

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A Prova da Responsabilidade Médica

Bruna Maia Prinzo

Dissertação apresentada no âmbito do
Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses

sob orientação da

Professora Doutora Isabel Alexandre

2017

RESUMO: A PROVA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Neste trabalho procurou-se identificar o regime probatório aplicável às ações de responsabilidade civil médica, uma matéria revestida de alguma complexidade, derivada da especificidade técnico-científica associada aos temas da prova.

Inicia-se por uma breve análise histórica da forma como a medicina foi sendo percebida pela sociedade ao longo dos tempos e de quais as consequências para o desenvolvimento da tutela jurídica da relação médico-paciente.

Identifica-se o regime de direito material aplicável: concretizando a diferença entre responsabilidade por má prática médica e responsabilidade por violação do consentimento informado; os conceitos específicos de ilicitude, culpa e dano na responsabilidade civil médica; a aplicação de regimes de responsabilidade objetiva; e a possibilidade desta ação ser tratada no âmbito da jurisdição administrativa ou ainda da jurisdição penal.

Tendo por base esta análise, apresenta-se o regime de distribuição do *onus probandi*, com especial consideração sobre: os casos em que se admite a sua inversão; a repartição do ónus da prova nas ações por violação do consentimento informado; e a aplicação destas regras aos pedidos de indemnização cível enxertados em processo penal.

Expõem-se as soluções doutrinárias e jurisprudenciais para que, de acordo com o quadro legal vigente, se ultrapassem as dificuldades de prova sentidas por médicos, pacientes e até pelos próprios agentes jurisdicionais, nomeadamente, através do recurso a presunções judiciais e a métodos menos exigentes na valoração de prova. Faz-se referência aos meios de prova sobre os quais incide legislação especial na matéria (a prova testemunhal, documental e pericial) e ainda uma breve referência à possibilidade de aproveitamento da prova produzida noutros processos no processo cível.

Conclui-se pela análise crítica do quadro legal vigente, apresentando-se sugestões de implementação de regimes complementares para tutela do dano.

Palavras-chave: responsabilidade civil médica, ónus da prova, presunções judiciais, meios de prova, valor extraprocessual das provas.

ABSTRACT: PROOF IN MEDICAL MALPRACTICE CASES

This paper aims to identify the rules of evidence applicable to medical malpractice lawsuits. It is a somewhat complex subject due to the technical scientific specificity associated with the themes covered.

It begins with a brief historical analysis concerning the way in which medicine has been perceived by society throughout the ages as well as the consequences for the development of legal protection for the doctor-patient relationship.

The applicable substantive law is identified, emphasizing: the difference between responsibility for medical malpractice and responsibility for violation of informed consent; the specific concepts of unlawfulness, guilt and damage in medical liability; the application of strict liability; and the possibility of this lawsuit taking place in an administrative court or even a criminal court.

Based on this analysis, the burden of proof is presented, with special focus on the cases in which its reversal is admitted; the burden of proof in actions for violation of informed consent; and the application of these rules to claims for compensation made to criminal courts.

The legal literature and case law solutions are presented so that, in accordance with the current legal framework, the difficulties related to evidence felt by doctors, patients and even by the courts themselves are overcome by judicial presumptions and less demanding methods in the assessment of evidence.

It is also made a reference to the evidence on which special legislation in this field applies (witness, documentary and expert evidence) and a brief reference to the use of evidence from other proceedings.

As a conclusion, this paper produces a critical analysis of the current legal framework, presenting suggestions for the implementation of supplementary systems to compensate for damage.

Keywords: medical civil liability, burden of proof, judicial presumptions, evidence, use of evidence from other proceedings.

ABREVIATURAS

C.C.	Código Civil
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código Processo Civil
C.P.P.	Código Processo Penal
C.R.P.	Constituição da República Portuguesa
P.	Página
PP.	Páginas
R.D.O.M.	Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos
S.N.S.	Serviço Nacional de Saúde

Índice

RESUMO: A PROVA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	1
ABSTRACT: PROOF IN MEDICAL MALPRACTICE CASES	2
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUÇÃO	6
I. EVOLUÇÃO DO PROBLEMA: DA MITIFICAÇÃO DA MEDICINA, ATÉ À INADMISSIBILIDADE DO ERRO - DO PATERNALISMO CLÍNICO À AUTONOMIA DO PACIENTE	7
II. DO DIREITO MATERIAL APLICÁVEL ÀS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	14
1. Considerações gerais.....	14
2. Da responsabilidade por má prática médica ou por violação do consentimento informado	15
3. Do regime geral da responsabilidade médica extracontratual	19
4. Da responsabilidade médica objetiva	25
5. Do contrato para prestação de serviços médicos.....	27
6. Da obrigação de tratamento – obrigação de meios ou de resultado?.....	28
7. Da aplicação das regras da responsabilidade contratual	31
8. Do regime aplicável aos médicos no S.N.S. – breve incursão.....	36
9. Dos atos médicos penalmente relevantes e do princípio da adesão.....	38
10. Da importância das regras deontológicas da profissão	42
III. DA PROVA	43
1. Considerações gerais.....	43
2. Do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica	46
2.1. Enquadramento	46
2.2. Presunções legais de culpa nas ações de responsabilidade civil médica....	50
2.3. Responsabilidade médica por violação do consentimento informado	58

2.4. Da aplicação das regras do ónus da prova à ação cível enxertada em processo penal.....	61
3. Do recurso às presunções judiciais nas ações de responsabilidade civil médica	68
3.1. Enquadramento.....	68
3.2. Prova prima facie	72
3.3. Res ipsa loquitur	73
3.4. Faute virtuelle	74
4. Dos meios de prova nas ações de responsabilidade civil médica.....	74
4.1. Enquadramento.....	74
4.2. A confissão e as declarações de parte	75
4.3. A inspeção judicial.....	77
4.4. A prova testemunhal e o dever deontológico de sigilo profissional e solidariedade dos médicos entre si.....	78
4.5. O dever de documentação e relevância da prova documental.....	81
4.6. Da prova pericial.....	86
5. Valor extraprocessual das provas e aproveitamento da prova em diversos processos.....	91
III. DA BUSCA PELA IGUALDADE DE ARMAS NO PROCESSO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	94
1.1. Identificação do problema.....	94
1.2. Distribuição dinâmica do ónus da prova	99
1.3. Mudança de paradigma na reparação de danos.....	101
CONCLUSÕES.....	104
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pendência central da sua elaboração (*thema*) a análise e observação da prova relativamente aos atos que fazem depender a responsabilidade civil médica. O profundo interesse nesta matéria prende-se com a noção clara que existe, não apenas no universo jurídico mas também na sociedade em geral, da manifesta improcedência que assiste à grande maioria das ações de responsabilidade civil por atos praticados no exercício da medicina; e cuja a causa que mais frequentemente se aponta para este fenómeno é a falta de prova dos seus pressupostos, que pode ser ligada ao facto de o ónus da prova recair quase sempre sobre o paciente, que apresenta pouca ou nenhuma preparação técnico-científica na matéria.

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

Embora a vertente adjetiva desta questão, nomeadamente quanto à prova, seja o objeto central deste trabalho, não seria possível dissertar-se sobre a mesma sem antes fazer-se uma incursão, ainda que breve, relativamente à evolução da litigiosidade em matérias diretamente relacionadas com a medicina e a determinação de algumas das suas consequências para a sociedade civil; sabendo-se de antemão que a sociedade e a justiça evoluem frequentemente lado a lado, numa lógica dialética, talvez indique algumas pistas para a compreensão da origem dos contornos da problemática em causa.

Por outro lado, não poderia deixar de ser feita uma análise relativa ao regime substantivo aplicável, ou potencialmente aplicável, à responsabilidade civil decorrente de atos médicos, pois é sobre estes regimes e sob os seus pressupostos de aplicação, previsão das normas, que deve ser feita a prova.

Pretendendo-se a final: a análise dos regimes substantivo e adjetivo que podem fazer depender a verificação da responsabilidade civil médica, fundamentada pela pesquisa, posições doutrinárias e jurisprudenciais; e percepção se a estrutura da responsabilidade genérica prevista na lei, no que diz respeito ao direito subjetivo e ainda ao adjetivo, é estrutural e casuisticamente suficiente para proteção dos cidadãos, da evolução da medicina e da realização da justiça.

I. EVOLUÇÃO DO PROBLEMA: DA MITIFICAÇÃO DA MEDICINA, ATÉ À INADMISSIBILIDADE DO ERRO - DO PATERNALISMO CLÍNICO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Hoje em dia, reconhece-se que a medicina enquanto estudo da forma de estender a vida humana e subtrair o sofrimento, sempre esteve presente por fruto da condição humana nas mais diversas civilizações, apresentando os mais variados contornos, sendo que algumas das suas vertentes tradicionais e mais remotas são até hoje alvo de investigação, por exemplo, a medicina chinesa, ou medicina tradicional africana, cujos métodos utilizados na cura, diagnóstico e intervenção continuam a ser alvo de investigação e aplicação.

Contudo, procura-se com este trabalho tão-só abordar a perspetiva jurídica do problema do ato médico que provoca dano e pode originar responsabilidade do agente perante o lesado, por isso, restringir-se-á a nossa análise à medicina ocidental; aquela que é praticada nos nossos hospitais, reconhecida pelo Serviço Nacional de Saúde, e cujas origens remontam à idade clássica e às antigas civilizações pan-europeias.

Para a compreensão do problema jurídico que envolve a responsabilização do médico por danos provocados no paciente, desde as dificuldades de prova, ao diminuto número de ações propostas face aos erros médicos que se verificam e ainda, o acentuadamente menor, número de decisões favoráveis ao paciente, há que ter em conta a evolução histórica da medicina e, mais relevante, do modo como os atos médicos eram percecionados pela sociedade ao longo dos tempos; pois nisto se encontra uma das faces do problema.

Poder-se-á traçar a evolução da medicina desde a antiguidade até à atualidade nos mesmos períodos em que a história traça a evolução da civilização.

Nos primórdios da história não era possível identificar o estudo ou a aplicação daquilo que conhecemos como ciência médica, todos os males eram atribuídos a causas sobrenaturais, inexplicáveis pelas regras da lógica e da experiência, e os tratamentos levados a cabo através da prática de rituais mágicos e tradicionais¹.

Durante a Idade Antiga, inicialmente nas cidades-estado da Antiga Grécia e depois no Império Romano, que herdou este conhecimento, surgem os primeiros cuidados de saúde e o estabelecimento da relação destes com o bem-estar físico do sujeito, comumente relacionados com a alimentação, higiene e exercício físico², prosseguindo-se o estudo da medicina como uma ciência fruto da evidência científica, isto é, perspetivando-a através da “*produção racional de leis gerais explicativas dos fenómenos baseada na observação sistemática de casos individuais acompanhada de princípios e métodos de investigação*”³. Acolhe-se assim a tese de Hipócrates, médico da Grécia Antiga, que terá vivido entre 460 a.C. e 370 a.C., considerado “pai” da medicina ocidental, fundador e se não o único, o principal rosto, daquilo que chamamos a medicina hipocrática - o método científico que estabeleceu as bases da medicina moderna⁴ ao incidir sobre o tratamento de doenças, iniciando aquilo que hoje se designa por literatura científica⁵, conferindo

¹ REZENDE, Joffre Marcodes de, *O ato médico através da história*, in *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Editora Unifesp, 2009, 111-120, p. 113.

² Cf. CARVALHO, Maria Manuela, *A Medicina em História. A Medicina Hipocrática*, in *Revista Saúde Mental*, Volume IV, N.º 1, janeiro/fevereiro 2002, 41-44, p. 42.

³ *Ibidem*, p. 41, §5, linhas 5 a 8.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cria o *Corpus Hippocraticum*, embora hoje se saiba, através da investigação científica, que não será apenas da sua autoria, Hipócrates não deixa de ser a sua principal figura. Cf. CARVALHO, Maria Manuela, *op. cit.*, p. 41

grande relevo aos registos clínicos e estabelecendo as bases da deontologia profissional⁶ 7.

Como resultado da queda destas civilizações, muitos dos textos escritos em grego clássico que continham a sua investigação, mantiveram-se exclusivamente detidos pela Igreja, que manteve a assistência aos enfermos, como parte da doutrina cristã⁸, mas sem continuação do estudo e desenvolvimento da ciência médica, pelo que a medicina volta a ser mistificada, tomada por uma abordagem divina, praticada apenas por monges ou sacerdotes, membros de um grupo fechado e elitista, e que apenas transmite a informação dentro dessa elite⁹, Verifica-se neste período uma ténue fronteira entre o que era prática médica e os rituais espirituais, sendo que se atribuíam frequentemente as doenças a castigos divinos e as curas a milagres¹⁰, pelo que o “erro médico”, nunca poderia ser um erro, antes e sempre uma fatalidade do destino.

A partir do final do século XIV, como o Renascimento, assiste-se ao retomar do método científico na análise do corpo humano e das suas maleitas: os estudiosos já não se bastam apenas com a leitura dos textos dos autores clássicos greco-romanos e buscam mais conhecimento para além do que neles se encontra plasmado; dá-se uma mudança de mentalidades¹¹ com o movimento humanista e o advento do racionalismo, cujas ideias e métodos são baseados no empirismo, na

⁶ Sendo que, até ao presente, os médicos que acedem à profissão fazem um juramento solene, não obrigatório, no qual se vinculam a valores de integridade, humildade e profissionalismo, designado por juramento de Hipócrates, cujo texto original se encontra em grego jónico. Atualmente o juramento é feito sob o texto ratificado em 1948 pela Declaração de Genebra, com atualização feita em 1983 pela Associação Médica Mundial e acolhido pela Ordem dos Médicos Portuguesa, do qual se transcreve um pequeno excerto – “(...) Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação. (...) Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade. Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra”.

⁷ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 15.

⁸ Cf. REZENDE, Joffre Marcodes de, *op. cit.*, p. 121.

⁹ Mesmo com o surgimento das escolas de medicina medievais, a partir do final do século XI, como Salerno, Bolonha, Montpellier, Paris e Pádua, cujo ensino incide principalmente sobre os textos gregos traduzidos pela Igreja para o latim, não se verificam avanços no campo da investigação, mantendo-se os hospitais na posse das ordens religiosas, funcionando quase sempre adjacentes a edifícios como mosteiros e conventos, sendo a medicina praticada por membros destas ordens. Cf. THOMPSON, William Archibald Robson, et al., *History of medicine*, in *Encyclopædia Britannica*, 2016, p. 4, disponível online em <https://www.britannica.com/topic/history-of-medicine>.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

observação e no experimentalismo, e que se afastam radicalmente da tradição do misticismo e da moral religiosa, que vieram a influenciar o desenvolvimento desta área durante tantos séculos; verifica-se também o retomar do desenvolvimento da filosofia, que se aplica a todas as ciências e ao pensamento racional e estruturado.

Todos estes fatores, entre muitos outros, levaram à descoberta de novas noções de anatomia e fisiologia¹², e de novos métodos de tratamento e diagnóstico. A ajuda interdisciplinar de outras ciências, como a química e a física; o desenvolvimento da anestesia, no século XIX, que vem generalizar os tratamentos cirúrgicos; e os conhecimentos adquiridos ao nível da microbiologia - concretizaram-se na medicina moderna que hoje percebemos e que continua a desenvolver-se¹³, agora impulsionada pela implementação da tecnologia, da utilização de instrumentos e técnicas inovadoras, capazes de produzir impressionantes resultados, que a simples e direta atuação humana por si só, provavelmente não seria capaz.

Como resultado desta evolução, pode-se afirmar que, durante séculos, senão mesmo milénios, a informação e conhecimento existentes eram escassos, mesmo até para os poucos que exerciam a profissão de médico¹⁴ e mais ainda para os pacientes em geral, o que muito contribuiu para a imagem do médico incontestável, que detinha o conhecimento e o poder na relação médico-paciente. Mas a evolução da medicina e sobretudo a generalização do acesso à informação, levaram à alteração da relação médico-paciente, evoluindo progressivamente para uma relação mais igualitária, em que a informação e o poder de decisão já não se encontram somente na posse do médico, mas são compartilhadas com o paciente¹⁵.

Neste cenário o Direito, como ciência social e dinâmica, tem vindo a acompanhar a evolução da Medicina, bem como esta acompanha o Direito, criando interações específicas que se traduzem em disciplinas de interesse e investigação

¹² *Ibidem*, p.5.

¹³ *Ibidem*, p. 6 *et seq.*

¹⁴ Grande parte da população não recorria sequer a médicos durante a sua vida, dada a sua escassez, predominavam as profissões do cirurgião-barbeiro, do boticário, a parteira, o curandeiro, o sangrador, entre outras. Cf. REZENDE, Joffre Marcodes de, *op cit.*, p. 116.

¹⁵ Sobre a evolução da relação medico-paciente e os vários modelos relacionais, cf. VEATCH, Robert M., *Models for Ethical Medicine in a Revolutionary Age*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 2, N.º 3, Jun., 1972, 5-7.

comum, primeiramente a Medicina Legal e mais recentemente, o Direito da Saúde e da Bioética; esta mudança de paradigma na relação médico-paciente também levou ao desenvolvimento da doutrina e da aculturação geral da jurisprudência acerca de assuntos específicos nesta matéria.

Esta não se trata de uma preocupação recente, pois a ciência do Direito será tão antiga ou mais até que a Medicina, tendo manifestado ao longo da história vários métodos de tutela para a relação médico-paciente. No entanto, a evolução da medicina como ciência não teve um imediato reflexo na responsabilização dos atos médicos, cujo regime legal se manteve sempre à base de tímidos avanços conjugados com grandes recuos.

Neste sentido, na Grécia Antiga, Hipócrates, o principal responsável na época pela secularização da medicina, “*mostrava insatisfação pelo facto de os tribunais gregos não punirem suficientemente os erros dos médicos*”¹⁶ e no Império Romano, o jurista Ulpiano defendia que “*assim como não se deve imputar ao médico o evento morte, deve imputar-se-lhe o que houver cometido por imperícia*”¹⁷; não é despiciendo que esta análise jurídica, no sentido da responsabilização do erro, seja efetuada em civilizações que interpretam a medicina como fruto da atividade humana e não divina, pelo que, enquanto ato humano deveria ser sindicável e o prejuízo por este causado, ressarcido¹⁸.

Com a queda destas civilizações e o retomar da ligação entre a medicina e o sobrenatural, apenas se volta a encontrar nova regulação jurídica na Idade Moderna, quando aprovada a *Constitutio Criminalis Carolina* nas Cortes de Regensburgo, em 1532, que estabelece a referência expressa ao erro médico, no

¹⁶ Hipócrates, *De Lege*, apud PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 14.

¹⁷ Digesto de Justiniano, 1.18.6.7: “*Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet*”; tradução de PEREIRA, André Gonçalo Dias, in *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 16.

¹⁸ As primeiras regras que se apontam como reguladoras da responsabilidade médica podem ser encontradas séculos antes no Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que além da compensação devida aos médicos nos seus artigos 215.^o e seguintes, previa nos seus artigos 218.^o e seguintes, as penas para o médico quando no decurso de uma intervenção ocorresse a morte ou lesão do paciente, prevendo até a título de exemplo extremo a amputação da sua mão. Também previa este diploma que o médico que interviesse num escravo ou animal e provocasse danos deveria ressarcir o proprietário dos mesmos. Ainda assim, realça-se que esta compilação de leis é completamente estranha ao conceito de culpa e, conseqüentemente, de erro, limita-se à aplicação da Lei do Talião. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes... op cit.*, pp. 13 e 14.

artigo 134.^o daquele diploma, acolhendo os conceitos de culpa, nexos de causalidade e até de prova pericial, ao referir que o médico é um auxiliar fundamental nas matérias jurídicas¹⁹.

Já num período mais recente, a Academia de Medicina de Paris, em 1829, defendeu que a responsabilização médica deveria situar-se apenas no campo da moral e não no universo jurídico, posição que foi acolhida durante algum tempo pela doutrina e jurisprudência, levando ao quase desaparecimento da responsabilidade civil médica²⁰.

De uma perspetiva jurídica, a alteração na forma como o Homem se percebe a si mesmo e ao mundo que o rodeia, que se deu a partir do Renascimento, veio a ter uma importante influência na ideia de que o ser humano tem a capacidade de autodeterminação, o que no direito se refletiu na afirmação do princípio da culpa²¹, sem a qual, adianta-se, não pode atualmente verificar-se a responsabilidade médica.

No entanto, a grande evolução no Direito da Medicina, na investigação e desenvolvimento da responsabilidade médica e dos meios de prova da mesma, ocorreu já durante a segunda metade do século XX, sendo que o reconhecimento dos direitos subjetivos, e a efetivação do direito de acesso à justiça, tiveram um papel fundamental no desenvolvimento desta área²².

Os Estados Unidos da América foram pioneiros no processo de responsabilidade civil e criminal da negligência médica, quando a partir da década de setenta do século passado, começam a perspetivar o médico *“como qualquer outro profissional que se encontra colocado perante alguém desprovido de conhecimentos técnicos e a aguardar a prestação de um serviço do qual possa tirar*

¹⁹ Cf. MADEA, Burkhard *et al.*, Handbook of Forensic Medicine, Institute of Forensic Medicine, University of Bonn, Germany, 2014, 31.1, §2; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 16; e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de maio de 2013, processo n.º 5072/07.4TDLSB.L29, Relator Maria do Carmo Ferreira.

²⁰ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 83.

²¹ *Ibidem*, p. 16.

²² Verificou-se, com o surgir dos estados de direito, uma regulação cada vez mais acentuada destas matérias, que se estende a quase todas as vertentes do exercício da medicina, não apenas a responsabilidade mas também em relação regras de ensino e formação, de acesso e exercício da profissão, entre outras. Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 19.

*proveito, à semelhança de quanto ocorre em qualquer relação de consumo*²³. Estendendo-se rapidamente ao restante mundo ocidental este valor de que o serviço médico que causa danos no paciente deve ser sindicado perante a justiça.

Em Portugal, a alteração deste quadro surgiu mais tarde, a tomada de consciência dos direitos dos cidadãos e da sua forma de exercício, bem como o efetivo acesso à justiça, sofreu uma grande evolução com a Constituição de 1976; alicerçando um conjunto de princípios e direitos almejados pela sociedade civil, que se traduzem na máxima simplificada de que a lesão não é necessariamente algo fatal e inevitável, e que o lesado pode ser ressarcido de modo a reparar, ainda que parcialmente, o seu bem-estar físico-emocional.

Por outro lado, a consagração no artigo 64.º, n.º 1, da C.R.P., do direito à *proteção da saúde*²⁴ como um direito fundamental^{25 26}, conduziu à generalização do ato médico, dado que até essa altura só as classes com maiores rendimentos tinham acesso a cuidados de saúde²⁷, acrescida ainda pela consciencialização dos cidadãos para os seus direitos, que advém de uma mais ampla divulgação da informação e da maior literacia dos Portugueses em geral, como principais motivos conducentes ao

²³ MATOS, Filipe de Albuquerque, *Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade médica. In Lex Meicinae*, Ano 11, n.º 21-22, 2014, 9-34, p. 12.

²⁴ Engloba uma vertente negativa, impondo aos cidadãos em geral e ao Estado a abstenção de comportamentos que lesem o direito de outrem; bem como uma vertente positiva, impondo ao Estado a adoção de medidas que assegurem a proteção da saúde dos cidadãos, numa perspetiva de direito social. Concretizando no n.º 2 deste artigo como deve ser realizada esta proteção, nomeadamente, alínea a), através do S.N.S. e definindo ainda as incumbências do Estado nessa matéria no n.º 3 do mesmo artigo.

²⁵ Cf. CANOTILHO, Gomes J.J. e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 825.

²⁶ A existência do S.N.S. é obrigatória sob pena de inconstitucionalidade por omissão; por imposição constitucional deverá prestar um serviço (1) *universal*, dirigido à generalidade dos cidadãos, (2) *geral*, abrangendo todos os serviços públicos de saúde, todos os domínios e cuidados médicos e (3) *tendencialmente gratuito*, admitindo alguma margem ao legislador na concretização deste conceito, desde que excluindo um sistema de saúde do tipo contributivo. Cf. CANOTILHO, Gomes J.J. e MOREIRA, Vital, *op cit.*, p. 827.

²⁷ Mesmo com a adoção das taxas moderadoras esta situação não se inverteu. Como se sabe, o direito e a justiça caminham indissociavelmente da realidade contemporânea que habitam, influenciando a adoção de medidas legislativas que façam esta adaptação. É relativamente à gratuitidade do S.N.S. que o legislador ordinário encontra alguma discricionariedade, permitindo-lhe adaptar o S.N.S. tendo em conta a situação político-económica, sendo que nos últimos anos temos assistido a uma busca incessante pelo controle das despesas e pelo aumento das receitas, não de forma a gerar lucro, mas antes e na medida do possível, a garantir a sustentabilidade do S.N.S..

aumento exponencial da litigiosidade entre profissionais da saúde e pacientes que se verificou em Portugal, sobretudo a partir de finais da década de 90.

Verifica-se que, apesar do exposto, e independentemente de toda a evolução alcançada, a relação médico-paciente ainda é assimétrica, e dificilmente algum dia poderá deixar completamente de o ser, pois haverá sempre dependência e desconhecimento do paciente, bem como, competência técnica, especialização, poder e autoridade do médico. Apesar disso, e é aqui uma das áreas onde o papel do Direito é mais relevante, para a proteção de ambas as partes dessa relação, cumpre criar, desenvolver e aplicar um sistema que tutele e equilibre esta relação, como aliás tem sido proficuamente feito.

II. DO DIREITO MATERIAL APLICÁVEL ÀS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. Considerações gerais

Responsabilidade, semanticamente, corresponde à “*obrigação de responder pelas ações próprias, pelas dos outros ou pelas coisas confiadas*”²⁸; definição esta que é acompanhada pelo significado de responsabilidade no sentido jurídico. Parte de uma ideia estrutural da justiça presente em qualquer sociedade desde os primórdios da antiguidade²⁹, que estabelece um dever geral de abstinência a todos os sujeitos relativamente a lesões provocadas a outrem, e a ideia geral de quem causar um dano terá que ressarcir o sujeito com o seu direito afetado, sendo que a responsabilização do sujeito pelos seus atos é condição essencial da vivência em sociedade e de liberdade do ser humano em geral; podendo considerar-se que cumpre essencialmente duas funções: preventiva e ressarcitória/punitiva.

²⁸ “*responsabilidade*”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [online], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/responsabilidade> [consultado em 02-02-2016].

²⁹ Trata-se, no entanto, de um instituto de grande mutação ao longo dos tempos, veja-se que o direito civil atual teve a sua origem no direito romano, mas este não continha um verdadeiro “sistema” de responsabilidade civil, não obstante prever a reparação de danos, encontrando-se tipificadas as situações em que a obrigação de indemnizar se verificava. Cf. MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos, *A responsabilidade obrigacional objetiva for fato de outrem*, Dissertação de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Civis, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 47 *et seq.*

O mesmo ato médico poderá traduzir-se na responsabilização do agente por diversas vias, designadamente a responsabilidade civil, penal³⁰ e ainda disciplinar ou deontológica³¹. Dado que este estudo aborda a perspetiva da prova, com particular incidência nos ónus e dificuldades associadas ao paciente lesado, irá debruçar-se apenas sobre a prova da responsabilidade civil. Contudo, dado que a interligação entre a ação penal e a ação civil é manifesta, sendo muitas vezes tratada a responsabilidade no âmbito de um único processo³², é relevante uma breve análise de ambos os regimes, bem como de algumas regras deontológicas cujo incumprimento, além de poder dar origem à responsabilidade disciplinar, influi no apuramento da responsabilidade civil.

2. Da responsabilidade por má prática médica ou por violação do consentimento informado

Tendo em consideração o regime geral aplicável à responsabilidade civil médica, podemos inferir que relativamente ao ato médico, ilícito, perpetrado pelo profissional de saúde existem dois tipos de situações: (a) a má prática médica ou erro técnico, ou (b) a violação dos direitos dos pacientes, nomeadamente à sua liberdade, autonomia e autodeterminação nos cuidados de saúde que lhe são prestados, por violação do consentimento informado³³.

³⁰ A valoração pelo legislador dos comportamentos considerados como lesivos de bens jurídicos supra-individuais, condições indispensáveis da vida comunitária, conduziu à separação da responsabilidade em dois ramos distintos: o da responsabilidade civil e o da responsabilidade penal, o que não quer necessariamente dizer que em muitos dos casos sejam excludentes entre si. Cabe ao legislador definir o que são atos criminosos (puníveis com pena de prisão, entre outras admissíveis) ou atos meramente geradores de responsabilidade civil entre os sujeitos (ressarcíveis através da reconstituição *in natura* ou uma quantificação pecuniária); tendo como padrão de enquadramento do que devem ser comportamentos criminalmente relevantes e de que interesses devem ser tutelados, a identificação dos bens jurídicos fundamentais, ou seja, bens cujo significado ético, social e popular, faz da sua proteção condição essencial da liberdade dos sujeitos em geral, pelo que se chama ao Estado a função de punir os comportamentos lesivos destes bens através do Direito Penal. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2007, p. 16 *et seq.* e PALMA, Maria Fernanda, *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal, in Anatomia Do Crime*, Revista De Ciências Jurídico-Criminais, N.º 0, Dez.,2014, 11-26

³¹ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, Do ato médico ao problema jurídico, 1.ª Edição, Almedina, 2013, página 21.

³² *Ibidem*.

³³ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, in Coletânea de formação jurídica e judiciária - Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2010.

A responsabilidade por má prática médica está frequentemente associada ao erro médico e irá consubstanciar-se numa ação ou omissão que viola as *leges artis*, provocando um resultado danoso no paciente.

Muitas vezes se encontra situado no campo da negligência, embora possa tratar-se de situações de falta de perícia ou de prudência; é diferente do resultado imprevisível, incontrolável ou adverso, embora a sua distinção nem sempre seja fácil de efetuar. Por outro lado, ainda que se verifique um erro médico, nem sempre haverá à imputação responsabilidade civil, pois para tal devem estar verificados todos os seus pressupostos.

Na vertente do consentimento informado, o médico tem para com o paciente o dever de informar: sobre a doença, o procedimento terapêutico que pretende optar, outros procedimentos praticáveis, quais os seus riscos, potenciais efeitos secundários, taxas de sucesso do tratamento adotado e esclarecer o melhor que conseguir acerca das questões que possam sobrevir. O paciente, no âmbito da sua autonomia terá o direito de manter o seu consentimento, levantá-lo, ou exigir uma segunda opinião.

A extensão concreta do dever de informar deve ser analisada casuisticamente, sendo certo que não obriga ao médico a uma informação absoluta, o que seria além de manifestamente complexo para o profissional, também contraproducente para o paciente, que sem a preparação técnica específica não conseguirá tomar uma posição, por outro também o excesso de informação levará necessariamente à desinformação. Sendo recomendável atualmente o uso de uma linguagem comum na relação com o paciente de modo a que este consiga, ainda que rudimentarmente deslindar a sua maleita.

Historicamente, surgem primeiro as ações de responsabilidade por má prática médica, sendo que só ao longo do último século se começou a reconhecer ao paciente o seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, por via do afastamento ao entendimento paternalista da medicina, que se debelou no primeiro capítulo deste trabalho.

Neste sentido, o ordenamento jurídico atualmente reconhece mais, que o direito à vida, o direito à plena integridade física e psíquica do paciente. Conforme

estabelecem e orientam o legislador e o julgador, as normas de direito internacional, constitucionais e a diversa legislação especial e avulsa.

Entre outros, realçando-se estes pela sua manifesta importância, os seguintes diplomas: artigos: Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e ainda ao nível do nosso Ordenamento Político-Jurídico, plasmado na Constituição, o direito à integridade pessoal, conforme previsto no artigo 25.º, cujo n.º 1 reconhece não apenas a integridade física mas também a integridade moral, e ainda o artigo 26.º que no seu n.º 1, reconhece a todos o direito ao desenvolvimento da personalidade e no seu n.º 3 aplica-o especialmente em relação à utilização de tecnologias e experimentação científica no paciente.

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

O dever de prestação de informação e esclarecimento tem também relevância penal, encontrando-se tipificado no artigo 156.º do C.P. o crime por intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados sem o consentimento do paciente, para cuja eficácia o artigo 157.º do mesmo diploma estabelece o dever de esclarecimento por parte do médico ao paciente *“sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”* excepcionando-se apenas as *“circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”*.

O dever de esclarecimento do médico ao paciente e o seu necessário consentimento para intervenção clínica têm ainda relevância a nível da eventual responsabilidade disciplinar do médico, artigos 44.º e 45.º do R.D.O.M, respetivamente.

Poderá ocorrer uma situação em que o paciente se encontre inconsciente ou incapaz de dar o seu consentimento e perante a necessidade de uma resposta rápida e imediata por parte do médico, sob pena de se criar grave risco para a vida

ou saúde do paciente, foi desenvolvida a tese do consentimento presumido para este tipo de situações. Que foi acolhida na lei penal, no seu artigo 39.º, n.º 2 do C.P., bem como na lei civil, no artigo 340.º, n.º 3 do C.C.. Como o próprio nome indica trata-se de uma suposição, um juízo *ex ante*, i.e., de prognose póstuma, daquilo que o doente quereria se soubesse e pudesse no momento exprimir-se quanto ao procedimento efetuado, antes da intervenção. Uma vez que é necessário recorrer a um critério objetivo para efetuar tal juízo, a jurisprudência e a doutrina entendem aplicar-se o critério do *bonus pater familias* (conceito jurídico do homem médio), colocado na posição do paciente e com os especiais conhecimentos que este possui.³⁴

A doutrina alemã desenvolveu ainda a tese do consentimento hipotético, acolhida pela nossa jurisprudência, pensada para os casos em que não havendo a necessidade de intervenção imediata para salvaguardar a vida ou a saúde do paciente, mas em que o médico se depare com uma situação em que não consegue obter o seu consentimento, por estar inconsciente, e para evitar uma segunda intervenção, que as *leges artis* e a ética médica desaconselham, este atua como se o consentimento houvesse sido prestado.³⁵

São pressupostos da existência deste consentimento: “*que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; que a intervenção fosse, i) medicamente indicada, ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visasse afastar um perigo grave; e que a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto*”³⁶.

Contudo refira-se que independentemente da configuração do ato que gera a responsabilidade, omissão de prestação da informação a que era obrigado, ou ato que viola um direito de integridade física ou a vida do paciente, há que observar a

³⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica, in Responsabilidade civil dos médicos, Coimbra (2005), p. 485 *apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor

verificação dos restantes pressupostos da responsabilidade, nomeadamente além ilicitude dessa ação ou omissão, o dano, a culpa, e o nexo de causalidade.

3. Do regime geral da responsabilidade médica extracontratual

O regime da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana elenca os pressupostos gerais que constam expressamente da previsão do artigo 483.º, n.º 1 do C.C., designadamente, (i) facto voluntário do agente, (ii) ilicitude, (iii) culpa³⁷, (iv) dano e (v) nexo de causalidade entre o facto e o dano³⁸.

É em relação ao conteúdo do facto voluntário do agente que se limitam os casos analisados nesta sede. Assim, quando é feita a referência a responsabilidade médica, esta restringe-se às faltas praticadas pelo profissional clínico no exercício na sua profissão, ou seja, na prática de atos médicos.

A delimitação do conteúdo daquilo que é designado pelo *ato médico*, não se encontra expressa na lei. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça³⁹ ofereceu a seguinte definição, que foi genericamente⁴⁰ acolhida: “*acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas*”.

³⁷ Nos termos gerais a culpa trata-se de um juízo de censura pela ordem jurídica sobre o comportamento do agente que será considerado reprovável, com base no agente conhecer ou não poder desconhecer o desvalor da sua conduta e na sua capacidade de orientar o seu comportamento com base nesse juízo, tratando-se da capacidade “de entender ou querer” referida no artigo 488.º, n.º 1 do C.C.. O juízo de censura (ético-jurídico) é feito tendo em conta as circunstâncias do caso concreto em que se averigua a responsabilidade, havendo que verificar-se que naquele caso o médico poderia e deveria ter orientado o seu comportamento de forma diversa daquilo que fez.

³⁸ Deve ser analisada segundo critérios jurídicos e não puramente naturalísticos. A lei acolheu no artigo 563.º do C.C. um critério para auferir o nexo de causalidade entre o dano provocado e o ilícito cometido, ao estabelecer que “*a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”, critério que combina uma análise segundo a *conditio sine qua non* mas que é limitado pela teoria da causalidade adequada, isto é, um juízo abstrato de prognose *a posteriori*, sobre se o ilícito cometido seria previsível em circunstâncias normais, ou mesmo em circunstâncias anormais caso estas fossem conhecidas ou devem ser pelo agente, de originar aquele dano.

³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de abril de 2008, processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos.

⁴⁰ *Vide*, a título de exemplo: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de outubro de 2015, processo n.º 1485/10.2TJVN.F.P1, Relator João Proença; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 2010, processo n.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Baptista; e RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit.*, p. 13.

O ato médico relevante para efeitos de responsabilidade civil poderá consubstanciar-se num ato ativo ou omissivo deste profissional⁴¹ e é aquele que é cometido com violação das *leges artis* da profissão e de um dever de cuidado⁴².

Avança-se assim para a valoração específica da ilicitude nas ações de responsabilidade civil médica; esta poder-se-á consubstanciar na “*violação do dever de informação, de deveres funcionais, de deveres de proteção ou de um direito de personalidade*”^{43 44}, integrando todos estes deveres o conceito amplo das *leges artis*, pelo que a violação destas permite concluir pela ilicitude do comportamento.

As *leges artis* são compostas pelo conjunto de regras e técnicas que estabelecem métodos e procedimentos clínicos de atuação, a que os médicos estão vinculados no exercício da profissão, sendo resultado da experimentação científica e daquilo que é aceite pela generalidade da comunidade, devendo ser definidos a cada momento de acordo com o estado atual da ciência⁴⁵.

Dada a evolução constante nesta área da ciência e da técnica, as *leges artis* encontram-se em constante mutação e muitas vezes são alvo de discussão entre a comunidade científica; ao que acresce que por vezes a atuação médica se situa propositadamente fora do padrão de conduta, buscando-se a aplicação de uma nova técnica ou procedimento que se crê mais indicada para a situação clínica concreta do paciente, criando uma situação que não deve ser apreciada de acordo com as *leges artis* gerais mas com a *lex artis ad hoc*⁴⁶.

⁴¹ O comportamento ativo consubstancia-se numa ação *strito sensu*, será aquele que colide e lesa os direitos de outrem desrespeitando a norma que estabelece um dever genérico de respeito pela esfera de terceiros; por outro lado, quando se trata de uma omissão que sustenta a aplicação do regime de responsabilidade civil, dada a ausência de um dever genérico de evitar danos na esfera de terceiro, o que está em causa é a ausência de um comportamento específico que a lei ou um contrato obriga, ou seja, em traços gerais traduz-se numa ocorrência ou evento que provoca um dano na esfera de outrem devido à falta de ato positivo expectável.

⁴² RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit.*, p. 15.

⁴³ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁴ Em termos gerais ilicitude será a desvalorarção jurídica do comportamento do agente por violar os direitos subjetivos de outrem e/ou normas de proteção, destinadas a proteger interesses alheios mas com relevância para o ofendido, como por exemplo, a título meramente ilustrativo relativo à presente temática, normas de segurança, de conduta ou higiene.

⁴⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de fevereiro de 2014, processo n.º 1116/10.0TAGRD.C1, Relator Vasques Osório.

⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 17.

O médico possui autonomia para determinar qual a melhor terapêutica e quais os procedimentos a que o paciente deve ser submetido, pois é o médico quem possui a preparação técnica para avaliar a situação clínica do paciente e decidir pelas regras da arte, a evolução da ciência e os meios disponíveis de tratamento, qual a metodologia a seguir⁴⁷.

Certamente que poder-se-á fazer um juízo *a posteriori* e verificar, após o tratamento, que este não apresentou o resultado expectável; contudo, o momento relevante para a averiguação da existência de negligência do médico, não será este, mas antes o momento em que foi efetuada a intervenção; momento referência que deverá ser utilizado para se verificar se foram ou não cumpridas as *leges artis*⁴⁸.

A culpa do agente poderá ter lugar de duas formas, seja a título de dolo, seja a título da “mera culpa”, designada também por negligência. O critério para apreciação da culpa estabelecido na lei será o do homem médio, representado pela “*diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”, nos termos do artigo 487.º, n.º 2 do C.C.. A referência às circunstâncias de cada caso concreto não deve ser descurada, a diligência que é exigida a um profissional qualificado nos atos relacionados com a sua atividade, como será um médico, é necessariamente superior aquela que é exigida a qualquer pessoa não qualificada que por qualquer circunstância se encontre na mesma situação, por exemplo, um transeunte que preste primeiros socorros a alguém na rua.

Neste sentido, a diligência que se exige ao médico, independentemente do tipo de responsabilidade em causa, será sempre específica em relação ao critério do homem médio estabelecida no artigo 487.º, n.º 2 do C.C.. O médico deverá cumprir com as técnicas e utilizar os meios que a ciência indica como mais indicados para o tratamento da patologia que esteja em causa, designadas como *leges artis* ou regras da arte, *com a diligência específica de um médico médio*, tendo em conta a sua posição específica como especialista, ou a falta dela, e ainda os meios que estão ao seu alcance naquele momento e naquele lugar.

⁴⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 17 *et seq.*

⁴⁸ *Ibidem.*

O médico médio será aquele que se rege pelo mesmo padrão de conduta pelo qual se rege o médico sensato, razoável e competente⁴⁹.

A responsabilidade originada na prática de um ato médico é normalmente tratada no âmbito da negligência deste profissional e não do dolo, embora não se exclua a hipótese de tal poder vir a acontecer. Atuará com negligência o médico que não é zeloso, nem utiliza a globalidade dos seus conhecimentos e capacidade técnica e científica para prestar os cuidados ao paciente, os descarta as regras básicas exigidas pela *praxis* da profissão, inclusivamente a obrigação de atualizar o seu conhecimento técnico tendo em atenção os novos procedimentos técnicos e clínicos⁵⁰.

O direito à indemnização do paciente, em caso de negligência no âmbito da responsabilidade médica extracontratual, poderá ser fixado em montante inferior aos danos sofridos pelo paciente, artigo 494.º do C.C., embora esta redução em relação ao regime geral do cálculo da indemnização, só poderá verificar-se nas circunstâncias previstas na norma, i.e., desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias o justifiquem.

A regra é pois que ressarcimento do lesado seja efetuado de modo a deixá-lo na situação que existia se o evento que provocou a lesão nunca tivesse existido, artigo 563.º do C.C., englobando quer o prejuízo efetivamente causado, quer os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, artigo 364.º, n.º1 do C.C.; a indemnização por princípio é *in natura*, mas não sendo tal possível, como acontece com a maioria dos danos resultantes da má prática médica, é calculada numa quantia pecuniária, nos termos do artigo 566.º, n.º 1 do C.C..

Este regime permite alcançar que o dano deve ser classificado para efeitos do cálculo da indemnização, designando-se como (i) dano em sentido real ou

⁴⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de outubro de 2012, processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, Relator Rui Vouga

⁵⁰ O grau de culpa do agente terá ainda influência (i) na determinação da obrigação da indemnização, nos termos do artigo 494.º do C.C., (ii) para efeitos de pluralidade de responsáveis pelos danos causados, artigo 490.º do C.C., que serão devedores solidários da obrigação de indemnizar, embora devam responder internamente entre si na medida da culpa de cada um, artigos 497.º e 507.º, ambos do C.C., e ainda, (iii) no caso de concurso de culpas para geração do resultado danoso, quando se verifica a participação da culpa do próprio lesado no resultado, podendo levar à diminuição ou mesmo extinção da obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 570.º do C.C..

concreto⁵¹, e dano em sentido patrimonial ou abstrato⁵²; (ii) danos emergentes⁵³ e lucros cessantes⁵⁴; (iii) danos presentes e danos futuros⁵⁵ e (iv) danos patrimoniais e danos não patrimoniais.

Quanto aos danos patrimoniais e não patrimoniais ou morais, a sua distinção centra-se na suscetibilidade dos danos ocorridos na esfera do lesado serem objeto de avaliação pecuniária. Uma única lesão poderá provocar danos destas duas categorias, por exemplo, um sujeito que sofra uma lesão corporal que lhe cause incapacidade de trabalho terá na sua esfera os danos correspondentes à redução do valor do seu salário por via desse dano, bem como os danos provenientes do custo que terá a reparação da lesão, como as despesas médicas e medicamentosas, ambos correspondentes a danos de natureza patrimonial; contudo, a dor e o sofrimento físico e até psicológico que advenham da lesão, não é suscetível de ser ressarcida com a compensação em espécie, sendo por isso um dano não patrimonial, tal não significa que não seja objeto de indemnização, pois ainda que não se possa reconstituir a situação, deve-se atribuir ao lesado uma compensação pela lesão sofrida, tal como está definido no artigo 496.º, n.º 1 do C.C..

Ainda quanto ao pressuposto do dano, tendo em conta o bem jurídico que é tutelado, assumem especial relevância em sede de análise da responsabilidade médica, o dano morte e o dano perda de chance.

Quanto ao dano morte, há que ter em conta que o facto morte de um sujeito poderá dar origem, além dos danos materiais, a vários danos não patrimoniais

⁵¹ Corresponde à avaliação, em abstrato, das utilidades que eram objeto de tutela jurídica, impondo a sua indemnização através da reparação do objeto lesado, reconstituição natural ou da entrega de um bem equivalente.

⁵² Implica, por essa reconstituição não ser possível, ser insuficiente, ou ser excessivamente onerosa para o autor da lesão, a avaliação concreta dos efeitos da lesão no domínio do património do lesado, consistindo a indemnização atribuída numa compensação da diminuição ocorrida nesse património, conforme estabelecido no artigo 566.º do C.C. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2014, processo n.º 679/05.7TAEVR.E2. S1, Relator Helena Moniz.

⁵³ Situação que o lesado teria constituída na sua esfera jurídica à data da lesão e que viu destruída.

⁵⁴ Espectativa que o lesado teria de vir a adquirir uma determinada situação na sua esfera e que devido ao facto danoso se frustrou.

⁵⁵ A distinção entre danos presentes e entre danos futuros tem em conta o momento da fixação da indemnização, sendo os danos presentes aqueles que já se encontram verificados e os futuros os restantes, a regra é que na fixação da indemnização o Tribunal pode atender aos danos futuros quando sejam previsíveis, nos termos do artigo 564.º, n.º 2, do C.C., sendo que se no momento da sentença não forem ainda determináveis em quantidade poder-se-á remeter a determinação desse cálculo a realizar em execução de sentença, artigo 661.º, n.º 2 do C.P.C. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit*, p. 300.

consequentes, nomeadamente entre outros, (i) a perda da vida da própria vítima; (ii) danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da sua morte e; (iii) no caso da morte não ser instantânea, danos não patrimoniais sofridos pela vítima e pelos seus familiares até à ocorrência da morte⁵⁶.

Quanto à tutela legal do direito de indemnização por estes danos, os danos que sofre a vítima que não tem morte imediata estão abrangidos pela tutela do artigo 496.º, n.º 1 do C.C. e os danos não patrimoniais sofridos pelos seus familiares estão abrangidos pelos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo. Quanto ao dano morte em sentido estrito, apesar de alguma resistência por parte da doutrina⁵⁷ e inicialmente também da jurisprudência em aceitá-lo como dano indemnizável, com base na cessação da personalidade jurídica na morte do sujeito, nos termos do artigo 68.º, n.º1 do C.C., atualmente é por todos sufragado o entendimento de que a vida é um bem tutelado pelo direito e que a sua perda dará origem ao direito a indemnização do lesado, transmissível aos seus sucessores por via do artigo 2024.º do C.C.⁵⁸.

Por outro lado, a indemnização pelo dano perda de chance ou perda de oportunidade não é pacífica entre a doutrina e jurisprudência portuguesas, entre os autores e a jurisprudência que aceitam este dano, apontam que devem ser apreciadas as probabilidades dessa chance se verificar efetivamente e que ainda que essa probabilidade seja real e séria, a reparação será sempre parcial. A oportunidade perdida já se encontra na esfera do lesado, de modo a que a sua supressão trata-se de um dano emergente e não de um lucro cessante.

No caso da perda de oportunidade de cura, que será o que está em questão em matéria de responsabilidade médica, entende MENEZES LEITÃO que só haverá lugar ao direito de indemnização em casos em que a probabilidade de verificação da

⁵⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit.*, p. 303.

⁵⁷ Cf. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral - Vol. I*, Almedina, 2015, pp. 615 *et seq.*; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Sucessões*, Coimbra, 2000, pp. 243 *et seq.*; CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões I*, Lex-Edições Jurídicas, 1993, pp. 45 *et seq.*

⁵⁸ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit.*, p. 303; CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume, AAFDL, 1999, pp. 289 *et seq.* e *Idem*, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo III, Almedina, 2010, p. 518,

cura fosse, antes do facto ilícito, superior a 50% e que probabilidades inferiores não serão indemnizáveis⁵⁹.

Este entendimento está de acordo com a posição da jurisprudência inglesa, que amplamente reconhece o dano perda de oportunidade de cura, embora seja restritiva ao conceder a indemnização, exigindo que se demonstre que a possibilidade de cura perdida fosse superior a 50%. Veja-se neste sentido o precedente *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, em que a *House of Lords* rejeitou uma ação de responsabilidade fundamentada num atraso de diagnóstico que teria reduzido consideravelmente as possibilidades de cura do doente, pois as hipóteses estatísticas de cura seriam inferiores a 50%, não permitindo a demonstração que a oportunidade de cura tivesse sido perdida; orientação confirmada em 2005, no caso *Gregg v Scott*, em que a *House of Lords* também exclui o direito a indemnização num caso em que se demonstra o atraso de diagnóstico mas em que as chances de sobrevivência do doente seriam de 42% e em consequência do atraso decrescem para 25%.

4. Da responsabilidade médica objetiva

A aplicação da responsabilidade civil implica em regra um juízo de desvalor da conduta do agente, a verificação de culpa, contudo podem verificar-se situações de responsabilidade objetiva, pelo risco ou pelo sacrifício⁶⁰, distintas “*consoante o título de imputação a que recorra para transferir o dano da esfera do lesado para outrem*”⁶¹. Estes são casos excepcionais e cuja aplicação só existe nos casos especialmente previstos na lei, conforme refere o artigo 483.º, n.º 2 do C.C..

⁵⁹ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit.*, p. 309.

⁶⁰ A imputação da responsabilidade pela via do risco tem em conta critérios objetivos na sua repartição, visando não só a reparação de danos, mas também a sua prevenção, assim, imputa-se o dano àquele (i) que obtém os benefícios provenientes de uma esfera de riscos; (ii) que pode controlá-la; ou (iii) que a cria através de determinada atividade. A responsabilidade pelo sacrifício limita-se a visar a reparação de danos no lesado resultantes de uma atuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou interesse de valor superior. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pp. 253, 329 *et seq.* e pp. 359 *et seq.* e CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, II, Direito das Obrigações II, Tomo III*, Almedina, 2010, páginas. 405 e 406.

⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit.*, p. 253.

Neste sentido, a lei prevê as seguintes situações específicas de responsabilidade objetiva aplicáveis à atividade médica: (i) casos de realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, em que “*o promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao ensaio*”, nos termos do artigo 15.º, n.º1 da Lei n.º 46/2004⁶² ⁶³; (ii) nos casos de doação de órgãos entre vivos, em que “*o dador tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos no decurso do processo de dádiva e colheita, independentemente de culpa, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação*”, artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 22/2007⁶⁴; (iii) casos de responsabilização de um médico, sem culpa, por atos praticados pelos seus auxiliares ou representantes, desde que estes tenham atuado com culpa, quer no âmbito puramente delitual, por força do artigo 500.º do C.C., quer no âmbito de um contrato, por via do artigo 800.º do C.C.⁶⁵; (iv) os casos de responsabilidade do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público que “*respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos*”, nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 67/2007.

Não obstante os riscos associados ao ato médico serem inegáveis - aliás diga-se que mesmo a mais simples intervenção ou a mera prescrição de um medicamento poderá ser lesiva ou até mesmo lancinante para o paciente - aquele que, em princípio, beneficia dessa esfera de riscos é o paciente e não o médico. Outra interpretação poderia dar origem a uma situação em que para evitar a responsabilização os médicos abster-se-iam de praticar atos médicos mais arrojados, levando-se a uma estagnação da medicina, com evidentes prejuízos para a saúde dos particulares e ainda para a saúde pública.

⁶² Trata-se de uma compensação pelo sacrifício daqueles que aceitam colocar-se numa situação de risco para benefício da sociedade. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit.*, pp. 375 *et seq.* e PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes... ob cit.*, p. 691.

⁶³ O n.º 3 deste artigo estabelece ainda a presunção do nexo de causalidade entre os danos sofridos na saúde do paciente, quer durante o estudo, quer no prazo de um ano após a sua conclusão, e o ensaio clínico.

⁶⁴ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 31; e PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos ... ob cit.*, p. 692.

⁶⁵ Ambas as disposições são tipicamente aplicáveis no âmbito das equipas médicas. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit.*, p. 31.

Neste sentido, o ordenamento jurídico nacional não acolhe a teoria do risco profissional, e sendo assim, fora destes casos existe a necessidade imperiosa de se verificar a culpa do lesante⁶⁶.

5. Do contrato para prestação de serviços médicos

Cada vez mais, a intervenção médica é contratada no âmbito da autonomia da vontade, ambas as partes manifestando o seu desejo de contratar e obrigando-se mutuamente, nos termos do artigo 405.º do C.C..

Assim, o contrato celebrado entre médico e paciente será um contrato de prestação de serviços socialmente típico, mas juridicamente inominado, definido no artigo 1154.º do C.C. ao qual se aplica o regime do mandato nos termos do artigo 1156.º do C.C.⁶⁷.

Poder-se-á caracterizar este contrato com base em algumas ideias fundamentais: (i) é pessoal, pois o paciente escolhe o médico com base numa relação de confiança; (ii) é bilateral, obrigando reciprocamente ambas as partes, (iii) será em princípio oneroso, implicando o pagamento de honorários; (iv) contínuo, pois prolonga-se no tempo e (v) está sujeito a rescisão, embora com algumas limitações por parte do médico, que deverá garantir não prejudicar o paciente e a continuidade dos cuidados⁶⁸.

Como qualquer contrato comporta obrigações principais, obrigações secundárias e obrigações acessórias. A obrigação principal do médico perante o paciente será a obrigação de tratamento, mas esta poderá ainda envolver múltiplas prestações, como: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, inclusivamente cirúrgica, de vigilância, e de informação⁶⁹. Por parte do paciente, caber-lhe-á o dever

⁶⁶ Veja-se neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, Juiz Relator Hélder Roque: “*E, como só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, onde não se inclui a prática de actos médicos, não tendo sido, portanto, acolhida, no nosso ordenamento jurídico, a teoria do risco profissional, não se demonstrando a culpa, inexistente, consequentemente, responsabilidade civil médica*”.

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, página 39.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1. S1, Relator Gregório Silva Jesus.

principal de retribuição e ainda o ónus “*de cumprir o tratamento sem interrupções e exactamente da forma que o médico estipulou*”⁷⁰.

Quanto à forma, o contrato para prestação de serviços médicos não tem de ser escrito, podendo ser um contrato verbal ou mesmo tácito.

A relação jurídica contratual que abrange a prestação de cuidados médicos é uma relação complexa, cujas partes nem sempre são apenas o paciente e o médico. Veja-se o papel das seguradoras, que se apresentam frequentemente nestas relações como partes intermediárias não sendo o contrato inicialmente estabelecido entre o médico e o paciente. Tal relação jurídica tem sido acolhida pela jurisprudência, muito embora não haja um entendimento pacífico quanto à caracterização deste contrato. Neste sentido, pode-se analisar a qualificação do Supremo Tribunal de Justiça como uma “*relação contratual triangular que se ajusta a um contrato a favor de terceiro, ou seja, como um “contrato misto em que a componente prestação de serviço (médico) é a mais relevante*”⁷¹.

6. Da obrigação de tratamento – obrigação de meios ou de resultado?

Quanto à obrigação principal de tratamento assumida pelo médico que se referiu, uma das principais questões levantadas prende-se com a sua caracterização como obrigação de meios ou como obrigação de resultado.

De acordo com a definição de ALMEIDA COSTA na obrigação de meios “*o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza*”, mas há uma obrigação de resultado “*quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil*”.⁷²

Assim, de acordo com esta definição, pode-se concluir que, tratando-se de uma obrigação de meios o profissional de saúde não se obriga a apresentar um

⁷⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 40.

⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1. S1, Relator Gregório Silva Jesus.

⁷² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 10.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 1039 *et seq.*

determinado resultado, *v.g.* a cura, antes a utilizar os meios e técnicas adequadas para a obtenção desse resultado, as *leges artis* da profissão, e a sua inobservância consubstancia um cumprimento defeituoso da prestação acordada.

Para que se possa classificar determinado contrato para prestação de serviço médico como obrigação de meios ou obrigação de resultado há que *a priori* ponderar qual a natureza e o objeto do ato médico em causa, ou seja, a configuração da prestação principal contratada, e mesmo eventualmente as circunstâncias em que se celebrou o contrato (*v.g.* exigências do paciente aceites pelo médico ou mesmo aquilo que o médico se propôs a prestar) podem vir a determinar a caracterização do contrato.

Se a ciência e a técnica não tiverem ainda meios disponíveis para que se alcance a cura ou mesmo a diminuição de sofrimento para determinada patologia verifica-se uma obrigação de meios. Por outro lado, se a ciência e a técnica tiverem evoluído de tal forma que para a intervenção em causa a margem de risco é irrisória, então o médico estará vinculado a mais do que cumprir as *leges artis*, está obrigado a alcançar o resultado contratado, mesmo porque será essa a expectativa legítima do paciente⁷³. A expectativa legítima que seja criada no paciente por via do médico assumir o cumprimento do resultado, será sempre em princípio tutelada, ainda que apenas civilmente, e mesmo em casos em que a deontologia profissional deste profissional não lhe permitisse assumir esta obrigação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça⁷⁴.

No que se refere ao caso específico da cirurgia estética e da medicina dentária, com especial relevância nos tratamentos dentários estéticos, a doutrina e a jurisprudência discutem amplamente a qualificação desta obrigação como de meios ou de resultado. A fundamentação desta discordância prende-se com a natureza destas intervenções; não será difícil discorrer que quando o paciente aceita a intervenção por razões de doença, haverá riscos envolvidos, alguns pela sua própria condição enferma, e que aceita esses riscos pois sem se submeter a tais

⁷³ Neste sentido veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de abril de 2008, processo n.º 08A183, Juiz Relator Fonseca Ramos.

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2011. processo n.º 10527/07.8TBMAI.P1.S1, Relator João Camilo

certamente não terá sucesso no seu tratamento, mantendo-se a situação de doença; por outro lado, quando o paciente procura no médico uma intervenção com vista a alterar ou melhorar a sua aparência e não padece de qualquer mal clínico, pouco sentido faria aceitar submeter-se a tal intervenção não sendo o resultado estético pretendido alcançado. Isto é, se as intervenções médicas em geral pugnam pela sua necessidade, nestes casos específicos, isso não se verifica.

Esta questão já por várias vezes foi abordada pela jurisprudência, concluindo que a cirurgia estética é uma obrigação de quase resultado, pois ainda que o médico não se comprometa em absoluto com a melhoria estética almejada, neste tipo de obrigação, o resultado é o único objetivo.

Verificando-se uma obrigação de meios, o médico não será responsável por não ter obtido o resultado desejado, mas apenas e só por violação das *leges artis* e do comportamento que era objetivamente exigível ao profissional médio naquela situação.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA sustenta que a obrigação assumida pelo médico se encontra numa terceira categoria, devendo ser qualificada como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório uma vez que o médico obriga-se a mais do que apenas “*usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada*”⁷⁵, o médico vincula-se a “*fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável (...) ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento*”⁷⁶.

Salvo o devido respeito por todas as opiniões desenvolvidas e aqui demonstradas, parece que caracterizar a obrigação assumida pelo médico em geral como uma obrigação de meios ou de resultado não será em regra a melhor opção, antes dever-se-á analisar caso a caso a obrigação assumida e os seus contornos específicos retirando daí a classificação mais adequada, embora se reconheça que o

⁷⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDUL, 1996, p. 126.

⁷⁶ *Ibidem*.

mais frequente, ou na quase totalidade dos casos, o médico assume uma obrigação de meios e não de resultado.

7. Da aplicação das regras da responsabilidade contratual

Nos casos em que se estabelece uma relação contratual entre paciente e médico, a aplicação das regras da responsabilidade contratual foi uma opção acolhida, inicialmente, pela jurisprudência com algumas reticências visto que: (i) as obrigações médicas resultam de normas jurídicas e de normas deontológicas e não do contrato; (ii) a vida e a saúde são bens inalienáveis indisponíveis; (iii) a atividade médica não pode ser contratada nem os honorários podem ser vistos como pagamento, tendo em conta a atividade liberal de que se trata e ainda; (iv) devido à aplicação à responsabilidade contratual da presunção de culpa presente no artigo 799.º, n.º1 do C.C., o que se pensou que geraria efeitos nefastos na medicina em geral⁷⁷.

Com semelhante fundamentação, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA defende quanto à aplicação da presunção de culpa presente no artigo 799.º, n.º 1 do C.C. que não se justifica a aplicação desta presunção no âmbito da responsabilidade médica uma vez que a relação contratual entre as partes não acrescenta nenhum dever que o médico já não estivesse vinculado a cumprir por se tratar de um dever geral que em princípio já caberia a esse profissional; *“pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”*⁷⁸.

Esta orientação, que foi em tempos maioritária, sofreu uma mudança de rumo, sendo que atualmente é amplamente reconhecido, que a responsabilidade

⁷⁷ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit*, p. 35.

⁷⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus... op cit.*, pp. 125 *et seq.* e 136 *et seq.*

médica pode e deve ser tratada em sede de responsabilidade contratual quando o contrato é celebrado.

Neste sentido, também se considera equitativa a aplicação da presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1 do C.C., visto que “*a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico*”⁷⁹ e que o doente “*está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente*”⁸⁰.

De acordo com a posição que propugna pela aplicação das regras da responsabilidade contratual a esta relação entre médico e paciente, que se acolhe nesta sede, caberá ao paciente lesado demonstrar a existência de um contrato – embora com especificações próprias advindas da natureza do ato médico – aplicando-se à responsabilidade contratual pressupostos semelhantes aos que a lei suscita a aplicação ao nível da responsabilidade civil, e que a generalidade da doutrina faz uma avaliação unitária, na qual podemos incluir PESSOA JORGE⁸¹ e MENEZES LEITÃO⁸², posição que é acompanhada pela jurisprudência⁸³, assim, o regime da responsabilidade médica contratual pressupõe: (i) um contrato celebrado entre médico e paciente; (ii) o incumprimento deste; (iii) culposo, em regra na responsabilidade médica, por negligência; (iv) gerador de um dano, ou seja, de um prejuízo para o credor-paciente, que se traduz com frequência numa ofensa física, corporal e/ou psíquica, e que poderá eventualmente originar outros danos

⁷⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002, processo n.º 02A4057, Relator Afonso Melo.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de março de 2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, relator Maria do Rosário Morgado.

⁸¹ Cf. JORGE, Fernando Pessoa, Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, Almedina, 1999, pp. 131 *et seq.*

⁸² Cf. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *op cit*, pp. 315 *et seq.*

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus: “*São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano*” e ainda no mesmo sentido, Acórdão do mesmo Tribunal de 21 de novembro de 2007, processo n.º 07A3426, Juiz Relator Rui Maurício.

associados; (v) que é consequência do comportamento do médico, semelhante à exigência do nexo de causalidade.

Refira-se que, mesmo aqueles que defendem esta tese reconhecerem, tal como afirmou MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que os deveres que se encontram na relação paciente-médico, haja ou não uma veste contratual, serão sensivelmente os mesmos⁸⁴, pelo que os critérios através dos quais se aufere o incumprimento contratual são semelhantes àqueles utilizados para apuração da ilicitude do comportamento para efeitos de apuração de responsabilidade extracontratual.

No entanto, importa apurar se o médico se comprometeu a apresentar um resultado ou meramente a aplicar os meios para potenciar a sua verificação com o cumprimento das regras de conduta técnicas e profissionais exigíveis em concreto a este profissional, tendo em conta as condições que dispunha e o estado da ciência à data do facto, pois a verificação do incumprimento contratual, deve ser corretamente precisada. O caso da responsabilidade médica apresenta a particularidade de que a verificação de um resultado adverso é por vezes frequente, e não significa por si só que haja um incumprimento, podendo dar-se tal situação por uma multiplicidade de fatores, há que verificar-se a falta de observância dos deveres contratualmente e profissionalmente assumidos pelo médico.

Quanto às relações triangulares, já abordadas, que envolvem médico, paciente e entidade seguradora, a responsabilidade por atos lesivos no âmbito da relação médico-paciente não deixa de ser tratada de acordo com as regras da responsabilidade civil contratual, *“a partir do momento em que o Réu decide intervir o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”*⁸⁵.

Contudo, há situações em que a prestação de assistência médica por um profissional não é contratada ou é invalidamente contratada e nesses casos os danos

⁸⁴ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 32 *et seq*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de março de 2007, processo n.º 5177/2006-2, Relator Neto Neves

⁸⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 2007, processo n.º 07A3426, Relator Rui Maurício.

que provenham da sua intervenção não poderão ser tratados ao abrigo da responsabilidade obrigacional.

Veja-se a hipótese de um médico que presta assistência a um sujeito inanimado que encontra na rua ou ainda de um contrato nulo por o seu objeto ser ilícito, no âmbito das quais estaremos perante uma responsabilidade meramente delitual, aplicando-se as regras deste regime quanto a prazos de prescrição, responsabilidade de terceiros e ónus da prova.

Diga-se ainda, que estes dois regimes, o da responsabilidade delitual e o da responsabilidade obrigacional, frequentemente coexistem, visto que o mesmo facto, existindo um contrato, poderá consubstanciar-se num incumprimento deste, mas também num facto ilícito *per si* por violação de um direito absoluto, frequentemente nesta sede o direito à integridade física ou à vida.

Perante esta situação a doutrina divide-se; por um lado e na senda do que VAZ SERRA⁸⁶ propunha, autores como FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO⁸⁷ defendem que o lesado deveria ter a faculdade de optar por um ou outro regime, aplicando as regras que lhe forem mais convenientes, cumulando os regimes na mesma ação; por outro lado, outros autores defendem o *princípio da consunção*, de acordo com o qual o regime da responsabilidade obrigacional consome o regime da responsabilidade delitual e estando preenchidos pelos mesmos factos os fundamentos de ambas, será o primeiro a aplicar-se, neste sentido, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁸⁸.

A jurisprudência tem-se inclinado no sentido de que o lesado em princípio poderá optar por qualquer um dos regimes, desde que não existam limitações a tal no caso concreto, e que podem desde logo ser estabelecidas no contrato, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, definido no artigo 405-º do C.C., optando consoante a que julgue mais favorável em concreto⁸⁹.

⁸⁶ SERRA, Vaz, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de março de 1968*, in Revista Legislação e Jurisprudência, ano 102, páginas 313-314.

⁸⁷ DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in Boletim do Ministério da Justiça, N.º 332, Jan., 1984, 21-84

⁸⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus...op cit*, p. 137.

⁸⁹ Ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001, processo n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro

Quanto às diferenças de regime realce-se que (i) ao nível da culpa esta é presumida no caso da responsabilidade contratual, artigo 799.º, n.º 1 do C.C., não o sendo na responsabilidade extracontratual, artigo 487.º, n.º 1 do C.C.; (ii) os prazos de prescrição do direito à indemnização são também diferentes, sendo mais curtos, designadamente de três anos apenas no caso da responsabilidade extracontratual, nos termos do artigo 498.º do C.C., estando a responsabilidade obrigacional sujeita aos prazos de prescrição gerais das obrigações, nomeadamente vinte anos, conforme artigo 309.º e ss do C.C.; (iii) quanto ao regime da responsabilidade por atos de terceiro, também será diferente consoante se aplique o artigo 500.º para a responsabilidade delitual, que exige a demonstração de uma relação de comissão (poder de dar ordens e instruções) e da culpa do comissário; ou o artigo 800.º no caso da responsabilidade contratual, para a qual basta a existência de um vínculo entre o médico e os seus representantes legais ou auxiliares, ainda que inexistam o poder de direção; (iv) na eventualidade de haver mais de um responsável, também a distribuição da responsabilidade é diversa, no caso da responsabilidade extracontratual aplicar-se-á sempre o regime da solidariedade entre os corresponsáveis, conforme artigo 497.º do C.C. e no caso da responsabilidade contratual a regra será a da parcialidade na distribuição da responsabilidade, podendo vigorar o regime da solidariedade se for esse o regime da obrigação incumprida⁹⁰.

Realce-se ainda que no caso da responsabilidade extracontratual a lei estabelece, nos termos do artigo 494.º do C.C., a possibilidade da indemnização ser inferior ao montante real dos danos; bem como a possibilidade de se poder estar perante um litígio que será apreciado no âmbito da jurisdição administrativa, nos casos de responsabilidade médica por atos praticados no Serviço Nacional de Saúde⁹¹, em que estão em causa relações de direito público - tal reporta-se apenas às situações de responsabilidade extracontratual, pois a responsabilidade contratual trata de relações de direito privado cuja competência será dos tribunais cíveis⁹².

⁹⁰ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op cit*, p. 254.

⁹¹ Neste sentido, ver Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de janeiro de 2009, processo n.º 267/06.0TBCLB.C2, Relator Isabel Fonseca.

⁹² Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit*, p. 34.

Independentemente da classificação conceptual da responsabilidade, a obrigação de indemnização dela decorrente é tratada de forma unitária nos artigos 562.º e ss do C.C..

Quanto à competência dos tribunais para apreciação destas ações, a responsabilidade contratual será sempre apreciada nos tribunais judiciais de jurisdição cível; a responsabilidade extracontratual poderá ser apreciada nestes ou no decurso de processo criminal, como melhor se explanará.

8. Do regime aplicável aos médicos no S.N.S. – breve incursão

Ao recorrer ao Serviço Nacional de Saúde para prestação de cuidados médicos o paciente não estabelece uma relação contratual advinda de uma escolha sua. Ainda que muitas vezes nos serviços privados de saúde a sua autonomia seja reduzida e frequentemente conduzida ao regime das cláusulas contratuais gerais, assiste sempre ao paciente no âmbito da sua autonomia contratual escolher a que serviço se dirigir ou que médico pretende que o atenda. Tal não se verifica no âmbito do S.N.S., sendo que no seu seio é decidido a nível administrativo qual o serviço e o médico competente para atender determinado paciente. Assim, qualquer referência a responsabilidade médica no âmbito do S.N.S. será sempre tratada em sede de responsabilidade extracontratual.

Os hospitais do S.N.S. são entidades públicas, que exercem funções administrativas e que prosseguem o interesse público - a prestação de cuidados de saúde à população, sendo este um direito constitucional dos cidadãos consagrado no artigo 64.º, n.º 1 e concretizado no n.º 2, al. a), do mesmo artigo da C.R.P.. Aliás, ao abrigo deste imperativo a entidade prestadora de cuidados de saúde não pode recusar-se a prestar esses cuidados aos cidadãos que deles careçam, sendo como tal irrelevante a sua vontade, condição necessária para contratar.

Mesmo em relação à retribuição, característica típica dos contratos de serviços médicos, já se teve a oportunidade de esclarecer que ainda que se entregue algum valor a título de taxa moderadora, este é apenas “...um acto simbólico para fazer lembrar aos que ocorram aos serviços médicos e hospitalares do SNS que há

*custos gerais para os contribuintes, e assim de algum modo se poder evitar o congestionamento de serviços por razões que não necessitariam de consulta ou tratamento...”*⁹³.

A aplicação do regime da responsabilidade extracontratual no âmbito do S.N.S. tem uma particularidade, tratando-se de ação proposta contra um estabelecimento público de saúde aplicar-se-á o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas, Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro, com as atualizações da Lei n.º 31/2008 de 17 de julho, aos atos ou omissões praticadas no exercício dessa função pública que sejam lesivos dos direitos dos pacientes.

As ações de responsabilidade civil extracontratual contra um hospital ou funcionário do S.N.S. enquanto servidor público caberá em princípio à jurisdição dos tribunais administrativos⁹⁴.

Em casos em que haja lugar simultaneamente a um processo penal, poderá, no entanto, haver lugar à aplicação do princípio da adesão, artigo 71.º do C.P.P., sendo competente para julgar a ação de responsabilidade civil extracontratual o tribunal criminal que julga o processo penal. Neste sentido já julgou o Tribunal de Lisboa, acrescentando ainda que *“a competência em razão da matéria a dirimir entre as jurisdições civil e administrativa se afere pela natureza da relação jurídica tal como é apresentada pelo autor na petição inicial, isto é, no confronto entre o respectivo pedido e a correspondente causa de pedir”*, sendo que no caso em apreço entende que o pedido de indemnização cível deduzido contra o hospital, sendo fundado na prática de crime praticado pelos seus agentes, é dirigido a este, enquanto comissário e não com base em atos de gestão pública praticados por si ou pelos seus agentes,

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2008, processo n.º 08A3323, Relator Mário Cruz.

⁹⁴ Veja-se as alíneas f) e g), do n.º 1 do artigo 4.º do E.T.A.F.; tenha-se ainda em conta nesta matéria nos casos cada vez mais frequentes em que os hospitais se constituem como empresas públicas - pessoas coletivas de direito privado constituídas de acordo com a lei comercial, onde o Estado ou outra entidade pública possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante - aplicar-se-á o mesmo regime por efeito do artigo 23.º, n.º 1 do DL n.º 133/2013, de 03 de Outubro, que define o Regime Jurídico do Sector Público Empresarial.

reforçando assim a ideia de que deve o pedido ser conhecido no âmbito do processo-crime⁹⁵.

9. Dos atos médicos penalmente relevantes e do princípio da adesão

Nem sempre é facilmente atingível a propósito da responsabilidade médica, a delimitação da fronteira entre as condutas do sujeito geradoras de responsabilidade penal ou cível.

Estar-se-á perante um caso de responsabilidade penal nos casos em que a conduta perpetrada pelo profissional de saúde preencha os elementos típicos de um determinado crime⁹⁶. Acrescendo que por consequência do princípio da subsidiariedade⁹⁷, mesmo que se verifique um erro médico gerador de danos para o paciente, poder-se-á estar perante um caso de responsabilidade civil e não haver lugar a responsabilidade penal.

A lei penal atribui especial atenção e relevância às intervenções médicas; não apenas no sentido em que a intervenção só será considerada uma ofensa à integridade física nos casos em que o médico viole as *leges artis* da profissão, como também, ao criar um tipo de crime específico para as ofensas à integridade física com violação deste normativo das *leges artis*, encontrando-se estas disposições nos n.ºs 1 e 2 do artigo 150.º do C.P., respetivamente.

⁹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de maio de 2012, processo n.º 1499/08.2TDLSB-A. L1-5, Relator Alda Tomé Casimiro.

⁹⁶ Sobre a matéria da punição penal de condutas o artigo 29.º da C.R.P. estabelece os princípios constitucionais básicos que são (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da tipicidade; (iii) princípio da não retroatividade da lei penal, limitado pelo (iv) princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável. Assim, para a responsabilização penal do indivíduo aplica-se o brocardo *nullum crimen sine lege*, isto é, são apenas criminalizadas as condutas como tal previstas na lei, nos termos do artigo 164.º, n.º 1, al. e) da C.R.P.; que estejam devidamente tipificadas como tal, de forma suficiente e clara; e que a lei em vigor à data do ato já penalizasse essa conduta, acrescendo que se houver lei posterior mais favorável será esta a aplicar-se uma vez que o legislador manifesta que já não considera a conduta gravosa o suficiente para ser alvo de punição penal, estando de outra forma a violar o princípio da necessidade que já referido

⁹⁷ Desde logo se diga que “a punição penal é subsidiária em relação a outras formas de punição (contraordenações, punição disciplinar, responsabilidade civil), só se justificando em caso de insuficiência ou impropriedade destas”, sendo esta solução aquela que está de acordo com o princípio da proporcionalidade presente no artigo 18.º, n.º 2 da C.R.P., na medida e que a punição penal é a mais gravosa restrição do Estado aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, podendo em última instância até resultar na gravosa privação da liberdade. CANOTILHO, Gomes J.J. e MOREIRA, Vital, *op cit.*, p. 494.

Resta realçar que em Direito Penal a negligência só é punida quando o tipo de crime em causa especialmente assim o preveja, artigo 13.º do C.P.; concretizando o artigo 15.º como é apurada a falta de diligência, que deverá ter em conta as circunstâncias, recaindo sobre aqueles que são obrigados e capazes de “*representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização*” ou então, apesar de obrigados e capazes de tal não chegam “*sequer a representar a possibilidade de realização do facto*”. Quanto às distinções no campo da atuação negligente, com especial relevância no campo da responsabilidade médica dado que é o cenário de mais frequente verificação neste tipo de ações, (i) a negligência consciente parte da violação de um dever de diligência, conhecendo o agente que poderá vir a originar o dano, mas atuando sem se conformar com o resultado; (ii) a negligência inconsciente traduz-se na mesma violação do dever de diligência a que o agente está obrigado, mas neste caso sem sequer representar o resultado danoso como possível.

Tendo em conta os crimes cuja discussão e eventual verificação é mais frequente no âmbito da análise dos atos geradores de responsabilidade médica, verifica-se que a lei penal prevê nesta matéria vários crimes específicos próprios, i.e., crimes que só podem ser praticados por médicos⁹⁸; sendo estes: (i) as intervenções médico-cirúrgicas que violem as *leges artis* da profissão criando perigo para a vida ou para a saúde do paciente, p. e p. no artigo 150.º, n.º 2, do C.P.; (ii) as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, p. e p. artigo 156.º pelo C.P.; (iii) ou prestados sem o devido consentimento, artigo 157.º *ex vi* 156.º do C.P.; (iv) atestado falso, p. e p. pelo artigo 260.º; (v) recusa de médico, p. e p. pelo artigo 284.º do C.P. e ainda (vi) elaboração com dados ou resultados inexatos, de exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, p. e p. pelo artigo 283.º do C.P.⁹⁹.

Aos quais acrescem os crimes cuja punição não é dirigida aos médicos, embora sejam verificados frequentemente no exercício da medicina: (i) homicídio a pedido da vítima, p. e p. pelo artigo 134.º do C.P.; (ii) auxílio ao suicídio, artigo 135.º

⁹⁸ Por oposição aos crimes específicos impróprios, nos quais a qualidade do agente que os pratica ser um médico leva à agravação do resultado.

⁹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 44.

do C.P.; (iii) homicídio negligente, por via do artigo 137.º do C.P.; (iv) aborto, artigo 140.º e ss. do C.P.; (v) a ofensa à integridade física negligente, p. e p. pelo artigo 148.º do C.P.; (vi) procriação artificial não consentida, artigo 168.º do C.P.; (vii) violação do segredo profissional, artigo 195.º do C.P. e (viii) aproveitamento indevido do segredo¹⁰⁰.

Desta forma, a lei penal tutela com especial relevância nesta matéria, o bem jurídico vida e integridade física, mas também o bem jurídico da liberdade e autodeterminação do sujeito.

Na eventualidade de uma conduta que é geradora de responsabilidade penal e que originou danos indemnizáveis haverá lugar tanto à responsabilidade penal como também, simultaneamente, à responsabilidade civil. Nesses casos o pedido de indemnização é deduzido, em princípio, no processo penal respetivo, ao abrigo do princípio da adesão previsto no artigo 71.º do C.P.P., podendo ser deduzido inclusivamente contra o responsável civil pelos factos que constituem o crime; ainda que esse sujeito não tenha cometido o crime e não tenha sido julgado penalmente, caso responda pelos danos nos termos da lei civil poderá ser chamado ao processo penal, nessa qualidade e apenas para o efeito de ser julgado no âmbito do processo cível.

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que: “...o tribunal criminal competente para apreciação do pedido de indemnização civil enxertado em processo-crime e deduzido contra hospital público (Empresa Pública do Estado), integrado no Serviço Nacional de Saúde, enquanto comissário, por conta e ao serviço de quem agiram as demandadas...”¹⁰¹.

O princípio da adesão tem como razões de fundo entre outras originárias pela economia processual, a segurança e a coerência jurídica, evitando-se dois julgamentos sobre a mesma matéria de facto, bem como visa evitar julgamentos contraditórios. Contudo não é apenas o processo que beneficia deste tratamento comum, o lesado também terá vantagens pois verá o seu direito à indemnização ser

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de maio de 2015, processo n.º 1499/08.2TDLsBA.L15, Relator Alda Tomé Casimiro

satisfeito de forma mais célere e menos dispendiosa. Realce-se que o princípio da adesão comporta exceções, que se encontram elencadas no artigo 72.º do C.P.P..

Para que seja procedente o pedido de indemnização cível devem estar preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil já explanados, o que significa, por exemplo, que nem sempre uma condenação penal se traduza numa condenação cível, dado que alguns dos crimes previstos não obrigam a verificação do dano para o seu preenchimento, antes se bastam com a colocação do bem jurídico em perigo, como é o caso, por exemplo, das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, p. e p. pelo artigo 150.º, n.º 2, do C.P.. Nestes casos, na ação penal não é exigível a demonstração do dano, mas será necessária a sua demonstração e quantificação para o pedido de indemnização cível.

Outra hipótese de verificação de atribuição do pedido de indemnização cível são os casos em que o crime só é previsto a título de dolo e se verificou apenas a negligência do médico.

A possibilidade de apresentação de pedido de indemnização cível no processo penal releva ainda em termos de prazos de prescrição do direito à indemnização. Conforme abordado o prazo para exercício deste direito é bastante curto, três anos¹⁰², mas se o ato sindicado consistir também na prática de um crime, aplicar-se-á ao pedido de indemnização cível deduzido no processo o mesmo prazo de prescrição que é aplicável ao crime, quando superior, artigo 498.º, n.º 3 do C.C.. Assim, os lesados são informados que podem exercer o direito a efetuar o pedido de indemnização cível, nos termos do n.º 1, do artigo 75.º do C.P.P., podendo fazê-lo com a notificação do despacho de acusação, artigo 77.º, n.º 3, ou de pronúncia, artigo 77.º, n.º 2, ambos do C.P.P., sendo este o momento que admite que o direito venha a ser exercido. Da mesma forma, o processo penal, ainda que apenas em sede de inquérito, interrompe a prescrição¹⁰³.

¹⁰² O prazo de prescrição é contado a partir do momento em que o direito pode ser exercido, artigo 306.º, n.º 1, do C.C., ou seja, nos termos do artigo 498.º, n.º 1 do C.C., os três anos iniciam-se no momento em que o lesado que teve conhecimento do direito que lhe compete, não obstante não ser capaz de identificar o responsável nem a extensão dos danos.

¹⁰³ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 41 *et seq.*

10. Da importância das regras deontológicas da profissão

Há ainda que ter em conta que os médicos, por atos praticados no exercício da sua profissão, poderão ainda ser disciplinarmente responsáveis perante a Ordem dos Médicos, tendo esta potencial imputação aplicabilidade independentemente da responsabilidade e da jurisdição penal e/ou cível aplicáveis.

O profissional médico para exercer o seu ofício deverá, obrigatoriamente, estar inscrito na ordem profissional respetiva, Ordem dos Médicos, e obedecer às regras do seu Estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de agosto, posteriormente adaptado à Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, o que provocou a segunda alteração profunda ao regime em vigor, publicado em anexo à Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto.

Estão ainda sujeitos todos os médicos aos regulamentos vinculativos da Ordem dos Médicos, nomeadamente, para efeitos de responsabilidade disciplinar, o Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho, que publica em anexo o Código Deontológico, e ainda, ao Regulamento Disciplinar, Regulamento n.º 631/2016, de 8 de julho.

A responsabilidade disciplinar deontológica do médico cabe exclusivamente à Ordem dos Médicos e as suas regras são aplicáveis a todos estes profissionais independentemente do contexto onde a profissão é exercida, ou seja, quer se trate de um serviço público ou privado, ou até mesmo de assistência social¹⁰⁴. Estas regras incorporam grande parte daquilo que são as *leges artis* da

¹⁰⁴ Estas regras não devem confundir-se com a possibilidade de ser aplicada ao médico uma sanção disciplinar quando exerce a atividade em regime de subordinação, isto é, com base num contrato de trabalho, o médico pode vir a responder pela sua conduta não só perante a Ordem dos Médicos, mas também perante o seu superior hierárquico ou perante o Ministro da Saúde, ou regras aplicáveis ao Estabelecimento Clínico e/ou Hospitalar. Para este efeito importa averiguar da natureza pública ou privada da relação entre o médico e o estabelecimento de saúde em que este presta serviço, definindo qual a legislação ao abrigo de que é a responsabilidade disciplinar aplicável. Tratando-se de uma relação jurídica de emprego privado, a relação laboral e a responsabilidade pelo incumprimento de regras do serviço estarão reguladas ao abrigo do Código do Trabalho, pelo contrário, tratando-se de uma relação jurídica de emprego público, aplicar-se-á o estatuto disciplinar pelo qual se rege o estabelecimento público de saúde, a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprova a Lei geral do Trabalho em Funções Públicas. Independentemente do caso, estando os seus pressupostos preenchidos, poderá sempre haver lugar a responsabilidade perante a ordem profissional. Cf.

profissão, nomeadamente quanto às regras seu exercício no relacionamento com doentes e com outros profissionais, positivando, entre outras matérias, o dever de sigilo profissional e o dever de documentação, que têm uma especial relevância para a justiça em matéria de prova.

De realçar ainda que muitas vezes as falhas médicas podem também vir a ser cometidas por outros profissionais da área da saúde, nomeadamente por enfermeiros, sendo o mesmo regime aplicável, com a especificidade que o acesso e a regulação da profissão cabe à Ordem dos Enfermeiros¹⁰⁵, e embora este não seja o problema central abordado, os problemas levantados, os regimes aplicáveis e as soluções são semelhantes.

III. DA PROVA

1. Considerações gerais

Uma vez analisado o regime substantivo da responsabilidade, cumpre saber como opera a sua aplicação processualmente, pois para que um sujeito beneficie do seu direito não basta que este lhe seja conferido por lei, há que conseguir reivindicá-lo perante a justiça, cumprindo com as regras processuais estabelecidas para tal.

Neste campo assume especial relevância a questão da prova. Provar é a ação de *“demonstrar com provas; tornar evidente”*¹⁰⁶ e prova é *“o que serve para estabelecer a verdade de um facto”*¹⁰⁷.

CALVÃO, Filipa Urbano. *A responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, N.º 5, Porto, 2005, pp. 256 *et seq.*

¹⁰⁵ Criada pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de abril, que aprova o seu Estatuto, alterado pela Lei n.º 111/2009, de 16 de setembro e pela Lei n.º 156/2015, de 16 de setembro, que conforma o Estatuto com a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro. Tem o seu próprio Código Deontológico, publicado em anexo à Lei n.º 111/2009, de 16 de setembro, bem como Regimento Disciplinar, através do Regulamento da Ordem dos Enfermeiros n.º 448/2014, de 15 de outubro.

¹⁰⁶ Dicionário da Porto Editora *online*, Infopédia, “provar” in <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/provar?ic-click>, acedido em 23 de novembro de 2016.

¹⁰⁷ Priberam, dicionário da língua portuguesa *online*, “prova” in <http://www.priberam.pt/dlpo/prova>, acedido em 23 de novembro de 2016.

A definição de qual a função jurídica da prova encontra-se no Código Civil, não se afastando das definições etimológicas analisadas, enuncia o artigo 341.º deste diploma que “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”.

Assim, a prova incidirá sempre sobre factos e não sobre direito, nomeadamente sobre os factos indicados na previsão da norma, excetuando-se os juízos de valor¹⁰⁸. É apenas com a demonstração da verificação dos factos constantes na previsão que opera a estatuição da norma, isto é, que se geram as consequências jurídicas previstas, por exemplo, um direito/obrigação, no caso do direito civil.

No caso em apreço da responsabilidade civil médica, a prova deverá incidir sobre os pressupostos da responsabilidade contratual ou extracontratual, consoante o caso concreto, cujo preenchimento tem como consequência para o médico o dever de indemnizar o lesado.

Cumpre esclarecer que o conceito de factos, enquanto objeto probatório, muito ultrapassa os factos concretos, com uma verificação efetiva; engloba ainda os factos hipotéticos e os estados anímicos ou psíquicos, como a vontade, o conhecimento e o sentimento¹⁰⁹, necessários para a aferição, por exemplo, do grau de culpa nas ações de responsabilidade; assim como os factos negativos, ou seja, a prova da não verificação de um facto, por exemplo, da ausência do consentimento.

Refira-se ainda que a demonstração de um facto que constitui a previsão da norma pode-se traduzir na necessidade de demonstração de uma situação complexa, não subsumível a um evento num dado momento e lugar¹¹⁰. Este é um caso de frequente verificação em situações de responsabilidade médica, cujo incumprimento das *leges artis*, pressuposto de ilicitude do comportamento, frequentemente não está relacionado com um ato isolado, mas sim com um conjunto de atos que a ciência e o estado da técnica caracterizam como impróprios para

¹⁰⁸ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex-Edições Jurídicas (1995), página 196, o A. oferece a título de exemplo o artigo 1779, n.º 1 do C.C., referindo-se à “*gravidade da violação dos deveres conjugais*”.

¹⁰⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 196.

¹¹⁰ *Ibidem*

aplicação à maleita concreta que afeta o paciente na situação no contexto concreto, pelo que é sobre esta situação complexa que deverá ser feita a prova.

A prova, no seu conceito mais amplo, engloba ainda os meios probatórios, isto é, os “*elementos portadores da informação que permite a formação da convicção do tribunal sobre esses factos*”¹¹¹, e também o resultado probatório, isto é, a valoração que é feita da verificação ou não da ocorrência que se pretendia demonstrar.

O direito probatório é a área do direito que estuda a prova e as suas regras, sendo transversal aos vários ramos do direito, pois toda a aplicação da norma carece da verificação do facto que lhe dá origem. Assim, na aferição da responsabilidade médica, seja penal, civil, administrativa ou disciplinar, haverá sempre lugar à aplicação das normas e princípios gerais do direito probatório.

Por conseguinte é ainda possível efetuar-se a distinção entre direito probatório formal e direito probatório material; o primeiro relacionado com o processo, logo com as regras que regulam a forma de oferecimento e apresentação de prova no âmbito de uma ação judicial e o segundo referente aos meios de prova, à distribuição do ónus da prova e à sua valoração¹¹². Encontramos a maioria das regras de direito probatório material nos códigos de direito substantivo, por exemplo, nos artigos 342.º e ss. do C.C. e as regras de direito probatório formal nos códigos de processo, embora esta regra não seja estanque.

Após a produção da prova em juízo efetuada por quem tem esse ónus, a lei estabelece qual o grau de asseveração que deve assistir ao juiz para que dê determinado facto como provado, sendo tal designado de grau de prova. Os graus de prova podem distinguir-se em (i) prova *stricto sensu*, (ii) mera justificação¹¹³ e (iii) princípio de prova.

A prova *stricto sensu* implica a convicção do julgador de que a situação relatada corresponde efetivamente à realidade dos factos e trata-se da exigência de

¹¹¹ *Ibidem*, p. 195.

¹¹² *Ibidem*, p. 197.

¹¹³ A mera justificação baseia-se no próprio juízo de probabilidade, bastando ao tribunal estar convicto da probabilidade de tal facto se ter verificado ou vir a verificar-se, não se exigindo ao tribunal a convicção da realidade do facto alegado, mas da probabilidade dessa realidade. Este grau de prova, menos exigente que a prova em sentido estrito, é aquele que encontramos, por exemplo, nas providências cautelares.

reconhecimento dos factos que compõem a responsabilidade civil médica, que é imposta ao juiz para a procedência destas ações.

Não se exige para este efeito uma certeza absoluta e excludente de todas as outras possibilidades existentes, tal seria impraticável na grande maioria dos casos, e certamente no que à responsabilidade médica diz respeito, permitindo-se ao julgador o recurso a juízos estruturados de probabilidade. Deverá poder afirmar-se que, pela sua convicção, determinado facto é verdadeiro e não apenas provável - o juízo de probabilidade serve, como padrão aquilatório, para que anteriormente à afirmação expressa de que dado facto é verdadeiro, o julgador possa de acordo com as regras de experiência e do funcionamento normal da vida, excluir todas as outras possibilidades. Veja-se, a título de exemplo e sobretudo com relevância para casos de responsabilidade médica por violação do consentimento informado, a regra do artigo 217.º, n.º 1 do C.C. quanto à declaração negocial tácita, que exige que dos factos se retirasse tal declaração *com toda a probabilidade*.

A prova com um grau de valoração menor será a do “princípio de prova”, pois um facto que seja valorado apenas como princípio de prova não poderá servir apenas *per si* para formação da convicção plena do tribunal. Factos que valham como princípio de prova servirão antes para indiciar outros factos, esses sim, sobre os quais pode incidir a prova *stricto sensu*. O conceito de princípio de prova tem especial relevância em matéria de utilização da prova produzida num processo em processos diferentes desse, questão que irá ser abordada posteriormente sobre o tema do valor extraprocessual das provas.

2. Do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica

2.1. Enquadramento

O ónus será o encargo que recai sobre uma parte e cujo cumprimento lhe aproveita, não sendo o seu cumprimento obrigatório, mas necessário para atingir uma vantagem.

O ónus da prova elege, legalmente, o sujeito processual sobre o qual recai a necessidade de demonstrar a ocorrência de um facto, para poder fazer valer o seu direito.

Na eventualidade de a parte onerada com a prova, não conseguir demonstrar o facto que lhe cumpria, a decisão do julgador deverá estruturar-se pela evidenciação da falta de elementos factuais que permitiriam estruturar a decisão em no sentido pretendido pelo pedido, ou seja, simplificando, desfavorável àquele a quem incumbia demonstrar o acontecimento.

Desta forma, está demonstrada a natureza objetiva e subjetiva do ónus da prova, no primeiro caso ligada ao juiz, enquanto regra de decisão perante uma dúvida irreduzível, uma vez que não se admite o *non liquet*, e no segundo aspeto, associada às partes, à sua iniciativa processual e ao princípio do dispositivo.

No que é referente às ações de carácter civil, está previsto no artigo 342.º do C.C. tendo por base que: (i) aquele que invoca um direito deverá provar os factos que o constituem, n.º 1; (ii) aquele contra a invocação desse direito é feita deverá provar os factos que impedem, modificam ou extinguem esse direito, n.º 2; (iii) em caso de dúvida sobre a classificação de determinado facto, deverá ser considerado como constitutivo do direito, n.º 3¹¹⁴.

Admite-se a inversão do ónus da prova quando haja uma presunção legal, nos termos do artigo 350.º do C.C., dispensa ou liberação do ónus da prova e de um modo geral sempre que a lei o determine, conforme artigo 344.º, n.º 1 do C.C., sendo que de tal são exemplos os artigos 428.º e 429.º do C.P.C. relativos à exibição de reproduções cinematográficas e de registos fonográficos e ao uso de documentos em poder da parte contrária, respetivamente.

¹¹⁴ O artigo 343.º esclarece ainda a distribuição do ónus da prova para determinados casos, nomeadamente: (i) nas ações de simples apreciação negativa, compete ao réu demonstrar os factos constitutivos do direito que se arrega, n.º 1; (ii) nas ações que devem ser propostas dentro de um prazo que se inicia com o conhecimento do autor de um determinado facto, cabe ao réu demonstrar que esse prazo já decorreu, salvo se houver regra especial, n.º 2; (iii) nos casos em que o direito estiver sujeito a condição suspensiva ou termo inicial a demonstração da sua verificação cabe ao autor, mas quando se tratem de condições resolutivas ou de termo final, a sua demonstração cabe ao réu.

Acresce o n.º 2 do artigo 344.º do C.C. que haverá sempre lugar à inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, ou seja, exige-se que essa impossibilidade recaia sobre um meio de prova *indispensável*, caso contrário, a prova não será verdadeiramente impossível, podendo substituir-se por outra e levando antes à livre apreciação pelo juiz relativamente ao valor probatório dessa recusa. A recusa de colaboração devida na prova, bem como tornar a prova culposamente¹¹⁵ impossível à outra parte, poderá, além da livre apreciação da recusa ou da inversão do *onus probandi*, cumulativamente dar lugar à aplicação de sanções conforme previstas no artigo 417.º, n.º 2 do C.P.C..

São admitidas convenções sobre a prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 1 do C.C., contudo, limitadas às regras constantes no artigo 345.º do mesmo diploma sob pena da nulidade da convenção, ou seja, as partes não podem inverter o ónus da prova que recaia sobre direitos indisponíveis nem de forma a quer torne a prova excessivamente difícil a uma das partes exercer o direito (n.º 1); nem tão pouco, a convenção pode excluir meios legais de prova ou admitir um meio de prova diverso destes, nem ser contrária a determinações legais sobre a prova que tenham por base razões de ordem pública (n.º 2).

Demonstrados os factos que constituem um direito por aquele que pretende valer-se dele ou que impedem, modificam ou extinguem o direito contra quem é invocado, caberá sempre à parte contrária, ao abrigo do princípio do contraditório, opor contraprova¹¹⁶ ou prova contrária¹¹⁷, consoante o valor atribuído à prova

¹¹⁵ A mera referência à culpa parece admitir que a norma tenha lugar seja a atuação do médico dolosa ou apenas negligente, dado que não se trata apenas, e nem sequer é o principal fundamento desta disposição, castigar aquele que tornou a prova impossível, pelo contrário, é uma forma de desagravar a posição da parte (no caso paciente) que devido à atuação culposa de outro (médico) se vê impossibilitado de exercer o seu direito. Cf. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, 2009, pp. 365 *et seq.* e RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 111.

¹¹⁶ A contraprova, nos termos do artigo 346.º do C.C., é aquela que estabelece a dúvida sobre os factos alegados pela parte e, conseguindo-o, será a questão decidida em sentido contrário à parte onerada com a prova. Esta será a regra aplicável aos documentos particulares, que fazem prova bastante, e cujo valor da letra e da assinatura pode ser assim questionado nos termos do artigo 374.º do C.C.; sendo também o método de impugnação dos meios de prova valorados pela livre apreciação da prova, como são a prova pericial, artigo 389.º do C.C., testemunhal, artigo 396.º do C.C. e através de inspeção judicial, artigo 391.º C.C..

¹¹⁷ A prova contrária demonstra a efetiva falsidade dos factos alegados pela outra parte, sendo o método de impugnação dos meios de prova a que a lei atribui a força de prova plena, conforme artigo 347.º do C.C.; opera em relação, por exemplo, aos documentos autênticos, que fazem prova dos factos que nestes constam como praticados pela entidade que os autenticou, e por isso, quanto a estes

apresentada¹¹⁸, a respeito dos mesmos factos, destinada a torna-los duvidosos ou a demonstrar a sua falsidade. Caso seja bem-sucedida, a questão será decidida contra aquele a quem cabia o ónus da prova, nos termos do artigo 346.º do C.C..

Pelo exposto, nas ações de responsabilidade civil médica caberá em regra ao lesado demonstrar o preenchimento de todos os pressupostos que compõem a previsão da norma da responsabilidade delitual, nomeadamente, a verificação de um facto voluntário e ilícito, que o facto foi provocado com culpa do agente, a existência dos danos e ainda onexo causal entre os danos verificados e o comportamento do agente. Tal está de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova, constantes no artigo 342.º do C.C., pois a verificação destes pressupostos é que constitui o sujeito no seu direito de indemnização pelos danos causados, nos termos do artigo 483.º, n.º 1 do C.C.

Isto é, para que caiba ao paciente o direito a ser ressarcido pelos danos em que incorra, este deve demonstrar ao tribunal que o médico agiu diretamente contra, ou que omitiu voluntariamente, as *legis artis* da profissão e outros deveres que lhe cumpriam, não observando os deveres de cuidado a que estava adstrito, causando-lhe danos físicos e/ou morais, que são consequência dessa atuação.

Ainda que tal já decorra do regime geral da responsabilidade civil extracontratual, o legislador veio a reforçá-lo no artigo 487.º, n.º 1 do C.C. em relação à culpa do lesante, esclarecendo que caberá ao lesado a sua prova, exceto nas situações em que a lei estabeleça uma presunção de culpa, nos termos do artigo

factos, há que demonstrar a sua falsidade, ou seja, que não se verificaram, conforme refere o artigo 571.º do C.C. A presunção de culpa do devedor, constante no artigo 799.º do C.C. é também um caso de prova legal bastante, pois deverá o devedor demonstrar a ausência de culpa no incumprimento, conforme refere o artigo 350.º, n.º 2 do C.C..

¹¹⁸ O valor que é atribuído pelo tribunal à prova apresentada em julgamento poderá estar definido na lei, designando-se por prova legal, ou ser da competência do juiz ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova, designando-se por prova livre. No sistema da prova legal o juiz deve atribuir ao meio de prova apresentado o valor que se encontra fixado na lei, cuja classificação tem em conta aquilo que será necessário para a sua impugnação (ver notas anteriores), podendo distinguir-se em prova legal bastante, prova plena e prova pleníssima, sendo que a prova pleníssima não pode ser impugnada, conforme se verifica nas presunções legais inilidíveis, vide artigo 350.º, n.º 2, *in finem*, embora nestas presunções não se impeça que a parte cuja posição se encontra prejudicada, demonstre que os pressupostos da sua aplicação não se verificam, o que poderá fazer mediante a mera contraprova. O sistema da prova livre, que ora se examina, tem por base a livre apreciação dos factos pelo tribunal, que poderá considerá-los como provados ou não provados de acordo com as regras comuns da experiência.

487.º, n. º1 do C.C., verificando-se a inversão do ónus da prova, conforme artigo 350.º do C.C..

Discute-se amplamente se as regras de distribuição do ónus da prova têm natureza processual ou material, tendo esta classificação importância nas mais variadas matérias, desde a aplicação da lei no tempo, ao modo como é interposto o recurso por violação destas regras nos tribunais, na solução de conflitos de normas no âmbito de Direito Internacional Privado e sobretudo, naquilo que nesta sede mais releva, na sua eventual aplicação em termos da análise de pedido de indemnização cível em processo penal.

Acolhe-se nesta sede, a tese que propugna pela natureza material, em regra, das regras do ónus da prova, pois “*tanto os factos que o autor deve provar, como aqueles cuja prova incumbe ao réu, só podem ser precisados em virtude do Direito material*”¹¹⁹, no caso de ser necessária prova sobre direito processual, então, aplicando-se semelhante critério, terão natureza processual.

2.2. Presunções legais de culpa nas ações de responsabilidade civil médica

2.2.1. Considerações gerais

A lei civil estabelece algumas presunções de culpa que permitem inverter o ónus da prova deste pressuposto, não recaindo sobre o lesado todo o ónus da prova dos factos que constituem o seu direito, o que é extremamente benéfico para este, especialmente em situações em que a prova é particularmente difícil, como é o caso da responsabilidade médica.

As presunções estabelecidas na lei prendem-se antes de mais com aquilo que o legislador entende ser a “*normalidade das coisas*”¹²⁰. Observa-se ainda que a inversão do ónus da prova em situações de responsabilidade civil está frequentemente relacionada com a possibilidade, ou mesmo a obrigação de controlo pelo agente de uma fonte específica de perigo; bem como com a obtenção de

¹¹⁹ ALEXANDRE, Isabel, A acção cível enxertada em processo penal, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Processual Civil. Lisboa, 1990, p. 43.

¹²⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de, As partes, o objecto, ... *ob.cit.*, p. 210.

benefícios pelo agente que faz uso de uma dada fonte de perigo, depreendendo-se que os danos daí decorrentes, frequentemente são devidos a falta de zelo e cuidado devidos. Relativamente à responsabilidade civil contratual, que será adiante analisada com mais detalhe, justifica-se a maior tutela do credor lesado pela relação de proximidade e confiança que se estabelece entre as partes.

Este recurso a presunções de culpa não deixa de ser criticado pela comunidade médica dada a dificuldade que normalmente o profissional tem para ver concretizado o seu afastamento, pois nem sempre lhe será fácil, dada a multiplicidade de fatores que influem no resultado do ato médico, convencer o tribunal de que o resultado adverso não foi culpa sua e que procedeu com a máxima diligência que lhe era exigível¹²¹.

Relativamente às presunções de culpa legais estabelecidas em relação à responsabilidade civil, podem-se identificar as seguintes com relevância para o tema: (i) pessoa obrigada à vigilância de outrem, por sua incapacidade, pelos danos que estes possam causar, artigo 491.º; (ii) pessoa que leve a cabo uma atividade perigosa, seja por si mesma ou pelos meios empregados, artigo 493.º, n.º2; (iii) presunção de culpa do devedor pelos danos causados pelo incumprimento, artigo 799.º, n.º1, do C.C..

2.2.2. Pessoa obrigada à vigilância de outrem pelos danos que estes possam causar, artigo 491.º do C.C.

Da análise mais profunda destas presunções de culpa e da sua aplicação às ações de responsabilidade médica, verifica-se que a norma do artigo 491.º do C.C. poderá ter alguma relevância, não pela intervenção médica em si efetuada, mas tendo em conta o objeto da intervenção. Isto é, impondo-se ao médico o dever de vigiar os pacientes, nomeadamente nos casos de hospitais pediátricos ou psiquiátricos, sendo que o dever de vigilância não recairá sobre todos os pacientes, mas apenas sobre os incapazes, sejam eles os menores, interditos ou inabilitados nos termos dos artigos 122.º e ss. do C.C. ou aqueles que se encontrem em situações

¹²¹ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 96 *et seq.*

de incapacidade acidental, 257.º, n.º 1 do C.C., quando algum destes pacientes provoque danos caberá ao médico em princípio responder por eles, exceto se demonstrar que cumpriu o seu dever de vigilância ou que os danos ter-se-iam produzido de qualquer forma¹²².

2.2.3. Danos causados por coisas, artigo 493.º, n.º1, do C.C.

Ainda considerando as ações de responsabilidade médica num sentido amplo, de forma a englobar quaisquer danos que decorram não só estritamente da intervenção do médico, mas também por via de qualquer elemento relacionado com o ato médico. Pode-se ainda identificar mais uma presunção de culpa nos termos do artigo 493.º, n.º 1 do C.C. pelos danos decorrentes de problemas do equipamento médico, desde utensílios, instrumentos, próteses, ou qualquer objeto que seja utilizado direta ou indiretamente na intervenção, como por exemplo, máquinas de esterilização de equipamento, e que pela falta de cuidado do médico ou do membro da equipa hospitalar responsável pela sua manutenção em condições de segurança ou de vigilância do seu funcionamento, provocou danos no paciente.

2.2.4. Pessoa que leve a cabo uma atividade perigosa, seja por si mesma ou pelos meios empregados, artigo 493.º, n.º2º, do C.C.

Quanto à presunção de culpa por se levar a cabo atividade perigosa, por si mesma ou pelos meios empregados, estabelecida no artigo 493.º, n.º 2 do C.C., note-se que a lei não concretiza o seu significado, deixando à doutrina e à jurisprudência, a definição daquilo que pode ser qualificado como uma atividade perigosa.

Realça-se também que as presunções de culpa, previamente estabelecidas, não determinam necessariamente que esteja em sede de responsabilidade objetiva,

¹²² Veja-se a este propósito o Ac. do S.T.J. de 22/09/2005, Proc. 03B2668, Relator Lucas Coelho, em que se concluí pela responsabilidade da Clínica pelos danos patrimoniais e morais sofridos por uma paciente, na sequência de uma agressão levada a cabo por outro paciente também internado. Entende o Ilustre Tribunal que a Clínica não cumpriu os deveres de vigilância, do artigo 491.º do C.C., sobre o paciente agressor que se encontrava internado, e que sofria de demência senil progressiva grave, deixando-o incapacitado de agir livre e conscientemente, o que deveria ser evidente aos funcionários da Clínica por serem profissionais “*treinados no diagnóstico e tratamento de doenças*”.

pois a culpa do agente é sempre pressuposto da sua responsabilização. O que ocorre é um agravamento da posição probatória do lesante, pois o pressuposto da culpa está apesar de tudo meramente presumido, dando-lhe, ainda assim, a possibilidade a afastar a presunção. Que poderá ser efetuado através do ataque à sua base, por exemplo, demonstrando que a intervenção efetuada não era necessariamente uma atividade perigosa; ou afastando o próprio fator presumido, ao demonstrar que observou a diligência que era por si devida¹²³.

Por muito simples que sejam os procedimentos médicos, é sabido que comportam sempre um determinado grau de perigosidade e de aleatoriedade, pelo que só os “*procedimentos particularmente arriscados em face ao comum dos atos médicos*”¹²⁴ é que devem ser enquadrados nesta norma.

Nesse sentido, a evolução da ciência e da técnica no campo dos cuidados médicos permitiram diminuir consideravelmente a perigosidade envolvida em muitos dos tratamentos e intervenções efetuadas. Atualmente, verifica-se que muitas intervenções, mesmo cirúrgicas, são realizadas com o mínimo intromissão possível no organismo, diminuindo o risco de infeções hospitalares e de outros efeitos colaterais.

Por outro lado, esta mesma evolução também leva ao surgir de novos métodos, por vezes ainda experimentais. A utilização destes meios, é muitas vezes uma solução para casos mais difíceis, onde os métodos e técnicas implantadas não sejam suficientes para se alcançar o resultado pretendido, embora a sua novidade e estado de experimentação possam contribuir para o aumento da perigosidade da utilização.

A jurisprudência, apenas residualmente, classifica a atividade médico-cirúrgica em geral como uma atividade perigosa *per si*¹²⁵.

¹²³ Ao contrário do que acontece nas ações de responsabilidade civil extracontratual do Estado, apreciadas ao abrigo da Lei n.º 67/2007, que nos casos de atividades perigosas estabelece a responsabilidade objetiva nos termos do artigo 11.º, mas que cabe ao Estado e não ao médico enquanto pessoa física. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.* p.106.

¹²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 107.

¹²⁵ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de junho de 2008, processo n.º 1594/04.7TBLRA.C1, Relator Jaime Ferreira;

No entanto, considera-se nesta dissertação, em sintonia com a jurisprudência dominante, que a perigosidade para efeitos de responsabilidade médica e da aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do C.C. deve ser analisada restritivamente, pois a sua aplicação poderia levar a que, embora num caso extremo, em qualquer atividade médica, dado o grau de risco sempre envolvido, se onerasse excessivamente o médico com o ónus de provar que o resultado adverso não provinha da sua culpa.

Veja-se que nesta matéria, os tribunais superiores já consideram, por exemplo, que *podem* enquadrar-se nas atividades perigosas, “*as operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen*”¹²⁶ e ainda a atividade de transfusão de sangue, “*pela possibilidade de contaminação viral*”¹²⁷.

São considerados pela jurisprudência meios especialmente perigosos, cuja utilização pelo médico também faz recair sobre si a presunção da sua culpa, dado que deverá utilizá-los com diligência e prudência, os seguintes: cauterizador elétrico¹²⁸, “*aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, incubadoras, etc.*”¹²⁹, ou em geral aqueles “*aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento*”¹³⁰.

Não seria responsável uma aplicação do direito que desconsiderasse as suas consequências sociais e a oneração excessiva da posição do médico poderá ter consequências nefastas na sociedade, como a prática de uma medicina defensiva e a tradução da relação médico-paciente numa relação tendencialmente burocrática, ao invés de uma relação de confiança, como deveria ser.

¹²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2008, processo n.º 08A3323, Relator Mário Cruz.

¹²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de novembro de 2006, processo n.º 3529/05, Relator Virgílio Mateus.

¹²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de fevereiro de 1992, processo n.º 080855. Relator Rui Brito.

¹²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de abril de 2007, processo n.º 10328/2006-1, Relator Rui Vouga.

¹³⁰ *Ibidem*.

2.2.5. Devedor pelos danos causados ao credor, consequência do seu incumprimento, artigo 799.º do C.C.

Já anteriormente foi feita a referência à aplicação da responsabilidade civil contratual por atos médicos, caracterizando o contrato celebrado entre médico e paciente. Também se teve a oportunidade de fazer a distinção entre a responsabilidade extracontratual e contratual, sede na qual foram identificadas as principais diferenças entre os dois regimes e na qual se inclui a distribuição do ónus da prova.

Conforme abordado, o regime da responsabilidade civil extracontratual obedece às regras gerais de distribuição do ónus da prova, reforçando que cumpre ao lesado demonstrar a culpa, salvo previsão legal em sentido contrário, que consistirá por isso numa norma excecional e não suscetível de aplicação analógica a casos não expressamente em si previstos.

Pelo contrário, o regime da responsabilidade civil contratual estabelece uma presunção legal de culpa do devedor nos termos do artigo 344.º, n.º 1 *ex vi* artigo 799.º, n.º 1 do C.C., cumprindo a este demonstrar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procedem de culpa sua.

Isto poderia levar a que, na verificação de um resultado adverso na sequência de uma intervenção médica contratada, sempre se presumisse a culpa do médico que realizou a intervenção.

Cumpriria então ao médico demonstrar que o resultado adverso não procedeu de culpa sua, pois cumpriu com todos os procedimentos e com a diligência que lhe eram exigíveis, caso contrário, não sendo capaz de fazer tal prova, recai sobre si o dever de indemnizar¹³¹.

No entanto, tal como referido a propósito da aplicação da presunção de culpa na responsabilidade extracontratual por atividade perigosa, prevista no artigo 493.º, n.º 2 do C.C., a aplicação de um pressuposto geral de culpa do médico onera excessivamente a sua posição. Neste caso, o profissional da saúde, teria que

¹³¹ Acordou neste sentido o Supremo Tribunal de Justiça em 17 de dezembro de 2012, proc. n.º 02A4057, Relator Afonso Melo.

demonstrar que havia cumprido diligentemente com todas as regras inerentes à boa prática médica, o que implicaria não só a prova de um facto negativo (que não deixou de cumprir), como de um facto positivo (que cumpriu) e ainda teria que arcar com todas as especificidades de prova advindas da multiplicidade de fatores que podem advir da prática do ato médico. O que acabaria por se revelar uma contraprova diabólica, senão mesmo impossível¹³².

Neste sentido, para se evitar a responsabilidade à priori do médico, há jurisprudência e doutrina, que afastam por completo o regime da responsabilidade civil contratual, optando por aplicar sempre as regras da responsabilidade civil extracontratual¹³³; existindo uma outra linha jurisprudência mesclada pelas duas anteriores correntes, que opta pela aplicação do regime da responsabilidade civil contratual, no entanto considera excluir a presunção do artigo 799.º, n.º 1 do C.C., com base em tratar-se de uma obrigação de meios e não de resultado¹³⁴.

Defensor desta segunda corrente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA distingue as obrigações contratuais assumidas pelo médico perante o paciente, dos contratos em geral, aos quais é aplicável o artigo 799.º, n. 1 do C.C., defendendo a não aplicação da presunção de culpa aos casos de responsabilidade médica, fundamentando-se na existência de deveres profissionais gerais que vinculam o médico a uma determinada atuação e, como tal, a celebração de um contrato entre médico e paciente nada acrescenta a esses deveres, pelo que não deverá atribuir-se qualquer relevância em matéria de ónus da prova da culpa, à celebração de um contrato¹³⁵. Acrescentando este autor que o médico não se encontra em condições de assumir uma obrigação de resultado, pelo que não o tendo feito, não se deverá sobrecarregar a sua posição pela demonstração falta de um resultado que nunca garantiu¹³⁶.

Refira-se que mesmo para a doutrina que segue esta orientação, admite-se excecionalmente a aplicação da presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1 do C.C. aos

¹³² RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 100.

¹³³ NUNES, Manuel António do Rosário, O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos médicos, Almedina (2007), páginas 48 a 56.

¹³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de maio de 2007, processo n.º 4018/2006-1, relator Isoleta Almeida e Costa e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002, processo n.º 02A4057, relator Afonso de Melo

¹³⁵ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus da prova... op cit.*, p. 127

¹³⁶ *Ibidem*.

casos em que a obrigação assumida pelo médico não seja uma obrigação estritamente de meios. Conforme já analisámos anteriormente, por vezes o médico obriga-se a um resultado ou a um quase resultado, designadamente nos casos da cirurgia estética, transfusões sanguíneas, odontologia, entre outras¹³⁷, ocasiões em que se poderá optar pela aplicação da presunção de culpa por não se verificarem os pressupostos que levam ao seu afastamento¹³⁸.

Por outro lado, mesmo entre os defensores da corrente que propugna pelo afastamento da presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do C.C., reconhece-se a dificuldade do ónus da prova que é atribuído ao paciente, admitindo a flexibilização na medida do possível em relação à apreciação da prova¹³⁹.

Em sentido diverso, pode-se afirmar que nada obsta efetivamente na lei a que a presunção de culpa presente no artigo 799.º, n.º 1 do C.C. seja aplicada também à obrigação de meios¹⁴⁰, o que conduz à aplicação da presunção de culpa em qualquer ação de responsabilidade civil contratual médica, seja a obrigação assumida como de resultado ou de meios.

A presunção de culpa na responsabilidade contratual relaciona-se com o devedor, médico, não ter procedido com o cuidado e diligência que lhe eram exigíveis, efetuando-se a valoração negativa ético-jurídica do seu comportamento, que pode relacionar-se com a conduta adotada.

As obrigações de meios não estão isentas de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, pressuposto de aplicação do artigo 799.º, n.º 1 do C.C.. Contudo, a desconformidade de cumprimento de uma obrigação de meios, não se traduz meramente num resultado adverso ao pretendido, antes e como já analisado, revela-se na desconformidade entre: (a) os meios empregues e os atos efetivamente

¹³⁷ Já considerou inclusivamente a jurisprudência que a obrigação do médico especialista é uma obrigação de resultado, oferecendo o exemplo do médico obstetra com o qual se contrata um parto, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1364/05.5TBCL.G1 de 7 de outubro de 2010, relator Ferreira de Almeida. Salvo o devido respeito, não sufragamos esta opinião por completo pois parece-nos que a caracterização da obrigação como de meios ou de resultado não deverá estar dependente do médico com quem se contrata, mas sim da natureza do procedimento contratado.

¹³⁸ NUNES, Manuel António do Rosário, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁹ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus da prova... op. cit.*, pp.140 et seq. e NUNES, Manuel António do Rosário, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, p. 161.

praticados pelo médico, e (b) os meios e atos que lhe incumbiam praticar, por aplicação das regras de exercício da profissão ou *leges artis* às quais está adstrito.

Para esta corrente doutrinária e jurisprudencial cumprirá ao lesado demonstrar o incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, com a particularidade de que para tal não se basta com a demonstração do resultado adverso; tem o paciente provar que o comportamento do médico foi contrário à *leges artis* da profissão, para operar a presunção de culpa do médico, conforme prescrito pelo artigo 799.º, n.º 1 do C.C., em sentido contrário o médico, para a afastar, deverá demonstrar que o incumprimento não se deveu a culpa sua, pois empregou toda a diligência, zelo e cuidado que são exigíveis ao profissional médico médio na mesma situação^{141 142}.

Esta posição parece encontrar enquadramento na letra e na teleologia do artigo 799.º, n.º 1 do C.C., não onerando excessivamente o médico, que em princípio dispõe dos meios no seu arquivo, designadamente do processo clínico do paciente, bem como dos conhecimentos técnico-científicos, para evidenciar probatoriamente que procedeu diligentemente. No entanto, como se viu, tal entendimento é amplamente discutido, pelo que não há uma solução unânime para o problema, o que leva a alguma incerteza, não quanto à justiça (no sentido lato) da solução, mas adoção da formulação usada para sustentar a sentença.

2.3. Responsabilidade médica por violação do consentimento informado

Nas ações de responsabilidade médica por violação do consentimento informado a distribuição do ónus da prova tem especial relevância, pois tratam-se de factos que em regra ocorrem num ambiente seletivo e privado, conforme tende a

¹⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19 de abril de 2007, processo n.º 2403/06-2, Relator Sérgio Abrantes Mendes; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1 de março de 2012, processo n.º 674/9434/06.6TBMTS.P1, Relator Filipe Carço; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002, Relator Afonso De Melo; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de julho de 2006, processo n.º 0633598, Relator Gonçalo Silvano; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de abril de 2007, processo n.º 10328/2006-1, Relator Rui Vouga; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de outubro de 2007, processo n.º 6068/2007-7, Relator Isabel Salgado e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de junho de 2008, processo n.º 4450/2008-2, Relator Ezaguy Martins.

¹⁴² RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit*, páginas 101 e ss; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*in* “Os Contratos Civis...” *cit.*, pp. 117-118).

decorrer a relação médico-paciente¹⁴³; acrescento que o objeto da prova, pelo incumprimento do dever de informar, será algo que não é empiricamente demonstrável.

Quanto às regras de distribuição do ónus da prova, verifica-se, mais uma vez, que pela aplicação das regras gerais poderíamos pensar que caberia ao paciente, artigo 340.º do C.C., uma vez que a ausência da prestação de informação ou do consentimento é que constitui o seu direito a indemnizar. Esta é a posição seguida pelos países de matriz *common law*, como é o caso de Inglaterra, e era a posição adotada tradicionalmente nos países latinos.

Contudo, a doutrina processualista continental, existente em países como a Áustria, Alemanha, França, Itália, Espanha e até Portugal, acompanhada pela jurisprudência desses países, tem vindo a atribuir esse ónus ao profissional de saúde, com base (i) na impossibilidade de prova de um facto negativo; (ii) em consistir numa causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física do paciente, conforme já analisamos anteriormente, logo tratando-se de um facto impeditivo do direito; (iii) na ideia de igualdade de armas no processo, encarando o médico como um “perito” nestas matérias, por oposição ao paciente, que tende a ser um leigo¹⁴⁴.

Neste sentido, a jurisprudência nacional tem-se inclinado de forma constante por atribuir ao médico o ónus de demonstrar que obteve o consentimento do paciente para realização da intervenção. Contudo, trata-se de um problema facilmente identificável, não lhe será tão fácil provar que prestou a informação devida.

O ónus da prova da prestação da informação caberá também ao médico, na medida em que o consentimento do paciente pressupõe que lhe tenha sido prestada a informação necessária para tal. Assim, a prestação da informação é condição da validade do consentimento, e a validade do consentimento é condição da licitude da intervenção efetuada, de tal maneira que, alegando o paciente que o médico é

¹⁴³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Médica... ob cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ Cf. *Ibidem*; e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor e ainda Acórdão de 17 de dezembro de 2002, processo n.º 02A4057, Relator Afonso Melo.

responsável por violação do consentimento informado, cumprirá ao profissional demonstrar que obteve o consentimento para a intervenção e que este era válido. Uma vez verificando-se que prestou toda a informação e usou de todas as boas práticas médicas, em caso de verificação de dano, por consentimento do paciente, opera no caso, a causa de justificação que exclui a ilicitude do comportamento, uma vez que informou o paciente do risco do ato médico a que ia ser sujeito. Essa informação é um facto impeditivo ao exercício do direito de indemnização, cuja prova, nos termos do artigo 342.º, n.º 2 do C.C., cabe a quem dele se aproveita, ou seja, ao médico.

Acresce ainda que, na posição do paciente, a prova de que algo não aconteceu, que não foi prestada a informação ou que não foi conferido o consentimento, é aquilo a que se chama a prova de um facto negativo e que neste caso concreto da responsabilidade médica por violação do consentimento informado, muito dificilmente poderão ser demonstrados estes factos através da prova de factos positivos em sentido contrário, por exemplo, o eventual dissentimento expresso do paciente. No limite, atribuir-lhe este ónus poderia significar onerá-lo com a prova de algo cuja prova na prática é impossível, algo a que a doutrina atribui a designação de *probatio diabolica*.

A dificuldade de produzir prova, por si só não é procedente para que exista uma distribuição da prova diferente daquela que está legalmente consagrada. Visto que as regras de distribuição do ónus da prova, conforme previstas no Código Civil, não permitem que a sua distribuição entre as partes tenha em conta este fator. Apesar de tudo a Lei prevê um conjunto de princípios que deverão de ser informadores do julgador quando está perante factos controvertidos, em que será necessária, para os enquadrar, prova de difícil produção; por via do princípio do equilíbrio processual, e até os princípios constitucionais do acesso ao direito e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, exige-se do julgador uma consciência efetiva de cada elemento probatório, sua dificuldade de obtenção ou análise e um maior e mais profundo exame crítico às factos e evidências técnicas que não consegue, por si só, enquadrar.

De facto, a jurisprudência não ignora as dificuldades de prova associadas a este tema para o médico, pelo que perante um caso em que a intervenção não revele

riscos graves e sérios, pelo contrário, a não realização desta mesma é que seria causa de tais riscos, considerou-se verificado, cabendo ao paciente demonstrar a sua inexistência.¹⁴⁵

Ainda assim, diga-se mais uma vez dada a sua importância, que a adoção de um critério que onere excessivamente a posição do médico, como vimos, poderá ter consequências nefastas na sociedade, com a prática de uma medicina defensiva e a tradução da relação médico-paciente numa relação burocrática, na qual o médico presta todas as informações através de formulários para o paciente assinar e que não se traduzem necessariamente num paciente mais informado, pelo contrário, resultam frequentemente na desinformação e em última linha, poderá mesmo não ser suficiente para afastar a responsabilidade por violação do consentimento informado, a não obediência a um critério formal, nem a sua prova se basta com o a assinatura de uma declaração.

2.4. Da aplicação das regras do ónus da prova à ação cível enxertada em processo penal

Ainda que as reformas do processo civil tenham vindo a aproximar o espaço que existe entre aquilo que é considerado a verdade processual - a verdade de acordo com a prova produzida no processo - e aquilo que é a verdade material - os fatos como o são na realidade; afastando os formalismos que impediam muitas vezes que a segunda fosse alcançada no processo, ainda é no processo penal onde essa preocupação é mais acentuada.

Em direito penal, quanto à matéria de prova, cabe ao tribunal ordenar a produção de todos os meios de prova, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, que se mostrem úteis à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, estando tal princípio plasmado no artigo 340.º do C.P.P..

¹⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, Relator Pires da Rosa. Apesar da ausência de qualquer referência expressa, o tribunal parece aplicar uma presunção judicial para decidir neste sentido, cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 243

Assim, no processo penal não vigoram as regras de distribuição do ónus da prova presentes no direito civil, nem quaisquer outras, dado que no processo penal não é possível falar-se num verdadeiro ónus da prova.

Todo o processo penal é balizado pela presunção da inocência do arguido e pelo princípio *in dubio pro reu*. A presunção de inocência do arguido, com assento constitucional no artigo 32.º, n.º 2 da C.R.P., impõe por si mesma a impossibilidade de onerar o arguido com a sua prova, ao que acresce que, como vimos, também inexistente qualquer ónus imputado à acusação, estando assim afastada qualquer noção de ónus da prova em sentido subjetivo, conforme analisado a propósito do processo civil.

Tais características devem ser apreciadas sem descuidar o princípio do *in dubio pro reu*, que define que, após a prova produzida e no caso de restar no juiz qualquer dúvida razoável e insuperável quanto à sua valoração, deverá o juiz julgar a matéria de fato no sentido mais favorável ao arguido, devendo optar pela solução que o beneficie e que em última linha poderá significar a absolvição do crime pelo qual vai acusado¹⁴⁶.

Embora não se possa falar num verdadeiro ónus da prova, pois à acusação que não é capaz de fazer prova plena da verificação dos factos que dão origem ao crime, não cabem as desvantagens da sua não procedência, conforme entendidas no processo civil; é possível afirmar que é à acusação, formulada em regra pelo Ministério Público, que cumpre o dever de demonstrar a ocorrência dos factos pelos quais vai o arguido indiciado, fazendo prova dos mesmos¹⁴⁷. Aliás, ao Ministério Público incumbe um dever de legalidade, oportunidade e de objetividade, devendo levar ao processo todas as provas relevantes decorrentes da investigação, quer estas sirvam para acusar, quer sejam causas de absolvição do arguido, pois, como ANTÓNIO CLUNY sustenta: “o Ministério Público não aceita causas nem representa

¹⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de julho de 2012, processo n.º 679/06.0GDTVD.L1 -3, Relator João Carlos Lee Ferreira.

¹⁴⁷ PATRÍCIO, Rui - O Direito Fundamental À Presunção De Inocência (Revisitado - A Propósito Do Novo Código De Processo Penal De Cabo Verde) *in* <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf> acedido em 14 de dezembro de 2016.

*partes, edifica causas e sustenta-as como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas*¹⁴⁸.

Assim, embora a questão não seja absolutamente consensual, uma vez que alguma doutrina estrangeira encontra no princípio *in dubio pro reu* uma regra de decisão a aplicar pelo juiz em caso de *non liquet*, devendo o juiz decidir a favor da defesa, logo, uma vertente objetiva do ónus da prova em processo penal¹⁴⁹; perante o sistema processual penal português não parece que tal posição seja admissível, dado o dever de objetividade a que o Ministério Público está adstrito. Pelo que, é pacífico entre a doutrina portuguesa que o processo penal não admite qualquer ónus da prova, posição que se sufraga nesta sede¹⁵⁰.

Quanto ao arguido, embora tal não lhe seja atribuído, pelo contrário, tem mesmo o direito ao silêncio, terá em regra o interesse em contradizer a matéria plasmada na acusação que lhe é efetuada, de modo a que não seja ilidida a presunção de inocência de que beneficia; bem como poderá e deverá o próprio tribunal, por força do princípio do dispositivo, suprir eventuais deficiências na acusação¹⁵¹.

Dada a intrusão e restrição que o direito penal opera nos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, pode-se afirmar que estes princípios, na sua maioria inclusive com sede constitucional, orientam a aplicação de todas as normas penais e processuais penais, por isso, quando é feita referência a crimes praticados no exercício da atividade médica ou por causa desta, as regras da apresentação de prova não fogem do supra exposto, nem permitem sequer interpretações diversas em sentido menos favorável ao arguido, independentemente das dificuldades de prova que possam estar associadas ao tecnicismo e especificidades da prova da responsabilidade médica penal.

¹⁴⁸ CLUNY, António, *Pensar o Ministério Público Hoje*, p. 53.

¹⁴⁹Cf. ALEXANDRE, Isabel, *op cit.*, pp. 10 *et seq.* Em que a Autora explana de forma mais aprofundada as posições adotadas pelos processualistas Francesco Carnelutti e Hernando Devis Echarandia.

¹⁵⁰ Cf. *Ibidem*, p. 11; DIAS, Figueiredo, "Ónus de alegar e de provar em processo penal?", revista *Legislação e Jurisprudência*, 105, 1972-1973, p. 140.

¹⁵¹ PATRÍCIO, Rui - O Direito Fundamental À Presunção De Inocência (Revisitado - A Propósito Do Novo Código De Processo Penal De Cabo Verde) *in* <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf> acedido em 14 de dezembro de 2016.

No entanto, é relevante analisar que regras de apreciação de prova e distribuição do ónus da prova serão aplicáveis à ação cível enxertada no processo penal, dado que a dificuldade de prova da responsabilidade médica, sobretudo tendo em conta o paciente lesado, que é o tema central deste trabalho.

Pelas diferenças expostas quanto ao sistema de produção de prova no processo civil e no processo penal, levanta-se a questão de quais serão as regras aplicáveis ao pedido de indemnização civil feito em processo penal ao abrigo do princípio da adesão. Como vimos, frequentemente a ação ou omissão médica penalmente relevante é geradora de danos ao paciente, indemnizáveis no âmbito de uma ação cível e ao abrigo do princípio da adesão constante no artigo 71.º do C.P.P. esta ação poderá ser enxertada no processo penal correspondente.

Imaginemos um caso de pedido de indemnização cível baseado em responsabilidade médica por violação do consentimento informado, que é enxertado num processo penal por intervenção médico-cirúrgica arbitrária, crime previsto e punido pelos artigos 156.º e 157.º do C.P..

Como vimos a propósito da distribuição do ónus da prova neste tipo de ação cível, o consentimento informado do paciente é pressuposto do afastamento da ilicitude da intervenção efetuada, consubstanciando-se numa causa impeditiva do exercício do direito à indemnização pelo paciente, e assim sendo, caberá ao médico a demonstração da sua verificação e sofrerá o prejuízo (provável condenação) caso não logre a convencer o tribunal da sua existência.

Pelo contrário, na ação penal por intervenção médico-cirúrgica arbitrária, o profissional de saúde presume-se inocente, nada tendo a demonstrar, devendo a acusação fazer prova da ausência desse consentimento e, em caso de dúvida irreduzível sobre a sua existência, por imposição do princípio *in dubio pro reu* será absolvido.

Ou seja, perante a mesma ocorrência, poderá, pelo menos conceptualmente, encontrar-se uma solução de condenação no processo cível e a uma absolvição, tendo em atenção as regras específicas do processo penal.

Neste sentido, o artigo 84.º do C.P.P., bem como o artigo 377.º, n.º 1, do mesmo diploma, permitem que o tribunal condene o arguido no pagamento da indemnização ao lesado sem que o condene quanto ao crime pelo qual vai acusado; no entanto, o artigo não esclarece quanto às regras a aplicar-se à apreciação destes pedidos, cumprindo-nos por isso recorrer ao artigo 129.º do C.P., que refere, “*a indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil*”.

Quanto a esta referência, a doutrina e a jurisprudência interpretam recorrentemente como feita à lei substantiva civil, e por isso quando aos pressupostos de aplicação da responsabilidade e regras de cálculo da indemnização, relevância negativa da causa virtual,¹⁵² entre outras, sendo que a natureza civil da indemnização arbitrada no processo penal levanta a questão de a que princípios está esta ação sujeita, nomeadamente se deve o julgador observar o princípio do dispositivo e conseqüentemente, se lhe são aplicáveis as regras de distribuição do ónus da prova em processo civil.

O Código de Processo Penal atribui a esta ação cível “*a estrutura material de uma autêntica acção cível, acolhendo, inequivocamente, os princípios da disponibilidade e da necessidade do pedido*”¹⁵³, conforme podemos verificar pelo confronto com os artigos 71.º, 74.º a 77.º e 377.º do C.P.P., “*prescrevendo que a decisão final, ainda que absolutória, que conheça do pedido cível, constitui caso julgado nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças civis*”¹⁵⁴, nos termos do artigo 84.º do C.P.P..

Acresce que a lei reconhece a independência desta ação cível da ação penal, na medida em que, conforme ditado pelo n.º 3, do artigo 400.º do C.P.P., nos casos em que não seja admitido recurso penal, poderá haver lugar a recurso referente ao pedido de indemnização cível, desde que o valor do pedido seja superior à alçada do tribunal recorrido e a decisão que se visa impugnar seja desfavorável para o recorrente em valor superior à metade dessa alçada.

¹⁵² ALEXANDRE, Isabel, *op cit.*, p. 19.

¹⁵³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2012, processo n.º 9105/08.9TAVNG.P1. S1, relator Pires da Graça

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Ora, o pedido de indemnização cível enxertado em processo penal tem origem na mesma causa material que preenche a ação fáctica motivadora do preenchimento do tipo penal, só assim tem o tribunal criminal competência para conhecer do pedido nos termos do artigo 71.º, pois tal pedido deve ser “*fundado na prática de um crime*”; interpretando a doutrina e a jurisprudência que estão assim à partida afastadas as situações de responsabilidade civil meramente contratual¹⁵⁵.

O pedido de indemnização cível será independente da apreciação do crime e apreciado de acordo com a lei civil e com as regras da responsabilidade extracontratual, não de acordo com o preenchimento ou não dos pressupostos do tipo de crime em causa.

No entanto, a lei processual penal conforma em grande medida todo o processo, criando um *procedimento declarativo especial*¹⁵⁶. Afastando em determinada medida as regras de processo civil, por exemplo, as regras da revelia pelo artigo 78.º, n.º 3 do C.P.P., ao impedir que a ausência de contestação seja apreciada como a confissão dos factos, dado que uma confissão do arguido dos factos que têm relevância para o arbitramento do pedido de indemnização cível poderia consistir em imputar-lhe uma confissão dos factos que constituem o crime por que vai acusado, o que seria uma violação expressa do seu direito ao silêncio e à regra de que este não pode valer como confissão do crime¹⁵⁷. Justificando-se pela busca de uma maior aproximação à verdade material e à necessidade de acautelar que seja extraída ao arguido uma confissão através de um meio artificioso¹⁵⁸, principalmente tendo em conta o cuidado que se estabelece em processo penal para assegurar-se a validade da confissão¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cf. Ac. do STJ de 12.01.2000, Processo n. 599/99 – 3ª Secção; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2012, processo n.º 9105/08.9TAVNG.P1. S1, relator Pires da Graça; entre muitos outros.

¹⁵⁶ PINTO, Rui, Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução, 2012

¹⁵⁷ Cf. ALEXANDRE, Isabel, *op cit.*, p. 27.

¹⁵⁸ Cf. ALEXANDRE, Isabel. *op cit.*, pp. 26 et seq.

¹⁵⁹ Em processo penal, a confissão e a sua admissibilidade encontram-se reguladas no artigo 344.º do C.P.P., começando por estabelecer no seu n.º 1 quais os procedimentos necessários para a validade da confissão. Quanto às suas modalidades, em processo penal a confissão poderá ser integral ou parcial, caso incida ou não, respetivamente, sobre todos os factos constantes na acusação; poderá ainda ser com ou sem reserva, consoante o arguido reconheça somente os factos que compõem o elemento objetivo do crime em questão, ou além destes reconheça factos ou atribua qualificações aos factos reconhecidos, que modificam ou eliminam a sua responsabilidade.

O Código de Processo Penal regula ainda especificamente a forma de oferecimento de prova nesta ação, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 79.º C.P.P., que regulam ao ditar que deverá ser requerida com os articulados e que cada requerente, demandado ou interveniente poderá arrolar um máximo de dez ou cinco testemunhas, consoante o pedido exceda ou não a alçada da Relação em matéria cível.

Estas regras de prova e até mesmo a disponibilidade condicionada das partes do processo, dado que o lesado não tem a faculdade de transigir o pedido, mas apenas de desistir ou requerer que o objeto da prestação indemnizatória seja convertido em diferente atribuição patrimonial, na condição de tal estar previsto na lei, nos termos das als. a) e b) do artigo 81.º do C.P.P.; demonstram que o princípio do dispositivo não vigora, pelo menos não de forma tão acentuada como em processo civil, no processo penal.

Não se afasta que seja dada como relevante para a apreciação do pedido civil todo o objeto do processo penal, nos termos do artigo 124.º do C.P.P., ideia que parece afastar-se do princípio do dispositivo, embora, mesmo em processo civil, possa-se observar a aplicação do princípio do inquisitório, sendo que o artigo 411.º do C.P.C. confere ao juiz autonomia para investigar e requerer prova oficiosamente quanto aos factos que lhe seja lícito conhecer.

Da comparação dos regimes verifica-se que as regras próprias desta ação cível que decorre no processo penal afastam-se de certa forma, e em matérias relevantes, das regras processuais civis, pelo que, acompanha-se a posição de ISABEL ALEXANDRE ao referir que existem na ação cível enxertada em processo penal, *“vários indícios de que, em caso de conflito entre os fins próprios da acção civil e os fins próprios da acção penal, estes devem prevalecer sobre aqueles”*.¹⁶⁰

Mas se no campo nos princípios e das regras processuais civis verifica-se essa restrição, como abordado, na aplicação da lei material não existe nenhuma inflexão prevista na lei, pelo que, atendo à natureza material das regras do ónus da prova que se defendeu anteriormente e à sua autonomia em relação ao princípio do

¹⁶⁰ ALEXANDRE, Isabel, *op cit.*, p. 29.

dispositivo, tais regras não parecem ser de se afastar, exceto pela contradição expressa com o princípio *in dubio pro reu* que se verifica em muitas situações em particular.

Por outro lado, não apenas a lei processual admite decisões diferentes no mesmo processo quanto à apreciação do pedido cível e quanto à condenação ou absolvição do arguido; como também, o princípio *in dubio pro reu*, tem como razões de fundo interesses específicos, relacionados com a presunção de inocência do arguido, e os seus direitos à liberdade e dignidade, que nada se prendem com a ação cível enxertada, pelo que se deve evitar a confusão entre estas matérias.

Neste sentido, são de aplicar as regras do ónus da prova à ação cível enxertada em processo penal, decidindo esta ação de acordo com as suas vertentes subjetiva e objetiva, pelo que se remete para o que foi dito quanto a essa matéria, sem choque de perante o mesmo facto, o Tribunal possa dá-lo como provado na ação cível e não provado na ação penal.

3. Do recurso às presunções judiciais nas ações de responsabilidade civil médica

3.1. Enquadramento

A prova produzida em tribunal poderá classificar-se como (i) direta, consoante o juiz perceçione os factos sem qualquer mediação, como ocorre na prova por inspeção judicial¹⁶¹; ou (ii) indireta quando os receçiona com a intervenção de outros meios ou até a partir de outros factos. No âmbito da prova indireta, pode-se ainda subclassificar em prova histórica ou representativa e prova crítica ou indiciária: na primeira o facto que é representado perante o tribunal, pela testemunha, documento, ou outro meio relevante, é o próprio facto a provar; na prova indiciária, representa-se perante o tribunal um facto, a partir do qual se pode

¹⁶¹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o Objecto...* *op. cit.*, p. 209.

deduzir outro facto que constitui efetivamente o objeto da prova necessária à procedência da ação¹⁶².

Nos casos em que operam presunções legais de culpa, analisadas nas secções anteriores, será a prova indireta indiciária o método de apreciação do tribunal em relação ao facto presumido, ou seja, através da prova de um facto ou conjunto de factos, por exemplo, da ocorrência de danos que teve por causa adequada a atividade perigosa levada a cabo pelo médico, se infere a culpa do agente, ainda que apenas indiciariamente, dado que cede mediante contraprova¹⁶³.

Como tem sido sucessivamente abordado, fora das situações em que existe uma inversão do ónus da prova por presunção legal, nos termos do artigo 344.º, n.º 1, do C.C., aplicam-se as regras gerais do ónus da prova; sendo que se tratam das regras aplicáveis a um considerável universo das ações de responsabilidade médica, desde logo, as referentes a serviços médicos prestados no âmbito do S.N.S.; por outro lado, mesmo nos casos em que operam as presunções legais de culpa, e designadamente para efeitos de responsabilidade médica contratual, artigo 799.º do C.C., conforme se apurou, a prova a efetuar-se, ainda que apenas relativa aos restantes pressupostos que não a culpa, releva-se de acentuada dificuldade, que aliás é identificada quer pelo paciente, quer pelos próprios médicos.

Neste sentido, a generalidade da doutrina, até mesmo entre os autores que propugnam pela não aplicação da presunção de culpa constante no artigo 799.º do C.C. aos casos de responsabilidade médica contratada, como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA¹⁶⁴, entendem que a prova pode e dever ser facilitada ao paciente, permitindo ao tribunal o recurso à prova através de presunções judiciais.

As presunções judiciais, previstas nos artigos 349.º e 351.º do C.C., permitem que o julgador retire dos factos que tem conhecimento, a prova de outros

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ As presunções não fazem verdadeiramente prova dos factos presumidos, antes levam a uma ficção da sua existência, pelo que não se podem apelar de meios de prova como são a prova documental, testemunhal, pericial, etc. Tratam-se ao invés de “*meios de dispensa de prova*”. Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto,...* *ob cit*, p. 210.

¹⁶⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira, *Sobre o ónus...* *op cit*, pp 142 *et seq*.

factos, tendo como limitação os mesmos entraves que a lei coloca à apreciação da prova testemunhal¹⁶⁵.

A presunção judicial terá necessariamente de se basear em regras conceptuais de experiência, ou seja, aquilo que é o decorrer normal da vida e das circunstâncias, para se concluir pelos factos que, por essas máximas, se possam inferir de outros factos provados. Estas máximas de experiência “*integram o acervo de conhecimentos necessários para a avaliação da prova*”¹⁶⁶, por referência às regras aplicadas pelo tribunal na valoração dos meios de prova em casos de livre apreciação.

Nestes casos, cabe ao julgador, ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova, atribuir à prova apresentada o valor que entender, baseando-se na sua convicção, *vide* artigo 607.º, n.º 5 do C.P.C.. No entanto, a convicção do juiz não é equivalente a arbitrariedade, este deverá, sem exceção, “*respeitar as leis da ciência e do raciocínio*”¹⁶⁷, podendo “*assentar numa regra ou máxima de experiência*”¹⁶⁸, que pode “*corresponder ao senso comum (...) ou a um conhecimento técnico ou científico especializado*”¹⁶⁹. Tem a especificidade, no caso da responsabilidade médica, de obedecer também e principalmente, às regras de experiência da prática médica¹⁷⁰.

A este respeito, podem-se identificar algumas teorias aplicadas pela jurisprudência, que se baseiam em juízos de experiência comum, e que sustentam a aplicação de presunções judiciais, são estas: a prova *prima facie*, a teoria da *res ipsa loquitur* e a teoria da *faute virtuelle*. A jurisprudência aplica frequentemente estas

¹⁶⁵ Ou seja, as previstas nos artigos 393.º e 394.º do C.C., que englobam a não admissibilidade de prova testemunhal nos casos em que por lei ou por disposição das partes o facto tenha de ser provado por escrito (n.º 1, do artigo 393.º); quando o facto esteja provado plenamente por documento com força probatória plena (n.º 2 do artigo 393.º); convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico, particular autenticado, ou particular, sejam as convenções anteriores, contemporâneas ou posteriores a este (n.º 1 do artigo 394.º).

¹⁶⁶ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o Objecto...* *op. cit.*, p. 212; concluindo o autor no sentido de que a sua aplicação pelo tribunal, não carece de alegação pelas partes e nem sequer de impugnação específica.

¹⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objeto...* *op. cit.*, p. 239.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Por se referirem às regras de experiência e normalidade da prática médica por vezes não são do conhecimento do tribunal, podendo este auxiliar-se de peritos que identifiquem e expliquem essas regras, sem se afastar a possibilidade da sua aplicação, pois os factos não deixam de “*falar por si mesmos*” por inicialmente se revelarem unicamente a um conhecedor da matéria. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 135.

teorias, embora nem sempre lhes faça referência expressa e muitas vezes trate as duas primeiras como uma só figura¹⁷¹, sendo que a própria doutrina aponta a sua semelhança e proximidade¹⁷².

As presunções judiciais, embora não admitam uma verdadeira inversão do ónus da prova, estabelecem critérios que se revelam uma atenuação do ónus probatório para a parte onerada ao diminuir o grau de prova que se exige para o facto, controvertido, ser dado como provado¹⁷³.

Na qualificação da culpa releva a probabilidade de o dano sofrido verificar-se devido a uma causa accidental, quanto maior for essa possibilidade, menos provável será dever-se a uma atuação negligente do médico; e por outro lado, perante a demonstração de um erro grosseiro no cumprimento das *leges artis*, mais provável se torna a negligência do médico¹⁷⁴, perante a verificação de um dano cuja probabilidade era muito pequena ou quase nula ou de um erro grosseiro do médico, pode o tribunal através de uma presunção judicial presumir a sua culpa, cabendo ao médico demonstrar que atuou com a diligência que lhe era devida¹⁷⁵.

Quanto aonexo de causalidade, se o dano sofrido pelo paciente se imputaria pelo decurso normal das coisas à atuação negligente do médico, se assim o tribunal o presumir, deverá o médico necessariamente de fazer prova de que o dano verificado se deve a uma causa fortuita ou incidental, pela qual não era responsável¹⁷⁶.

Por se tratarem de teorias que apelam ao senso comum e às regras de experiência, com um recurso que poderá ser maior ou menor à vivência comum específica das áreas clínica e hospitalar, e dada a volatilidade e grau de incerteza próprios da medicina, são teorias que se aplicam somente a casos considerados simples e/ou a intervenções comuns e recorrentes, por justaposição aos juízos daquilo que serão os casos “*verdadeiramente anómalos e chocantes, por isso mesmo*”

¹⁷¹ Vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de abril de 2007, processo n.º 10328/2006-1, Relator Rui Vouga.

¹⁷² Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp 122 *et seq.*

¹⁷³ Cf. SOUSA, Luis Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, p. 88.

¹⁷⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira, *O ónus... op cit*, pp. 142 *et seq.*

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ *Ibidem.*

*de excepção e pontuais*¹⁷⁷, o que se vem a traduzir na prática num campo de aplicação muito limitado¹⁷⁸.

O recurso a presunções judiciais tem como géneses a defesa pontual pela dificuldade conceptual de se provar determinada matéria – a que a lei e a justiça dão relevo - do paciente como o médico, que poderá fazer uso do mesmo sistema, por exemplo, para demonstrar que obteve o consentimento do paciente para a intervenção e que o consentimento foi válido porque o paciente estava corretamente informado.

3.2. Prova *prima facie*

A prova *prima facie*, de origem germânica, também designada de prova de primeira aparência, baseia-se naquele que é o decorrer normal das coisas e do mundo. Ou seja, os eventos que no entendimento do sujeito em geral e do juiz em particular têm como origem comum determinadas ocorrências¹⁷⁹; pelo que bastará prova da semelhança do facto em causa que é base dos temas da prova aos factos que se verificam da experiência comum, para que ao aplicar-se um juízo lógico com base no decorrer normal da vida ao facto indiciário, se possa presumir a culpa do agente ou o nexo de causalidade com o seu comportamento.

Assim, quando o juiz dá determinado facto como provado tendo por base uma prova valorada de acordo com o princípio da primeira aparência, está a fazê-lo recorrendo a uma presunção, de que um certo evento, só poderia ter como origem determinado ato ou comportamento¹⁸⁰.

Deste modo, são exemplos oferecidos pela jurisprudência da aplicação desta teoria: o falecimento de um paciente, sem condições clínicas desfavoráveis, após lhe ser aplicada uma anestesia local¹⁸¹; quando depois de uma intervenção

¹⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1. S1, Relator Gregório Silva Jesus

¹⁷⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 136

¹⁷⁹ Cf. SOUSA, Luis Pires de, *op. cit.*, pp 57 *et seq*

¹⁸⁰ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op cit*, pp. 122 *et seq*

¹⁸¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, processo n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos.

cirúrgica simples o paciente se apresenta em condições piores que as anteriores¹⁸²; a infeção por uma bactéria própria de ambiente hospitalar mal esterilizado, após intervenção cirúrgica¹⁸³.

3.3. *Res ipsa loquitur*

A teoria da *res ipsa loquitur*, de origem anglo-saxónica, propugna que em determinadas circunstâncias os factos ou o objeto da prova é tão evidente que fala por si mesmo, não necessitando de mais explanação pelo homem¹⁸⁴.

Os factos que sejam tão insólitos em relação ao normal decorrer das coisas segundo as regras de experiência comum, terão provavelmente como origem a falta de cuidado do agente. Assim, nos casos em que os danos sejam muito desproporcionados e anormais relativamente à intervenção efetuada e ao risco normal da mesma, serão muito provavelmente decorrentes de um erro grosseiro do médico, que se presume negligente, pois “*fora de tal possibilidade, seria pouco provável que o dano se produzisse por não ser habitual*”¹⁸⁵.

São exemplos de situações frequentemente analisadas ao abrigo da teoria da *res ipsa loquitur*, entre outros, os casos de objetos deixados no interior do paciente depois do fim de uma intervenção cirúrgica; lesão em zona próxima da qual o tratamento está a ser efetuado; operação e/ou extração de um órgão ou membro que não estava a ser objeto de intervenção; queda de dentes pelo tubo digestivo durante intervenção dentária; infeções por falta de esterilização dos instrumentos utilizados; omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fraturas; a ocorrência de uma hepatite após operação de apendicite; a ocorrência

¹⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002, processo n.º 024057, Relator Afonso Melo; apesar de não referir expressamente o recurso à prova *prima facie*, parece ser esse o juízo em que se baseia a fundamentação do acórdão. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p.127.

¹⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2013, processo n.º 2146/05.0TVLSB.L1.S1, Relator Salazar Casanova e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de setembro de 2012, processo n.º 330/09.6TBPTL.G1, Relator Rita Romeira. Embora neste último caso o médico tenha logrado a fazer a contraprova da presunção, demonstrando que efetuou o procedimento com a diligência devida e que haveria outra causa mais provável, alheia a si e ao hospital, de gerar o dano

¹⁸⁴ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 127

¹⁸⁵ Cf. SOUSA, Luís Pires De, *op. cit.*, pp. 57 *et seq*

de uma infecção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite; uma intoxicação alumínica em doente hemodialisado¹⁸⁶.

3.4. *Faute virtuelle*

Quanto à teoria da *faute virtuelle* ou falta virtual, embora se aproxime das anteriores, esta corrente de origem francesa vai mais longe, ao definir expressamente que nos casos em que se dá um resultado danoso que não seria previsível por não se tratarem de riscos comportados na intervenção, além de presumir a culpa do profissional de saúde presume a causalidade, ou seja, que o dano decorreu da atuação culposa do médico¹⁸⁷.

Não foi encontrado nenhum exemplo da aplicação expressa desta teoria pela jurisprudência portuguesa, embora como se começou por referir, o raciocínio subjacente à sua aplicação não difere profundamente das restantes teorias de livre valoração da prova. No entanto, é importante notar que a sua aplicação incorpora um agravamento da posição do médico em relação às restantes. Em virtude do nosso sistema garantístico que consagra como essencial a prova produzida em Tribunal, esta presunção probatória não tem tido recetividade quer na nossa jurisprudência, quer na doutrina. Sendo que, conforme se começou por referir, a prova *prima facie*, a prova *res ipsa loquitur* e a utilização das presunções judiciais em geral não afastam a presunção donexo de causalidade, também parece que a sua aplicação de forma expressa pouco viria a acrescentar.

4. Dos meios de prova nas ações de responsabilidade civil médica

4.1. Enquadramento

Já se referiu a função da prova, nomeadamente o seu papel na formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos, bem como a quem cumpre essa demonstração perante o tribunal, quando se expôs a matéria relativa

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 116.

¹⁸⁷ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp 133 *et seq*

ao ónus da prova e como é feita a valoração pelo tribunal da prova que lhe é apresentada.

Cumprir saber de que forma, em concreto, a parte fará a demonstração dos factos que alega, ou seja, que meios utiliza para convencer o tribunal. Estes são os denominados meios de prova, que poderão ser definidos como os “*elementos portadores da informação que permite a formação da convicção do tribunal sobre a realidade desses factos*”.¹⁸⁸

Vários meios de prova encontram-se previstos na lei, sendo designados de meios de prova típicos, designadamente: (i) a confissão e as declarações de parte, (ii) os documentos, (iii) a peritagem, (iv) a inspeção judicial e (v) o depoimento das testemunhas. Contudo, a lei admite outros meios de prova que não estes expressamente previsto, designados por meios de prova atípicos, conforme se retira do artigo 345.º, n.º 2 do C.C..

Todos estes meios de prova são admitidos no âmbito das ações de responsabilidade médica, sendo que assume especial relevância, pelos contornos da matéria controvertida em causa, a prova testemunhal, a prova documental e a prova pericial, que serão abordadas em específico.

Em relação aos restantes meios de prova têm a sua aplicação, uns com maior, outros com menor relevância, mas sem grandes especificidades na sua aplicação em relação à generalidade dos casos, pelo que cumpre apenas fazer-lhes uma curta referência.

4.2. A confissão e as declarações de parte

A confissão¹⁸⁹ encontra-se prevista nos artigos 352.º e seguintes do C.C., referindo-se ao reconhecimento por uma das partes de factos que lhe são

¹⁸⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objeto... op cit.*, p. 195.

¹⁸⁹ No caso dos enfermeiros, em processo disciplinar, a confissão tem ainda outro significado: além de servir como meio de prova, a confissão espontânea da infração é uma das circunstâncias expressamente previstas que são atenuantes da responsabilidade disciplinar. Ver artigo 7.º, n.º 1, al. c) do Regimento Disciplinar da Ordem dos Enfermeiros, publicado em Diário da República em Anexo ao Regulamento n.º 448/2014.

desfavoráveis a si, mas favoráveis à parte contrária. A sua validade depende da capacidade da pessoa que a realiza para dispor daquele direito, nos termos do artigo 353.º do C.C.; não podendo incidir sobre factos que a lei considere o seu reconhecimento ou investigação proibidos e devendo recair sobre direitos disponíveis, factos possíveis e que não sejam notoriamente inexistentes, conforme estabelecido no artigo 354.º do C.C.. A confissão pode ser feita em juízo no âmbito de um processo, designando-se por confissão judicial; nos restantes casos estaremos perante uma confissão extrajudicial, ainda que seja feita em juízo, caso seja fora do processo em causa, conforme define o artigo 355.º do C.C.. A confissão feita pela parte é irretratável, conforme prescrito pelo artigo 465.º, n.º 1, do C.P.C., abrindo-se a exceção no n.º 2 do mesmo artigo, para as confissões feitas nos articulados, que não tenham sido ainda aceites especificamente pela contraparte.

A confissão pode ser classificada como (i) simples, (ii) qualificada ou (iii) complexa. Na primeira modalidade o facto é reconhecido *per se*, sem a invocação de nenhum outro que possa modificar o seu efeito. A confissão qualificada implica o reconhecimento dos factos, embora atribuindo-lhes uma eficácia jurídica daquela que é alegada pela parte contrária. Por último, a confissão complexa engloba o reconhecimento do facto confessório, mas ainda de um ou mais factos que eliminam o efeito dessa confissão¹⁹⁰.

Tendo em conta estas classificações há que acrescentar que a confissão é também indivisível nos termos do artigo 360.º do C.C., esta norma invoca as definições de confissão qualificada e confissão complexa, esclarecendo que a parte que aproveita a confissão como prova plena, tem de aceitá-la tal como foi feita, aceitando também como verdadeiros os outros factos ou qualificações jurídicas conjuntamente invocadas, no entanto poderá provar a sua inexatidão.

Isto leva-nos a outra questão que é a da valoração da confissão, que nem sempre será igual consoante o suporte em que é realizada, conforme explanado no artigo 358.º do C.C.; assim, tem força probatória plena contra o confitente a confissão judicial escrita, nos termos do n.º 1 deste artigo e quando não escrita é livremente apreciada nos termos do n.º 4; a confissão extrajudicial feita em documento que não

¹⁹⁰ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto... op. cit.*, p. 242.

seja dirigido à parte contrária ou a quem a represente terá a força probatória atribuída por lei a tal documento, se feita a estes sujeitos, terá força probatória plena, conforme n.º 2 da referida norma; nos casos de confissão extrajudicial que não conste em documento, só poderá ser demonstrada por testemunhas se se tratar de factos para quais a prova testemunhal é admitida e será livremente apreciada pelo tribunal, nos termos do n.º 3 do citado preceito legal.

Em processo civil admite-se ainda a confissão ficta, i.e., no caso de não contestação pelo réu, tendo este sido regularmente citado na sua própria pessoa, ou tendo juntado procuração a mandatário judicial no prazo da contestação, consideram-se confessados os factos articulados pelo autor, conforme se retira do artigo 567.º, n.º 1 do C.P.C., exceto, nos casos em que a revelia do réu seja inoperante, previstos nas alíneas do artigo 568.º do C.P.C., e que são os seguintes: (i) pluralidade de réus em que um deles contesta, aplicável aos factos contestados por este; (ii) quando o réu é incapaz e a causa se situa no âmbito da sua incapacidade; (iii) quando o réu foi citado editalmente e permanece em situação de revelia absoluta; (iv) quando se tratem de direitos indisponíveis, cuja vontade das partes não é suficiente para obtenção do efeito jurídico que se busca com a ação proposta e (v) quando a lei exige expressamente que a prova do facto seja feita através de documento escrito.

Quanto à prova por declarações de parte em processo civil, encontra-se prevista e regulada no artigo 466.º do C.P.C. Esta poderá ser feita pelo autor ou pelo réu, devendo recair apenas sobre factos em que tenha intervindo pessoalmente ou que tenha conhecimento direto e é livremente apreciada pelo tribunal.

4.3. A inspeção judicial

A prova por inspeção judicial, prevista no artigo 390.º do C.C. visa a perceção direta de factos pelo julgador, sendo o seu resultado livremente apreciado pelo tribunal. Tem como limite a proteção da intimidade da vida privada, familiar e a dignidade humana, podendo incidir sobre coisas ou pessoas, conforme prescrito pelo artigo 490.º do C.P.C., estando o seu procedimento regulado nesse mesmo

artigo e ss. do Código. Engloba ainda a possibilidade de o tribunal mandar proceder à reconstituição de factos¹⁹¹.

A prova por inspeção judicial, tem uma limitada relevância nas ações por responsabilidade médica, dado que por falta de conhecimentos técnico-científicos, a mera observação e análise pelo juiz, não será em grande parte dos casos, suficiente para efetuar um juízo fundamentado sobre os factos em causa; ao que acresce que os factos controvertidos que poderiam, em hipótese, ser alvo de inspeção judicial, são frequentemente associados à integridade física do lesado, logo, ao seu corpo, pelo que a inspeção judicial será grande parte das vezes considerada atentatória da dignidade da pessoa, levando ao afastamento deste meio de prova, substituindo-o pela perícia.

4.4. A prova testemunhal e o dever deontológico de sigilo profissional e solidariedade dos médicos entre si

A prova efetuada através de prova testemunhal é um dos meios utilizados mais comumente em qualquer processo, não sendo exceção os casos em que se discute a responsabilidade médica; especialmente tendo em conta que em muitos casos, nomeadamente nas intervenções médico-cirúrgicas, haverá inclusivamente testemunhas do invocado ato lesivo.

A prova testemunhal encontra-se prevista nos artigos 392.º e ss do C.C., está afastada dos casos em que a lei exija para a prova do facto a forma escrita, bem como os factos que já se encontrem plenamente provados por prova documental ou outro meio com força probatória plena, nos termos do artigo 392.º do C.C..

O seu modo de oferecimento encontra-se regulado no processo civil nos artigos 495.º e ss. do C.P.C., pelo que se pode apurar que só pode ser prestado depoimento na qualidade de testemunha pessoas estranhas ao processo, i.e., que não são parte, conforme define o artigo 496.º do C.P.C.. O princípio da imediação,

¹⁹¹ Em processo penal, este meio de prova não tem correspondência exata, admitindo-se a prova através da reconstituição do facto, nos termos do artigo 150.º do C.P.P.; bem como o exame ao local efetuado pelo tribunal em fase de julgamento, conforme artigo 354.º do C.P.P.; é ainda admitido como meio de obtenção de prova o exame, regulado nos artigos 171.º e ss. do C.P.P..

que dita que a prova, tanto quanto possível, deverá ser apreendida diretamente pelo tribunal, impõe que a testemunha tenha de declarar os fatos de que tem conhecimento e que possam ser relevantes para a composição do litígio, constitutivos da matéria dos temas da prova, perante o tribunal, devendo indicar a sua razão de ciência e que circunstâncias justificam o conhecimento que presta ao tribunal, ver neste sentido o artigo 516.º do C.P.C..

Pode-se levantar a questão de eventuais conflitos entre o depoimento testemunhal de um médico e as regras deontológicas da profissão a que está sujeito, especificamente em relação ao dever de solidariedade entre profissionais e ao dever de salvaguarda do sigilo profissional.

No que se refere ao segredo médico, que se impõe em todas as circunstâncias sendo um direito do paciente, e que abrange todos os factos que chegam ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela, conforme artigos 139.º do Estatuto da Ordem dos Médicos (E.O.M.), Lei n.º 117/2015 de 31 de agosto, e artigo 30.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento Deontológico da Ordem dos Médicos (R.D.O.M.), este diploma prevê expressamente as situações em que um médico irá intervir em processos administrativos ou judiciais, estabelecendo no seu artigo 35.º, n.º1, a proibição para o médico de prestar declarações sobre matéria sujeita a segredo, exceto (i) quando haja consentimento do doente para tal, ou de representante legal deste nos casos de impedimento, e desde que a revelação não prejudique terceiros pessoas com intenção na manutenção do sigilo, ou ainda (ii) quando for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico, do doente ou de terceiros, mas apenas na medida do necessário e com prévia autorização do Bastonário.

Quanto ao dever de solidariedade entre médicos que impõe respeito mútuo entre os profissionais, a abstenção de fazer declarações desprimorosas ou falsas sobre a competência de outros médicos, tratamentos por estes prescritos ou qualquer outra característica, bem como a coibição de proferir declarações públicas contra colegas, esclarece o artigo 108.º, n.º4, do R.D.O.M. que não viola o dever de solidariedade, antes cumpre uma obrigação ética, o médico que comunica à Ordem, de forma objetiva e com a devida descrição, as infrações técnicas e deontológicas de

um colega; princípio que NUNO GUNDAR DA CRUZ entende aplicar-se aos pareceres e depoimentos médicos em processo judicial,¹⁹² cuja orientação se acompanha.

No âmbito de um processo civil, poderá o médico recusar-se a colaborar com o tribunal de forma legítima, quando se tratem de factos que violem o segredo profissional a que está sujeito, nos termos do artigo 417.º, n.º 3, al. c) do C.P.C., nestes casos a recusa pode ser alvo de apreciação pelo tribunal, nos mesmos termos aplicáveis a processo penal, conforme n.º 4 deste artigo.

Assim, independentemente de se tratar de uma ação de condenação apreciada em jurisdição civil, ou de um pedido de indemnização cível enxertado em processo penal, aplicar-se-ão as mesmas regras.

Desta forma, o C.P.P. regula especificamente a situação em que um médico é testemunha, a quem a lei impõe o segredo profissional, admitindo que se possa recusar a depor sobre as matérias sujeitas a segredo, conforme prescrito pelo n.º 1 do artigo 135.º do C.P.P..

No entanto, este regime admite também que, se o tribunal ou a entidade judiciária perante a qual se suscita o incidente, julgar a recusa ilegítima após uma averiguação sumária dos argumentos invocados pelo médico, poderá decidir pela manutenção da recusa ou, oficiosamente ou a requerimento, recorrer ao tribunal imediatamente superior, ou ao pleno das secções no caso do Supremo Tribunal de Justiça, para que seja emitida decisão no sentido de prestação do depoimento, caso se mostre uma necessidade justificada, tendo em conta o interesse preponderante no caso concreto e a imprescindibilidade do testemunho, gravidade do crime e necessidade de proteção de bens jurídicos, tendo de ser ouvida a Ordem dos Médicos antes da emissão dessa decisão, nos termos dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 135.º do C.P.P..

A prova testemunhal é livremente apreciada pelo tribunal, nos termos do artigo 396.º do C.C..

¹⁹² Cf. CRUZ, Nuno Gundar, *A figura da testemunha-perito no contexto das acções de responsabilidade civil médica: realidade ou ficção?* - Lex Medicinæ, Ano 9, n.º 18, 2012, p. 192

4.5. O dever de documentação e relevância da prova documental

A prova documental tem especial relevância nos processos de responsabilidade médica devido ao dever de documentação a que o profissional de saúde está sujeito.

Este dever de documentação existe independentemente de estarmos, ou não, perante um contrato entre médico e paciente, pois relaciona-se com os deveres acessórios de segurança a que as partes estão adstritas em qualquer relação jurídica por força da tutela geral da personalidade. Acrescendo a este dever geral, que as próprias *leges artis* da profissão de médico impõem que o médico mantenha um registo pormenorizado do acompanhamento que é feito ao doente, desde consultas, a exames, tratamentos, e tudo o mais que possa ser clinicamente relevante¹⁹³.

O dever de documentação traduz-se em primeira linha num processo clínico, que o terapeuta utiliza para consulta a todo o tempo e que aumenta a segurança do paciente, quer perante o médico que o segue, quer perante qualquer outro interveniente que venha a acompanhá-lo e que beneficiará desta documentação. Este histórico clínico permite reduzir os riscos de erro, que lhe seja administrado um tratamento inadequado ou menos eficaz para aquele paciente em concreto; ajuda inclusivamente até a eliminar falhas de comunicação e de coordenação que possam existir entre os diversos profissionais que intervenham na terapêutica.

Por outro lado, e ainda com inegável relevância na vertente terapêutica desta relação, a ficha clínica permite reduzir custos de tempo e de dinheiro ao paciente, eliminando a hipótese de duplicação de exames e tratamentos que se revelem inúteis.

Desde logo, refira-se que este dever por parte do médico não visa diretamente facilitar a prova em casos de responsabilização por danos ocorridos, mas esta será uma vantagem da qual o direito tem vindo a beneficiar.

¹⁹³ Cf. PEREIRA, André Dias, Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia, *in* Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2006, Ano XV, N.º 16, pp. 9-24.

Contudo, é manifesto que surgindo uma discordância ou mesmo um conflito entre as partes, a documentação reunida será fundamental para o esclarecimento de qualquer dúvida que possa surgir à cerca da terapêutica aplicada, tendo vantagens para o médico e para o paciente, nomeadamente em relação à justificação dos honorários cobrados, e com especial relevância na matéria que nos propomos a abordar, na facilidade de prova que gera, dado permitir a reconstituição dos atos do tratamento.

Tal função é manifestamente relevante nos casos das ações por má prática médica, pois a partir do processo clínico do paciente o que se pretende é que o tribunal consiga compreender todos os atos levados a cabo pelo médico e qual o raciocínio por este concretizado, de modo a averiguar pela existência ou não de negligência nas suas ações.

Mesmo para os casos de responsabilidade médica por violação do consentimento informado existirá utilidade na consulta de tal documento, devendo o processo clínico explicar de forma clara a informação que foi prestada e o consentimento ou dissentimento do paciente perante a mesma.

O R.D.O.M., publicado em anexo ao Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho, estabelece no seu artigo 40.º, n.º 1, a obrigação do médico de registo detalhado e claro das observações clínicas relevantes dos doentes a seu cargo, consignando: *“O médico, seja qual for o enquadramento da sua ação profissional, deve registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico”*. Quanto à obrigação de manter estes documentos e de prestar informações sobre eles, aplicar-se-á ainda as regras do Código Civil presentes nos artigos 573.º e 575.º. Estas normas devem ainda ser conjugadas com as disposições da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, sobre Informação Genética Pessoal E Informação De Saúde.

Da análise das normas, nomeadamente do artigo 40.º do R.D.O.M., e do artigo 3.º da Lei n.º 12/2005, relativo à propriedade da informação de saúde, na qual se inclui a ficha clínica do paciente, conclui-se que o paciente não é proprietário do processo clínico em si enquanto suporte, antes o será da informação que nela

figura¹⁹⁴. O que sustentava, entre outras razões de ordem^{195 196 197}, o acesso mediato pelo paciente à informação de saúde, fazendo-se através de um médico, nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do R.D.O.M.^{198 199}. A mais recente alteração à Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, efetuada pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, veio ultrapassar de certa forma este entendimento ao passar a referir no n.º 3 do artigo 3.º, que o acesso à informação de saúde é exercido por médico com habilitação própria “*se o titular da informação o solicitar*”, e nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, referindo que na impossibilidade de apurar a vontade do titular dessa informação, será sempre através de um médico.

Desta forma, poucas dúvidas restam que nos casos em que o paciente pretenda no âmbito de um processo juntar a ficha clínica por via a servir de prova ou de objeto de perícia, deverá o médico depositário acatar esse desiderato, pois estará em causa o seu direito de ação e de acesso à justiça, que não carece de ser exercido através de médico²⁰⁰.

No âmbito de um processo, há que considerar o dever de cooperação das partes na busca da verdade, artigo 417.º do C.P.C., o que normalmente implica nestes casos que o médico faculte a ficha clínica do paciente ao processo, podendo tal inclusivamente ser requerido pelo próprio paciente, nos termos do artigo 429.º do C.P.C..

¹⁹⁴ Embora se admita estarmos perante uma questão controversa, especialmente após as alterações legislativas mais recentes nesta matéria. Cf. PEREIRA, André Dias, Dever de documentação... *op cit*, pp. 12 *et seq*.

¹⁹⁵ Esta disposição também visa tutelar os interesses de terceiro que possam ter informações suas pessoais a figurar no processo, sendo um dever do médico expurgar essas informações quando faculte a informação do processo clínico nos termos do n.º 4 do artigo 40.º do R.D.O.M.

¹⁹⁶ O acesso mediato ou indireto à ficha clínica visa acautelar o paciente, pois fazendo-o através de pessoa devidamente habilitada garante-se que este seja devidamente informado à cerca da sua informação de saúde, que de outra forma, dado o carácter técnico da informação, poderia não vir a acontecer. Cf. SOUSA, Luis Pires, *op cit*, p. 467.

¹⁹⁷ Também para tutela do paciente deve o médico escusar-se a comunicar-lhe informações, ainda que relativas a este, mas que a serem conhecidas pelo paciente poderiam causar-lhe grave dano à saúde física ou psíquica, nos termos do n.º 4, *in finem*, do artigo 40, do R.D.O.M.

¹⁹⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA invoca esta disposição no sentido de reforçar que a propriedade da ficha clínica pertence ao médico, sendo esta a solução que lhe permite preservar a liberdade de transcrição e a divulgação de elementos de uso pessoal, v.g., a anotações pessoais referidas no n.º 4 do artigo 40.º do R.D.O.M., Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos Pacientes... *op cit*, p. 13

¹⁹⁹ A Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto,

²⁰⁰ Cf. SOUSA, Luis Pires de, *op cit*, p. 467.

A sua não apresentação pelo médico terá as consequências previstas no artigo 430.º *ex vi* 417.º, n.º 2 do C.P.C., designadamente, a condenação em multa e a livre apreciação pelo tribunal desta recusa, e ainda, havendo lugar a tal mecanismo, à inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 2 do C.C., ou seja, caso tenha tornado a prova culposamente impossível ao paciente. Refira-se ainda que o mesmo regime será aplicável nos casos em que o profissional de saúde não cumpra, ou cumpra defeituosamente, o dever de documentação.

Estes casos de inversão do ónus por se ter tornado a prova culposamente impossível têm, infelizmente com alguma frequência, uma repercussão relevante nas ações de responsabilidade civil médica, âmbito no qual frequentemente é o médico ou serviço clínico/hospitalar, que possui a ficha clínica do paciente, com o registo das intervenções efetuadas, exames, evolução clínica e toda a informação médica relevante, permitem da sua análise aferir todo o histórico do paciente, bem como conhecer se o resultado adverso seria ou não expectável. Nos casos de destruição ou desaparecimento deste registo, quando caberia ao médico a sua guarda e preservação, demonstrando-se a intencionalidade ou falta de cuidado do médico pela perda e a impossibilidade de prova, poderá haver lugar a essa inversão.

Neste tipo de situação o artigo 344.º, n.º 2, do C.C., não se limita a presumir a culpa na atuação do médico, podendo ser inclusivamente aceite a presunção da ilicitude²⁰¹.

No entanto, a lei não determina exatamente qual o conteúdo específico do dever de documentação do médico. Na verdade, limita-se a estabelecer tal dever, cabendo ao médico em concreto, face à situação mais ou menos complexa do paciente, definir qual a informação que deverá constar na ficha clínica detalhadamente, qual a informação se bastará com uma sintética referência, e que informação deverá ser considerada irrelevante; sendo que na nossa perspetiva, a autonomia do médico na definição do conteúdo concreto do processo clínico, será a

²⁰¹Neste sentido já decidiu o Tribunal Administrativo de Círculo do Porto, tendo a decisão sido invertida pelo Supremo Tribunal Administrativo no acórdão proferido a 24 de maio de 2012, no processo 0576/10. Admite igualmente esta orientação VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 111.

mais conforme à função primordial desta documentação, conforme começámos por expor.

Não obstante, é inegável que é possível traçar em linhas gerais alguns elementos-chave que constam em regra neste documento e cuja ausência significará, em princípio, uma deficiente documentação.

A doutrina²⁰² tem vindo sucessivamente a apontar estes elementos, entre os quais destacamos: (i) a identificação do paciente, (ii) a anamnese, (iii) o diagnóstico e métodos para tal utilizados, (iv) a informação prestada ao paciente, (v) o seu consentimento ou dissentimento, (vi) terapêutica utilizada (terapias, fármacos, dosagens, etc.), (vii) registo da evolução do paciente, nomeadamente, estado na data da primeira observação, evolução geral, e com mais detalhe, acontecimentos invulgares, inesperados, adversos ou arriscados, como por exemplo, pós-operatório. É também útil que se registem tanto as mudanças de médico e a sua identificação, como também, das pessoas responsáveis pelos procedimentos a que o paciente é sujeito na hipótese de não ser sempre o mesmo sujeito ou de serem vários.

Independentemente do conteúdo mais ou menos vasto, podemos concluir que todos os dados clínicos documentados do paciente compõem a ficha clínica, incluindo, como outrora foi discutido, as anotações pessoais do médico²⁰³, estando tal norma expressa no n.º 2, do artigo 40.º do R.D.O.M, norma que deve ser completada com o n.º 2, do artigo 5.º, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, relativa à Informação Genética Pessoal e Informação De Saúde, esclarecendo ainda este último que o processo clínico do paciente é todo o registo que contenha informação de saúde sua ou dos seus familiares, informatizado ou não.

Quanto ao valor probatório da ficha clínica em processo civil aplicar-se-ão as regras gerais relativas à valoração de documentos particulares simples, previstas no artigo 376.º do C.C., ou seja, documentos não exarados por autoridades públicas

²⁰² Cf. CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano IV, n.º8; e PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Dever de Documentação... op. cit.*, pp. 9 *et seq.*

²⁰³ Cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 15 de outubro de 203, processo n.º 405/13.7TBCBR.C1, relator Maria Inês Moura, que refere expressamente este caso, concluindo que “*estas anotações pessoais do médico, não podem deixar de conter informações de saúde sobre o doente*”

e cujo conteúdo não foi confirmado nem a assinatura foi reconhecida perante um notário ou outra entidade com competência para tal perante a lei.

Assim, à ficha clínica assinada pelo médico e à qual o médico reconheça a sua autoria, nos termos do artigo 374.º, n.1 do C.C., é atribuída a força probatória plena relativamente às declarações emitidas por este, conforme disposto no n.º 1 do artigo 376.º, do C.C.; sendo que nos restantes casos, ou seja, declarações não assinadas, que não sejam do seu autor, o médico, ou que este não reconheça a autoria, são livremente apreciadas pelo juiz²⁰⁴.

4.6. Da prova pericial

Por vezes a matéria de facto apresenta uma complexidade técnica que exige conhecimentos específicos sobre a mesma, conhecimentos estes que o tribunal não possui. Nestes casos, entre os quais se encontram frequentemente os processos relacionados com responsabilidade médica, pode o tribunal oficiosamente ou a requerimento das partes, suscitar a avaliação de um perito - um especialista isento de interesses pessoais na matéria, imparcial, no sentido de que este venha a emitir um juízo técnico-especializado sobre os factos em questão.

A imparcialidade do perito deve ser lida num duplo sentido, não lhe pertencendo tomar partido por nenhuma das partes e cabendo-lhe interpretar objetivamente a matéria, de forma a torná-la acessível ao tribunal²⁰⁵.

Acrescenta-se ainda que o perito deverá em toda esta análise compreender a importância do seu juízo técnico e objetivo, não devendo assumir posições em questões para as quais a *praxis* médica não apresenta uma resposta unânime, podendo assim induzir em erro o tribunal; pelo que, cumprir-lhe-á dar conhecimento ao tribunal dessa divergência, dado que perante situações dependentes apenas de divergências doutrinárias na medicina, não cumpre ao

²⁰⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira, As partes, o objecto... *op cit.*, pp 247 *et seq*

²⁰⁵ Cf. SOUSA, Luís Pires de, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica. questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)*, in Curso Complementar em Direito da Saúde, CEJ, 451-494, p. 468.

direito, nem ao tribunal em concreto, fixar um entendimento uma vez que não é a sua área nem possui os conhecimentos necessários para tal.

Conforme referido anteriormente, a perícia opera ainda nos casos em que a prova dos factos incide sobre pessoas e que, pelas suas características, embora o juiz tenha a capacidade e conhecimentos para averiguar dos factos, não o faz sob pena de violar a suscetibilidade do sujeito, não procedendo por isso a prova por inspeção judicial.

A perícia trata-se muitas vezes de um elemento essencial neste tipo de processos para que o próprio paciente consiga fazer a prova dos elementos da responsabilidade civil, sobre os quais, como vimos, recai sobre si o ónus.

A lei oferece-nos uma definição deste meio de prova no artigo 388.º do C.C., encontrando-se regulada no processo civil nos artigos 467.º e ss. do C.P.C.; as perícias médico-legais estão expressamente previstas na lei, no n.º 3 do artigo 467.º do C.P.C., estando o seu regime, conforme estabelecido no artigo citado, estabelecido pela Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, sendo competência do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, cuja lei orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de julho, com a Retificação n.º 54/2012, de 28 de setembro.

O resultado da perícia é vertido em relatório fundamentado emitido pelo perito ou peritos que procederam à análise. Deve constar desse relatório, no caso de perícias colegiais, a discordância que possa existir entre peritos, devendo quer a opinião do perito vencedor, quer a opinião do perito vencido, estar devidamente fundamentada com as razões de discordância, nos termos do artigo 484.º do C.P.C.

A lei confere às partes a faculdade de reclamarem das obscuridades, contradições ou qualquer outra deficiência que encontrem no relatório do perito, designadamente as conclusões não estarem devidamente fundamentadas, conforme artigo 485.º do C.P.C., podendo o juiz ordenar, caso entenda que a reclamação de alguma das partes deve ser procedente, ou ainda que não haja qualquer reclamação, oficiosamente, que o perito supra estas deficiências no relatório por escrito.

As partes e o próprio tribunal podem suscitar uma segunda perícia caso entendam pela discordância com o resultado da primeira perícia, devendo para tal

fazer pedido fundamentado em relação às suas razões de discordância no prazo de dez dias após o conhecimento do resultado da primeira perícia no caso das partes, e a todo o tempo, no caso do tribunal, veja-se para este efeito o artigo 487.º do C.P.C., tal exigência de fundamentação não deve ser descurada, devendo a parte identificar os pontos onde não concorda com a perícia e fundamentar o motivo de defender um resultado diferente, evitando-se assim perícias desnecessárias e meramente dilatórias²⁰⁶

Nos casos de responsabilidade civil médica, o perito não só poderá ajudar o tribunal na descoberta da verdade quanto aos pressupostos do dano, ilicitude, culpa e nexo de causalidade; como também, terá os conhecimentos necessários para poder esclarecer, por exemplo, a natureza da obrigação assumida pelo médico perante o paciente, isto é, se o procedimento executado em concreto poderia levar à exigência de um resultado determinado ou se caberia apenas ao médico a observância dos deveres de cuidado e zelo profissional²⁰⁷, cujo resultado dessa análise traduzido na classificação da obrigação assumida como de meios ou de resultado, terá importantes implicações em relação à distribuição do ónus da prova.

Relativamente às perícias em ações de responsabilidade médica e ao seu objeto jurídico, estas incidem fundamentalmente sobre três fatores, que são: (i) a ilicitude, designadamente a violação das *leges artis ad hoc*, ou seja, tendo em conta as condições de que dispunha o médico, as características específicas do doente e da patologia que sofria e ainda quaisquer outros fatores que possam influir nas regras de conduta profissional e técnica exigíveis ao médico, modificando a aplicação dessas regras no caso em apreço; (ii) apreciação do dano, especificamente do dano corporal, seja físico ou psíquico, podendo ajudar na qualificação do dano como temporário ou permanente e como total ou parcial, e ainda na avaliação do dano futuro, o que influirá na definição do quantum indemnizatório; (iii) análise do nexo de causalidade, entre a atuação do profissional de saúde, e o trauma, lesões e eventuais sequelas futuras²⁰⁸.

²⁰⁶ Cf. Sousa, Luís Pires de, *op cit.*, p. 475.

²⁰⁷ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit*, p. 632.

²⁰⁸ Cf. SOUSA, Luís Filipe Pires de, *op cit*, pp. 469 *et seq.*

A nível dos factos, toda a atividade médica será relevante para a avaliação do cumprimento ou não das *leges artis*, desde a anamnese até ao acompanhamento posterior do paciente, incluindo os exames efetuados, diagnóstico, tratamentos, intervenções²⁰⁹.

Por outro lado, nem sempre as perícias são conclusivas, sendo comum neste tipo de processos que o perito não possa conferir total autenticidade aos factos invocados, pois causas endógenas e exógenas, como doenças ou condições das quais o paciente possa padecer, ou o mero decurso do tempo, dificultam respostas conclusivas nesta matéria.

Quanto ao valor probatório da prova pericial em processo civil, é fixado livremente pelo tribunal nos termos do artigo 389.º do C.P.C., cabendo ao juiz apreciar o relatório pericial de acordo com as máximas de experiência comuns que possui.

Quer isto dizer que o tribunal aprecia livremente os dados de facto sobre os quais incide a perícia e o próprio juízo científico que a compõe. No entanto, apresenta uma especificidade em relação aos restantes meios de prova valorados livremente pelo tribunal, pois dado que o objeto do relatório pericial engloba um juízo técnico que o juiz, em princípio, não possui os conhecimentos para efetuar, a opção do juiz em afastar-se das conclusões do relatório pericial obriga-o a ter especiais cuidados na livre apreciação da prova e na fundamentação da sua decisão, o que não é ainda assim a mesma coisa que estar sujeito às regras legais previstas no caso da prova tarifada²¹⁰. Neste sentido, cumprirá ao juiz perceber e valorar no

²⁰⁹ *Ibidem*

²¹⁰ No caso da perícia realizada em direito penal, prevê o artigo 163.º do C.P.P., que o juízo técnico, científico ou artístico se encontra presumivelmente subtraído à livre convicção do julgador, afastando assim a regra geral constante no artigo 127.º do mesmo diploma. No entanto, não se trata de uma regra absoluta, admitindo-se que o juiz apresente opinião diversa do juízo do perito, desde que fundamentada, conforme refere o n.º 2 do artigo 163.º do C.P.P.. A fundamentação prevista nesta norma apresenta especiais contornos no entender da doutrina e da jurisprudência, ultrapassando as regras da fundamentação segundo a experiência comum, aplicáveis à livre apreciação da prova. Nestes casos, exige-se que para o afastamento de um juízo qualificado do perito, seja técnico, artístico ou científico, o juiz apresente argumentos contrários da mesma natureza. Contudo, tal regra não é aplicável nos casos em que a prova pericial seja inconclusiva, ou seja, que se baseie numa probabilidade, opinião ou manifeste um estado de dúvida, situações em que o juízo de decisão da matéria de facto é devolvido ao tribunal e à sua livre apreciação nos termos do artigo 127.º. Assim, a perícia que não emita um único resultado, claro e definitivo, será sempre inconclusiva, estando afastada a aplicação do artigo 163.º do C.P.P.. Neste sentido cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13 de maio de 2014, processo n.º 200/11.8GTEVR.E1, relator João Gomes de Sousa; Acórdão

sentido da cientificidade do juízo apresentado, i.e., verificar se existem condições de cientificidade da prova²¹¹.

Assim, para a valoração do relatório pericial, o juiz deverá ter em conta a apresentação de fundamentos científicos pelo perito para fundamentar as suas conclusões; a consistência do juízo técnico emitido e a maior ou menor fundamentação e razão de ciência apresentadas, devendo em princípio prevalecer as conclusões periciais cuja fundamentação técnico-científica e racional é superior²¹².

Perante várias perícias sobre a mesma matéria que apresentem resultados contraditórios, podem funcionar como indicativos da convicção que neles deve ser depositada: (i) a especialização e prática do perito, ou falta dela, em relação à matéria do laudo; (ii) a descrição do caminho seguido pelo perito para alcance das conclusões; (iii) a imediação do exame em relação ao objeto e a proximidade temporal em relação à verificação dos factos; (iv) a utilização de meios técnicos e equipamento de análise, bem como o modo e justificação dos procedimentos adotados; (v) a maior coerência e racionalidade na fundamentação das conclusões²¹³.

Há que ter ainda em conta que nem sempre as opiniões técnicas emitidas no âmbito de um processo, seja civil ou penal, por um especialista, devem ser consideradas perícias. Fora dos casos em que a perícia é ordenada pelo tribunal com os procedimentos previstos na lei, é frequente as partes recorrerem a pareceres de médicos com vista a reforçarem tecnicamente a sua posição. Estes pareceres, embora relevantes na descoberta da verdade, não devem ser avaliados pelo tribunal como perícias, constituem antes prova documental. Na eventualidade de o tribunal ouvir o autor deste parecer para seu esclarecimento, perante a falta de uma figura reconhecida especialmente no nosso direito para este meio de prova, estaremos

da Relação de Coimbra de 1 de julho de 2015, processo n.º 168/09.0TATND.C2, relator Vasques Osório, e ainda Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2011, processo n.º 693/09.3JABRG.P2.S1, relator Armino Monteiro.

²¹¹ Cf. SOUSA; Luis Pires de, *op cit*, p. 477

²¹² *Ibidem*, p. 469.

²¹³ *Ibidem*.

perante uma testemunha, cujo depoimento deve ser livremente apreciado pelo tribunal²¹⁴.

O juízo emitido por esta testemunha, que normalmente se trata de um médico especialista na matéria, não deverá ser desvalorizado, pois este terá os conhecimentos específicos na matéria, reforçados pela experiência da *praxis* diária de exercício da atividade clínica, conferindo-lhe especial idoneidade para informar o tribunal nesse sentido²¹⁵.

Outra situação diferente ainda é a possibilidade do tribunal requisitar ou designar um técnico para assistir à audiência final e prestar os esclarecimentos necessários nos casos em que a especificidade técnica da matéria implique conhecimentos que o tribunal não possui, conforme previsto no artigo 601.º do C.P.C..

Por outro lado, é ainda admissível, tendo especial relevância neste tipo de processos em análise, que o advogado se socorra de um assessor técnico durante a produção de prova e discussão da causa, que dispõe dos mesmos direitos e deveres que um advogado em relação às questões para as quais foi nomeado, estando a figura prevista e regulada no artigo 50.º do C.P.C., não devendo confundir-se este assessor técnico do advogado, necessariamente, como um meio de prova, mas um meio auxiliar que permite discutir o contraditório.

5. Valor extraprocessual das provas e aproveitamento da prova em diversos processos

Por força do princípio da adesão previsto no artigo 71.º do C.P.P., a regra nos processos de responsabilidade médica em que os mesmos factos sejam subsumíveis à lei penal e à lei civil é que a ação cível seja enxertada no processo penal respetivo.

²¹⁴ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 674.

²¹⁵ Cf. SOUSA, Luis Pires de, *op cit.*, p. 469.

No entanto, a lei admite que o lesado possa optar em determinados casos pela dedução do pedido de indemnização cível em separado do processo penal, previstos no artigo 72.º do C.P.P..

Para os casos em que os mesmos factos são valorados em mais do que um processo, o legislador buscou em geral permitir o aproveitamento da prova produzida, evitando assim a repetição de atos e favorecendo a economia processual.

Este aproveitamento da prova produzida refere-se aos meios de prova utilizados em determinado processo autónomo ou conexo com o que se discute, e não à valoração intrínseca da prova que foi efetuada nesses processos, dado que a matéria de facto dada como assente e constante numa decisão vale como fundamentação dessa decisão e não por si mesma. Isto é, o caso julgado é o conjunto da decisão emitida pelo tribunal e da sua fundamentação, não podendo esta última ser desassociada para valer com eficácia de caso julgado fora do processo em que a decisão é emitida.

Assim, verifica-se que pode dar-se a eficácia extraprocessual de um meio de prova, mas não dos factos provados, o que não significa contudo que o juiz não possa apreciar a decisão de facto emitida em outro processo, valorando a sentença, enquanto documento probatório, como princípio de prova²¹⁶.

A lei processual civil abre duas exceções a esta regra, designadamente quanto à eficácia da sentença penal no processo cível, aplicando-se as regras constantes nos artigos 623.º e 624.º do C.P.C., que definem o valor da decisão penal condenatória ou absolutória, estabelecendo respetivamente que (i) a decisão condenatória definitiva constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível quanto à existência dos factos que integram os pressupostos de punição e os elementos do tipo legal; e que, (ii) a decisão definitiva absolutória, com fundamento na ausência de prática dos factos que são imputados ao arguido, constitui em qualquer processo cível presunção ilidível da inexistência desses factos.

Ora, como observado anteriormente, a presunção legal ilidível tem valor de prova plena, nos termos do artigo 350.º do C.C. e não de princípio de prova. Realce-

²¹⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de novembro de 2009, processo n.º 3931/03.2TVPR.T.S1, relator Moreira Alves.

se ainda que tal disposição não desonera o lesado de fazer prova dos pressupostos da responsabilidade civil que não estejam demonstrados com os elementos típicos do crime.

Quanto à eficácia extraprocessual dos meios de prova, o artigo 421.º do C.P.C. prevê, sob a epígrafe *valor extraprocessual das provas*, o aproveitamento dos depoimentos, escrito ou oral, testemunhal ou de parte, bem como das perícias que tenham sido produzidas em outros processos, desde que tenha havido audiência contraditória da parte e sejam usados no novo processo contra essa mesma parte.

Excluem-se os casos da confissão judicial, que nos termos do n.º 3 do artigo 355.º do C.C., só pode valer como confissão judicial no processo em que é feita e por isso será valorada no novo processo em que é invocada como confissão extrajudicial; parecendo excluir-se também os casos de confissão por revelia, dado que não se trata de nenhum depoimento, nem escrito, nem oral, antes de uma ausência de depoimento.

A norma do artigo 421.º do C.P.C. ressalva ainda os casos em que no processo em que a prova foi inicialmente produzida são oferecidas menos garantias à parte contra quem é invocada do que aquelas que potencialmente lhe caberiam no processo em que a prova será reavaliada, para estes casos, a prova produzida no primeiro processo só valerá no segundo como princípio de prova.

Não será possível o aproveitamento extraprocessual da prova quando o processo em que a prova foi produzida não tenha sido anulado na parte relativa a essa produção de prova invocada.

Tal significa que dos meios de prova existentes estão excluídos do aproveitamento extraprocessual os documentos, dado que podem ser juntos à nova ação e a inspeção judicial, dado que visa a perceção dos fatos diretamente pelo tribunal que irá valorá-los.

Pode ainda acontecer que antes ou contemporaneamente ao processo de responsabilidade civil médica proposto, tenha sido produzida prova em processo disciplinar da Ordem dos Médicos em Conselho Disciplinar Regional ou no Conselho Superior, em recurso, que poderá revelar-se relevante para sustentar a posição de

qualquer uma das partes, médico ou paciente. Parece não haver lugar à aplicação do disposto no artigo 421.º, n.º 1, não obstante poderem ser os meios de prova apreciados no novo processo como princípio de prova, conjugando-o com outros elementos probatórios e com recurso à prova através de presunções legais²¹⁷, já analisada.

III. DA BUSCA PELA IGUALDADE DE ARMAS NO PROCESSO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1.1. Identificação do problema

Como se começou por abordar neste trabalho, a relação de facto entre médico e paciente é por regra desequilibrada. Este desajuste remota a séculos, senão milénios, e embora as vestes da medicina e da sociedade se tenham alterado desde então, fruto do acolher do pensamento científico-racional na ciência e do reconhecimento e tutela reforçada dos direitos fundamentais do ser humano, o desequilíbrio dessa relação nunca desapareceu totalmente, nem se vislumbra que tal venha a acontecer; pois o paciente por mais acesso à informação que tenha, nunca terá as ferramentas necessárias, ou seja, o conhecimento científico, para a compreender verdadeiramente.

Por outro lado, o desconhecimento ou falta de preparação do paciente não deve ser encarado como um problema ou sequer um defeito na relação estabelecida com o médico, trata-se de uma mera característica desta, com origem na sua própria natureza. Característica que nem o legislador, nem os próprios profissionais de saúde, representados pela Ordem dos Médicos, ignoram; levando ao estabelecimento de um quadro de regras e procedimentos técnico-científicos, alguns positivados e outros não, de como a profissão deve ser exercida e de como deve o médico relacionar-se com os seus doentes e com outros profissionais.

²¹⁷ NUNES, Manuel António do Rosário, O Valor Extraprocessual das Provas - Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos, in Curso complementar de Direito da Saúde,

Para garantia da tutela dos direitos dos pacientes lesados pelo incumprimento dos médicos das regras a que estão sujeitos, não se estabeleceu nenhum regime específico; pelo que são de aplicar as regras gerais relativas à responsabilidade civil contratual ou extracontratual, conforme os casos, admitindo-se a aplicação das presunções de culpa da responsabilidade subjetiva, em casos muito restritos em que tal seja admissível, *v.g.*, catividades perigosas por si mesmas ou pelos meios empregues, entre outras.

Este quadro social e legal possibilitou, por exemplo, que entre o ano de 2010 e o ano de 2015 o número de processos de inquérito instaurados por negligência médica, só no D.I.A.P. de Lisboa, mais do que duplicasse²¹⁸; que no mesmo período, entre arquivamentos e acusações, tenham sido tomadas mais de 4 000 decisões pela Ordem dos Médicos em processos disciplinares e apresentadas 3 837 queixas contra médicos²¹⁹ e que tenha vindo a aumentar o número de perícias solicitadas ao I.N.M.L., de tal forma que a capacidade de resposta tem atrasos que chegam a dois anos²²⁰. São as cinco principais especialidades sobre que incidem estes processos, em ordem crescente: medicina interna, ortopedia, medicina geral e familiar, ginecologia/obstetrícia e cirurgia geral²²¹.

Por outro lado, tem-se assistido à busca por soluções não jurídicas para os casos mais graves de responsabilidade, onde os danos decorrentes da atividade médica são especialmente graves e o número de vítimas elevado; nestes casos o poder executivo tem intervindo, promovendo arbitragens *ad hoc*²²², por exemplo, conforme ocorreu no caso do Hospital Santa Maria, em 2009, que levou à cegueira de vários doentes²²³.

²¹⁸ Em 2010 verificaram-se apenas 31 inquéritos, que no ano de 2015 passaram a 65. Fonte: DIAP (Departamento de Investigação e Ação Penal) Lisboa, *in* Revista Visão, n.º 1244, 05/01 a 11/01/2017, página 35.

²¹⁹ Fonte: Ordem dos Médicos, *in* Revista Visão, cit., página 35.

²²⁰ Fonte: Instituto de Medicina Legal, *in* Revista Visão, cit., página 35.

²²¹ Estudo tem por base as apólices de seguro contratadas com uma reconhecida seguradora de responsabilidade civil médica operante no mercado português, quais os processos abertos entre os segurados e que processos internos tinham processos judiciais associados. Cf. PEREIRA, Gonçalo Baldaque Marinho Campos, *Responsabilidade Civil dos Médicos – Fatores de Risco*, Tese de Mestrado em Gestão, Faculdade de Gestão da Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2013, p. 32

²²² Cf. PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 24.

²²³ Comissão Independente de Acompanhamento ao incidente ocorrido em 17 de Julho de 2009 no Serviço de Oftalmologia do Hospital de Santa Maria. Cf. *Ibidem*.

Apesar das estatísticas, a ideia que se encontra subjacente às ações de responsabilidade civil médica é da sua frequente improcedência devido à incapacidade do paciente-autor fazer prova dos elementos constitutivos do direito que se arroga²²⁴, apontando-se como principais dificuldades a prova “do incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade”²²⁵; em razão da posição do autor que sofre de “falta de conhecimentos técnicos, falta de testemunhas”²²⁶ e necessidade “de recorrer a peritos”²²⁷. A tarefa de prova para o paciente vítima de erro médico negligente revela-se hercúlea, impondo-lhe um acervo de conhecimentos que não possui, no âmbito de um processo que se caracteriza por ser extremamente dispendioso e num período que as vítimas do erro apontam como de grande fragilidade física e emocional²²⁸. Nas palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA, “as ações de responsabilidade médica são muito demoradas e dispendiosas (devido aos honorários do advogado, aos pareceres de peritos, etc.) e o risco de sucesso é baixo; mais baixo do que na responsabilidade civil em geral”.²²⁹

As situações de desigualdade processual são tuteladas pelo direito, que consagra o princípio da igualdade das partes no processo, nos termos do artigo 4.º do C.P.C., cabendo ao tribunal assegurar a igualdade das partes ao longo de todo o processo, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de sanções processuais; permitindo ao tribunal corrigir as situações de desigualdade através, por exemplo, do acatamento de uma postura inquisitória na averiguação da matéria de facto, realizando ou ordenando, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer, ao abrigo do artigo 411.º do C.P.C.²³⁰.

²²⁴ Cf. SILVA, Joana Sofia Pinto de Paiva Vieira, A Responsabilidade Civil Médica – A Óptica do Paciente Enquanto Consumidor, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica do Porto, 2011, página 7. PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... *op cit*, p. 678.

²²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade... *op cit*, p. 678.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Cf. Depoimentos de Graça Domingues (vítima de erro médico) e Elisabete Carvalho (psicóloga e presidente da associação de vítimas de negligência médica – Negli.Med), *in* Revista Visão, cit., página 38 e 39.

²²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes... *op cit*, p. 86.

²³⁰ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos pacientes... *op cit*, p. 679.

No âmbito do sistema jurídico existente, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a flexibilizar a aplicação das regras jurídicas existentes, atendendo à dificuldade de prova que ambas as partes enfrentam nestas ações. É com vista a estabelecer a igualdade de armas no processo, numa perspetiva substancial e não meramente formal, que os tribunais têm vindo a admitir o recurso às presunções legais de culpa previstas na lei; o recurso à valoração da prova apresentada através de presunções judiciais, facilitando o ónus probatório; o levantamento do sigilo profissional na prova testemunhal, a apreciação aturada de perícias médico-legais nesta matéria, entre muitos outros fatores. Conforme já afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, perante este tipo de situações, dever-se-á mesmo facilitar a prova ao paciente ao abrigo da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação)²³¹, embora, claro, com as limitações impostas pela lei.

Apesar de serem inegáveis as vantagens deste tipo de soluções para os lesados não representam uma ultrapassagem efetiva do problema que nos ocupa. Analisados os vários caminhos percorridos pela jurisprudência, é admissível que haja uma incerteza das partes associada à aplicação da lei, mas reconhece-se as vantagens do sistema atual de responsabilidade, cuja flexibilidade permite a sua adaptação aos rápidos avanços da medicina. Por outro lado, mesmo os esforços doutrinários e jurisprudenciais na aplicação das regras gerais de responsabilidade ao caso concreto da responsabilidade médica, não parecem suficientes.

O legislador parece entender que a dificuldade alegada pelo Autor-paciente, face às soluções em que a jurisprudência se pode apoiar, não se traduz numa verdadeira impossibilidade de prova de tais factos, ou de outra forma estar-se-ia perante a violação do princípio constitucional da proibição de indefesa, decorrente do direito de acesso à justiça e aos tribunais, previsto no artigo 20.º da C.R.P., obrigando o legislador a alterar o quadro legal aplicável.

No entanto, existe certamente espaço para melhoras neste campo do direito, pelo que cumpre verificar-se que alterações, de *jure condendo*, poderiam ter lugar de forma a atenuar a problemática, entre vários outros apontados pela

²³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, processo n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos

doutrina²³², identificam-se as seguintes problemáticas²³³: (a) necessidade de criação de uma regulação unitária, independentemente do serviço que prestou os cuidados ser público ou privado; (b) criação de secções especializadas nos tribunais civis para análise das matérias relacionadas com a responsabilidade médica, ou pelo menos, (c) de grupos de trabalho com funcionamento junto aos tribunais e que reúnam médicos-peritos, magistrados e advogados, de forma a fomentar a discussão aberta e honesta desta questão, de quais os problemas que cada classe identifica, soluções e possíveis vantagens e desvantagens, por forma a uniformizar as regras e procedimentos de apreciação das ações de responsabilidade civil médica; (d) mudança de paradigma através da criação de um outro modelo de reparação de danos e de responsabilidade civil²³⁴; (e) ou mesmo a alteração das regras da prova no processo civil.

Independentemente da solução adotada o debate à cerca de qual o caminho pelo qual a responsabilidade médica se deve orientar no futuro, deverá ter em conta não só as suas funções preventiva, ressarcitória e punitiva ou sancionatória, mas também a manutenção de uma boa relação entre médico e paciente e a melhoria da qualidade do sistema de saúde²³⁵.

²³² PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit.*, pp 709 *et seq.*

²³³ Todas estas soluções tratam-se de modelos aplicáveis à responsabilidade civil médica, no entanto, tendo em conta a problemática que nos ocupa de forma mais ampla, podem-se ainda identificar soluções a montante no sentido da busca pela diminuição do erro médico, seja este culposo ou não. Neste sentido, alguns países, entre os quais a Dinamarca e os E.U.A., tem vindo a criar sistemas para proteção da segurança do paciente, através do registo de incidentes e eventos adversos, de modo a permitir o estudo do dano iatrogénico e diminuir a incidência do erro, tratando-se de um sistema dirigido ao estudo e não à punibilidade, pelo que dever-se-á garantir a sua confidencialidade e dos danos dos médicos e pacientes nele constantes, bem como a proibição da notificação efetuada pelo médico ser usada como prova em julgamento, sob pena do sistema ruir por falta de adesão da comunidade clínica. Cf. PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes... op. cit.*, p. 709 *et seq.*

²³⁴ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes... op cit.*, p. 25.

²³⁵ *Ibidem*, p. 88

1.2. Distribuição dinâmica do ónus da prova

Alguma doutrina estrangeira, especialmente argentina, espanhola²³⁶, e mais recentemente, brasileira, aponta como possível solução, quer a propósito deste tema específico, quer de vários outros em que problemas semelhantes se levantam²³⁷, o recurso à distribuição dinâmica do ónus da prova, no sentido em que se permita ao juiz decidir no caso concreto a inversão do ónus da prova, flexibilizando o processo, de modo a que a prova fique adstrita a quem tenha maior facilidade efetua-la; consistindo esta medida de facilidade processual uma vantagem da justiça, pois permite efetuar o caso julgado mais rapidamente, podendo mesmo ter vantagens em termos de economia processual (evitando-se a morosidade dos processo) e eventualmente até no menor dispêndio monetário quer dos Tribunais, quer das partes durante todo o processo. Esta decisão do juiz, que seria invariavelmente passível de recurso, é designada pela doutrina processualista de *teoria de distribuição dinâmica do ónus da prova*, sendo admitida apenas como hipótese de *jure condendo*²³⁸.

Esta tese foi acolhida, entre vários outros sistemas, na lei processual civil espanhola, que dispõe no artigo 217.º, nº 7, da Lei do Enjuiciamento Civil, o seguinte: *“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”* e mais recentemente o novo Código de Processo Civil brasileiro, no seu artigo 373.º, que estatui no §1.º: *“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”*.

²³⁶ Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op. cit.*, p. 679

²³⁷ O primeiro caso estudado onde surge esta teoria é exposto por JEREMIAS BENTHAM em 1823; atualmente tem especial relevância nos países da América Latina a propósito do enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, cuja prova da licitude do enriquecimento deveria caber ao funcionário, e não a prova da sua ilicitude ao Estado, dado que o funcionário é a parte que melhores condições dispõe de produzir tal prova.

²³⁸ Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes...*op cit*, p. 679 *et seq.*

A distribuição dinâmica do ônus da prova poderia ser por si só tema desta dissertação, as vantagens e desvantagens que a sua aplicação pode vir a trazer à justiça e ao princípio de igualdade de armas no processo são igualmente várias e mesmo entre aqueles que defendem o seu acolhimento, não são unânimes no acolhimento integral de todos os seus pressupostos²³⁹.

Poder-se-á ainda apontar alguns potenciais problemas à aplicação desta solução, entre outros: (i) ao atribuir o ônus da prova à parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, esta estará também em melhores condições de desvirtuá-la²⁴⁰; (ii) risco de a aplicação jurisprudencial do preceito traduzir-se também ela numa regra estática, aplicando-se a hipóteses-padrão, v.g., atribuir-se sempre ao médico o ônus da prova da ausência de culpa, nas ações de responsabilidade civil, sem uma análise cuidada dos contornos do facto a ser provado, podendo traduzir-se na criação de uma responsabilidade médica objetiva, proibida por lei²⁴¹.

Por oposição, a solução conferida pela aplicação das regras gerais do ônus da prova e inversões *ope legis* do *onus probandi*, caracteriza-se pela sua certeza e segurança jurídicas e pela igualdade formal que impõe entre as partes em litígio.

Veja-se que mesmo entre aqueles que reconhecem as dificuldades de prova que recaem sobre as partes nas ações de responsabilidade médica, há uma profunda desconfiança em relação à alteração das regras de distribuição do ônus da prova, e sobretudo as consequências do seu acolhimento, conforme refere o Supremo Tribunal de Justiça: “*A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ônus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas*

²³⁹ Discute-se se deverá aplicar-se nos casos em geral em que a prova é mais fácil para uma das partes ou apenas quando isso se traduza numa *probatio diabólica* para o onerado. Ou ainda, entre outras questões, se deve ser definido *ab initio*, no saneamento do processo ou ainda na sentença, obrigando as partes pela incerteza da decisão a final obedecer ao princípio da cooperação entre as partes e com o tribunal para a descoberta da verdade.

²⁴⁰ Cf. PALMITESTA, Mariana Aravechia, *Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p.75 e ss.

²⁴¹ *Ibidem*, p.66 e ss.

*principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva”.*²⁴²

Não se crê que a criação de um sistema que inverta o ónus da prova, ainda que apenas para estes casos, seja a solução mais indicada para este problema em concreto, parece que poderá vir a aumentar a incerteza e insegurança jurídica que já se verifica nesta sede. Por outro lado, poder-se-á ainda afirmar que a inversão das regras do ónus da prova pelo juiz é desvirtuar o direito material aplicável ao caso em concreto, pois como se sabe, as regras do ónus da prova e as inversões previstas na lei por via das presunções legais de culpa, têm fundamentos específicos sobre os quais o legislador se debruçou, sendo por isso a sua natureza indissociável do direito material aplicável.

1.3. Mudança de paradigma na reparação de danos

Esta questão leva-nos àquela que parece ser uma solução mais equitativa e garantística para o problema, quer da perspectiva do médico, quer da perspectiva do paciente.

A atividade médica apesar de repleta de riscos não se encontra entre as atividades em relação às quais a lei exige ao profissional para o seu exercício um seguro de responsabilidade civil obrigatório, excetuando-se os casos de serviços médicos e de enfermagem em obstetrícia e neonatologia, para as quais estabelece o artigo 5.º da Portaria n.º 615/2010, de 3 de agosto, que “*A responsabilidade civil e profissional bem como a responsabilidade pela actividade das unidades privadas com obstetrícia e neonatologia devem ser transferidas para empresas de seguros*”; bem como, nos termos do artigo 5.º, da Portaria n.º 268/2010, de 12 de maio, “*A responsabilidade civil e profissional bem como a responsabilidade pela actividade das clínicas e consultórios dentários devem ser transferidas para empresas de seguros*”.

Não obstante o seguro profissional em geral não ser obrigatório, é possível e será recomendável, que o médico celebre um contrato com vista a transferir a

²⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, processo nº 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos

responsabilidade decorrente dos danos provocados por si no exercício da sua atividade, de modo a proteger o seu património^{243 244}.

A solução de segurar uma atividade, como acontece por exemplo, nos seguros de responsabilidade civil automóvel, leva tendencialmente a que para as vítimas de acidentes a responsabilidade civil como fonte de direito à indemnização seja cada vez menor²⁴⁵.

Conforme refere ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A expansão da atividade seguradora, em especial dos seguros sociais, conduziu a que muitas vítimas de acidentes já não se dirijam ao direito da responsabilidade civil, mas antes busquem uma reparação (ainda que parcial) dos seus danos junto das seguradoras. Todavia, há ainda muitas áreas de atividade, como são os acidentes médicos, para as quais ainda não existe uma proteção dos seguros, ficando as vítimas de acidentes entregues às regras da responsabilidade civil e do processo civil”²⁴⁶, indicando o autor, como exemplos de sucesso na mudança de paradigma, o caso do sistema escandinavo²⁴⁷.

Não se ignora que a imposição legal de um contrato de seguro de responsabilidade civil está frequentemente relacionada com situações de responsabilidade objetiva, “o réu é facilmente identificável, não carece de prova de culpa e a seguradora é por norma solvente”²⁴⁸, mas não será exclusiva destas, dado que se verifica a imposição do seguro obrigatório em outras atividades, que constituem em abstrato casos de responsabilidade subjetiva, v.g., atividade de

²⁴³ Cf. PINA, J.A. Esperança, A responsabilidade dos Médicos, Lidel, 2013, p. 222.

²⁴⁴ Tem sido aliás desde 2006 oferta da O.M. um seguro de responsabilidade profissional, embora de montantes não muito elevados. Explicou Pedro Nunes, então Bastonário da Ordem dos Médicos que “o principal objectivo é dar a possibilidade aos médicos de se defenderem juridicamente em caso de acusações injustas, nomeadamente a possibilidade de agirem judicialmente sobre as administrações quando a origem do problema são erros/falhas organizacionais, sendo ao mesmo tempo um mecanismo que assegura o ressarcimento dos doentes em caso de efectiva má prática médica.” Cf. Notícia no site da O.M. in <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=ed3d2c21991e3bef5e069713af9fa6ca&id=e46de7e1bcaaced9a54f1e9d0d2f800d>

²⁴⁵ Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op cit*, p. 729.

²⁴⁶ Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op. cit.*, p. 729.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op. cit.*, p. 732.

mediação de seguros ou resseguros²⁴⁹, o seguro de responsabilidade civil profissional do advogado²⁵⁰.

Na senda daquilo que é sufragado por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA²⁵¹, pensa-se que obrigatoriedade do seguro profissional, associada à criação de secções especializadas nesta matéria compostas por peritos médicos e magistrados com formação específica, e a adoção de um processo próprio, informalizado, permitiria ao tribunal um verdadeiro uso do princípio do inquisitório e de adequação processual na busca da verdade material (conforme de certa medida já se tem vindo a fazer), sem as demoras e custos associados ao processo, com maior segurança dos juízes na aplicação do direito pelo auxílio técnico de que dispõem, permitiria compensar o lesado com maior rapidez e efetividade.

Supõe-se que seria ainda de acolher a proposta do autor de criação de um fundo público²⁵², para garantia do ressarcimento do dano corporal grave, causador de incapacidade superior a 25%, em casos de acidentes médicos, ou seja, ainda que sem culpa do profissional.

Independentemente da criação de tal fundo, que se admite poder não ser viável economicamente, podendo encarecer os cuidados de saúde de forma incorporável pelos cidadãos e pelo Estado. Pensa-se ser sempre de discutir a possibilidade da regulação da responsabilidade médica de forma objetiva, acompanhada pela segurança obrigatória da atividade, pelo menos em relação a casos específicos, baseando-se: (i) ou no grau de gravidade do dano causado no paciente; (ii) ou no próprio serviço prestado pelo médico, englobando os casos em que de certa forma a exigência de prova da culpa pela jurisprudência tem sido já

²⁴⁹ Artigos 17, n.º 1, al. c) e 19.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 359/2007, de 2 de novembro), Norma 17/2006-R do ISP Norma Regulamentar 18/2007-R do ISP

²⁵⁰ Artigo 104.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro

²⁵¹ PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op. cit.*, 771

²⁵² O autor sugere a título exemplificativo, que sejam compostos por receitas provenientes de uma percentagem dos seguros de responsabilidade civil dos médicos e instituições hospitalares; por taxa cobrada sobre todos os serviços médicos; tributo específico sobre o volume de facturação de todos os serviços médicos e hospitalares; complemento do orçamento de estado Cf. PEREIRA, André Dias, Direitos dos pacientes... *op. cit.*, 771

diminuta, por exemplo, nas transfusões de sangue, casos de vacinação obrigatória, ou danos neurológicos graves em recém-nascidos.

Independentemente da solução adotada, aponta-se a aproximação entre os juristas e os profissionais de saúde na busca incessável da verdade material, sem os formalismos desnecessários e limitações de probatórias associadas ao processo, como uma das melhores formas de proteção da relação médico-paciente e da própria ciência médica.

CONCLUSÕES

1. Na segunda metade do século XX um pouco por todo o mundo e em Portugal, particularmente a partir da Constituição de 1976, uma conjugação de fatores, entre outros, o acesso generalizado dos cidadãos a cuidados de saúde, a tutela jurídica reforçada dos seus direitos subjetivos, as melhorias no acesso à informação, o reconhecimento constitucional do direito à tutela jurisdicional, levou a um aumento exponencial das ações por responsabilidade médica.
2. Que poder-se-ão traduzir em dois de situações: a atuação negligente do médico com violação das *leges artis*, ou ainda, a violação dos direitos de liberdade e autodeterminação do paciente, quando a intervenção é praticada sem o consentimento informado deste.
3. O ato médico lesivo independentemente do ramo do direito (civil, penal, administrativo) em que é tratado, conferirá ao paciente o direito à indemnização, desde que que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil – facto voluntário, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.
4. É na incapacidade de demonstração do preenchimento destes pressupostos que grande parte destas ações se revelam improcedentes a final, sendo o principal motivo para tal a dificuldade de prova que recai sobre o paciente, que regra geral não possui nenhum conhecimento técnico-especializado na matéria.
5. Com vista à proteção do direito de tutela jurisdicional efetiva e da igualdade de armas no processo, e face à ausência de um regime de prova específico para este

tipo de casos, os Tribunais têm vindo a desenvolver critérios que facilitam a prova ao paciente nas situações em que esta está sujeita à livre apreciação do juiz, permitindo a prova dos factos através de presunções judiciais elaboradas com base no princípio da *prova prima facie*, *res ipsa loquitur* e da *faute virtuelle*.

6. Admite-se ainda o recurso a presunções legais de culpa, como é o caso do artigo 799.º do C.C. nos casos em que haja contratação entre médico e paciente, e com a especificidade de importar ao paciente a prova do incumprimento das *leges artis* para que possa operar a presunção, ou ainda, do artigo 492.º, n.º 2, do C.C., por referência às intervenções especialmente perigosas;

7. Embora a regra seja a da aplicação da norma geral de distribuição do ónus da prova, devendo ser esta bem acautelada, de forma a não se onerar desproporcionadamente o médico sem motivação legalmente especificada para tal, proporcionando o efeito adverso de estagnação da medicina.

8. Ainda que se aprecie a atuação do médico no âmbito de um processo penal, a ser arbitrada uma indemnização ao paciente, será sempre de observar estas regras de distribuição do *onus probandi*.

9. Quanto aos meios de prova, embora qualquer meio seja admitido desde que não proibido por lei, assumem especial relevância a prova documental e a prova pericial.

10. O recurso a prova testemunhal recai muitas vezes sobre outros médicos ou até membros do corpo clínico que efetuou a intervenção em causa, pelo que há que atender às regras do segredo profissional estabelecidas pela deontologia da profissão, mas que em regra, independentemente do dever de solidariedade entre profissionais, cedem perante o interesse superior do paciente, ou da sociedade.

11. Existe para o profissional de saúde um dever profissional de documentação relativo à informação médica de cada paciente, que dever ser clara, completa e precisa. Através deste documento, a ficha clínica, será possível traçar um histórico do tratamento, sendo frequentemente essencial para verificação do incumprimento das *leges artis*, ou do dever de prestar a informação e de obter o consentimento.

12. Assim, perante a ausência da apresentação por parte do médico da ficha clínica quando notificado para tal pelo tribunal, ou perante uma ficha clínica incompleta, que impossibilite a prova ao paciente, poderá haver lugar à inversão do ónus da prova, conforme artigo 344.º, n.º 2 do C.C.. Independentemente da verificação dessa impossibilidade, a falta de apresentação e mesmo a apresentação deficiente, são apreciadas livremente pelo tribunal, nos termos do artigo 430.º *ex vi* 417.º, n.º 2 do C.P.C..

13. A prova pericial revela-se muitas vezes decisiva para estas ações, e embora o juiz tenha a faculdade de livre apreciação sobre a mesma no processo civil, a fundamentação técnica a que está sujeita a perícia, implica que haja um especial cuidado no afastamento do seu resultado, sobretudo em relação à fundamentação apresentada pelo juiz, sob pena de ser acusado de arbítrio.

14. As dificuldades de prova da responsabilidade médica podem não ser resolvidas apenas com recurso à valoração da prova nem a meios de prova específicos, dado que quer o tribunal, quer o mandatário das partes, podem fazer-se acompanhar na audiência e nas diligências de prova por assessor técnico especializado.

15. Além do exposto, as partes têm a faculdade de recorrer à prova produzida em outros processos e aproveitá-la na decisão de uma nova causa, podendo obter decisões mais céleres, essenciais na defesa dos direitos de médico e paciente, que muitas vezes se encontram imputados em situações precárias, pessoais e profissionais até à decisão final do processo.

16. Perante todas as soluções apresentadas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência com vista a facilitar a prova ao paciente nas ações de responsabilidade médica continua-se a verificar um diminuto número de condenações, que se atribuem frequentemente a dificuldades de prova para a parte lesada, podendo mesmo em certos casos significar a violação do direito constitucional de tutela jurisdicional efetiva;

17. Pelo que se mantém atual e extremamente relevante a discussão se de *lege ferenda*, poder-se-á alterar este quadro através da criação de um regime jurídico específico para a responsabilidade médica, como por exemplo, a criação de um

seguro profissional obrigatório, associada à socialização de alguns dos riscos adjacentes à atividade médica; bem como de secções específicas nos tribunais, ou pelo menos, grupos de trabalho constituídos por magistrados com formação especializada e médicos-peritos, para julgar ou exercer uma função de consulta neste tipo de processos e outros conexos.

REFERÊNCIAS

I) Jurisprudência:

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor

Acórdão de 16 de outubro de 2014, processo n.º 679/05.7TAEVR.E2. S1, Relator Helena Moniz

Acórdão de 17 de dezembro de 2012, processo n.º 02A4057, Relator Afonso Melo.

Acórdão de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus

Acórdão de 13 de setembro de 2011. processo n.º 10527/07.8TBMAI.P1.S1, Relator João Camilo

Acórdão de 24 de Maio de 2011, processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, Relator Hélder Roque

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 2010, processo n.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Baptista

Acórdão de 17 de dezembro de 2009, processo n.º 544/09.9YFLSB, Relator Pires da Costa

Acórdão de 16 de junho de 2009, processo n.º 287/09.3YFLSB, Relator João Camilo

Acórdão de 9 de dezembro de 2008, processo n.º 08A3323, Relator Mário Cruz

Acórdão de 3 de abril de 2008, processo n.º 08A183, Juiz Relator Fonseca Ramos

Acórdão de 27 de novembro de 2007, processo n.º 07A3426, Relator Rui Maurício

Acórdão de 22 de setembro de 2005, processo n.º 03B2668, Relator Lucas Coelho

Acórdão de 17 de dezembro de 2002, processo n.º 02A4057, Relator Afonso Melo

Acórdão de 19 de junho de 2001, processo n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 8 de maio de 2015, processo n.º 1499/08.2TDLSBA.L15, Relator Alda Tomé Casimiro

Acórdão de 23 de maio de 2013, processo n.º 5072/07.4TDLSB.L29, Relator Maria do Carmo Ferreira.

Acórdão de 1 de outubro de 2012, processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, Relator Rui Vouga

Acórdão de 8 de maio de 2012, processo n.º 1499/08.2TDLSB-A. L1-5, Juiz Relator Alda Tomé Casimiro

Acórdão de 9 de março de 2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, Relator Maria do Rosário Morgado

Acórdão de 24 de abril de 2007, processo n.º 10328/2006-1, Relator Rui Vouga

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 26 de fevereiro de 2014, processo n.º 1116/10.0TAGRD.C1, Relator Vasques Osório.

Acórdão de 28 de janeiro de 2009, processo n.º 267/06.0TBCLB.C2, Relator Isabel Fonseca

Acórdão de Coimbra, de 5 de junho de 2008, processo n.º 1594/04.7TBLRA.C1, Relator Jaime Ferreira

Acórdão de Coimbra, de 7 de novembro de 2006, processo n.º 3529/05, Relator Virgílio Mateus.

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de outubro de 2015, processo n.º 1485/10.2TJVNF.P1, Relator João Proença.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1 de março de 2012, processo n.º 674/9434/06.6TBMTS.P1, Relator Filipe Carço.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de julho de 2006, processo n.º 0633598, Relator Gonçalo Silvano

II) Artigos:

CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício, *O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano IV, nº8

CARVALHO, Maria Manuela. *A Medicina em História. A Medicina Hipocrática*, in *Revista Saúde Mental*, Volume IV, N.º 1, jan./fev. (2002), disponível para consulta em http://www.saude-mental.net/pdf/vol4_rev1_leituras2.pdf

CRUZ, Nuno Gundar, *A figura da testemunha-perito no contexto das acções de responsabilidade civil médica: realidade ou ficção?* - *Lex Medicinae*, Ano 9, n.º 18, (2012)

DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 332, Jan. (1984).

MATOS, Filipe de Albuquerque, *Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade médica*. In *Lex Meicinae*, Ano 11, n.º 21-22,(2014)

NUNES, Manuel António do Rosário, *O Valor Extraprocessual das Provas - Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, in *Curso Complementar em Direito da Saúde*, CEJ (2013)

PALMA, Maria Fernanda, *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, in *Anatomia Do Crime*, Revista De Ciências Jurídico-Criminais, N.º 0, Dez.,(2014)

PATRÍCIO, Rui, *O Direito Fundamental À Presunção De Inocência (Revisitado - A Propósito Do Novo Código De Processo Penal De Cabo Verde)* in <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf>

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, in *Coletânea de formação jurídica e judiciária*. - Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária (2010) disponível para consulta em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra (2005)

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º17, (2007)

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal* Ano XV, N.º 16, (2006)

REZENDE, Joffre Marcodes de, *O ato médico através da história*, in *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Editora Unifesp, (2009) disponível para consulta em <http://static.scielo.org/scielobooks/8kf92/pdf/rezende-9788561673635.pdf>

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões em Torno da responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, volume XIV (2000)

SERRA, Vaz, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de março de 1968*, in *Revista Legislação e Jurisprudência*, ano 102.

SOUSA, Luís Pires de, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica. questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)*, in *Curso Complementar em Direito da Saúde*, CEJ (2013)

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDUL (1996)

VEATCH, Robert M., *Models for Ethical Medicine in a Revolutionary Age*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 2, N.º 3, Jun. (1972).

III) Monografias e Teses:

ALEXANDRE, Isabel, A acção cível enxertada em processo penal, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Processual Civil. Lisboa (1990)

CALVÃO, Filipa Urbano. *A responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, número 5, Porto (2005)

CANOTILHO, Gomes J.J. e MOREIRA. Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora (2007)

CORREIA, João Filipe Martins Ferreira de Araújo. *No trilho da responsabilidade civil do médico – da obrigação de meios ao nexo de causalidade*, Dissertação de Mestrado em Direito com especialização em Direito Privado. Porto (2012) disponível para consulta em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15802/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>

DIAS, Jorge De Figueiredo. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra (2007)

JORGE, Fernando Pessoa, Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, Almedina, (1999)

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução da Constituição das Obrigações, 11.ª Edição, Almedina (2014)

MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos, *A responsabilidade obrigacional objetiva for fato de outrem*, Dissertação de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Civis, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (2014)

MADEA, Burkhard *et al.*, Handbook of Forensic Medicine, Institute of Forensic Medicine, University of Bonn, Germany, (2014)

NUNES, Manuel António do Rosário, O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos médicos, Almedina (2007)

PALMITESTA, Mariana Aravechia, *Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, (2015)

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas. Coimbra (2012) disponível para consulta em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

PEREIRA, Gonçalo Baldaque Marinho Campos, *Responsabilidade Civil dos Médicos – Fatores de Risco*, Tese de Mestrado em Gestão, Faculdade de Gestão da Universidade Católica Portuguesa do Porto, (2013)

PINA, J.A. Esperança, *A responsabilidade dos Médicos*, Lidel, (2013)

PINTO, Rui, *Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução*, (2012)

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.^a Edição, Almedina (2013)

SILVA, Joana Sofia Pinto de Paiva Vieira da. *A responsabilidade Civil Médica – A óptica do Paciente, enquanto consumidor*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado. Porto (2011) disponível para consulta em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8940/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Responsabilidade%20Civil%20M%C3%A9dica%20-%20a%20%C3%B3ptica%20do%20paciente,%20enquanto%20consumidor.pdf>

SOUSA, Luis Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2.^a Edição, Almedina, (2012)

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex-Edições Jurídicas (1995)

THOMPSON, William Archibald Robson, et al., *History of medicine*, in Encyclopædia Britannica (2016) disponível online em <https://www.britannica.com/topic/history-of-medicine>