

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

8 JUNHO 2018

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores

índice

- DIREITO E PROCESSO CIVIL
005 *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*
Luís Filipe Pires de Sousa, Juiz Desembargador
- CONTRATAÇÃO PÚBLICA
025 *A alocação dos riscos nas parcerias público-privadas*
Vitor Hugo Soares Dias, Advogado Estagiário
- DIREITO DOS TRANSPORTES
157 *Regulamento (CE) n.º 261/2014 – Direitos dos passageiros de transporte aéreo*
Renato Grazina, Juiz de Direito
- ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA
195 *As competências do Juiz Presidente do Tribunal de Comarca*
Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins, Juiz de Direito
- DIREITO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL
225 *A natureza constitucional dos Julgados de Paz*
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito
- PROCESSO CONSTITUCIONAL
289 *“Ontogenia” da fiscalização abstrata sucessiva*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DA NACIONALIDADE
307 *As alterações de 2015 e 2017 ao regime jurídico da nacionalidade portuguesa*
António Manuel A.F.X. Beirão, Procurador da República
- DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
343 *Contrato de consórcio*
Hugo da Silva Tavares, Advogado
- DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
365 *Responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada
- RESPONSABILIDADE CIVIL
389 *O outro lado do bilhete do espetáculo*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES
413 *(In)observância dos requisitos da decisão que aplica a coima*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada
- CONTRATAÇÃO PÚBLICA
431 *Gestor do contrato: uma mão cheia de deveres*
Angelina Teixeira, Advogada

O ónus de prova na responsabilidade civil médica

Luís Filipe Pires de Sousa

Juiz Desembargador

Sumário: I. A presunção de culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do CC). II. Mecanismos simplificadores/facilitadores da atividade probatória que incumbe ao autor. II.A. A prova *prima facie*. II.B.A Teoria *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado. II.C. A inversão do ónus da prova por falta de documentação. II.D. A inversão do ónus de prova por falta de esclarecimento. III.Situações que merecem tratamento específico. III.A. Casos de presunção de culpa. III.B. A cirurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica. III.C. Intervenções de fácil execução e de difícil execução.

I – A presunção de culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do CC)

O problema da repartição do ónus da prova da culpa em processo de responsabilidade, segundo a teoria clássica, apoia-se na regra da culpa presumida na responsabilidade contratual e na regra da culpa provada na responsabilidade extracontratual.

É, assim, que nos termos do Artigo 799º, nº1 do CC, incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, o que implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se o credor de efetuar a prova correspondente (Artigo 351º, nº1 do CC).

Como explicitam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, II Vol., 3ª Ed., p. 55, “Só o devedor está, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efetuar a prestação a que estava vinculado”.

Em oposição à teoria clássica, inovou RENÉ DEMOGUE, segundo o qual a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza: umas vezes, o devedor promete determinado resultado; outras, promete adotar certas medidas que, geralmente, são de molde a trazer um resultado. Nas obrigações de resultado, se a prestação prometida não foi lograda, o devedor presumir-se-á em culpa, cabendo-lhe demonstrar que não procedeu com culpa, provando o caso fortuito ou de força maior. Diversamente, nas obrigações de meios, competirá ao credor provar a culpa do devedor, ou seja, que este não empregou a diligência, a prudência e a perícia exigidas pela obrigação assumida ¹. Naquelas, o conteúdo da obrigação é determinado e o resultado não é aleatório, ou é-o em menor grau. Nestas, o conteúdo da obrigação será indeterminado, sendo a prestação individualizada pelo próprio devedor norteando-se pelo fim da atividade que lhe é exigida, sendo o resultado aleatório ².

A jurisprudência vem entendendo que o médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, assume uma obrigação de meios. Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar (STJ 16.9.2009, 287/09). «Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais,

¹ Cfr. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, 2010, p. 99.

² NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, I Vol., Almedina, 2005, p. 146. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996, pp. 110-112, critica a qualificação da obrigação dos médicos como de meios, entendendo que tal tipologia não é necessária nem satisfatória no direito português. Para este autor, o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de particularização sucessiva da prestação característica, respondendo o médico pela escolha das prestações concretas que faz, as quais deve executar de acordo com as *leges artis ad hoc*.

somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar» (STJ 15.12.2011, 209/06). Nos termos deste aresto, importa ponderar a natureza e objetivo do ato médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado. «(...) afigura-se que uma tal ponderação – obrigação de meios / obrigação de resultado – não deve ser feita de forma apriorística em função da mera categorização do tipo de atividade médica, mas sim de forma casuística centrada no exato contexto e contornos de cada situação, sem prejuízo do apelo a alguns fatores indiciários, sabido como é que o carácter aleatório e complexo dos atos médicos dependem de diversas condicionantes que nem sempre se revelam na tipologia de determinada especialidade» (STJ 23.3.2017, 296/07).

Acolhendo — como vem insistindo a jurisprudência — a bipartição das obrigações entre as de meios e as de resultado (no seu sentido mais corrente), certo é que nas obrigações de meios o devedor (médico) está em melhores condições para provar que não atuou culposamente do que o credor (paciente) para provar o contrário. Nesta medida, deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova ³.

Conforme refere ÁLVARO GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Revista Direito e Justiça*, 2000, XIV, p. 209:

“O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso. Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos. Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo,

³ RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Op. Cit.*, p. 103.

geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente."

Por sua vez, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, pp. 425-426, sustenta que a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2002, *Afonso de Melo*, 02A4057, enfatizou-se que não se vê qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no Artigo 799º, nº1, o que se reputou de equitativo porquanto a facilidade da prova está do lado do médico.

Esta linha jurisprudencial foi reiterada em diversos arestos⁴ invocando-se, no essencial, que não se justifica afastar a regra do Artigo 799º, nº1 face:

- À especial dignidade dos interesses afetados pelo (in)cumprimento;
- Ao desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico e o doente;
- À particular dificuldade da tutela dos interesses do doente, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais fraca.

Caberá ao autor alegar e provar a desconformidade objetiva entre os atos praticados/omitidos e as *legis artis* (o incumprimento ou cumprimento defeituoso), bem como o nexo de causalidade entre tais atos e o dano. O lesado

⁴ Acórdãos do STJ de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, Proc 03P912, no Acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, *Gonçalo Silvano*, Proc 0633598, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007, *Rosa Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81 (diagnóstico errado em análise por médico anatomopatologista), no Acórdão da Relação de Évora de 15.12.2009, *Jaime Pestana*, CJ 2009- V, pp. 234-236, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9.3.2010, *Rosário Morgado*, acessível em www.colectaneadejurisprudencia.pt.

tem de identificar e demonstrar a diligência devida, tem de individualizar uma concreta falta de cumprimento (ilícita) – CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, p. 81. Ou seja, o lesado/doente tem de demonstrar a inobservância de um dever específico por parte do devedor/médico.

O ponto de partida essencial para qualquer ação de responsabilidade médica é a desconformidade da concreta atuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura ⁵. «Não basta (...) ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, ou mesmo que veio a falecer; terá de provar que o médico não cumpriu os seus deveres de atuação técnica, não respeitou as *legis artis*.»⁶

O STJ tem vindo a densificar esse ónus da prova em sucessivas formulações de que destacamos as seguintes:

- Tem o paciente/lesado de demonstrar que o médico não praticou todos os atos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada (STJ 15.12.2011, 209/06);

- O doente tem de provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e conduziu ao dano, sendo certo que se outro ato médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado, teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte, consoante o caso (STJ 1.7.2010, 398/1999);

- Em sede de obrigações de meios, incumbe ao credor lesado (paciente), provar a falta de cumprimento do dever objetivo de diligência ou de cuidado, nomeadamente o requerido pelas *leges artis*, como pressuposto de ilicitude (STJ 23.3.2017, 296/07);

⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.9.2007, *Alves Velho*, CJ 2007 – III, pp.54-57.

⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 712.

▪ Recai sobre o médico o ónus da prova de que agiu com a diligência e perícia devidas (STJ 26.4.2016, 6844/03).

Há que atentar que a tutela do paciente pode ser alargada por via dos deveres laterais de prestação do médico. Com efeito, a proteção da integridade física do paciente integra o âmbito de proteção (deveres laterais de proteção da pessoa da contraparte) de um contrato de prestação de serviços médicos. Tendo sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos para a realização de uma colonoscopia, no decurso da qual ocorreu a perfuração do intestino, face à ligação entre a realização da prestação principal e o risco de perfuração do intestino, deve aplicar-se o regime da responsabilidade contratual. Assim, cabia ao réu médico demonstrar os procedimentos que empregou e a sua adequação, bem como a atuação que levou a cabo para evitar a ocorrência da perfuração (n.º 1 do art. 344.º e n.º 2 do art. 799.º, ambos do CC); não o tendo feito, prevalece, em caso de dúvida, a presunção de culpa (STJ 1.10.2015, 2104/05).

No que tange à definição do conteúdo material das *legis artis*, realce-se o contributo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (vigente em Portugal desde 1.12.2001 ⁷) que veio dispor no seu Artigo 4º que “*Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto*”. Daqui decorre o reforço do valor jurídico dos “Protocolos”, “Guidelines” e das “Reuniões de consenso”, os quais consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem diretamente para a definição das *regras de conduta* a que se deverá subordinar a sua atividade. Deste modo, tais documentos colhem uma aplicação indireta. A respetiva violação faz presumir uma violação das *legis artis* ⁸.

Feita a prova da violação das *legis artis*, opera a presunção de culpa.

⁷Acessível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>.

⁸ ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 59.

A culpa⁹ deve ser entendida não só como *deficiência da vontade*, como falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também como *deficiência da conduta*, abrangendo-se aqui a falta de senso, de perícia¹⁰, de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade). O critério do *bonus pater familias* no domínio médico reconduz-se ao médico normalmente, prudente, diligente, sagaz, cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe¹¹.

Na área do exercício da medicina, o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. O que pressupõe que o médico se mantém razoavelmente atualizado sobre a evolução dos conhecimentos médicos¹². Ou seja, exige-se ao médico que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional da mesma especialidade, agindo em circunstâncias semelhantes. Desta forma e no âmbito da responsabilidade profissional, o critério do bom pai de família é substituído pelo *critério do bom profissional da categoria e especialidade do devedor à data da prática do facto*.

⁹ Segundo MANUEL ROSÁRIO NUNES, *Da responsabilidade civil por atos médicos – Alguns Aspectos*, Universidade Lusíada, 2001, p. 35, “Autores como PLANIOL, DE MARTINI, CONVICINI, PENNEQU, GONZÁLEZ MORÁN ou ATAZ LÓPEZ confluem na definição da culpa médica como a infração por parte do médico ou do cirurgião, de algum dever próprio da sua profissão e, mais concretamente, do dever de atuar com a diligência objetivamente exigida pela natureza do ato do médico que se executa, segundo as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar.”

¹⁰ «A utilização da técnica incorreta dentro dos padrões científicos atuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e, consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.» – STJ 7.10.2010, 1364/05.

¹¹ ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 56.

¹² Segundo o Artigo 9º do atual Código Deontológico, “O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

Nessa medida, o médico não deverá ser responsabilizado por riscos atípicos nem tampouco quando na sua atuação optou por utilizar um dos procedimentos ou das técnicas validamente alternativas em termos científicos. Nesta matéria, deve entender-se que a responsabilidade médica termina onde começam as discussões científicas. Por outras palavras, sempre que determinados problemas da medicina suscitem discussão científica com existência de opiniões médicas díspares na comunidade científica, não cabe ao juiz tomar partido por uma delas, caindo no ridículo de mediar entre Hipócrates e Galeno ¹³. O médico não responderá pelo facto de ter seguido uma das orientações em conflito, atendíveis na comunidade científica, desde que formule o diagnóstico de acordo com as *legis artis*.

O nível de diligência exigível não será o mesmo para um especialista ou para um médico de clínica geral, para a realização de diagnóstico por um médico a exercer numa zona rural ou por um médico a exercer num hospital em que se disponha de meios e técnicas necessárias para emitir um diagnóstico mais preciso.

A operância da presunção de culpa impõe ao Réu – caso queira eximir-se da sua responsabilidade – que prove que a desconformidade (com os meios que deveriam ter sido utilizados) não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. Ou seja, cabe ao médico provar a conformidade entre a sua conduta efetivamente observada e a atuação que lhe era exigível. Cabe ao médico o ónus da prova da falta de culpa, ou seja, «a prova de que naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente».¹⁴

Poderá também o médico provar que o dano se deve a caso fortuito ou de força maior, assentando o primeiro na ideia de imprevisibilidade (podendo prevenir-se o dano se tivesse sido previsto) e o segundo na ideia de inevitabilidade

¹³ Cf. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007, p. 106.

¹⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 704.

(acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências) ¹⁵.

Atentas as complicações que podem produzir-se no corpo humano, a possibilidade de ocorrência de situações reconduzíveis a caso fortuito é maior em medicina do que em outras atividades humanas. Em Espanha, o Supremo Tribunal já decidiu, por exemplo, que os riscos de complicações urinárias causadas por uma ligadura no uréter eram previsíveis e evitáveis, segundo os conhecimentos comuns de urologia ¹⁶.

Contudo, não constitui causa de exculpação a demonstração singela de que, na sequência de um determinado tipo de cirurgia, ocorre uma franja de casos (por ex., 5%) em que se produzem determinadas sequelas no paciente (percentagem racional de risco típico).

A estatística em causa nada esclarece sobre a proporção que, dentro dessa percentagem de risco, deve ser imputável a uma deficiente aplicação da técnica cirúrgica ¹⁷. Caberá sempre apurar a causa efetiva de tais sequelas.

O médico eximir-se-á da sua responsabilidade se demonstrar que se encontram reunidos os pressupostos do denominado erro escusável ou falibilidade médica. «Comprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas atualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, conseqüentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como

¹⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5ª Ed., 1991, p. 914.

¹⁶ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 154-155.

¹⁷ Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 158-159.

Conforme referimos em *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2017, 3ª Ed., pp. 256-257, «Em termos gerais, as frequências estatísticas permitem apenas estabelecer uma relação de causalidade geral ou de incremento de risco entre a ocorrência do evento x e o resultado y, ou seja, demonstram que a produção de um evento de certo tipo faz mais provável a ocorrência da produção de um evento de outro tipo. Todavia, essa causalidade geral não demonstra a causalidade individual. A estatística serve para fazer previsões sobre a ocorrência de certo tipo de eventos mas não serve para determinar se um facto particular ocorreu ou não.»

erro escusável ou *faut du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.» - STJ 24.5.2011, 1347/04.

II- Mecanismos simplificadores/facilitadores da atividade probatória que incumbe ao autor

II.A – A prova *prima facie*

A prova de primeira aparência ou *prima facie* baseia-se no decurso típico dos acontecimentos, assentando numa presunção judicial ou natural: é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido¹⁸. Ou seja, existe uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum¹⁹ ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa. Parte-se de um resultado verificado e, de acordo com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz²⁰.

Na explicitação de FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 2007, p. 125, “Se entiende que en la medicina, aunque el resultado buscado y propuesto no pueda garantizarse de modo absoluto, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado”.

A prova *prima facie* atua, deste modo, ao nível da valoração livre da prova.

¹⁸ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lex, 1995, p. 212.

¹⁹ Segundo a definição de STEIN, as máximas da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos factos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, embora independentes dos casos particulares de cuja observação se deduziram e que, acima destes casos, pretendem ter uma validade para outros casos novos – cf. NUNES, Manuel Rosário, *Op. Cit.*, p. 34, Nota (53); RUI RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, Almedina, 2000, pp. 237-238.

²⁰ Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

Por exemplo, se uma pessoa que foi radiografada apresenta uma queimadura de terceiro grau, presume-se *prima facie* que foi ministrada uma dose muito elevada de raio-X. Se uma pessoa contactar com outra portadora de doença contagiosa, v.g. escarlatina, tuberculose, e depois contrair tal doença, presume-se que esse contacto foi causal da doença.

Caberá ao médico provar que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre o dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento²¹. Ou seja, incumbe-lhe infirmar o juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente²².

II.B- A teoria *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado

Segundo esta teoria, quando os factos, atentas as circunstâncias em que se produziram, falam por si mesmos não é necessário que fale o homem. Presume-se a negligência médica quando, na sequência da prática de um ato médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se se entender que é o resultado de *mala praxis*. Presume-se a culpa do causador do dano quando este é um facto excepcional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu.

A aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações²³.

Constituem exemplos desta situação as seguintes constelações fácticas:

- Danos causados por uma ventosa na cabeça e abdómen do bebé que veio a falecer algumas horas após o parto (cf. STJ 7.10.2010);

²¹ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p. 143.

²² Cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990, p. 388.

²³ Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.*, p. 347.

- Objetos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica;
- Extração de uma parte do organismo que não devia ser extraída;
- Queda de dentes pelo tubo digestivo;
- Infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- Omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fraturas ²⁴;
- A ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;
- A ocorrência de uma infeção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;
- Uma intoxicação alumínica em doente hemodialisado.

Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de ação ²⁵, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano. Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte.

II.C- A inversão do ónus de prova por falta de documentação

No desempenho da sua atividade, o médico está obrigado a “*registrar, de forma a clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo*” (Artigo 40º, nº1, do Regulamento de Deontologia Médica,

²⁴ Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.*, p. 347.

²⁵ Cf. NURIA FACHAL NOGUER, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”, in *Objecto y carga de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2007, p. 208.

DR II Série, nº 139/2016, de 21.7.2016), considerando-se mesmo que a ficha clínica do doente constitui a memória escrita do médico (“*A ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente, das anotações pessoais do médico e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre profissionais que tratem o doente*” - nº2 do mesmo preceito).

O dever de documentação decorre também do Artigo 1161º, alínea d) do CC (dever de prestar contas) bem como dos Artigos 573º e 575º do Código Civil.²⁶ Tendo em conta que a prestação de cuidados de saúde se funda numa relação de serviço público, poderá ainda invocar-se – neste circunspecto – o disposto nas Base II, nº2, alíneas d) e e) e Base XIV da Lei nº 48/90, de 21.8 (Lei de Bases da Saúde) para consubstanciar este dever²⁷. Mais recentemente, o Artigo 6º, nº5, da Lei nº 25/2012, de 16.6 (Diretivas Antecipadas de Vontade) veio estabelecer expressamente que qualquer decisão de iniciar, não iniciar ou interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

O dever de documentação dos procedimentos médicos decorre, em primeira linha, da diligência ou cuidado exigíveis a um médico, constituindo uma obrigação inserta nas *legis artis*²⁸. Tal *standard* de diligência não implica a documentação de todas as circunstâncias atinentes à sua atuação, abrangendo primacialmente os elementos que, num juízo de prognose, poderão contribuir para o esclarecimento dos factos no âmbito de um processo, eventual e futuro.

No caso de o autor requerer a notificação do Réu (médico ou clínica) para juntar documentação clínica (Art. 429.º do Código de Processo Civil), em caso de incumprimento não justificado desse dever de cooperação para descoberta da verdade, tal omissão será livremente apreciada pelo tribunal, podendo levar

²⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2013, p. 40.

²⁷ Neste sentido, RUI PATRÍCIO CASCÃO, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano IV, nº 8.

²⁸ Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, p. 526.

mesmo à inversão do ónus da prova (arts. 430.º e 417.º, nº 2, do Código de Processo Civil). Tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjetivo – receia o resultado daquela diligência probatória.

O mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o Réu/médico se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico. Por força da inversão do ónus da prova, passa a ser o réu a suportar o risco da falta de prova dos factos cuja prova incumbia originariamente ao autor.

III.D- A inversão do ónus de prova po falta de esclarecimento

«No direito português (...) defendemos a implementação da doutrina do consentimento informado, no sentido de que o consentimento para ser válido e eficaz carece de informação adequada com vista a uma decisão consciente. Se essa informação não existir, poder-se-á presumir que o doente não teria aceite a intervenção e, naturalmente, as lesões corporais serão imputáveis ao médico.

Todavia, não nos parece que da violação do dever de esclarecer se deva tirar consequências relativamente a uma infração das *legis artis*» - ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p. 785.

III- Situações que merecem tratamento específico

III.A – Casos de presunção de culpa

Nos termos do Artigo 493º, nº2 do Código Civil, quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. Esta norma representa uma responsabilidade subjetiva agravada ou objetiva atenuada de modo que o lesante só fica exonerado quanto tenha adotado todos os procedimentos idóneos, segundo o estado da ciência e da técnica ao tempo que atua, para evitar a eclosão dos danos.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.3.2007, *Nuno Cameira*, CJ 2007 – I, pp. 122-124, entendeu-se que uma transfusão de sangue é uma atividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados. Argumentou o Tribunal que a inversão do ónus da prova determinada pelo Artigo 493º, nº2 do CC tem como consequência que tanto se presume a culpa como a ilicitude porquanto a imputação da violação das *legis artis* a que a transfusão de sangue efetuada devia obediência converte essa falta em elemento da ilicitude: ao presumir-se a culpa está a presumir-se de igual modo a ilicitude, o incumprimento dos deveres. Todavia, o Tribunal acabou por absolver os Réus por, à data dos factos, a ciência médica não permitir a despistagem do vírus da hepatite C.

O STA no seu Acórdão de 1.3.2005, *Alberto Oliveira*, 01610/03, considerou como atividade excepcionalmente perigosa ²⁹ a transfusão de sangue que veio a causar a infeção com vírus da sida ao doente, condenando o hospital em causa.

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.12.2008, *Mário Cruz*, 08A3323, a atividade médico-cirúrgica que envolva a abertura do abdómen – atenta a natureza de atividade perigosa quer pelo objetivo prosseguido quer pelos meios utilizados – constitui uma das situações subsumíveis à presunção do Artigo 493º, nº2 do CC.

ANDRÉ DIAS PEREIRA critica esta jurisprudência, afirmando que são necessários critérios mais apertados e rigorosos na aplicação deste regime, sob pena desta norma «se tornar na válvula de escape para uma justiça casuística e a-dogmática com meros objetivos ressarcitórios, o que seria um desenvolvimento contraditório com o sistema de responsabilidade civil em vigor.»³⁰ Entende que, apesar de a atividade cirúrgica não caber, em regra, no âmbito da aplicação do nº2 do art. 493º, «pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial

²⁹ Para efeitos do Artigo 8º do Decreto-lei nº 48.051, de 21.11.1967, segundo o qual :” *O Estado e demais pessoas coletivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e atividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas atividades, ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um*”.

³⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 761.

periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso.»³¹

TEIXEIRA DE SOUSA, “O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 138, subsume a este regime os casos em que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, exemplificando com um aparelho de anestesia, logo ressalvando que o médico não pode assumir a garantia do funcionamento sem falhas dos aparelhos utilizados mas tem o ónus de prova que os danos por eles causados não resultaram de negligência própria.

Serão igualmente subsumíveis à previsão do artigo 493º, nº2 do CC: a realização de tratamentos médicos com raios X e ondas curtas; a utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise, de incubadoras ³².

III.B- A cirurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica

Constitui afirmação recorrente que, nos atos médicos que visam, não a cura do doente, mas a melhoria do seu aspeto físico ou estético ou a transformar uma atividade biológica como é a sexual, a obrigação do médico é de resultado e, por isso, se o resultado sucumbir, caberá ao médico provar que tal desconformidade não lhe é imputável a título de negligência ³³. Sustenta-se que, nestes casos, o labor médico visa a obtenção de um resultado específico, qual seja, a melhoria do aspeto físico ou estético ³⁴.

³¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 760.

³² Cf.. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2007, *Rui Vouga*, CJ 2007 – I, pp. 105-113.

³³ Cf., entre outros, SUSANA PAZOS MÉNDEZ, “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, in *Objecto e Carga de la Prueba Civil*, Bosch Procesal, 2007, p. 92; MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, 2006, p. 154.

³⁴ ESTHER MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, pp. 3-4.

Neste tipo de intervenções, o consentimento informado do paciente adquire uma especial importância, cabendo ao médico informar o paciente de todos os riscos possíveis advenientes da intervenção.

Não deverá confundir-se aquilo que, nas relações sociais, é entendido como uma manifestação perfeitamente admissível de confiança no êxito no tratamento (uma genérica certeza de que *tudo correrá pelo melhor*) com uma assunção de garantia do resultado, sob pena de violação da boa fé³⁵.

ANDRÉ DIAS PEREIRA entende que este tipo de intervenções «apenas se pode tornar uma obrigação de resultado em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das informações que o médico forneceu ao doente. Explicando melhor, uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o esclarecimento sobre os seus fins».³⁶

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2009, *Pires da Rosa*, 544/09, considerou-se que, em cirurgia estética,

“Se esta pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se *em absoluto* com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de *quase resultado* porque é obrigação em que só o resultado *vale a pena*. Só o resultado *vale a pena*, quer para a autora quer para o réu.

Noutro tipo de intervenções a alternativa será, para o paciente, entre o risco assumido de uma intervenção eventualmente não conseguida, e/ou a degradação de um estado de doença a que se pretende pôr termo ou atenuar, e em relação ao qual a inércia parece ser o pior dos males; aqui não há dois polos de uma mesma

³⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996 p. 254.

³⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 721.

alternativa, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde.

Portanto *aqui*, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, em *cirurgia estética*, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor.”

O Tribunal justificou a nomenclatura adotada de *quase resultado* argumentando que há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja.

Ora, a imprevisibilidade das reações do organismo humano constitui, precisamente, um dos argumentos dos que criticam a configuração destas obrigações como de resultado. Na verdade, ainda que o cirurgião tenha empregue toda a técnica, recursos disponíveis e perícia no caso concreto, podem advir consequências indesejadas. Cada corpo humano, na sua individualidade, pode apresentar hipersensibilidades, reações diversas imprevisíveis, não sendo a evolução dos quadros clínicos sempre igual³⁷. A boa cicatrização, por exemplo, é sempre um fenómeno aleatório. Não há cirurgia sem riscos³⁸. Acresce que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que escapa – em grande parte – ao controlo do médico.

³⁷ Cf. EDUARDO DANTAS, “A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº 7, 2007, p. 77; MANUEL CORNET, *Responsabilidad civil del cirujano plástico*, acessível em <http://acader.unc.edu.ar>.

³⁸ Nas elucidativas palavras do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.10.1998, *Bettencourt de Faria*, CJ 1998-IV, pp. 130-131, “A medicina não é uma ciência exata, a reação de um organismo vivo não é totalmente previsível. O médico pode não obter o resultado pretendido. Isso não é censurável, se atuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica. Não estamos perante um erro, uma vez que este pressupõe uma indevida configuração da realidade e, em Biologia, no estado atual dos conhecimentos, não há uma Realidade, há realidades. Em medicina, quando se foi cuidadoso não existem erros, mas resultados inesperados”.

O paciente que se presta a este tipo de intervenções tem uma consciência (*a priori* genérica e, após cumprimento do dever de informação pelo médico, mais concretizada) dos riscos envolvidos no procedimento. Eximi-lo deste risco, assumido voluntariamente, em favor de uma responsabilidade “*objetiva*” do médico será contraproducente. No limite, poder-se-á questionar se o consentimento, a conduta e o comportamento do paciente poderão ser, mais do que atenuantes, excludentes da responsabilidade do médico ³⁹.

III.C– Intervenções de fácil execução e de difícil execução

A jurisprudência italiana vem adotando uma classificação das intervenções médicas, cindindo-as entre as de fácil execução e as de execução difícil. Nas intervenções de fácil execução, «provada pelo paciente a não difícil execução da intervenção requerida, compete ao profissional o ónus de demonstrar que o insucesso da operação não é devido à sua própria negligência ou imperícia; enquanto no segundo caso [*intervenções de difícil execução*], uma vez provado pelo profissional que a intervenção implica problemas técnicos de particular dificuldade, é o paciente que deve demonstrar que as técnicas utilizadas não eram idóneas à execução da intervenção ou dos cuidados pós-operatórios».⁴⁰

Esta diferenciação parece estar subjacente a alguma doutrina quando enuncia, como estando abrangidos na categoria dos atos médicos com assunção de obrigação de resultado, os casos de: vasectomia; de laqueação das trompas⁴¹; intervenções relativamente simples (v.g. remoção de um quisto sebáceo, apendicite), colocação de um aparelho de prótese dentária; análises sanguíneas para determinação do fator rhésus⁴², de ureia, colesterol, glicémia e outros.

³⁹ Cf. EDUARDO DANTAS, *Op. Cit.*, p. 76.

⁴⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 716.

⁴¹ Cf. GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*, Marcial Pons, 2004, p. 78.

⁴² C. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.11.2013, *Teresa Albuquerque*, 2428/05.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, 08A183, o Supremo considerou que o facto de os exames laboratoriais serem uma atividade médica com alto nível de especialização exige a certeza dos resultados. Mais aí se afirmou que os exames médicos na área da bioquímica, radiologia e, sobretudo, análises clínicas seguem o regime das obrigações de resultado porquanto tais atos médicos não comportam, no atual estado da ciência, senão uma ínfima margem de risco.

ANDRÉ DIAS PEREIRA critica esta posição, afirmando que «definir *a priori* uma especialidade médica como realizando exames simples e especialidades com procedimentos complexos não pode ser aceite, porque não corresponde à realidade da medicina.»⁴³ Assim, no âmbito das análises laboratoriais e dos exames de anatomopatologia, nem sempre é possível garantir um resultado e em certos casos a interpretação do resultado depende da interpretação do especialista. Propugna que «só casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção medida deve ser sujeita ao regime das obrigações de resultado.

Por outro lado, deve ser aqui relembrada a obrigação de informação, sendo que por essa via se poderá encontrar a resolução dos casos mais complexos» (p. 725). ■

⁴³ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 725.

DataVenia
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 6 • N.º 08 • junho 2018

