciente não tem meio de manobra para provar o contrário, ou seja, que não consentiu.

Porém, se no serviço em causa, conseguíssemos demonstrar que não é prática corrente informar os pacientes, tudo apontaria para que naquele caso em concreto, tão pouco este requisito tivesse sido cumprido com o autor da ação, conclusão a que se chegaria por via da presunção decorrente do normal acontecer das coisas naquele serviço, e que de muito beneficiaria a prova do autor.

Isto, de facto, parece trazer um enorme benefício advindo da existência de uma presunção, contudo importa reforçar que a parte a quem aproveita a presunção carece de acarretar para a lide alguns factos para que esta funcione. Pois, se a presunção dá como provado o facto x a partir do facto y, então pelo menos esse facto y tem que ser provado, uma vez que funciona como *prius* daquele outro.

Assim sendo, o beneficiário da presunção continua a ter que fazer prova de um facto, simplesmente, de um facto diferente daquele que seria objeto do seu esforço probatório se não fosse a presunção, e cuja prova é, pela ordem lógica das coisas, mais fácil de realizar³⁹¹.

- **Presunções Legais:**

Analisando primeiramente as presunções legais de culpa, importa falar das seguintes: presunção de culpa na responsabilidade contratual (Artigo 799 n.º1 do CC); presunção de culpa na responsabilidade extracontratual do Estado (Artigo 10.º da Lei n.º 67/2007); presunção de culpa fundada na perigosidade dos meios ou da atividade (Artigo 493.º n.º2 do CC) e presunção de culpa derivada do princípio da proximidade da prova (Artigo 344.º n.º2 do C)³⁹².

Há ainda autores que defendem a existência de mais duas presunções de culpa, designadamente: presunção de culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (Artigo 491.º do CC) e presunção de culpa do detentor da coisa (Artigo 493.º n.º1 do CC)³⁹³.

A presunção de culpa na responsabilidade contratual (Artigo 799.º n.º1 do CC), ou mais especificamente a presunção de culpa do devedor incumpridor, é uma das regras nucleares da responsabilidade contratual.

³⁹¹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 99.

³⁹² Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 99-109.

³⁹³ André PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, cit., pág. 755-761

Nestes casos, o que sucede é que, o esquema de distribuição dos encargos probatórios, expostos como regra geral, sofrem distorções, uma vez que a prática médica realizada no âmbito privado segue as regras da responsabilidade contratual (pois há um domínio privado, onde o paciente estabelece com o médico, um contrato), impondo-se a inversão do ónus da prova em sede de culpa.

Assim, nos termos do Artigo 799º, nº1 do CC, passa a incumbir 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 efetuar a prova correspondente (Artigo 351º, nº1 do CC).

Como tal, o facto que origina o direito de indemnização é o incumprimento da prestação devida, sendo a exceção a inexistência de culpa por parte do devedor, que este deverá provar.

No entanto, e uma vez que se presume a culpa do médico, recai na mesma sobre o paciente, o ónus da prova dos restantes factos: i) a existência do vínculo contratual; ii) o incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico; iii) os danos e a sua extensão; iv) o nexo causal entre a violação das *leges artis* e os danos.

Como nos diz FERREIRA DE ALMEIDA, o facto de se presumir a culpa, não significa que sobre o paciente não recaem outros deveres probatórios. Pois, “ será necessário ao autor provar a objectiva desconformidade entre os actos praticados e as *leges artis*, tal como o nexo causal entre o incumprimento defeituoso e o dano causado. Só então funcionará a presunção de culpa do art. 799º nº1, impondo ao réu que prove que a desconformidade verificada não procedeu de sua culpa”³⁹⁴.

A culpa do lesante, enquanto requisito, goza de uma presunção legal, sendo que o onerado só logra afastar a mesma, se provar que a desconformidade entre a sua efetiva conduta e aquela que deveria ter adotado, de acordo com o estabelecido pelas *leges artis*, não se deveu a uma falta sua. Note-se que, “*o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (enquanto ato ilícito), ele mesmo*” (itálico nosso)³⁹⁵.

Como explicitam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “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 efetuar a prestação a que estava vinculado”³⁹⁶.

³⁹⁴ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética*, cit., pág. 117.

³⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc. N.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334> (consultado em 28/05/2021).

³⁹⁶ Varela ANTUNES, Pires de LIMA, *Código Civil – Anotado*, 3ª edição, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 55.

Não obstante a configuração da relação médico-paciente como uma relação contratual, verificou-se durante muito tempo o impedimento do uso de presunções de culpa, pois repugnava ao pensamento jurídico impor um encargo ao médico, dadas as particularidades da atividade médica. Alegava-se que, para afastar tal presunção, o médico teria que demonstrar não ter violado nenhuma das múltiplas regras da boa prática médica que o vinculavam, o que seria praticamente impossível (prova diabólica), não apenas por se tratar da prova de um facto negativo, mas também porque tal facto assumia natureza potencialmente infinita. Segundo esta posição, e embora se saiba que o médico, por estar mais perto da matéria a provar, tem facilitada a questão da prova, certo é que o tribunal, dado o carácter aleatório da atividade médica, não achava correto presumir que os deveres que sobre o médico recaiam, não foram observados, pois considerava que isso agravava desmesuradamente a posição do médico na lide³⁹⁷.

Aliás, algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais, que advogam a responsabilidade contratual, excluem a presunção de culpa do Artigo 799º n.º1 do CC, alegando que admiti-la implicaria fazer recair sobre o médico uma prova quase impossível “pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida”³⁹⁸.

Contudo, este impedimento foi atenuado pela configuração da dicotomia da obrigação contratual do médico, como obrigação de meios ou de resultados³⁹⁹.

RENÉ DEMOGUE diz-nos que “a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza: umas vezes, o devedor promete determinado resultado; outras promete adotar 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. 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 atividade que lhe é exigida, sendo o resultado aleatório” (itálico nosso)⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Edição AAFDL, 1996, pág. 132.

³⁹⁸ João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 225; Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica», *cit.*, pág. 127.

³⁹⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, *cit.*, pág. 100-105.

⁴⁰⁰ Luis Pires de SOUSA, «O Ónus de Prova na Responsabilidade Civil Médica», *In Data Venia - Revista Jurídica Digital*, n.º 08, Ano 06, 2018, pág.6, disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf (consultado em 28/05/2021); Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 146; Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de

A jurisprudência vem entendendo que o médico, enquanto prestador de serviços que apela à sua diligência e ciência profissionais, assume uma obrigação de meios. Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida, em função do serviço que se propôs prestar.

Recordemos que a presunção de culpa do devedor aparece sobretudo associada às obrigações contratuais de resultado, dado que nestas (e ao invés do que sucede nas obrigações de meios) a não consecução do resultado faz em regra presumir que foi o devedor que, com o seu descuido e imperícia, frustrou a obtenção do mesmo.

Logo, há quem considere que conceber a obrigação médica como mera obrigação de meios, parece afastar a aplicação desta presunção. De facto, esta destrinça na obrigação a que o médico se vincula, parece permitir enquadrar a sua responsabilidade contratual sem, todavia, presumir a culpa, mas na verdade não é afastada a presunção, apenas é atenuada substancialmente⁴⁰¹.

Assim, e mesmo defendendo-se uma responsabilidade contratual, alguns setores doutrinários e jurisprudenciais recorrem ao regime da prova previsto para a responsabilidade extracontratual⁴⁰², acentuando que, sendo a obrigação médica apenas de meios, o médico somente está adstrito a fornecer ao paciente os melhores cuidados ditados pelas *leges artis*, não se podendo presumir, sem mais, que o dano sofrido pelo paciente derivou de culpa sua⁴⁰³.

Porém, importa mencionar que, os autores que não aceitam a presunção da culpa do médico devedor na responsabilidade contratual não são insensíveis à dificuldade de o paciente fazer prova dessa culpa, admitindo a necessidade de alguma flexibilidade na apreciação da prova a ser levada a cabo por este último.

Até porque, em boa verdade, nada impede que a presunção de culpa sobreviva nas obrigações de meios. Como nos diz ÁLVARO DA CUNHA, “consagrado o art. 799º, nº1, 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 (...) *no domínio da responsabilidade contratual* não

Serviço Médico», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 110-112.

⁴⁰¹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 101.

⁴⁰² Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 127.

⁴⁰³ Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, cit., pág. 140-141; Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2005.

militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que *abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no n.º 1 do art. 799.º do C. Civil*” (itálico nosso)⁴⁰⁴.

Deste modo, no âmbito da obrigação de meios é possível fazer uso da presunção de culpa, não em relação à falha na obtenção do resultado, mas sim relativamente à conduta adotada (tratamento), levando assim a presumir que o médico não agiu com a diligência e perícias devidas⁴⁰⁵.

Sobre isto se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça dizendo que, “não estando em causa a prestação de um resultado, 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 ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente”⁴⁰⁶.

Numa terceira via, há ainda quem entenda que nestas duas modalidades de obrigações, não está em causa a presença ou a ausência da presunção de culpa do devedor, mas sim o alcance e os efeitos da mesma. Deste modo, poderíamos entender, por exemplo, que nas obrigações de resultado, a presunção da culpa do Artigo 799.º do CC se alarga também à ilicitude e ao nexó de causalidade, ao passo que nas obrigações de meios, a presunção restringir-se-á à censurabilidade pessoal da conduta do devedor.

Todavia, não podemos partilhar desta posição, pois seria de maior perplexidade o conceito de uma presunção quase total de responsabilidade, sobretudo no campo médico. Ora, a responsabilidade não pode ser presumida em todos os seus elementos, nem tal desfecho pode assentar no mero facto de o resultado contratado não ter sido obtido. Como tal, o que se sucede não é que a ilicitude e a causalidade se presumam nas obrigações de resultado, é que nas obrigações de meios, os efeitos da presunção são mais limitados face ao que sucede nas de resultado⁴⁰⁷.

A presunção da culpa do médico-devedor não faz com que a posição do paciente-credor fique menos árdua. É que, mesmo que a culpa depois se presuma, tem o paciente que começar

⁴⁰⁴ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, «Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos», *In Direito e justiça*, Volume XIV, Tomo 3, Lisboa, 2000, pág. 182-183.

⁴⁰⁵ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1984, pág. 46; Rute Teixeira PEDRO, «Da tutela do doente lesado: breves reflexões», *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 427, disponível em: file:///C:/Users/jessi/AppData/Local/Temp/A.5_2008_.p.417-460.pdf (consultado em 28/05/2021); André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 426.

⁴⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc. N.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁰⁷ Ricardo Lucas RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 122 e 168.

por fazer prova de que as *leges artis* não foram cumpridas. Acresce que, o facto de se tratar, em alguns casos, de uma obrigação de meios, apesar de isso não inibir o funcionamento da presunção de culpa, certamente que enfraquece os seus efeitos, porque a circunstância de o médico não estar vinculado à obtenção de determinado resultado, torna desde logo muito mais complexo demonstrar que a sua conduta foi ilícita e que deu causa ao dano.

Sem prescindir, os tribunais são desmesuradamente exigentes quanto à prova requerida por parte do paciente lesado, e dificilmente se dão por satisfeitos com os factos por este alegados⁴⁰⁸, embora esta seja uma tendência que se tem vindo a reverter, talvez pelo facto de, hoje em dia, a presunção de culpa do médico-devedor, no exercício privado da medicina, ter ganho terreno na jurisprudência⁴⁰⁹, e seja amplamente defendida pela doutrina⁴¹⁰, mesmo que se entenda que a obrigação do médico se trata de uma obrigação de meios.

De facto, na responsabilidade contratual, existe circunstâncias em que o médico está, naturalmente, melhor preparado para provar os factos relacionados com a sua ciência específica. Pois, como nos explica o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, “*este entendimento não agrava a posição processual do médico*, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clinica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos” (itálico nosso) ⁴¹¹.

Se assim não fosse, isto é, se não existisse esta presunção de culpa do médico, o encargo cairia sobre o paciente-credor, o que seria demasiado pesado, dado que este último teria que fazer

⁴⁰⁸ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 103.

⁴⁰⁹ Um dos primeiros Acórdãos a acolher a presunção da culpa foi o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N.º 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057>; A este respeito também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22/05/2003, Proc. N.º 03P912, Relator Neves Ribeiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6?OpenDocument&Highlight=0,03P912>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc. N.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 27/11/2007, Proc. N.º 07A3426, Relator Rui Maurício, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/626166b7045ca48e802573d1003bec2b?OpenDocument&Highlight=0,07A3426>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. N.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,08A183>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/10/2009, Proc. N.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 01/07/2010, Proc. N.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Baptista, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/815d40917ade315080257753005a9a93?OpenDocument&Highlight=0,398%2F1999>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22/09/2011, Proc. N.º 674/2001.P L.S1, Relator Bettencourt de Faria, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/451c99b649cadcb080257913005b1c9c?OpenDocument&Highlight=0,674%2F2001> (todos consultados em 28/05/2021).

⁴¹⁰ Os autores que propugnam pela aplicação da presunção da culpa ao médico, na responsabilidade contratual são: André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, cit., pág. 422 e ss; Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1984.

⁴¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/01/2007, Proc. N.º 6307/2006-7, Relatora Maria do Rosário Morgado, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b75ff0f7990aee6f8025728e00536586?OpenDocument&Highlight=0,6307%2F2006> (consultado em 28/05/2021).

a prova de questões bastante técnicas, em relação às quais é leigo.

Claro que sempre será possível recorrer a peritos médicos, porém mesmo que se possa contar com o auxílio de algum (dado que não são acessíveis a todos, pois são bastante caros), sempre será o concreto médico que tem a ficha clínica do paciente, que o seguiu desde sempre e que sabe verdadeiramente o que ocorreu. Pelo que, se o perito vier falar, será sempre de um procedimento genérico, defendendo em geral o profissional de saúde, uma vez que são da mesma classe médica, e nunca se saberá, em concreto, o que aconteceu, e em que circunstâncias.

Em suma, a aplicação do Artigo 799º n.º1 do CC à responsabilidade médica, tem dividido a doutrina. Ora, se há quem entenda que no campo médico nunca poderá haver a presunção da culpa⁴¹², por outro lado, outro setor da doutrina defende que a responsabilidade médica contratual não assume especificidades que imponham o afastamento da presunção de culpa⁴¹³.

Esta cisão verifica-se igualmente na jurisprudência, *inclusive* na dos tribunais superiores, tornando-se impossível conseguir prever a qual destas posições irá o tribunal da causa aderir e, por conseguinte, ter algum tipo de prognóstico em relação ao desfecho da lide.

Em relação à *presunção de culpa na responsabilidade extracontratual do Estado*, o Artigo 10º da Lei nº 67/2007 (atual regime da responsabilidade extracontratual do Estado) consagra o seu modelo próprio de aferição da culpa. Esta norma estabelece que “a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”. Como tal, é usado o critério do homem médio, típico do Código Civil, mas aqui sublinhando o aspeto funcional da culpa, isto é, a circunstância de o facto em causa ter sido cometido no exercício de funções ou por causa delas.

Por outro lado, este preceito legal estipula uma presunção de culpa específica, quando diz no seu n.º 2 que “sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”.

Acresce que, nos termos do n.º3 “ (...) também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”, tal como de resto já ocorre na lei civil.

⁴¹² João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 255; Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Edição AAFDL, 1996, pág. 137.

⁴¹³ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1984, pág. 46; André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, cit., pág. 42 e ss; Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, «Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos», *In Direito e justiça*, Volume XIV, Tomo 3, Lisboa, 2000, págs. 182, 183 e 209.

Importa ainda mencionar que, nos termos do Artigo 7º n.º3 do mesmo preceito legal se presume a culpa do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, 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”.

Isto constitui a adoção, por parte do Direito Português, de um conceito há muito vigente no Direito Francês, e constante de quase todo o Direito Europeu, que é a *faute du service*, ou culpa do serviço⁴¹⁴, que tem em vista compensar os particulares que hajam sofrido um dano cujo autor é desconhecido (dano anónimo), mas que parte de um serviço público. Funcionará também em casos em que o dano não é imputável à conduta de um indivíduo (ou vários), mas antes ao próprio serviço administrativo.

Por sua vez, a *presunção de culpa fundada na perigosidade dos meios ou da atividade*, surge no ordenamento civil no Artigo 493º n.º2 do CC, dispondo o seguinte: “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”.

Ora, nestes casos, cabe ao médico ilidir esta presunção, demonstrando que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias.

Por conseguinte, não está aqui em causa uma responsabilidade objetiva, quanto muito será, como aponta LUIS PIRES DE SOUSA, uma responsabilidade subjetiva agravada ou objetiva atenuada⁴¹⁵. Isto porque, não basta ao agente comprovar que agiu com a diligência do homem médio, nem mesmo demonstrar que ainda que tivesse atuado diligentemente o dano teria ocorrido de qualquer forma, sendo necessário que o réu ateste que empregou todas as diligências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as evitar⁴¹⁶.

Esta presunção desdobra-se em duas distintas secções, conforme se pode retirar da letra da norma, que enuncia a natureza perigosa da atividade e, por outro lado, dos instrumentos utilizados. Quanto à primeira, referente à natureza da atividade, a doutrina e a jurisprudência têm

⁴¹⁴ Daniela Sofia Gomes COSTA, *A culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2018, pág. 44-56

⁴¹⁵ Luís Pires de SOUSA, «O ónus de prova na responsabilidade civil médica», *In Data Venia – Revista Jurídica Digital*, cit., pág. 28.

⁴¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 13/03/2007, Proc. N.º 07A96, Relator Nuno Cameira, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef9fc65335171bd2802572b300466b33?OpenDocument&Highlight=0,07A96> (consultado em 28/05/2021).

concordado que, embora tendo em conta os riscos inerentes da atividade médica, seria inoportável classificar toda ela como “perigosa”.

Pois, a consideração da Medicina como perigosa, para efeitos de presunção de culpa do médico, em toda e qualquer situação inibiria por completo a atividade médica.

Como nos diz o Supremo Tribunal Administrativo, “Incumbe ao A. a prova dos factos constitutivos do seu direito, "maxime" da culpa dos agentes do R., já que não se podendo considerar o exercício da medicina uma actividade perigosa por sua própria natureza, não beneficiava o A. da presunção de culpa estatuída no n. 2 do art. 493 do C. Civil”⁴¹⁷.

Como tal, a presunção plasmada no Artigo 493º nº2 do CC não abarca todos os domínios da atividade médica, mas apenas aqueles que tratam de procedimentos particularmente arriscados face ao comum dos atos médicos.

Cabem neste leque de casos especiais, a realização de operações ousadas, como operações de enxerto e de transplante de órgãos. Também já se considerou que as operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen são subsumíveis nas atividades perigosas, conforme Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁴¹⁸.

VERA LÚCIA RAPOSO, considera que “o acórdão não fundamenta devidamente esta conclusão e é dúbio a respeito daquilo que efetivamente considera perigoso”. Pois, no seu texto afirma-se, sem posteriores esclarecimentos, que “um dos casos de presunção de culpa é precisamente a da atividade médico-cirúrgica, atenta a natureza de atividade perigosa quer pelo objetivo prosseguido quer pelos meios utilizados – art. 493º nº2 do CC”, o que parece dar a entender que qualquer intervenção cirúrgica reclama esta presunção⁴¹⁹.

Contudo, certamente que o tribunal se exprimiu mal, pois é pouco credível que o STJ pretenda aplicar esta presunção de culpa a toda e qualquer atividade cirúrgica, mas apenas às operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen.

Em relação à segunda modalidade que esta presunção pode revestir, referente aos instrumentos utilizados, nestes casos, a falta médica resulta dos instrumentos empregues e não propriamente de um comportamento. Ainda assim, a responsabilidade recai, também ela, no médico (Artigo 493º nº2 do CC), pois é este que detém o dever de prudência e diligência,

⁴¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 10/12/1992, Proc. N° 030514, Relator Queiroga Chaves, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8478d2c334c627c9802568fc0038e8ba?OpenDocument&Highlight=0,030514> (consultado em 28/05/2021).

⁴¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 09/12/2008, Proc. N° 08A3323, Relator Mário Cruz, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1558da44bb1b0c5e8025751b004e9916?OpenDocument&Highlight=0,08A3323> (consultado em 28/05/2021).

⁴¹⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, cit.*, pág. 107-108.

especificamente em relação ao manuseamento de tais instrumentos perigosos⁴²⁰.

Referimo-nos à realização de tratamentos médicos com Raio X e ondas curtas, ou à utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodialise, de incubadoras, de bisturis elétricos, de aparelhos para tratamento com radiação ou para tratamento dentário com broca.

Um dos primeiros acórdãos em que Supremo Tribunal de Justiça aplicou esta presunção, foi num caso de responsabilidade médica por queimaduras graves provocadas no paciente, pela utilização de um cauterizador elétrico (logo, um instrumento perigoso), que poderia ser ilidida pelo médico, fazendo prova de que tomou todas as medidas para evitar tal consequência⁴²¹.

Da mesma forma, quando um doente que faz hemodiálise vem a falecer por intoxicação alumínica, deve o médico ser responsabilizado, pois sobre ele incumbia o dever de cuidar da qualidade dos meios que usa, pelo que deveria ter chamado a atenção do hospital para deficiências no respetivo funcionamento do aparelho. Aliás, este bem poderá ser um caso de responsabilidade solidária entre o médico e o hospital.

Outro acórdão semelhante, é o do Supremo Tribunal Administrativo, em que um médico chefe e um coordenador da Unidade de Hemodiálise sofreram a aplicação de uma pena disciplinar pela Ordem dos Médicos, precisamente por não terem acompanhado a situação médica dos hemodialisados, não terem valorizado os resultados de aluminémia, não terem cumprido e instituído a prática de anotações clínicas de revisão e não terem determinado o estudo do parâmetro alumínio nas águas, tendo conhecimento e permitido a técnica de *by-pass*, comportamentos esses que estiveram na origem de várias intoxicações alumínicas, das quais sobreveio a morte de onze doentes do serviço de diálise⁴²².

Sem prescindir, importa mencionar que, se, por exemplo, houver hemofílicos contagiados com o vírus do HIV-1, por via de transfusões de sangue, o caso é diferente, havendo aqui uma divergência sobre quem recai a responsabilidade. Pois, se há quem ache que o que temos é um facto que transcende o médico, pelo que a responsabilidade caberá àqueles que produziram o produto ou autorizaram o seu uso⁴²³, por outro há quem considere, que a transfusão de sangue é uma atividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios que utiliza, pelo que a responsabilidade recai sobre aquele que a desempenha.

⁴²⁰ J.A. Esperança PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, Lisboa: Lidel, 2003, pág. 6; Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica», *In Direito da Saúde e Bioética, cit.*, pág. 138.

⁴²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/02/1992, Proc. N.º 080855, Relator Rui Brito, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a796a2559184d34802568fc003a07e3?OpenDocument&Highlight=0,080855> (consultado em 28/05/2021).

⁴²² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 08/04/1997, Recurso N.º 36 790.

⁴²³ Lesseps Lourenço dos REYS, «Ética Médica, Responsabilidade Civil dos Médicos», *In RFML, Série III, n.º 5, Vol. V, pág. 309-310.*

Por outro lado, importa analisar a *presunção de culpa derivada do princípio da proximidade da prova*, enunciada no Artigo 344º n.º2 do CC, que declara existir “também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”.

Deste modo, o princípio da proximidade da prova destina-se a inverter o ónus da prova quando o comportamento culposo de uma das partes dificulte a demonstração de certos factos pela outra.

Assim, esta presunção surge nos casos em que, tendo em mente o dever de colaboração para a descoberta da verdade (nos termos dos Artigo 519º do CPC), uma das partes destrói, deturpa ou impossibilita, de qualquer modo, os meios de prova da parte contrária⁴²⁴.

Esta é uma situação que facilmente acontece nos processos de responsabilidade médica, uma vez que a posição do lesado depende em boa medida do conteúdo do seu processo clínico (dos vários exames que realizou, dos relatórios médicos, das anotações na ficha clínica, etc). Como tal, esta regra surgiu precisamente como forma de prevenir a destruição, desaparecimento ou alteração desses documentos constantes do processo clínico do paciente, pois este é um meio de prova fulcral nesta sede. Desta forma, evitava-se casos em que o médico ocultasse a ficha clínica do paciente, ou aqueles em que destruísse a compressa que ficara no doente, que seria necessária para demonstrar certo facto.

Falamos aqui também de casos em que se verifica que a documentação relativa ao processo clínico do paciente é insuficiente, e em casos extremos, inexistente, sendo tal conduta imputável, obviamente, ao médico, pois era este que estava obrigado pelas *leges artis* a manter o processo completo e atualizado.

Foi o que ocorreu num caso apreciado pela *Corte di Cassazione Italiana*, em 2004, onde uma criança deu entrada nas urgências de um hospital, por se ter acidentalmente cortado com um copo, e havia a possibilidade de se ter estabelecido um diagnóstico erróneo, uma vez que a ficha clínica do paciente não tinha os dados necessários.

Por esse motivo, o tribunal tinha absolvido os médicos, pois no seu entender, havia

⁴²⁴ André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 785.

insuficiência de informações bastantes para afirmar a respetiva culpa, insuficiência esta derivada do facto de o processo clínico do paciente estar bastante incompleto.

Todavia a *Corte di Cassazione* decidiu em sentido oposto, considerando que “ *tais lacunas não podem ser utilizadas para considerar não efetuada a prova da existência da sua culpa (...)* dado que o médico tem a obrigação de verificar que o processo clínico está completo e exato, e a violação de uma tal obrigação configura uma falta de diligência” (tradução livre e itálico nosso)⁴²⁵.

Nesta linha de argumentação, o tribunal romano afirmou que “quando não seja possível estabelecer com absoluta exatidão se um dano sofrido por um paciente foi causado pela imperícia do médico ou por outras causas, e a incerteza derive do carácter incompleto do processo clínico ou do não cumprimento de outros deveres que recaiam sobre o médico, *este último deve considerar-se responsável pelo dano, desde que a sua conduta seja abstratamente idónea a causá-lo*” (tradução livre e itálico nosso)⁴²⁶.

Muito recentemente, o Tribunal Supremo Espanhol condenou, igualmente, um hospital público por má prática médica, precisamente com base nesta presunção. No caso tratava-se das graves sequelas apresentadas por uma recém-nascida, eventualmente derivadas da deficiente assistência sanitária prestada durante o parto. No caso em concreto, os lesados não conseguiram fazer prova cabal deste facto, dado que na história clínica da gestante não constavam vários dados relacionados com o parto e com o imediato pós-parto que poderiam fundamentar semelhante conclusão, nem sequer tais dados foram aportados para o processo pelo réu-hospital.

Por conseguinte, o Tribunal Supremo Espanhol considerou que o Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anteriormente recusara o recurso por entender que não fora feita prova da violação das *leges artis* pelo hospital, deveria ter tido em conta que o fracasso da prova resultara precisamente da incompletude dos registos médicos. Ora, e uma vez que é sobre o hospital que recai o encargo de disponibilizar os referidos meios de prova, deve também ser este último a arcar com os prejuízos da dúvida com que o tribunal se debate na aferição de uma eventual violação das *leges artis*. Desta forma, o tribunal usou o funcionamento de uma presunção de culpa, para presumir também a ilicitude.

De facto, esta presunção da culpa acaba por funcionar, tal como muitas das restantes presunções de culpa que acima analisamos, como uma presunção de ilicitude. Esta extensão da

⁴²⁵ Corte di Cassazione, Sentenza n. 12273 del 05/07/2004, Rv.574125. Esta é uma doutrina bastante frequente na jurisprudência italiana, já antes afirmada nas seguintes decisões: Corte di Cassazione, Sentenza n. 12102 del 13/09/2000; Corte di Cassazione, Sentenza n. 11316 del 21/07/2003, e posteriormente repetida em várias outras, designadamente: Tribunale di Roma, Sentenza n. 1369 del 23/01/2007 e Corte di Cassazione, Sentenza n. 577 del 11/01/2008.

⁴²⁶ Tribunale di Roma, Sentenza n. 1369 del 23/01/2007.

presunção ficou patente numa decisão em que a pretensão dos autores pressupunha que se fizesse prova de que o feto estaria já em sofrimento antes do início do período de expulsão. Contudo, este facto só poderia ser demonstrado mediante análise do registo cartográfico, o qual estava à guarda dos réus e desapareceu no entretanto. Como tal, o tribunal deu por provada a culpa e a ilicitude, com base no Artigo 344 n.º 2 do CC⁴²⁷.

O Tribunal Central Administrativo Norte aplicou também esta presunção de culpa ao réu hospital, por não ter apresentado os exames e registos do cardiocógrafa relativos à autora, à data parturiente internada no hospital, impedindo desta forma o perito médico de se pronunciar com rigor sobre a atuação do hospital. O funcionamento desta presunção de culpa foi certamente decisiva para a condenação, por culpa e ilicitude, do hospital⁴²⁸.

Apesar da aparente simplicidade deste mecanismo, a interpretação da norma revela algumas dúvidas. A primeira prende-se com o grau de culpa manifestado por aquele que dificulta a prova ao outro. Na ponderação sobre se se deveria exigir uma conduta dolosa ou meramente negligente, a doutrina tem entendido que será bastante uma mera culpa para colocar em funcionamento esta presunção, uma vez que o Artigo 344 n.º 2 do CC, mais do que um mecanismo sancionador do agente que obstaculiza a prova, pretende também ser uma forma de atenuar as dificuldades daquele que se vê impedido de fazer a prova dos factos, independentemente de qual tenha sido o contributo culposo do outro para esse desfecho⁴²⁹.

A segunda dúvida prende-se com o facto de saber se esta presunção funciona sempre que a prova se torna mais difícil de fazer ou apenas quando seja de todo impossível. Sobre isto, a letra da lei parece clara, quando nos encaminha no sentido da impossibilidade (“tiver culposamente tornado impossível”)⁴³⁰. Contudo, resta saber quando é que a prova se torna impossível. Será que a norma se refere aos casos em que apenas existia um único meio de prova e que desapareceu? Ou quando o que desapareceu foi o meio de prova mais decisivo, de entre os vários que o autor tinha à sua disposição?

De facto, não é possível fornecer aqui uma resposta de validade geral, sendo que tudo dependerá do grau de relevância da prova impossibilitada em confronto com os outros eventuais

⁴²⁷ Decisão do Tribunal Administrativo de Circulo do Porto, datado de 24/05/2012, Proc. N.º 0576/10.

⁴²⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 25/01/2013, Proc. N.º 00209/05.0BEBRG, Relator Antero Pires Salvador, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/198c6bbaa68bb37b80257b0200688268?OpenDocument&Highlight=0,00209%2F05.0BEBRG> (consultado em 28/05/2021).

⁴²⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 109-112; André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 784-785; Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pág. 365-366.

⁴³⁰ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pág. 366.

meios ainda disponíveis de prova.

Sem prescindir, importa notar que a entrega dos meios de prova não representa para o médico um mero ónus para evitar a presunção de culpa, mas sim um verdadeiro dever de colaboração para a descoberta da verdade (Artigo 519º nº1 do CPC), que sobre ele impende de tal modo que lhe cabe facultar ao tribunal todos os meios de prova que estejam ao seu alcance. Tanto que, em caso de recusa pode este último apreciar a sua conduta, para os pertinentes efeitos probatórios.

Assim, quando um médico viole o dever de colaboração, arrisca-se a diversas consequências prejudiciais, tais como a aplicação de uma multa ou um desfecho negativo derivado da livre apreciação da prova por parte do tribunal (Artigo 519º nº2 do CPC).

Em relação à *presunção de culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem* (Artigo 491º do CC), esta pode assumir especial relevância em hospitais psiquiátricos ou em situações de internamento de pessoas com problemas de adição (designadamente alcoólica ou drogas) que causem danos a terceiros.

De facto, o Artigo 491º do CC abre uma exceção à regra do nº1 do Artigo 487º CC., não se alterando, contudo, o princípio do Artigo 483º CC de que a responsabilidade depende de culpa, pelo que se configura ainda uma situação de responsabilidade delitual.

Trata-se, neste caso, não de uma responsabilidade objectiva ou por facto de outrem, mas por facto próprio, baseada na presunção ilidível de um dever de vigilância (*culpa in vigilando*).

Com efeito, a norma do Artigo 491º do CC contempla uma situação específica de responsabilidade subjectiva pela omissão, assentando na ideia de que não foram tomadas as necessárias precauções para evitar o dano, por omissão do dever de vigilância.

A previsão deste preceito legal abrange as situações de incapacidade natural, não redutível à inimputabilidade, que a lei presume nos menores de sete anos, aplicando-se tanto a menores inimputáveis, como a menores imputáveis. Pois, como a incapacidade natural nem sempre corresponde à inimputabilidade, pode cumular-se a responsabilidade do incapaz e a da pessoa obrigada à vigilância, caso em que ambas respondem solidariamente, nos termos do Artigo 497º do CC.

Os pressupostos do art. 491º do CC são os seguintes: a existência de uma obrigação (legal ou convencional) de vigilância a cargo de um sujeito; a prática de um facto ilícito por parte do vigilando e a causação de um dano a terceiro.

Ao lesado apenas compete provar (Artigo 342º nº1 do CC) a existência do dever de vigilância e do dano causado pelo acto antijurídico (ilícito) da pessoa a vigiar. Ao obrigado à vigilância cabe ilidir a presunção, ou seja, a prova liberatória: demonstrar que cumpriu o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse cumprido (relevância negativa da causa virtual do dano)⁴³¹.

Tem sido problemática, até por razões sociológicas, a compreensão do dever de vigilância, nomeadamente quanto a saber se se trata da «vigilância do momento» (em que ocorreu o facto danoso) ou antes uma «vigilância anterior», reportada à educação e transmissão de regras de comportamento social, cujo exercício começa antes da produção do resultado danoso.

Na indagação do conceito operatório da vigilância deve adotar-se uma síntese de ambas as posições, sendo certo que varia em função das concepções socioculturais dominantes, apelando-se então ao “padrão de conduta exigível”, com suficiente plasticidade, impondo-se a indagação casuística e a convocação do “pensamento tópico”, pelo que importa valorar, designadamente, a idade do incapaz, a perigosidade da actividade, a disponibilidade dos métodos preventivos, a relação de confiança e proximidade e a previsibilidade do dano.

Esta presunção teve repercussão num Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, onde a menor G estava a brincar com outras crianças na rua, quando foi embatida pela bicicleta conduzida a alta velocidade pelo menor S, filho dos réus, sofrendo lesões que motivaram o seu internamento hospitalar. Ora, os autores acusaram os réus, na qualidade de pais e legais representantes do menor, como responsáveis pela indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais, por violação destes do dever de vigilância do filho menor. Contudo, o Tribunal decidiu que, no caso em concreto, “a circunstância de um menor de 9 anos de idade andar de bicicleta numa rua (em alcatrão, com 3 metros de largura), sem saída, junto de casa, onde apenas raramente circulam veículos dos residentes não justifica, segundo o critério do padrão de conduta exigível, um dever de vigilância apertado, de presença física dos pais, contrariamente ao reclamado pelos Apelantes”. Mencionaram ainda a existência de uma “evidente contradição dos Apelantes ao reivindicarem uma falta de vigilância dos pais em relação ao menor S, de 9 anos de idade, mas já não no tocante à menor lesada, de apenas 3 anos de idade, por parte dos Autores, seus pais, quando, na verdade, por ali se encontrava sem a presença de qualquer adulto, apesar da tenra idade”⁴³².

⁴³¹ Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância», *In BMJ*, n.º 85, 1959, pág. 424.

⁴³² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 17/09/2013, Proc. N.º 2654/03.7TBPBL.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/556a88ae96d432d880257bfe00484cfb?OpenDocument&Highlight=0,265>

Por último, e em relação à *presunção de culpa do detentor da coisa* (Artigo 493º n.º1 do CC), esta afigura-se de grande importância para solucionar questões ligadas a danos causados por material hospitalar, instrumentos médicos, ou mesmo medicamentos e dispositivos médicos. Esta presunção já foi exaustivamente debatida na presunção de culpa do Artigo 493º n.º2 do CC, uma vez que alguns autores configuram a existência de uma só presunção, dividindo posteriormente em duas secções: a dos procedimentos particularmente arriscados (atividade perigosa) e a dos instrumentos perigosos (coisa/ meio perigoso), ao passo que outros configuram-na autonomamente.

- **Presunções Judiciais:**

Para além das presunções legais de culpa, existem também as *presunções judiciais* (naturais, ou de facto), baseadas nos princípios da experiência habitual e no normal decorrer dos eventos, fundando-se o julgador, à luz do princípio da livre apreciação da prova, nessas normas da vida comum para dar como provado ou não provado determinado facto. As presunções judiciais que existem são: a presunção de culpa nas obrigações de resultados; a presunção de culpa nas intervenções simples; a presunção de culpa justificada nas teorias da prova *Prima Facie*, da *Res Ipsa Loquitur* e da *Faute Virtuelle*; e a presunção de culpa do médico especialista.

Começando pela *presunção de culpa nas obrigações de resultados*, todos nós sabemos que no âmbito da responsabilidade contratual é usual distinguir-se entre uma obrigação de meios (na qual o devedor apenas se compromete a desenvolver de forma diligente certa atividade ou a alcançar certo objetivo, mas sem garantir a sua efetiva realização) e uma obrigação de resultados (que se traduz na vinculação que recai sobre o devedor de atingir o objetivo proposto).

Aplicando estes conceitos à responsabilidade médica, concluímos que temos uma obrigação de meios, quando o objeto da prestação do médico é apenas uma ação prudente e diligente, segundo as *leges artis*; ao passo que, temos uma obrigação de resultado, quando se exige a obtenção de um certo efeito ou objetivo.

Esta distinção acarreta consequências relevantes, pois sendo a obrigação médica uma obrigação de meios, e não de resultados, o ónus da prova da culpa recai em princípio sobre o lesado. Isto porque, não sendo possível exigir ao devedor um resultado, mas somente uma conduta

4%2F03.7TBPBL.C1 (consultado em 28/05/2021).

prudente, tão pouco se poderá imputar-lhe uma presunção de culpa por falta ou intangibilidade desse resultado.

De facto, tem-se entendido que “a prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida, em função do serviço que se propôs prestar”⁴³³.

Ora, em regra o médico apenas se obriga a utilizar os meios mais adequados a tratar o paciente, de acordo com o estado dos conhecimentos científicos que possui⁴³⁴. Logo ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento.

Todavia, hoje em dia entende-se maioritariamente que, mesmo que a obrigação médica se trate de uma mera obrigação de meios, sempre que a responsabilidade médica se funde num contrato não se afasta a presunção de culpa⁴³⁵.

Por isso é que, a presunção de culpa do devedor típica das obrigações de resultado, não é afastada pela configuração da obrigação do médico como uma obrigação de meios, pois que, nestes casos “*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, ainda que não seja a cura, é o próprio tratamento*” (itálico nosso)⁴³⁶. Como tal, o que se sucede é que, simplesmente, os efeitos desta presunção acabam por ser mais evidentes nas obrigações de resultado, mas não quer dizer que não possam ser aplicáveis às obrigações de meios.

Assim, podemos dizer que fora as chamadas prestações rotineiras, o médico apenas se obriga a tratar o paciente e não a cura-lo. Pode porém acontecer que, o médico garanta a cura, assumindo assim uma obrigação de resultado. Isto acontece, normalmente, quando o médico cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer,

⁴³³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/09/2007, Proc N° 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument&Highlight=0,07A2334> (consultado em 28/05/2021).

⁴³⁴ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *In Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1984, pág. 45; Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pág. 125-126.

⁴³⁵ Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *In Separata do "Boletim do Ministério da Justiça"*, cit., pág. 46; Rute Teixeira PEDRO, *Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões*, 2008, pág. 427, disponível em: file:///C:/Users/jessi/AppData/Local/Temp/A.5__2008___.p.417-460-1.pdf (consultado em 28/05/2021); André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 426.

⁴³⁶ Álvaro da Cunha RODRIGUES, «Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos», *In Revista Direito e Justiça*, n°3, ano XIV, 2000, pág. 182-183. A aplicação da presunção de culpa a uma obrigação de meios pode encontrar-se num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 24/02/2011, Proc. N° 674/2001.P1, Relator Filipe Caroco, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cf383801be67621b8025785300349f49?OpenDocument&Highlight=0,674%2F2001.P1> (consultado em 14/06/2021).

obtendo dele o seu consentimento.

Ora, vemos isto num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, onde a obrigação do médico assume uma obrigação de resultado, pois que o médico depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afetava, da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa também de que se tratava de uma simples intervenção cirúrgica, que repararia o dedo mínimo esquerdo da mão e que eliminaria a «contração de Dupuytren», assegurando assim a cura⁴³⁷.

Tem-se igualmente considerado que o fabrico de próteses configura uma obrigação de resultado, ainda que a sua aplicação ao organismo do paciente seja uma obrigação de meios, uma vez que nunca se sabe como vai o organismo reagir⁴³⁸.

Acresce que, atendendo ao elevado grau de especialização técnica alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza é praticamente nula, fala-se também em obrigações de resultado para esses casos.

Novamente num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, vemos que “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 relatórios sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo dessa pessoa”, sendo que se um médico analista “fornece ao cliente um resultado cientificamente errado, então, temos que concluir que atuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erros de análise”⁴³⁹.

Todavia, nem todos os autores concordam quanto ao uso da presunção nestas situações, pois dizem que a questão não é assim tão linear, uma vez que nem todos os exames realizados contam com o mesmo grau de exatidão. Existem, pois, exames profundamente complexos, nos quais a tecnologia não está ainda suficientemente desenvolvida, pelo que devem escapar a esta presunção de culpa.

Reiteramos que a cirurgia estética também é por vezes considerada uma obrigação de resultado, dado que apenas o resultado interessa ao paciente. Como nos diz o Supremo Tribunal de Justiça, “em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação

⁴³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N.º 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

⁴³⁸ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 100.

⁴³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. N.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,08A183>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11/09/2007, Proc N.º 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument&Highlight=0,1360%2F2007-7> (todos consultados em 28/05/2021).

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”*. Acrescenta dizendo que *“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”* (itálico nosso).

De facto, nestas circunstâncias, o paciente não se encontra no dilema de atenuar um estado de doença, com os consequentes riscos daí advindos ou, em alternativa, deixar a doença seguir o seu curso. Isso acontece nas intervenções terapêuticas, em que o paciente ou se sujeita ao risco de uma intervenção que pode ser mal sucedida, ou aceita passivamente a degradação do estado de doença, uma vez que não se espera outro desfecho senão a deterioração progressiva do estado de saúde, ou mesmo a morte.

Em contrapartida, nas intervenções cirúrgicas plásticas puramente estéticas, ou se realiza o resultado pretendido ou não vale de todo a pena correr aquele risco, já que o ponto de partida do paciente era um estado saudável. Por isso é que a ausência de resultado ou um resultado completamente desajustado, são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação, pois parte-se do pressuposto de que a intervenção não serve para parar ou regredir algum estado de doença, mas sim para acrescentar algo a um estado de saúde que já era saudável, e que mesmo que nada fosse feito, permaneceria assim. Pelo que, o objetivo da intervenção não é criar uma situação de perigo na saúde, que anteriormente não existia, mas sim alcançar um objetivo estético pretendido pelo paciente, servindo somente para isso.

Note-se que esta tese vale somente para a cirurgia estética de embelezamento, pois a cirurgia estética reconstrutiva exprime sempre uma obrigação de meios, por assumir predominantemente pendor terapêutico. Este é o caso das reconstruções mamárias após uma mastectomia. Referimos isto porque, muitas vezes, estas intervenções implicam inclusivamente uma atuação na mama que não foi masectomizada, de forma a torna-la simétrica com a outra, o verdadeiro alvo da reconstrução mamária. Todavia, não é por isto que a ação deixa de ser terapêutica, pelo que não valem aqui as exigências quanto ao resultado, que apontamos às intervenções puramente estéticas.

Contudo, importa aqui referir que a jurisprudência italiana tem remetido as intervenções puramente estéticas para o leque das obrigações de meios. Isto porque, a Corte di Cassazione não configura uma violação contratual imputável ao cirurgião estético, aquele resultado que,

embora negativo, resultou da obediência às *leges artis*, desde que tal resultado se pudesse considerar um efeito inevitável da intervenção⁴⁴⁰.

Concorda com isto um Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, quando formula o seguinte raciocínio, para descrever a chamada obrigação de resultado: “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, alguma margem de não coincidência total com a imagem ideal pode verificar-se sem que tal possa, por si, constituir responsabilidade para o cirurgião. Isto porque, 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 pactue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe”⁴⁴¹.

Em relação às cirurgias que comportam uma margem mínima de risco e sejam de execução simples (como a remoção de quistos sebáceos, apendicites, etc.), considera-se existir uma obrigação de resultado⁴⁴².

São ainda apontadas como obrigações de resultado, as intervenções destinadas a alterar atividades biológicas de cariz sexual (vasectomia, laqueação das trompas, etc.), porque também aqui se entende que, não sendo uma situação de risco para a vida ou para a saúde, o paciente só deseja aquele resultado e tudo o que fique a quem será considerado um fracasso.

Vejamos porém, um Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, num caso de laqueação das trompas. Ora, tudo indicava trata-se de uma obrigação de resultado, pois a laqueação versava não só sobre um ato médico simples, como era também um dos tais atos que tinha em vista modificar as funções reprodutivas. Todavia, o tribunal entendeu que “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”, sendo portanto uma mera obrigação de meios.

Nos últimos anos tem-se desenhado uma corrente jurisprudencial que aponta, em termos gerais, ao médico especialista, uma obrigação de resultado. Sobre isto importa ver o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que diz: “ *se se tratar de médico especialista*, (v.g. um médico

⁴⁴⁰ Corte di Cassazione, Sentenza n. 22327 del 24/10/2007; e Corte di Cassazione, Sentenza n. 12253 del 03/12/1997.

⁴⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/10/2007, Proc. N.º 6068/2007-7, Relatora Isabel Salgado, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f540daebb46028a980257399005b9dbf?OpenDocument&Highlight=0,6068%2F2007> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁴² Luís Pires de SOUSA, «O ónus de prova na responsabilidade civil médica», *In Data Venia – Revista Jurídica Digital*, n.º 08, Ano 6, Junho de 2018, pág. 29-30, disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf (consultado em 28/05/2021).

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”, restando-lhe a ele ilidir essa presunção (itálico nosso)⁴⁴³.

Por último, uma outra via de conceber a obrigação do médico como uma obrigação de resultado é apelando à teoria da perda de *chance*. Neste entendimento, o médico vincula-se a preservar o doente de riscos negligentes, isto é, a não destruir as *chances* do paciente de obter o fim visado pelo ato médico⁴⁴⁴, de modo que este seria o resultado garantido.

Logo, quando não seja possível demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e a lesão sofrida pelo paciente, ainda assim poderá ser provado que o médico destruiu as possibilidades de êxito da cura do paciente, cabendo então ao médico provar que assumiu a diligência exigível e que as *chances* fracassaram por circunstâncias que escapam ao seu poder⁴⁴⁵.

Isto ocorre porque, embora a teoria da perda de *chance* vise essencialmente facilitar a prova do nexo de causalidade, acaba por igualmente permitir a presunção da culpa quando se considere que a diminuição das *chances* terapêuticas constituiu um desvio face ao resultado pretendido.

Este alastramento da área de incidência da obrigação de resultados deve-se à nota apontada pela Corte de Cassação italiana, de que “a distinção entre obrigação de meios e resultados não tem nenhum impacto sobre o regime de responsabilidade em áreas onde o praticante é obrigado a cumprir com parâmetros muito rigorosos de profissionalismo, notando-se ao mesmo tempo que o *standard* de diligência do profissional tem crescido consideravelmente” (tradução livre)⁴⁴⁶.

Aliás, numa decisão, a Corte de Cassação refere expressamente que: “para o profissional, e conseqüentemente para a unidade de saúde, não vale por conseguinte invocar, a fim de que se alcance a ausência de responsabilidade, a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, alegando que as suas atividades devem ser incluídas entre as primeiras, e que por isso

⁴⁴³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/10/2010, Proc. N.º 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument&Highlight=0,1364%2F05> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁴⁴ Rute Teixeira PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões», *In Revista da FDUP*, A.5, 2008, pág. 449, disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49897 (consultado em 28/05/2021).

⁴⁴⁵ Rute Teixeira PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões», *In Revista da FDUP, cit.*, pág. 450-452.

⁴⁴⁶ Corte di Cassazione, Sentenza n. 15781 del 28/07/2005.

não tem que responder pela não realização do resultado” (tradução livre)⁴⁴⁷.

A recusa da distinção entre obrigações de meios e de resultado não é inédita entre nós. Tanto que, já foi expressamente recusada pela doutrina, atendendo à complexidade da distinção e às dificuldades da mesma derivada.

Segundo CARLOS ALMEIDA, “além de considerar que no nosso direito *tal distinção entre obrigações de meios e de resultado pode constituir elemento de perturbação face à presunção de culpa do devedor* genericamente estabelecida pelo art.º 799º n.º1 do CC, considera que tal distinção acaba por ser fonte de confusões ou imprecisões que pretenderia evitar, pelo que é preferível renunciar a ela” (itálico nosso)⁴⁴⁸.

De facto, parece-nos que a posição mais sensata é as obrigações médicas serem essencialmente de meios, sobretudo quando nos reportamos a medicina, onde as eventualidades não controláveis podem ser tantas e tão complexas que se revela inadequado, e demasiado oneroso, vincular o médico a atingir certo resultado, quando se sabe que múltiplos e incontroláveis fatores se podem intrometer nesse propósito. Porém, esta distinção de obrigações não deve nunca afastar a aplicação da presunção de culpa do devedor (do Artigo 799º) às obrigações de meios, pois esta pode, e deve, ser aplicada em ambas, independentemente do objetivo ser o tratamento, ou a cura.

Em relação à *presunção de culpa nas intervenções simples*, esta tem sido sugerida por alguns autores⁴⁴⁹, e acolhida em várias decisões judiciais ⁴⁵⁰, com o argumento de que, neste tipo de atuações, o médico se compromete a atingir um determinado resultado, e como tal, estamos no âmbito das presunções de culpa das obrigações de resultado.

Foi sobretudo a doutrina e jurisprudência italianas, que desenvolveram esta teoria e a acolheram no art. 2236º do Código Civil italiano. Como disse a Corte de Cassação, “da facilidade da intervenção e do resultado funesto como presunção de culpa *tout court* resultou o primeiro passo rumo à transformação substancial da obrigação do profissional, de obrigação de meios em obrigação de resultado” (tradução livre)⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Corte di Cassazione, Sentenza n. 8826 del 13/04/2007.

⁴⁴⁸ Carlos Ferreira de ALMEIDA, «Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico», *In Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pág. 111.

⁴⁴⁹ Manuel do Rosário NUNES, *O ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 41-42.

⁴⁵⁰ Como no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N.º 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057>; e no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. N.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,08A183> (todos consultados em 28/05/2021).

⁴⁵¹ Corte di Cassazione, Sentenza n. 9471 del 19/05/2004.

Neste âmbito, VERA LÚCIA RAPOSO⁴⁵² explica esta tese, desenvolvida pela doutrina e jurisprudência italianas, e entre nós apoiada por parte da doutrina⁴⁵³ e da jurisprudência, dizendo que as intervenções médicas consideradas simples e em que se verifique a produção do dano, se possa presumir a culpa do médico. Esta é uma tese que, embora possa ser fundada na teoria da prova *prima facie* e semelhantes, pode também retornar ao n.º 1 do art. 799º do CC e ao intenso debate em torno do tipo de obrigação assumida pelo médico.

Esta teoria funda-se na simplicidade do procedimento, sendo pouco expectável que dele advenham resultados nefastos. Assim, caso estes resultados se verifiquem, será provável à luz da lógica e das regras da normalidade, que tal se deveu à negligência do médico que atuou.

A ideia central desta presunção prende-se com o facto de o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica se deve distribuir de acordo com a complexidade da intervenção em causa. Deste modo, numa intervenção mais complexa cabe ao médico alegar e provar este qualificativo, mas é ao paciente que incumbe alegar e provar que o médico atuou (em termos de causalidade adequada) de forma ilícita e culposa e que, por via disso, lhe provocou um dano. Ao passo que, se o paciente conseguir demonstrar que a intervenção era rotineira e não acarretava dificuldades maiores, já o tribunal pode presumir a culpa do médico, presunção essa que cabe a este último afastar.

Como nos explica a Corte de Cassação Italiana, “ demonstrado que seja pelo paciente a subsistência e o conteúdo do contrato, se a prestação não alcança o resultado que normalmente se pode obter nas circunstâncias concretas do caso, incumbe ao médico (a *fortiori*, onde se trate de uma intervenção simples ou rotineira), fazer a prova da ocorrência de um evento imprevisível e não superável por via da aquedada diligência” (tradução livre)⁴⁵⁴.

Segundo este organismo, “no âmbito dos atos comuns da profissão (...) chegou-se ao ponto de requerer ao lesado apenas a prova do nexo de causalidade (...) pois a culpa, ainda que leve, se presume sempre que se verifique uma degradação do estado de saúde do paciente”⁴⁵⁵ (tradução livre).

Esta posição segue a linha de raciocínio do Supremo Tribunal de Justiça, quando este diz que “*se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional*”

⁴⁵² Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 119-122.

⁴⁵³ Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, cit., pág. 41-42.

⁴⁵⁴ Corte di Cassazione, Sentenza n. 8826 del 13/04/2007.

⁴⁵⁵ Corte di Cassazione, Sentenza n. 9471 del 19/05/2004.

(itálico nosso)⁴⁵⁶. Deste modo, e neste caso em concreto, seria possível presumir a culpa do médico por danos decorrentes de procedimentos simples, coisa que o presente tribunal fez.

Posto isto, o cerne da questão reside naquilo que se possa qualificar como um procedimento médico simples.

A este propósito VERA LÚCIA RAPOSO considera que se pode retirar da jurisprudência italiana, que o que existe é algo idêntico a uma obrigação de resultado e, conseqüentemente, deve-se aplicar a presunção de culpa em questão, nos procedimentos orientados por regras de intervenção simples, tais como as intervenções rotineiras, aquelas que comportam uma percentagem diminuta de risco, e os procedimentos aplicados a pessoas sãs, onde apenas o resultado releva⁴⁵⁷.

Entre nós esta construção pode fundar-se na teoria que divide as obrigações assumidas pelo devedor, em obrigações de meios e obrigações de resultado, incluindo-se nestas últimas as intervenções médicas de fácil execução e aplicando-lhes a presunção de culpa das obrigações de resultado. Por outro lado, em muitas das intervenções simples é possível chegar à presunção de culpa, por via da teoria da prova *prima facie*. Pois, se a intervenção não apresenta complexidades maiores, tão-pouco se espera dela riscos substanciais.

Como tal, se ocorrer um dano que supostamente não deveria ter ocorrido (e de alguma gravidade), tudo leva a crer, em termos de sequência lógica dos acontecimentos, que tal sucedeu, não por força da complexidade do ato médico (que não existe), mas devido à negligência de quem o praticou. Assim sendo, e como nos diz VERA RAPOSO, “nestas prestações de fácil execução a apreensão do seu *fracasso é mais perceptível* e menor é a margem de dúvida de que tal se ficou a dever a um fator estranho à diligência e perícia do próprio médico” (itálico nosso)⁴⁵⁸.

Como nos diz, também, o Supremo Tribunal de Justiça, “fora das chamadas prestações rotineiras, o médico obriga-se apenas a tratar o paciente e não a curá-lo”, sendo que as obrigações médicas são, por isso e em regra, obrigações de meios e não de resultado. O médico “pode porém garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado. Normalmente isto acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento”. Nestes casos, “assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava, da técnica cirúrgica

⁴⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N° 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 122.

⁴⁵⁸ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 121.

adequada e dos riscos inerentes, o informa também de que se tratava de uma simples operação cirúrgica”. Quando isto ocorre, “sobre o médico incide a presunção de culpa estabelecida no art. 799º, nº1 do CC”⁴⁵⁹.

De facto, e regra geral, as presunções de culpa acompanham as obrigações de resultado, como é aqui o caso, pois presume-se um resultado definido, muito graças a simplicidade das intervenções em causa, o que faz com que não haja grande margem de erro e de ocorrência de danos. Pois que, em especialidades mais sujeitas ao risco e ao imprevisto, como é o caso da medicina interna, da cirurgia geral, da cardiologia, entre outros, a obrigação não pode ser senão de meios, devido ao cariz mais complexo que as intervenções assumem.

Sobre isto, importa reiterar o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa em que, num caso de laqueação de trompas, o que estava em causa era, para o tribunal, uma obrigação de meios, pois que “o risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%”. Ora, segundo esta interpretação, o tribunal considerava a circunstância de a intervenção não garantir com a certeza absoluta o seu êxito, como suficiente para a tornar uma obrigação, de meios, não podendo o médico ser responsabilizado, portanto, pelo insucesso”.

Porém, tal afigura-se-nos impensável pois que, em bom rigor, não haverá atuação médica que possa garantir a 100% o resultado, pelo que dificilmente se conseguirá pensar numa obrigação de resultado no domínio médico. Ora, o TRL deveria ter ido, sim, pelo facto de se poder qualificar o ato médico como uma obrigação de resultado, quando estamos perante um procedimento aplicado a pessoas saudáveis, onde só o resultado interessa, pois tal como menciona o acórdão, “a singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destina propriamente a remover “um mal de saúde “da paciente, tendo como finalidade exclusiva, no caso, alcançar um método anticoncepcional definitivo”.

Deste modo, a aplicação desta presunção dependerá, sempre, de saber que intervenções são consideradas simples ou complexas para esse efeito. Podemos procurar colher algum suporte na jurisprudência italiana, e aí facilmente percebemos que será aplicada a presunção de culpa, com base nas intervenções simples às seguintes intervenções: intervenções que se pautam por regras técnicas extremamente precisas, uma vez que o estrito cumprimento das referidas regras não deixará margem de manobra no que respeita à ocorrência do resultado; intervenções rotineiras, que se praticam quase todos os dias e nas quais o médico deve conhecer cada passo,

⁴⁵⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. Nº 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

pela frequência com que as pratica; intervenções que acarretam uma percentagem muito diminuta de risco, pois que nestas o normal e previsível é que sejam bem-sucedidas.

Para a jurisprudência italiana, em qualquer um destes casos, estaremos perante intervenções simples, justificativas de uma presunção de culpa do médico, ao passo que na jurisprudência portuguesa, a aplicação desta regra probatória terá de acarretar sempre uma avaliação casuística, de forma a perceber a complexidade ou não da intervenção em causa e a que situações esta presunção deve ser aplicada, de forma a não cair em generalizações.

Podemos ainda identificar algumas teorias aplicadas pela jurisprudência, que se baseiam em juízos de experiência comum, e que sustentam a aplicação de presunções judiciais, são estas: a prova *Prima Facie*, a Teoria da *Res Ipsa Loquitur* e a teoria da *Faute Virtuelle*. A jurisprudência aplica frequentemente estas teorias, embora nem sempre lhes faça referência expressa e muitas vezes trate as duas primeiras como uma só figura⁴⁶⁰, sendo que a própria doutrina aponta a sua semelhança e proximidade⁴⁶¹.

Prova disso, é um Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, onde o tribunal fala do erro grosseiro característico da *Res Ipsa Loquitur*, mas no conteúdo da afirmação reporta-se à prova *Prima Facie*⁴⁶².

De facto, as teorias da prova *Prima Facie* e da *Res Ipsa Loquitur* pretendem expressar a ideia de que certas ocorrências são de tal forma excecionais, e próprias de contextos tão precisos, que apenas poderão resultar de determinado tipo de eventos. Baseiam-se, ambas, numa presunção judicial ou natural atestada pelo decurso típico dos acontecimentos e por aquilo que segundo a experiência da vida acontece normalmente⁴⁶³.

Desta forma, 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 atuado negligentemente, e vice-versa.

Assim, concorda VERA RAPOSO que, “há quem distinga a teoria da prova prima facie e a teoria da res ipsa loquitur, mas parece-nos que na verdade se trata praticamente do mesmo

⁴⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24/04/2007, Proc. N° 10328/2006-1, Relator Rui Vouga, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fcd06d21186e7212802573c4004b9423?OpenDocument&Highlight=0,10328%2F2006-1> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁶¹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 122 e ss.

⁴⁶² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24/04/2007, Proc. N° 10328/2006-1, Relator Rui Vouga, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fcd06d21186e7212802573c4004b9423?OpenDocument&Highlight=0,10328%2F2006-1> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁶³ Miguel Teixeira de SOUSA, «Sobre o Ônus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, pág.142.

raciocínio (muito semelhante a estas é ainda a teoria da *faute virtuelle* da jurisprudência francesa, embora entre nós esta nunca tenha granjeado adeptos)”⁴⁶⁴.

Em bom rigor, e sem prejuízo de a nível puramente teórico se diferenciarem por particularidades próprias dos respetivos raciocínios, na prática coincidem no resultado final. Posto isto, tentaremos distingui-las naquilo que se nos afigurar possível, sabendo, contudo, que muito do que se diz para uma delas pode valer para as restantes.

Em relação à prova *prima facie* ou também designada de prova de primeira aparência, esta baseia-se naquele que é o decorrer normal das coisas e do mundo. Ou seja, baseia-se no decurso típico dos acontecimentos e, por isso, assenta numa presunção judicial: “é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido”⁴⁶⁵. A prova *prima facie* baseia-se, assim, nas regras ou máximas da experiência.

Como nos explica LUÍS PIRES DE SOUSA, “*o que existe é uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa.* Devido a isso, parte-se de um resultado verificado e, de acordo com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz” (itálico nosso)⁴⁶⁶.

Os eventos, no entendimento do sujeito em geral e do juiz em particular, têm como origem comum determinadas ocorrências, pelo que bastará a prova da semelhança do facto em causa (que é base dos temas da prova) aos factos que se verificam da experiência comum, para que ao aplicar-se um juízo lógico ao facto indiciário, se possa presumir a culpa do agente ou o nexo de causalidade com o seu comportamento.

Dessa forma, a utilização desta presunção de culpa na teoria da prova de primeira aparência (*prima facie*), é um mecanismo que no entender de ANDRÉ DIAS PEREIRA, “tem sido muito importante na prova da culpa e na prova do nexo de causalidade”⁴⁶⁷.

Assim, quando o juiz dá determinado facto como provado, tendo por base uma prova valorada de acordo com o princípio da primeira aparência, está a fazê-lo recorrendo a uma presunção, de que um certo evento só poderia ter como origem determinado ato ou comportamento.

Quando funciona a presunção de culpa fundada na prova *prima facie*, o lesado tem que

⁴⁶⁴ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 123.

⁴⁶⁵ Miguel Teixeira SOUSA, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995, pág. 212.

⁴⁶⁶ Luís Pires de SOUSA, «O ónus de prova na responsabilidade civil médica», *In Data Venia - Revista Jurídica Digital*, N.º 08, Ano 6, pág. 12, disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf (consultado em 28/05/2021); Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Coimbra: Edições Almedina, 2000, pág. 237-238; Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 343.

⁴⁶⁷ André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 783-784.

fazer prova dos factos iniciais que servem de base para presumir a negligência, bem como do dano ocorrido, e a partir daí presumir-se-á que é mais provável, do que não provável, que aqueles factos materializem uma conduta negligente do médico. Se, ao invés, os factos forem pouco convincentes nesse sentido, de tal forma que não seja possível considerar que houve negligência do médico, não existirá base suficiente para fundamentar a presunção.

Daqui resulta, para a responsabilidade médica, que se “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*” (itálico nosso)⁴⁶⁸.

A prova *prima facie* começou por ser aplicada a questões de prova do nexo de causalidade, onde produzida a prova do evento e da culpa do arguido, presumia-se o nexo de causalidade, sempre que as máximas da experiência apontassem, com toda a probabilidade, no sentido da sua existência. Posteriormente, alargou-se o seu campo de aplicação à presunção da culpa, sempre que a experiência de vida indicasse, com toda a probabilidade, que certo evento danoso era de se imputar ao réu⁴⁶⁹.

Deste modo, são exemplos oferecidos pela jurisprudência da aplicação desta teoria: o falecimento de um paciente, sem condições clínicas desfavoráveis, após lhe ser aplicada uma anestesia local⁴⁷⁰; quando depois de uma intervenção cirúrgica simples, o paciente se apresenta em condições piores que as anteriores⁴⁷¹; ou quando ocorre uma infeção por uma bactéria própria de ambiente hospitalar, mal esterilizado, após intervenção cirúrgica⁴⁷².

Ao contrário dos factos relevantes para a decisão da causa, as máximas de experiência podem ser usadas pelo tribunal, ainda que, como aliás sucede, nem sequer sejam alegadas pelas partes. Elas integram o acervo de conhecimentos necessários para a avaliação da prova, pelo que o tribunal não pode ficar dependente, quanto a elas, das posições das partes. Expressão da sua relevância para a apreciação da prova e da sua subtração à disponibilidade das partes é a

⁴⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11/09/2007, Proc. N.º 1360/2007-7, Relator Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument&Highlight=0,1360%2F2007> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁶⁹ Rui RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Coimbra: Edições Almedina, 2000, pág. 244; João de Castro MENDES, *Do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961, pág. 668.

⁴⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/10/2009, Proc. N.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2002, Proc. N.º 02A4057, Relator Afonso Melo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument&Highlight=0,02A4057> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 12/09/2013, Proc. N.º 2146/05.0TVLSB.L1.S1, Relator Salazar Casanova, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f33fe8a9762eeb680257be800546844?OpenDocument&Highlight=0,2146%2F05.0TVLSB.L1.S1> (consultado em 28/05/2021).

faculdade de o tribunal ordenar oficiosamente a prova pericial.

Acresce que, as máximas de experiência não podem ser utilizadas nos casos em que não é admitida prova testemunhal (Artigo 351º do CC).

De facto, as regras de experiência não possuem todas a mesma força argumentativa, pois se algumas delas possibilitam resultados irrefutáveis (como por exemplo, a prova de que alguém se encontrava em determinado lugar, num certo momento, permitindo aferir que não se encontrava em qualquer outro sitio), outras vezes referem-se a acontecimentos cuja causa pode ser determinada através de uma probabilidade que, se não for impugnada, é suficiente para formar a plena convicção do tribunal.

Existe ainda, máximas de experiência que são insuficientes para, por si só, formar uma convicção plena do tribunal, embora possam constituir um elemento que, conjugado com outros, pode conduzir à prova do facto.

Falando de responsabilidade médica, YÁGUEZ, ao analisar o critério da probabilidade estatística patente na prova *prima facie* diz que: “De ahí que en terreno de la responsabilidad profesional, precisamente, hay hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia. Pues bien, a hipótesis como ésta responde una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que *la relación de causalidad se há probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a «un grado suficiente de probabilidad»*. Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la “alta probabilidad”, o será suficiente contar con una probabilidad de más del 50 por 100, pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante” (itálico nosso)⁴⁷³.

Como explica FERNÁNDEZ HIERRO, “ 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”⁴⁷⁴.

A prova *prima facie* atua, deste modo, ao nível da valoração livre da prova.

Aplicando exemplos médicos, ao que aqui foi dito, se uma pessoa que foi radiografada apresenta uma queimadura de terceiro grau, presume-se *prima facie*, que foi ministrada uma dose

⁴⁷³ Ricardo de Angel YÁGUEZ, *Algunas Previsiones Sobre El Futuro De La Responsabilidad Civil*, Madrid, 1995, pág. 77-78.

⁴⁷⁴ José Manuel Fernández HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Albolote, Granada: Comares, 2007, pág. 125.

muito elevada de raio-X. Acresce que, se uma pessoa contactar com outra portadora de doença contagiosa, como por exemplo, escarlatina ou tuberculose, e depois contrair tal doença, presume-se que esse contacto foi causal da doença.

Assim sendo, caberá ao médico provar que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre o dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento⁴⁷⁵. Ou seja, incumbe-lhe infirmar o juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente⁴⁷⁶.

Pois que, se não for possível inferir que os graves problemas sofridos pelo paciente tenham derivado de um comportamento ilícito e culposo dos médicos, isto afasta a prova *prima facie*, sendo que os requisitos da responsabilidade médica carecem todos eles de demonstração por parte do lesado. Como tal, e nestes casos, se o tribunal não considerar a prova do lesado suficiente para concluir pela responsabilidade médica, e entender que as intervenções foram praticadas segundo as *leges artis* e cumprindo o dever de cuidado que sobre os médicos impende, não há lugar à ilicitude e culpa médicas.

Por sua vez, a teoria da *Res Ipsa Loquitur* defende que em determinadas circunstâncias os factos ou o objeto da prova são tão evidentes que falam por si mesmos, não necessitando de mais explanação pelo homem⁴⁷⁷.

Desta forma, os factos que sejam tão insólitos em relação ao normal decorrer das coisas, segundo as regras de experiência comum, terão provavelmente como origem a falta de cuidado do agente.

Assim, podemos presumir judicialmente a culpa do agente, nos casos em que os danos sejam demasiado desproporcionados e anormais relativamente à intervenção efetuada e ao risco normal da mesma, uma vez que serão muito provavelmente decorrentes de um erro grosseiro e culposo do médico. Pois “fora de tal possibilidade, seria pouco provável que o dano se produzisse por não ser habitual”⁴⁷⁸, sobretudo num ato médico que se afigurava como simples e sem grande percentagem de risco para o paciente.

Deste modo, presume-se a culpa do causador do dano quando ocorre 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

⁴⁷⁵ Miguel Teixeira SOUSA, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995, pág. 143.

⁴⁷⁶ João Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, pág. 388.

⁴⁷⁷ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 127.

⁴⁷⁸ Luis Pires de SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2012, pág. 57 e ss.

e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu.

Todavia, a aplicação desta regra probatória não prescinde de uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações⁴⁷⁹.

São exemplos de situações frequentemente analisadas ao abrigo da teoria da *res ipsa loquitur*, entre outros: danos causados por uma ventosa na cabeça e abdómen do bebé que veio a falecer algumas horas após o parto (cf. STJ 7.10.2010); objetos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica; extração de uma parte do organismo que não devia ser extraída; queda de dentes pelo tubo digestivo, durante intervenção dentária; infeções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados; omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fraturas⁴⁸⁰; a ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite; a ocorrência de uma infeção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite; uma intoxicação alumínica em doente hemodialisado; uma lesão em zona próxima da qual o tratamento está a ser efetuado; etc⁴⁸¹.

Com estes exemplos é facilmente perceptível que se presume a negligência médica quando, na sequência da prática de um ato médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se entender que é o resultado de *mala praxis*.

Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para se eximir da culpa e afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de ação, isto é, 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.

Para a efectivação da *Res Ipsa Loquitur* será necessária a verificação de três requisitos, não obstante que individualmente, os dois primeiros possam motivar a inversão do ónus da prova⁴⁸².

O primeiro requisito prende-se com a existência de danos desproporcionados, no sentido de o risco do dano em questão ser extremamente raro, nem sequer constante da panóplia de riscos previsíveis em decorrência do procedimento tomado⁴⁸³. A este propósito, o STJ decidiu, num

⁴⁷⁹ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 347.

⁴⁸⁰ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 347.

⁴⁸¹ Luís Pires de SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, cit., pág. 116; Luís Pires de SOUSA, «O ónus de prova na responsabilidade civil médica», *In Data Venia - Revista Jurídica Digital*, cit., pág. 16.

⁴⁸² André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 786-787 e 787-791.

⁴⁸³ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 127-129.

caso de morte na sequência de procedimento anestésico, no decorrer de lipoaspiração, que o ónus de provar que a causa da morte foi um efeito raro da anestesia, e não a conduta ilícita e culposa do médico, caberia a este último⁴⁸⁴.

Como tal, o que releva neste primeiro requisito é saber se o risco em causa é um daqueles que em regra ocorre como consequência da intervenção médica realizada, ou se escapa ao rol de riscos possíveis, pois é quanto a estes últimos que o profissional de saúde é chamado a prestar uma explicação cientificamente razoável para a sua ocorrência. Ou seja, trata-se de casos em que, à partida, não implicariam a produção daquele dano, que efetivamente se produziu (daí a raridade que o qualifica).

Podemos dizer que, para que exista danos desproporcionados é necessário que haja um risco desconhecido e raro do procedimento, pois que caso o dano derive de um risco conhecido do procedimento médico em causa, não será lícito presumir a culpa do médico, uma vez que por mais indesejado que seja o dano, não deixa de ser um dos riscos possíveis da intervenção.

O segundo requisito pressupõe a existência de erro grosseiro, no sentido da sua gravidade e evidência. É pressuposto desta teoria que o erro fosse evitável, não funcionando a presunção quando exista uma razão causal do dano e o médico prove que atuou de acordo as *leges artis*, por mais grave que seja esse dano. São exemplos de erros grosseiros os já *supra* referidos, nomeadamente: objetos deixados no interior do paciente; a ocorrência de danos em local não intervencionado⁴⁸⁵; queda de dentes pelo tubo digestivo; omissão da realização de radiografias, no caso de fraturas; ocorrência de uma hepatite aquando de uma operação à apendicite; ocorrência de uma infeção geral no tratamento de uma amigdalite; intoxicações alumínicas em hemodiálise e o erro de diagnóstico derivado de troca de amostras biológicas⁴⁸⁶.

A autora VERA LÚCIA RAPOSO aponta ainda, como exemplos de erros grosseiros a extração de uma parte do corpo que não devia ser extraída, infeções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados, entre outros⁴⁸⁷.

Quando algum destes factos se verifique, deve o médico providenciar uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, afastando assim a sua culpa.

⁴⁸⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/10/2009, Proc. N.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁸⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 20/04/2004, Proc. N.º 0982/03, Relator Políbio Henriques, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c14702bdbddcd6f780256e83004b0b9c?OpenDocument&Highlight=0,0982%2F03> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11/09/2007, Proc. N.º 1360/2007-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument&Highlight=0,1360%2F2007-7> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, Pág. 129-132.

Por fim, o terceiro requisito traduz-se no controlo exclusivo, por parte do médico, do processo que levou à produção do dano.

Com efeito, o demandado tem que deter o controlo exclusivo do procedimento que conduziu ao dano, de modo a que não seja possível que o erro tenha derivado de atos de terceiros. Para tal, não é necessário que este exerça um controlo real e efetivo, bastando que teoricamente o pudesse fazer.

Tradicionalmente exigia-se ao lesado que identificasse o efetivo autor do dano e titular do controlo do processo, constituindo isto um grande obstáculo ao funcionamento desta teoria na sede de responsabilidade médica. Pois, a maior parte das vezes, os pacientes não sabem apontar o verdadeiro autor das lesões por eles sofridas, e ainda menos nas intervenções que, por via de regra, implicam uma pluralidade de pessoas, indicar apenas uma delas como titular do controlo dos meios materiais e humanos de todo o processo.

A este propósito, VERA LÚCIA RAPOSO relembra o caso *Ybarra v. Spangard*, em que “o Supremo Tribunal da Califórnia decidiu presumir a culpa de todos os intervenientes numa cirurgia (...) com base na *Res Ipsa Loquitur*, não obstante ser quase certo que nem todos eles tiveram o mesmo grau de intervenção no acto médico”.

A autora denota que esta extensão desproporcional (do leque de sujeitos alvo da presunção de culpa) é objeto de críticas, uma vez que mesmo sendo impossível apontar o verdadeiro autor do dano, ainda assim existirá sempre alguém responsável pela atuação de todos os demais, “pelo que deve ser face a ele exclusivamente (diretor clínico, chefe de equipa numa intervenção cirúrgica, etc) que atua a presunção de culpa”⁴⁸⁸.

Por outro lado, e sobre a teoria da *Faute Virtuelle* ou falta virtual, embora se aproxime das anteriores, esta corrente vai mais longe, ao definir expressamente que nos casos em que se dá um resultado danoso, que não seria previsível, por não se tratar de riscos comportados na intervenção, além de se presumir a culpa do profissional de saúde, presume-se a causalidade, ou seja, que o dano decorreu da atuação culposa do médico⁴⁸⁹.

Não foi encontrado nenhum exemplo da aplicação expressa desta teoria nem na jurisprudência portuguesa, nem na doutrina, em virtude do nosso sistema garantístico consagrar como essencial a prova produzida em Tribunal. Pois, embora o raciocínio subjacente à sua aplicação não difere profundamente das restantes teorias de livre valoração da prova, a sua

⁴⁸⁸ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., Pág. 133.

⁴⁸⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 133 e ss.

aplicação incorpora um agravamento da posição do médico.

Em suma, estas teorias (*Prova Prima Facie*; *Res Ipsa Loquitur* e *Faute Virtuelle*) estão especialmente ligadas a situações de intervenções simples e com diminuta percentagem de risco. Pois, nestes casos, o paciente apenas tem que provar o carácter simples e rotineiro da intervenção, fazendo depois funcionar a presunção de culpa sobre o médico, de modo a que recaia sobre este último o ónus de provar que o dano não se deveu a imperícia da sua parte⁴⁹⁰.

Nestas teorias, entende-se ainda como relevante, a avaliação da culpa do médico tendo em consideração a probabilidade da verificação accidental do dano sofrido pelo paciente. Como tal, quanto mais elevada for a probabilidade de o dano ocorrer por motivos alheios à conduta do médico, menor é a possibilidade da sua ocorrência se dever à culpa daquele. Ao invés, e tratando-se de intervenções sem grandes riscos, se o paciente sofrer lesões, mais facilmente se concluirá pela conduta culposa do médico, como causa do dano.

Acresce mencionar que, nestas teorias, quando falamos de máximas de experiência, não nos resumimos apenas às regras gerais da vida, mas também às máximas de experiência especificamente médicas. O que se pretende é que, partindo-se de um resultado efetivamente ocorrido e, de acordo com uma ideia de verossimilhança, se considere verificado o curso normal típico que a ele conduz. Ou seja, usa-se uma técnica dedutiva, 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.

Atendendo às suas limitações, estas teorias devem ficar reservadas para casos de erro chocante e clamoroso, para o qual não exista outra justificação senão a conduta culposa do médico. Assim, a sua aplicação deve assumir pendor restritivo, sob pena de colocar em causa a confiança e a certeza do direito, numa área de intervenção de elevada contingência; consubstanciar um crescimento exponencial do chamado exercício defensivo da medicina; mas acima de tudo, para garantir uma margem de risco tolerado ao ato médico⁴⁹¹.

De contrário, estaríamos a abandonar as regras de distribuição da responsabilidade fundada na culpa em prol de uma responsabilização objetiva, que caberia sempre e em qualquer caso, ao médico.

⁴⁹⁰ Manuel Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 41-42.

⁴⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15/12/2011, Proc. N.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument&Highlight=0,209%2F06.3TVPR.T.P1.S1> (consultado em 28/05/2021).

Conquanto as teorias tenham nascido para aligeirar o peso da prova que recai sobre o paciente lesado, o certo é que se têm vindo a transformar em demonstrações irrefutáveis de negligência médica⁴⁹².

Por fim, temos a *presunção de culpa do médico especialista*. Na verdade, quer pela via da obrigação de resultado, quer pela via do aumento de exigência na valoração da culpa, a responsabilidade do médico especialista tem vindo a ser agravada face à dos demais profissionais médicos.

De facto, chegou-se à ideia, em vários setores doutrinários, de que a conduta do médico especialista deveria ser valorizada com mais rigor, até porque, entre nós, a presunção de culpa do médico especialista era uma tese que já vinha sendo perfilhada, desde há uns anos, por parte da jurisprudência. Em 2010 esta presunção apareceu explicitamente no Supremo Tribunal de Justiça, quando este afirmou que se em regra a obrigação do médico é uma obrigação de meios, “já se se tratar de médico especialista, (...) 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”⁴⁹³.

Desta forma, a presunção de culpa do médico especialista funcionava quando um médico, por ser especialista em determinada área, adquiria um específico dever de emprego dessa técnica, e como tal tinha a obrigação de a produzir corretamente, com vista ao resultado pretendido (obrigação de resultado). A responsabilidade recaía sobre o profissional médico quando, pela simples constatação de que a finalidade não foi atingida, se presumisse uma censurabilidade na aplicação da diligência correta e necessária.

Todavia, não podemos deixar de mencionar que, em acórdãos anteriores, o efeito logrado era o oposto. Pois que era precisamente o facto de o médico ser um especialista reputado, que permitia sustentar a avaliação da conduta do médico como diligente, o que ia de certa forma contra esta presunção de culpa, fundada na qualidade de especialista. Com efeito, em 2006, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou num caso que “embora as condições da autora se

⁴⁹² Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 136.

⁴⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/10/2021, Proc. N.º 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument&Highlight=0,1364%2F05.5TBCL.G1> (consultado em 28/05/2021).

apresentem piores depois das intervenções cirúrgicas acima referidas do que aquelas que existiam antes - fazendo presumir que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional - *o certo é que os factos acima referidos demonstram que o réu foi diligente no diagnóstico e execuções operatórias*, tendo recorrido às técnicas e meios médicos normais e adequados às concretas enfermidades que afectavam a autora, *sendo ele um médico especialista muito conceituado a nível nacional*, considerado pelos colegas e doentes que recorrem aos seus serviços, e conotado com seriedade, competência, rigor, eficiência e profissionalismo” (itálico nosso)⁴⁹⁴.

Sobre isto, VERA RAPOSO diz-nos que *“a presunção de culpa do especialista deve ser claramente repudiada*, pois que os maiores conhecimentos ou a maior habilidade do médico poderão ser certamente usados para aumentar a fasquia aquando da avaliação da sua culpa – recorrendo-se assim ao critério do «médico especialmente conhecedor e habilitado» e não ao critério do «médico médio» ”, como deveria suceder. Por isso, parece-lhe impraticável presumir a culpa com base neste facto (itálico nosso)⁴⁹⁵.

2.2- Do Nexo de Causalidade

Em oposição às presunções de culpa, o ordenamento legal tende a não determinar as presunções de causalidade. Porém, tal não tem impedido o funcionamento de *presunções judiciais do nexu causal*.

O motivo do acolhimento da presunção da causalidade, nos casos de responsabilidade médica, prende-se com uma ideia de igualdade de armas, pois que tradicionalmente a posição do paciente era bastante desigual face à do médico, tanto mais que muitas questões escapam ao conhecimento do paciente, e até mesmo do tribunal.

Efetivamente, constatou-se que, muitas vezes, nem mesmo peritos altamente qualificados, quanto mais pacientes leigos, conseguem fazer a ligação entre um determinado ato médico e os efeitos que o paciente vem a sofrer. Pelo que, na ausência deste mecanismo ficaria o paciente privado de qualquer indemnização.

Desta forma, entendeu-se que seria mais justo e equitativo, presumir a causalidade, cabendo então ao médico, munido dos seus conhecimentos e do material probatório em sua posse, ilidir essa presunção.

⁴⁹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 18/05/2006, Revista N° 1279/06, 7.ª Secção, Relator Ferreira de Sousa, pág. 10, disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/responsabcivilactomedico1996Julho2015.pdf> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 140.

De facto, esta teoria pode ser utilizada, mas quando rodeada das maiores cautelas, pois que a medicina depende de tantos fatores que escapam ao controlo e conhecimento do médico, que arriscamo-nos a tornar o médico numa espécie de seguro do paciente, dado que não apenas se presume a sua culpa, e com isto torna-se quase uma responsabilidade objetiva, como acaba também por se presumir o seu contributo causal.

No entanto, não é fácil encontrar um critério operativo geral e perceber quando é que, em termos de causalidade, será legítimo e razoável inferir que o ato médico foi causa do dano. Contudo, podemos dizer que tal ocorre quando o perito formula o seu juízo, em termos condicionais, e diz que o facto x poderá ter sido causa do facto y, ou quando o risco que se concretizou na prática é uma consequência típica do ato médico, isto é, quando o dano esteja temporalmente muito próximo de um determinado ato médico ou quando não se vislumbra outra causa provável para o dano.

No direito português, a prova do nexo causal cabe sempre ao lesado, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade⁴⁹⁶, já que as presunções legais de culpa no campo de direito civil não têm qualquer correspondente em matéria de nexo de causalidade.

Porém, e embora a causalidade esteja excluída do domínio das presunções legais, não está proibido que à causalidade se apliquem presunções judiciais (ilições que o julgador utiliza para de um facto conhecido afirmar um facto desconhecido (Artigo 349º do CC).

Por isso é que, atendendo à dificuldade em estabelecer o nexo de causalidade nos processos de responsabilidade médica, alguns tribunais têm recorrido, no âmbito do processo cível, a uma espécie de presunção do nexo de causalidade com base na já referida teoria da preponderância da evidência (que nasceu como fundamento de uma presunção de culpa, mas que se tem arrastado para a causalidade), de forma a dar por existente o nexo de causalidade a partir de certas regras da experiência⁴⁹⁷.

Sobre isto, diz-nos o Tribunal da Relação de Lisboa que “o tribunal pode socorrer-se de presunções judiciais para provar o nexo de causalidade (artigo 351º do Código Civil)”, sem que, contudo, estas presunções tenham poder para inverter o ónus da prova, pois que a presunção judicial funciona como um meio de prova e não como uma inversão do ónus da prova.

Com ele concorda o Supremo Tribunal Administrativo, mencionando que, nestes casos,

⁴⁹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 01/07/2010, Proc. N.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Batista, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/815d40917ade315080257753005a9a93?OpenDocument&Highlight=0,398%2F1999> (consultado em 28/05/2021).

⁴⁹⁷ João Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, pág. 712-713.

“quem está onerado com a obrigação de fazer a prova fica desonerado se o facto se provar mediante presunção judicial; mas sem que caiba falar, aqui, de inversão do ónus” (itálico nosso).

Para a presunção de causalidade funcionar, é necessário que o tal facto conhecido seja invocado pela parte a quem aproveita e que, além do mais, tal facto se dê por demonstrado, pois “o recurso às presunções judiciais só é de admitir para integrar ou complementar a factualidade apurada nas respostas do tribunal à matéria controvertida e não para contrariar ou modificar a matéria de facto ou mesmo suprir a falta de prova”.

Como afirmou o Supremo Tribunal de Justiça, “é inteiramente lícito às instâncias servirem-se nesta sede de presunções judiciais ou naturais, nelas fundando as suas conclusões acerca das circunstâncias que conduziram ao acidente em regras ou máximas de experiência, por essa via completando, articulando e interligando o que directamente decorre da livre valoração das provas «atomisticamente» produzidas em audiência”. O único limite intransponível nesta matéria é o “que decorre de *a Relação não poder ultrapassar a falta de prova do nexo de causalidade, recorrendo a presunções judiciais*, tornando assim contraditório o julgamento da matéria de facto, que não alterou” (itálico nosso).

A presunção do nexo de causalidade é essencialmente utilizada nos casos em que opera a presunção de culpa fundada na prova *prima facie*. Ora, a tendência nestes casos vai no sentido de presumir não apenas que o médico atuou culposamente, mas também que aquela violação do dever de cuidado foi adequada à produção do dano em causa, uma vez que segundo a normalidade das coisas – isto é, se tivessem sido respeitadas as regras técnicas da atividade médica – não teria o mesmo ocorrido⁴⁹⁸.

Por conseguinte, a presunção da causalidade em processos cíveis, consegue-se através do recurso à prova da evidência e à concomitante presunção de culpa, sendo impensável no domínio penal, pois que se afigura inadmissível o recurso a esta espécie de presunção de causalidade adequada.

Sem prescindir, importa mencionar que a presunção do nexo de causalidade pode ocorrer sob uma diferente nomenclatura, a da presunção do nexo de ilicitude. Para percebermos este raciocínio temos de recorrer à distinção entre nexo de causalidade e nexo de ilicitude (ou causalidade da violação do dever), segundo os ensinamentos de SINDE MONTEIRO⁴⁹⁹.

Para este autor, enquanto o nexo de causalidade se caracteriza por estabelecer a possível

⁴⁹⁸ Manuel do Rosário NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 58-59.

⁴⁹⁹ Jorge Sinde MONTEIRO, «Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991, pág. 148-152.

conexão entre um comportamento e um resultado, já o nexó de ilicitude traduz-se na relação entre a violação de um dever e o dito resultado. Neste segundo, o objetivo não é verificar se o resultado produzido se ficou a dever à conduta do médico (pois isto cabe ao nexó de causalidade), mas se o respeito pelo comportamento que seria devido, poderia ter evitado tal resultado.

Como tal, os resultados práticos (do nexó de causalidade e do nexó de ilicitude) coincidem, embora o posicionamento teórico seja distinto.

Na verdade, este nexó de ilicitude parece corresponder à teoria do comportamento lícito alternativo, discutida em sede de causalidade criminal. Não obstante, SINDE MONTEIRO sublinha a distinção entre ambas as figuras, justificando que no comportamento lícito alternativo trata-se de alegar que o dano se teria produzido de igual forma, ainda que o agente tivesse atuado de forma lícita ao abrigo de uma causa de justificação; ao passo que no nexó de ilicitude, o lesante não invoca qualquer causa de justificação, limitando-se a arguir que a observância da regra de conduta em causa teria sido ineficaz no caso concreto, dado que o dano se produziria na mesma.

Mas, em bom rigor, não vemos em que medida ambas as situações se distinguem, pois que no comportamento lícito alternativo não há que invocar causa de justificação alguma, basta demonstrar que, caso a regra de conduta tivesse sido cumprida, o dano se teria igualmente verificado, pelo que as duas situações, na verdade, coincidem.

A figura jurídica do nexó de ilicitude aproxima-se, igualmente, do instituto civilístico da causa virtual, não obstante esta não relevar para efeitos de causalidade, mas sim de culpa.

De facto, e como acima dissemos, não só é necessário verificar se o comportamento em questão foi causa do resultado (nexó de causalidade), como também se aquele outro comportamento é concordante com o dever de cuidado e teria podido evitar tal resultado. Ora, é neste segundo momento que a presunção de ilicitude pode ser mobilizada.

De acordo com SINDE MONTEIRO, a violação das disposições legais de proteção (ou seja, “qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios”, nos termos do Artigo 483º nº1 do CC) tem como consequência a presunção do nexó de ilicitude. Pois que, “ se através da violação de uma «lei da arte», é aumentado o risco de dano, vindo a verificar-se uma lesão localizada dentro do círculo de perigos que aquele pretende controlar, deve impor-se ao infractor, para sua exoneração, a prova de que o dano se verificou independentemente da violação”⁵⁰⁰.

No seguimento deste pensamento, o autor socorre-se também da teoria da perda de

⁵⁰⁰ Jorge Sinde MONTEIRO, «Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica», *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991, pág. 150.

chance, pois segundo ele, o que está em causa, da parte do lesante, é precisamente o facto de, com a sua conduta violadora do dever de cuidado, ter diminuído as *chances* de obtenção do resultado almejado e, por conseguinte, ter aumentado o risco de dano para o lesado.

Para melhor percepção do conceito de presunção de ilicitude, falemos de um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo⁵⁰¹. Neste caso em concreto, o paciente ficou parapléxico no decurso de uma anestesia, durante a qual foi perfurada a *dura mater* (meningite que envolve o cérebro e a medula), e o que se discutia era saber se o ato anestésico tinha sido, ou não, a causa do dano.

Ora, ficou provado em tribunal que a técnica fora repetidamente praticada no mesmo local de perfuração, sendo que, segundo o parecer dos peritos, o mais prudente teria sido mudar o lugar da penetração. Como tal, e apesar de neste caso a ilicitude não radicar propriamente na perfuração da *dura mater*, traduzia-se na repetição da técnica no mesmo local.

Após se ter provado a ilicitude do ato médico por violação das *leges artis* (repetição da perfuração) e da culpa (por se ter demonstrado que um médico prudente teria mudado o local da perfuração), permaneciam dúvidas quanto à prova do nexos de causalidade.

Apesar de o réu invocar, na sua defesa, que a regra da prudência violada visava acautelar um risco diferente daquele que veio a ocorrer e que, como tal, estaria afastada a causalidade à luz da teoria do âmbito de proteção da norma, o tribunal adotou uma perspetiva diferente. Tomou como ponto de partida que a paraplegia não faz parte dos riscos normais e comuns da anestesia, uma vez que só ocorrem em 6% dos casos, pelo que não poderia afastar a responsabilidade do agente, por via da inevitabilidade do risco. Acrescentou que, não obstante não ser um risco comum, situava-se ainda dentro do círculo de perigos que o respeito pelas regras de prudência visava acautelar, pelo que, a sua ocorrência indicava que se teria verificado um desvio às mesmas.

A partir deste pressuposto, o STA concluiu “ser de aceitar a ideia (...) de que havendo violação de disposições legais de proteção (ou *leges artis*) ocorra uma inversão do ónus da prova, desde que o resultado possa ser visto como um dos perigos a evitar com o cumprimento de tais regras. Com efeito, se através da violação das “*leges artis*” é aumentado o risco de dano, vindo a ocorrer uma lesão localizada no “círculo de perigos” que a *leges artis* violada pretende evitar, deve impor-se ao infractor a prova de que o dano se verificou independentemente da lesão”.

Em suma, o que ocorreu foi que, estando provada a ilicitude e a culpa, o tribunal defrontou-

⁵⁰¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 26/05/2010, Proc. N.º 0793/09, Relator São Pedro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/81f57c1bb8de3dea80257735004cef97?OpenDocument&Highlight=0,0793> (consultado em 28/05/2021).

se com o estabelecimento da causalidade. Neste contexto, ele entendeu ser legítimo presumir o nexos de ilicitude (a tal concretização do nexos de causalidade, a nível da violação do dever de cuidado) entre a conduta do médico, violadora do dever de cuidado, e o resultado de paraplegia do paciente, estabelecendo que o médico “para afastar o nexos de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado, *deve provar que tal resultado se verificaria ainda que tivessem sido cumpridas as *leges artis**” (itálico nosso).

De facto, o raciocínio plasmado no acórdão não só presumiu a culpa do médico, como igualmente a existência do nexos de causalidade (ainda que através do nexos de ilicitude), presunções estas que não lograram ser ilididas pelo médico. Todavia, o que importar reter é que, mesmo que o STA tenha começado por invocar a presunção do nexos de ilicitude (de Sinde Monteiro), termina o raciocínio concluindo pela presunção do nexos de causalidade. Pois que, ainda que as duas realidades não coincidam totalmente no plano teórico, o resultado prático da presunção do nexos de causalidade não se distancia do resultado prático da presunção do nexos de ilicitude⁵⁰².

2.3- Inversão do Ónus da Prova

Como já expusemos ao longo desta dissertação, nos processos de erro médico incumbirá, em regra, ao paciente a prova dos factos constitutivos do seu direito. Como tal, ele deverá demonstrar, para fazer jus à indemnização pleiteada, a existência da conduta ilícita, bem como do dano, do nexos de causalidade e da culpa do profissional.

Sobre o médico, nesta esteira, recairá a prova dos factos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, dentro dos quais se insere a inobservância das recomendações pré e pós operatórias, que tenham, por si só, dado causa ao resultado obtido, ou concorrido para tanto, bem como a culpa exclusiva do paciente na produção do resultado.

No entanto, a legislação nacional traz algumas situações em que poderá ocorrer a inversão ou redistribuição do ónus da prova de maneira diferente. Assim, diante de situações peculiares, em que a produção da prova seja impossível ou excessivamente difícil de ser cumprida por uma das partes, ou ainda, diante da facilidade de obtenção da prova do facto contrário, poderá o juiz, fundamentadamente, atribuir à parte adversa o encargo.

Por conseguinte, qualquer que seja a modalidade da obrigação, de meios ou de resultado,

⁵⁰² Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 67-70.

é plenamente possível que, diante da dificuldade probatória e do notório desequilíbrio entre as partes, decorrentes do conhecimento técnico e acesso às provas documentais (fichas médicas, fichas de internamento, prontuários, etc), o juiz determine a *inversão do ónus probatório* a favor do paciente.

Nestes casos, recaíra sobre o médico o encargo probatório, devendo comprovar que agiu com observância das *leges artis* e que o dano não decorreu da sua conduta, mas de fatores externos e sobre os quais não possuiu controlo.

As inversões do ónus da prova mais utilizadas nas ações de responsabilidade civil médica são: a inversão do ónus da prova por falta de documentação e a inversão do ónus da prova por falta de esclarecimento.

Em relação à inversão do ónus da prova por falta de documentação, esta decorre do Artigo 344º n.º2 do CC, que prevê que haverá sempre lugar à inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado. Exige-se que essa impossibilidade recaia sobre um meio de prova indispensável, pois caso contrário a prova não será verdadeiramente impossível.

Dessa forma, a lei apenas contempla a impossibilidade e não a mera dificuldade de produção de prova, pelo que, a falta de preparação técnica da parte onerada não será um argumento capaz de fundar uma alteração ou inversão da repartição legal do ónus da prova⁵⁰³.

Segundo RUTE TEIXEIRA PEDRO, exemplos paradigmáticos de hipóteses subsumíveis na impossibilidade de prova, são as situações em que a parte contrária destrói documentos, que seriam necessários para que aquele que invoca um direito pudesse fazer prova de um facto constitutivo do mesmo.

Assim, e como nos diz a autora, “avultam, aqui, dois requisitos, para a inversão do ónus da prova – *o do comportamento culposo* da parte não onerada com a demonstração de um facto controvertido e o da *impossibilidade, por esse facto, da respetiva prova*” (itálico nosso)⁵⁰⁴.

Ora, a documentação do paciente é um meio de prova indispensável, pois que é nela que consta a doença que o paciente sofreu, o diagnóstico que foi feito da mesma, os métodos de tratamento implementados ao paciente, os efeitos daí decorrentes, a medicação prescrita, etc., pelo que será fundamental na prova de uma possível violação, ou não, das *leges artis* e da adoção,

⁵⁰³ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 366.

⁵⁰⁴ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 365.

ou não, de uma conduta culposa por parte do médico.

Por isso é que, no desempenho da sua atividade, o médico está obrigado a “registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo”, nos termos do Artigo 40º n.º1 do Regulamento de Deontologia Médica⁵⁰⁵. Considera-se que a ficha do doente constitui a memória escrita do médico, uma vez que como nos diz o n.º2 do mesmo preceito legal, “ a ficha clinica é o registo dos dados clínicos do doente, das anotações pessoais do médico e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre os profissionais que tratem o doente”.

O dever de documentação decorre, igualmente, dos Artigo 573º e 575º do CC, dizendo-nos estes que, ainda que de forma indireta, o médico encontra-se no dever de elaboração e conservação da ficha clinica do doente, que abrange o historial clinico do paciente, os procedimentos adotados e a avaliação pessoal do médico relativamente ao estado de saúde do paciente⁵⁰⁶.

Deste modo, nos procedimentos médicos, o dever de documentação decorre, em primeira linha, da diligência ou cuidado exigíveis a um médico, constituindo uma obrigação inserida nas *leges artis*⁵⁰⁷. Tal *standard* de diligência não implica a documentação de todas as circunstâncias atinentes à sua atuação, abrangendo primordialmente os elementos que, num juízo de prognose, poderão contribuir para o esclarecimento dos factos no âmbito de um processo, eventual e futuro.

A nível da responsabilidade médica, RUTE TEIXEIRA aponta o caso da destruição dolosa pelo médico da ficha clinica do doente, como o mais gravoso, já que é dever do médico elaborar e conservar a mesma. Tal comportamento culposos do profissional pode “inviabilizar a atividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam referência aos vários atos adotados pelo médico e às reações do paciente, permitindo reconstruir o iter seguido pelo médico e o raciocínio em que se baseou a opção por uma dada terapia, a rejeição de outra e a razão de ser de uma inflexão num dado tratamento”⁵⁰⁸.

Assim, ocorrendo este ato destrutivo do médico, ficará, conseqüentemente, a seu cargo a prova de que agiu adequadamente (inversão do ónus).

Sem prescindir, se o réu/médico destruir, ou se recusar a fornecer, a ficha/processo

⁵⁰⁵ Regulamento de Deontologia Médica, Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2649A0040&nid=2649&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&inversao=#artigo (consultado em 28/05/2021).

⁵⁰⁶ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, cit., pág. 40.

⁵⁰⁷ André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 526.

⁵⁰⁸ Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, cit., pág. 367.

clínico do doente, essa omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte, no plano subjetivo, receia o resultado daquela diligência probatória, o que demonstra desde logo culpa na atuação.

Outro exemplo fornecido por VAZ SERRA, respeita a um caso decidido pelo Tribunal Federal Alemão em que, para averiguar a culpa de um médico, se tornava necessário conhecer a dimensão e o material (algodão ou gaze) de que era feita uma compressa, que não tinha sido retirada da ferida, causada por uma determinada operação cirúrgica. Ora, tal compressa tinha-se tornado inutilizada, pois que ficou dentro da ferida, inviabilizando assim a prova que teria de ser feita pelo doente. Como tal, o tribunal, invertendo o ónus da prova, considerou o médico em causa, onerado com a demonstração da sua não culpabilidade.

O mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o autor requerer a notificação do réu (médico ou clínica) para juntar documentação clínica em poder deste (nos termos do Artigo 429º do CPC), e este não o faz. Ora, o incumprimento não justificado do dever de cooperação para a descoberta da verdade, será livremente apreciado pelo tribunal, além de levar à inversão do ónus da prova e à aplicação de sanções previstas na lei (Artigos 430º e 417º n.º2 do CPC).

Assim, se o médico tiver culposamente tornado impossível a prova, por força da inversão do ónus da prova, passa a ser este a suportar o risco da falta desta, que originariamente caberia ao autor.

Por sua vez, a *inversão do ónus de prova por falta de esclarecimento*, é apreciada por ANDRÉ DIAS PEREIRA, que defende “a implementação da doutrina do consentimento informado, no sentido de que *o consentimento para ser válido e eficaz, carece de informação adequada, com vista a uma decisão consciente*” (itálico nosso)⁵⁰⁹. Pelo que, se essa informação não existir, poder-se-á presumir que o doente não teria aceite a intervenção e, naturalmente, as lesões corporais que daí advenham serão imputáveis ao médico.

Contudo, não nos parece que da violação do dever de esclarecer, se deva tirar consequências relativamente a uma infração das *leges artis* da Medicina.

Conforme temos visto, tanto uma parte da jurisprudência como da doutrina têm vindo a

⁵⁰⁹ André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 785.

defender a adoção de um leque de presunções de culpa e causalidade, entre outros métodos de facilitação da prova por parte do lesado, com vista a atingir resultados mais justos. Como ANDRÉ DIAS PEREIRA explica, não devemos confundir este movimento com uma “alteração radical das regras do ónus da prova”, sendo este, ao invés disso, uma adaptação dessas regras “às exigências de justiça material e processual nas acções de responsabilidade médica”⁵¹⁰.

Devemos, contudo, atentar ao lado reverso desta medalha, ou seja à posição do médico em sede de rebatimento destas presunções de culpa que sobre si recaem, pois, como já foi dito, as presunções de culpa não configuram situações de responsabilidade objectiva, podendo ser ilididas de modo a afastar a responsabilidade médica⁵¹¹.

Ora, uma das formas de afastamento da presunção de culpa será, certamente, a prova por parte do médico-réu de que procedeu conforme as *leges artis* vigentes e que cumpriu os seus deveres de cuidado e diligência. A prova deste facto é, na realidade, de tamanha importância, que poderá ser considerada como um dos mais importantes elementos da responsabilidade médica, senão a mais decisiva.

Sobre esta prova, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não será bastante “a prova de que o tipo de intervenção efetuada importa um determinado risco (...); 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 caso dentro da margem de risco considerada e não dentro da percentagem em que normalmente a intervenção teria êxito*” (itálico nosso)⁵¹².

De acordo com o entendimento deste tribunal, será método de rebatimento da presunção de culpa, a prova da particular dificuldade e complexidade do procedimento em questão, ainda que em conjunto com a prova de que o médico fez tudo ao seu alcance para evitar os riscos associados a tal intervenção.

Outra das vias pela qual o médico pode afastar a presunção passará pela demonstração de que a produção do dano derivou de uma cadeia causal separada. Desta forma, ao comprovar que o dano derivou da manifestação de um risco conhecido de determinado tratamento, o médico poderá ilidir a presunção de culpa que sobre si recai. Pois, mesmo verificando-se um certo grau de culpa pela parte do médico, a prova da existência de uma concausa terá efeitos de diminuição da responsabilidade do lesante, e por consequente, da indemnização por si devida.

⁵¹⁰ André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, cit., pág. 790-791.

⁵¹¹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 140-143.

⁵¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17/12/2009, Proc. N.º 544/09.9YFLSB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument&Highlight=0,544%2F09> (consultado em 28/05/2021).

Em suma, e como nos diz o Tribunal de Apelação de Torino, numa decisão de 2007, há assim três formas de o médico ilidir a presunção de culpa que sobre si recai: i) demonstração da especial complexidade ou dificuldade da prestação; ii) demonstração de que atuou de forma correta, em conformidade com as regras da arte vigentes naquele momento; iii) ou a prova de que o incumprimento não se ficou a dever a si, mas sim a uma cadeia causal independente⁵¹³.

Para além destas formas de rebatimento da presunção de culpa, é relevante falar na causa virtual, enquanto instrumento de ilisão da presunção da culpa (ou de causalidade, para os que consideram que as presunções de culpa funcionam também como presunções de causalidade).

Isto porque não é pelo facto de se verificar uma presunção de culpa, que tal signifique que estamos perante uma responsabilidade objetiva, uma vez que a referida presunção pode ser ilidida, e a responsabilidade médica, conseqüentemente, afastada, através da chamada causa virtual, expressamente prevista em algumas das normas que consagram as presunções de culpa⁵¹⁴.

De facto, ao princípio, a existência de uma causa virtual não permitia afastar a responsabilidade do autor da causa real e efetiva, pois com a ressalva, apenas, dos casos excepcionais, o princípio geral da nossa lei prendia-se com a irrelevância da causa hipotética ou virtual, ainda que neste âmbito⁵¹⁵.

Apesar desta regra geral, admite-se que a causa virtual exerça algum peso no que toca ao leque de danos a indemnizar, e como tal, no montante da indemnização.

Ora, só em casos excepcionais se admitia a sua relevância negativa, no sentido de afastar a culpa do autor da causa operante⁵¹⁶. Estes casos correspondem às presunções de culpa previstas nos Artigos 491º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem), 492º (Danos causados por edifícios ou outras obras) e 493º nº 1 do CC (Danos causados por coisas, animais ou actividades).

Ou seja, estão de fora todos os restantes casos não previstos, designadamente a presunção de culpa do Artigo 493º nº2 do CC (Danos provocados a outrem no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados), que aqui nos interessava pois estamos no âmbito da responsabilidade civil médica, sendo que nestes casos a causa virtual não pode ser chamada a intervir, uma vez que é incapaz de excluir a responsabilidade

⁵¹³ Tribunale di Torino, Sentenza n. 1390 del 17/09/2007.

⁵¹⁴ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa: Universidade Católica Editora. 2000, pág. 270-286.

⁵¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 29/04/2002, Proc. Nº 02B4369, Relator Oliveira Barros, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9dd189e377fa8a9580256d2c004c5685?OpenDocument&Highlight=0,02B4369> (consultado em 28/05/2021).

⁵¹⁶ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa: Universidade Católica Editora. 2000, pág. 284-285.

do autor da causa real.

Em contrapartida, nos casos previstos como casos excepcionais da causa virtual, o legislador faz atuar a presunção de culpa face ao réu, presunção essa que pode ser afastada se este demonstrar que cumpriu o seu dever ou que, ainda que o tivesse cumprido, o dano teria ocorrido de qualquer forma.

No âmbito civil, a causa virtual é utilizada para afastar simultaneamente as presunções de culpa e de causalidade. Desta forma, assume relevo no domínio da causalidade (para quem entenda que as referidas presunções de culpa funcionam igualmente como presunções de causalidade) e, nessa medida, ao excluírem a culpa, excluem igualmente a causalidade.

Certo é que, esta referência legal à causa virtual tem dado azo a que muita doutrina⁵¹⁷ e jurisprudência, identifiquem nas normas que presumem a culpa do agente, uma concomitante presunção da causalidade que, quando não afastada, conduz diretamente à responsabilidade médica.

A este propósito diz-nos HENRIQUE ANTUNES que, “se o individuo devia ter previsto e evitado a ocorrência do evento, segundo o critério do bom pai de família, é porque o facto é adequado à produção desse evento e dos danos que dele normalmente derivam”⁵¹⁸. Ora, para este autor, se não houvesse a possibilidade de prever a ocorrência do evento, tão pouco se justificava a presunção da sua culpa, pelo que a causalidade e a culpa estão interligadas.

Contudo, este efeito é ilegitimamente retirado das referidas normas, pois que, em bom rigor, não consta delas.

Sobre tudo o que foi dito em relação às presunções de culpa, importa reter que, no âmbito da responsabilidade médica, e devido às já enunciadas dificuldades inerentes às vicissitudes da mesma e da prova dos factos dela constituintes, as presunções surgem como um instrumento de atuação judicial para auxiliar o paciente a fazer a prova de factos praticamente impossíveis de provar, sendo contudo certo que, por vezes, o médico se confrontará igualmente com dificuldades em afastar a presunção.

De facto, a lei civil estabelece algumas presunções de culpa que permitem inverter o ónus da prova deste pressuposto, não recaindo sobre o lesado todo o ónus da prova dos factos que constituem o seu direito, o que é extremamente benéfico para este, especialmente em situações em que a prova é particularmente difícil, como é o caso da responsabilidade médica.

⁵¹⁷ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, cit., pág. 270 e ss; Manuel Carneiro da FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra: Almedina, 1994, pág. 191 e ss.

⁵¹⁸ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, cit., pág. 271.

Contudo, a dificuldade de produzir prova, por si só, e no regime atual, não é procedente para que exista uma distribuição da prova totalmente diferente daquela que está legalmente consagrada. Porém, através das presunções, ao legislador é permitido que, com base nos princípios constitucionais de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, e principalmente, com base no princípio do equilíbrio processual, tome consciência efetiva de cada elemento probatório, da sua dificuldade de obtenção ou de análise e a atribua a quem se encontra em melhores condições de realizar a prova.

Isto vai permitir “mitigar” ou “aliviar” a posição processual do demandante, em regra um paciente não dotado de especiais conhecimentos técnicos das *leges artis* médicas, que terá natural dificuldade, senão mesmo impossibilidade de demonstrar que houve culpa na atuação médica, pois que agora terá facilitada a tarefa de demonstrar em juízo os factos que subjazem aos requisitos da responsabilidade médica.

Todavia, e pelo contrário, este recurso a presunções de culpa será largamente criticado pela comunidade médica, uma vez que o profissional sempre alegará uma dificuldade em ver concretizado o seu afastamento, dizendo que nem sempre lhe será fácil, dada a multiplicidade de fatores que influem o resultado do ato médico, provar que o resultado adverso não foi culpa sua e que procedeu com a máxima diligência que lhe era exigível⁵¹⁹.

De qualquer modo, a inversão do ónus da prova significa a inversão do nexo de causalidade, passando o médico a provar que a produção dos danos não se deveu a uma conduta negligente da sua parte.

3- Meios de Prova na Responsabilidade Civil Médica

Quando expusemos a matéria relativa ao ónus da prova, referimos a função da prova, nomeadamente o seu papel na formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos, bem como a quem cumpre essa demonstração e como é feita a valoração, pelo tribunal, da prova que lhe é apresentada.

Cumpre-nos agora falar como é que, em concreto, a parte fará a demonstração dos factos que alega. Pois, é através dos vários meios de prova, previamente tipificados na lei processual, que se procede à obtenção dos factos relevantes, para a posterior demonstração de uma determinada realidade, apresentada em juízo, pelos intervenientes na ação judicial.

⁵¹⁹ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 96 e ss.

Desta forma, os factos, enquanto finalidade da prova (como demonstrado no Artigo 341º do CC), são adquiridos e perccionados com recurso aos meios de prova que devem ser considerados “os mecanismos predeterminados que servem de modo de perceção da realidade ou de presunção de factos tendentes a demonstrar a realidade; (...) são a fonte de convencimento utilizada pelas entidades a quem cabe decidir, a cada passo, acerca da veracidade dos factos probanda”⁵²⁰.

Assim, pode o juiz formar a sua convicção acerca dos factos alegados nestes mecanismos e é também, com base neles, que o julgador procede posteriormente à fundamentação da decisão judiciária.

No processo civil, são vários os meios de prova que, de forma expressa, se encontram tipificados na lei, designadamente: a prova documental (Artigo 423º e ss); prova por confissão e declarações das partes (Artigo 452º e ss); prova pericial (Artigo 467º e ss); inspeção judicial (Artigo 490º e ss); prova testemunhal (Artigo 495º e ss) e finalmente, prova por acareação (Artigo 523º e ss).

É de ressaltar que, quer no âmbito civilista, como no penal, a maioria dos meios de obtenção de prova, enquanto métodos através dos quais se pode aceder aos meios de prova, contendem de forma direta com direitos, liberdades e garantias (nos quais se inclui o direito à reserva da vida privada), estando conseqüentemente sujeitos a um princípio de reserva de lei, tal como previsto no Artigo 18º nº2 da CRP.

Atendendo à letra da lei, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na CRP, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Deste modo, só será possível o recurso a determinado meio de obtenção de prova, quando a lei o permitir.

De facto, a lei estabelece a nulidade de quaisquer provas obtidas mediante um ato criminalmente relevante, como a tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão na vida privada, domicílio ou correspondência. Pelo que, será possível concluir que a simples necessidade de descoberta da verdade, não é elemento suficiente para, por si, fundamentar uma derrogação dos direitos, liberdades e garantias. Assim, encontra-se legalmente limitada qualquer intromissão na esfera mais íntima do cidadão, quer pelo princípio da

⁵²⁰ Paulo Saragoça MATTA (coordenação de Maria Fernanda Palma), «A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Edições Almedina, 2004, pág. 221-279, mais precisamente pág. 226.

proporcionalidade (na vertente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), quer pela ideia de proibição do excesso.

Atenta a diversidade probatória existente no ordenamento jurídico português, pode parecer difícil entender que meios de prova são admitidos no âmbito das ações de responsabilidade médica. Porém, importa referir que todos eles são admissíveis, assumindo, contudo, especial relevância, pelos contornos da matéria controvertida em causa, a prova testemunhal, a prova documental e a prova pericial.

Em relação aos restantes meios de prova, têm a sua aplicação, todavia com menor relevância e sem grandes especificidades, pelo que não os iremos abordar.

- **Prova testemunhal:**

Antes de aplicarmos este meio de prova às ações civis de responsabilidade médica, importa fazer uma breve introdução à prova testemunhal, ao seu regime jurídico e à sua aplicabilidade.

A prova testemunhal consiste na perceção indireta de factos pelo tribunal, os quais lhe são transmitidos por uma pessoa (que é a testemunha), que tem conhecimento direto deles. A testemunha é, assim, um terceiro, portanto, alguém que não é parte (Artigo 496º do CPC), e que vai emitir uma declaração de ciência relativa a um ou a vários factos.

O que se impõe é que, seguindo o princípio da imediação, a testemunha deponha com precisão sobre a matéria dos temas da prova, indicando a razão da ciência e quaisquer circunstâncias que possam justificar o conhecimento (Artigo 516º do CPC). Pede-se, desta forma que, a testemunha reproduza aquilo que presenciou, diga qual a sua experiência em relação aos acontecimentos juridicamente relevantes e revele tudo quanto armazenou na mente. Ou seja, que profira os factos de que tem discernimento e perceção e que possam ser relevantes para a composição do litígio.

Pode depor como testemunha todo aquele que não é, naturalmente, incapaz ou legalmente inábil. Em contrapartida, são incapazes para depor como testemunha, os interditos por anomalia psíquica, os cegos e os surdos relativamente aos factos cujo conhecimento depende dos sentidos que carecem. São legalmente inábeis para depor como testemunhas, aqueles que podem depor como partes, os parentes, afins próximos e conjugues das partes e ainda os que estão vinculados ao sigilo profissional.

A prova testemunhal é admissível em todos os casos em que não seja direta ou

indiretamente afastada (Artigo 392º do CC), estando excluída: i) contra ou em substituição do conteúdo de documento autêntico ou particular, isto é, para prova de convenções adicionais ou contrárias ao conteúdo desses documentos (Artigo 394º nº1 do CC); ii) contra meio de prova com força probatória plena, isto é, para prova do contrário de facto plenamente provado (Artigo 393º nº2 do CC); iii) e finalmente, contra documento exigido pela lei *ad probationem* ou *ad substantiam* (Artigo 393º nº1 do CC).

A prova testemunhal é realizada, em regra, na audiência final, na qual se podem levantar, também, os incidentes de inquirição da testemunha: a impugnação (Artigo 514º e ss do CPC); a contradita (Artigo 521º e ss do CPC) e a acareação (Artigo 523º e ss do CPC).

A prova testemunhal é sempre apreciada livremente pelo tribunal (Artigo 396º do CC). Dada a falibilidade do testemunho, a prova testemunhal exige a mais arguta perspicácia na sua apreciação.

De facto, a prova efetuada através de testemunhas é um dos meios utilizados mais comumente em qualquer prova, não sendo exceção os casos em que se discute a responsabilidade médica. Pois que, permite reconstruir os factos desde o seu início e trazer à tona a verdade almejada pelas partes.

Por conseguinte, a prova testemunhal é importante nos casos de erro médico, na busca de uma solução intermédia satisfatória, pois é através das testemunhas que serão esclarecidos os factos e as situações contraditórias trazidas pelas partes. Portanto, as melhores testemunhas são aquelas que realmente presenciaram os factos, que trataram do paciente após o suposto erro arguido, ou que acompanharam o paciente no decorrer das fases do procedimento médico.

Ao médico, é igualmente importante a presença de testemunhas aquando da aquisição verbal do consentimento para a prática de determinado ato terapêutico sugerido ou aquando das explicações ao paciente e familiares. Por outro lado, as testemunhas traduzem uma precaução, ao manter sempre acompanhado aquele que está sob cuidados médicos. Claro que, essa providência não pode ser levada ao extremo de perturbar o desenvolvimento do trabalho da equipa, dedicada aos cuidados de saúde, do paciente e de outros, porém permitirá sempre assegurar a ambas as partes que uma pessoa imparcial assistiu à intervenção e que, por ser externa, melhor conseguirá avaliar se o médico cumpriu, ou não, com os deveres de cuidado e de boas práticas.

Podemos, pois, dizer que, talvez o maior problema que se levanta neste âmbito é o eventual conflito entre o depoimento testemunhal de um médico e as regras deontológicas da profissão a que está sujeito. Até porque, isto coloca em causa dois problemas: o dever de

solidariedade entre os profissionais e o dever de salvaguarda do sigilo profissional.

No que se refere ao segredo médico, este é um direito do paciente à confidência, isto é, à preservação sigilosa dos factos relacionados com o seu tratamento. Constitui um dos pilares de sustentação da profissão médica e é assegurado pela Constituição da República Portuguesa, por via da tutela do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP), enquanto segredo que protege informações íntimas cuja revelação é suscetível de afetar a integridade e dignidade da pessoa.

O sigilo médico representa, pois, um importantíssimo direito do doente e uma obrigação ética e deontológica do médico, estando consagrado no artigo 139.º do Estatuto da Ordem dos Médicos (EOM), na versão aprovada pela Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto e nos artigos 29.º a 38.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM), aprovado pelo Regulamento 707/2016, publicado no DR, 2.ª série, de 21 de julho de 2016.

De facto, o sigilo abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela e compreende os que são revelados diretamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de serviços ou por causa dela, bem como os que sejam apercebidos pelo médico, os que resultem do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e os que sejam comunicados por outro médico ou profissional de saúde.

Pelo que, a obrigação de guardar segredo mantém-se sempre, ainda que o serviço solicitado não tenha sido prestado ou não seja remunerado, permanecendo mesmo após a morte do doente.

Como é que equilibramos então o segredo médico, como condição essencial ao relacionamento médico-doente, assente no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e mútua confiança, com a prova testemunhal?

Ora, o Artigo 35º do Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos, prevê expressamente as situações em que um médico irá intervir em processos administrativos ou judiciais, referindo que: “ O médico que nessa qualidade seja convocado como testemunha para comparecer perante a autoridade que o convocou, não poderá prestar declarações ou produzir depoimento sobre matéria de segredo médico, exceto nas situações previstas nas alíneas a) e b) do artigo 32.º ou na lei”.

Desta forma, e segundo o Artigo 32º do RDOM, a exclusão do dever de segredo médico só é aceitável: i) quando haja consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu

representante legal, para tal, desde que a revelação não prejudique terceiros pessoas com interesse na manutenção do segredo médico; ii) quando for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico, do doente ou de terceiros, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do Bastonário.

Excecionam-se, ainda, do dever de segredo as situações em que o risco de vida e o perigo para a saúde ou vida de terceiros seja grave e iminente, podendo o médico revelar informações sigilosas às pessoas em risco, nos termos do artigo 33.º do Código Deontológico.

Desta forma, e nestas situações em específico, a prova testemunhal não gerará qualquer problema para o médico, pois que este não se encontra vinculado ao dever de segredo médico e como tal não há qualquer choque entre o depoimento testemunhal do médico e as regras deontológicas da profissão. Assim, este pode e deve colaborar na compreensão e interpretação das provas, segundo o dever geral de colaboração para a descoberta da verdade material.

Em relação ao dever de solidariedade entre médicos, este dever vem estabelecido no Regulamento de Deontologia Médica, e consubstancia-se como um dever fundamental do médico, devendo ser exercido com respeito mútuo e tendo em atenção os interesses dos doentes.

Segundo este dever, o médico não deve fazer declarações desprimorosas ou falsas sobre a competência de um colega, os tratamentos por este prescritos, os seus comportamentos ou outras características, e por essa forma tentar influir na livre escolha do médico pelo doente. Acresce que, o médico não deve fazer afirmações ou declarações públicas contra colegas.

Em contrapartida, não constitui falta ao dever de solidariedade, mas uma obrigação ética, o facto de um médico comunicar à Ordem, de forma objetiva e com a devida discricção, as infrações dos seus colegas contra as regras técnicas e deontológicas da profissão médica, principio este que NUNO GUNDAR CRUZ entende aplicar-se aos pareceres médicos em processo judicial⁵²¹.

Efetivamente, e no âmbito de um processo civil, poderá o médico recusar-se a colaborar com o tribunal de forma legítima, sendo que isto ocorre quando se tratem de factos que violem o segredo profissional a que está sujeito, nos termos do Artigo 417 n.º 3 al. c) do CPC.

Nestes casos, a recusa é alvo de apreciação do tribunal, nos mesmos termos aplicáveis ao processo penal, em conformidade com o Artigo 417.º n.º 4 do CPC. Assim, e independentemente de se tratar de uma ação de condenação apreciada em jurisdição civil, ou de um pedido de

⁵²¹ Nuno Gundar CRUZ, «A figura da testemunha-perito no contexto das acções de responsabilidade civil médica: realidade ou ficção?», *In Lex Medicinæ*, N.º 18, Ano 9, 2012, pág. 192, disponível em: https://www.mlgts.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2013/A_figura_da_testemunha-perito.pdf (consultado em 28/05/2021).

indenização cível enxertado em processo penal, aplicar-se-ão as mesmas regras.

Sem prescindir, se o tribunal ou a entidade judiciária perante a qual se suscita o incidente, julgar a recusa ilegítima após uma averiguação sumária dos argumentos invocados pelo médico, poderá este decidir pela manutenção da recusa ou, oficiosamente e a requerimento, recorrer ao tribunal imediatamente superior, para que seja emitida decisão diferente. Pode ocorrer que, seja emitida decisão no sentido da prestação do depoimento, caso se mostre uma necessidade justificada e tendo em conta o interesse preponderante do caso concreto, designadamente a imprescindibilidade do testemunho, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos. A Ordem dos Médicos deve ser sempre ouvida antes da emissão dessa decisão, nos termos do Artigo 135º n.º 2, 3 e 4 do CPP.

- **Prova Documental:**

A prova documental consiste na apresentação de um objeto elaborado pelo homem, com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto (Artigo 362º do CC). São documentos os registos fotográficos, fonográficos, escritos, desenhados, informáticos ou de qualquer outra espécie, que representem ou reproduzam uma pessoa, coisa ou acontecimento, bem como todos os sinais que patenteiam uma certa realidade ou exteriorizam uma ideia ou um pensamento.

Os documentos mais usuais são os documentos escritos, pois são aqueles que corporizam, em escrita normal, uma declaração de ciência ou de vontade.

A prova documental tem especial relevância nos processos de responsabilidade médica, devido ao dever de documentação a que o profissional de saúde está sujeito. De facto, é através de processos clínicos, receituários, exames clínicos e laboratoriais, entre outros, que se poderá comprovar a existência de uma determinada ocorrência na relação médico-paciente, bem como a conduta de cada um dos envolvidos no processo.

Como explicamos anteriormente, um médico acusado da prática geradora de danos ao paciente, deve provar que agiu dentro dos parâmetros científicos e profissionais esperados nas circunstâncias concretas, pelo que é relevante o conteúdo do processo clínico, uma vez que este contem a soma das informações, sinais e imagens registadas, geradas a partir de factos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada.

Desta forma, o dever de documentação traduz-se, em primeira linha, no processo clínico, que o terapeuta utiliza para consultar, a todo o tempo, as informações necessárias e que aumenta

a segurança do paciente, pois que poderá ser utilizado por outro interveniente que venha a acompanhá-lo e que beneficiará dessa documentação.

Este histórico clínico permite reduzir os riscos de erro, designadamente que seja administrado um tratamento inadequado ou menos eficaz, e até eliminar falhas de comunicação e coordenação que possam existir entre os diversos profissionais que intervenham na terapêutica.

Na verdade, o processo clínico pode considerar-se “ uma verdadeira ata de cuidados assistenciais, que permite avaliar a qualidade assistencial no seu conjunto, valorando a conduta do médico visado, o controlo e a verificação da veracidade dos atos clínicos e da conduta profissional em causa”⁵²².

Como nos explica VERA RAPOSO, o processo clínico “traduz-se numa *ferramenta essencial para a gestão de recursos de um hospital* (evitando meios complementares de diagnóstico que se revelam desnecessários ao caso concreto), *gestão de risco de um paciente* (permite prever a evolução do paciente e, nesta medida, prestar-lhe melhores cuidados de saúde), *adequação da terapêutica a cada diagnóstico* (na medida em que o estado clínico do paciente está constantemente atualizado e disponível a toda a equipa), *cálculo de honorários, prevenção de erros médicos* (porque facilita a transmissão de informações entre os membros da equipa médica) e também para *preparação da estratégia de defesa em caso de litígio judicial* (nomeadamente, porque a inexistência de um processo clínico atualizado e rigoroso poderá fazer funcionar contra o médico a presunção de culpa do Artigo 344º n.º2 do CC) ” (itálico nosso)⁵²³.

O processo clínico é, neste contexto, um documento de grande relevância pois constitui um conjunto organizado e sistematizado dos registos relativos aos doentes tratados e/ou avaliados em determinado Serviço de Saúde que permite, assim, colher e transmitir informações de controlo e avaliação. Este documento deve, pois, conter a relação assistencial entre o profissional de saúde e o doente e todos os dados relativos à saúde, com a finalidade de facilitar a sua própria assistência.

Quando nos referimos a dever de documentação, fazemo-lo porque, no âmbito da responsabilidade contratual, esta é uma obrigação contratual que resulta do contrato celebrado entre o médico e o paciente. Contudo, mesmo no âmbito da responsabilidade extracontratual impõe-se a obrigação de registo de dados do paciente.

⁵²² Pedro Jorge da Silva CORDEIRO, «Responsabilidade Médica Disciplinar no Serviço Nacional de Saúde», *In Direito da Medicina*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 6, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pág. 240.

⁵²³ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 293-296; André Dias PEREIRA, «Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º 16, Ano XV, 2006, pág. 10.

Assim, o dever de documentação existe independentemente de estarmos, ou não, perante um contrato entre médico e paciente, pois relaciona-se com os deveres acessórios de segurança a que as partes estão adstritas em qualquer relação jurídica, por força da tutela geral da personalidade. Acresce que, as próprias *leges artis* da profissão do médico impõem que este mantenha um registo pormenorizado do acompanhamento que é feito ao doente, desde consultas, a exames, tratamentos e tudo o mais que possa ser clinicamente relevante⁵²⁴.

Este dever por parte do médico, não visa diretamente a facilitação da prova nos casos de responsabilidade pelos danos ocorridos, mas será uma vantagem da qual o direito tem vindo a beneficiar.

Ele vem previsto no Artigo 40º do Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos, mencionando que: “O médico, seja qual for o enquadramento da sua ação profissional, deve registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico”. Tal preceito traduz a obrigação do médico de registo detalhado e claro das observações clínicas relevantes dos doentes a seu cargo.

Quanto à obrigação de manter os documentos e de prestar informações, aplicar-se-ão ainda as regras do Código Civil presentes nos Artigos 573º (Obrigação de informação) e 575º (Apresentação de documentos). Estas normas devem ser conjugadas com os preceitos legais da Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, que se refere às informações genéticas e às informações de saúde.

De facto, existindo uma discordância ou mesmo um conflito entre as partes, a documentação reunida será fundamental para o esclarecimento de qualquer dúvida que possa surgir acerca da terapêutica aplicada, trazendo por isso, vantagens quer para o médico, quer para o paciente, designadamente na facilitação da prova, dado que permite reconstituir os atos do tratamento. Tal função é nitidamente meritória nos casos das ações por má prática médica, pois que a partir do processo clínico do paciente, pretende-se que o tribunal consiga compreender todos os atos levados a cabo pelo médico e qual o raciocínio por este consolidado, de modo a averiguar pela existência ou não de negligência nas ações.

Mesmo nos casos de responsabilidade médica por violação do consentimento informado existirá utilidade na consulta de tal documento, devendo o processo clínico elucidar, de forma

⁵²⁴ André Dias PEREIRA, «Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N° 16, Ano XV, , 2006, pág. 9-24.

clara, a informação que foi prestada e o consentimento perante a mesma.

Sem prescindir, da observância das normas do Artigo 40º do R.D.O.M e do Artigo 3º da Lei nº 12/2005 retiramos que, relativamente à propriedade da informação de saúde, na qual se inclui a ficha clínica do paciente, conclui-se que o paciente não é o proprietário do processo clínico em si mesmo, antes o será da informação que nele consta⁵²⁵. O titular da informação de saúde (neste caso, o paciente) terá 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.

Este é um dos direitos do paciente, mas que tem sido muito contestado pela classe médica, que continua a invocar um direito de propriedade intelectual sobre o processo. Todavia, na medida em que da comunicação ao paciente sejam expurgadas anotações de cariz pessoal do médico, não vemos em que medida se possa impedir o paciente de aceder a informação que lhe diz respeito. Por este motivo, a informação deve restringir-se somente ao paciente, devendo ser excluído eventuais dados relativos a terceiros.

Normalmente, o acesso pelo paciente à informação de saúde, faz-se, por imposição legal, através de um médico, constituindo esta outra limitação do paciente ao processo clínico. Esta solução vem consagrada no Artigo 11º nº5 da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98, de 26/10)⁵²⁶, no Artigo 3º nº3 da Lei de Informação Genética Pessoal e de Informação de Saúde (Lei nº 12/2005, de 26/01)⁵²⁷ e também o Artigo 40º nº3 do Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos. Assim, o acesso à informação de saúde deve ser exercida através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação.

Este condicionalismo suscita-nos, porém, algumas dúvidas. Pois, segundo o que consta do Artigo 3º nº1 da Lei nº 12/2005, “a informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa”, o que pouco se coaduna com este acesso indireto.

Ora, poucas dúvidas nos restam que, nos casos em que o paciente pretenda, no âmbito de um processo, juntar a ficha clínica, de forma a servir de prova ou de objeto de perícia, deverá o médico depositário acatar esse desiderato, uma vez que serão colocados em causa o seu direito

⁵²⁵ André Dias PEREIRA, «Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º 16, Ano XV, 2006, pág. 9-24.

⁵²⁶ Lei de Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=11&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=156&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo= (consultado em 28/05/2021).

⁵²⁷ Lei n.º 12/2005, Diário da República n.º 18/2005, Série I-A de 2005-01-26, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/624463/details/maximized> (consultado em 28/05/2021).

de ação e de acesso à justiça, que não carece de ser exercido através do médico⁵²⁸.

Desta forma, o paciente poderá requerer ao médico que lhe faculte o acesso à sua ficha clínica, para uso processual, nos termos do Artigo 429º do CPC, se bem que isto será sempre exigível pelo dever de cooperação das partes, na busca da verdade material, em conformidade com o Artigo 417º do CPC.

Sem prescindir, a consulta do processo clínico está igualmente condicionada pelo período temporal em que tem lugar⁵²⁹. Se for uma consulta independente de uma contenda judicial, a sua admissibilidade está sujeita a algumas restrições, nomeadamente a proteger direitos de terceiros, bem como as anotações pessoais do médico. Ao invés, se for uma consulta depois de interposta uma ação judicial, o acesso ao processo revela-se imperioso para o seu desfecho e pode até ser ordenado pelo tribunal. Nesta hipótese, a recusa do médico em entregar o processo clínico implicará uma violação do dever de cooperação para a descoberta da verdade que sobre si recai. A partir daqui o tribunal poderá apreciar livremente a sua conduta para efeitos probatórios e, por conseguinte, dar como provados os factos que a consulta ao processo clínico se destinava a confirmar.

Assim, a não apresentação do processo clínico pelo médico acarretará as consequências previstas no Artigo 430º do CPC (que nos remete ao Artigo 417º n.º 2 do CPC), que se prendem com condenação em multa, com a livre apreciação da recusa pelo tribunal, para efeitos probatórios, e com a inversão do ónus da prova, decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil. O mesmo regime será aplicável nos casos em que o profissional de saúde cumpra defeituosamente o dever de documentação.

Os casos de inversão do ónus da prova, por se ter tornado a mesma culposamente impossível, ocorrem com alguma frequência e têm uma repercussão relevante nas ações de responsabilidade civil médica, pois que é o médico ou serviço clínico/hospitalar que passa a ter de fazer a prova. Ora, é ele que possui a ficha do paciente, o registo das intervenções efetuadas, os exames, a evolução clínica e toda a informação médica relevante, o que lhe permite, da análise de todo o histórico do paciente, aferir se o resultado adverso seria ou não expectável. Acresce que, nos casos em que há destruição ou desaparecimento do registo do paciente, é importante que caiba ao médico o ónus da prova, pois que era este o responsável pela sua guarda e preservação, devendo demonstrar que não houve intencionalidade nem falta de cuidado. Pois que, neste tipo

⁵²⁸ Luís Pires de SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2.ª Edição, Almedina, 2012, pág. 467.

⁵²⁹ André Dias PEREIRA, «Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º 16, Ano XV, 2006, pág. 14-15.

de situações, para além de se presumir a culpa na atuação do médico, pode-se inclusivamente aceitar a presunção da ilicitude⁵³⁰.

Importa mencionar que, a lei não determina exatamente qual o conteúdo específico do dever de documentação do médico. Com efeito, limita-se a estabelecer que tal dever pertence ao profissional de saúde e que este, perante situações mais ou menos complexas, deverá definir qual a informação que deverá constar na ficha clínica detalhadamente, qual a informação que se bastará com uma sintética referência e qual a informação que deverá ser considerada irrelevante.

Não obstante, é inegável que é possível traçar, em linhas gerais, alguns elementos-chave que constam, em regra, nestes documentos e cuja ausência significará uma deficiente documentação. Os elementos que destacamos são os seguintes: i) identificação do paciente; ii) a anamnese; iii) os meios complementares de diagnóstico e os métodos utilizados; iv) a informação prestada ao paciente; v) o seu consentimento ou dissentimento; vi) terapêutica utilizada (terapias, fármacos, dosagens, etc.); vii) registo da evolução do paciente, designadamente, estado na data da primeira observação, evolução geral, e com mais detalhe, acontecimentos invulgares, inesperados, adversos ou arriscados, como por exemplo, o pós-operatório; viii) conversas relevantes tidas com o paciente. É também imprescindível que se registem tanto as mudanças de médico e a sua identificação, como *inclusive*, das pessoas responsáveis pelos procedimentos a que o paciente é sujeito, na hipótese de não ser sempre a mesma pessoa ou de serem várias.

Estes dados devem ser registados o mais prontamente possível, de forma a evitar esquecimentos e equívocos⁵³¹. A rapidez de registo justifica-se sobretudo face a ocorrências cujas consequências possam ser gravosas, como por exemplo, uma paragem cardíaca prolongada ou uma hemorragia grave ocorridas durante uma intervenção cirúrgica.

Não obstante o conteúdo ser mais ou menos vasto, podemos concluir que todos os dados clínicos documentados do paciente compõem a ficha clínica, incluindo, como já dissemos, as anotações pessoais do médico, pois que estas não deixam de conter informação de saúde sobre o doente. Isto vem expressamente consagrado no Artigo 40º n.º2 do R.D.O.M, norma esta que deve ser completada com o Artigo 5º n.º2 da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, que entende por processo clínico, “ todo e qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares”.

Em relação ao valor probatório da ficha clínica em processo civil, aplicar-se-ão as regras

⁵³⁰ Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 111.

⁵³¹ André Dias PEREIRA, «Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia», *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º 16, Ano XV, 2006, pág. 13.

relativas à valoração dos documentos particulares simples, previstas no Artigo 376º do CC, ou seja, documentos não exarados por autoridades públicas e cujo conteúdo não foi confirmado, nem a assinatura reconhecida perante um notário ou outra entidade com competência para tal perante a lei.

Desta forma, a ficha clínica assinada pelo médico e da qual o médico reconheça a autoria, nos termos do Artigo 374º n.º1 do CC, é atribuída a força probatória plena, relativamente às declarações emitidas por este, conforme disposto no Artigo 376º do CC. Nos restantes casos, isto é, declarações não assinadas, que não sejam do médico, ou de que o paciente não reconheça a autoria, são livremente apreciadas pelo juiz⁵³².

Dadas as características do processo clínico, este constitui ainda elemento fundamental na produção da prova pericial. De facto, contribui para a perícia enquanto objeto de estudo, que permite valorar as diferentes partes integrantes e os diversos aspetos da assistência médica em causa, designadamente a reconstrução da sua história clínica, a análise individualizada dos atos médicos e a identificação dos intervenientes na assistência.

- **Prova Pericial:**

A prova pericial consiste na perceção e apreciação de factos através do parecer de uma pessoa especialmente qualificada num certo domínio técnico ou científico, que é o perito (Artigo 388º do CC). A prova pericial é utilizada quando seja necessário recorrer a regras de experiência que não são conhecidas pelo tribunal, quando haja que salvaguardar a intimidade da vida privada ou familiar ou a dignidade da pessoa humana ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objeto de inspeção judicial.

Deste modo, a perícia é a modalidade probatória através do qual o perito leva ao processo conclusões acerca dos factos e circunstâncias que não estão ao alcance do entendimento imediato das partes, e em especial, do julgador, pois depende de investigações de natureza técnica capazes de fornecer acréscimos concretos para a solução da lide.

A prova pericial, que pode ser requerida pelas partes ou ordenada oficiosamente pelo tribunal (Artigo 467 n.º1 do CPC), tem sempre uma força probatória que é livremente apreciada pelo mesmo (Artigo 389º do CC), mas o tribunal que se afasta da avaliação feita pelos peritos deve fundamentar especificamente a sua decisão.

⁵³² Miguel Teixeira SOUSA, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1995, pág. 247 e ss.

Desta forma, e embora haja um elevado grau de confiabilidade no relatório pericial, pois o perito além de ser especialista, deve também ser imparcial, é importante reter que o juiz não está vinculado ao que nele está escrito, podendo por sua decisão, desde que devidamente fundamentada, formar a sua convicção com base em outros elementos de prova.

Todavia, e por via de regra, a prova técnica é sempre realizada por profissionais da medicina, pois que o juiz, destinatário da prova, geralmente não tem os conhecimentos científicos para avaliar se determinado tratamento médico era adequado ou não, nem tão pouco se uma cirurgia foi bem ou mal executada.

Importa também mencionar que quando falamos da imparcialidade do perito, referimo-nos ao facto de este dever ser um especialista isento de interesses pessoais na matéria, que se limite somente a emitir um juízo técnico – especializado sobre os factos em questão. Ou seja, a imparcialidade do perito deve ser lida num duplo sentido, não lhe pertencendo tomar partido por nenhuma das partes e cabendo-lhe somente interpretar objetivamente a matéria, de forma a torná-la acessível para os tribunais, e mais concretamente, para o julgador⁵³³.

De salientar que, neste momento, não nos reportamos ainda exclusivamente à prova pericial de cariz médico, pois que uma prova desta natureza é suscetível de versar sobre qualquer temática em relação à qual o juiz não possui os conhecimentos técnicos adequados para decidir de forma informada e fundamentada, podendo a mesma revestir a forma de exame, de vistoria ou de avaliação e não apenas de exame médico.

Neste ponto, é relevante reportarmo-nos ao que pode ou não pode ser considerado uma prova pericial. De acordo com o Artigo 388º do CC, as partes recorrem à perícia com vista à obtenção de um parecer técnico e rigoroso acerca de uma determinada questão cuja completa compreensão requer conhecimentos específicos. Assim sendo, e atendendo ao que é defendido por JOÃO HENRIQUES DE SOUSA, as meras opiniões, conselhos e recomendações não podem servir de base a uma decisão judicial, que se pretende fundamentada de acordo com critérios científicos e racionais, quando quem as profere não possui os conhecimentos ou experiência adequada para o exercício de tal função.

O mesmo se verifica quando o profissional, no seu relatório pericial, não procede à devida fundamentação das suas conclusões, situação que, segundo o mesmo autor, “nem sequer temos perícias ou pareceres. Temos as conclusões apenas (...) temos as opiniões”. Pois que, “*um juízo*

⁵³³ Luís Pires de SOUSA, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica – questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)», *In Curso Contemplar em Direito da Saúde*, CEJ, pág. 451-494, mais propriamente pág. 468.

emitido sem o cabal conhecimento e esclarecimento de todos os factos, causas e metodologias não é um juízo científico ou um parecer, é uma mera opinião (...) e nenhuma decisão judicial se pode basear em opiniões” (itálico nosso)⁵³⁴.

Enquanto meio de prova, a prova pericial não deve ser considerada um expediente dilatatório que tem na sua base uma situação de litigância de má-fé e que serve apenas para atrasar a normal tramitação da ação judicial e, conseqüentemente configurar um obstáculo à descoberta da verdade.

Antes pelo contrário, a perícia, quer tenha ou não cariz médico, deve ter por objetivo principal a perceção de determinados factos, podendo esses factos ser suscetíveis de serem captados por qualquer um dos sentidos e não apenas pela visão⁵³⁵. Por conseguinte, FERNANDO RODRIGUES faz referência à dupla finalidade da prova pericial pois, se por um lado ela visa, como referimos, a recolha dos factos, este meio de prova pretende igualmente a rigorosa apreciação técnica e científica dos elementos previamente recolhidos e observados⁵³⁶.

Na mesma linha de pensamento, ARTUR ANSELMO DE CASTRO defende que a prova pericial tem a finalidade de “fornecer ao tribunal a perceção dos factos suscetíveis de apreensão por qualquer dos sentidos – maxime a apreensão ocular – e sua apreciação à luz das regras da experiência”⁵³⁷.

Não obstante, compete ao perito a colheita dos factos judicialmente relevantes para o processo e posterior apreciação técnica dos mesmos, tendo por base critérios e princípios científicos comprovados, conhecimentos especializados, bem como regras da experiência adquiridas ao longo da prática da sua atividade profissional, elementos que lhe permitem emitir juízos técnico-científicos capazes de auxiliar o julgador no momento da decisão da causa.

Quando a perícia é requerida pela parte, esta deverá indicar logo no requerimento o objeto sobre o qual irá versar, sob pena da mesma poder ser rejeitada pelo tribunal. Da mesma forma, deverá o requerente enunciar, de imediato, as questões de facto que pretende que sejam esclarecidas pelo perito, em conformidade com o Artigo 475º nº1 do CPC.

É de salientar que, tal como a decisão final, a perícia também se encontra limitada pela causa de pedir que deu início à ação judicial, existindo aqui uma outra aceção do princípio do

⁵³⁴ João Henrique Gomes de SOUSA, «A «perícia» técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *In Revista Julgar*, nº 15, Coimbra: Coimbra Editora, Setembro-Dezembro de 2011, pág. 27-52, designadamente a pág. 40.

⁵³⁵ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 26, Petrony Editora, 2019, pág. 68-69.

⁵³⁶ Fernando Pereira RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 115.

⁵³⁷ Artur Anselmo de CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Volume III, Coimbra: Edições Almedina, 1982, pág.333.

pedido previamente analisado, sendo que o ato pericial a efetuar pelo profissional tanto poderá ter por base factos que foram alegados pelo requerente, como pela parte contrária (Artigo 475º n.º 2 do CPC).

Ora, sendo a perícia limitada quer pela causa de pedir que fundamenta a ação judicial, quer pelo requerimento a solicitar ou determinar a realização de tal diligência, o perito deverá cingir as suas respostas e conclusões aos quesitos que lhe foram apresentados, não devendo ir além do que foi solicitado pelo tribunal.

Em conformidade com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto “a perícia só deverá ser indeferida pelo julgador quando se apresentar como impertinente ou dilatória para a análise da causa judicial”⁵³⁸.

No mesmo sentido, o legislador estabeleceu no n.º 1 do artigo 476º que, quando não acreditar que a perícia tem um fundamento dilatatório ou impertinente, o juiz deverá ouvir a parte contrária sobre o objeto proposto, para que este adira ao objeto ou, em oposição, tenha a possibilidade de propor a sua ampliação ou eventual restrição.

Numa última nota quanto ao objeto da perícia, e devido à possibilidade desta ser requerida não só pelas partes mas igualmente pelo julgador, estipula o Artigo 477º do CPC que, nesta última circunstância, também o juiz tem o dever de indicar no despacho que determina a realização da perícia, qual o objeto que lhe servirá de fundamento e sobre o qual o perito se irá pronunciar, existindo também aqui a oportunidade das partes proporem o alargamento do objeto.

Posteriormente, o relatório pericial elaborado pelo perito, passará a fazer parte do conjunto de elementos probatórios que será analisado pelo juiz, à luz do princípio da livre apreciação da prova. Todavia, ainda que o relatório pericial seja de extrema importância para o julgador, as conclusões do perito devem igualmente ser apreciadas pelos diversos intervenientes no processo judicial, tais como o magistrado do MP, os advogados e as partes por si representadas (autor e réu), para que, dessa forma, não subsistam quaisquer dúvidas sobre questões cientificamente complexas que constem da ação judicial.

Assim, o resultado da perícia é vertido em relatório fundamentado emitido pelo perito ou peritos que procederam à análise. Deve constar desse relatório, no caso de perícias colegiais, a discordância que possa existir entre peritos, devendo quer a opinião do perito vencedor como a opinião do perito vencido, estar devidamente fundamentada com as razões de discordância, nos

⁵³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 21/03/2007, Proc. N.º 0635835, Relator José Ferraz, disponível: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/405c5e4c69d2198b802573000036037f?OpenDocument&Highlight=0,0635835> (consultado em 28/05/2021).

termos do Artigo 484º do CPC.

A lei confere às partes a possibilidade de reclamarem das obscuridades, contradições ou qualquer outra deficiência que encontrem no relatório do perito, designadamente o facto de as conclusões não estarem devidamente fundamentadas (Artigo 485º do CPC). Caso entenda que a reclamação de alguma das partes deve ser procedente, o juiz ordena que o perito *supra* estas deficiências no relatório, por escrito.

As partes e o próprio tribunal podem suscitar uma segunda perícia, caso discordem do resultado da primeira, devendo para tal fazer pedido fundamentado em relação às suas razões de discordância, no prazo de dez dias após o conhecimento do resultado da primeira perícia (quanto às partes), e a todo o tempo (quanto ao tribunal), em conformidade com o Artigo 487º do CPC.

Ora, tal exigência de fundamentação não deve ser descurada, devendo a parte identificar os pontos onde não concorda com a perícia e fundamentar o motivo de defender um resultado diferente, evitando-se assim perícias desnecessárias e meramente dilatórias⁵³⁹.

Atendendo à letra da lei, conclui-se que esta segunda perícia deverá versar sobre os mesmos factos que foram analisados durante a realização da primeira perícia⁵⁴⁰ e terá como objeto principal “corrigir a eventual inexatidão dos resultados desta” não podendo, no entanto, participar neste segundo ato pericial nenhum dos profissionais que tenha participado no primeiro (Artigo 488º a) do CPC).

Acresce que, a segunda perícia terá sempre carácter colegial, ainda que a primeira tenha sido de cariz singular e que embora se possa recorrer a uma segunda perícia, esta não invalida a primeira (Artigo 489º do CPC).

Sem prescindir, há perícia colegial quando as partes não estiverem de acordo quanto à nomeação, sendo que cada uma delas escolhe um dos peritos e o juiz nomeia o terceiro (Artigo 468º do CPC).

Em relação ao valor probatório, a prova pericial é livremente apreciada pelo tribunal, nos termos do Artigo 389º do CC. Quer isto dizer que o tribunal aprecia livremente os dados de facto sobre os quais incide a perícia e o próprio juízo científico que a compõe (ou seja, o juiz terá de perceber e valorar as condições de cientificidade da prova do juízo apresentado). Assim, a opção do juiz em afastar-se das conclusões do relatório pericial obriga-o a ter especiais cuidados na livre apreciação da prova e na fundamentação da sua decisão, o que mesmo assim não é a mesma

⁵³⁹ Luís Pires de SOUSA, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica – questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)», *In Curso Contemplar em Direito da Saúde*, CEJ, pág. 475.

⁵⁴⁰ Fernando Pereira RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 126.

coisa que estar sujeito às regras legais da prova tarifada⁵⁴¹.

Perante várias perícias sobre a mesma matéria, que apresentem resultados contraditórios, podem servir como indicativos da convicção que neles deve ser depositada: i) a especialização e prática do perito, ou a falta dela; ii) descrição do caminho seguido pelo perito para alcance das conclusões; iii) a imediação do exame em relação ao objeto e a proximidade temporal em relação à verificação dos factos; iv) a utilização dos meios técnicos e equipamento de análise, bem como o modo e justificação dos procedimentos adotados; v) a maior coerência e racionalidade na fundamentação das conclusões⁵⁴².

Agora mais concretamente sobre a perícia médico-legal importa mencionar que esta é uma das várias perícias que podem ser levadas a cabo por profissionais devidamente habilitados para o desempenho de tal tarefa, atendendo à concreta dificuldade ou dúvida que se pretende ver esclarecida em juízo. A este propósito, estipula o Artigo 467º nº3 do CPC que: “As perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta”.

Tal como a perícia em geral, também a perícia médico-legal visa o esclarecimento do tribunal e restantes intervenientes na ação judicial, em relação a questões dotadas de elevada complexidade técnica e científica que comportam o objeto da perícia e que dependem do que é diretamente solicitado aos peritos. Pois que, os factos objeto da prova pericial não dizem respeito apenas a coisas, podendo também ser relativos a pessoas, como os exames físicos ou corpóreos cuja realização possa exigir conhecimentos especializados, por exemplo, da área da medicina, da química ou da biologia.

A perícia médica é realizada através de um exame médico, sendo este o meio de obtenção da prova através do qual a autoridade competente recolhe os elementos necessários para a descoberta da verdade. Assim, em casos de erros médicos, a prova pericial normalmente destina-se a averiguar as condições em que se encontra o paciente supostamente lesado pela conduta do médico, os procedimentos a que foi submetido, a retidão e conveniência dos mesmos, os danos produzidos, etc.

Pois que, peritagem médico-legal abarca a valoração e quantificação dos danos sofridos pela vítima, com o objetivo de lhe atribuir uma indemnização e/ou de impor ao lesado o

⁵⁴¹ Luís Pires de SOUSA, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica – questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)», *In Curso Contemplar em Direito da Saúde*, cit., pág. 477.

⁵⁴² Luís Pires de SOUSA, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica – questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)», *In Curso Contemplar em Direito da Saúde*, cit., pág. 469.

cumprimento de uma pena.

Em questões de responsabilidade médica, é prática reiterada, e por vezes imprescindível, o recurso a peritos médicos. Só assim não será quando as matérias em análise sejam do conhecimento do juiz, quando existam outros elementos (nomeadamente o testemunho do próprio médico) que permitam esclarecer todas as dúvidas, ou quando funcionem as regras da evidência, ainda que neste último caso seja discutível se a evidência afasta por completo a pertinência do contributo do perito.

Como qualquer perícia, também as peritagens médico-legais podem ser requeridas oficiosamente ou mediante adequado requerimento apresentado pelas partes intervenientes na ação, ainda que as conclusões do relatório pericial possam aproveitar a qualquer uma das partes, independentemente de quem solicitou a sua realização.

Em princípio as perícias médico-legais são solicitadas ao Conselho de Medicina Legal ou à Ordem dos Médicos, sendo estas entidades, e não o juiz, que decidirá quem realizará as perícias, não existindo uma lista prévia de peritos a nomear, dado que qualquer licenciado em medicina pode atuar como perito.

A perícia médico-legal é, em princípio, realizada por um único médico perito, podendo eventualmente dar lugar a uma perícia colegial, realizada por um número de profissionais nunca superior a três, nos casos específicos em que se exige um elevado grau de especialização profissional, por a perícia revestir certa complexidade ou existir a necessidade de conhecimentos de diversas matérias.

É igualmente possível que as partes em litígio indiquem os seus próprios peritos médicos, exigindo-se, porém, que estes sejam devidamente aprovados pelo tribunal, tendo então lugar uma perícia coletiva. Pois que, face ao impasse no que respeita à identidade dos peritos resultantes da falta de acordo das partes, cada uma possui a faculdade de nomear um único perito, cabendo ao juiz a nomeação do terceiro.

O perito médico irá analisar o processo clínico do doente, podendo ainda solicitar outros dados que considere pertinentes ao hospital, a médicos privados e a companhias de seguros, sendo obrigatório o envio dos mesmos ao perito. Pode também examinar o doente e solicitar os exames complementares de diagnóstico que entender necessários, de acordo com os protocolos pré estabelecidos.

Sem prescindir, será através dos pareceres técnicos dos peritos, que o juiz formulará as respetivas conclusões jurídicas. Por isso, o perito deverá, no decurso de toda a análise pericial,

compreender a importância do seu juízo técnico e objetivo, não devendo assumir posições em questões para as quais a *praxis* médica não apresenta uma resposta unânime, podendo assim induzir em erro o tribunal. Por conseguinte, deverá, sim, informar o tribunal da divergência nesse campo da área médica, dado que perante situações dependentes de divergências doutrinárias, não cumpre ao direito, nem ao tribunal em concreto, fixar um entendimento, pois que não é essa a sua área, nem possui os conhecimentos necessários para tal.

De facto, nos casos de responsabilidade civil médica, o perito não só poderá ajudar o tribunal na descoberta da verdade quanto aos pressupostos do dano, ilicitude, culpa e nexos de causalidade, como também terá os conhecimentos necessários para poder esclarecer, por exemplo, a natureza da obrigação assumida pelo médico perante o paciente, isto é, se o procedimento executado em concreto poderia levar à exigência de um resultado determinado ou se caberia apenas ao médico a observância dos deveres de cuidado e zelo profissional⁵⁴³.

As perícias em ações de responsabilidade médica incidem fundamentalmente sobre três fatores: i) a ilicitude, designadamente a violação das *leges artis ad hoc* (condições de que dispunha o médico; características específicas do doente; características da patologia que sofria; quaisquer outros fatores que possam influir nas regras de conduta profissional e técnica exigíveis ao médico); ii) apreciação do dano, especificamente do dano corporal, seja ele físico ou psíquico. Pode ainda qualificar o dano como temporário ou permanente, como total ou parcial. Avaliará o dano no futuro, bem como o *quantum* indemnizatório que pode resultar do dano; iii) análise do nexo de causalidade, entre a atuação do profissional de saúde e o trauma, lesões e eventuais sequelas futuras de que padece ou padecerá o doente⁵⁴⁴.

Pois que, a nível dos factos, toda a atividade médica é relevante para a avaliação do cumprimento ou não das *leges artis* por parte do médico (desde a anamnese até ao acompanhamento posterior do paciente, passando pelos exames efetuados, diagnóstico, tratamentos e intervenções).

Importa saber que, nem sempre as perícias são conclusivas, sendo, aliás, comum a este tipo de processos que o perito não possa conferir autenticidade aos factos invocados, pois causas endógenas e exógenas, como o decurso do tempo, dificultam respostas conclusivas nesta matéria.

Não obstante, dificilmente o perito irá formular conclusões com 100% de certeza, o que

⁵⁴³ André Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 632.

⁵⁴⁴ Luís Pires de SOUSA, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica – questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)», *In Curso Contemplar em Direito da Saúde*, CEJ, pág. 469 e ss.

apenas seria possível se a medicina fosse uma ciência exata. Na grande parte dos casos, poderá apenas garantir um grau razoável de certeza médica.

Assim, e ainda que à primeira vista fosse de supor que as ações cíveis de responsabilidade médica são sempre dirimidas, pelo tribunal, com base exclusivamente no parecer dos peritos, tal não corresponde à realidade, sendo entendimento dos tribunais superiores portugueses que, para decidir estas ações, os juízes socorrer-se-ão, na maioria das vezes, de outros meios de prova.

Em suma, temos três etapas na perícia médico-legal. A primeira prende-se com a recolha, por parte do perito, de quaisquer elementos que ele julga serem necessários para a adequada realização do ato pericial. Desta forma, e para o perito não incorrer em erro ou retirar da sua análise conclusões erradas, a este deve ser dado acesso ao máximo de informação possível relativamente à pessoa que será alvo de perícia, designadamente o acesso ao processo clínico (quando este existir), elemento fundamental no âmbito de uma perícia médica, para a avaliação do dano corporal.

Porém, mesmo que se aceite que o perito aceda ao processo clínico ou outros documentos hospitalares relativos à pessoa alvo da perícia, nem sempre este acesso será facilitado por parte dos clínicos ou das entidades hospitalares, que justificam a sua atuação com base no sigilo médico, considerado condição essencial para a existência de uma relação de confiança entre médico e paciente.

Todavia, e como nos diz ANA AMORIM, *“não se nos afigura como correta a recusa dos hospitais ou outras entidades prestadoras de cuidados de saúde em permitir o acesso de profissionais médico-legais a informações relativas aos seus pacientes, quando estas sejam capazes de facilitar e auxiliar na realização da perícia e, conseqüentemente, na descoberta da verdade material. Aliás, tendo em conta que se trata de um requerimento judicial, parece-nos que tal recusa (por parte de um serviço médico de cariz público) é suscetível de consubstanciar a omissão de uma conduta devida, existindo assim uma clara atuação contra o Direito capaz de prejudicar a intervenção do Tribunal e a conseqüente descoberta da verdade”* (itálico nosso)⁵⁴⁵.

A segunda fase da perícia é aquela que permite aos intervenientes na ação judicial de exercer o seu direito ao contraditório, pois é pela análise dos métodos utilizados pelo perito que é possível compreender e, eventualmente, se tal se demonstrar necessário, contestar a sua atuação.

Estas duas fases a que aludimos culminam na redação de um relatório pericial que contém

⁵⁴⁵ Ana AMORIM, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2019, pág. 80-84.

as conclusões obtidas pelo perito, atendendo aos factos analisados através da metodologia escolhida, tendo por base as *guidelines* existentes para o exercício da atividade médica, as suas respostas aos quesitos apresentados pelo tribunal, bem como o seu juízo científico.

Como dissemos, a elaboração do relatório pericial é da competência do profissional que previamente realizou o ato pericial e que é responsável tanto pela metodologia adotada, como pelas conclusões e nexos de causalidade estabelecidos. Porém, e embora o relatório pericial se apresente como um elemento probatório de elevada relevância no esclarecimento de dúvidas relativamente a áreas técnicas e científicas, dotadas de alguma complexidade, muitas vezes tendo em conta a terminologia específica da área médica, bem como os escassos conhecimentos de alguns magistrados judiciais ou do MP no que concerne ao assunto, podem existir tanto dificuldades de comunicação entre os intervenientes no processo, como obstáculos à compreensão do conteúdo do relatório elaborado pelo perito.

No entanto, face a estes obstáculos (dúvidas quanto ao teor, terminologia utilizada, dificuldade na perceção das conclusões a que o perito chegou, etc.), pode o juiz, oficiosamente ou mediante requerimento das partes, solicitar a notificação do perito para que este, tendo em conta o seu dever de colaboração com o tribunal, compareça em audiência com o intuito de prestar quaisquer esclarecimentos complementares que se revelem necessários à total compreensão do ato pericial por si realizado e das conclusões apresentadas.

Para isto, será importante que nesse momento, o perito adote uma linguagem simples e clara, para que as suas conclusões e restantes elementos que compõem o relatório pericial sejam de fácil compreensão e apreensão por parte dos sujeitos processuais. Aceitamos, contudo, que exista um mínimo de terminologia específica, que não possa ser simplificada sem comprometer a qualidade científica do relatório pericial, existindo nessas situações a possibilidade de esclarecimentos posteriores, razão pela qual acreditamos que todos os conceitos de teor médico devem ser definidos no próprio relatório.

4- Valor Extraprocessual das Provas

Depois de analisar as provas mais importantes na área da responsabilidade médica, importa perguntar: Podem as provas produzidas num processo servirem para outro? Esta questão prende-se com o valor extraprocessual das provas, isto é, com a possibilidade de utilização das provas em processo diferente daquele em que foram inseridas, desde que a pessoa contra a qual

se produz a prova, seja parte no processo.

Deste modo, a prova realizada num processo pode valer, por iniciativa das partes, num outro processo pendente entre as mesmas partes.

O *valor extraprocessual das provas* não encontra o seu âmbito limitado à matéria do processo civil, em concreto ao disposto no Artigo 421º do CPC, antes insere-se numa “ideia” recorrente da prática judiciária de admissibilidade de transmissão de prova entre processos, apresentando como razão de ser, o máximo aproveitamento da prova produzida, evitando assim a repetição de atos e favorecendo a economia processual. Desta forma, o que se procura é que haja um princípio de intercomunicabilidade geral da prova entre processos.

Assim, é de grande importância prática, não só no que respeita com à celeridade processual, como também à certeza e segurança jurídica, fins últimos do direito, especialmente para a prova da ilicitude e da culpa.

Pode acontecer, então, casos de reutilização das respostas a quesitos ou dos fundamentos de facto da sentença, ou a dispensa toda ou alguma instrução para a prova dos factos, como é o caso de não se ouvirem as mesmas testemunhas.

De acordo com o Artigo 421º do CPC, “Os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e perícias produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova”.

Ora, isto significa que, em regra, para que a prova produzida num processo possa ser invocada noutro processo é necessária a verificação dos seguintes pressupostos cumulativos: i) que se trate de prova testemunhal, depoimento de parte (escrito ou oral) ou perícia, produzida com audiência contraditória; ii) que a invocação seja feita contra a mesma parte, contra a qual foi produzida no primeiro processo; iii) que o processo onde a prova foi produzida não ofereça menos garantias do que aquela onde vai ser invocada, pois caso contrário, valerá apenas como princípio de prova, isto é, como prova indiciária⁵⁴⁶.

Por outro lado, a confissão judicial produzida no âmbito de um processo pode também ser invocada noutro processo contra o confitente, porém, neste caso, não terá o valor de confissão judicial, porque nos termos do Artigo 355 nº3 do CC, a confissão judicial feita num processo só

⁵⁴⁶ Fernando Pereira RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

vale como judicial nesse mesmo processo. Consequentemente, o valor probatório da confissão judicial invocada noutra processo deverá ser aferido de harmonia com o disposto no Artigo 358º do CC, como confissão extrajudicial.

Assim sendo, fora da possibilidade de invocação noutra processo, estarão a prova documental e a prova por inspeção judicial. A prova documental, porque a parte interessada pode repetir a junção dos documentos já utilizados na primeira ação e até se esta já estiver finda, pode obter o desentranhamento dos documentos e utiliza-los na nova ação. Acresce que, efetivamente, o documento basta-se a si mesmo, nada dele se podendo retirar que seja único e específico para um dado processo.

Por outro lado, a inspeção judicial, porque a mesma tem por fim a perceção direta dos factos pelo juiz e só o juiz que presidiu à inspeção estará em condições de valorar devidamente este meio de prova («enunciado pessoal do concreto juiz»). Assim, há uma insusceptibilidade de transmissão da perceção do tribunal que realizou a inspeção judicial, para um outro tribunal.

Por conseguinte, é ilegal qualquer decisão judicial suportada numa pretensa eficácia extraprocessual, sem mais, destes dois meios probatórios⁵⁴⁷.

Isto posto, especificando os requisitos para a valoração extraprocessual da prova⁵⁴⁸, o primeiro consubstancia-se no facto de a prova carecer de ser produzida com respeito pela regra da audiência contraditória (Artigo 415º do CPC), isto é, que “a parte tenha sido convocada para os atos de preparação e produção da prova e admitida a neles intervir, independentemente de ter estado efetivamente presente e ter tido intervenção efetiva”⁵⁴⁹. Ou seja, “o que importa essencialmente é que, pela notificação, tenha a parte sido colocada em condições de poder intervir, em condições de se poder defender”⁵⁵⁰.

Sobre isto importa dizer que, se a prova não tiver ocorrido com esta audiência, como se verifica em determinados casos de providências cautelares, não poderá a prova ser invocada, pois que a parte contra à qual iria ser utilizada não teve oportunidade, antes, de a contraditar.

Outro requisito é o de que, a parte contra a qual a prova é invocada seja a mesma contra a qual foi produzida no primeiro processo, como se justifica pela exigência do *supra* requisito da audiência contraditória. Deste modo, a prova produzida em determinado processo não pode ser

⁵⁴⁷ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários: Coleção Ações de Formação, 2013, pág. 196, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf (consultado em 28/05/2021).

⁵⁴⁸ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, cit.*, pág. 198.

⁵⁴⁹ Lebre de FREITAS, Montalvão MACHADO, Rui PINTO, *Código de Processo Civil Anotado II*, Coimbra, 2001, pág. 418.

⁵⁵⁰ Alberto dos REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 4ª edição (reimp. 1985), Vol. III, s.d, pág. 345.

invocada noutro processo contra outra pessoa, que não seja aquele contra a qual foi invocada no primeiro processo.

Note-se, no entanto, que nada impede que a pessoa que venha a utilizar a prova no segundo processo seja diferente daquela que a produziu no primeiro, uma vez que a lei não exige que o sujeito *por quem* a prova é apresentada seja o mesmo, podendo ser diverso (exemplo: um depoimento testemunhal apresentado a requerimento do MP pode ser novamente usado no processo civil, a requerimento do lesado)⁵⁵¹.

O que se exige, por imposição do princípio da audiência contraditória, é que a pessoa *contra quem* a prova venha a ser invocada seja a mesma que na primeira causa.

Por fim, exige-se que o processo onde a prova foi produzida não ofereça menos garantias do que aquele onde vai ser invocada, uma vez que se isto ocorrer valerá apenas como princípio de prova. Isto quer dizer que, esse elemento de prova é insuficiente, por si só, para provar o facto, e só suscetível de o conseguir quando conjugado com outros meios. Ou seja, é um contributo sem força autónoma, mas que vai complementar o resultado de outras provas que seriam insuficientes sozinhas⁵⁵².

Dando um exemplo prático, se uma perícia feita numa ação por um único perito, vier a ser invocada noutra ação onde a perícia deve ser efetuada por um coletivo de peritos, valerá apenas como princípio de prova, pois as garantias do valor probatório são inferiores às decorrentes de uma perícia feita por um coletivo de peritos.

Sem prescindir, importa ainda mencionar que a transponibilidade da prova não pode ter lugar por iniciativa oficiosa do tribunal, mas sempre e somente por invocação das partes, visto que se trata de uma faculdade processual sua. A parte que manifeste vontade de invocar o valor extraprocessual da prova do Artigo 421º do CPC, deve invocar, no segundo processo, os meios de prova produzidos no primeiro⁵⁵³.

Acresce que, há ainda um pressuposto implícito de grande importância, que se prende com a necessidade do processo de onde provêm os depoimentos (de parte e das testemunhas) e as perícias, ser jurisdicional. O processo penal é jurisdicional, pelo que este requisito está satisfeito, e como tal, as normas de processo civil harmonizam-se com o processo penal, pelo que

⁵⁵¹ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, cit., pág. 197.

⁵⁵² Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, cit., pág. 201.

⁵⁵³ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, cit., pág. 199.

permitem o transporte de uma *causa crime* para uma *causa cível*⁵⁵⁴. Por outro lado, o processo disciplinar médico, já reveste natureza administrativa, ou seja, não lhe é aplicável esta transponibilidade de provas. No entanto, nada impede que tanto o conteúdo da prova apresentada, como a respetiva valoração probatória, produzidas administrativamente, possam ser livremente apreciadas pelo juiz cível como mero princípio de prova, como decorrente da segunda parte do n.º 1 do Artigo 421.º do CPC. Posto isto, se a parte que apresenta a prova quiser mais e melhor prova, terá de a repetir.

Com o cumprimento destes requisitos, o legislador consagrou uma faculdade, em favor do autor e do réu, que lhes permite, querendo, ficar dispensados de nova produção de prova, designadamente depoimentos, tanto de parte, como de testemunhas, bem como de perícias⁵⁵⁵.

Importa referir que, quando falamos de prova que é possível invocar noutro processo, não nos referíamos ao acervo de factos declarados assentes no primeiro processo, mas sim aos meios de prova sujeitos à livre apreciação do julgador.

Pois que, o aproveitamento da prova produzida refere-se aos meios de prova utilizados em determinado processo autónomo ou conexo com o que se discute, e não à valoração intrínseca da prova que foi efetuada nesses processos, dado que a matéria de facto dada como assente e constante numa decisão vale como fundamentação dessa decisão, e não por si mesma. Isto é, se o caso julgado é o conjunto da decisão emitida pelo tribunal e da sua fundamentação, não pode esta última ser desassociada, para valer com eficácia de caso julgado, fora do processo em que a decisão é emitida.

Por conseguinte, pode dar-se eficácia extraprocessual a um meio de prova, mas não aos factos provados, o que significa, que o juiz não pode apreciar a decisão de facto emitida noutro processo, valorando a sentença, enquanto documento probatório.

Por outras palavras, não é permitido, sem mais e de modo vinculado, a importação de uma decisão probatória, pelo que, a decisão sobre a matéria de facto só vale para o processo, em concreto, na qual foi produzida. Este é um dos corolários ditados pela jurisprudência nesta matéria, *“o da eficácia extraprocessual da prova, não o da eficácia extraprocessual dos factos tidos como provados”*, pelo que não se importam factos provados (itálico nosso)⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, cit., pág. 194.

⁵⁵⁵ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, cit., pág. 195.

⁵⁵⁶ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Coletânea de Estudos de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Pág. 69.

Deste modo, a decisão sobre a matéria de facto vale apenas para o concreto processo em que foi produzida e perde depois autonomia, sendo adquirida pela sentença, ou seja, a decisão de facto não tem eficácia jurídica senão no concreto processo.

Pois, sucede que, “ não são os factos [dados como] provados numa ação que, ao abrigo do valor extraprocessual das provas, podem ser invocados noutra, *antes e apenas pode, por norma, o tribunal, nesta segunda ação, servir-se dos meios de prova que foram utilizados na anterior*” (itálico nosso)⁵⁵⁷.

Por outro lado, constitui limitação ao valor extraprocessual das provas o que resulta do nº 2 do Artigo 421º do CPC, que afirma que não têm aplicação as provas do primeiro processo quando este tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova, que se pretende invocar/utilizar no segundo processo (primeira limitação). Ora, aqui 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 (Artigo 278 nº1 b) do CPC).

Nestes termos, é indiferente se foi anulada só a respetiva instrução (anulação direta) ou todo o processo (anulação indireta) pois, neste caso, anulado o processo devem considerar-se sem efeitos todos os atos abrangidos pela anulação, mormente os de prova⁵⁵⁸.

Até porque, se o réu tiver sido absolvido da instância por uma exceção dilatória que não a ineptidão da petição inicial, a falta de personalidade judiciária (Artigo 278º nº1 c) do CPC) ou a incapacidade judiciária *lato sensu*, podem ser aproveitadas, na nova ação que corra entre as partes, as provas produzidas no primeiro processo. Ou seja, a falta de legitimidade das partes (Artigo 278º nº 1 d) do CPC) e a incompetência absoluta do tribunal (Artigo 278º nº1 a) do CPC), apesar de serem causas de absolvição da instância, podem ser aproveitadas.

Finalmente, se o réu tiver sido absolvido por qualquer dos fundamentos compreendidos na alínea e) do nº1 do Artigo 278º do CPC, isto é, qualquer outra exceção dilatória nominada ou inominada, determina-se no Artigo 279º nº 3 do CPC que “na nova ação que corra entre as mesmas partes podem ser aproveitadas as provas produzidas no primeiro processo e têm valor as decisões aí proferidas”. Ora, nestes casos permite-se uma ampla eficácia extraprocessual, porquanto abrange tanto a produção de prova como a valoração que o juiz haja feito dessa mesma prova.

⁵⁵⁷ PINTO, Rui, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, cit.*, pág. 194.

⁵⁵⁸ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, cit.*, pág. 203.

Em síntese, as provas podem ser aproveitadas se a respetiva causa de absolvição não haja sido a nulidade do processo e o pressuposto processual em falta não haja tolhido a capacidade probatória da parte.

A segunda limitação prende-se com a eficácia dos efeitos produzidos no primeiro processo, pois se as garantias deste forem inferiores às do segundo, valerão apenas como princípio de prova, ou como prova indiciária, como já *supra* mencionamos.

A terceira limitação, reflete-se na necessidade de as partes serem as mesmas. O princípio da eficácia extraprocessual das provas, significa que a prova produzida num processo pode ser utilizada contra a mesma pessoa num outro processo, para fundamentar uma nova pretensão, seja da pessoa que requereu a prova, seja de pessoa diferente, mas apoiada no mesmo facto.

Na responsabilidade médica, a regra é que, nos casos em que os mesmos factos sejam subsumíveis à lei penal e à lei civil, a ação cível seja enxertada no processo penal respetivo.

No entanto, a lei admite que o lesado possa optar em determinados casos pela dedução do pedido de indemnização cível em separado do processo penal, nos termos do Artigo 72º do CPP.

Pode ainda acontecer que antes ou contemporaneamente ao processo de responsabilidade civil médica proposto, tenha sido produzida prova em processo disciplinar na Ordem dos Médicos em Conselho Disciplinar Regional ou no Conselho Superior, em recurso, que poderá revelar-se importante para sustentar a posição de qualquer uma das partes, médico ou paciente. Neste caso, parece não haver lugar à aplicação do disposto no artigo 421.º, n.º 1, não obstante poderem ser os meios de prova apreciados no novo processo como princípio de prova, conjugando-o com outros elementos probatórios.

De facto, 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. E, depois, convocam-se três grupos de normas, com inerentes dificuldades de articulação: os Artigos 279 n.º3; 421º do CPC; 623º e 624º todos do Código de Processo Civil.

Ora, os Artigos 623º e 624º do CPC permitem a eficácia extraprocessual penal das decisões probatórias proferidas na sentença penal condenatória e na sentença penal absolutória. Não obstante, não se podem descurar as condições e limites dessa eficácia. Pois que, pode haver transporte probatório fundado em sentença penal condenatória relativamente aos factos ilícitos e culposos, em favor do lesado, mesmo perante terceiros, e fundado em sentença penal absolutória

relativamente aos mesmos factos, em favor do agente, apenas entre as partes⁵⁹⁹.

Por sua vez, no campo não coberto por aqueles artigos, o Artigo 421º do CPC vem permitir a eficácia extraprocessual penal tão-somente da produção probatória dos depoimentos (de parte e das testemunhas) e da perícia.

Mais longe, vai o Artigo 279º nº 3 do CPC ao permitir uma e outra eficácia no caso restrito de absolvição da instância, com base no Artigo 278º nº1 e) do CPC.

Assim, o sistema é absolutamente casuístico no plano normativo mas poderá, ainda assim, auxiliar o exercício do direito de ação ou do direito de defesa das partes nas ações de responsabilidade civil médica.

⁵⁹⁹ Rui PINTO, «O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução», *In Coletânea de Estudos de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pág. 89.

CAPÍTULO IV- DIREITO COMPARADO

Antes de proceder á análise crítica, importa fazer uma breve referência ao direito comparado, pois que saber o que se passa noutros países, permite-nos definir uma posição em relação a que sistema adotar em casos de ações de responsabilidade civil médica, em Portugal.

De facto, ao longo do século XX assistimos a diversos movimentos no sentido da objetivação da responsabilidade civil. Estes passaram por um conceito de culpa em abstrato, cada vez mais objetivado; seguiu-se a introdução de presunções de culpa e de inversões probatórias e, num terceiro momento, a introdução crescente de áreas de responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva, que vem, normalmente, associadas à imposição de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Não obstante, no último quartel do século XX, começaram a surgir experiências legislativas no sentido de introduzir sistemas alternativos de compensação dos danos causados por atos médicos ou hospitalares, na Nova Zelândia e nos países escandinavos e posteriormente na França, Bélgica e Polónia.

Assim, a responsabilidade nos últimos 50 anos foi afetada, de forma estrutural, em alguns países, pela evolução do direito dos seguros, quer pelo facto de ser genericamente reconhecido que os tribunais tendencialmente favorecem a posição do autor, quando do lado do réu se encontra uma companhia de seguros, quer pelo desenvolvimento dos chamados fundos de garantia, como por exemplo, o fundo de garantia automóvel ou o fundo de garantia para vítimas de crimes violentos. A existência de um seguro forneceria, deste modo, cobertura à atividade profissional do médico e aos serviços hospitalares, garantindo a indemnização ao lesado e a socialização do dano.

Começando por analisar os Estados Unidos da América, podemos dizer que estes combinam um sistema de notificação com um direito de responsabilidade civil adversarial e orientado para a disputa judicial. Ora, mantendo em vigor o sistema culpabilístico, o legislador sentiu a necessidade de promover a *clinical governance*, criando um sistema de notificação dos erros médicos que permitissem o seu estudo, análise e a criação de melhores protocolos de atuação, ou normas de orientação clínica, e mais eficazes regras de conduta para os profissionais de saúde e para os hospitais, a *Patient Safety and Quality Improvement Act 2005*.

Este instituto, permitia que os médicos procedessem ao *reporting* voluntário, sistemático e confidencial dos erros médicos e dos quase erros, com garantia de segurança jurídica, já que essa informação não poderia ser usada em nenhuma ação de indemnização, embora o pudesse ser em ações criminais.

A lei oferecia, assim, aos prestadores de cuidados de saúde, uma oportunidade de desenvolverem um sistema de avaliação da segurança dos pacientes e estabelecerem a responsabilidade das equipas, através de processos de notificação interna e protocolos de recolha e análise da informação. Para tal, exigia-se conjuntos de dados estandardizados a serem desenvolvidos pelas organizações de saúde, que voluntariamente procedessem às notificações para as organizações de segurança dos pacientes.

Com efeito, o legislador americano optou por um sistema de colheita de dados voluntário, uma vez que achou esse caminho mais eficaz que um sistema de notificação obrigatório, visto que o objetivo primordial passaria por encorajar a aprendizagem e não por punir os profissionais de saúde.

Sem prescindir, importa referir que, apesar de esta lei pretender ser um instrumento para beneficiar toda a atividade de prestação de cuidados de saúde, ela não afeta a capacidade de instruir um processo de responsabilidade civil médica, visto que não transforma processos ou informação anteriormente acessível ao paciente em informação confidencial ou reservada, e não altera a possibilidade de descobrir ou aceder ao processo clínico.

Ela apenas pretende ser uma forma de discutir sobre os incidentes e eventos adversos; de examinar, explicar e eliminar os erros médicos, através de processos e soluções partilhadas; de melhorar a prestação de cuidados de qualidade e de garantir mais segurança para o paciente.

Em relação à Dinamarca, e ao contrário do *supra* referido, esta optou pela natureza obrigatória da notificação, embora garanta a confidencialidade da informação e a proteção jurídica absoluta da mesma, no sentido de não ser suscetível de gerar, por si mesma, uma sanção (seja civil, disciplinar ou criminal), estando inteiramente dirigida à aprendizagem.

Por conseguinte, o sistema dinamarquês combina a *patient safety* com o sistema *no-fault*, garantindo um clima de grande confiança entre médicos e pacientes, em torno de um objetivo comum: a luta contra o incidente/evento adverso, sem um clima de tensão próprio de um sistema de responsabilidade civil adversarial, e baseado na prova da culpa do médico.

Em suma, a Dinamarca foi a pioneira na Europa neste domínio das áreas médicas, combinando, de forma harmoniosa, o estudo do erro médico com um sistema administrativo, “*no blame*”, de compensação do dano causado em instituições de saúde.

Por sua vez, no Reino Unido, onde vigora o sistema tradicional da culpa, aconselhou-se uma extensão do alcance do direito da segurança social, no sentido de conferir mais proteção às vítimas, em casos de negligência médica, como aliás já ocorre, nos casos de vítimas de danos

industriais e de vítimas de acidentes rodoviários.

Porém, a *Comissão Pearson* rejeitou o sistema *no-fault*, pois que, embora soubesse que o sistema tradicional da culpa é muito oneroso, pesado e propenso a atrasos e muitos “caprichos” no seu modo de operar, esta entendeu que com o sistema *no-fault* haveria uma dificuldade em rever o sistema de responsabilidade civil, bem como dificuldades nos julgamentos sobre a causalidade.

Contudo, o debate mantém-se e, de entre as várias propostas de reforma que se têm avançado, destaca-se a criação de tabelas de dano corporal para alguns tipos de danos, a compensação *no-fault*, os sistemas de resolução alternativa de litígios e pagamentos em renda, em vez avultadas indemnizações a pagar de uma só vez (*lump-sum*) e pagamentos alternativos ao dinheiro, tais como a prestação de cuidados de enfermagem (*home nursing care*).

Pois que, um sistema *no fault* permitiria aumentar o cumprimento do dever de notificação de *adverse clinical events*, facilitar a cultura de abertura exigida pela *clinical governance*, traçar um plano de gestão do risco e mudar a forma de olhar para os erros nas organizações. Este sistema é, desde logo, apoiado pela *British Medical Association* e pelos *Royal Colleges*, pois apesar de considerarem que este regime parece proteger os médicos negligentes, enfatizam que os profissionais negligentes enfrentariam procedimentos disciplinares que assegurariam o efeito preventivo e sancionatório.

Acresce que, apesar da ainda não implementação deste regime, um sistema *no-fault* para a negligência médica não seria algo de exótico no sistema jurídico deste país, já que existem, desde há muito tempo, os sistemas de compensação por responsabilidade objetiva nos casos de acidentes de trabalho e dos danos causados pela polícia.

Quanto á Nova Zelândia, esta foi pioneira no sentido de desenvolver um sistema de ressarcimento dos danos, independentemente de culpa, para a atividade médica como um todo.

Por outro lado, o sistema excluiu, de igual modo, o direito de recorrer aos tribunais, o que é um aspeto singular deste ordenamento jurídico em concreto. Este país aboliu, assim, o direito tradicional da responsabilidade civil, no domínio dos danos causados pela medicina.

O que temos patente neste país, é um fundo público de compensação de lesões corporais e não de um sistema de seguros, como acontece na Escandinávia e em França. Em síntese, este sistema compensa i) o dano iatrogénico que tenha sido sofrido por um paciente ii) em virtude dos cuidados de saúde administrados por um profissional habilitado ou sob a sua orientação e iii) que não seja consequência necessária ou normal dos cuidados de saúde prestados, tendo em conta:

todas as circunstâncias em que foram prestadas; o estado de saúde do paciente; e o estado da ciência médica na altura dos cuidados;

Assim, num período muito célere e com grande informalidade, o paciente lesado recebe uma indemnização pelos danos sofridos, a qual não sendo generosa, permite fazer face às necessidades advindas do erro médico.

Sobre os países escandinavos (Suécia, Finlândia, Noruega, Dinamarca e Islândia), estes configuram exemplos paradigmáticos da consagração do sistema “*no blame*” em matéria dos danos ocorridos no sector da saúde. O sistema foi criado legislativamente na Suécia pela “Lei de Danos aos Pacientes” (1996) e posteriormente importado para a Finlândia (1986), Dinamarca (1991), Islândia (2000) e Noruega (2001).

Na Suécia, em 1962 foi aprovada a lei do “Seguro Geral” que previa uma proteção, quase sem lacunas, para as situações de doença e de incapacidade para o trabalho, por perda de salário e em caso de invalidez, de determinadas prestações. Donde o paciente lesado goza de dois degraus de proteção: o primeiro degrau tutelado pelo “seguro geral”, o segundo derivado do direito de responsabilidade civil (incluindo o direito a compensação por danos não patrimoniais).

Com efeito, os estabelecimentos de saúde, numa base voluntária, criaram um seguro, independente de culpa (*no-fault*) em favor dos pacientes lesados, que podia ser utilizado pelos lesados em alternativa às regras clássicas da responsabilidade civil. O regime é, desde logo, muito informal e simplificado, sendo a queixa apresentada num formulário específico; analisada recorrendo a perícias médicas; e se tiver cabimento nos critérios previstos na lei, isto é, se for fundamentada, calcula-se o montante do dano. A entrega do formulário dispensa o médico e a clinica do dever de confidencialidade relativamente à comissão de avaliação, com vista ao total esclarecimento do caso. Em contrapartida, a comissão tem de garantir o sigilo face a qualquer outra pessoa.

O critério que define o acesso à compensação do dano, neste sistema, é eticamente neutro, isto é, não se exige que o lesante tenha atuado com culpa, violando qualquer dever de cuidado imposto pelas *leges artis*. Deste modo, é ressarcido o dano iatrogénico evitável, se se puder presumir que, de acordo com um grau razoável de probabilidade, se tivessem sido prestados melhores cuidados de saúde, o dano não se teria produzido.

Assim, com vista a garantir a operacionalidade do sistema e a evitar danos bagatelares, o seguro de paciente apenas abrange: i) danos que conduzam a uma incapacidade laboral (parcial) superior a 30 dias ii) danos que conduzam a uma forte limitação das funções corporais; iii) danos

que imponham um internamento hospitalar superior a 10 dias; iv) danos que acarretem consequências permanentes ou a morte.

O seguro possui uma franquia máxima, sendo que nos casos de indemnização se aplicam as regras gerais da responsabilidade civil, isto é, a indemnização inclui os custos de tratamento, a perda de rendimentos, outros custos (como medicamentos) e os danos não patrimoniais. Em casos de morte, abrange ainda os custos de funeral e outros custos que sobrevêm à morte do familiar (como em alguns casos, a perda de alimentos).

Sem prescindir, incumbe dizer que o montante da indemnização é significativamente inferior ao de outros países europeus, visto que a segurança social oferece uma boa proteção em caso de perda de rendimentos; e quanto aos danos não patrimoniais, a compensação consiste em montantes estandardizados por tabelas, de montante quase simbólico.

Este sistema do “seguro do paciente” não elimina a responsabilidade civil e o direito de acesso aos tribunais, uma vez que é voluntário, mas na prática estes perdem importância.

O sistema sueco cria, desta forma, confiança e não dá origem à estigmatização do médico, antes pelo contrário, o princípio de independência deste profissional e a sua dedicação à ciência médica, bem como a existência de uma atenção mais humana ao paciente, ficam reforçadas.

Em relação à França, e antes de 2002, coexistiam dois regimes de responsabilidade médica, um pertencente ao Direito Civil, outro respeitante ao Direito Administrativo. Visava-se a criação de esquemas operativos e a adaptação de velhos conceitos, em função da procura de resultados mais justos, o que fez com que se adota-se a noção de *perte de chance* e com isso, se admitisse o reconhecimento de uma relação de causalidade altamente provável, mas não completamente certa. Acresce que, a extensão da *faute* alargou-se para além do ato técnico em si, desenvolvendo-se a doutrina do consentimento informado.

Por outro lado, a doutrina da má organização do serviço constituiu, também, uma das grandes inovações do *Conseil d'État*, uma vez que o paciente poderia obter uma indemnização apesar da ausência de uma prova formal da existência de culpa na origem do dano.

Vigorava, pois, uma situação de dualidade de regimes (O *Conseil d'État* e a *Cour de Cassation*), que por seguir orientações diversas, criavam uma situação menos favorável aos pacientes que sofressem danos no âmbito da medicina privada.

Em 2002, o legislador reorganiza o regime de responsabilidade médica e da reparação dos pacientes em caso de acidente médico e cria um procedimento de regulação amigável, acompanhado de um procedimento de peritagem e de um regime de indemnização das vítimas.

Quanto ao procedimento de regulação amigável, este funciona da seguinte forma: o paciente solicita informações ao médico sobre as circunstâncias e causas dos danos que sofreu, e de seguida, dirige-se à Comissão Regional de Conciliação de Indemnização de Acidentes Médicos, que procede a uma peritagem. Estas são presididas por um magistrado, por um representante das pessoas doentes, por um representante dos utentes do sistema de saúde, por profissionais de saúde e por responsáveis dos serviços de saúde, bem como por membros do gabinete nacional de indemnizações e das companhias de seguro.

Por outro lado, o regime de indemnização das vítimas diferencia-se consoante se trate de casos de culpa médica ou de casos de aléa terapêutica. Assim, e nos casos de culpa médica, quando as comissões regionais entendam que o dano acarreta a responsabilidade de um profissional de saúde ou de um estabelecimento de saúde, o segurador faz uma oferta à vítima, visando a reparação integral dos danos (até ao limite dos plafonds de garantia dos contratos de seguro). A aceitação desta oferta vale como transação. Porém, se a vítima não concordar com o valor, pode recorrer ao tribunal para arbitrar o montante da indemnização, e no caso de o juiz considerar a oferta manifestamente insuficiente, a seguradora, para além de ter de pagar a indemnização justa, tem de pagar também 15% do montante da indemnização ao ONIAM.

Acresce que, no casos de silêncio ou de recusa explícita da seguradora em fazer uma oferta, ou nos casos de o lesante não ter seguro, o *office* (ONIAM) substitui a seguradora ficando com o direito de regresso contra a pessoa que causou o dano ou contra a sua seguradora.

Em contrapartida, quando as comissões regionais entendem que o dano é indemnizável a título de álea terapêutica, o *office* faz uma proposta à vítima, visando a reparação integral dos danos sofridos, e se esta não aceitar, pode recorrer ao tribunal.

Em síntese, nos casos de culpa médica, quem tem que propor uma reparação integral dos danos sofridos pelo paciente, é a seguradora (através de transação), ao passo que nos casos de aléa terapêutica, ou do lesante não ter seguro, é o *office* (ONIAM), que se substitui á seguradora. Ora, criou-se assim um sistema de compensação *no-fault*, com as vantagens de ressarcir os danos de quem mais precisa, sem substituir o sistema da responsabilidade civil, que tem vantagens no plano preventivo e sancionatório.

Na Bélgica, o legislador seguiu o sistema do direito francês, ou seja, um sistema “*à deux voies*”. Por um lado, a via tradicional da responsabilidade civil fundada na culpa, mas por outro, a via um “*fonds des accidents*” que abrange o chamado “*accident médical sans responsabilité*”, e um conjunto de outras situações, como as infeções nosocomiais, os danos causados por

instrumentos, entre outros. Contudo, só há lugar a indemnização se o dano for “*sufisamment grave*”, ou seja, um dano anormal.

Quanto á Polónia foi aprovada uma Lei sobre a Atividade da Saúde, de 18 de Março de 2011, que obrigou todas as entidades de saúde que fazem a gestão de hospitais, a contratar um seguro contra danos causados por “incidentes médicos”. Esta lei polaca, que se inspirou na lei francesa e belga, ainda que com diferenças importantes, tem os seguintes elementos: i) a criação de um seguro obrigatório; ii) a resolução alternativa de litígios na área médica; iii) a criação de comissões regionais de análise dos casos; iv) a ausência de controlo judicial das decisões das comissões de médicos ou das propostas feitas pelas seguradoras

Este sistema apenas se aplica aos casos ocorridos em internamento, mas já não aos casos de ambulatório ou medicina privada. Desta forma, os serviços médicos que são realizados em clinicas de pacientes de ambulatório ou em consultório privado, levando a danos pessoais, não são abrangidos pelo sistema.

Por outro lado, este sistema abandona explicitamente o princípio da compensação total, prescrevendo como limites máximos de compensação por dano corporal o equivalente a 24.000€ e pela morte do paciente o triplo desse valor.

Com efeito, o requerente tem duas possibilidades: ou opta por rejeitar a oferta, e se o fizer pode ainda intentar uma ação judicial, mas sem estar vinculado à decisão de uma junta médica; ou, em alternativa, opta por aceitar, mas depois não tem a possibilidade de questionar os valores oferecidos e deve renunciar a quaisquer demandas posteriores decorrentes do incidente.

Se a seguradora não conseguir fazer uma proposta conforme à lei e às tabelas dos danos corporais, o paciente tem o direito às quantias peticionadas, desde que sejam dentro dos limites legais. Nesse caso, a junta médica emite um certificado com valor de título executivo, ou seja, sem necessidade de ser confirmado por um tribunal.

Sem prescindir, a responsabilidade civil do hospital continua a ser em regra, baseada na culpa.

Em relação à Áustria, a lei federal de 2001 iniciou a criação de fundos de compensação para os hospitais (públicos) no caso de danos médicos muito graves. Assim, os médicos que exercem fora dos hospitais não estão cobertos por esse fundo. Esta Lei Federal apenas prescreve as regras fundamentais, todavia cada estado tem competência para regular nesta matéria.

O estado de Viena foi o pioneiro a implementar este fundo de garantia, a fim de dar cobertura aos danos médicos muito graves ocorridos nos hospitais. Este fundo é financiado por

contribuições dos pacientes, isto é, das vítimas potenciais, que têm de pagar uma taxa de 0,73€ por dia, e cobre os danos patrimoniais e não patrimoniais dos pacientes, causados no decurso de um tratamento médico (ou omissão do mesmo) no hospital.

Este regime não visa afastar as regras de responsabilidade civil, pois intervém apenas para compensar os casos mais graves, em que a responsabilidade não pode ser devidamente estabelecida, especialmente por problemas de prova da causalidade ou da culpa.

Os pagamentos estão sujeitos a limites máximos, que variam em função de cada província austríaca.

Por sua vez, na Suíça, alguns cantões legislaram em sentido semelhante, conferindo uma proteção acrescida aos pacientes que sofram lesões graves na sequência de tratamentos médicos e em que seja muito difícil a prova da culpa ou do nexo de causalidade.

Importa referir que, vários ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de, no âmbito de um sistema tradicional de responsabilidade civil subjetiva, enxertar alguma proteção especial perante casos de danos especialmente graves, como os danos neurológicos de recém-nascidos (como aconteceu na Virgínia e na Florida); os danos causados por transfusão de sangue contaminado (tendo os pacientes contraído VIH, como aconteceu entre outros, na Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Inglaterra, Israel e Quebec) ou os danos causados por vacinação (como sucedeu na Alemanha, em França, Áustria, Dinamarca, Japão, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido, etc).

A proposta que figurava nestes casos era: no caso dos danos neurológicos de recém-nascidos, criar-se condições de acesso a um seguro de responsabilidade civil por parte dos obstetras; no caso da responsabilidade objetiva por vacinações, tratar-se de conferir uma proteção adicional ao cidadão que é vítima de um dano iatrogénico, por uma intervenção médica em alguma medida realizada em benefício alheio, pois que a vacinação tem para além de um efeito de prevenção na pessoa concreta, um efeito geral de saúde pública; no caso do sistema no-fault por sangue contaminado, trata-se de dar uma resposta política a um caso que afeta gravemente a imagem da medicina.

Como pudemos analisar, alguns estudos apontam no sentido de uma radical transformação do sistema, abandonando o paradigma da responsabilidade civil e abraçando uma solução de compensação do dano ocorrido em atividades médicas “*no blame*” (sistema da Nova Zelândia e dos Países Escandinavos); outros defendem a introdução de um sistema binário, em que se mantém como regra a responsabilidade civil fundada na culpa médica, mas se admite um

direito especial, baseado em seguros e em fundos de compensação, que visam indemnizar as vítimas de um erro médico (mesmo que não negligente) que sofram danos mais graves (França, Bélgica). Por vezes este sistema fica limitado aos danos ocorridos no internamento hospitalar (Polónia), outros apenas abrangem danos muito graves ocorridos em hospitais públicos (Áustria).

Não obstante, todos estes sistemas visam a criação de um clima de diálogo, em que ganha a relação médico-paciente e a evolução da ciência médica, porque nestes sistemas mais facilmente se implementam sistemas de notificação de eventos adversos, que visam mitigar a possibilidade de verificação de erros, fomentar um ambiente de trabalho mais seguro, obstar a problemas de comunicação entre os vários intervenientes na administração de cuidados de saúde, e melhorar a gestão dos riscos. Como tal, são sistemas em que as instituições hospitalares assumem uma maior responsabilidade na prevenção de acidentes médicos, pois enquanto entidades a montante da prestação concreta de cuidados de saúde, são as únicas capazes de prevenir os erros latentes e sistemáticos que nelas vigoram.

Há ainda autores que, não querendo proceder a uma transformação radical no sistema, advogam apenas reformas “cirúrgicas” que visem atalhar aos pontos de maior debilidade do sistema vigente, no âmbito do ónus da prova da culpa e da causalidade, e na busca de soluções não adversariais de composição alternativa de litígios, incrementando o papel dos seguros de responsabilidade, as comissões de arbitragem e a institucionalização da responsabilidade.

Pela nossa parte, enquanto civilistas que se apercebem da emergência intencional e normativa de um Direito da Medicina, julgamos que um sistema intermediário como o implantado na França e, posteriormente, na Bélgica poderia ter bom acolhimento entre nós.

Para além da proteção dos doentes mais necessitados, este sistema permite a implantação de um modelo de composição do litígio especializado, mais expedito e que oferece maior satisfação às partes envolvidas. As comissões regionais de indemnização, compostas por peritos médicos, presididas por um juiz e com um processo informalizado em que se busca a verdade material, sempre assistido economicamente por um sistema de seguros de responsabilidade robusto e operante, ainda com apoio de fundos do Orçamento Geral do Estado, parecem-nos ser um caminho muito acertado.

Assim, mantendo como base a responsabilidade civil baseada na culpa, cria-se um sistema processual novo, de raiz não conflitual e assente na autoridade da perícia médica, sob controlo de um magistrado e que distingue não apenas os casos de culpa médica, em que se seguem as regras tradicionais, mas também os lesados graves que merecem o apoio de um

sistema baseado em princípio de solidariedade nacional, caso não se prove a culpa médica.

Na ausência de consenso (ou de maioria) política para a criação do sistema referido, propomos uma resposta mais pontual para certos danos mais graves, que causem incapacidade superior a 25% como o recurso: i) a responsabilidade objetiva por danos neurológicos graves em recém-nascidos; ii) a responsabilidade objetiva por danos causados por vacinação obrigatória; iii) a responsabilidade objetiva por danos causados por transfusões sanguíneas. Em todos estes casos, a entidade prestadora de cuidados de saúde, pública ou privada, teria obrigação de celebrar um contrato de seguro de responsabilidade civil.

Em conclusão, somos de opinião que urge implementar um sistema geral de resolução alternativa de litígios, designadamente tribunais arbitrais ou comissões de mediação e conciliação, compostas por peritos, juristas especialistas em direito da responsabilidade médica, e médicos especialistas com formação forense adequada, para que se promova, de forma rápida e eficaz, à determinação da existência de um nexo de causalidade e de um incumprimento culposos por parte de um profissional de saúde.

Este regime vai, indiscutivelmente, no sentido da promoção de uma melhor medicina e de uma maior proteção dos cidadãos doentes, uma vez que procura reformas no sistema de responsabilidade civil médica, que tornem a compensação por danos injustos mais rápida e previsível, e que simultaneamente permitam aos médicos aprender com os erros e melhorar o sistema de prestação de cuidados de saúde.

A aplicação deste regime no direito português permitiria, deste modo, oferecer aos cidadãos um sistema mais humano, que os compense dos danos causados no âmbito desta atividade intrinsecamente causadora de mazelas.

Contudo, devemos não olvidar que este regime parte de países onde a doutrina e a jurisprudência há muito consolidaram exigentes inversões do ónus da prova, um rigoroso regime de responsabilidade civil por violação do dever de esclarecer e de obter o consentimento informado e, sobretudo, em que as comissões de peritos ou árbitros funcionam com prestígio e eficácia, e em que o sistema judicial dá uma resposta satisfatória às exigências dos cidadãos. Ora, tal não é a realidade portuguesa.

CAPÍTULO V- ANÁLISE CRÍTICA

Apesar de já há algum tempo, os nossos tribunais abordarem questões relacionadas com a responsabilidade médica, estas eram sempre pronúncias esporádicas, que usualmente culminavam na absolvição do profissional médico ou do hospital /clínica. Isto ocorria porque, na antiguidade, e durante muitos séculos, o médico não desempenhava uma tarefa vulgar, sendo comparado quase a um deus, que detinha uma responsabilidade religiosa e moral para com os pacientes, mas em relação às quais o paciente não podia reclamar. Devido a esta conceção, houve *inclusive* uma estagnação dos conhecimentos médicos durante séculos, pois os pacientes eram conduzidos pela ideia de que o médico sabia o necessário para os curar e que estes não podiam mostrar despreço nem revolta por qualquer tipo de tratamento efetuado.

A medicina era, assim, uma tarefa que se desempenhava em silêncio, até que as coisas começaram a mudar. Tal deveu-se aos progressos técnicos e científicos, que trouxeram para as ciências médicas uma consciência social crítica relativamente à prática clínica, acabando aí o silêncio e dando lugar a uma verdadeira responsabilidade médica, assente na violação ilícita dos direitos do paciente. De facto, verificou-se uma progressiva tomada de consciência dos direitos por parte dos utentes, sendo que agora estes não temem questionar o juízo científico dos médicos ou procurar segundas opiniões, abandonando-se a ideia de fatalismo dos prejuízos e encarando estes como algo suscetível de ser ressarcido. Acresce que, a circunstância de cada vez mais população ter acesso a seguros de segurança social originou também uma mentalidade mais reivindicativa e de exigência em relação aos médicos.

É no advir deste conjunto de fenómenos que, nos últimos anos, surgem destaques sensacionalistas na imprensa a propósito de casos de alegada negligência médica. Com isto, sobem em flecha os números de processos, numa tendência crescente para o futuro, sendo que muitos deles se arrastam, *inclusive*, até aos tribunais superiores. As condenações começam a ser mais frequentes, quer em processos cíveis, quer em processos criminais, e alguns chegam mesmo a dar lugar a respeitáveis indemnizações, não apenas por danos patrimoniais, como também por danos não patrimoniais.

Todavia, as causas de tensão que atingiam a imagem da classe médica resultavam, sobretudo, da interligação entre duas mudanças de atitude fundamentais: o relacionamento do médico com o doente e a conduta do sistema mediático nas sociedades mais desenvolvidas. De facto, o relacionamento médico/doente alterou-se radicalmente nas últimas décadas. Antigamente, a distância entre médico e doente estava bem demarcada, tendo o médico uma

imagem aristocrática, paternalista, humana, em que predominava na relação com o doente, a bondade, a intuição e o saber.

A relação que se estabelecia não era, como agora se sucede, rotineira, ocorrendo somente em situações de crise, em que as pessoas iam ao médico ou ao hospital quando se sentiam realmente doentes, isto é, em estado de fragilidade, o que convidava à entrega, numa base de confiança cega, na pessoa do médico. A relação era, então, linear e estável pois que o doente entregava-se ao médico e este assumia paternalmente os cuidados da pessoa carenciada.

Devido a isto, o médico exercia uma profissão de maior dignidade e prestígio, que implicava uma confiança na sua abnegação e sabedoria. Pois que, o doente não esperava que o médico lhe explicasse a sua doença, nem como efetuara o seu diagnóstico, nem sequer qual a estratégia da terapêutica. Acresce que, o médico não se sentia vinculado a prestar informações, sob o argumento de que o doente não estava em condições de compreender e interpretar as mesmas. Desta forma, presumia-se que tanto o doente, como o médico, sabiam das limitações do conhecimento sobre a estrutura e funcionamento do corpo humano, esperando unicamente o doente, que houvesse conforto na atuação médica e dedicação por parte deste último.

Com o passar dos anos, esta relação mudou drasticamente, quer do lado do médico, como do paciente. Na verdade, hoje em dia, trata-se de uma relação entre um técnico ou técnicos da saúde, por um lado, e um consumidor da medicina, pelo outro (definição muito restrita). Tal deveu-se ao desenvolvimento extraordinário das ciências médicas e das suas inúmeras especialidades, que criaram um novo conceito de médico, e à sociedade da informação e dos direitos, que criaram um diferente conceito de doente.

De facto, a circunstâncias dos cidadãos tomarem consciência dos seus direitos, designadamente do direito à saúde, fez com que estes assumissem uma postura reivindicativa perante o prestador do serviço de saúde. Acresce que, a divulgação generalizada dos temas que antes eram apenas acessíveis à comunidade médica, fez com que as pessoas pudessem seguir a evolução do conhecimento científico sobre a generalidade dos assuntos que as preocupam, no domínio da saúde. A internet permitiu, de igual modo, uma avultada informação sobre todo o tipo de doenças, diagnósticos, terapêuticas, estabelecimentos especializados em determinados tratamentos, etc, sendo que, qualquer pessoa que se sinta doente pode experimentar, via internet, a introdução dos sintomas e esperar que lhe deem, ainda que vagamente e sem certezas científicas, um diagnóstico e possíveis tratamentos.

Em traços largos, um doente que consulte um médico ou que recorra ao hospital é, hoje

em dia, um consumidor mais informado e com uma postura mais exigente perante o prestador do serviço, seja ele público ou privado. Como tal, a procura do paciente pelo tratamento correto, adequado e cumpridor das *leges artis* a que os profissionais de saúde estão sujeitos, é imprescindível, pois caso isto não ocorra os mesmos (pacientes) estão agora conscientes, de que os danos de que venham a padecer, podem ser ressarcidos por via de indemnização, pelo que não se acanharão na propositura de ações de responsabilidade médica com essa finalidade.

Porém, importa dizer que o número de processos de negligência médica, em tribunal, continua bastante aquém das queixas apresentadas pelos pacientes, que muitas vezes não vão para além das reclamações aduzidas perante as entidades administrativas ou frequentemente terminam com uma resolução extrajudicial do litígio, isto é, um acordo entre as partes. Tal deve-se, sobretudo, ao facto de o ato médico lesivo, independentemente do ramo do direito em que é tratado (civil, penal ou deontológico), não configurar um regime específico, que garanta a tutela dos direitos dos pacientes lesados pelo incumprimento pelos médicos das *leges artis* (deveres de conduta a que os médicos estão sujeitos), aplicando-se, antes, as regras gerais relativas à responsabilidade civil contratual ou extracontratual, conforme os casos, havendo sempre a aplicação das presunções de culpa da responsabilidade subjetiva.

Ora, no caso da responsabilidade extracontratual, só é atribuída indemnização ao lesado, se este provar os respetivos pressupostos, que são: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Por conseguinte, é na incapacidade de comprovar o preenchimento destes pressupostos que grande parte destas ações se revelam improcedentes, sendo a principal causa a dificuldade de prova que recai sobre o paciente, que geralmente não possui conhecimentos técnicos especializados na matéria, o que o deixa dependente da competência técnica, especialização, poder e autoridade do médico.

Mesmo no âmbito da responsabilidade civil contratual, aparentemente mais favorável ao lesado/paciente porque se presume a culpa do lesante/médico, incumbe ao lesado fazer a prova do incumprimento pelo médico das suas *leges artis*, o que pressupõe também que tenha conhecimento dos quadros de procedimentos médicos, que não se encontram positivados.

Em regra, este desconhecimento do paciente deixa-o sempre numa posição mais frágil, em virtude de que nem todos os quadros de regras ou procedimentos técnico-científicos se encontram previstos, o que não permite saber de que forma se deve comportar o médico com os seus pacientes e até com os outros profissionais de saúde.

Devido a isto, a ideia que se encontra subjacente às ações de responsabilidade civil médica

é a da sua reiterada improcedência, face à incapacidade do paciente-autor fazer prova dos elementos constitutivos do direito que se arroga, tendo como principais dificuldades a prova *do incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade*, em razão da sua posição que carece de *falta de conhecimentos técnicos, falta de testemunhas*, bem como a necessidade de *recorrer a peritos*. Como tal, a tarefa de prova para o paciente, vítima de erro médico negligente, revela-se árdua, exigindo-lhe um acervo de conhecimentos que não detém, *no âmbito de um processo que é extremamente dispendioso e num período em que as vítimas do erro apontam como de grande fragilidade física e emocional*.

De facto, as constantes notícias sobre a má prática médica que inundam os media contribuíram, igualmente, para o desendeusamento da profissão e para a perda de confiança na relação médico-paciente. Isto fez com que, o erro médico saísse do silêncio conspirativo da classe e se transformasse em matéria de denúncia estridente nos meios de comunicação, para quem o erro ou simplesmente a sua aparência desperta, desde logo, um voraz apetite noticioso.

Importa denotar que, a propósito do erro médico, este surge como algo com que os médicos nunca souberam lidar, por múltiplas razões, de certo modo compreensíveis. Em primeiro lugar, porque a cultura médica tradicional assenta, ainda hoje, numa educação para a perfeição que venera modelos infalíveis, ignorando a abordagem da fragilidade da ciência e a necessidade de entender que o conhecimento avança com a correção de proposições que se revelam erradas. Em segundo lugar, porque o erro é, na maioria das vezes, tomado como sinónimo de negligência ou, pior ainda, de falha de carácter. E, finalmente, porque o erro tem sempre um profundo impacto pessoal e profissional, que é vivido quase sempre em solidão, e dele podem resultar consequências graves, como a censura explícita, a revolta da sociedade e a revolta dos próprios pares, mesmo naquelas situações consideradas paradoxalmente de erro sem culpa, como sucede quando a doença se apresenta em silêncio ou de forma bizarra.

É importante frisar que, o erro ou os acontecimentos adversos são coisas muito mais comuns do que o que se supõe, pelo simples facto de o exercício da medicina não ser uma atividade infalível. De facto, e não obstante o enorme desenvolvimento da ciência e das técnicas para a proteção da saúde e tratamento de doenças, existem ainda inúmeras situações que não são vencíveis pela medicina. Certamente que, em muitos casos, o médico depara-se hoje com situações de difícil interpretação, em que ele pode errar; ou então com situações de extrema urgência, em que pode ter de tomar opções ou medidas sem a ponderação que noutras circunstâncias teria. Isto ocorre porque, se a medicina no passado era simples, ineficaz e

razoavelmente inócua, agora é complexa, eficaz, mas potencialmente perigosa.

Como afirmou um dia MANUEL SOBRINHO SIMÕES, o erro em medicina é o grande problema de saúde do século XXI, pois que as atuais reformas do nosso sistema de saúde se têm centrado numa perspetiva de eficiência económica e financeira, esquecendo que a eficácia em saúde é, antes de tudo, uma procura de um equilíbrio sempre instável entre a redução de custos e a qualidade de prestação dos serviços. De facto, o erro médico só poderá ser ultrapassado se no nosso sistema de saúde forem criados comportamentos éticos em todos os atores do sistema, se se acentuar o profissionalismo e o rigor contra o corporativismo e se se desenvolver uma gestão que privilegie a fiabilidade no tratamento em detrimento da rentabilidade económica. Não menos importante, é que os profissionais de saúde sejam sensibilizados para que a sua profissão se exerça em organizações cada vez mais complexas e que sem uma organização fiável os atos clínicos, por melhor executados que sejam, não darão lugar a um serviço de qualidade.

Sem prescindir, se é certo que os erros ligados à prestação de cuidados de saúde não poderão jamais ser abolidos na totalidade, deveremos de tudo fazer para que sejam minimizados na probabilidade de ocorrência e nas suas consequências. A prevenção do erro assenta, desde logo, em medidas que vão da sua publicitação, à deteção permanente não só do erro, mas das tendências ocultas para o erro, passando pela notificação obrigatória de eventos adversos e de erros graves, auditorias, avaliação das performances individuais, controlo da qualidade dos serviços clínicos, etc.

Sobre isto, devíamos seguir o exemplo dos EUA, pois que o legislador também se viu na necessidade de tomar medidas sobre a responsabilidade médica, estabelecendo que devam ser submetidos relatórios quando ocorressem erros, com o objetivo de acumulação substancial de informação que possibilitasse o estudo desses erros e dos quase erros, como forma de os controlar e evitar.

De facto, alguns estados dos EUA têm vindo a encorajar a revelação total dos erros decisórios e dos acidentes hospitalares, de modo a suprir o medo dos médicos e dos hospitais de que a admissão do erro possa ser usada contra eles em tribunal. Ora, tal revela-se impreterível para desmistificar a atividade médica e para compreendermos que, como *supra* referimos, a atividade dos profissionais de saúde é também ela falível, devendo aceitar-se esse facto.

Pelo que, urge lançar reformas legislativas em Portugal que visem a promoção de um sistema de registo de incidentes e eventos adversos, consagrando a confidencialidade e a proteção da informação aí inscrita, em nome da salvaguarda de um bem jurídico-constitucional de maior

relevância: o acesso a cuidados de saúde de qualidade e, mediatamente, a proteção da integridade física e moral da pessoa humana e mesmo do direito à vida. Este sistema constituiria um papel importante a cumprir, no sentido de contribuir para a prevenção de acidentes médicos, promovendo uma medicina mais segura e contribuindo para a transparência sanitária. Pois que, a transparência tornará possível a elaboração de estratégias e boas práticas que: i) evitem a repetição de acidentes idênticos; ii) permitam a eliminação dos erros sistemáticos; iii) criem mecanismos de salvaguarda de acidentes médicos.

Assim, Portugal deveria adaptar o sistema jurídico para que o profissional de saúde possa colaborar na investigação e prevenção dos acidentes que ocorrem em âmbito médico, sem recearem autoincriminar-se. Um sistema concentrado na identificação e prevenção de riscos sanitários e não na procura de “bodes expiatórios”.

Sobre isto, disse a Associação Médica Mundial que “ se vem constatando que a repressão da negligência individual do profissional de saúde, o naming, blaming and claiming pode ser contraproducente. Pois que, a responsabilidade civil clássica falha em prevenir/dissuadir o acidente médico culposos, atentas as “cifras negras” da efetivação dessa responsabilidade”⁵⁶⁰.

Importante seria também que os planos de estudo das nossas faculdades de medicina integrassem uma qualquer disciplina que sensibilizasse os futuros profissionais de saúde, para a complexidade organizacional em que irão desenvolver a sua profissão e para a necessidade de saberem que vão errar no decurso do seu trajeto e que, como tal, a melhor solução passará, desde logo, pelo desenvolvimento de um instituto que permita assegurar a reparação destes danos aos pacientes lesados.

É aqui que surge a necessidade de um instituto específico de responsabilidade médica, mas acima de tudo uma necessidade de obrigatoriedade de um seguro de responsabilidade civil para todos estes profissionais de saúde. De facto, o erro médico é uma questão que começa, continua e se extingue na educação, entendida esta no sentido mais amplo, pois para além da perceção do risco, inclui também o desenvolvimento de uma cultura de segurança.

Ora, esta cultura de segurança passa, desde logo, pela necessidade de contratação, por parte de todos os profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares, etc), de um seguro de responsabilidade civil profissional que visa, em casos de eventuais demandas judiciais, cobrir até determinado valor (o que for acordado na contratação do seguro), a reparação judicial dos danos

⁵⁶⁰ Declaração sobre a Reforma da Responsabilidade Médica (WMA Statement on Medical Liability Reform, adopted by the 56th WMA General Assembly, Santiago, Chile, October 2005), disponível em: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-medical-liability-reform/>

sofridos pelo paciente.

Pois que, não basta já a simples confiança ingénuo no médico, impondo-se o desenvolvimento dogmático de um escudo jurídico que proteja a pessoa (e outros bens jurídicos da vida humana) face aos inúmeros riscos da medicina. Em especial, importa desenvolver instrumentos de proteção da vítima de um erro médico evitável, para que haja a reparação equitativa de um dano injustificado.

Note-se que, os seguros de responsabilidade civil médica, apesar de importantes aliados no atual cenário de crescente judicialização da relação médico-paciente, não são obrigatórios em Portugal, nas unidades públicas de saúde, pertencentes ao SNS, o que não se entende dado o carácter de risco e falibilidade da atividade médica, bem como a quantidade avultada de pessoas que acedem a estes serviços.

De facto, parece absurdo que em Portugal, seja obrigatório um seguro de responsabilidade civil para atividades profissionais como a advocacia, solicitadoria, engenharia, agências de viagens e turismo; empresas de animação turística, ou para circunstâncias ridículas como centros de bronzamento artificial, atividades termais, guardas dos recursos florestais, e não o seja para a atividade mais suscetível de causar danos, designadamente o tipo de danos mais graves e lesivos (no corpo, na saúde e na vida das pessoas), como é o caso da atividade médica.

Isto denota que, hoje em dia, é considerado mais arriscado conduzir um carro (em que é obrigatório seguro de responsabilidade civil), do que ser um médico num hospital público, onde recorrem cada vez mais cidadãos, onde há uma crescente cultura de exigência e de qualidade, bem como recentes formas tecnológicas de tratamento e os recursos surgem como cada vez mais restritos e limitados. Ora, tal é absolutamente incongruente.

Porém, entendemos que dada a inevitabilidade de tornar os serviços de saúde mais fiáveis, transparentes e eficazes, tal só é possível se pararmos de adotar uma postura que evita o conflito e passarmos a adotar uma que assume o erro. Daí a necessidade de um seguro que proteja o profissional em caso de danos, e que garanta, ao mesmo tempo, o pagamento da indemnização ao paciente. Desta forma, ambas as partes ganham: o profissional resguarda o seu património de eventuais condenações em seu nome, para além do seguro garantir todos os gastos necessários para a sua defesa, como honorários dos advogados, contratação de perito, sucumbências e demais despesas; e por outro lado, o paciente tem garantida a cobertura dos danos resultantes de lesões corporais, morais e materiais causadas pelo médico, até ao limite máximo da importância segurada.

O uso obrigatório de seguro de responsabilidade civil médica vislumbra ser, assim, um mecanismo de proteção que proporciona relativa tranquilidade aos médicos e pacientes. Pois que, não traz apenas ao paciente maiores garantias para a sua saúde, como também proporciona ao médico uma forma mais tranquila e segura do exercício da sua profissão. Visa intervir em casos de negligência médica caracterizada pela inação, indolência, inércia ou passividade do médico, ou seja, casos em que há a ofensa de uma norma preexistente ou um erro de conduta.

Por conseguinte, o seguro facilita a liquidação dos danos, dá aos médicos maiores condições de segurança no trabalho, contribui para a justiça social, evita injustiças e iniquidades e assegura o equilíbrio social e a ordem pública. Acresce que, é a melhor forma de previdência propriamente dita, livra o médico e o paciente de processos penosos e demorados, corrige, ainda que em parte, a situação da vítima e pode ser solicitado independentemente da situação económica do causador do dano.

O seguro cobrirá os danos provenientes do erro médico, ou seja os danos materiais, isto é, os prejuízos ou perdas patrimoniais do paciente (como gastos com medicamentos e tratamentos em razão do erro médico) e os lucros cessantes (ou seja, o que o paciente deixou de lucrar no período em que ficou sem trabalhar).

Este regime já existe no Brasil, embora não cubra os danos extrapatrimoniais, ou seja, o dano existencial, o dano estético e o dano moral. Importa referir que, o dano existencial prende-se com a lesão que se perpetua no tempo, afetando o modo de ser da pessoa, ao passo que o dano estético, decorrente do erro médico, caracteriza-se pela lesão e deformidade física na pessoa, devendo ser duradoura ou permanente, ainda que não aparente à vista de todos, bastando apenas existir no corpo e afetar a auto estima da pessoa, causando-lhe humilhação, tristeza, constrangimento e podendo ter também reflexos na saúde e integridade física.

Assim, se o médico for condenado à reparação por danos morais, estéticos e existenciais ao paciente, não terá cobertura do seguro civil tendo, nestes casos, de arcar com os seus próprios recursos financeiros.

Contudo, entendemos que a ser implementado em Portugal, o seguro de responsabilidade civil médico obrigatório deverá cobrir os danos patrimoniais e não patrimoniais, à semelhança dos outros seguros de responsabilidade civil obrigatória como, por exemplo, no ramo automóvel.

Para o efeito, sugere-se que seja a própria Ordem dos Médicos, aquando da inscrição obrigatória, a exigir o seguro obrigatório de responsabilidade civil, ou até, seja essa própria Ordem dos Médicos a contratar um seguro coletivo para os médicos aí inscritos (que já existe, mas na

vertente facultativa), como acontece, por exemplo, com a Ordem dos Advogados. Tal imposição resolveria, de forma definitiva, o problema dos médicos, independentemente de prestarem serviço em instituições públicas ou privadas.

O uso de seguro de responsabilidade civil médica limita-se à esfera civil, na seara da reparação material dos danos causados ao paciente lesado e das indemnizações que serão pagas até ao limite contratado. Como tal, não está abrangida pelo seguro a esfera penal ou a esfera disciplinar/administrativa (perante os órgãos da classe).

De facto, o que se pretende com o seguro não é que haja uma facilitação do erro por parte do médico, pela razão de que a reparação não será feita com os seus recursos financeiros, mas sim com os da seguradora. O que se pretende é que o profissional mantenha uma relação médico-paciente eticamente adequada, visando sempre o bem-estar integral do paciente, que atue com condutas diligentes, prudentes e éticas e que fique atento ao preenchimento adequado dos documentos inerentes ao atendimento e procedimento, dentre outros, atestados, fichas clínicas, termos de consentimento informado, etc, mantendo sempre a informação e certificação ao paciente quanto aos benefícios e riscos inerentes, visando sempre proporcionar mecanismos que venham a tornar a prestação dos serviços médicos segura, sob o ponto de vista jurídico. Assim, caso algo falhe, pois como já dissemos os profissionais de saúde são humanos, e como tal, podem cometer erros, existe um seguro obrigatório que serve no campo da reparação dos danos ao lesado.

Sobre seguros de responsabilidade médica, temos como exemplo a França, que defende que quando se verifica que um dano resultou de uma conduta culposa, que indubitavelmente responsabiliza o médico (ou o estabelecimento hospitalar), a seguradora do médico faz uma oferta (a título de transação) ao lesado, com vista à reparação integral dos prejuízos. Não concordando, este pode recorrer a tribunal para que este arbitre o montante da indemnização, e considerando este a oferta manifestamente inferior, não só vinculará a seguradora ao pagamento do justo montante como lhe imporá sanções.

Assim, os profissionais de medicina não devem ser poupados de cobrir os valores atribuídos às indemnizações, pois que devem ter o ónus de arcar com um seguro obrigatório que lhes compete. Desta forma, a contratação deste seguro devia ser regulamentada por lei ou portaria e deviam ser estabelecidas sanções em caso de incumprimento da norma.

Isto porque, nas instituições privadas de saúde, este seguro de responsabilidade civil médica já se afigura como obrigatório, pelo que trazer este mecanismo de segurança para as

instituições públicas de saúde, iria permitir uma igualdade no acesso à saúde, quer para quem a exerce (médicos), quer para quem dela se serve (pacientes).Caberá, pois, ao legislador nacional dar esse passo, uma vez que a obrigatoriedade do seguro em função do cariz público ou privado da instituição traduz especial injustiça, pois que em ambos os casos se visa proteger o mesmo, ou seja, o paciente lesado de uma violação ilícita do médico, objeto primordial do seguro profissional.

Acresce que, em relação à necessidade de um instituto específico de responsabilidade médica, este prende-se, desde logo, com o facto de o corpo e da saúde da pessoa humana, em especial da pessoa doente, ocupar na sociedade atual um lugar de destaque. Pois que, o que se deseja hoje em dia, é um nascimento sem deformidades, o atingir de uma idade adulta jovial, um envelhecimento saudável, e um fim de vida confortável e pacífico.

Assim, o objetivo das ciências da gestão e administração da saúde, da ética médica e, por fim, do direito da saúde, especialmente de um direito da saúde que queira contribuir para a melhoria da prestação de cuidados de saúde, é dirimir a mortalidade e a morbilidade e aumentar a satisfação dos doentes e dos profissionais de saúde no âmbito da nobilíssima arte de curar, tratar e cuidar do cidadão enfermo.

Porém, a medicina tem, na sua evolução extraordinária, criado novas ambições e esperanças nem sempre bem-sucedidas, conduzindo, por vezes, a práticas médicas desnecessárias, com riscos elevados e muitas vezes desconhecidos e ocultos. De facto, a medicina revela-se um instrumento poderoso de dominação do ser humano, visto que é a atividade que mais facilmente e de forma mais dúctil consegue aceder ao segredo e à intimidade da vida privada e familiar.

Pelo que, o respeito pelas *leges artis*, o cumprimento do dever de cuidado específico dos médicos, corresponde ao mais sagrado dever, que se espelha nos princípios da beneficência e da não maleficência, na área da Medicina. Com efeito, o respeito pelas normas de orientação, pelas guidelines e pelos protocolos elaborados pelas sociedades científicas, pelas escolas médicas e pelos serviços hospitalares são uma exigência de uma arte que se fez ciência.

Por conseguinte, importa construir um sistema processual e material de compensação de danos causados por intervenções médico-hospitalares, com vista a promover uma resolução de conflitos mais célere e menos conflitual. Até porque, a exigência de uma medicina que cause menos dano e que reconheça que o paciente vítima de erro médico merece proteção jurídica, impõe uma renovada consideração dos conceitos e dos problemas.

Ora, no nosso entender, a constituição de um instituto específico de responsabilidade médica, visa estabelecer um conjunto de princípios e preceitos legais que passam por criar confiança, reforçar a hospitalidade da medicina num ambiente de tolerância e promover, com equilíbrio, a solidariedade existencial na relação de cuidado-perigo a que os profissionais de saúde estão vinculados, face às pessoas doentes.

Como tal, o que propomos é a criação de uma subsecção, no CC, referente à responsabilidade médica (na área em que se encontra a responsabilidade civil - Secção V do Código de Processo Civil), onde iriam constar dois preceitos legais, um relativo à responsabilidade médica em geral e outro relativo à responsabilidade das instituições de saúde.

Em relação ao artigo referente à «Responsabilidade Médica», deveria figurar o seguinte conteúdo:

“1- Quem, no exercício de uma atividade profissional médica, violar ilicitamente, por ação ou omissão, negligência, imperícia ou imprudência, o direito à saúde de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2- Para o efeito, os médicos devem ter um seguro de responsabilidade civil obrigatório, com um limite mínimo a fixar por portaria.

3- É ao profissional médico que incumbe provar que cumpriu integralmente a *leges artis*.

4- A obrigação de indemnizar abrange tanto os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais resultantes da violação”

Em relação ao artigo cuja epígrafe seria a «Responsabilidade das Instituições de Saúde», o preceito legal deveria consubstanciar o seguinte:

“1- As instituições de saúde, públicas ou privadas, respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados a terceiro pelos profissionais que empregam, nos termos em que os comitentes respondam pelos danos causados pelos seus comissários.

2- Para o efeito, todas as instituições de saúde, públicas ou privadas, devem ter um seguro de responsabilidade civil obrigatório, com um limite mínimo a fixar por portaria”.

Este mecanismo permitiria encontrar pelo Direito uma recomposição dos danos médicos, que possa ser globalmente tomada como referência, abrindo caminho para novas formas de lidar com um velho problema. Porém, é importante ter em mente que qualquer investimento no sentido de adotar um caminho alternativo ao agora em vigor, para o setor da saúde, só pode ser cogitada se tal medida puder ser implementada em termos concretos. Sublinhe-se, então, que esta solução não se deve limitar ao plano teórico nem, tampouco, a uma realidade ultrapassada do ponto de

vista social. Importa dizer que, a busca por uma solução ideal deve ser encarada como um processo contínuo e incessante, como aliás, não poderia deixar de ser.

Pelo que, não obstante os seguros de responsabilidade civil médica, ou a criação de um instituto específico de responsabilidade civil médica, seria desde já importante a lei prever, a curto prazo, um conjunto de mecanismos que permitissem facilitar o encargo probatório que recai sobre a parte lesada. Isto evitava que as ações, designadamente as de responsabilidade civil por atos médicos, improcedessem por falta de prova dos pressupostos, designadamente de culpa e do nexo de causalidade, colocando de certa forma o médico e o paciente em pé de igualdade em termos de fazer a prova da factualidade invocada. Dado que, na generalidade dos casos, é o médico quem tem a informação, os conhecimentos técnicos e científicos e que estará, portanto, mais apto a realizar a prova. Isto porque, o médico já que tem ao seu dispor a informação do que realmente aconteceu no bloco operatório, sobre o que se fez e como se fez, sobre quem teve intervenção, sobre que tratamentos e meios foram utilizados, conseguindo, portanto, fazer a prova de maneira mais eficiente.

Pois que, no fundo, e em face do direito constituído, não sendo possível alterar ou inverter a repartição legal do ónus da prova, com fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte (exceto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte), é apenas possível compensar ou suavizar o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo Artigo 342º do CC, através da liberdade de apreciação da realização da prova pela parte. Deste modo, é impreterível 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 efetiva dessas mesmas dificuldades.

Posto isto, frisamos a importância de existir, pelo menos, formalismos de repartição legal do ónus da prova que permitam ao tribunal a faculdade de considerar, na própria avaliação da prova, as naturais dificuldades da sua realização e de, nessas circunstâncias, julgar uma prova que, noutra situação, só seria bastante para a prova do facto.

Atualmente, os métodos de facilitação do ónus da prova do lesado parecem ocorrer com recurso às presunções (de culpa ou de nexo de causalidade), porém as mesmas não apresentam o efeito desejado, pois que raramente são empregues neste tipo de ação. Por isso, achamos importante, sobretudo, a aplicação eficiente da teoria da prova prima facie. Isto porque, a prova prima facie ou também designada de prova de primeira aparência, baseia-se naquele que é o

decorrer normal das coisas e do mundo. Ou seja, baseia-se no decurso típico dos acontecimentos e, por isso, assentam numa presunção judicial: “é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido”.

Como nos explica LUÍS PIRES DE SOUSA, o que existe, nestes casos, “é uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa. Devido a isso, parte-se de um resultado verificado e, de acordo com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz”. Ora, nestas circunstâncias, bastará a prova da semelhança do facto em causa aos factos que se verificam da experiência comum, para que ao aplicar-se um juízo lógico ao facto indiciário, se possa presumir a culpa do agente ou o nexo de causalidade com o seu comportamento.

Pois que, a utilização desta presunção revela-se muito importante na prova da culpa e na prova do nexo de causalidade, pressupostos que se revelam de difícil prova por parte do paciente.

O que se pretende é que, nas ações de responsabilidade civil médica, o juiz dê prevalência às provas de primeira aparência, que são aquelas que são conduzidas pela «normalidade das coisas» e da «experiência comum». Desta forma, em circunstâncias como as que um paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado ato médico ou cirúrgico, se possa presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que o dano provavelmente não teria ocorrido caso fossem observadas todas as regras técnicas.

Trata-se, em suma, de usar uma técnica dedutiva que permita 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. Assim, casos como o do “bebé sem rosto” tão falado nos media, em que um bebé nasceu sem olhos, sem nariz e sem parte do crânio, por o médico não ter, alegadamente, visto malformações nas ecografias durante a gravidez, e tendo *inclusive* desdenhado as ecografias 5D que os pais tinham realizado numa outra unidade médica que alertavam para a possibilidade de o bebé nascer malformado, não conduziram ao arquivamento por falta de provas. Pois que seria claro, pela «normalidade das coisas» e pela «experiência comum», que o médico tinha atuado negligentemente, visto que: i) em 2020, os aparelhos de ecografias já se encontram muito evoluídos e como tal, já é possível ver, com maior detalhe e precisão, se os fetos vão nascer ou não com malformações; ii) o médico desdenhou as ecografias 5D que os pais tinham feito noutra unidade de saúde e que relatavam a possibilidade de haver malformações no bebé; iii) se o médico nada podia ter feito para evitar as malformações, deveria

ter, antes de tudo, informado os pais dos problemas de saúde do filho, pois que estes tinham o direito à escolha do não nascimento.

É imprescindível abordar este assunto pois, todas as áreas do conhecimento, desde o Direito à Medicina, devem seguir critérios de lógica e bom senso, segundo o que é expectável ou não expectável, segundo os prós e contras, critérios esses que as pessoas tendem a esquecer na análise dos casos concretos. Ora, no meu entender, não haverá nada mais completo do que seguir a lógica normal que os eventos teriam e perceber se, num determinado caso, o médico atuou de forma prejudicial, ou omitiu determinada informação, ou criou riscos maiores do que os esperados, ou originou consequências nem sequer previstas, é porque atuou com descuido, imprudência ou imperícia.

A este propósito, importa abrir uma brecha para dizer que os pais do nascituro sempre poderiam ter intentado uma ação de *“Wrongful Birth”*, em que a concepção é desejada, mas o nascimento é indesejado pelo facto de a criança ser portadora de deficiências ou malformações graves e os pais não terem sido informados para poder exercer o seu direito à autodeterminação, designadamente terem a faculdade de interromper a gravidez. Esta ação é proposta pelos progenitores da criança nascida com enfermidade, em reclamação de danos patrimoniais e morais, relacionados com o facto de tal nascimento, incluindo os custos adicionais de educar uma criança deficiente.

Por sua vez, há quem entenda que a ação por dano de vida indesejada ou indevida - *Wrongful Life* – pode ser interposta pela própria criança, em reclamação de danos patrimoniais e morais, relacionados com o facto de esta ter nascido com deficiências mentais ou físicas graves devido a uma conduta médica, que retirou aos pais o direito de interromper a gravidez. Da análise jurisprudencial, verificamos que há outros fundamentos para as ditas pretensões, tais como: o sofrimento suportado pela vida deficiente ou doente e a compensação pelas despesas que uma vida com deficiências ou patologias acarreta.

Porém, a primeira decisão em caso análogo nos Tribunais Portugueses é do STJ de 19 de Junho de 2001, em que foi Relator Pinto Monteiro, a qual recusou a indemnização ao Autor (filho representado por seus pais na ação, porque menor), com a seguinte fundamentação, em síntese: “o que o Autor pôs em causa na ação foi o *direito à sua própria não existência*, não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o Autor pretende 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 detetado, 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. 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. 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”. O mesmo entendimento teve o Acórdão do STJ de 17/01/2013, Proc.9434/06.6TBMTS.P1.S1.

Porém, não podemos concordar com a forma como o problema é colocado, na esteira de ANDRÉ PEREIRA. Pois, a criança que vai a Tribunal demandar o médico negligente e pedir uma indemnização pelos danos que sofre não está a pedir para não nascer, nem a pedir que lhe causem a morte. Apenas pede que lhe seja concedida uma indemnização em dinheiro que lhe permita pagar os tratamentos médicos, os cuidados de enfermagem, os medicamentos, equipamento especial, o cuidado doméstico, uma educação especial e outras despesas necessárias a uma vida condigna na sua condição.

Por outro lado, se a relação com o médico for regulada pela responsabilidade contratual, concordamos com PAULO MOTA PINTO, que se verifica um contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros, pelo que também por essa via a criança pode ver reparados os danos causados pela má prática ou pela ilícita omissão de informação do médico.

No seguimento desta evolução da doutrina, surgiu o Acórdão do STJ de 12/03/2015, Proc. 1212/08.4TBBC.L.G2.S1, tendo de relevante o seguinte: “XI - A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, *opera não entre o dano da vida, propriamente dito, e a não existência, mas antes entre aquele e o dano da deficiência que essa vida comporta*, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável; XII - *Existe nexo de causalidade suficiente*, ou nexo de causalidade indirecto, *entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação*, devido a inobservância das *leges artis*, ainda que outros fatores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita; XV - O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, *constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica*

em apreço; XVI - Nas Wrongful Birth Actions, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo art. 1878.º, n.º 1, do CC.”

Todavia, acredito que em alguns casos, a mera facilitação do ónus probatório não fará com que as ações sejam procedentes, pois há casos tão complexos, específicos e exigentes, que demandam mesmo uma inversão do onus probandi. Pelo que, nestes casos, vamos no sentido de uma eventual alteração legislativa, que permitia ao julgador decidir, perante a factualidade alegada, pela inversão do ónus da prova.

Falando sobre a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, esta é acolhida em outros países, nomeadamente no Brasil, e visa incorporar os princípios de normalidade, disponibilidade e facilidade probatória, propiciando uma distribuição flexível e dinâmica do ónus de prova, e permitindo atribuir as consequências da falta de demonstração de um facto àquela parte que, com menor custo (processual económico) poderia produzir a prova no processo.

A este propósito, surgiu em 2010 uma tese de mestrado defendida na Universidade Católica Portuguesa pela Dr.ª Micaela de Jesus Bragadeste Lopes, a propósito da igualdade na distribuição do ónus da prova, que culminou numa proposta de alteração legal ao preceituado no Artigo 344º do CC, tendo a autora acrescentado ao preceito legal um nº3 que estipulava o seguinte: “ Sem prejuízo do disposto no artº 342 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 das partes, inverter o ónus da prova”.

Concordamos com a autora no que toca à consagração deste preceito legal, pois que o mesmo implicará que, através de uma regra, se atribua diretamente o ónus da prova de determinado facto, não aquela parte que o invoca (como acontece hoje em dia), mas à parte que está em melhores condições para o provar. Isto evita que a contraparte se encontre numa situação de impossibilidade ou extrema dificuldade de aportar o material probatório, para a demonstração dos factos por si alegados.

Ora, a consagração de uma regra deste cariz significaria conferir ao julgador a

possibilidade de atribuir, por despacho fundamentado, o ónus da prova à parte que se encontra em melhor posição de, no processo, provar certos factos, que muito arduamente poderão ser demonstrados por quem os alegou, como ocorre em grande peso nas ações de responsabilidade civil médica.

Por maioria de razão, entendemos que tal cláusula deveria constar no regime específico para a responsabilidade médica, em que é flagrante a posição desfavorável do paciente para provar que o médico não cumpriu as *leges artis*.

Nestes casos, considerando-se o médico responsável pela realização do diagnóstico, tratamento, intervenções cirúrgicas, à paciente, pelo facto de estar mais perto dos elementos de prova, isto é, de ter os conhecimentos e saber realmente o que aconteceu durante a permanência do paciente no hospital. Caber-lhe-ia o encargo da prova, por ser este o mais apto a fazer a demonstração de que, atento o estado atual da ciência médica, todas as medidas foram observadas e que portanto os danos de que o doente padece não são provenientes da sua atuação pessoal, sob pena de ver decidido contra si a alegação fáctica.

Esta teoria inverte a distribuição do ónus da prova, e está próxima da teoria das esferas de risco, nos termos da 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 da matéria a provar para, por isso mesmo, suportar as consequências da falta de prova. Neste caso, será o autor do dano (o médico), que tendo o domínio sobre os factos, tem também o poder de atuar sobre eles, isto é, de adotar as medidas que condicionam os seus efeitos.

Acresce que, a Dr.^a Micaela Lopes, aquando da alteração legal às normas do ónus da prova, estabeleceu que devia ser deslocado o momento processual da decisão que procede à distribuição do ónus da prova, para a audiência preliminar ou para o despacho de saneamento do processo, passando assim o Artigo 590º a conter no nº1, alínea d), que findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a “inverter o ónus da prova, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 344 nº3 do CC”.

Em suma, a teoria da carga dinâmica da prova consiste no facto de que, tendo as partes o dever de agir de boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de facto para a melhor solução da causa, cada uma delas está apenas obrigada a concorrer com os elementos de prova ao seu alcance. Ora, como existe uma dificuldade no vasculhamento probatório dos factos que se passaram na relação entre médico e paciente, por este ocorrer na discricção da intimidade alheia, é preferível que o médico assumira uma posição ativa, arcando com o ónus probatório, uma vez

que se encontra mais confortável no processo. Acresce que, deve ser o profissional a esclarecer o processo sobre os factos da causa, pois nenhum outro tem participação tão intensa na intimidade do atendimento do paciente, como ele. Só assim é que a tarefa probatória, por força do princípio da boa-fé processual, é comum a ambos os litigantes.

Esta é uma das formas do julgador, no momento da apreciação e valoração da factualidade controvertida e da prova, tomar em consideração a igualdade substancial, efetiva e concreta entre as partes. Pois, se a solução do litígio passa pela apreciação conjunta dos elementos probatórios, sendo a partir deste conjunto probatório que será aplicado o Direito e que se abstrai do desempenho de ambas as partes, se há maior potencialidade de produção probatória, com sucesso, do lado do médico, porquê colocar o ónus de prova do lado do paciente?

De facto, é com vista a estabelecer a igualdade de armas no processo, numa perspetiva substancial e não meramente formal, que as correntes doutrinárias e jurisprudenciais têm vindo a tentar flexibilizar o ónus da prova a cargo do lesado, admitindo o recurso a presunções legais de culpa previstas na lei, designadamente na responsabilidade contratual; o recurso à valoração da prova apresentada através de presunções judiciais, facilitando assim o ónus probatório; o levantamento do sigilo profissional na prova testemunhal e ainda a apreciação aturada de perícias médico-legais nesta matéria, entre outros fatores.

Contudo, grande parte da doutrina tem considerado que a solução passa pela inversão do ónus da prova, a favor do paciente. Os argumentos são praticamente os mesmos, e passam pelo facto de o médico ter uma posição de vantagem perante o paciente que se traduz, desde logo, no domínio dos conhecimentos técnicos adequados, podendo aceder sem grandes dificuldades ao historial clínico, aos exames, proporcionar ao Tribunal a prova pericial imprescindível à demonstração de que não houve culpa na produção do dano.

Este princípio de inversão do ónus da prova é perfilhado pela Proposta de Diretiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços, a qual radica nas dificuldades de produção de prova pelo paciente que, segundo as regras estabelecidas no Artigo 342º do CC, se encontra, atualmente, onerado com o encargo da atividade probatória. Segundo esta diretiva, “situações como as da vítima não ter conhecimentos técnicos específicos e do profissional, possuidor de tais conhecimentos, justificam uma inversão do ónus da prova da culpa do prestador de serviços a favor da vítima”, sendo esse o ponto fundamental desta Proposta de Diretiva.

Desta forma, no seu Artigo 1º e sob a epígrafe «Princípio», faz-se incidir sobre o prestador de serviços à saúde, o ónus da prova da ausência de culpa, consagrando uma situação de inversão

do ónus da prova do prestador de serviços de saúde (possuidor de conhecimentos técnicos e específicos), a favor da vítima, desprovida desses conhecimentos.

Importa frisar que, apesar de a Proposta ter tido larga recetividade junto da Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Proteção dos Consumidores, teve reação negativa por parte do Comité Económico e Social, da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu, sendo que as únicas críticas que procederam foram sobre a inversão do ónus da prova no setor específico dos médicos. Isto vislumbra que esta classe continua a ser protegida, sob o argumento de que os médicos não podem ser afrontados, em virtude de poderem adotar uma medicina defensiva ou até, perder-se a afluência no exercício desta área profissional, o que resulta da forte pressão que o *lobby* médico exerce na comunidade.

Todavia, se em matéria de responsabilidade do produtor, a dificuldade ou a impossibilidade de estabelecer o reconhecimento de determinados atos de negligência do fabricante durante o processo produtivo, leva a consagrar um regime de responsabilidade objetiva, independente da culpa, entendemos que, com muito mais intensidade deverá ser encontrada uma solução legislativa que, embora ancorada num princípio geral de responsabilidade subjetiva, salvguarde as necessidades sociais de segurança em matéria de serviços cada vez mais especializados em certas áreas, como a saúde, realizadas por profissionais com conhecimentos técnicos e científicos cada vez mais complexos.

Pois que, em poucas palavras, cabe dizer que, em matéria de serviços médicos, comparativamente com os produtos, mostra-se bem mais difícil a prova da negligência que alegadamente fora cometida no interior de uma sala médica ou cirúrgica. Daí a necessidade da inversão do ónus da prova, de modo a que recaia sobre o hospital ou o médico demandado, a demonstração de que procedeu sem culpa e de que os agentes que a Administração Hospitalar emprega, não infringiram as regras que norteiam a sua atuação profissional.

Os países anglo-saxónicos resguardam, igualmente, a inversão do ónus da prova, afirmando que se se considerar que a conduta censurável foi causa de facto do dano, então, caberá ao médico provar que o mesmo dano ocorreu de forma inesperada ou imprevisível, como forma de se eximir da responsabilidade.

Em França, para além de uma presunção de culpa (se o médico não tivesse incorrido em culpa, nenhum dano se produzira e logo a comprovação do dano fará presumir a culpa), há ainda a presunção do nexu causal entre o dano e a conduta do médico, cabendo a este último destruir ambas as presunções, pelo que é este que possui o ónus da prova e que sofrerá os resultados

negativos (decisão desfavorável) se não conseguir realizar a mesma. Este país chega a afirmar que, se o médico expõe o paciente a riscos anormais objetivamente comprovados, fazendo-lhe perder, por sua culpa, oportunidades de evitar o dano, isto será suficiente para justificar uma total reparação da vítima, ainda que o nexo de causalidade entre a culpa e o dano não fique demonstrado com toda a certeza. Acresce que, França subscreveu igualmente uma lei sobre o dever de informação do médico, em matéria de ónus da prova, estabelecendo este a cargo do médico ou do estabelecimento de saúde.

Ora, e apesar de em vários países figurar o contrário, em Portugal, e no domínio da responsabilidade civil médica, continua a achar-se incorreto inverter o ónus da prova, quando dos processos constar elementos de cariz técnico, científico, tecnológico, cultural ou outros, em que uma das partes (designadamente a que não tem o ónus) se encontra em melhores condições para o exercer, defendendo mesmo que um défice de preparação técnica e de conhecimentos não será nunca razão suficiente de inversão do ónus da prova.

Numa perspetiva de direito comparado, podemos dizer que Portugal, com um sistema de resolução de litígios de responsabilidade médica por via judicial, nos quais se avalia a conduta do médico e seguidamente se procede a um juízo de culpa pessoal, os procedimentos são morosos e custosos, e ainda poucos conseguem ganho de causa. Tal se deve ao facto de Portugal não estar a regular de forma correta e adequada este tipo de ações de responsabilidade civil médica. Pois que, em países escandinavos e na França, além de existirem sistemas extrajudiciais, em que a decisão é de uma autoridade administrativa ou de um painel composto por pessoas qualificadas nesta matéria, existem também normas especiais para a responsabilidade médica, sendo praticamente todos os danos compensados, independentemente da culpa do médico, por uma espécie de “seguro coletivo”, o que faz com que o procedimento seja mais expedito e menos custoso.

Outra forma de minimizar a dificuldade de prova do paciente quanto ao não cumprimento da *leges artis* poderá ser a obrigatoriedade de recorrer a parecer do Colégio da Especialidade da Ordem dos Médicos, com vista a esclarecer o tribunal de qual a *leges artis* para determinado caso concreto e se foi ou não respeitada pelo respetivo médico, até para evitar que o médico responsabilizado se socorra de colegas de profissão para defender a sua tese.

Sabemos que entre nós as contendas têm aumentado brutalmente. Só no ano passado, em 2020, foram 35 médicos acusados por negligência médica e foram abertos 156 casos em fase de investigação, um deles o do "bebé sem rosto". Fatores que contribuíram para isso foi,

para além do facto de os pacientes terem ficado mais conscientes dos seus direitos e como tal questionarem o juízo científico dos médicos, o facto de que, se antes, os juristas não colocavam ações médicas pela conotação de fracasso que estas detinham, e pelo facto de não possuírem o conhecimento das boas práticas médicas, hoje em dia, a litigiosidade já não é impedida por esses motivos, sendo antes fomentada. Pois que, se a falta de comunicação entre juristas e profissionais de saúde inibia aqueles primeiros de atuarem judicialmente contra estes últimos, hoje em dia produz um efeito oposto.

Na verdade, já não estamos naquele tempo em que as faltas médicas passavam intactas, quer em termos de reprovação social, quer em termos de reparação jurídica. Hoje em dia, o escrutínio à atividade médica é apertado e profundamente rigoroso. Pois que, na maior parte dos casos os processos judiciais resultam de dúvidas legítimas dos pacientes que, alheios às particularidades da medicina desconhecem se o dano de que formam vítimas se deve às vicissitudes próprias do corpo humano e à álea de falibilidade da técnica, ou antes a uma conduta ilícita e culposa do médico

Posto isto, teremos de perceber que este maior rigor só enobrece a medicina, na medida em que nenhum ofício ou profissão deve tolerar o seu exercício por parte de profissionais menos diligentes e cuidadosos, nem pode aceitar que permaneçam incólumes erros culposos que causem danos graves aos direitos daqueles a quem visa servir.

Em suma, a problemática inerente à dificuldade de prova por parte do paciente parece-nos um pesado fardo a suportar por alguém que se encontra, muitas vezes, em desigualdade de armas com a parte contrária, isto é, o médico. Como tal, urge lançar mão de soluções que, atendendo ao grau de facilidade probatória ou ao dever de cooperação, permitam aliviar a posição processual do paciente que, em regra, não é dotado dos especiais conhecimentos técnicos resultantes das *leges artis* médicas.

CONCLUSÕES

Defendemos que a forma mais célere e eficaz de obter, de imediato, a facilitação da prova do lesado na responsabilidade médica, vai desde o uso efetivo das presunções, até a inversão do ónus da prova.

Sabemos que, através do recurso à prova por presunções é permitido ao tribunal descobrir a verdade material, fundando-se num juízo de probabilidade que serve de fundamento à relação que se estabelece entre o facto desconhecido e o facto conhecido, sem estar condicionado ao princípio do dispositivo ou ao espartilho inflexível das regras que procedem à distribuição do ónus da prova. Todavia, tais presunções não têm tido aplicação prática pelos nossos tribunais, ou se a têm, é de forma muito diminuta.

Com efeito, a dificuldade de prova deve ser tida em conta pelo juiz, em sede de responsabilidade médica, designadamente, e em primeiro lugar, através das provas *prima facie*, caracterizadas pela «máxima da experiência comum» e da «normalidade das coisas». Desta forma, o juiz deveria proceder a uma dedução lógica das provas de forma a prever se, de acordo com a «normalidade das coisas», poderia imputar aquele dano à conduta do médico, de forma a facilitar o ónus probatório do paciente. Pois que, infelizmente, este tipo de provas difere do mecanismo de inversão do ónus da prova, exatamente pelo facto de não se deixar de observar as regras que disciplinam o ónus da prova.

Caso tal não se afigure suficiente, que nos casos em que o médico se encontre em melhor posição para fazer a prova dos factos, que o *onus probandi* se inverta (alteração das regras da prova no processo civil). Por conseguinte, mais do que uma facilitação do ónus probatório a cargo do lesado, há uma dispensa deste da atividade probatória, recaindo sobre o lesante a prova de que agiu em conformidade com a *leges artis*. Incumbe reforçar que a não prova deste pressuposto resultará numa decisão desfavorável para quem incumbia o ónus, pelo que agora a decisão desfavorável recairá sobre o médico.

Acresce que, a inversão do ónus da prova a favor do paciente é já uma solução adotada pela Proposta de Diretiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços, que embora ancorada num princípio geral de responsabilidade subjetiva, salvaguarda as necessidades sociais de segurança em matéria de serviços na área da Saúde cada vez mais especializados, realizados por profissionais com conhecimentos científicos complexos, com recurso a tecnologias avançadas.

Não obstante, a médio e longo prazo, prezamos pela criação de instrumentos jurídicos

que contribuam para um eficaz sistema de estudo e prevenção do erro médico, que já merecem o acolhimento de vários países, quer os que seguem o sistema *culpabilístico* (mais orientado para a sanção da culpa do agente médico), quer os que se identificam com o sistema *no-fault* ou misto (mais orientado para a compensação do dano causado ao paciente pelas atividades sanitárias). Pois que, de acordo com PAULA BRUNO⁵⁶¹, e apesar de em Portugal não existirem quaisquer evidências empíricas da natureza e dos números dos incidentes e eventos adversos, resultantes da prestação de cuidados médicos nos hospitais, se os portugueses tiverem o mesmo nível de falibilidade dos hospitais americanos, então estimam-se entre 1300 a 2900 mortes/ano provocadas por erros médicos.

A doutrina internacional reconhece que só o registo de incidentes e de eventos adversos permitirá estudar o dano iatrogénico e diminuir consideravelmente o erro médico, uma vez que a implementação de um sistema que promova a notificação desses eventos, de forma não punitiva e confidencial, torna possível o seu estudo por peritos, de forma a prevenir o erro e a tornar o sistema de saúde mais seguro.

Esta razão basta para afirmarmos que o tema em apreço merece a melhor atenção, pois a mudança de comportamentos por parte dos profissionais de saúde, no sentido de aumentar o número de registos de incidentes, irá melhorar, a médio prazo, a qualidade dos cuidados de saúde.

Mas para que essa transformação de mentalidades ocorra, deve implementar-se, de igual modo, uma mudança na formação. Uma formação que passe pela tomada de consciência da falibilidade das intervenções terapêuticas e da necessidade de aprender com os erros, ou seja, uma formação que incentive os profissionais de saúde de hoje e os de amanhã a participar ativamente e de forma organizada no desenvolvimento da ciência médica.

Sem prescindir, é impreterível que se crie em Portugal um instituto jurídico específico para a responsabilidade médica nos moldes *supra* referidos e que haja a criação de uma regulação unitária para os serviços médicos públicos e privados. Isto ajudaria as partes a não se sentirem tão desamparadas neste tipo de ações, uma vez que o uso do regime de responsabilidade civil geral pode ser confuso, pois que neste tipo de ações varia muito os pressupostos e as presunções aplicáveis quer se trate de responsabilidade contratual (serviços privados) ou extracontratual (serviços públicos).

Acresce que, deve existir sempre e de cariz obrigatório, um seguro de responsabilidade

⁵⁶¹ Paula BRUNO, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos, Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 35.

civil médica para todas as instituições de saúde, públicas e privadas, como sendo uma cobertura imprescindível para garantir segurança e tranquilidade na prática médica. Pois que, mesmo a atividade médica sendo por natureza uma profissão honrosa e digna de valores inquestionáveis, a mesma está vulnerável a diversos fatores, *inclusive* ao fator álea. Ora, se, por infortúnio, houver alguma inobservância técnica (ato lesivo), capaz de produzir dano à vida ou à saúde do paciente, restará ao médico ativar o seu seguro obrigatório, por forma a fazer face à indemnização dos danos provocados no acidente.

No que toca a esta matéria, seria de igual modo importante que se criassem secções especializadas nos tribunais civis para apreciação desta matéria, ou pelo menos, grupos de trabalho multidisciplinares para discussão e uniformização das regras e procedimentos de apreciação destas ações. Uma vez que, o principal entrave que durante anos esteve na base do escasso número de processos era o quase total desconhecimento das boas práticas médicas por parte de juristas, advogados ou magistrados.

Estas medidas não são, como alguns defendem, uma forma de se adotar uma medicina defensiva, condicionada pelo medo de erros médicos e do pagamento de avultadas indemnizações ao paciente, mas sim o puro respeito pelo facto de que o médico é também ele, um ser humano, que comete erros, e que o paciente merece o ressarcimento pelos danos que este lhe cause.

De facto, estas medidas permitirão uma efetiva igualdade de armas no processo, uma vez que neste momento, e enquanto todos estão preocupados com as transformações que o papel que médico irá sofrer se o ónus lhe for concedido, o paciente não tem forma de avaliar o proceder profissional do médico, ou simplesmente ignora em que é que se traduziu a atividade médica; não sabe explicar se o tratamento que recebeu produziria ou não os resultados que sofreu, dado que desconhece os padrões da ciência e da técnica médica; não consegue comprovar a relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano de que foi vítima, pois esta revela-se especialmente complexa quando, como sucede na medicina, se trata de uma atividade estritamente ligada ao desenvolvimento tecnológico e científico.

Pelo que, a vítima estará, em via de regra, numa situação desprotegida, e sem conhecimentos suficientes que lhe permitam provar que o dano que sofreu foi causado por uma deficiente atividade profissional. Nunca conseguirá juntar meios suficientes para provar a relação de causalidade, nunca terá provas suficientes, uma vez que não tem acesso direto e imediato a metade delas, como análises, exames, processo clínico, etc. (estando estas na posse do médico), não tem peritos que corroborem a sua teoria de que, determinada intervenção, quando mal

executada, conduz aquele risco (por proteção entre colegas de profissão) e até na prova testemunhal, que recai muitas vezes sobre outros médicos ou membros do corpo clínico que efetuaram a intervenção em causa, onde tem de se atender às regras do segredo profissional estabelecidas pela deontologia inerente à profissão, prevalecendo sempre o dever de solidariedade entre os profissionais, em detrimento do superior interesse do paciente ou da sociedade.

Por isso sim, a única e principal pessoa a proteger na relação que se estabelece entre médico-paciente, no âmbito de uma responsabilidade civil médica, quer esta ocorra num hospital público ou privado, é o doente, por todas as razões acima aduzidas. Assim, as medidas aqui sugeridas passarão por proteger uma parte que se encontra, naturalmente, mais desfavorável, como aliás se faz em outras áreas do direito, como por exemplo, o direito do trabalho, sem que se questione a adoção de medidas defensivas por parte do empregador, como se coloca por parte dos médicos; e proteger igualmente o médico, pois que tendo um mecanismo de salvaguarda (como um seguro de responsabilidade civil obrigatório), apenas fará com que não haja aumento de agressões a médicos nem publicidade negativa, que toca um pouco a todos os profissionais da medicina.

A consciência de que o exercício da medicina, apesar de estar centrado na promoção do bem-estar dos pacientes, não está livre de infligir determinados prejuízos a estes sujeitos, é fundamental. Em abono da verdade, muitas são as variantes que podem levar à consumação de um acidente médico, tanto que, em alguns casos, o profissional de saúde pode atuar em consonância com o mais perfeito estado de evolução da ciência e da técnica e ainda assim haver espaço para o dano. Por certo, o acidente médico pode também decorrer do erro cometido pelo profissional de saúde, hipótese em que será de examinar se o erro médico poderá ser considerado escusável ou não.

Em poucas palavras, a questão que aqui se colocará sempre será que o acidente ou erro médico resulta de uma série de variantes (desde logo, o facto da medicina não ser uma ciência exata; as patologias apresentadas pelos pacientes não se desenvolverem sempre da maneira que são retratadas pelos livros ou regras de conduta; o corpo poder reagir de formas diferentes ao mesmo estímulo; e raramente haver um único caminho para o mesmo problema), que farão com que se compreenda que a atividade médica não é assim tão controlável como se poderia pensar. Pelo que, um instituto jurídico da responsabilidade civil médica permitirá, primordialmente, trazer consigo uma resposta satisfatória para o esquema da recomposição dos danos médicos.

De facto, vivemos num país pautado por um sistema judicial tradicional e pouco

ambicioso, pois não está ainda implementado um procedimento extrajudicial de análise do erro médico, e nos tribunais não está ainda segura a utilização dos expedientes de facilitação da prova ou mesmo de inversões do ónus da prova. Pelo contrário, a responsabilidade médica segue o ritualismo e formalismo processual comum, o que conduz ao resultado de o acesso à justiça não ter o efeito desejado pelo paciente lesado, além de ser caro e moroso, sobretudo para os cidadãos doentes de menores recursos financeiros para promover uma boa demanda judicial.

Por estes motivos, e devido à estrutura sociológica, económica e política portuguesa, dificilmente conseguiríamos implantar, com sucesso pleno e sem descontrolo financeiro, o sistema francês. Acreditamos que, a curto e médio prazo, seria mais plausível o aperfeiçoamento do sistema, através de mecanismos técnico-jurídicos de facilitação do ónus da prova, ou mesmo de alguns casos de inversão do ónus da prova.

Ora, para além de lançarmos mão de facilitações de prova e mesmo de inversões do ónus da prova, para o ressarcimento de danos aos lesados em virtude de um comportamento indevido do médico, defendemos, de igual modo, uma mais flexível aplicação das presunções, sobretudo de culpa, previstas no Código Civil, bem como uma introdução crescente de áreas de responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva.

Isto porque, como vimos pelo mundo fora, outras (e novas) portas vêm sendo abertas, em matéria de recomposição de acidentes médicos, contribuindo para a perceção de que possíveis alternativas para o problema em causa, poderão e deverão ser encontradas fora dos limites impostos pelo instituto jurídico da responsabilidade civil geral.

De facto, as assimetrias na relação médico-paciente dificilmente conseguem ser superadas ou ultrapassadas, contudo podem ser sempre atenuadas através de determinadas regras jurídicas e regulamentações. Criar confiança afirma-se mais do que um lema, um propósito último de toda a ação do mundo jurídico na relação com a Medicina.

Os médicos não devem temer tal alteração, nem esta deve quartar o exercício da sua atividade, antes pelo contrário, deverá servir para os defender e proteger, enquanto classe profissional e enquanto seres humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, *In Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.
- Almeida Costa, “Curso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, *In Ab Uno ad Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora, 1920-1975, Coimbra Editora, 1988
- ALMEIDA, Mário Aroso de, “ Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento”, *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- ALMEIDA, Moitinho de, “A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro”, *In Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Braga, Janeiro- Dezembro, 1972.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, “ Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento”, *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- ALMEIDA, Moitinho de, “Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro”, *In Scientia Juridica*, Tomo XXI, Janeiro-Abril de 1972.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2º ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, anotação ao Artigo 15º.
- ALFAIA, João, “Responsabilidade dos funcionários e agentes”, *In Pólis*, Vol. 5.
- AMARAL, Freitas do, “A Responsabilidade da Administração no Direito Português”, *In Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXV, Lisboa, 1973.
- AMARAL, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2º Ed., Coimbra: Almedina, 1994.
- AMARAL, Freitas do, *Direito Administrativo III*- Lições proferidas aos alunos do curso de direito em 1984/85, Lisboa, 1985.
- AMARAL, Freitas do, “A Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Edições Jurídicas, 1991.
- AMORIM, Ana, *A Responsabilidade do Médico enquanto Perito*, Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 26, Petrony Editora, 2019.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, “ A Responsabilidade Indemnizatória dos Poderes Públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social”, *In RLJ*, Ano CXL, N° 3969, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, Manuel Domingues, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

ANTUNES, Henrique Sousa, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa: Universidade Católica Editora. 2000.

ARCHER, Frédéric, “Droit Pénal Médical”, In *Revue Général de Droit Médical*, 38, Mars 2011

BARBOSA, Carla, “Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico”, In *Lex Medicinæ*, 7 (13), 2010.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “ Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003”, In *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde 7, 2007.

BARNI, Mauro, *Diriti – Doveri Responsabilità del Medico, dalla bioética al biodiritto*, Milão, 1999.

BARROS, Pedro Pita, “ A Economia dos Serviços de Saúde: Setor Público e Setor Privado na Prestação” *I Curso de Gestão de Serviços de Saúde da Faculdade de Ciências Médicas*, Universidade Nova de Lisboa, 2000.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal, Vol.2*, Lisboa: AAFDL Editora, 1980.

BRANDÃO, Paulo, REIS, Ana Mafalda, “Erro Médico em Imagiologia – Performance e Sistemas de Detecção Computorizada”, In *Acta Med Porto*, N° 19, 2006.

BRUNO, Paula, *Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CADILHA, Carlos Fernandes, “O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1º semestre de 2009, N° 11.

CADILHA, Carlos Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9º ed. (reimp.), Coimbra: Edições Almedina, 1980.

CALVÃO, Filipa Urbano, “A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde”, do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público, 2005.

CATARINO, Luís Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, o Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, António Vaz, “ A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza”, *In Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 29, Nov-Dez., 2003.

CARNEIRO, António Vaz, “O Erro Clínico, os Efeitos Adversos Terapêuticos e a Segurança dos Doentes: Uma Análise Baseada na Evidência Científica”, *In Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Nº 10, 2010.

CARNEIRO, Silva, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, *In Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIX, 1972, Pág. 209-212.

CASCÃO, Rui, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *In Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Nº1, 2004.

CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité Médicale, Droits Des Malades*, Paris, 2002.

CASTRO, Artur Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, Volume III, Coimbra: Edições Almedina, 1982.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1950.

COSTA, Daniela Sofia Gomes, *A culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, 2018.

COSTA, Mário J. de Almeida, *Direito das Obrigações*, 9º Ed., Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Mário J. de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações – 1º Volume*, 1ª edição (reimpressão), AADFL, 1986.

CORDEIRO, Pedro Jorge da Silva, “ Responsabilidade Médica Disciplinar no Serviço Nacional de Saúde”, *In Direito da Medicina*, do Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 6, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CORREIA, Sérvulo, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados Pelas Unidades de Saúde do SNS”, *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996.

CORTEZ, Margarida, “A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões”, *In CJA*, Nº 40, 2003.

CORTEZ, Margarida, “Contributo para uma Reforma da Lei da Responsabilidade Civil da Administração”, *In A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Trabalhos Preparatórios da Reforma, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

- CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado”, *In Stvdia Iuridica*, N° 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CORTEZ, Margarida, “ Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde”, *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 9° ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2006.
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12° ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2009.
- COUNCIL OF EUROPE, “The Ever-Growing Challenge of Medical Liability: National and European Responses”, Strasbourg, 2-3 June 2008.
- CUNHA, Conceição, “Algumas Considerações Sobre a Responsabilidade Médica por Omissão”, *In Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CRUZ, Nuno Gundar, “ A figura da testemunha-perito no contexto das acções de responsabilidade civil médica: realidade ou ficção?”, *In Lex Medicinæ*, Ano 9, N° 18, 2012, Pág. 192, disponível em https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2013/A_figura_da_testemunha-perito.pdf
- DIAS, Fátima, *A Culpa do Serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, Pág. 40.
- DIAS, João Álvaro, “Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica”, *In RPDC*, n°3, 1993.
- DIAS, João Álvaro, “Culpa médica- algumas ideias”, *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano IV, n°5.
- DIAS, João Álvaro, “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-cirúrgicos”, *In Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. N°11.
- DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2° ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde – *Responsabilidade Médica em Portugal*, *In*

- Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, N° 332, Lisboa, 1984.
- DINIS, A, “Saúde privada, integração sofisticada”, *In Revista IP Espaços, edifícios e empresas*, Dossier Especial Saúde e Tecnologia, 2008.
- DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra: Almedina, 2000.
- DUQUE, José Duarte Vieira, “Notas sobre o Projecto de Diploma Sobre o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas”, *In Reflexões*, Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto, Ano I, Semestre 1, 2006.
- ESER, Albin, “Perspectivas do direito (penal) da medicina”, *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A.14 n.1-2 (Jan-Junho 2004).
- PINA, J.A. Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, 2º ed. Revista, ampliada e atualizada, Lisboa: Lidel, 1998.
- FAGNART, Jean-Luc, “Information du Patient et Responsabilité du Médecin”, *In Actualités de Droit Médical* (Eric Thiry coord.), Bruxelles: Bruylant, 2006.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde: a perspectiva do direito penal”, *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, A. 23, n.º 3 (jul.-set. 2013).
- FARIA, Jorge Leite A. Ribeiro de, “Da Prova na Responsabilidade Civil Médica”, *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (RFDUP)*, Ano I, 2004.
- FARIA, Paula Lobato de, “O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Repercussões no Sistema de Saúde”, *In Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. XXVI, N°1, 2008.
- FERREIRA, Carlos Lobato, “Do Segredo Médico aos Segredos dos Médicos”, *In Revista do CEJ*, n°1, 2º Semestre de 2004.
- FERREIRA, Joana, “Concorrência Público-Privado no Sistema de Saúde Português: Uma análise exploratória”, *tese de Mestrado do Instituto Superior Técnico da Universidade Técnica de Lisboa*, Lisboa.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português (parte geral)*, Vol. I, Lisboa: Verbo, 1981.
- FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- FIGUEIREDO, Rui M., “O Erro na Medicina”, *In Jornal do Instituto Português de Reumatologia*, Vol.

IV, N° 2, 2005.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra: Almedina, 1994.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010.

FRAGATA, José, *Risco Clínico – Complexidade e Performance*, Coimbra: Almedina, 2004.

FRAGATA, José e MARTINS, Luís, *O Erro em Medicina – Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade*, 3ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2004.

GASPAR, António Henriques, “A Responsabilidade Civil do Médico”, *In Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978.

GASPAR, António Henriques, “Estudo Sobre a Responsabilidade Civil do Médico”, *In Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978.

GENICOT, Gilles, “ Le Nouveau Réime Belge D’ Indemnisation des Dommages Résultant des Soins de Santé”, *In Revue Général de Droit Médical*, 38, Mars 2011.

GOMES, Carla Amado, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GOMES, Júlio Vicente, “Sobre o Dano da Perda de Chance”, *In Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005.

GONÇALVES, Carla, *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*, FDUC, CDB, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

HEALY, John, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, London: Sweet & Maxwell, 1999.

HIERRO, José Manuel Fernández, *Sistema de responsabilidad médica*, Albolote, Granada: Comares, 2007.

KOCH, Hans Georg, “O Principio e o Termo da Vida como Problemas do Direito Penal da Medina”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N° 14 (1/2), Janeiro – Junho 2004.

KRAJESKI, Didier, “Le Temps dans L’Indemnisation des Accidents Médicaux, Affections latrogènes et Infections Nosocomiales”, *Revue Général de Droit Médical*, 38, Mars 2011.

LAZCANO, Guillermo Portero, “Responsabilidad Penal Culposa del Médico: Fundamento para el Establecimiento de la Negligencia o Impericia”, *Revista Latino-Americana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 6 (2), Dic. 2001 – 7 (1), Junio 2002.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I (*Introdução. Da Constituição de Obrigações*), 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

LIEBMAN, Eurico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1992.

LIMA, Pires de e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado*, 2ª ed., 1956, Pág. 799.

LIMA, Pires de e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado- Volume II*, 3º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

LOPES, Diamantino Marques, “Responsabilidade Civil Médica – Casos Práticos”, *In Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, Nº 13, 2008.

LUTTE, Isabelle, “Le Dossier Concernant le Patient”, *In Actualités de Droit Médical* (Eric Thiry coord.), Bruxelles; Bruylant, 2006.

MAGALHÃES, Teresa, *Estudo Tridimensional do Dano Corporal*, Coimbra: Almedina, 1998.

MATTA, Paulo Saragoça, “ A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra: Edições Almedina, 2004.

MARQUES, J. Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7º ed, (com a colaboração de Paulo de Almeida), Lisboa Edição do Autor, 1992.

MARTINEZ, Pedro Romano, “Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico”, *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (Direito dos Contratos e Obrigações), Coimbra, Almedina, 2011.

MEDEIROS, Rui, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos: Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

MELO, Helena Pereira de, “Os Direitos da Pessoa Doente”, *In Sub Judice Revista*, Nº 38, 2007.

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Vol. III, Lisboa: AAFDL Editora, 1980.

MENDES, João de Castro, *Do conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, João de Castro, *O Direito de Ação Judicial*, Lisboa: Universidade Lisponensis, 1957.

MESQUITA, Maria José Rangel de, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da união Europeia*, Coimbra: Edições Almedina, 2009.

MICHEL, Mónica Navarro, “Sobre la Aplicación de la Regra Res Ipsa Loquitur en el Âmbito Sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, 2003.

MONCADA, Luís Cabral de, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro*, Lisboa, Abreu & Marques e Associados, Sociedade de Advogados, R.L, 2008.

MONIZ, Ana Raquel, *A Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Contratos de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONIZ, Ana Raquel, “Quando Caem em Desgraça os Discípulos de Hipócrates...Algumas Questões

Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração”, *In CJA*, nº 50, 2005.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

MONTEIRO, Sinde, “Actos de Gestão Pública, Erro de Tratamento Médico em Hospital”, *In CJ 1986*, Tomo IV.

MONTEIRO, Sinde, “Anotações ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01-12-2008”, *In RLJ*, Ano CXXXIX, N° 3959.

MONTEIRO, Jorge Sinde, “Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica”, *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991.

MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989, Pág. 180.

MONTEIRO, Sinde, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005.

MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997.

NEVES, António Castanheira, *Princípio da Legalidade Criminal, o seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988.

NUNES, Manuel do Rosário – *O ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, António Cândido, “A obrigatoriedade da ação de regresso para efectivação da responsabilidade civil extracontratual na Administração Pública: uma simples proclamação da lei?”, *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I- Responsabilidade: entre o passado e o futuro, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”, *In Temas de Direito da Medicina*, 2º edição aumentada, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de, “ Consentimento Informado”, *In Revista do Centro de Direito Biomédico (CDB) da Universidade de Coimbra*, Jan/2006.

OLIVEIRA, Guilherme de, “O Fim da Arte Silenciosa”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N° 128 3852, 1995.

OLIVEIRA, Guilherme de, “ Recensão de José Fragata; Luís Martins - O erro em medicina.

Perspectiva do individuo, da Organização e da Sociedade, Coimbra, Almedina, 2004”, *In Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano II, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Direito das Obrigações*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, *In Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PALMA, Maria Fernanda, *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, Lisboa, 1981

PATRÃO, Afonso, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra: Almedina, 2008.

PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEDRO, Rute Teixeira, “*Da Tutela do Doente Lesado- Breves Reflexões*”, 2008, disponível em file:///C:/Users/jessi/AppData/Local/Temp/A.5__2008___.p.417-460-1.pdf

PEREIRA, André Dias, “Breves Notas sobre Responsabilidade Médica em Portugal”, *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº17, 2007.

PEREIRA, André Dias, “Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia”, *In Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XV, Nº16, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume 22, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente (Estudo de Direito Civil)*, FDUC -Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, *In Responsabilidade civil dos médicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado”, *In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIX, Tomo I,

Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos Hospitalares – Alguns Casos da Jurisprudência”, *In Separata da Revista Lex Medicinæ*, Ano IV, N°7, 2007.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e nexos de causalidade”, conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, 18 de Julho de 2008.

PEREIRA, António Sousa, Relatório Final de Consentimento Informado, *In Estudo Sobre Consentimento Informado promovido pela Entidade Reguladora de Saúde (ERS) de Portugal*, 2007.

PINA, José António Rebocho Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ªed., Lisboa: Lidel, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4 edª, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Mário Jorge Lemos, “ Responsabilidade Civil e Presunções de Culpa”, Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito das Obrigações do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Católica Portuguesa (Núcleo do Porto), 2004.

PINTO, Rui, “O valor extraprocessual da prova penal na demanda civil: algumas linhas gerais de solução”, *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, do Centro de Estudos Judiciários: Coleção Ações de Formação, 2013, Pág. 198.

PROENÇA, Brandão, “Anotação n.º VIII ao artigo 340.º do Código Civil”, *In Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, Universidade Católica Editora, 2014.

QUADROS, Fausto de – *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra: Edições Almedina, 1995.

RANGEL, Rui, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2000.

RAPOSO, Vera Lúcia- *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção de Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, R.L., Coimbra: Almedina, 2013.

REIS, Rafael Vale e, “Hipócrates com face de Jano? Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n° 5/2005, de 5 de janeiro de 2005”, *In Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N° 3, 2005.

REYS, Lesseps Lourenço dos, “Ética Médica, Responsabilidade Civil dos Médicos”, *In RFML*, Série III, Vol. V, n.º 5.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultados*, Coimbra: Coimbra

Editora, 2010.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha – “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *In Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, ano XIV, nº3, 2000.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *In Data Venia – Revista Jurídica Digital*, Ano 1, Nº1, Julho-Dezembro de 2012.

RODRIGUES, Fernando Pereira, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2º ed. Lisboa: Editor Veja, 1993.

SALDANHA, Joaquim Alcoforado, “Anotação ao Acórdão do STJ de 25-07-1985”, *In Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

SANTOS, J. Coelho dos, “A Reparação Civil do Dano Corporal: Reflexão Jurídica sobre a Perícia Médico-legal e o Dano Dor”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano II, nº4, Maio 1994.

SCHIEMANN, Gottfried, “Germany”, *in Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, New York: Springer, 2001.

SILVA, Carneiro, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, *In Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIX (1972).

SILVA, Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1990.

SOLE, Luis Antonio, “La Culpa en el Ámbito de la Responsabilidad Civil Médica. Estado Jurisprudencial y Modalidades de Manifestación”, *Revista Calidad Asistencial*, 20 (4), 2005.

SOUSA, Ana Pereira de, “A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa”, *In Revista da Ordem dos Advogados*, Ano72, I, 2012.

SOUSA, João Henrique Gomes de, “A «perícia» técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *In Revista Julgar*, Nº 15, Coimbra: Coimbra Editora, Setembro-Dezembro de 2011.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (Responsabilidade Civil Administrativa), 1º ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização”, *In Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de- “Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica”, *In Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996.

SOUSA, Luís Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2012.

SOUSA, Luís Pires de, “O ónus de prova na responsabilidade civil médica”, *In Data Venia – Revista Jurídica Digital*, Ano 6, N° 08, Junho de 2018.

SOUSA, Pedro Teixeira de e SOUSA, Helena da Silva e, “O Novo Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e das Entidades Públicas”, *In Atualidade Jurídica* Uría Menéndez, N° 21, 2008.

SERRA, Vaz, “Culpa do Devedor ou do Agente”, *In BMJ*, n° 68, 1957

SERRA, Vaz, Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Extensão, do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização), *In BMJ*, n° 84, 1969.

SERRA, Adriano Vaz, “Provas: Direito Probatório Material”, *In Boletim do Ministério da Justiça* n.º 110, Lisboa, 1962.

SERRA, Adriano Vaz, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *In BMJ*, n° 92, 1960.

THIRY, Eric, “Procédures Disciplinaires et Administrative”, *In Actualités de Droit Médical*, Bruxelles: Bruylant, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995.

VARELA, Antunes - *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9 ed., Coimbra: Almedina, 1996.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000 (reimpressão 2008).

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed., Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão 2009).

VARELA, Antunes, BEZERRA, José Miguel e NORA, Sampaio, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Pires de, *Código Civil – Anotado*, Volume I, 4º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, 2º edição, Coimbra: Almedina, 2009.

VOUGA, Rui Torres, “A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de Actos Médicos praticados em Hospitais Públicos) ”, *In Coleção Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários*, Junho 2018.