



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruno Miguel Marques Folgado

O elemento da culpa em sede de responsabilidade civil médica

The element of guilt in medical civil liability

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientação: Professora Doutora Maria Olinda Garcia

Coimbra, 2017

*Aos meus pais,
A quem devo tudo
O que tenho,
E o que sou.*

Índice

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract	6
Lista de abreviaturas	7
1. Notas introdutórias	8
1.1. Resenha histórica	8
1.2. Medicina Defensiva e âmbito do estudo	10
2. O contrato de prestação de serviço médico	14
2.1. A relação médico-paciente objectivada pelo Direito português	14
2.1.2. Obrigações de meios e de resultados (remissão)	15
2.2. Tipologias de contrato médico	16
2.2.1. Relações de Direito Público	17
2.2.2. Relações de Direito Privado	18
3. Responsabilidade civil médica	23
3.1. O acto médico e a falta médica	23
3.2. Responsabilidade civil: regime legal	26
3.2.1. Responsabilidade civil objectiva e subjectiva	26
3.2.2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual	29
3.2.3. Pressupostos da responsabilidade civil médica	33
3.2.3.1. Facto voluntário ilícito	34
3.2.3.2. Nexo de causalidade	36
4. A culpa na responsabilidade civil médica	40
4.1. Modalidades da culpa	41
4.1.1. Dolo	41
4.1.2. Mera culpa (negligência)	43
4.2. Presunções de culpa	44
4.2.1. Presunções legais de culpa	45
4.2.2. Presunções judiciais de culpa	51
4.2.3. Rebatimento da presunção de culpa e a causa virtual	55
5. Sistemas alternativos de responsabilidade médica	58
5.1. Críticas ao instituto jurídico da responsabilidade civil médica	58
5.2. Soluções propostas e sistemas alternativos	59
5.2.1. Inversão do <i>onus probandi</i> a favor do paciente	59
5.2.2. Proposta de Directiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços e a defesa do Consumidor	60
5.2.3. Soluções norte-americanas	61
5.2.4. Sistemas No Fault	63
6. Conclusões	67
Agradecimentos	4
Bibliografia	72
Jurisprudência	73

Agradecimentos

Á Professora Doutora Maria Olinda Garcia, pela sua inestimável orientação e disponibilidade, sem as quais a realização deste trabalho não teria sido possível. A ela dirijo o meu mais genuíno agradecimento por ter aceite em me acompanhar neste percurso.

Á Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a todos aqueles que nela trabalham e que contribuíram para a minha formação superior ao longo destes anos.

Aos Professores Doutores André Dias Pereira e Vera Lúcia Raposo, cujas obras foram cruciais para a elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, a quem reconheço todo o esforço, trabalho e dedicação que me trouxeram até aqui. Por serem meus confidentes, melhores amigos e, mais que tudo, pelo amor incondicional que me dão.

Á todos os membros da minha família, que contribuíram mais para este trabalho e para a minha formação pessoal do que podem imaginar.

Aos meus amigos, em especial a dois deles, Pedro e Daniela, pela paciência e ajuda que me deram.

A todos, o meu mais sincero obrigado.

Resumo

No direito português, não contamos com uma tipificação legal do contrato de prestação de serviços médicos, embora se considere que se trata de um contrato socialmente típico que se insere no grupo dos contratos de prestação de serviços, tal como dispõe o art.1154º, caracterizando este contrato como *“aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*.

Em sede de responsabilidade civil por erro que provenha deste contrato, esta é conformada pelas regras gerais que o Código Civil dispõe para a responsabilidade civil, e pelos mesmos pressupostos: a verificação de um facto ilícito e culposo do agente, que seja causa adequada do dano verificado.

Com efeito, como ocorre nos restantes casos de responsabilidade civil, a culpa é elemento central e essencial para a verificação da responsabilidade do agente e para a efectivação do direito à indemnização do lesado.

Sendo certo que, em Portugal, se verificam cada vez mais casos de responsabilidade civil por erro médico, alguns autores afirmam que este sistema de responsabilidade baseado na culpa não é adequado às realidades da prática da Medicina, e que a utilização do elemento da culpa levará a um fenómeno de medicina preventiva similar aquele que se verifica nos Estados Unidos da América.

Afigura-se, como tal, relevante o estudo das vicissitudes do instituto jurídico da responsabilidade civil, principalmente do pressuposto da culpa, de modo a aferir esse risco.

Será igualmente relevante a análise das críticas que a doutrina aponta ao instituto da responsabilidade civil quando objectivado pela responsabilidade médica, tal como das soluções propostas. Do mesmo modo, não poderemos deixar de referir alguns dos sistemas alternativos que têm surgido em países como a Nova Zelândia e a França.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, responsabilidade médica, erro médico, culpa, negligência, responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva.

Abstract

In Portuguese law, we do not have a legal typification of the contract for the provision of medical services, although it is considered that it is a socially typical contract that falls within the group of service contracts, as provided in article 1154º, characterizing this contract as "one in which one party undertakes to provide to the other a certain result of his intellectual or manual labor, with or without retribution."

In the case of civil liability for error resulting from this contract, this is conformed by the general rules that the Civil Code provides for civil liability, and by the same assumptions: verification of an unlawful and culpable fact of the agent, which is an appropriate cause of the damage Verified.

As is the case in all other cases of civil liability, guilt is a central and essential element in the verification of the liability of the servant and in the realization of the right to compensation of the injured party.

While in Portugal there are increasing cases of civil liability for medical error, some authors affirm that this guilt-based system of liability is not adequate to the realities of the practice of medicine, and that the use of the guilt element will lead to a phenomenon of preventive medicine similar to that which occurs in the United States of America.

As such, it is relevant to study the vicissitudes of the legal institute of civil liability, especially the guilt requisite, in order to assess this risk.

It will also be relevant to analyze the criticisms that the literature points to the institute of civil responsibility when objectified by medical liability, as well as the proposed solutions. Similarly, we can not fail to mention some of the alternative systems that have emerged in countries such as New Zealand and France.

Keywords: Civil liability, medical liability, medical error, fault, negligence, subjective liability, objective liability.

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Apud – Em casa de/Em sede de

Art. - Artigo

AMA – *American Medical Association*

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

DL – Decreto-Lei

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

EUA – Estados Unidos da América

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

ONIAM - *Office national d'indemnisation des accidents médicaux*

Op. Cit. – *Opus Citatum*

P. – Página

PIB – Produto Interno Bruto

SNS – Sistema Nacional de Saúde

ss. - Seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

1. Notas introdutórias

1.1. Resenha histórica

Desde os primórdios da Medicina que o Homem concluiu que a medicina é acompanhada pela necessidade de devida regulação¹, conformando-a com regras éticas e de responsabilizar o médico pela má prática da sua *lex artis*².

A noção da necessidade de conformar esta arte por preceitos éticos é antiga, sendo-nos possível destacar uma multitude de correntes de pensamento que contribuíram para esta área. Destacamos a Escola Hipocrática, cujos valores foram durante séculos a base da relação médico-paciente. Esta corrente de pensamento pautou-se pela disciplina e estrito profissionalismo, emitindo diversas orientações acerca da conduta do médico³.

Uma das preocupações da Escola Hipocrática passou pelo estudo da ética médica, sendo a sua mais célebre incursão⁴ o Juramento de Hipócrates. Apesar da sua antiguidade⁵, é inegável que muitos dos valores éticos que instituiu permanecem em vigor. Destaca-se a orientação à acção do médico conforme o princípio da não-maleficência (*primun non nocere*) de modo a não provocar danos e a evitar sofrimentos desnecessários ao paciente. Este princípio apresenta-se crucial no domínio jurídico, em sede de responsabilidade médica.

¹ Seja exemplo o Código de Hammurabi, datado de 1754 A.C. e que versava sobre a responsabilidade a imputar ao médico que tivesse feito má prática da arte, de acordo com o mais tarde baptizado princípio *lex talionis*. - V. PRINCE, J. Dyneley (Jullho de 1904). "Review: *The Code of Hammurabi*" in *The American Journal of Theology*, Vol.8, Nº3, p. 606.

V. DIAS PEREIRA, André, "Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica", Coimbra Editora, Coimbra 2015, p. 22

² Seguiremos o entendimento de *leges artis* que o TRL expressou em 2013: "*Quanto às chamadas legis artis, elas emergem de um conjunto de regras fixadas pelos profissionais da medicina, expressas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em declarações de princípios emanadas de Organizações Internacionais e Nacionais de Médicos, das chamadas guidelines resultantes de protocolos de actuação e de reuniões de consenso e dos pareceres das Comissões de Ética.*

E, não haverá que esquecer que como legis artis, se trata de um conceito dinâmico sempre em actualização com o progresso científico e, muitas vezes, de regras não reduzidas a escrito." – TRL, Ac. de 23/05/2013, processo nº5072/07.4TDLSB.L2-9

³V. HIPÓCRATES e GALENO, *The Writings of Hippocrates and Galen*, Epitomizado e traduzido por John Redman Coxe: Philadelphia: Lindsay and Blakiston, 1846, p.54

⁴ Convém sublinhar que o Juramento de Hipócrates não é a única orientação ética produzida pela Escola Hipocrática, merecendo igual referência "Da Lei" e "Do Decoro e Preceitos".

⁵ Em 1983 a Associação Médica Mundial adoptou a formulação de Gênebra do Juramento de 1948, que veio adaptar o texto original à realidade social e científica. Foi actualizado em 2006 em França. – V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.24

Um outro princípio que vemos surgir na antiguidade é o da culpa. Com a germinação da responsabilidade civil no Direito Romano, já ULPIANO declarava que deveriam ser imputados ao médico os seus erros cometidos por imperícia. Com o advento da auto-responsabilidade individual, o princípio da culpa firmou-se solidamente no Direito, tornando-se ao longo dos séculos determinante em sede de Direito Civil. Nas palavras de DIAS PEREIRA, este princípio cumpre “*um papel determinante no domínio da responsabilidade civil, nomeadamente da responsabilidade profissional*”, apontando, contudo, hodiernamente, é crescentemente questionado.⁶

Um dos primeiros casos de litigância motivada por falta médica foi o caso *Stratton vs Swanlond*, decidido em 1374 na Inglaterra. Apesar da acção ter sido invalidada devido a vícios na petição inicial, o juiz estabeleceu critérios para semelhantes litigâncias que se apresentassem no futuro. Um destes declara que o médico deve ser responsabilizado se o dano provier da sua culpa, sendo que se tiver exercido todo o devido cuidado e tiver observado todas as indicações da sua *lex artis*, não deve ser responsabilizado, mesmo não obtendo uma cura.⁷

Durante o século XIX, assistimos a mudanças estruturais da sociedade e evoluções tecnológicas da medicina que criaram solo fértil para a litigação por falta médica. Entre 1835 e 1865, nos EUA, o campo da medicina viu-se inundado por casos de responsabilidade civil médica, tendo o número de casos aumentado exponencialmente durante este período.⁸ Foi também durante esta primeira “crise da litigância” que, em 1847 se fundou a AMA.

Também na Europa podemos encontrar desenvolvimentos que vieram contribuir para o actual paradigma da responsabilidade médica. Se, ao longo do século XIX, era regra entre os países europeus sujeitar a relação médico paciente ao regime da responsabilidade extracontratual⁹, em 1936, assistimos à decisão da Câmara Civil da *Cour de Cassation* francesa, no caso “*Mercier*”, em que se reconheceu a relação contratual entre médico e paciente e a obrigação de meios a que o médico se

⁶ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.24-25

⁷ V. FIELD, Robert I., “*The malpractice crisis turns 175: What lessons does history hold for reform?*” in *Drexel University Law Review*, Vol. 4:7, Philadelphia, 2011, p.10 e ss.

⁸V. SPIEGEL, A.D. e KAVALER, F., “*America's First Medical Malpractice Crisis, 1835-1865*” in *Journal of Community Health*, Vol. 22, No. 4, 1997, p. 283-308.

⁹V. DIAS PEREIRA, André, “*Responsabilidade Civil: O Médico entre o Público e o Privado*” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIX, Tomo I [Separata], Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p.253 e ss.

compromete. Tal como DIAS PEREIRA observa, esta decisão teve importância fulcral, ao permitir “*fazer passar as relações entre médico e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito: a mensagem do arrêt Mercier é que o médico é um contraente, um prestador de serviços*”.

1.2. Medicina Defensiva e âmbito do estudo

Entre 1970 e 1980 dá-se, nos EUA, nova explosão de casos de responsabilidade civil médica e hospitalar, em que se chegou a valores muito elevados de indemnizações, agravando os prémios de seguro. Este recente aumento de processos por responsabilidade civil médica tem levado os profissionais americanos a determinar como riscos da sua actividade profissional a litigância, o pagamento de seguros de responsabilidade civil, e em última análise, a perda do seu património ¹⁰

Como medida reactiva para evitar qualquer incongruência com as *leges artis* da profissão e conseqüentemente, qualquer litigação, os médicos norte-americanos aumentaram significativamente o seu grau de rigor na prática da profissão, dando origem ao conceito de medicina defensiva.

Como DIAS PEREIRA explica, “*o conceito de medicina defensiva refere-se a práticas médicas realizadas apenas com o objectivo de evitar acções de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma acção ser proposta. Trata-se, portanto, do “conjunto de práticas médicas que visa evitar a possibilidade de acções de responsabilidade médica.”*

Embora seja possível falar em benefícios que a medicina defensiva trouxe à prática médica (seja exemplo o mais acentuado rigor no diagnóstico, através de meios complementares de diagnóstico) também é certo que este conceito originou “*uma espiral de custos que redundou na medicina mais cara do mundo*”. Evidentemente, este aumento de custos conduz a uma mais acentuada dificuldade e acesso ao sistema de saúde.¹¹

Para além do aumento das despesas e custos do sistema de saúde, verificam-se ainda cuidados de saúde mais pobres em decorrência dos efeitos adversos dos exames e

¹⁰ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.171-172

¹¹ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p. 172-174

medicamentos, por vezes desnecessários, que são prescritos em linha com a filosofia de prevenção da medicina defensiva.

Assim se define a actual situação nos EUA, com um crescente número de médicos envolvidos em acções de responsabilidade civil¹² que, com cada vez mais recorrência, atingem valores hiperbólicos de indemnizações, por vezes em vários milhões de dólares.

O excessivo valor de indemnização em média neste país resulta, consequentemente, em elevados valores de prémios de seguro¹³ que conduzem diversos médicos ao abandono da profissão e colocam em risco a continuidade da profissão.¹⁴

Assim, apesar de os EUA investirem uma percentagem significativa do seu PIB no campo da saúde, a verdade é que este investimento, ao invés de ser dirigido ao aumento da qualidade de serviços, redundando em procedimentos preventivos, com o intuito de evitar uma acção em tribunal ou de, na sua eventualidade, de poderem provar que cumpriram rigorosamente o seu dever com todo o devido cuidado e que observaram todas as indicações da *lex artis*.

Apesar de serem inegáveis as diferenças estruturais do sistema jurídico (e social) dos EUA em relação aos sistemas jurídicos europeus¹⁵, e da escassa existência de estudos acerca da frequência de processos de responsabilidade civil médica na Europa, o conceito de medicina defensiva tem vindo a ser difundido pela literatura.

DIAS PEREIRA aponta para uma interessante evolução da situação na Alemanha. Se, neste país, em finais da década de 60, se registavam cerca de 6.000 processos anuais, na década seguinte esta estatística aumentou para mais de 15.000, e por finais do século XX, totalizava já em 20.000 casos anuais.

¹² Segundo a AMA, em 1975, os EUA contavam com uma média nacional de 10% dos médicos a serem demandados judicialmente, com 12,3% no estado de Nova Iorque, 18% na Florida e 25% na California.

¹³ DIAS PEREIRA refere prémios anuais de até 200.000 US\$ para neurocirurgiões e ginecologistas.

¹⁴ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit, p. 175-176

¹⁵ Nomeadamente com a existência de júri nas acções de responsabilidade civil, a aceitação da “quota litis”, entre outros.

Contudo, é relativamente consensual entre a doutrina alemã que a frequência e alcance das indemnizações por responsabilidade médica se mantêm num plano similar às outras profissões liberais¹⁶.

Apesar de não se poder falar, na Europa, numa “*explosão da responsabilidade médica*”, o mesmo não pode ser dito acerca dos montantes que as indemnizações por falta médica podem atingir. Se a maioria dos valores se mantem abaixo do limiar dos 30.000€, não raras são as condenações que atingem valores superiores a 200.000€ ou, em casos bastante graves, se reveste a indemnização da forma de renda mensal, bem como compensações por danos não patrimoniais em valores que podem chegar a 1 milhão de euros.¹⁷

Quanto à situação portuguesa, DIAS PEREIRA argumenta que desde o início do século XXI, se verifica um “*aumento importante dos casos de responsabilidade médica*”, com o surgimento cada vez mais frequente de decisões do STJ e do STA referentes à matéria do erro médico.

Concluindo, apesar de os níveis de litigância por responsabilidade médica serem, em Portugal, significativamente inferiores aos que se observam no resto da Europa e, sobretudo, nos EUA, é inegável que os processos por responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais está a aumentar e a motivar alguns profissionais a assumir uma postura preventiva de modo a evitar o risco de uma acção judicial, entrando numa espiral que pode levar à prática da medicina defensiva nos mesmos contornos que os médicos norte americanos têm adoptado. Este fenómeno tem potencial para trazer inúmeras consequências negativas, sendo ele próprio uma violação das regras da arte, uma infracção à boa prática médica e, como tal, uma actuação ilícita.¹⁸

Com este estudo propomo-nos a analisar a responsabilidade médica pela óptica do Direito e do regime da responsabilidade civil aplicável entre nós, particularmente do elemento da culpa, central nesta sede. Através deste estudo, pretendemos averiguar se o sistema de responsabilidade civil em vigor terá potencial para motivar a prática da medicina defensiva nos mesmos contornos que se verificam nos EUA.

¹⁶ NYS, Herman, “*The Factual Situation of Medical Liability in the Member States of the Council of Europe, Strasbourg*”, Conselho Europeu, Estrasburgo, 2008

¹⁷ V. DIAS PEREIRA, Op. Cit, p. 176-178

¹⁸ V. Art. 483º, art. 150º do CP e art. 4º da CDHB

Será o objectivo proceder a uma contemplação e análise dos pontos-chave da figura da responsabilidade civil por erro médico, para depois nos centrarmos especificamente no requisito da culpa e no ónus da prova desta.

Ao invés de uma análise extensiva das particularidades da responsabilidade civil por acto médico, o que se pretende será um estudo sobre as particularidades que o ónus da prova da culpa assume em especial na responsabilidade civil por erro médico e um aferimento acerca do actual paradigma jurisprudencial e doutrinal do tema, com uma breve referência às soluções que se podem encontrar no Direito comparado para esta problemática.

2. O contrato de prestação de serviço médico

2.1. A relação médico-paciente objectivada pelo Direito português

No direito português, não contamos com uma tipificação legal do contrato de prestação de serviços médicos, apesar de tal ter sido defendido por FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO¹⁹. FERREIRA DE ALMEIDA, apesar de se contar entre os defensores da criação de um tipo legal de contrato que conforme a relação médico-paciente²⁰, considera que esta relação reveste um tipo social e nominado.

Trata-se de um contrato socialmente típico que se insere no grupo dos contratos de prestação de serviços, tal como dispõe o art.1154^{o21}, caracterizando este contrato como *“aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*

Assim, entre nós, a relação entre médico e doente aparece enquanto um contrato civil e consensual (art. 219^o), de natureza pessoal e execução reiterada, usualmente sinalagmático e oneroso. Este contrato tem sido considerado como um contrato de consumo, sendo-lhe portanto aplicáveis as normas de protecção dos consumidores.²² Denotemos, contudo, que o art. 23^o da LDC²³ exclui a responsabilidade civil das profissões liberais do seu âmbito.

Tal como DIAS PEREIRA expõe, *“a declaração de proposta resulta de o médico manter o seu consultório aberto e o doente ao entabular um contacto está a manifestar a sua aceitação”*, sendo que estes contratos são frequentemente realizados oralmente e sem detalhadas negociações pré-contratuais. Assim, a integração contratual expressa no art. 239^o é útil neste âmbito.²⁴

Sem tipificação legal, este contrato será enquadrado por diversos escalões normativos. Em primeiro lugar, serão aplicáveis as regras legais imperativas,

¹⁹ V. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e SINDE MONTEIRO, Jorge, *“Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda”*”, Scientia Iuridica, 33 (Janeiro-Abril, 1984), p.107

²⁰ V. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *“Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”*, in Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 88 e ss.

²¹ Em falta de menção em contrário, os arts. referidos neste estudo serão constantes do CC.

²² V. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Op. Cit.,p. 89. No mesmo sentido, ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *“Relatório sobre “a Carta dos Direitos dos Utentes”*, 2010, p.5. Directiva da UE

²³ Lei n^o24/96, de 31/07

²⁴ V. DIAS PEREIRA, André, *“Responsabilidade Civil: O médico entre o público e o privado”*, p. 255-257

nomeadamente aquelas que se colocam pela regulação da profissão médica, pela protecção dos consumidores e as normas que atribuem direitos e deveres aos pacientes.²⁵

Seguidamente, na medida em que não sejam contrariadas as normas imperativas, o costume, as normas deontológicas e os usos, contando que o costume *praeter legem* seja aceite como fonte de direito colocada ao mesmo nível hierárquico das normas legais supletivas, que se contem as normas deontológicas contidas no CDOM como normas que têm proveniência do poder regulamentar típico das associações de Direito Público, e que se admita a natureza normativa de certos usos e que a remissão da primeira parte do art. 239º os possa incluir.²⁶

Finalmente, recorrer-se-á, na medida em que haja base suficiente para analogia, às normas dos contratos de mandato (1156º, que pressupõe que se façam as adaptações necessárias) ou empreitada (1207º), sendo ambos tipos contratuais que se incluem na classe dos contratos de prestação de serviços.

Assim, é este um contrato fundamentalmente pessoal (uma vez que o paciente escolhe o médico com fundamento na relação de confiança que com ele terá – e o que reforçará a atribuição da responsabilidade médica com contexto público ao instituto da responsabilidade extracontratual), sinalagmático, oneroso (embora o contrato não sofra de nulidade se for, porventura, gratuito), contínuo e sujeito a rescisão (embora com limitações da parte do médico devido ao crime de recusa de médico, nos termos do art. 284º do CP).

2.1.2. Obrigações de meios e de resultados (remissão)

O contrato de prestação de serviços pode ter como objecto uma obrigação de meios ou de resultados. ANTUNES VARELA define esta última como “*aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro*”, acrescentando que “*nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação*”

²⁵ V. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Op. Cit., p. 99 e ss.

²⁶ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p. 258

*ou do seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação debitória e a plena satisfação do interesse do credor ”.*²⁷

Opostamente, uma obrigação de meios constituirá para o devedor um dever de levar a cabo, diligentemente e empregando todos os seus esforços, determinada actividade com vista a obter um certo resultado, sem contudo assegurar que tal resultado se produza.

No entender do STJ^{28 29}, o contrato de prestação de serviços médicos é, regra geral, considerado uma obrigação de meios, em que o médico se obriga “*apenas a tratar o paciente e não a curá-lo.*”

O mesmo Ac. declara que é possível que o médico garanta a cura, obrigando-se por essa via a um resultado. Mesmo tendo em conta a regra geral, é possível que a obrigação médica assuma a natureza de obrigação de resultados em determinados âmbitos.

No âmbito da responsabilidade civil médica, esta distinção poderá ter repercussões interessantes, como adiante veremos.

2.2. Tipologias de contrato médico

Como foi atrás estabelecido, as drásticas alterações que se fizeram sentir a partir da década de 60 no âmbito da prática da medicina têm vindo a distanciar a medicina moderna do modelo clássico.

Como DIAS PEREIRA explica, “*a medicina privada envolve hoje vários intervenientes que jogam um papel económico e social dinâmico, ao qual nem sempre é fácil dar coerência jurídica*”.³⁰ Como tal, é possível encontrar variações da relação médico paciente, sendo algumas delas regulamentadas pelo direito público, ao passo que outras são regidas pelo direito privado.

²⁷ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, “Das Obrigações em Geral - Volume II”, Reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p.10 e ss.

²⁸ STJ, Ac. de 17/12/2002, processo nº 02A4057

²⁹ STJ, Ac. de 04/03/2008, processo nº 08A183

³⁰ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.258-259

2.2.1. Relações de Direito Público

Como SÉRVULO CORREIA expõe³¹, trata-se a relação jurídica administrativa de um “*sistema complexo de situações jurídicas activas e passivas, interligadas em termos de reciprocidade, regidas pelo Direito Administrativo e tituladas pela Administração e por particulares ou apenas por diversos polos finais de imputação pertencentes à própria Administração.*”

Serão relevantes, no âmbito das actividades da Administração prestadora e a par do clássico acto administrativo, os *actos ou operações materiais (Verwaltungsrealakten)*, procedimentos feitos pela Administração no sentido de produção de direitos de facto e não de direito³². Dentro do leque de funções que os actos materiais de administração desempenham, uma porção significativa destes centra-se nas actividades de prestação, onde o objecto mediato de relações jurídicas administrativas é a prestação de facto ou coisa.³³

A relação inicia-se com o requerimento de uma consulta por parte do utente, ao qual se segue uma decisão de possibilitar imediatamente uma consulta médica, ou de agendar uma. Em concerto com essa consulta, pode ser determinada a necessidade de internamento do utente³⁴ ou de adicionais intervenções médicas, com o consentimento do paciente.

Apesar de, regra geral, a utilização de serviços públicos pelos particulares dar origem a um contrato administrativo³⁵, SÉRVULO CORREIA defende que em causa está a prática de actos administrativos sob solicitação do utente ou seguidos do seu consentimento, sendo que a declaração do particular dá origem a uma decisão positiva ou negativa.³⁶ Nas suas palavras, “*só à vontade da Administração de Saúde cabe gerar*

³¹ V. SÉRVULO CORREIA, José Manuel, “*A relação jurídica como figura central do Direito Administrativo de prestação*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p.18

³² Denotemos, contudo, que apesar de os actos de administração não constituírem fonte de regulação jurídica, a sua produção é regida nos parâmetros do Direito Administrativo.

³³ V. SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Op. Cit.*, p.21

³⁴ Este internamento pode ser feito em hospital ou sector de internamento do serviço de cuidados personalizados de saúde de um centro de saúde. Vide, entre outros, o art. 29^a, n^o3, alínea e), do DR n^o3/88, de 22/01.

³⁵ V. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “*Curso de Direito Administrativo*, Vol. I”, 10^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2000

³⁶ Tal como o autor explica, apesar de em princípio o particular, enquanto utente do SNS (nos termos da Base XIV, n^o1 da Lei n^o48/90), ter direito à consulta, “*critérios de repartição territorial de competências, ou outros de carácter organizatório, poderão ditar uma decisão de indeferimento por parte de um certo estabelecimento.*”

os efeitos de direito pretendidos, através de um acto pelo qual verifica e declara (ainda que a declaração possa ser implícita) a titularidade pelo requerente dos requisitos legais e o inscreve num plano de fruição dos serviços.”³⁷ É significativo da tese do autor o facto de ser aplicável em sede de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas a Lei 67/2007, de 31/12, que coloca a responsabilidade destas entidades no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Assim, enquanto a decisão de marcação de consulta ou de internamento manifestam unilateralmente a vontade da Administração de constituir uma relação de prestação de cuidados de saúde, as expressões de vontade dos utentes constituem um requisito para a aplicabilidade da decisão administrativa.

Será ponto assente que as relações jurídicas de direito público no âmbito da prestação de cuidados médicos, nos termos acima mencionados, recaem sob o domínio do SNS e estarão subordinadas ao Direito Administrativo.

Assim, o funcionamento das unidades de saúde do SNS, tal como o estatuto dos utentes é regulamentado maioritariamente pela LBS, para além de legislação avulsa e normas regulamentares aplicáveis a cada unidade de saúde do SNS.

2.2.2. Relações de Direito Privado

Tradicionalmente, a relação jurídica firmada entre médico e paciente tem lugar em consultório privado onde o médico exerce a sua profissão liberal. DIAS PEREIRA sublinha que, embora possa haver estipulação de cláusulas contratuais específicas, regra geral, tal não se verifica, pelo que devemos fazer uso da interpretação contratual constante do art. 236º e, se tal se revelar justificado, da integração contratual nos termos do art. 239º.

Neste modelo, é o médico que presta cuidado de saúde o único responsável pelo indevido cumprimento das suas obrigações (art. 798º), sendo possível que assuma a responsabilidade por actos praticados por seus auxiliares (conforme o art. 800º).³⁸

Ainda que se verifique com recorrência o tradicional modelo pelo qual se estabelece um contrato de prestação de serviço médico, as relações jurídicas entre médico e doente firmadas no Direito Privado têm, ao longo do tempo, evoluído. Assim,

³⁷ V. SÉRVULO CORREIA, José Manuel, Op. Cit., p.21

³⁸ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p. 260-262

a par desta clássica relação jurídica, encontraremos um vasto leque de modalidades que o contrato de prestação de serviços médicos pode assumir.

Em primeiro lugar, os contratos estabelecidos no âmbito dos serviços médico-sociais de direito privado, figura que têm vindo a ganhar relevância, decorrente das reformas na estrutura administrativa e que são regulamentados em termos equivalentes àqueles aplicáveis às relações estabelecidas com seguradoras privadas.

Semelhante regime é aplicável aos contratos de prestação de cuidados médicos estabelecidos no contexto de um seguro privado de saúde, que pode compor-se de três distintas modalidades: por sistema da assistência, ou seja, por prestações negociadas, por sistema de reembolso, equivalente a prestações indemnizatórias e finalmente, por sistema misto que combina os dois anteriores.

A par destes, encontramos ainda relações jurídicas nascentes de sistemas de protecção na saúde específicos de direito público, nomeadamente a ADSE, inspiradas no modelo germânico da *Krankenkassen*, em que a pretensão a honorários de que o médico tem direito é substituída por uma pretensão de direito público a uma remuneração pela "*Krankenkasse*". Porém, a aplicação das regras do Direito Civil não é afastada, inclusive na responsabilidade civil.

Através destes métodos constituir-se-á o contrato de prestação de serviços médicos, tal como outros contratos relacionados com a prestação de cuidados de saúde, como é o caso do internamento em clínica privada, que poderá assumir formas diversas, e ao qual procederemos a uma análise tripartida, mais uma vez na esteira de DIAS PEREIRA³⁹.

Em primeiro lugar, o contrato médico com internamento em clínica privada pode assumir a forma de contrato total, em que a clínica é responsável pelos procedimentos relacionados com o internamento hospitalar e também pelos actos médicos em si praticados. Estamos, nesta modalidade, perante um contrato combinado que congloba um contrato de prestação de serviços médicos, ao qual se ligará um contrato de locação (art. 1022º e ss) e, possivelmente, compra e venda (art. 874º e ss) e de empreitada (1207º e ss)⁴⁰.

³⁹ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.262-267

⁴⁰ V. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Op. Cit., p.89 e ss

É compreensível que o campo de responsabilidade de um hospital ou clínica privada seja vasto, e não raras vezes, englobe actividades não directamente relacionadas com a prestação médica em sentido estrito. Como exemplo, apontamos todas as atribuições de actividade e responsabilidade médica derivadas de obrigações para com a saúde e bem-estar dos pacientes. Para além destas, frisamos o dever de manter equipamentos e utensílios médicos em condições de funcionamento e segurança, de assegurar o cumprimento das regulações de higiene em todo o complexo (inclusive fora das zonas de prestação de cuidados médicos) e pela organização da actividade médica em rigor com as regras de comportamento pela parte dos trabalhadores, de modo a proporcionar a segurança e protecção da saúde de todas as pessoas que se encontrem no complexo, inclusive visitas.⁴¹

Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, “*os deveres do titular do estabelecimento de saúde relativos aos recursos humanos de que se serve (...), que incluem os tradicionais deveres in elegendo, in instruendo e in vigilando, dos deveres respeitantes aos equipamentos e meios de cura disponibilizados, os de higiene e conforto dos doentes, etc., cuja violação pode ser fonte de responsabilidade. Joga-se, aqui, com ênfase, a vertente organizacional, atento o dever de coordenar e planear correctamente a prestação dos serviços médicos (que, quando não é cumprido, pode ser tão ou mais gravoso como um ato médico defeituoso).*”⁴²

Assim, em caso de contrato total, serão os titulares da clínica a responder por todos prejuízos causados, quer estes se prendam com actos médicos, quer se relacionem com questões assistenciais, de equipamento ou de hotelaria, nos termos do art. 800º, que no presente contexto abrange as actuações ilícitas e culposas de médicos, enfermeiros, auxiliares administrativos e restantes funcionários.

Uma modalidade contratual decorrente desta figura e digna de referência é o contrato total com opção de escolha de médico. É possível que o paciente pretenda ser assistido por determinado médico, tendo convencionado com ele um pagamento adicional de honorários. A jurisprudência alemã entende que esta modalidade constitui a adição ao contrato total de um contrato médico adicional e relativo a certas prestações,

⁴¹ Para uma análise extensiva dos domínios de responsabilidade a que uma entidade hospitalar possa estar adstrita, ver o elenco que DIAS PEREIRA elabora, seguindo NETZER, em “Responsabilidade Civil: O médico entre o público e o privado”, p.262-263

⁴² V. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., “Direito Civil, Responsabilidade Civil, o Método do Caso”, Almedina, Coimbra, 2007, p.117-118

estando a clínica contratualmente vinculada à execução de prestações correspondentes às escolhas medicinais do paciente. Quanto ao médico, terá a obrigação de prestar a assistência médica convencionada e o direito a uma conta independente de honorários (embora possa constar do mesmo recibo em parcelas separadas).

Decorrente da figura do contrato total, também nestes casos será assumida pela clínica a responsabilidade por qualquer dano eventualmente ocorrido durante a prestação do médico escolhido. Tanto mais, a jurisprudência germânica considera que, em casos como estes, a inserção de cláusulas de exclusão de responsabilidade civil é uma violação do § 309, N° 7 da BGB, norma equivalente, entre nós, ao art. 18° a) da LCCG. Na opinião de DIAS PEREIRA esta é uma solução que merece, à luz da lei portuguesa, o nosso apoio.⁴³

Alternativamente ao contrato total, o contrato médico com internamento em clínica privada pode assumir a forma de contrato dividido, no qual a clínica é responsável pelas obrigações resultantes do internamento, ao passo que a contratação para prestação de actos médicos e a responsabilidade daí consequente cabe ao médico. Assim, existirão dois contratos distintos. Esta é forma padrão que o contrato estabelecido com um médico assume na Alemanha.

Proporcionalmente, a responsabilidade que recai sob clínica e médico é dividida nos termos convencionados em contrato, responsabilizando-se a clínica pelas prestações genéricas de cuidados hospitalares acima referidas e pelas condutas dos seus representantes e auxiliares (art. 800°), ao passo que ao médico cabe responder pelas suas prestações de cuidado médico e seu eventual incumprimento, nos termos do art.798°, e os dos seus auxiliares.

Em sede de contrato de internamento em clínica privada sob o regime de divisão, pode o estabelecimento evitar ser responsabilizado pelos danos decorrentes de falta médica. DIAS PEREIRA posiciona-se, contudo, no mesmo sentido que a ERS⁴⁴, “sobre a clínica impende o ónus da prova de que se trata de um contrato dividido e não de um contrato total.”⁴⁵ Esta pronunciou-se em relação à existência de um dever de esclarecimento da parte dos prestadores de saúde envolvidos “quanto à dualidade de

⁴³ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.265

⁴⁴ Recomendação n°1/09 da ERS, de 19/02/2009, emitida nos termos do art. 26°, alínea a) do DL n° 309/2003, de 10/12.

⁴⁵ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.266

contratos celebrados, seus âmbitos, objectivos e entidades subjectivamente responsáveis pelo cumprimento dos mesmos, de forma a que os utentes conheçam inequivocamente qual a entidade responsável, em cada momento, por cada ato ou diligência (praticada ou omitida) ”, constituindo este dever de esclarecimento um requisito para o afastamento da presunção de existência de um contrato total.

Também o Study Group on a European Civil Code se manifestou acerca da figura da divisão contratual em sede de contrato de prestação de cuidados médicos com internamento, alinhando-se com a ERS no sentido da existência de um dever de esclarecimento.⁴⁶

Conquanto esta divisão contratual seja conforme aos preceitos do direito português em vigor, DIAS PEREIRA alerta que, mesmo podendo o tribunal atentar à existência de recibos separados, ou no mínimo, de contas de honorários distintas, tal como à relação contratual que existe entre médico e clínica, *“numa visão que parta dos direitos, rectius, dos interesses dos doentes, podem surgir dificuldades jurídicas e processuais, levando ao fracasso de acções de indemnização por dificuldade em encontrar o réu responsável, ou porque este não tem património ou um seguro de responsabilidade civil para suportar os danos.”*⁴⁷

⁴⁶ V. BARENDRECHT, Maurits et al, *“Principles of European Law, Service Contracts”*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 895 e ss, Art.:111:

⁴⁷ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p. 267

3. Responsabilidade civil médica

3.1. O acto médico e a falta médica

Em sede de responsabilidade por falta médica, o primeiro desafio que se afigura é o de conhecer o contexto em que, impreterivelmente, a falta médica terá lugar. É, portanto, mister proceder à definição de acto médico.

Apesar de a LBS declarar que o conceito de acto médico deve ser definido por lei, e de posteriormente ter sido avançado o Projecto de Lei nº91/VIII, conhecido como Lei do Acto Médico, que pretendia avançar uma definição legal de acto médico, este foi vetado em 1991.

O projecto de lei definia acto médico enquanto *“a actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades”*, declarando que seriam, igualmente, considerados actos médicos *“os exames de perícia médico-legal e respectivos relatórios, bem como os actos de declaração do estado de saúde, de doença ou de óbito de uma pessoa.”* Noção similar se poderá retirar das normas do CDOM, embora este não proceda a uma manifesta definição de acto médico.

Esta posição é partilhada pela jurisprudência. Em 2011, o TRP recusou a aplicação do regime do consentimento informado, intrínseco do acto médico, a um caso de responsabilidade civil por lesões causadas por um acto de depilação a laser, procedimento feito por uma enfermeira, assistida por um médico, precisamente porque *“não estamos perante um acto de diagnóstico, prognóstico, prescrição ou execução de medidas terapêuticas, necessariamente realizado por um profissional de saúde”*.⁴⁸

Contudo, a existência de um acto médico e de um dano decorrente desse mesmo acto não pode ser suficiente para identificar« um caso de responsabilidade médica. Isto decorre da incerteza e mutabilidade que se verifica na actividade médica, não sendo esta uma ciência exacta com resultados previsíveis. Muito pelo contrário, a actividade médica é susceptível a acidentes que podem ocorrer independentemente de quanta atenção e diligência o médico exerceu durante a prestação do serviço. Tal factualidade é expressa pelo TRL: *“O facto de o médico não obter o resultado pretendido não*

⁴⁸ TRP, Ac. de 10/10/2011, processo nº84/08.3TVPR.T.P1.

*significa só por si que tal falta de resultado lhe seja censurável ou imputável se o mesmo actuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica”.*⁴⁹

Afigura-se necessário um elemento complementar que ligue o acto médico e o dano deste decorrente. É devido que o dano sofrido pelo paciente no decorrer de acto médico seja uma falta médica, um comportamento ilícito e culposo da parte do médico.⁵⁰ Como declarou o TRL, “*necessário é que fique demonstrada uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e os que possam ser exigidos pela situação clínica do doente enquanto credor*”.⁵¹

Assim, a falta médica não se tratará de toda e qualquer factualidade adversa que se verifique no decorrer do acto médico, mesmo não se verificando qualquer erro da parte do médico. E considerando o universo dos erros médicos, é possível constatar que nem todos serão considerados uma falta médica, sendo esta subcategoria apenas composta pelos erros que serão atribuídos à actuação ilícita e culposa do médico, quanto este viola as *leges artis* da sua profissão e, cumulativamente, o dever de cuidado que sobre si recai.⁵²

Contudo, nem sempre a falta médica radica numa acção do médico, sendo possível que o erro médico resida não no resultado adverso verificado, mas na omissão do acto que o deveria corrigir. Exemplificando, em 2010 o TRL declarou existir responsabilidade civil médica em relação a um médico dentista, que ao submeter uma paciente a cirurgia para desvitalização de um dente, lhe cortou um nervo. O TRL considerou que a falta médica não se consubstanciou no corte do nervo, mas na falha em liga-lo de imediato.⁵³

Apurar a existência de uma falta médica pode revelar-se um desafio, seja pela contínua evolução da ciência, das técnicas e práticas médicas e pela mutabilidade das *leges artis*. Estas dificuldades adensam-se pelo facto de a ilicitude resultante da falta médica não originar, necessariamente, da violação da lei, das cláusulas contratuais ou

⁴⁹ STA, Ac. de 06/06/2007, processo nº021/07

⁵⁰ V. RAPOSO, Vera Lúcia, “*Do acto médico ao problema jurídico*”, Coimbra: Almedina, 2016, p.14-16

⁵¹ TRL, Ac. de 08/01/2008, processo nº7365/2007-7

⁵² Vejamos, a título de exemplo, o Ac. de 06/05/2008 do TRC, relativo ao processo nº1594/04.TBLRA.C1., em que “*por falta de prévio esgotamento dos exames e observações médicas aconselháveis, se extraiu o rim direito*” ao paciente, quando se deveria ter removido o rim esquerdo. No mesmo sentido, V. STJ, Ac. de 27/11/2007, processo nº07A3426

⁵³ TRL, Ac. de 09/03/2010, processo nº1384/08.8TVLSB.L1-7.

até do interesse de outrem, mas sim das próprias *leges artis* contidas na prática médica e consagradas de modo avulso.

A mesma mutabilidade pode ser observada nos protocolos para as práticas médicas, com o surgimento desenfreado de novos protocolos, directrizes, ensaios e estudos clínicos e declarações de consenso, constituindo, nas palavras de V. L. RAPOSO uma “*dificuldade de peso*” na busca por “*um padrão geral e objectivamente válido para as práticas médicas*”.⁵⁴

Igualmente criadora de dificuldades será a dispersão da responsabilidade no seio do trabalho em equipa, juntamente com a necessidade de livre decisão clínica e ética pela parte do médico⁵⁵, tornando difícil apurar, *a posteriori*, se no momento da decisão terá tomado o médico a solução mais conforme as *leges artis*.

Acresce que estas mesmas *leges artis* são estabelecidas nos mesmos contornos que as normas legais o são, no plano geral e abstracto e em ambos os casos é possível que os termos gerais que declaram a (in)admissibilidade de dada solução não se verifiquem na situação concreta.

O que foi dito não implica que a possível falta médica não acabe por ser eximida ou se revele justificada, devido às circunstâncias em torno do acto médico em questão, como o seja a falta de recursos técnicos e humanos. Apesar disto, não afasta necessariamente a falta médica a escassez de recursos, uma vez que ao médico caberá sempre confirmar que dispõe de todos os meios imprescindíveis para o procedimento, tal como tomar as devidas medidas para conseguir os recursos em falta, e não o conseguindo, abster-se de proceder e reenviar o paciente para outro centro de tratamento possuidor dos recursos necessários. Tal como vimos, a carência de recursos humanos e técnicos configurará uma responsabilidade do estabelecimento hospitalar e não do profissional.

É certo que tais exigências não se verifiquem quando a urgência das circunstâncias fale mais alto. Tal se verifica em situações em que o paciente não dispõe de tempo para ser reencaminhado para outro centro hospitalar e em outros casos de

⁵⁴ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.16

⁵⁵ A Associação Médica Mundial, na Declaração de Lisboa, declarou ser direito do doente que o seu tratamento seja efectuado por um médico livre de tomar as suas decisões clínicas e éticas sem interferências externas.

força maior. O mesmo se poderá afirmar quanto aos casos de culpa exclusiva de um terceiro.

A particular complexidade do tratamento pode influenciar a classificação de um dano de si proveniente enquanto falta médica, através de uma análise mais moderada da culpa do agente e do recurso ao conceito do “*médico-médio*”, análogo ao clássico *bonus pater familias*.

Conquanto, a dificuldade de um dado procedimento médico não pode servir incondicionalmente como causa de absolvição para a falta médica. O STJ⁵⁶ veio afirmar isto mesmo, em 2011, quando se pronunciou acerca de punção da artéria femoral no seguimento de uma tentativa de cateterizar a veia femoral esquerda, procedimento em que, devido ao trajecto anatómico paralelo de ambos os canais de circulação, o resultado adverso verificado é um dos possíveis riscos.

O STJ declarou que “*o facto da artéria e da veia terem um trajecto anatómico paralelo (14º) não pode constituir justificação para o erro verificado*” e que o facto da punção da artéria femoral em vez da veia femoral ser um risco no tipo de intervenção a que a paciente foi submetida “*exigia um cuidado acrescido de modo a evitar o dano*”.

3.2. Responsabilidade civil: regime legal

Chegamos à problemática central deste estudo: a responsabilidade médica, mais propriamente, a responsabilidade médica civil. Contudo, a responsabilidade médica pode assumir outras modalidades de responsabilidade para além da civil, nomeadamente criminal, disciplinar e deontológica.

A responsabilidade civil é uma das fontes de obrigações reguladas pelo CC, sendo aquela que impõe ao autor do dano a obrigação de reparar os prejuízos causados ao lesado, pressupondo que a sua conduta tenha sido ilícita e culposa e que esta tenha sido causa jurídica do dano.⁵⁷⁵⁸

3.2.1. Responsabilidade civil objectiva e subjectiva

⁵⁶ STJ, Ac. de 30/06/2011, processo nº3252/05TVLSB.L1.SI. Será relevante destacar que, neste caso, a acção foi interposta pelo hospital privado em causa, afirmando que a paciente não procedia ao pagamento de quantias em dívida provenientes do seu tratamento. A ré paciente contestou a improcedência da acção, solicitando em reconvenção uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais verificados em virtude do resultado adverso derivado do tratamento cujo pagamento era objecto do processo.

⁵⁷ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.29

⁵⁸ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, “*Das Obrigações em Geral, Vol. I*”, p. 518 - 521

Regra geral, tanto a doutrina como a legislação inclinam-se no sentido de legitimar a responsabilidade civil no pressuposto da culpa do agente. Assim, a culpa do lesante é requisito essencial para a verificação da responsabilidade civil, e consequentemente, para que sejam ressarcidos pelo seu autor os danos causados na esfera jurídica do lesado no decorrer de facto ilícito, que sejam imputáveis à conduta culposa do lesante.

Sem se encontrarem verificados estes requisitos, seja em casos de força maior, caso fortuito ou mesmo tendo sido causados os prejuízos por terceiro, mas sem sua culpa, caberá ao titular dos bens lesados suportá-los. Nas palavras de ANTUNES VARELA, “*é uma espécie de preço que cada um tem de pagar por estar no mundo ou viver em sociedade, ou como um tributo que a vida cobra de cada cidadão no seio da colectividade em que se insere.*”⁵⁹

Surge portanto, assente na culpa do agente e na prova do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano, a teoria da responsabilidade subjectiva, solução que na opinião do autor constitui a “*solução mais defensável, no plano da justiça e das próprias conveniências sociais, que o problema comporta em tese geral.*” De facto, não poderia constituir solução para este problema a vinculação do cidadão à responsabilidade por actos dos quais não é culpado.

Contudo, tem vindo a ser reconhecível que, em termos práticos, a teoria da responsabilidade subjectiva nem sempre funcionará da melhor forma. Isto deve-se, em parte, à evolução tecnológica que se tem vindo a observar desde a revolução industrial e subsequentemente, durante a revolução tecnológica, que embora tenha aliviado a árdua índole de certos trabalhos, também agravou os riscos de acidentes a que os operários estão sujeitos.

Foi neste contexto que surgiu, a par da clássica teoria da responsabilidade subjectiva baseada na culpa, a teoria da responsabilidade objectiva, baseada no risco e na ideia de que quem faz uso, cria ou mantém um risco em interesse próprio será responsável pelas consequências danosas que esse risco possa comportar, no sentido do adágio “*ubi emolumentum, ibi ónus; ubi commoda, ibi incommoda*”.

⁵⁹ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p. 630-637

Como ponto de partida nestes desenvolvimentos, uma grande parte da doutrina fez tenção de estender o domínio da responsabilidade objectiva a outros sectores considerados perigosos, para isso fazendo uso do mesmo critério de justiça distributiva que serve de fundamento ao regime aplicável à responsabilidade no âmbito dos acidentes de trabalho ou de viação.

A responsabilidade baseada na culpa figura enquanto regime geral, sendo que a teoria da responsabilidade objectiva se encontra plasmada nos arts. 483º nº 2, 499º e ss. e apenas aplicável aos casos previstos por lei. O regime legal da responsabilidade pelo risco denota-se da responsabilidade subjectiva por abdicar, não só da culpa do agente, como da própria ilicitude da conduta, assentando sobre factos naturais, de terceiros ou inclusive, do próprio lesado.

Coloca-se a questão de saber até que ponto será a responsabilidade objectiva aplicável no âmbito da responsabilidade médica. A resposta a esta questão será, entre nós, maioritariamente negativa. A essencialidade do elemento da culpa em sede de responsabilidade médica foi, de resto, declarada pelo STJ em 2011: *“Não acolhendo o ordenamento jurídico a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente da culpa”*.⁶⁰

Contudo, em casos muito específicos poderemos observar afloramentos da responsabilidade objectiva em sede de responsabilidade médica. Quanto à responsabilidade pelo risco, esta não é observável em sede de responsabilidade médica excepto em raras situações, como quando o dano provenha de um acto médico que se materialize num procedimento perigoso praticado num hospital público, conforme indica o art. 11º da Lei 67/2007, em relação a ensaios clínicos com medicamentos, nos termos do art. 14º da Lei 46/2004, de 19/08 e em dádivas de órgãos entre vivos, como dispõe o art. 9º/2 da Lei nº22/2007, de 29/06.⁶¹

O médico poderá também ser responsabilizado, independentemente da existência de culpa da sua parte mas dependentemente de existência de culpa, em sede do disposto nos arts. 500º e 800º, que se referem à conduta culposa de representantes e auxiliares, contexto que é prevalecente no seio da actividade médica em equipa.

⁶⁰ STJ, Ac. de 24/05/2011, processo nº1347/04.2TBPNF.P1.S1.

⁶¹ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 29-32

Contemos também entre estes afloramentos os casos de responsabilidade subjectiva, até mesmo com culpa grave, mas provenientes de um acontecimento fortuito para o qual o agente contribuiu com uma conduta culposa.

Conquanto, a maior e mais importante destas eclosões em sede do estudo em curso serão as presunções de culpa, objectivações do subjectivismo prevalecente na responsabilidade médica.

3.2.2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Dentro do instituto da responsabilidade civil estão incluídas duas distintas modalidades: a responsabilidade contratual⁶², derivada da falta de cumprimento de obrigações emergente de contratos, negócios unilaterais ou normas legais, e a responsabilidade extracontratual, proveniente da transgressão de direitos absolutos ou de condutas que, embora lícitas, causem prejuízo a outrem.

Em linha com esta divisão, o CC regula estas duas formas de responsabilidade em secções distintas: enquanto a responsabilidade contratual se regula nos arts. 798º e ss., no mesmo capítulo em que se estatuem as formas e efeitos do não cumprimento de obrigações, o regime da responsabilidade extracontratual figura nos art.s 483º e ss.

Em relação às vicissitudes e problemáticas que são comuns às duas modalidades da responsabilidade civil, o CC regula-as conjuntamente no regime específico da obrigação de indemnizar (arts. 562º e ss.).

Tal como ANTUNES VARELA esclarece, não obstante a demarcada distinção conceitual entre ambas as modalidades, *“a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, compartimentos estanques. Pode mesmo dizer-se que, sob vários aspectos, responsabilidade contratual e (...) extracontratual funcionam como verdadeiros vasos comunicantes”*.⁶³

Com efeito, ambas as espécies de responsabilidade civil podem originar do mesmo efeito, e facilmente deslocar-se do âmbito de uma para o domínio da outra.

⁶² Tal como indica ANTUNES VARELA, a denominação enquanto “contratual” é imprecisa, sendo que certos autores têm sugerido alternativas, como responsabilidade negocial ou obrigacional, designações que o autor considera, mesmo tendo em conta a imprecisão do termo “contratual”, menos apropriadas. Vide, para uma análise detalhada destas designações, João de Matos Antunes Varela, Op. Cit., p.519

⁶³ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p. 522

Seguindo a exposição feita por ANTUNES VARELA, transcrevemos dois exemplos doutrinários com que TRABUCCHI⁶⁴ demonstrou as conexões entre ambas as variantes.

Assim, se CAIUS agredir TITIUS, é responsável por um ilícito extracontratual (originado na ofensa da integridade física de TITIUS) pelos prejuízos causados. Se, após fixação por sentença da indemnização devida ao lesado, CAIUS demorar ou rejeitar a cumprir tal obrigação, estaremos já perante um ilícito contratual (constituído pelo incumprimento de uma obrigação legal).

No que toca à responsabilidade civil contratual aplicada ao contrato de prestação de serviço médico, deveremos atentar ao conteúdo do contrato, onde o médico se obriga perante o paciente a um leque de prestações que conferem conteúdo ao contrato. Quanto ao conteúdo, será de notar que se pode reger pela LCCG, ficando portanto excluída a licitude da convenção de cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade, devido à natureza de ordem pública que os deveres do médico de preservação da saúde e da vida revestem.⁶⁵

Para além desta principal prestação, surgirão outras no contexto da prestação de serviço médico, das quais destacamos o dever de elaborar e preservar o registo médico do paciente (arts. 573º e 575º), o dever de informação, esclarecimento e aquisição do consentimento informado do paciente e o dever de se dispensar da actuação quando não lhe seja possível avaliar precisa e totalmente o caso, ou quando não disponha dos meios necessários, excepto em casos de emergência.

Dado o carácter sinalagmático do contrato, é certo que não será apenas sobre o médico que recairão deveres. Com efeito, a principal prestação que incide sobre o paciente é a obrigação de retribuição. Surge também o ónus de cumprir sem interrupções o tratamento delineado pelo médico, sob pena de liberação da responsabilidade que ao médico cabe.⁶⁶

Podem surgir casos em que se verifique a violação culposa de um direito absoluto, sendo que aqui a responsabilidade civil do médico tomará a forma

⁶⁴ TRABUCCHI, Giuseppe, *“Instituzioni di diritto civile”*, 28ª ed., 1986, nº89, p. 207 apud ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p. 522

⁶⁵ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 39-40

⁶⁶ Em 2007, o STJ decidiu pela impossibilidade de *“imputar ao Réu o incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação que assumira de correcção estética do aspecto 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).”* – STJ, Ac. de 22/03/2007, revista nº101/07

extracontratual. Acontecerá isto, maioritariamente, em casos em que não se verifique entre médico e paciente um contrato (nem que seja ele tácito), mas que circunstancialmente o médico se vê na obrigação deontológica de assistir aquele paciente. Serão exemplos os casos em que o médico se depara com um indivíduo em urgente necessidade de cuidados médicos. Revestirão, também, a forma de responsabilidade civil extracontratual as situações em que o contrato de prestação de serviço médico seja nulo por ilicitude do objecto (V. L. RAPOSO exemplifica com “*intervenções experimentais extremamente arriscadas*”) e, evidentemente, as situações em que a conduta do médico preencheu um tipo legal de crime.⁶⁷

Conforme o Ac. de 22/03/2007 do TRL⁶⁸, os deveres conduta e de preservação da saúde e da vida adstritos ao profissional médico são similares tanto em sede de responsabilidade contratual como extracontratual. Outrossim, são essencialmente similares em ambas as variantes de responsabilidade civil os pressupostos para a sua verificação.

É igualmente possível que o mesmo acto preencha ambas as variantes de responsabilidade civil. Nestes casos, conforme decidiu o STJ em 2011, em casos em que se verifique a existência de contrato, estaremos *perante* “*um concurso aparente de normas, que deve ser resolvido pela prevalência da responsabilidade contratual, por ser a mais adequada para a defesa dos interesses do lesado*”.⁶⁹

Por outro lado, uma parte considerável da doutrina, entre a qual se contam FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO⁷⁰, tal como PINTO MONTEIRO⁷¹, sustenta que, se pela mesma conduta geradora de responsabilidade do lesante for violado um direito e um contrato, deverá assistir ao lesado o direito de escolher os aspectos de cada regime que mais lhe forem favoráveis.

Esta solução de conferir ao lesado uma “*dupla tutela*” simultaneamente contratual e extracontratual, dominante entre a jurisprudência italiana⁷² e nas palavras

⁶⁷ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 41

⁶⁸ TRL, Ac. de 22/03/2007, processo nº5177/2006-2

⁶⁹ STJ, Ac. de 09/03/2011, processo nº1384/08.8TVLSB.L1-7

⁷⁰ V. FIGUEIREDO DIAS, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade Médica em Portugal”, p. 39-40

⁷¹ V. PINTO MONTEIRO, António, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 2011, p. 430-431

⁷² V. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “*Una Commedia degli Errori? La Responsabilità Medica Fra Illecito e Inadempimento*”, Rivista di Diritto Civile, anno LIV, nº3, 2008, p.316

de PINTO MONTEIRO “*natural*”⁷³, foi também recorrentemente adoptada pela jurisprudência portuguesa.⁷⁴

Existem, assim, diferenças em termos de regime de uma e doutra que importa assinalar, na esteira de V. L. RAPOSO⁷⁵. Conforme a autora aponta, “*o regime da responsabilidade contratual revela-se mais benéfico para o paciente/credor e mais prejudicial para o médico/devedor*”. Um dos factores que fazem com que assim seja é a existência da presunção de culpa constante do art. 799º.

Ao contrário, na responsabilidade extracontratual o ónus de demonstrar todos os elementos constituintes da responsabilidade, inclusive da culpa do devedor, cabe ao credor. Apesar de certos autores argumentarem a possibilidade de afastamento da presunção de culpa em sede de responsabilidade contratual devido aos aspectos particulares do acto médico, a maioria da doutrina encontra-se a favor da aplicação destas presunções como nos restantes casos de responsabilidade contratual.

Em sede de prescrição, a responsabilidade contratual conta com um regimento mais vantajoso para o lesado, dando-se a sua prescrição passados 20 anos, nos termos do art. 309º, enquanto na responsabilidade extracontratual a prescrição se verifica passados apenas três anos, nos termos do art. 498º. Tendo em conta estes prazos V. L. RAPOSO adverte: “*Para que o autor lesado possa provar a falta médica numa acção cível poderá ser necessário aceder ao registo médico, o que tem particular interesse na fase pré-processual. Mas quando se trate de responsabilidade contratual, será eventualmente complicado aceder a estes registos, dado que nesta modalidade de responsabilidade o prazo de prescrição é de vinte anos, ao passo que os registos clínicos em regra não se mantêm mais de cinco anos.*”

Um ponto da responsabilidade contratual que se está a tornar mais benéfico para o lesado reside na reparação de danos não patrimoniais calculados pelo *quantum doloris*, definido nas palavras de LABORDA CALVO como “*o conjunto de*

⁷³ V. PINTO MONTEIRO, António, Op. Cit., p. 430-431

⁷⁴ STJ, de 19/06/2001, processo 01ª1008: “*Embora com limitações (desde logo as que resultarem (...) 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*”.

No mesmo sentido se encontra o Ac. do STJ de 07/10/2010, processo 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.gos direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual/tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra*”.

⁷⁵ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.33-34

*sofrimentos padecidos pela vítima em consequência de lesões e sequelas e a sua avaliação permite sua quantificação. Englobaria os danos físicos e, logicamente, as consequências ou a sua repercussão psíquica, assim como os sofrimentos morais*⁷⁶. Se a ressarcibilidade destes danos não patrimoniais era manifesta em sede de responsabilidade extracontratual e controversa na responsabilidade contratual, a doutrina dominante têm vindo a sustentar a indemnização destes danos em face a esta última, decorrendo não só da aproximação cada vez mais notória entre os dois regimes, mas também do facto de o art. 496º não restringir a indemnização por danos não patrimoniais à responsabilidade extracontratual.⁷⁷

Também em relação à indemnização, será relevante notar que, segundo o art. 494º, nos casos em que a responsabilidade se fundar em mera culpa haverá a possibilidade de proceder à gradação equitativa da indemnização, o que significará a possibilidade de um montante de indemnização inferior ao montante real dos prejuízos. Esta possibilidade não se verifica na responsabilidade contratual.

Existem ainda diferenças notáveis entre estes regimes no que respeita à responsabilidade por actos de auxiliares ou representantes legais, revelando-se mais uma vez a responsabilidade contratual mais vantajosa para o lesado. Assim, nesta variante de responsabilidade, será bastante que se verifique um vínculo entre o médico e os seus auxiliares ou representantes, cabendo apenas ao lesado fazer a prova da culpa destes, nos termos do art. 800º. Em oposição, na responsabilidade extracontratual, tal como encontramos plasmado no art. 500º, o lesado deve fazer prova da culpa do comissário, da existência da relação de comissão e de que o acto ilícito gerador de responsabilidade foi executado no cumprimento de encargos de comissão.⁷⁸

3.2.3. Pressupostos da responsabilidade civil médica

O art. 483º dispõe: *“Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*, ao passo que o art. 798º declara que *“o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.”*

⁷⁶ V. LABORDA CALVO, Eugénio, *“Quantum Doloris”*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

⁷⁷ V. PINTO MONTEIRO, António *“Cláusula Penal e Indemnização”*, Coimbra: Almedina, 1999, p.31

⁷⁸ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.34

Em ambos os preceitos, o primeiro correspondente à responsabilidade extracontratual e o segundo à responsabilidade contratual, podemos observar a existência de vários pressupostos necessários para o preenchimento da responsabilidade do lesante, a saber: a existência de um facto voluntário e ilícito gerador de dano na esfera de interesses do lesado e a conexão causal adequada entre tal facto e o dano.

3.2.3.1. Facto voluntário ilícito

Assim, é desde logo necessária a existência de um facto voluntário do agente, sendo a nota da voluntariedade essencial, pois apenas em relação a factos que contenham esta nota se poderá falar dos conceitos de ilicitude, culpa e obrigação de reparar o dano, ideias centrais na temática da responsabilidade civil. Tal como ANTUNES VARELA adverte, *“quando se alude a facto voluntário do agente, não se pretende restringir os factos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos actos queridos, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos do acto e tenha agido em vista deles. Há, pelo contrário, inúmeros casos (a começar pela chamada negligência inconsciente) em que não existe semelhante representação mental e, todavia, ninguém contesta a obrigação de indemnizar.”*⁷⁹

Este facto consiste, regra geral, num facto positivo, numa acção, que se traduz no incumprimento de obrigação ou na violação de um dever geral de não ingerência no campo de acção do titular de um direito absoluto. Contudo, como já sabemos, casos haverá em que será uma omissão ou abstenção, e não uma acção, constituinte do facto voluntário e ilícito do agente, como se dispõe no art. 486⁸⁰. Conforme se retira da letra da norma, a omissão constitui a causa do dano quando exista *“o dever de praticar o acto omitido”*, dado que a prática desse acto teria, em princípio, evitado a consumação do dano. Em sede de responsabilidade contratual, a conduta ilícita do devedor que materializa o incumprimento resulta muitas vezes de uma omissão, da não prática de uma prestação devida.

Não é, contudo, suficiente que se verifique a prática de um facto danoso aos interesses do lesado para que surja a obrigação de o indemnizar, sobretudo quando falamos em responsabilidade médica, domínio que como temos visto, é imprevisível e

⁷⁹ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit.,p.527 e ss

⁸⁰ Art. 486º: *“As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.”*

em constante mutação. Assim, surge um segundo critério complementar do facto voluntário do agente: a ilicitude do referido facto. A ilicitude demonstra a reprovação da conduta do lesante.⁸¹

O actual CC pretendeu plasmar precisamente o conceito da ilicitude, definindo as duas formas essenciais através das quais a ilicitude se manifesta. Por detrás desta extensiva caracterização esteve o intuito de facilitar o intérprete na tarefa de delimitar o domínio da actuação ilícita.

Destas variantes de ilicitude a referir, ambas constantes do princípio geral consignado no art. 483º, será a ilícita violação de um “*direito de outrem (1) ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios (2)*”. Assim, na primeira modalidade de ilicitude (1) por direito de outrem, a lei refere-se a direitos subjectivos não abrangidos pela responsabilidade contratual, dos quais constituirão a maior parte direitos absolutos, dos quais são exemplo os direitos de personalidade, direitos familiares, entre outros. Quanto à segunda modalidade de ilicitude (2), preenchida pela violação de “*qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”, estamos perante a infracção de normas que, (a) embora procurem proteger interesses particulares, não atribuem aos seus titulares um direito subjectivo ou de normas que, (b) não obstante procurarem a defesa de interesses colectivos, atendem a subjacentes interesses particulares. Para a constatação deste segundo tipo de ilicitude, e subsequentemente para que o lesado tenha direito a ser indemnizado, é necessário o preenchimento de três requisitos:

1º Que corresponda a violação de uma disposição legal à lesão dos interesses do lesado.

2º Que a tutela desses interesses constitua uma das finalidades da norma violada.

3º Que o prejuízo se tenha verificado no domínio dos interesses particulares que a norma procura tutelar.

No domínio médico, a categoria geral das *leges artis* engloba todos estes elementos e nessa conformidade verificar-se-á a existência da ilicitude quando esteja em causa a violação das *leges artis*, cuja definição provém maioritariamente das normas do CDOM. A par destas normas, são ainda constituintes da categoria das *leges artis*

⁸¹ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit.,p.532-562

diversas directrizes, protocolos, reuniões de consenso e de preceitos legais dirigidos à actividade médica, para além da lei criminal, que não será englobada neste estudo. Notemos que um acréscimo à usual dificuldade de constatação da ilicitude em sede de responsabilidade civil médica decorre do facto de certo procedimento tomado pelo médico e que, *a posteriori*, não se revela o mais adequado, era conforme às *leges artis* na altura da sua prática.

O ónus da prova da ilicitude cabe sempre ao lesado. Apesar da existência de presunções de culpa, tal não significa a existência de presunções de ilicitude, nem sequer no domínio das prestações de resultado.⁸²

A adensar a problemática da constatação da ilicitude neste domínio, regressamos à ideia geral em sede da verificação da ilicitude 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*”.⁸³ Assim, caberá ao lesado provar que as *leges artis* exigiam uma conduta diferente que aquela tomada pelo médico.

3.2.3.2. Nexo de causalidade

Em junção ao facto voluntário ilícito e à produção de um dano na esfera de interesses do lesado, será necessário averiguar o nexos de causalidade entre ambos. É, portanto, necessário aferir se o facto em questão era ou não adequado à produção do resultado adverso verificado, ou se por outro lado, estes resultados adversos se produziram a partir de circunstâncias externas.⁸⁴

O nexos de causalidade acima explicado configura-se nos termos da teoria da causalidade adequada, que derogou a anterior teoria da causalidade natural (ou *conditio sine qua non*)⁸⁵ e actualmente consagrada no CC pelo art. 563º, que declara existir obrigação de indemnização apenas “*em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.*”

⁸² V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.45-49

⁸³ STA, Ac. de 06/06/2007, processo N°021/07.

⁸⁴ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 49-52

⁸⁵ V. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, “O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil”, Coimbra, 1950, p. 121

Esta teoria é particularmente apropriada à actividade médica, onde não raras vezes se verifica que nem todos os danos sofridos pelo lesado sejam resultado da conduta do médico e que, quando se dá a actuação médica, já estejam em causa riscos para a esfera de bens jurídicos do paciente, que o médico não vem originar mas sim acentuar. Denotemos a decisão do STA, em 2012, de reduzir o total de danos admitidos na sentença recorrida, com a justificação que parte destes haviam sido causados pela doença da qual o doente padecia, sendo apenas relevantes em sede de responsabilidade civil os danos causados pela falha da médica em não actuar rápida e eficientemente.⁸⁶

Em suma, é ímproba a averiguação dos danos causados pelo acto médico, surgindo dificuldades relacionadas com a imprevisibilidade com que funciona o corpo humano, pela prioridade cronológica dos eventos, para além das dificuldades já mencionadas. Se em sede criminal, pouca flexibilidade haverá devido à preponderância dos princípios da presunção de inocência e da legalidade, em sede de responsabilidade civil poderemos encontrar uma certa ductilidade.

Notemos, a título de exemplo, a prova do nexo de causalidade no que toca à concorrência de causas. Ao contrário do que decorre em sede criminal, é admissível a concausa como causa em sede de responsabilidade civil, decorrendo da teoria da causalidade adequada. De facto, a responsabilidade civil por facto ilícito culposo não presume que haja exclusividade da causa, contando que o facto que interfira no processo causal que levou à lesão não seja de todo inconsequente à produção do dano e seja causa adequada deste.⁸⁷

Assim, em sede de direito civil, improvavelmente a existência de uma concausa levará à exclusão da responsabilidade do agente (ao contrário do que ocorre no direito penal), contando que a conduta deste agente é causa adequada do dano e teve peso para a produção deste, independentemente da verificação de uma causa concorrente, consista ela num evento fortuito ou num acto culposo de terceiro.⁸⁸

Coloca-se, contudo, a questão de saber se a existência de um facto natural ou de qualquer outra concausa independente da conduta do médico terá peso sobre o montante

⁸⁶ STA, Ac. de 12/04/2012, processo nº 01798

⁸⁷ STJ, Ac. de 07/10/2010, processo nº 1364/05.5TBBCL.G1.E.

Conforme declara o STJ neste Ac., “a inadequação de uma dada conduta para um determinado resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, tendo este ocorrido apenas por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias (...)”

⁸⁸ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 71-74

da indemnização. Em grande parte do espaço europeu⁸⁹, onde o ordenamento jurídico português se conta, a concausa será relevante em sede de determinação do montante da indemnização, na medida em que este será graduado na medida em que a conduta do lesante haja contribuído para a produção do dano. Tal se pode retirar dos arts. 494º, 496º/3 e 566º, que declaram ser o cálculo do montante da indemnização feito por critérios de equidade (quando não o possa ser em termos exactos) e influenciável por especiais circunstâncias que para o caso concorram, pelo grau de culpa imputável ao agente.

Destarte o que tem vindo a ser exposto, haverá um grau de certeza mínimo exigível pela causalidade jurídica, e se é certo que dificilmente possa o tribunal chegar a uma exacta certeza do nexos causal entre conduta do médico e dano sofrido pelo paciente, não é menos certo que estará em causa uma causalidade científica, moderada através de parâmetros de probabilidade, como decorre do art. 563º. Como sublinha V. L. RAPOSO, *“deverá existir pelo menos a certeza processual no caso concreto, não se podendo bastar o tribunal com probabilidades estatísticas ou meras suposições”*, exemplificando com decisão do STA⁹⁰ que declarou que *“da prova de que não havia sinais de infecção, não podemos inferir que a doente não foi objecto de observação cuidada.”*

Esta ductilidade no âmbito civil pode ainda ser evidenciada com base em decisão do TRL relativa a processo-crime, em 2007. Em sede de julgamento colocava-se a questão de decidir se o recurso a um certo fármaco no contexto de um ensaio clínico havia sido causa adequada das sequelas sofridas pela paciente. O TRL declarou a falta de indícios para afirmar tal causalidade, referindo que se ao invés de processo-crime, *“estivéssemos no domínio do direito civil, os referidos factos poderiam ser invocados para afirmar o nexos de causalidade entre o tratamento e [o dano] com base na chamada preponderância da evidência.”*⁹¹ Esta preponderância da evidência refere-

⁸⁹ Com algumas excepções, entre as quais se conta o direito italiano. Destarte a Corte di Cassazione, em 2009, ter adoptado um entendimento similar àquele que observamos, regra geral, no espaço europeu, ao considerar que devia o médico ser responsabilizado na medida do dano a si imputável, no espaço de dois meros anos reverteu o seu entendimento, limitando os casos em que a causa natural terá influência no montante da indemnização imputável ao agente.

Para o efeito, v. Corte di Cassazione, decisão de 16/01/2009, nº975 e a sua posterior decisão de 21/07/2011, nº 15991.

⁹⁰ STA, Ac. de 22/01/2004, processo nº 01665/02

⁹¹ TRL, Ac. de 18/12/2007, processo nº 5965/2007-5.

se em bom rigor a presunções judiciais de culpa, noção que tem vindo a ser “*arrastada para a causalidade*”.⁹²

Nos termos do art. 349º, presunções judiciais são “*ilações que a lei ou a julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.*” Originariamente presunções de culpa, alguns tribunais têm-nas estendido ao domínio do nexos causal com base na teoria da preponderância da evidência (também ela originariamente designada para fundamentar uma presunção de culpa). Embora o ónus da prova da causalidade caiba sempre ao lesado, no nosso ordenamento jurídico, alguns tribunais têm vindo a aplicar, em processo cível e devido à dificuldade da prova para o lesado em sede de responsabilidade civil médica, estas presunções de causalidade.

Com efeito, em 2011, num processo relativo a acidente de viação, o TRL entendeu que “*o tribunal pode socorrer-se de presunções judiciais para provar o nexos de causalidade*”, nos termos do art. 351º⁹³.

Devido ao facto de o recurso a presunções judiciais apenas ser admissível 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*”^{94 95}, será necessário à parte interessada invocar facto conhecido e que se dê por demonstrado. Estas presunções são frequentemente utilizadas em casos em que se verifica a presunção de culpa baseada em prova *prima facie*, em que se presume que a conduta do médico foi culposa e adequada a causar o dano. A par de presunções de causalidade, a jurisprudência também se refere a presunções do nexos de ilicitude. De acordo com a explicação de SINDE MONTEIRO⁹⁶, a diferença entre nexos de ilicitude e de causalidade reside no facto de o primeiro traduzir a possível conexão entre uma conduta e um resultado, o segundo procura estabelecer uma conexão entre a violação de um dever e um resultado. Em bom rigor, continuamos dentro do domínio das presunções de causalidade.

⁹² V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 53 e ss

⁹³ TRL, Ac. de 12/05/2011, processo nº 2065/07.5TCSNT.L1-8

⁹⁴ TRP, Ac. de 05/07/2011, processo nº 1952/10.8TBOAZ.P1

⁹⁵ STA, Ac. de 14/04/2005, processo nº 0677/03

⁹⁶ V. SINDE MONTEIRO, Jorge “*Aspectos particulares da responsabilidade médica*” in Direito da Saúde e Bioética, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1991, p.148-152

4. A culpa na responsabilidade civil médica

Conforme foi já estabelecido, a culpa do agente é um elemento fulcral para a constituição de responsabilidade civil. Tal como o art. 483º dispõe, é necessário que se verifique que o facto ilícito tenha sido praticado com dolo ou mera culpa (negligência).

Contudo, para podermos compreender totalmente a dimensão do elemento da culpa, primeiro haverá que compreender que esta terá que ser *imputada* ao agente, apresentando-se aqui um requisito preliminar: a *imputabilidade*, acerca da qual dispõe o art. 488º, nº1, declarando não responder por facto danoso quem “*no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacidade de entender ou querer (...)*”.

Nas palavras de ANTUNES VARELA, “*diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos que pratica e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca deles. Exige-se, assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva).*”⁹⁷

Não bastará que ao agente possa ser imputável o facto ilícito, sendo necessário que este tenha actuado com culpa, que haja uma ligação anímica entre a vontade do autor do facto e a prática deste. Consoante referimos, é a própria lei a exigir imperiosamente a verificação do elemento da culpa, declarando no nº 2 do art. 483º que a obrigação de indemnizar só existe independentemente da culpa nos casos especificados na lei.

Ilustrando a preponderância da culpa em sede de responsabilidade civil, o art. 497º, relativo à responsabilidade solidária entre vários responsáveis pelo facto ilícito, no nº 2 decreta que “*o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis*”. No mesmo sentido, demonstrando a importância do elemento da culpa no âmbito da responsabilização do agente e da determinação do quantum indemnizatório, o art. 570º referente a facto culposo do próprio lesado que concorre para a produção ou agravamento do dano, dispõe que caberá “*ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências*

⁹⁷ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p. 563-569

que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.”

A aferição da culpa do agente é feita de acordo com o critério do “*bonus pater familias*”, materializado no nº2 do art. 487º e também adoptado pela Lei 67/2007, no seu art. 10º: “*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.*” Por sua vez, o STJ descreveu este critério, em Ac. de 2003⁹⁸ nos seguintes termos: “*[O médico] obriga-se (...) a fazer o que razoavelmente é exigível, em termos de padrão médio de comportamento profissional responsável, de forma que outros profissionais colocados perante a mesma situação, não fariam (ou não deixariam de fazer) diferentemente.*”⁹⁹

4.1. Modalidades da culpa

4.1.1. Dolo

Conforme o nº1 do art. 483º, o elemento da culpa dividir-se-á em duas distintas categorias: o dolo e a mera culpa, ou negligência (culpa em sentido estrito). Esta distinção acarreta peso no que respeita à determinação do montante da indemnização, tal como poderemos verificar pelo art. 494º que declara poder “*a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem*”, quando a responsabilidade se funde em mera culpa.

Embora a falta médica provenha necessariamente da conduta negligente do médico¹⁰⁰, será relevante na sede do nosso estudo diferenciar ambas as modalidades para efeitos de uma melhor compreensão da esfera que a mera culpa compreende.

Como decorre do art. 494º e do tratamento especial que este concede aos casos de mera culpa, o dolo aparece enquanto a modalidade mais intensa da culpa. Na sua

⁹⁸ STJ, Ac. de 22/05/2003, processo nº 03P912.

⁹⁹ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.80-82

¹⁰⁰ “*A falta médica resulta essencialmente de uma conduta negligente, pois se o médico actuar com dolo a situação cai, em regra, na apreciação dos casos gerais, sem as especificidades da responsabilidade médica (...)*” - V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.85

formulação mais simples, aparecerá enquanto *dolo directo*: casos em que o agente corresponde psicologicamente à sua conduta um efeito que ele pretende ver realizado, e portanto realiza o facto ilícito tendo em vista a sua realização.¹⁰¹

Contudo, esta será apenas uma das modalidades de dolo, existindo outras que, apesar de possuírem um contexto psicológico diferente, devem ainda ser incluídos nesta categoria “*por suscitarem igual juízo de reprovação no plano do direito*” (ANTUNES VARELA).

Muito debatidos, e relevantes na sede do nosso estudo, são os casos em que o agente antecipou a realização do facto ilícito como uma consequência eventual da sua conduta, ao invés de necessária. Para efeitos de classificação destes casos, tanto a jurisprudência como a doutrina recorrem maioritariamente ao critério da hipotética reacção que o agente teria tido em relação à sua conduta, se soubesse que o facto ilícito seria indisputavelmente consequência necessária (e não eventual) da sua acção.

Os seguidores da teoria da vontade (*Willenstheorie*), distinguem as duas hipóteses tendo em conta a vontade do agente em relação à possibilidade de verificação do resultado. Assim, existirá dolo quando o agente actuou, sabendo que o resultado adverso era possível, mas desprezando tal facto. Estaremos aqui perante a figura do *dolo eventual*. Ao contrário, quando actuou sob a crença (infundada) de que o resultado não se verificaria, estaremos perante um caso de mera culpa, de negligência consciente.

Conforme se pode depreender de decisão do STA, o dolo eventual pode ser relevante em sede de responsabilidade médica, quando os profissionais médicos tenham pretendido praticar um correcto acto médico, sabendo contudo que tal prática envolveria, “*necessária ou eventualmente a possibilidade de praticar um acto ilícito e de, em consequência deste, a autora ficar a padecer daqueles males, e apesar disso, terem avançado livre e voluntariamente, e terem praticado o facto ilícito.*”¹⁰² V. L. RAPOSO aponta que esta se trata de uma hipótese recorrente no âmbito da responsabilidade médica, embora seja “*difícil distinguir na prática uma situação de dolo eventual de uma situação de negligência consciente*”.¹⁰³

¹⁰¹ V. ANTUNES VARELA, João Matos, Op. Cit., p.569-573

¹⁰² STA, Ac. de 06/06/2007, processo nº 0295/05.

¹⁰³ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.86

4.1.2. Mera culpa (negligência)

Conforme foi atrás mencionado, a falta médica resultará essencialmente de um comportamento negligente. A negligência (ou mera culpa) consiste na omissão do cuidado exigível ao agente e que levou à produção de um resultado adverso, sendo que o profissional medianamente competente teria agido de modo diferente, prevendo tal resultado. No entender do STA, a conduta negligente pode-se caracterizar pelo “descuido, desatenção, falta de perícia, e desrespeito pelos ditames das *leges artis*”, surgindo desprovida “daquela forte carga de censura que existe no dolo, por causa da ligação muito mais intensa entre o facto e a vontade do agente”.¹⁰⁴

A previsibilidade do dano possível constitui uma característica fulcral da negligência, pois apenas se pode falar de um dever de cuidado em relação a perigos tidos como previsíveis.¹⁰⁵ O conceito de previsibilidade carece, contudo, de interpretação, uma vez que numa actividade tão dotada de riscos inerentes como é a actividade médica, teremos que distinguir entre riscos típicos e atípicos. Distinção que se baseia no critério da frequência com que estes riscos ocorrem, sendo os típicos mais frequentes e, como tal, qualificáveis como previsíveis. Como tal, o grau de culpa será tanto maior quanto maior for a previsibilidade do facto ilícito que produziu o dano.

Em relação à negligência, divide-se em duas distintas categorias, dependendo do contexto psicológico em que o facto se verifica. De um lado teremos a negligência consciente, os casos em que o agente previu o dano enquanto consequência da sua conduta, mas por descuido e desleixe, não toma as providências necessárias a evitar a produção de tal dano, na crença de que tal dano não se realizará.

Do outro lado, estarão os casos em que o agente não compreende a eventualidade previsível de se verificar um dano, estando em condições de o poder prever e evitar. Nestes casos, estaremos perante negligência inconsciente, mas igualmente merecedora de censura.^{106 107}

¹⁰⁴ STA, Ac. de 11/08/2005, processo nº 0795/04.

¹⁰⁵ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.84-86

¹⁰⁶ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p. 573-574.

¹⁰⁷ O TRC explicita a diferença entre negligência consciente e inconsciente nos seguintes termos: “Enquanto na negligência consciente o agente representou como possível o resultado ocorrido, mas confiou, não devendo confiar, que ele não se verificaria, na negligência inconsciente o agente infringe o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias, não pensando sequer na possibilidade do preenchimento do tipo pela sua conduta.” – TRC, Ac. de 17/09/2014, processo 150/12.0EACBR.C1

A jurisprudência italiana tem vindo a diferenciar os casos de responsabilidade médica com base no critério da culpa baseado na imperícia, ou em imprudência/negligência, considerando estes últimos como agravantes da culpa. Tal como V. L. RAPOSO aponta, *“esta distinção faz-nos sentido, dado que em termos de culpa não são equiparáveis as situações em que o médico comete uma falta porque não sabia fazer melhor, daquelas outras em que tal acontece porque o médico, embora conseguindo actuar da forma correcta naquele caso, optou “consciente ou inconscientemente) por não o fazer.”*¹⁰⁸

4.2. Presunções de culpa

Nos termos do art. 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. O art. 487º, nº1, explicita este princípio, ressaltando os casos em que exista presunção legal de culpa.

O legislador civil introduziu excepções a este 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 presunções¹⁰⁹. Denote-se, contudo, que as presunções serão lidíveis.

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, usando esse juízo de probabilidade como fundamento à conexão que estabelece entre o facto desconhecido e o conhecido. ROSÁRIO NUNES aponta a vantagem do uso destas presunções no facto de o julgador não estar

¹⁰⁸ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 87

¹⁰⁹ Apesar de se falar em inversão do ónus da prova, VERA LÚCIA RAPOSO aponta que *“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 objecto da dita presunção, mas sem que daqui derive que sobre a contraparte recaia o ónus da prova de facto contrário.”* Contudo, a autora concede que *“são tantas vezes utilizadas pelos tribunais, e conferindo-lhes efeitos tão vastos, que muitas vezes acabam por representar uma efectiva inversão do ónus probatório.”* – V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.98-99; No mesmo sentido, V. Ac. do STJ de 07/10/2010, processo nº1364/05.5TBBCL.G1.

“condicionado ao princípio do dispositivo ou ao espartilho inflexível das regras de repartição do ónus da prova”.¹¹⁰

Devido às já enunciadas dificuldades inerentes às vicissitudes da responsabilidade médica e da prova dos factos dela constituintes, as presunções surgem como um instrumento de actuação 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.¹¹¹

4.2.1. Presunções legais de culpa

A primeira categoria de presunções de culpa a analisar será a das presunções legais, derivadas da lei e limitadas pelo princípio do *numerus clausus*. Devido ao seu carácter excepcional, não são susceptíveis à aplicação analógica regulada pelo art. 10º. Não são confundíveis com as ficções, uma vez que nas presunções existe uma conexão lógica entre o facto que lhes serve de base e o facto presumido, ao passo que na ficção não existe tal associação, sendo ela feita pela lei.

Em primeiro lugar, cumpre-nos mencionar a já referida presunção de culpa constante do art. 491º, respeitante à responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem. Conforme decreta o TRC¹¹², “*trata-se não uma responsabilidade objectiva ou por facto de outrem mas por facto próprio, baseada na presunção ilidível de um dever de vigilância (culpa in vigilando)*”.

O mesmo Ac. declara que se deve, nestes casos, valorar as especificidades do caso e do incapaz, enumerando diversos factores como “*a idade do incapaz, a perigosidade da actividade, a disponibilidade dos métodos preventivos, a relação de confiança e proximidade, a previsibilidade do dano.*”

Atentemos à presunção de culpa derivada do incumprimento da prestação devida, na responsabilidade contratual. Diferentemente do que ocorre na responsabilidade delitual, em sede de responsabilidade contratual, caberá ao devedor “*provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua*”, nos termos do nº1 do art. 799º. Aqui, o facto que origina o

¹¹⁰ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, “O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos”, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p.27-29

¹¹¹ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.96-99

¹¹² V. TRC, acórdão de 17/09/2013, processo nº 2654/03.7TBPBL.C1

direito de indemnização é o incumprimento da prestação devida, sendo a excepção a inexistência de culpa por parte do devedor, que este deverá provar.¹¹³

Deste modo, aqueles que consideram que a actividade médica praticada no contexto privado se enquadra nos parâmetros da responsabilidade contratual vêm a regra geral estabelecida pelo nº1 do art. 487º alterada de tal modo que se verifica a inversão dos encargos probatórios decorrentes desta presunção de incumprimento culposos.

Tal não significa que sobre o paciente não recaem deveres probatórios por ser presumida a culpa do médico. Conforme o STJ declarou¹¹⁴, na esteira de FERREIRA DE ALMEIDA¹¹⁵, será necessário ao autor provar a objectiva desconformidade entre os actos praticados e as *legis 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. Numa palavra do STJ, “*presume-se a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso, ele mesmo.*”

Desde há muito que esta é uma questão que tem vindo a dividir a doutrina e a jurisprudência, pois uma boa parte desta considerava ser excessivo o encargo probatório que recai sobre o médico decorrendo desta presunção de culpa, dado o carácter aleatório que reveste a actividade médica. Assim, a presunção de que os deveres que o médico deve observar foram violados constitui um sério agravamento da posição deste no processo, apenas mitigado pela reconfiguração da obrigação contratual médica enquanto obrigação de meios.¹¹⁶

Mesmo com esta mitigação, o debate continuou aceso. Daqueles que aceitam a aplicação da responsabilidade contratual advogam a favor da exclusão da presunção legal em causa, argumentando que a sua aplicação coloca a cargo do médico uma autêntica *probatio diabolica*, preferindo o uso do regime de prova previsto para a responsabilidade extracontratual, uma vez que tratando-se a obrigação médica de uma obrigação de meios, o médico apenas se encontra submetido à obrigação de fornecer ao paciente os melhores serviços de cuidado de saúde exigidos pelas *leges artis*, não sendo

¹¹³ V. ANTUNES VARELA, João de Matos, Op. Cit., p.589-590

¹¹⁴ STJ, Ac. de 18/09/2007, processo nº 07A2334.

¹¹⁵ V. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Op. Cit., p.117

¹¹⁶ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.100-105

possível presumir que o dano sofrido pelo paciente derivou da sua conduta culposa, sem mais.

Outra parte da doutrina considera que a obrigação de meios a que o médico se encontra adstrito não exclui, necessariamente, a aplicação desta presunção de culpa, cujo alcance é limitado pelo facto de a obrigação ser de meios. Nas palavras de CUNHA RODRIGUES “*consagrando o art. 799º, nº1 (...), 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 (...)*”.¹¹⁷ Esta ideia foi também expressa pelo STJ, no Ac. de 2007 acima mencionado.¹¹⁸

Como V. L. RAPOSO salienta, “*mesmo admitindo-se a presunção de culpa do médico-devedor, ainda assim a posição do paciente-credor permanece árdua. É que, e mesmo que a culpa depois se presuma, tem o paciente que começar por fazer prova de que as *leges artis* não foram cumpridas.*”. A autora aponta ainda que, muitas vezes, os tribunais são “*desmesuradamente exigentes*” em relação à prova requerida ao paciente, apontando a título de exemplo o Ac. de 22/05/2007 do TRL¹¹⁹. Contudo, a autora concede que esta é “*uma tendência que se tem vindo a reverter*”, com base na recente aderência da jurisprudência à aplicação da presunção de culpa do médico-devedor no âmbito privado da medicina.

O ordenamento civil consagra também uma presunção de culpa baseada na perigosidade dos meios ou da actividade, decorrente do nº2 do art. 493º que dispõe 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.*”

A não ser que estejamos no âmbito da actuação do Estado e demais órgãos públicos (conforme decorre do art. 11º da Lei nº67/2007), não estamos aqui perante um

¹¹⁷ V. CUNHA RODRIGUES, Álvaro da, “*Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*”, Revista Direito e Justiça, ano XIV, nº3, 2000, p.182-183

¹¹⁸ STJ, Ac. de 18/09/2007, processo nº 07A2334.

¹¹⁹ Relativo ao processo nº 4018/2006-1.

caso de responsabilidade objectiva, mas sim de uma responsabilidade subjectiva agravada ou objectiva atenuada.

Esta presunção desdobra-se em duas distintas secções, conforme se pode retirar da letra da norma, que enuncia a natureza perigosa da actividade e, por outro lado, dos instrumentos utilizados. Quanto à primeira, referente à natureza da actividade, a doutrina e a jurisprudência têm concordado que, embora tendo em conta os riscos inerentes da actividade médica, seria incomportável classificar toda ela enquanto “perigosa”.¹²⁰

Assim, neste contexto são incluídos casos especiais, como operações de transplante de órgãos. Apesar de em 2008, o STJ ter considerado que *“as operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen podem enquadrar-se nas actividades perigosas”*¹²¹, V. L. RAPOSO considera que *“o acórdão não fundamenta devidamente esta conclusão e é dúbio a respeito daquilo que efectivamente considera perigoso”*, atentando ao facto de o mesmo Ac. referir que toda a actividade cirúrgica é de natureza perigosa.¹²²

Quanto à segunda modalidade que esta presunção de culpa pode revestir, prende-se com o dever de cautela e diligência da parte do médico, especificamente em relação ao manuseamento de instrumentos perigosos. A título de exemplo, o STJ aplicou esta presunção em sede de caso de responsabilidade médica por queimaduras graves provocadas no paciente pela utilização de um cauterizador eléctrico.¹²³ No mesmo sentido, serão igualmente considerados perigosos os tratamentos médicos efectuados com recurso a raios X, aparelhos de ressonância magnética, ou de hemodiálise¹²⁴

Uma outra presunção de culpa deriva do princípio da proximidade da prova, enunciado pelo nº2 do art. 344º, 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.”* Designado tendo em mente o dever de

¹²⁰ STJ, Ac. de 13/03/2007, processo nº 07A96.

¹²¹ STJ, Ac. de 09/12/2008, processo nº 08A3323.

¹²² V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 107-108.

¹²³ STJ, Ac. de 18/02/1992, processo nº 080855.

¹²⁴ STA, Ac. de 08/04/1997, recurso nº 36 790.

colaboração para descoberta da verdade, nos termos dos arts. 344º,nº2 e 519º do CPC, para os casos em que uma das partes destrói, deturpa ou de qualquer outro modo impossibilita os meios de prova da parte a quem ela cabe.¹²⁵

Embora, entre nós, também surja no âmbito da responsabilidade médica como forma de prevenir a destruição ou alteração do processo clínico do paciente, meio de prova fulcral nesta sede, este princípio tem aqui ganho uma nova dimensão. Falamos dos casos em que se verifica que a documentação relativa ao processo clínico do paciente é insuficiente, e em casos extremos, inexistente, sendo tal imputável à conduta culposa do médico, obrigado pelas *leges artis* a manter o processo clínico do doente actualizado. A doutrina tem entendido que a mera culpa será bastante para colocar em funcionamento esta presunção, uma vez que o art. 344º, nº2 procura, para além de sancionar o agente que obstaculiza a prova da outra parte, procura também atenuar as dificuldades daquele que se viu impossibilitado de fazer a prova dos factos.¹²⁶

Finalmente, notemos uma presunção de culpa introduzida pela Lei 67/2007, em contraste com o diploma seu antecessor¹²⁷. Os nº2 e 3 do art. 10º estabelecem uma presunção de culpa leve que tornará a responsabilidade do Estado ou de outra entidade pública exclusiva, conforme decreta o nº 1 do art. 7º do diploma. O nº3 do art. 7º refere ainda ser o Estado exclusivamente responsável 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 adopção por parte do Direito português de um conceito há muito vigente no Direito francês, e constante de quase todo o Direito europeu, a *faute du service*¹²⁸, entre nós denominado de culpa de serviço, designação que REBELO DE SOUSA¹²⁹ tem considerado inexacta uma vez que a palavra *faute* não corresponde a

¹²⁵ V. DIAS PEREIRA, André, “Direitos dos pacientes...”, p.785

¹²⁶ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.109-112. No mesmo sentido, V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.784-785.

¹²⁷ V. DL nº48.051, art. 4º, que remete a resolução de questões relacionadas com a culpa para o disposto no Código Civil.

¹²⁸ V. GOMES COSTA, Daniela Sofia, “A culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica”, Coimbra: 2012, Dissertação de Mestrado, p.44-56

¹²⁹ V. REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização” in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996 , p. 169

culpa. Assim, alguns autores preferem a designação de “falta do serviço”¹³⁰ ou “ilícito do serviço”¹³¹.

Independentemente da designação, tem a função de compensar particulares que hajam sofrido um dano cujo autor é desconhecido (dano anónimo), mas parte de um serviço público. Funcionará também em relação a casos em que o dano não é imputável à conduta de um indivíduo (ou vários), mas antes ao próprio serviço administrativo.

Em domínio hospitalar, DIAS PEREIRA¹³² aponta como o “*leading case*” da culpa do serviço na jurisprudência portuguesa uma decisão do STA datada de 1997¹³³, em que se declarou que a “*culpa do ente colectivo, como um hospital, não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causar certos danos pode resultar de um conjunto, ainda que mal definido, de factores, próprios da desorganização ou falta de controlo (...), ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo*”.

Denotemos que nos termos do nº1 do art. 8º da presente lei, “*os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo*”, sendo que o nº2 declara que o Estado e demais pessoas colectivas de direito público serão solidariamente responsáveis com os referidos indivíduos, gozando contudo, tal como decreta o nº3, de direito de regresso, nos termos do art. 6º do presente diploma.

Colocar-se-á, conquanto, a questão de saber que peso terá a culpa de organização, ou culpa do serviço, no que respeita à responsabilização civil de clínicas privadas. D. G. COSTA refere que tal “*é concebível, e a jurisprudência de vários países por todo o mundo tem vindo a apoiar essa ideia, a responsabilidade das clínicas pelo chamado defeito de organização por falhas organizativas*”, considerando que o sendo a clínica considerada como uma empresa onde existirá o dever de boa organização, e como tal, “*deve haver lugar à respectiva assunção de responsabilidades*

¹³⁰ V. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Direito Administrativo III – Lições Proferidas aos Alunos do Curso de Direito em 1984/85”, Lisboa, 1986, p.497

¹³¹ V. REBELO DE SOUSA, Marcelo, Op. Cit., p.172

¹³² V. DIAS PEREIRA, André, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal” in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano XVI, Nº 17, 2007, p.18

¹³³ STA, Ac. de 17/06/1997, processo nº 38856

*na exacta medida em que por inobservância dessa obrigação tenham ocorrido danos aos pacientes”.*¹³⁴

4.2.2. Presunções judiciais de culpa

Para além das presunções legais de culpa, existem também 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 por provado ou não provado determinado facto (nos mesmos termos gerais que o art. 349º enuncia para as presunções em geral). Será relevante notar que as presunções judiciais serão admitidas nos mesmos termos em que o será a prova testemunhal, tal como o art. 351º indica.¹³⁵

Contudo, tal como DIAS PEREIRA alerta, “*a aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações*”¹³⁶, tendo em conta o carácter aleatório e complexo da actividade médica. De qualquer modo, a inversão do nexo de causalidade significa a inversão do ónus da prova, devendo o médico provar que a produção dos danos não se deveu a uma conduta negligente da sua parte.

Neste âmbito, V. L. RAPOSO¹³⁷ aponta a tese, desenvolvida pela doutrina e jurisprudência italianas, e entre nós, apoiada por parte da doutrina¹³⁸ e da jurisprudência, de que de intervenções médicas consideradas simples em que 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 nº1 do art. 799º 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 dela 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

¹³⁴ V. GOMES COSTA, Daniela Sofia, Op. Cit., p.84-86

¹³⁵ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p. 98. No mesmo sentido, V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p.27 e ss.

¹³⁶ V. DIAS PEREIRA, André, “Direitos dos Pacientes...”, p.781-784

¹³⁷ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit, p. 119-122

¹³⁸ V.ROSÁRIO NUNES, Manuel do, Op. Cit., p.41-42

médico que actuou. Neste sentido, veja-se a decisão do STJ¹³⁹ em que se declara: “*I - Fora das chamadas prestações rotineiras, o médico obriga-se apenas a tratar o paciente e não a curá-lo. II – Pode, porém, garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado; normalmente, isso acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento. III – Assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava (...), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo...*”

No sentido de presumir a culpa do médico por danos decorrentes de procedimentos simples, o STJ dispôs, no mesmo Ac., 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*”.

Assim, a essência da questão reside naquilo que qualifica um procedimento médico como simples. V. L. RAPOSO considera que se pode retirar da jurisprudência italiana, que considera existir uma obrigação de resultado e, conseqüentemente, aplica a presunção de culpa em questão, nos procedimentos orientados por regras técnicas rigorosas, uma ideia do “*arquetipo da “intervenção simples”*”¹⁴⁰. A autora menciona ainda as intervenções rotineiras, aquelas que comportam uma percentagem diminuta de risco, para além dos procedimentos aplicados a pessoas sãs, onde apenas o resultado releva.

Com base nas obrigações de resultado, (embora também se possa basear no aumento da exigência na valoração da culpa¹⁴¹) a responsabilização agravada do médico especialista, em comparação com os restantes profissionais médicos tem vindo a ganhar tracção. Em 2010, o STJ acolheu expressamente a tese da presunção de culpa do médico especialista, declarando que, se em regra a obrigação do médico se trate de 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*

¹³⁹ STJ, Ac. de 17/12/2002, processo nº 02A4057.

¹⁴⁰ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.122

¹⁴¹ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.139-140

foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta”¹⁴² Contudo, tal posição não é pacífica, sendo que a jurisprudência se tem mostrado hesitante na sua aplicação¹⁴³. Doutrinalmente, V. L. RAPOSO defende que esta presunção de culpa “deve ser claramente repudiada”, uma vez que deslocaria a avaliação da culpa do médico do critério do “médico médio” para o critério do “médico especialmente conhecedor e habilitado”.¹⁴⁴

Conforme atrás referido, também se pode basear a utilização desta presunção de culpa na teoria da prova de primeira aparência (*prima facie*), mecanismo que no entender de DIAS PEREIRA, “tem sido muito importante na prova da culpa e na prova do nexo de causalidade”¹⁴⁵. Nos casos em que se presume a culpa com base na prova *prima facie*, deve o paciente fazer prova dos eventos que fundamentam a presunção de negligência, tal como do dano ocorrido, e através disso presumir-se-á que é mais provável (*more probable than not*) que tais factos consubstanciem uma conduta negligente.¹⁴⁶

Em 2007, o TRL¹⁴⁷ declarou ter cabimento o uso da prova de primeira aparência “que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado”.

Contudo, em 2012, o STA¹⁴⁸ mostrou-se exigente na avaliação dos requisitos de aplicação da prova *prima facie*, acabando por recusar a sua aplicação, entendendo que a prova dos factos iniciais, que levariam à presunção de culpa da Ré por prova à primeira aparência, eram insuficientes uma vez que deles e do normal decurso dos acontecimentos não era possível aferir a violação das *leges artis* e dos deveres de cuidado a ela impostas, nem a causalidade entre os danos sofridos pela autora e a conduta dos médicos.

¹⁴² STJ, Ac. de 07/10/2010, processo nº 1364/05.5TBBCL.G1

¹⁴³ STJ, Ac. de 18/05/2006, processo nº 1279/06, em que o STJ considerou que o facto de o médico ser um “especialista muito conceituado” permitiria suportar a avaliação da sua conduta enquanto cuidadosa e diligente.

¹⁴⁴ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.140

¹⁴⁵ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.783-784

¹⁴⁶ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.124-127

¹⁴⁷ TRL, Ac. de 11/09/2007, processo nº1360/2007-7.

¹⁴⁸ STA, Ac. de 09/05/2012, processo nº093/12

Teoria muito semelhante a esta é a teoria da *Res Ipsa Loquitur* (a coisa fala por si), que permite presumir judicialmente a culpa do agente quando, no seguimento de um acto médico simples e sem grande percentagem de risco, se verificarem no paciente danos desproporcionados apenas explicáveis através da presunção de que tal se deveu a um erro grosseiro.

Assim, 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 prova¹⁴⁹:

1) A existência de danos desproporcionados, no sentido de o risco do dano em questão se verificar ser extremamente raro, nem sequer constante da panóplia de riscos previsíveis em decorrência do procedimento tomado.¹⁵⁰ Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal espanhol¹⁵¹, em sede de um caso em que a paciente sofrera lesões irreversíveis devidas à anestesia que lhe fora aplicada no decorrer de intervenção estética, declarando ser a anestesia um acto perigoso, não considerando desproporcionados os danos dela provenientes, uma vez que a autora havia sido informada desses riscos possíveis. Por sua vez, o STJ decidiu¹⁵², em caso semelhante (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 último. DIAS PEREIRA acrescenta que “*mesmo que se tratasse de um risco da anestesia, deveria ser inquirido sobre o cabal esclarecimento para consentimento, já que em intervenções não terapêuticas se deve exigir a informação máxima*”.¹⁵³

2) A existência de erro grosseiro, no sentido da sua gravidade e evidência. É seu pressuposto que fosse o erro evitável, não funcionando a presunção quando exista uma razão causal do dano e o médico prove que actuou de acordo as *leges artis*. Exemplos de erros grosseiros serão a ocorrência de danos em local não relacionado com o local onde foi executado o procedimento médico¹⁵⁴ e o erro de diagnóstico derivado de troca

¹⁴⁹ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.786-787 e 787-791

¹⁵⁰ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.127-129

¹⁵¹ Supremo Tribunal de Espanha, decisão de 20/01/2011, processo nº1/2011.

¹⁵² STJ, Ac. de 15/10/2009, processo nº 08B1800.

¹⁵³ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.789

¹⁵⁴ STA, Ac. de 20/04/2004, processo nº 0982/03.

de amostras biológicas¹⁵⁵. V. L. RAPOSO aponta ainda, como exemplos de erros grosseiros a extracção de uma parte do corpo que não devia ser extraída, infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados, entre outros.¹⁵⁶

3) Controlo exclusivo, por parte do médico, do processo que levou à produção do dano. Tradicionalmente exige-se ao lesado que identifique o efectivo autor do dano, constituindo isto um grande obstáculo ao funcionamento desta teoria na sede de responsabilidade médica. VERA LÚCIA RAPOSO aponta, contudo, o caso *Ybarra v. Spangard*¹⁵⁷, 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 foi alvo de críticas, uma vez que mesmo sendo impossível apontar o verdadeiro autor do dano, existirá alguém responsável pela actuação de todos os demais, “*pelo que deve ser face a ele exclusivamente (director clínico, chefe de equipa numa intervenção cirúrgica) que actua a presunção de culpa*”.¹⁵⁸

4.2.3. Rebatimento da presunção de culpa e a causa virtual

Conforme temos visto, tanto uma parte da jurisprudência como a doutrina têm vindo a defender a adopção de um leque de presunções de culpa, ilicitude e causalidade, entre outros métodos de facilitação da prova por parte do lesado, com vista a alcançar resultados mais justos. Como 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*.”¹⁵⁹

Devemos, porém, atentar ao lado reverso desta medalha, à posição do médico em sede de rebatimento destas presunções de culpa que sobre si recaem. Como já foi dito, as presunções de culpa não configuram situações de responsabilidade objectiva, podendo ser ilididas de modo a afastar a responsabilidade médica.¹⁶⁰

¹⁵⁵ TRL, Ac. de 11/09/2007, processo nº 1360/2007-7

¹⁵⁶ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.129-132

¹⁵⁷ *Ybarra v. Spangard*, 25 Cal.2d486,154 P.2d 687 (Cal.1994)

¹⁵⁸ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.133

¹⁵⁹ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.790-791

¹⁶⁰ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.140-143

Como temos visto, uma das formas de afastamento da presunção de culpa será, certamente, a prova pela 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 e definitivamente decisiva em sua sede, ainda que acompanhada de alegações diversas por parte do médico. Se não, atentemos a decisão do STJ¹⁶¹ em que este entendeu que não será bastante “*a prova de que o tipo de intervenção efectuada 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.*”¹⁶² Em seguimento do mencionado Ac. importa ainda referir, enquanto método de rebatimento da presunção de culpa, a prova da particular dificuldade e complexidade do procedimento em questão, ainda que aliada 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. Assim, ao demonstrar 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. Note-se que, 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.¹⁶³

Para além destes, será relevante falar na causa virtual enquanto instrumento de ilisão da presunção de culpa (ou de causalidade, para aqueles que consideram que as presunções de culpa funcionam de igual modo como presunções de causalidade) no âmbito da responsabilidade civil. Nas palavras do STJ, “*diz-se causa virtual de um*

¹⁶¹ V. STJ, Ac. de 17/12/2009, processo nº 544/09.9YFLSB

¹⁶² Entendimento que é partilhado na jurisprudência internacional, sendo que, a título de exemplo, no mesmo ano em que este Ac. foi emitido, a Corte Di Cassazione italiana se pronunciou duas vezes no mesmo sentido.

V. Corte di Cassazione, decisão de 28/09/2009, nº20790 e decisão de 28/29/2008, nº 20806.

*dano certo facto que o produziria se esse dano não fosse produzido por outro facto*¹⁶⁴, por oposição à causa real, efectiva causadora do dano.

O mesmo Ac. refere ainda que, embora com excepcionais ressalvas, “*o princípio geral da nossa lei é o da irrelevância da causa hipotética ou virtual*”. As ressalvas em questão encaixam-se nas presunções de culpa constantes dos arts. 491º, 492º e 493º/1 (sendo que no nº2 desta norma a causa virtual não terá lugar a intervir, sendo-lhe impossível excluir a responsabilidade do autor da causa real).¹⁶⁵ Apesar da regra geral, admite-se que a causa virtual exerça algum peso no que toca ao leque de danos a indemnizar, e como tal, ao montante da indemnização.

¹⁶⁴ STJ, Ac. de 13/02/2003, processo nº 02B4369

¹⁶⁵ V. RAPOSO, Vera Lúcia, Op. Cit., p.143-145

5. Sistemas alternativos de responsabilidade médica

5.1. Críticas ao instituto jurídico da responsabilidade civil médica

DIAS PEREIRA¹⁶⁶ retrata a situação actual como uma “*crise do sistema da culpa*”, descrevendo o processo de responsabilidade médica como sendo, “*em especial para o paciente, um processo demorado, caro e com um risco de sucesso muito incerto*”, em que este se vê incumbido de encontrar os meios de prova para convencer o julgador de que a causa adequada dos danos sofridos foi o acto ilícito e culposo da parte do seu médico. Para tal, muitas das vezes, “*recorre aos peritos, que na opinião de doutrina autorizada, tantas vezes se refugiam no “muro do silêncio” (“Mauer des Schweigens”) que torna o esclarecimento dos factos muito difícil*”. Outros autores, entre os quais FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO¹⁶⁷ e ROSÁRIO NUNES¹⁶⁸ apontam igualmente críticas à dificuldade probatória com que o paciente se depara nesta sede.

Como foi dito, uma das formas que a jurisprudência tem encontrado para mitigar essa dificuldade probatória surge na forma de presunções judiciais de culpa enquanto meio de prova. Contudo, parte da doutrina tem considerado que a solução que passe pela inversão do ónus da prova não se deve bastar pelas presunções judiciais, que comportam a sua dose de riscos, como RITA LYNCE DE FARIA avisa: “*...uma vez que o funcionamento das presunções judiciais é dificilmente controlável, consegue-se, através da sua má utilização, manipular os critérios de repartição do ónus da prova, produzindo a respectiva inversão à margem da lei. In limine, se a contraprova for extremamente difícil ou mesmo impossível de realizar, o juiz consegue, mais do que inverter o ónus da prova, determinar à partida qual das partes irá sucumbir nas suas presunções.*”¹⁶⁹

Outros autores apontam limitações inerentes ao instituto da responsabilidade civil. CARLA GONÇALVES¹⁷⁰ evidencia o problema dos “*danos sem culpados*”, considerando a frequente ocorrência de acidentes médicos sem que verifique na sua consumação qualquer espécie de culpa. Nas suas palavras, “*a solução da*

¹⁶⁶ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.831-834

¹⁶⁷ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p.62 e ss;

¹⁶⁸ V. FIGUEIREDO DIAS, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge, Op. Cit., p.31

¹⁶⁹ V. LYNCE DE FARIA, Rita, “A inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português”, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 2001

¹⁷⁰ V. GONÇALVES, Carla, “A Responsabilidade Médica Objectiva”, Coimbra: 2005, Dissertação de Mestrado, p. 145 e ss.

responsabilidade médica subjectiva- apesar de ter a virtualidade de recompor os danos resultantes de uma actuação culposa – acaba por sobrecarregar o próprio paciente com ónus de custear os progressos da medicina. É como se chegasse à conclusão de que a medicina é efectivamente uma actividade de risco, mas, na ausência de uma conduta culposa – seja ela provada ou presumida – caberá ao próprio lesado suportar o seu infortúnio”.

Olhando o lado reverso DIAS PEREIRA¹⁷¹ alega que, fruto do processo de responsabilidade médica “, a relação médico-paciente fica irremediavelmente afectada, sofrendo o médico de um grave estigma associado ao processo de responsabilidade profissional”. O autor explica ainda que, como tal, tanto médico como paciente, por vezes, acabam por assumir uma conduta preventiva, temendo eventuais conflitos.

O autor tece ainda críticas aos sistemas fundados na culpa, baseadas na estatística: “Atenta a realidade específica da responsabilidade civil médica, os custos de transacção (...) são bastante elevados, em particular nos sistemas que pressupõem a culpa como pressuposto da efectivação da responsabilidade civil. A título exemplificativo, estes custos estimam-se em 85% em Inglaterra, 120% nos EUA, 40% na Bélgica.”¹⁷²

5.2. Soluções propostas e sistemas alternativos

5.2.1. Inversão do *onus probandi* a favor do paciente

SINDE MONTEIRO, ROSÁRIO NUNES¹⁷³, entre outros, defendem que as dificuldades de prova nesta sede devem motivar a inversão do ónus da prova a favor do paciente, sendo que o médico, nas palavras de FAURE¹⁷⁴, “*estará numa situação muito melhor para provar que estas circunstâncias (a existência de elementos objectivos de má prática médica) não se verificaram*” (tradução livre).

ROSÁRIO NUNES justifica esta tese alegando que “*o demandado tem uma posição de vantagem perante o paciente e que se traduz, desde logo, no domínio dos conhecimentos técnicos adequados, podendo aceder sem grandes dificuldades ao*

¹⁷¹ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.832

¹⁷² V. DIAS PEREIRA, André, “Responsabilidade Médica...”, p.182-183

¹⁷³ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p.61-77

¹⁷⁴ V. FAURE, Michael e KOZIOL, Helmut, “Comparative Analysis”, in Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective Vol. I, 1ª Edição, Springer Wien, Nova Iorque, 2001, p. 177

historial clínico, aos exames, de proporcionar ao Tribunal a prova pericial imprescindível à demonstração de que não houve culpa na produção do dano...”. O autor concede que tal solução encontrará obstáculo na distinção entre obrigações de meios e de resultados, embora alegue a possibilidade de superação “com a ideia da exigência de um dever geral de perícia e diligência em matéria de prestação profissional médica”, de modo não diferente àquele que já temos visto a jurisprudência nacional lançar mão neste âmbito.

5.2.2. Proposta de Directiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços e a defesa do Consumidor

O mesmo princípio de inversão do *onus probandi* é perfilhado pela Proposta de Directiva Comunitária sobre a responsabilidade do prestador de serviços, de 1990. Esta Proposta pretendeu consagrar uma presunção de culpa para o prestador de serviços, fundamentando-se o Conselho nas “*características dos serviços, nomeadamente o seu carácter “único”, por vezes intangível, e o facto de que o serviço “desapareceu” no momento da realização do dano, bem como as situações, respectivamente da vítima sem 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*”¹⁷⁵.

Notemos que esta Proposta surgiu no encalce da Directiva de 1985 sobre produtos defeituosos¹⁷⁶, que instituiu um sistema de responsabilidade objectiva por danos causados por tais produtos e na necessidade de unificação do seu regime. Como ROSÁRIO NUNES nota, o uso do mecanismo de inversão do ónus da prova da culpa deixa clara a intenção de adoptar um regime de responsabilidade subjectiva.

A preocupação por detrás desta Proposta residia na defesa do consumidor, na conformação do regime de responsabilidade civil de diversas legislações e jurisprudências europeias. Apesar de ter sido bem recebida por algumas entidades, das quais salientamos a Comissão da Saúde Pública, a verdade é que esta Proposta não avançou, pelo menos no âmbito horizontal a que dirigia.

¹⁷⁵ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p.79-84

¹⁷⁶ Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985

Podemos encontrar afloramentos da preocupação da defesa do consumidor na prestação de serviços expressa por esta Proposta no Direito espanhol, que instaura um regime de responsabilidade objectiva em sede da prestação de serviços, incluindo os de Saúde, conforme os arts. 26º e 28º, nº2 da Lei 26/1984, de 19/07, denominada Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários.¹⁷⁷

Similar ao que a Proposta de Directiva visava, mas fora do espaço europeu, a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, vem estabelecer no seu art. 14º, nº4, um modelo de responsabilidade subjectiva aplicável aos profissionais liberais. Tal como a Proposta sugeria, também este diploma consagra a inversão do *onus probandi* de modo a facilitar a prova pela parte do lesado e a reequilibrar uma relação jurídica manifestamente desigual¹⁷⁸

Porém, não é automática esta inversão do ónus da prova, como poderemos depreender pelo art. 6º, VIII, que deixa tal ao “critério do juiz” quando se verifique uma disparidade entre as partes nos seus encargos probatórios.

Entre nós, apesar de a LDC reconhecer o direito do consumidor à protecção da saúde, tanto no art. 3º como no art. 5º, a verdade é que o diploma não instaura para o fornecimento de serviços o mesmo regime de responsabilidade objectiva que aplica aos produtos defeituosos, conforme evidenciado pelo seu art. 12º.¹⁷⁹ Mais, o diploma decreta que “o regime de responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais será regulado em leis próprias”, no art. 23º.

5.2.3. Soluções norte-americanas

Por outro lado, nos EUA manteve-se vigente o princípio da culpa e o modelo adversarial da litigância civil. Contudo, e tendo em conta tudo o que tem sido dito sobre a situação da responsabilidade médica nos EUA, o legislador viu-se na necessidade de tomar medidas.¹⁸⁰

¹⁷⁷ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p. 85-87

¹⁷⁸ V. LOPES DA FONTE, Rossidélío, “*O Médico e o Código de Protecção do Consumidor*” *Direito e Medicina – um estudo interdisciplinar*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, p.285 e ss

¹⁷⁹ V. ROSÁRIO NUNES, Manuel, Op. Cit., p.91-95

¹⁸⁰ V. DIAS PEREIRA, “Responsabilidade Médica...”, p.187-190

A primeira destas verificou-se em 2005, com a aprovação do *Patient Safety and Quality Improvement Act*¹⁸¹, que visava promover o conceito de *clinical governance*¹⁸², definido pelo Departamento de Saúde britânico como “*um quadro através do qual as organizações do NHS (National Health Service) são responsáveis pela melhoria contínua da qualidade dos seus serviços e por salvaguardar elevados padrões de cuidados, criando um ambiente em que a excelência em cuidados clínicos irá florescer.*”¹⁸³

Com este diploma, o legislador dos EUA veio permitir aos médicos procedam à notificação voluntária e confidencial dos erros e quase-erros médicos. A submissão de tais relatórios permite a acumulação substancial de informação, possibilitando o estudo do erro e quase erro.

Apesar da sua confidencialidade, DIAS PEREIRA aponta que “*esta lei não evita que os relatórios sejam usados em acções criminais, o que pode ser considerado a sua maior fraqueza*”, sendo porém certo que também não torna confidenciais processos ou informação acessível ao paciente nem lhe limita as possibilidades de aceder ao seu registo. O autor conclui com uma nota de apreço, vendo este sistema de notificações como “*um excelente instrumento com vista ao desenvolvimento de uma medicina baseada na prova (...) e assim lutar contra a medicina defensiva!*”¹⁸⁴

Ainda no esforço para combater a medicina defensiva e o aumento exponencial dos montantes das indemnizações, os EUA têm vindo a estabelecer limites máximos para os danos morais e a atenuar os punitive damages (de função a sancionar o lesante e a prevenir condutas culposas) de forma a suavizar os montantes de indemnização. Segundo DIAS PEREIRA¹⁸⁵, tais limites máximos terão “*-segundo algumas*

¹⁸¹ Cujá denominação completa é “*A BILL to amend title IX of the Public Health Service Act to provide for the improvement of patient safety and to reduce the incidence of events that adversely affect patient safety, and for other purposes*”.

¹⁸² Conceito nascido no Reino Unido, em seguimento do escândalo que assolou a Bristol Royal Infirmary em 1995, depois da morte de 35 crianças após cirurgias cardíacas, consequências que foram imputadas à má organização hospitalar e à negligência dos seus médicos. – V. SMITH, Rebecca (29/07/2010), “Bristol Heart Scandal” in The Telegraph.

Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/7914795/Bristol-heart-scandal.html> (Acedido a 20/05/2017)

¹⁸³ V. Departamento da Saúde do Reino Unido, “A first class service: Quality in the new NHS”, in Health Service Circular 1998/113, p.33

¹⁸⁴ Como DIAS PEREIRA aponta, este “bom exemplo” tem vindo a ser implementado noutros países, como a Dinamarca. – V. Act on Patient Safety in the Danish Health Care System, 2003.

¹⁸⁵ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.190

estimativas- reduzido o montante das compensações médias em 40%”, apesar de apontar que tal não se tem verificado em relação aos prémios de seguro.

Será relevante mencionar que, para além destes mecanismos, alguns Estados têm vindo a decretar a inaplicabilidade em tribunal de quaisquer “*expressões de simpatia no seguimento de um acidente ou erro*” como meio de prova, encorajando 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*” (DIAS PEREIRA)¹⁸⁶.

5.2.4. Sistemas No Fault

A Nova Zelândia foi pioneira na criação de um sistema alternativo à típica tort law, nomeadamente o sistema *No Fault*, que adoptou em 1974 com o *Accident Compensation Act*. Como CARLA GONÇALVES explica, compreendeu-se que “*aquela mesma pessoa que corre certos riscos no ambiente de trabalho, também os corre na estrada, em casa, nos hospitais e assim sucessivamente. Em pouco tempo, portanto, o modelo neozelandês passou a ser estruturado para abranger os danos acidentais em termos gerais*”¹⁸⁷

Este sistema distingue-se por seguir os modelos da responsabilidade objectiva, não pressupondo qualquer tipo de culpa da parte do lesante para efectivar o direito a indemnização do lesado. Esta indemnização provém de um fundo público de compensação de lesões corporais, ao invés de um sistema de seguros como ocorre na França e Escandinávia.¹⁸⁸

O mencionado diploma foi actualizado em 1992, pelo *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*¹⁸⁹, que veio tentar estabelecer circunstâncias económicas mais comportáveis para a manutenção do sistema. Esta readaptação económica acabou por passar pela reavaliação dos danos compensáveis. Nas palavras de CARLA GONÇALVES, “*o que se percebeu foi que o ideal de justiça podia ser preservado ainda que se imputasse à vítima o ónus de suportar os danos de menor proporção.*”

¹⁸⁶ V. DIAS PEREIRA, André, “Direitos dos pacientes...”, p.864

¹⁸⁷ V. GONÇALVES, Carla, Op. Cit., p. 155-158

¹⁸⁸ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.840-842

¹⁸⁹ Não tendo sido o único, sendo possível apontar as readaptações feitas ao sistema pelo *Accident Insurance Act* de 1998 e pelo *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act* de 2001.

Será relevante notar que, destarte o carácter objectivista dos sistemas No Fault, certas regras atinentes aos requisitos para compensação continuam a verificar-se. Assim, o sistema neozelandês requiere a existência de um erro médico (ou desventura médica). DIAS PEREIRA elabora, explicando que “*o facto de os cuidados de saúde prestados não ter alcançado o resultado esperado não se considera, por si só, dano médico, sendo necessária a prova de um medical treatment injury*”.

Não só na Nova Zelândia se adoptou um sistema No Fault. Os países escandinavos, deles sendo a Suécia a pioneira¹⁹⁰, também têm vindo a adoptar este sistema, embora, tal como CARLA GONÇALVES salienta, não devemos esquecer “*que o sistema escandinavo não deve ser tido como um conjunto unitário e sistematizado de regras, sobretudo por se ter em conta que cada país criou o seu próprio sistema*”¹⁹¹. Nestes países, verifica-se o requisito da prova do nexo de causalidade para a constituição do direito a compensação, dependendo a intensidade desse requisito do país em questão, por vezes bastando a prova da existência de uma (elevada) probabilidade de a causa adequada do dano ter sido a prestação médica.

Notemos também que os países escandinavos são algo mais exigentes que a Nova Zelândia no que toca ao acesso à indemnização, sendo contudo, nas palavras de DIAS PEREIRA, “*eticamente neutro*”. Assim, de modo a compensar o paciente que tenha sofrido um dano evitável (sendo possível, em alguns casos, ressarcir o dano inevitável, verificando-se a evidente desproporção entre a magnitude do dano sofrido e a percentagem de risco do tratamento), terá que se verificar se o dano ocorreu numa das seguintes circunstâncias:

a) Que o dano se tenha produzido em virtude de um defeito ou falha de equipamento ou instrumentação médica;

b) Que se possa presumir que, com razoável probabilidade, se tivessem sido prestados ao paciente cuidados médicos experientes e especializados, o dano não se teria verificado; ou

c) Se verifique que o dano podia ter sido evitado recorrendo a uma técnica ou terapia alternativa.

¹⁹⁰ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.844-849

¹⁹¹ V. GONÇALVES, Carla, Op. Cit., p. 158-168

Por outro lado, alguns países¹⁹² adoptaram um sistema misto, ou, nas palavras de DIAS PEREIRA, “*sistemas mitigados de colectivização da reparação dos danos*”¹⁹³. Um deles é a França, que com a sua Lei nº 2002/303, de 04/03 de 2002, apelidada de Lei Kouchner, consagrou um “*duplo regime de indemnização*”¹⁹⁴, instituindo um procedimento de regulação amigável, a lado de um procedimento de peritagem e seguidos de um regime bipartido de indemnização ao lesado.

Esta bipartição resulta da distinção entre os casos de culpa médica e de “*aléa thérapeutique*” ou risco terapêutico.

Quando se verifique que o 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 transacção) 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. Caso a seguradora nada diga, se recuse a fazer uma oferta ou o lesante não esteja segurado, o ONIAM, uma entidade nacional composta por representantes dos utentes e profissionais da saúde, substitui a seguradora, tendo após o direito de se sub-rogar nos direitos do lesado contra o médico lesante. Mais uma vez, o ONIAM sancionará a seguradora ou o lesante, vinculando-os ao pagamento de 15% adicionais.

Cumprir dizer que o ONIAM não se confunde com as Comissões Regionais que regem os procedimentos de peritagem e de regulação amigável que antecedem a oferta da parte das seguradoras ou do ONIAM.

Por outro lado, nos casos de álea terapêutica em que se verifiquem danos superiores a 25% de incapacidade permanente ou de incapacidade para o trabalho superior a 6 meses, estaremos perante um modelo de responsabilidade objectiva em que será a própria ONIAM a fazer proposta ao lesado, após os Conselhos Regionais

¹⁹² Seguindo o exemplo francês, também a Bélgica (com a Lei de 31/03/2010 relativa à indemnização dos danos resultantes dos cuidados de saúde) e a Polónia (com a Lei de 28/04/2011 que procedeu à revisão da Lei sobre os Direitos dos Pacientes e o Provedor dos Pacientes e a Lei de 18/03/2011 sobre a Actividade de Saúde, que obriga todas as entidades de saúde que gerem hospitais a contratar seguro contra danos provenientes de incidentes médicos), na esteira da França, adoptaram os seus próprios sistemas mistos de responsabilidade médica.

¹⁹³ V. DIAS PEREIRA, André, Op. Cit., p.849-855

¹⁹⁴ V. GONÇALVES, Carla, Op. Cit., p.173 e ss

avaliarem a situação e declararem que o dano é indenizável a título de risco terapêutico, com vista à reparação integral dos danos sofridos. Não aceitando, o lesado pode recorrer judicialmente contra a própria ONIAM.

6. Conclusões

Tendo sido com o fenómeno norte-americano da medicina defensiva que começámos este estudo, afigura-se necessário fazer algumas considerações em relação ao potencial que o instituto da responsabilidade civil, conforme o temos em Portugal, tem de motivar semelhante reacção defensiva.

Olhando a *tort law* vigente nos EUA, em contraposição com a responsabilidade civil portuguesa, podemos aferir que alguns dos factores que motivaram a tomada dos médicos norte-americanos de uma atitude preventiva face à litigância, não se verificam entre nós.

Falamos dos *punitive damages* como factores do cálculo do *quantum* indemnizatório, atribuindo ao lesado um montante mais elevado com vista à censura e prevenção de condutas graves do lesante. No mesmo sentido, apontamos o peso que os danos morais apresentam nessa sede no ordenamento jurídico norte-americano. São estes elementos que o ordenamento jurídico português não adoptou, e que a nosso ver, não necessita para um efectivo preenchimento das finalidades que norteiam a responsabilidade civil: a prevenção de condutas lesantes e censuráveis através da imputação ao lesado da responsabilidade por elas e a reparação de danos causados ao lesado

Consideramos estes elementos como conducentes ao fenómeno da medicina preventiva, uma vez que exacerbam o quantum indemnizatório, levando a montantes indemnizatórios desproporcionais ao dano causado, a prémios de seguro igualmente elevados em sua consequência e, em casos extremos, ao enriquecimento sem causa do lesado.

Contudo, não podemos deixar de considerar que outros factores se verificam no nosso instituto de responsabilidade civil e que potenciam o recurso à medicina defensiva, algo que já se tem, de certo modo, verificado. Exemplo é a presunção de culpa do médico devedor, do art. 799º, nº1, que se usada sem a mitigação conferida pela consideração da prestação médica enquanto obrigação de meios, pode resultar numa autêntica *probatio diabolica* para o médico.

Ainda sobre a distinção entre obrigação de meios e resultados, observámos que existe ainda um debate aceso na jurisprudência e na doutrina acerca de em qual deles se

engloba a prestação de serviços médicos. Debate que, com intensidade variante, se faz sentir em relação a vários aspectos da responsabilidade civil por actos médicos. Certamente, parte deste debate resultará da falta de tipificação legal do contrato de prestação de serviços médicos.

Consideramos que estes factores conduzem o profissional médico a incertezas acerca das probabilidades de conseguir efectivamente defender-se em sede de acção judiciária, independentemente da sua consciência em relação ao erro médico. Consideramos que existem ainda fora do ordenamento jurídico outros factores que podem levar os profissionais médicos a tomar uma atitude preventiva, como o estigma associado à responsabilidade por falha médica com que o profissional de saúde se depara e o papel dos meios de comunicação social na mediatização do erro médico.

Também nos alinhamos com este autor na tese de que a litigância por responsabilidade civil médica está a aumentar em Portugal, baseando-nos nas decisões judiciais referidas ao longo deste estudo, e do facto de a sua grande maioria se ter verificado muito recentemente.

Assim, embora consideremos que não se verifica, em Portugal, um fenómeno de medicina preventiva nos mesmos contornos que nos EUA, não podemos negar que existem, no mínimo, condições para o seu eventual surgimento.

Colocamo-nos, portanto, em linha com a parte da doutrina que advoga uma melhor adaptação das vicissitudes da responsabilidade civil às realidades da responsabilidade médica.

Em primeiro lugar, a problemática inerente à dificuldade de prova por parte do paciente parece-nos um pesado fardo a suportar para alguém que não se encontra, muitas vezes, em desigualdade de armas com a parte contrária, isto é, o médico. Assim, defendemos que a dificuldade de prova deva ser tida em conta pelo juiz em sede de responsabilidade civil médica, e que em certos casos em que o médico se encontre em melhor posição para fazer prova dos factos, o *onus probandi* se inverta.

Consideramos, contudo, que tais inversões do ónus probatório devem ser feitas pelo julgador com cautela, de modo a evitar que sobre o médico recaiam encargos probatórios excessivos e, até, injustos.

Em segundo lugar, consideramos que o actual sistema não toma suficientemente em consideração a problemática dos danos sem culpados, sobretudo tendo em conta que apenas em relação ao Estado e outras entidades públicas opera a presunção de culpa de serviço, constante do art. 10º da Lei 67/2007, apenas opera em relação a serviços médicos prestados em estabelecimentos de saúde públicos.

De modo a contrariar este problema, cremos que a solução pode passar pela aplicação desta presunção de culpa às clínicas e restantes estabelecimentos de saúde privados. Entendemos, também, que a responsabilidade objectiva pode ser uma útil ferramenta para fazer frente a este problema.

Porém, tal como o fizemos em relação à inversão do *onus probandi*, entendemos que deve ser feito um uso prudente e racionado da responsabilidade objectiva. Com efeito, julgamos que a responsabilidade subjectiva deve permanecer como a regra padrão uma vez que se a responsabilidade objectiva fosse aceite no domínio da medicina, o médico responderia por todos riscos inerentes à sua actividade situação que seria claramente inoportável para uma profissão cujos riscos e imprevisibilidades já foram bem denotados ao longo deste estudo.

Assim, tendo em vista o desenvolvimento de sistemas alternativos de responsabilidade médica e compensação por erros médicos que observámos no anterior capítulo, consideramos que o estudo destes pode servir de ponto de partida para que o nosso ordenamento consiga uma melhor adaptação do instituto da responsabilidade civil ao campo da Medicina e da responsabilidade médica.

Pela nossa parte, consideramos de especial relevo o conceito de “*clinical governance*” e o sistema de notificação do erro médico instituído nos EUA e no Reino Unido, de modo a densificar o estudo do erro e quase erro.

Não podemos deixar também de aplaudir a iniciativa neozelandesa, embora mantenhamos algumas reservas em relação à substituição total da responsabilidade civil em sede de responsabilidade médica. De facto, embora a ideia seja tentadora, importa não olvidar que uma das finalidades da responsabilidade civil é a prevenção de condutas danosas e censuráveis. Assim, encontramos-nos de acordo com FIGUEIREDO DIAS e

SINDE MONTEIRO¹⁹⁵, defendendo que a responsabilidade civil nos casos de culpa grave deve subsistir.

Quanto à solução francesa, consideramos que a sua adoção de um sistema misto permite harmonizar a responsabilidade civil com algumas das vicissitudes da responsabilidade médica.

Haverá, conquanto, que compreender que tais sistemas foram designados tendo em mente as particulares culturas jurídicas de cada um dos seus países de origem, e que tal como eles, também deverá o ordenamento jurídico português chegar à sua própria solução, a que melhor estará conformada com a realidade jurídica do nosso país.

¹⁹⁵ V. FIGUEIREDO DIAS, Jorge; e SINDE MONTEIRO, Jorge, Op. Cit., p.43

Bibliografia

- ANTUNES VARELA, João de Matos “*Das Obrigações em Geral, Vol. I*”, 10ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2000
- ANTUNES VARELA, João de Matos, “*Das Obrigações em Geral, Vol. II*”, Reimpressão da 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000
- BARENDRECHT, Maurits et al, “*Principles of European Law, Service Contracts*”, Oxford University Press, Oxford, 2007
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., “*Direito Civil, Responsabilidade Civil, o Método do Caso*”, Almedina, Coimbra, 2007
- CUNHA RODRIGUES, Álvaro da, “*Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*”, Revista Direito e Justiça, ano XIV, nº3, 2000
- DEPARTAMENTO DE SAÚDE DO REINO UNIDO, “A first class service: Quality in the new NHS”, in Health Service Circular 1998/113, p.33
Disponível em:
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20080518104902/http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/01/18/33/04011833.pdf> (Acedido a 21/05/2017)
- DIAS PEREIRA, André, “*Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*” in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano XVI, Nº 17, 2007
- DIAS PEREIRA, André, “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra Editora, Coimbra 2015
- DIAS PEREIRA, André, “*Responsabilidade Civil: O Médico entre o Público e o Privado*” in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIX, Tomo I [Separata], Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013
- ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, “*Relatório sobre a Carta dos Direitos dos Utentes*”, 2010
- FAURE, Michael e KOZIOL, Helmut, “*Comparative Analysis*”, in *Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective*, Vol. I, 1ª Edição, Springer Wien, Nova Iorque, 2001
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “*Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996
- FIELD, Robert I., “*The malpractice crisis turns 175: What lessons does history hold for reform?*” in *Drexel University Law Review*, Vol. 4:7, Philadelphia, 2011

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e SINDE MONTEIRO, Jorge, “*Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda”*”, *Scientia Iuridica*, 33 (Janeiro-Abril, 1984)
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, “*Curso de Direito Administrativo, Vol. I*”, Reimpressão da 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015
- GOMES COSTA, Daniela Sofia, “*A culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*”, Dissertação de Mestrado para obtenção do grau de Mestre pela Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012
- GONÇALVES, Carla, “*A Responsabilidade Médica Objectiva*”, Dissertação para obtenção do grau de Mestre pela Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005
- HIPÓCRATES e GALENO, “*The Writings of Hippocrates and Galen*”, Epitomizado e traduzido por John Redman Coxe: Philadelphia: Lindsay and Blakiston, 1846
Disponível em Online Library of Liberty:
<http://oll.libertyfund.org/titles/hippocrates-the-writings-of-hippocrates-and-galen>. Acedido a 03/12/2016
- LABORDA CALVO, Eugénio, “*Quantum Doloris*”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.
Disponível online nas Bibliotecas Digitais UCDigitalis:
<https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/handle/10316.2/32125>. Acedido a 04/05/2017
- LOPES DA FONTE, Rossidélío, “*O Médico e o Código de Protecção do Consumidor, Direito e Medicina – um estudo interdisciplinar*”, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007
- LYNCE DE FARIA, Rita, “*A inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*”, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 2001
- NYS, Herman, “*The Factual Situation of Medical Liability in the Member States of the Council of Europe*”, Conselho Europeu, Estrasburgo, 2008
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, “*O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*”, Coimbra, 1950
- PINTO MONTEIRO, António, “*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*”, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 2011
- PINTO MONTEIRO, António, “*Cláusula Penal e Indemnização*”, Reimpressão da Edição de 1999, Almedina, Coimbra, 1999

- PRINCE, J. Dyneley, "Review: *The Code of Hammurabi*" in *The American Journal of Theology*, Vol.8, N°3, 1904
Disponível em JSTOR (Journal Storage): <http://www.jstor.org/stable/3153895>.
Acedido em 13/11/2016.
- RAPOSO, Vera Lúcia, "*Do acto médico ao problema jurídico*", Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, "*Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização*" in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996
- ROSÁRIO NUNES, Manuel, "*O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*", 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, "*A relação jurídica como figura central do Direito Administrativo de prestação*", in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996
- SINDE MONTEIRO, Jorge "*Aspectos particulares da responsabilidade médica*" in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1991
- SPIEGEL, A.D. e KAVALER, F., "*America's First Medical Malpractice Crisis, 1835-1865*" in *Journal of Community Health*, Vol. 22, No. 4, 1997
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "*Una Commedia degli Errori? La Responsabilità Medica Fra Illecito e Inadempiendo*", *Rivista di Diritto Civile*, anno LIV, n°3, 2008

Jurisprudência

Portugal

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Ac. de 06/05/2008, processo n°1594/04.7TBLRA.C1
- Ac. de 17/09/2013, processo n° 2654/03.7TBPBL.C1
- Ac. de 17/09/2014, processo 150/12.0EACBR.C1

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. de 22/03/2007, processo n°5177/2006-2
- Ac. de 11/09/2007, processo n°1360/2007-7.
- Ac. de 11/09/2007, processo n° 1360/2007-7

- Ac. de 18/12/2007, processo nº 5965/2007-5.
- Ac. de 08/01/2008, processo nº7365/2007-7
- Ac. de 09/03/2010, processo nº1384/08.8TVLSB.L1-7
- Ac. de 12/05/2011, processo nº 2065/07.5TCSNT.L1-8
- Ac. de 23/05/2013, processo nº5072/07.4TDLSB.L2-9

Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. de 05/07/2011, processo nº 1952/10.8TBOAZ.P1
- Ac. de 10/10/2011, processo nº84/08.3TVPR.T.P1

Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. de 18/02/1992, processo nº 080855.
- Ac. de 19/06/2001, processo 01A1008
- Ac. de 17/12/2002, processo nº 02A4057
- Ac. de 13/02/2003, processo nº 02B4369
- Ac. de 22/05/2003, processo nº 03P912.
- Ac. de 18/05/2006, processo nº 1279/06
- Ac. de 13/03/2007, processo nº 07A96.
- Ac. de 22/03/2007, revista nº101/07
- Ac. de 18/09/2007, processo nº 07A2334.
- Ac. de 18/09/2007, processo nº 07A2334.
- Ac. de 27/11/2007, processo nº07A3426
- Ac. de 04/03/2008, processo nº 08A183
- Ac. de 09/12/2008, processo nº 08A3323.
- Ac. de 15/10/2009, processo nº 08B1800.
- Ac. de 17/12/2009, processo nº 544/09.9YFLSB
- Ac. de 07/10/2010, processo nº 1364/05.5TBBCL.G1.E
- Ac. de 09/03/2011, processo nº1384/08.8TVLSB.L1-7
- Ac. de 24/05/2011, processo nº1347/04.2TBPNF.P1.S1
- Ac. de 30/06/2011, processo nº3252/05TVLSB.L1.SI

Supremo Tribunal Administrativo:

- Ac. de 08/04/1997, recurso nº 36 790.
- Ac. de 17/06/1997, processo nº 38856
- Ac. de 22/01/2004, processo nº 01665/02
- Ac. de 20/04/2004, processo nº 0982/03
- Ac. de 14/04/2005, processo nº 0677/03
- Ac. de 11/08/2005, processo nº 0795/04
- Ac. de 06/06/2007, processo nº 0295/05.
- Ac. de 12/04/2012, processo nº 01798
- Ac. de 09/05/2012, processo nº093/12.

Espanha:

- Supremo Tribunal de Espanha, decisão de 20/01/2011, processo nº1/2011.

Estados Unidos da América:

- Ybarra v. Spangard, 25 Cal.2d486,154 P.2d 687 (Cal.1994)

Itália:

- Corte di Cassazione, decisão de 16/01/2009, nº975
- Corte di Cassazione, decisão de 28/09/2009, nº20790 e decisão de 28/29/2008, nº 20806´
- Corte di Cassazione, decisão de 21/07/2011, nº 15991.