

2.^ª Bienal de
Jurisprudência em
Direito da Medicina

Cadernos da Lex Medicinæ
Lex Medicinæ Supplements

Centro de
Direito **Rimér**

5

Cadernos da Lex Medicinæ

2.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina

atas



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



“Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Coordenação Editorial da Coleção

João Carlos Loureiro

André Dias Pereira

Carla Barbosa

Propriedade

Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdb@fd.uc.pt
www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cadernos da Lex Medicinæ n.º 5 · 2019

Execução gráfica
Ana Paula Silva

ISBN
978-989-8891-60-0

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

SUMÁRIO

Apresentação da Obra	5	Responsabilidade Civil Médica III	
Programa	7	Consentimento Informado II	71
Responsabilidade Civil Médica I.....	11	Responsabilidade Extracontratual do Estado e Outros Entes Públicos e Funcionamento Anormal do Serviço	89
Problemas Penais do Direito Médico	25	Seguros Perícias Médico-Legais Temas Vários	103
Responsabilidade Civil Médica II			
Consentimento Informado I	45		

Apresentação da Obra

ATAS DA 2.^a BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA EM DIREITO DA MEDICINA

A segunda vez é motivo de comemoração. Não foi um fogacho inconsequente; não foi um projeto vazio de sentido ou de conteúdo... está forte, robustecida e a ganhar densidade: a Bienal de Jurisprudência acontece porque, dois anos volvidos, reunimo-nos outra vez em Coimbra, desta feita sob a batuta da Senhora Procuradora-geral da República, Dr.^a Lucília Gago, que nos brindou com uma magistral conferência de abertura. Com a insigne presença do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Joaquim Piçarra, do ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. Guilherme Figueiredo, bem como dos eminentes médicos, o Presidente da Secção Regional do Centro da Ordem dos Médicos, Dr. Carlos Cortes, e o Presidente do Conselho de Administração CHUC, Prof. Doutor Fernando Regateiro, deu-se abertura a uma jornada de labor, na qual dezenas de magistrados, advogados, médicos, peritos, doentes e académicos, que — vindos dos quatro cantos de Portugal, da vastidão do Brasil, de Espanha, Angola e Itália — participaram em discussões vivas e frutuosas, e enriqueceram a dogmática do momento presente do direito da medicina!

Ainda antes da específica dimensão jurisprudencial, ofereceu-nos a Dr.^a Maria de Belém Roseira um discurso luminoso, no qual se projetam as responsabilidades de políticas públicas e de dese-

inho legislativo das bases para uma saúde no século XXI, em Portugal. Intervenção notável e oportuna, que aqui fica impressa, para que reformas futuras possam beber desta boa fonte.

No que respeita aos trabalhos da Bienal de Jurisprudência de Direito da Medicina, importa salientar a variedade e qualidade dos temas e dos apresentantes: a responsabilidade civil médica, a responsabilidade penal médica, o incremento dos casos em torno do consentimento informado, o surgimento de casos atípicos, ligados à medicina de reprodução, à perícia médica, aos seguros ou mesmo à propriedade intelectual, sendo ainda de salientar a mesa sobre a responsabilidade extracontratual do Estado e o funcionamento anormal do serviço.

Destacaria ainda, no decurso deste evento, a apresentação do Projeto TRUST (*Tailoring Law and Health Initiatives to promote Inclusion on Mental Illness*) que, sob a coordenação do Centro de Direito Biomédico, tem promovido atividades científicas e de formação, em parceira com *Fundatia Estuar* (Roménia), *Associação de Paralisia Cerebral* (Coimbra, Portugal), a *SPORA Sinergies* (Espanha) e a *Universidade de Maastricht* (Países Baixos), em benefício dos cidadãos com doença mental.

Agradecemos a todos os apresentadores e moderadores de mesa, mas dirijo uma palavra de agradecimento muito especial às relatoras e aos re-

latores dos casos: Ana Elisabete Ferreira, Mónica Sousa, Juliana Campos, Mara Godinho, Eduardo Figueiredo, Rui Caria e Mickael Martins! Sem eles, esta obra não teria nascido!

Aos membros da Comissão Executiva, Conselheiro Doutor Álvaro da Cunha Rodrigues, Conselheiro Francisco Caetano, Conselheira Doutora Helena Moniz, Desembargador José Manuel Lourenço Quaresma, Doutor João Vaz Rodrigues, Desembargador Luís Filipe Pires de Sousa, Mestre Paula Martinho da Silva e Dr. Paulo Sancho uma palavra de distinção pelo empenho e diligência que colocam na conceção, divulgação e organização desta Bienal. Mas, permitam-me ainda uma palavra de louvor para a Mestre Carla Barbosa: “o corpo e a alma” deste turbilhão organizado de jurisprudência dialogante com a doutrina, que se conjuga e condensa nesta obra que o leitor tem à disposição!

Ao Editor, o Instituto Jurídico, e ao principal Coordenador Editorial da Coleção, Doutor João Loureiro, uma palavra de profundo reconhecimento pela obra *in fieri* que vai deixando um lastro de cultura jurídica, com um carácter ímpar, também através destes Cdernos.

Com mais este número dos Cadernos *Lex medicinae*, o Centro de Direito Biomédico continua a contribuir para a construção da doutrina nacional, com vista a “*criar confiança*” (Guilherme de Oliveira) nas relações entre a Medicina e o Direito e, sobretudo, entes os profissionais de saúde e os pacientes!

Boa leitura!

André Gonçalo Dias Pereira

Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

2.ª BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA DIREITO DA MEDICINA

18 janeiro de 2019

Local: HOTEL D. LUÍS — COIMBRA

SALA COIMBRA

9h00 SESSÃO DE ABERTURA

Comunicação:

Lucília Gago — Procuradora-Geral da República

Presenças confirmadas:

Bastonário da Ordem dos Advogados

Guilherme Figueiredo

Presidente da Secção Regional do Centro da Ordem dos Médicos

Carlos Cortes

Presidente do Conselho de Administração CHUC

Fernando Regateiro

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

António Joaquim Piçarra

9h30 LANÇAMENTO DAS CADERNOS *LEX MEDICINAE*

Caderno n.º 1

Bienal de Jurisprudência — João Loureiro

Caderno n.º 3

Lei de Bases da Saúde — Maria de Belém Roseira

10h00 · 13h30 MESAS TEMÁTICAS

MESA 1

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA I · SALA Coimbra

Presidente da Mesa: *José Quaresma* · Juiz Desembargador

Relatores:

Ana Elisabete Ferreira

Advogada · Investigadora do Centro de Direito Biomédico

Mónica de Sousa · Mestranda

Apresentantes:

Joaquim Correia Gomes · Juiz Desembargador

António Santa Comba · Médico/Advogado

Pedro Falcão · Advogado estagiário

Inês Folhadela · Advogada

Ana Paula Olivença · Juiz de Direito

Rui Oliveira · Juiz de Direito

Narciso Magalhães Rodrigues · Juiz de Direito

João Vaz Rodrigues

Advogado e Docente na Universidade de Évora

MESA 2

PROBLEMAS PENAIIS DE DIREITO MÉDICO

SALA Santa Cruz

Presidentes da Mesa:

Helena Moniz · Juíza Conselheira do STJ

Relatores:

Juliana Campos · Mestranda/Monitora Convidada da

FDUC/Investigadora do CDB

Mara Godinho · Mestranda

Apresentantes:

Sónia Fidalgo · Docente da Faculdade de Direito de Coimbra
Carlos Pinto Abreu · Advogado
Sara Reis Marques · Juíza de Direito
Jorge Bheron Rocha · Defensor Público e Professor da Unichristus
Maria Luíza Gorga · Advogada

13h30 Almoço**14h30 · 17h30** MESAS TEMÁTICAS**MESA 3****RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA II
CONSENTIMENTO INFORMADO (I) · SALA Coimbra****Presidentes da Mesa:**

Carla Barbosa · Advogada/Investigadora do CDB

Relatores:

Eduardo Figueiredo · Monitor Convidado da FDUC
Investigador do CDB
Rui Caria · Mestre em Direito

Apresentantes:

Maria da Graça Trigo · Juíza Conselheira
Rute Teixeira Pedro · Docente Universitária
Rute Saraiva · Juiz de Direito
Maria do Céu Oliveira da Silva · Juíza de Direito
Bárbara Ranito · Advogada
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira · Advogada
Joaquim Correia Gomes · Juiz Desembargador

MESA 4**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA III
CONSENTIMENTO INFORMADO (II) · SALA Santa Clara****Presidentes da Mesa:**

Francisco Caetano · Juiz Conselheiro

Relatores:

Mónica de Sousa · Mestranda
Mara Godinho · Mestranda

Apresentantes:

Marcos Vinicius Coltri · Advogado
Rosa Amélia Dantas · Docente na Faculdade de Medicina da Universidade do Sergipe
Sephora Luyza Marchesini Stival · Advogada e Doutoranda na FDUC
Abel Feliciano Severino Chicunha · Doutorando
Diana Antão Seabra · Advogada-estagiária

MESA 5**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL
DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS E
FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO
SALA Santa Cruz****Presidentes da Mesa:**

Paula Martinho da Silva · Advogada

Relatores:

Mickael Martins · Mestrando e Investigador do CDB

Apresentantes:

Silvia Vilar González · Oficial de Notária
Paula Bruno · Advogada
Joaquim Correia Gomes · Juiz Desembargador
Arménia Coimbra · Advogada
Andreia da Costa Andrade · Advogada e Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MESA 6**SEGUROS | PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS
TEMAS VÁRIOS · SALA Celas****Presidentes da Mesa:**

João Vaz Rodrigues · Advogado

Relatores

Melissa Guedes · Mestranda
Ana Raquel Ribeiro · Mestranda

Apresentantes:

Alexandre Dias Pereira · Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Rafael Vale e Reis · Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Guido Grasso · Docente/University of Catania, Sicily, Italy

Daniel Torres Gonçalves · Advogado

Sandra Tavares · Docente na Universidade Católica do Porto

Dora Redruello · A jurisprudência e a saúde mental / apresentação do projeto Trust

Comissão Executiva: Álvaro da Cunha RODRIGUES, André DIAS PEREIRA, Carla BARBOSA, Francisco CAETANO, Helena MONIZ, José Manuel Lourenço QUARESMA, João Vaz RODRIGUES, Luís Filipe PIRES DE SOUSA, Paula MARTINHO DA SILVA, Paulo SANCHO

Apoios:



ORDEN DOS MÉDICOS
Região do Sul

fundação
LUSO-AMERICANA
PARA O DESENVOLVIMENTO

Mesa 1

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA I

Presidente da Mesa: *José Quaresma* | Juíz Desembargador

Relatores: *Ana Elisabete Ferreira* | Advogada · *Mónica Sousa* | Mestranda

CASO 1

APRESENTADO PELO SR. JUIZ DESEMBARGADOR JOAQUIM CORREIA GOMES

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-03-2017, Proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.

B. Palavras-chave: deveres acessórios, obrigações de meios, obrigações de resultado, ónus da prova, prestação de serviços, responsabilidade contratual.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. *Os Factos*

- i) Tendo sofrido lesão na cabeça femoral direita, a Autora foi encaminhada para os serviços de ortopedia da unidade hospitalar Ré, onde foi consultada várias vezes pelo réu, médico ortopedista, contra o pagamento de honorários à Ré clínica.
- ii) Foi-lhe detetada uma “osteonecrose” numa fase precoce, tendo, em consequência e por ordem e sugestão do médico Réu, sido sujeita a intervenção cirúrgica, tida em meios médicos como muito simples e sem riscos.
- iii) O mau uso das técnicas cirúrgicas empregues teve como consequência a paralisia do ciático da Autora, à direita, em virtude da

qual passou a ter dores intensas, o que levou a 3 anos de acompanhamento médico e, após esse período, a uma nova cirurgia que a deixou incapacitada, passando a necessitar de canadianas e carreira de rodas, sem conseguir praticar a maior parte das atividades da vida diária.

- iv) A Autora pretendia ser indemnizada por danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes de sequelas por ela sofridas em consequência de duas operações cirúrgicas realizadas pelo Réu na qualidade de médico ortopedista ao serviço da Ré, pelo que pediu a condenação solidária dos réus.

2. *O Direito*

- i) Em 1.ª instância, a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo condenada a Seguradora da unidade de saúde Ré, como interveniente principal.
- ii) No entanto, no âmbito dos recursos interpostos pela Seguradora Interveniente, o Tribunal da Relação revogou a decisão que admitiu aquela como interveniente principal considerando-a antes como parte acessória e, julgando a ação parcialmente procedente, condenou os réus.
- iii) Em consequência, neste recurso de revis-

ta, a Ré entidade de saúde veio questionar a natureza da responsabilidade civil pelos atos médicos praticados pelo Réu médico e a prova da sua ilicitude e culpa para efeitos de responsabilização da Ré, nos termos do art.º 800.º, n.º 1, do CC, bem como os montantes indemnizatórios arbitrados.

- iv) Assim, no presente acórdão foram discutidas as noções de obrigações de meios e de resultado, a repartição do ónus da prova e a tipologia da responsabilidade decorrente do contrato vigente entre os réus.

3. A Decisão

- i) Este tribunal concluiu que a responsabilidade contratual da instituição prestadora dos cuidados de saúde perante o paciente, ao abrigo do artigo 800.º do CC, é aferida em função dos ditames que o médico “auxiliar” do cumprimento deva observar na execução da prestação ao serviço daquela instituição.
- ii) Refere também que, embora a regra seja a da obrigação de meios, casos há em que, tratando-se de ato médico com margem de risco ínfima, a obrigação pode assumir a natureza de obrigação de resultado.
- iii) No âmbito da execução do ato médico correspondente ao cumprimento do dever de prestar, importa ainda atentar no dever de proteção na salvaguarda da integridade física do paciente, coberta pela tutela da personalidade, nos termos previstos no artigo 70.º, n.º 1, do CC, na medida em que se mostre estreitamente conexionado com esse cumprimento.
- iv) Nessa medida, o reforço daquele dever de prestar por virtude do referido dever de

proteção permitirá configurar a ilicitude do ato médico violador da integridade física do paciente, ocorrido em sede da própria execução do cumprimento da obrigação contratual.

- v) Assim, num caso como o dos autos em que, no decurso de uma intervenção cirúrgica destinada a colher tecido necrosado na zona da cabeça femoral para permitir a sua revascularização, foi atingido o tronco externo do nervo ciático adjacente pelo manuseamento do instrumento de colheita, ante a emergência de dificuldade de acesso à zona a interencionar, resultando daí a paralisia daquele nervo, é de considerar verificada a prática de um ato ilícito violador da integridade física do paciente.
- vi) Presumindo-se a culpa do médico operador, incumbirá ao devedor da prestação provar que tal ocorrência não lhe é imputável por falta de cuidado ou de imperícia, nos termos do artigo 799.º do CC.
- vii) Este acórdão veio considerar que neste caso havia uma obrigação de resultado, contrariamente ao que decorre da doutrina tradicional.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

A discussão centrou-se na oportunidade da distinção obrigações de meios — obrigações de resultado e da consequente repetição do ónus da prova e aferimento da culpa do lesante. Foi realçado que, se tivermos presente a discussão europeia, temos duas noções de contrato médico, na linha das legislações holandesa e alemã. E no projeto de Código Civil europeu também há uma noção de contrato médico.

Inspirando-se naquele projeto europeu, o apresentante considera que o contrato de prestação de serviços médicos é o contrato de prestação de cuidados de saúde. Com esta noção de contrato evitamos a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado; e a nível médico esta noção permite englobar as variantes diagnóstico, prevenção, tratamento e consolidação, com uma dimensão positiva e uma dimensão negativa: positiva é a de assegurar a boa prática clínica e a preservação do consentimento informado; negativa é a de não provocar outros prejuízos na saúde.

Foi ainda discutida a natureza do consentimento informado no âmbito da responsabilidade contratual médica. Muitas vezes surge nos acórdãos e na doutrina em geral o argumento de que o consentimento informado é um dever acessório, tendo o apresentante manifestado a sua total discordância com tal argumento.

Apesar de uma grande parte da doutrina defender o consentimento informado com base no direito geral de personalidade (26º CRP), considera que o consentimento informado tem a sua receção no ordenamento português através do artigo 16º/1 CRP. Um exemplo: se alguém se dirigisse ao médico, e o médico lhe dissesse que tinha de fazer uma intervenção cirúrgica e não lhe diz mais nada, e a pessoa consentisse, haveria um verdadeiro consentimento informado? Para quem defende que está em causa a integridade físico-psíquica do paciente, haveria, porque a pessoa consentiu na restrição desse direito fundamental. Para quem entende que está em causa a liberdade, então também existe, porque a pessoa teve a liberdade de dar o seu consentimento. Mas na verdade não existe um consentimento informado, porque este é superior à integridade física e psíquica e à liberdade, é um direito autónomo.

A discussão realçou que este acórdão é um bom início para a consciencialização da desnecessidade da distinção de obrigação de meios ou resultados.

CASO 2

APRESENTADO PELO SR. DR. ANTÓNIO SANTA COMBA

- A. Identificação da decisão:** Sentença do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, de 12-01-2018.
- B. Palavras-chave:** cirurgia plástica, informação, negligência,nexo de causalidade, ónus da prova, risco.
- C. Os Factos, o Direito e a Decisão**

1. Os Factos

- i) Ação declarativa de condenação intentada contra 5 réus: uma clínica privada, um cirurgião, um anestesista, um ajudante e um enfermeiro instrumentista, e intervenção provocada de várias seguradoras, com um pedido indemnizatório de mais de 1,400,000.000€.
- ii) A autora, empresária, foi submetida a intervenção cirúrgica mamária, sob anestesia geral, e tinha antecedentes de hipertensão arterial controlada com medicação.
- iii) A cirurgia decorreu normalmente; porém, quando removido o tubo da anestesia, a Autora mantinha-se adormecida, com sinais vitais normais, exame neurológico sumário normal, tendo-se interpretado como tendo um recobro prolongado, pelo que foram administrados mais fármacos, com a intenção contrária.
- iv) Cerca de duas horas depois foram deteta-

dos os primeiros sinais de défices neurológicos. Foi então colocada a hipótese de a autora estar a fazer um AVC, tendo o anestesista iniciado diligências para a sua transferência para um hospital central.

- v) Já neste hospital, a TAC cerebral evidenciou um AVC extenso, que veio a originar graves danos: défice funcional temporário de 1600 dias, com igual repercussão na atividade profissional; danos permanentes com défice funcional permanente da integridade físico-psíquica de mais de 80pts; um *quantum doloris* de grau 6; um dano estético de grau 6; uma repercussão permanente desportiva e de lazer de grau 7; necessidade de ajudas medicamentosas, e de tratamentos médicos regulares.

14

2. O Direito

- i) As questões a decidir pelo tribunal foram as de aferir da prática de algum ato ilícito e culposo por parte dos réus, adequado a dar causa ao AVC sofrido pela Autora.
- ii) O Tribunal considerou estarmos perante um contrato dividido com responsabilidades separadas da ré clínica e dos réus enquanto pessoas singulares.
- iii) A pretensão indemnizatória assentou na falta de consentimento informado, erro anestésico, demora de diagnóstico do AVC e atraso no encaminhamento para tratamento adequado no hospital central.
- iv) Quanto ao consentimento informado, considerou o tribunal que a informação da possibilidade de ocorrer a morte não tem de ser informada pelo médico, já que se trata de um risco ínfimo, por um lado e,

por outro lado, qualquer pessoa medianamente qualificada estaria ao corrente dessa possibilidade. Já relativamente à informação sobre a possibilidade de ocorrer um AVC, durante ou após a operação, considerou o tribunal que tal também não era exigível, por não se considerar um risco típico deste tipo de intervenção, e uma vez que o cidadão médio sabe que a ocorrência de um AVC é algo inesperado, que pode ocorrer a qualquer momento, em contexto cirúrgico ou não.

- v) Relativamente ao outro fundamento indemnizatório, de ter havido erro anestésico, não se logrou prova.
- vi) Quanto ao último dos fundamentos da pretensão indemnizatória — a demora no diagnóstico e no encaminhamento adequado — atendendo a que se desconhece a hora de início do AVC, e que esta hipótese só pode ser equacionada quando aparecem os primeiros sinais de défice neurológico, não pode considerar-se que haja atraso ilícito na descoberta nem no encaminhamentos.
- vii) Em conclusão: não foram encontrados sinais de ilícito pelo réu anestesista, por não ter havido violação de regras médicas. A ilicitude tem de estar sempre relacionada com as regras e não havendo evidente ilicitude não há responsabilidade civil.
- viii) No que respeita à distinção entre obrigação de meios e de resultado, realça o facto de que, independentemente de se tratar de uma ou de outra, o que importa é aferir se a intervenção obedeceu às regras devidas por esses tipos de obrigações.

3. A Decisão

- i) Nenhum facto se provou quanto à responsabilização da Ré clínica, quanto ao Réu cirurgião e ao Réu anestesista e restantes membros da equipa; não se apurou ilicitude na sua atuação e não se apurou nexo de causalidade entre a sua atuação e os danos sofridos pela Autora. Assim, concluiu-se pela absolvição dos réus e das seguradoras.
- ii) De acordo com este tribunal, “a ilicitude tem de estar sempre relacionada com as regras e necessita de existir essa prova, sob pena da atuação do médico passar a estar sob uma espada em qualquer intervenção que crie uma ofensa no corpo do paciente, em face a que sobre si, originando quer a atuação desconforme, quer a sua culpa passem a estar presumidamente ocorridas. Sendo que não há norma (pelo menos neste caso concreto) que faça presumir a ilicitude.”

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Numa análise crítica à sentença, o apresentante afirmou que é sua convicção que em muitos dos litígios relativos a condutas médicas se deveria lançar mão da figura do assistente técnico, quer nos termos do artigo 50º, quer nos termos dos artigos 601º e 604º/7 do CPC. E isto porque, como diz João Lobo Antunes: “Antes a medicina era simples, ineficaz, e razoavelmente inócua. Agora é complexa, eficaz e potencialmente perigosa”. Mostra-se, por isso convicto, de que a assistência técnica de um médico ou especialista ao advogado contribuiu de forma decisiva para ajudar a observar e a interpretar os factos, e formar uma convicção técnico-

-científica correta dos mesmos. O técnico não é um perito (mesmo que seja um perito na área do seu conhecimento) mas um assistente do mandatário, que acompanha e intervém na produção da prova, mas não constitui meio de prova.

Alguns auditores manifestaram-se contra a bondade desta decisão, colocando em causa que o consentimento informado tivesse sido perfeito — e a sua imperfeição, por si só, seria suscetível de gerar responsabilidade civil dos médicos — bem como da análise da culpa, enfatizando que os danos da Autora eram evidentes e potencialmente evitáveis com conduta distinta.

CASO 3

APRESENTADO PELO SR. DR. PEDRO FALCÃO

- A. Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-07-2018.
- B. Palavras-chave:** compressa, formulação negativa da teoria da causalidade adequada, negligência, nexo de causalidade, ónus da prova.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Factos

- i) No decurso de uma cirurgia realizada num bebé com um ano de vida, ficou esquecido um pedaço de compressa têxtil na região torácica.
- ii) O bebé veio a sofrer de cardiopatia, dificuldades respiratórias severas e sepsis, tendo acabado por morrer.
- iii) Os pais pedem indemnização pela morte, e subsidiariamente a compensação do dano não patrimonial sofrido pelo bebé fruto da permanência da compressa têxtil no seu corpo, propondo a ação contra o cirurgião

que o operou, o Hospital onde se realizou a intervenção e o enfermeiro instrumentista, sendo chamadas as respetivas seguradoras.

- iv) O bebé foi sujeito a cirurgia de correção de Tetralogia de Fallot, tendo regressado ao hospital com dificuldades respiratórias cerca de 15 dias após alta médica.
- v) Em RX ao tórax foi revelado artefacto pós-cirúrgico; o bebé foi transferido para o hospital 2º Réu, onde foi descoberta a presença de uma compressa, que teve de ser retirada cirurgicamente.
- vi) Desde então, o bebé começou a apresentar-se pálido e com problemas respiratórios graves, a implicar sucessivos internamentos.
- vii) Noutro hospital foi-lhe diagnosticada doença pulmonar crónica, fluxo intenso e hérnia do hiato. Submetido neste mesmo hospital a nova cirurgia para corrigir o problema, faleceu 3 dias depois em sépsis.

2. O Direito

- i) Os réus contestaram afirmando que o esquecimento da compressa no corpo do bebé, decorrente de uma confusão entre compressa absorvível e têxtil, não é suscetível de provocar a morte. Nem a permanência da compressa, nem a cirurgia realizada para a sua remoção têm relação com os problemas respiratórios e com os problemas do fluxo gástrico e da hérnia do hiato. O óbito deveu-se ao problema de respiração crónico, e não à existência da compressa no corpo da criança.
- ii) É largamente debatida a questão do nexos de causalidade. O tribunal considera que o

cirurgião e a instrumentista praticaram um ato ilícito e culposo, mas coloca em causa que essa atuação tenha relação com os danos convocados pelos Autores.

- iii) Resultando claramente apurado que compressa não deu causa a infeção, e que os problemas respiratórios do bebé não se deveram a essa situação — a sua cardiopatia congénita tornava o bebé mais vulnerável a bronquiolites e comprometia o seu desenvolvimento, o tribunal afasta a possibilidade de indemnização pelo dano da morte.
- iv) Quanto ao pedido subsidiário — os danos não patrimoniais sofridos pelo bebé pela presença da compressa esquecida no corpo — o tribunal entende que a alegação é vaga, imprecisa e inconsistente, e nada se apurou a esse respeito.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

O presente caso suscitou debate quanto ao que se entende por nexos causal. O apresentante defendeu a ponderação da formulação negativa da teoria da causalidade adequada.

CASO 4

APRESENTADO PELA SR.^a DR.^a INÊS FOLHADELA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-09-2016,

B. Palavras-chave: cirurgia estética, informação, obrigações de meios, obrigações de resultado, responsabilidade contratual, responsabilidade solidária.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O caso apresenta uma intervenção no âmbito da cirurgia estética, em que a Autora, tendo sido submetido a uma mamoplastia de aumento bilateral, veio a ficar com uma contratura capsular numa das mamas. Em consequência, o médico Réu teve necessidade de efetuar nova intervenção cirúrgica; contudo, o problema não ficou inteiramente resolvido.
- ii) O seio direito ficou desarmonioso relativamente ao seio esquerdo.
- iii) A Autora alegou que as próteses utilizadas não obedeceriam às melhores *legis artis*, uma vez que a FDA, nomeadamente, as não recomendaria.
- iv) A Autora alegou também a deficiência do consentimento informado, pois não teria conhecimento de que a contratura capsular seria um risco da cirurgia estética.
- v) A ação foi proposta contra o médico e contra o hospital privado onde a cirurgia se realizou, vindo as seguradoras de ambos ao processo.

2. O Direito

- i) O tribunal considerou que o facto de a Autora ter assinado formulário de consentimento informado no qual constava a declaração de que havia sido informada do procedimento e das consequências e riscos da intervenção em causa era elemento probatório suficiente de que havia sido informada.
- ii) Relativamente à violação das *legis artis*, considerou o tribunal que a Autora não havia logrado prova de que a FDA não reco-

mendaria aquelas próteses; ademais, e ainda que essa prova tivesse sido feita, o facto de estarem autorizadas em Portugal pelo Infarmed é suficiente para atestar das boas praticas na sua utilização.

- iii) Considerou-se ainda que, na relação contratual entre a Autora e o Réu médico, estava em causa uma obrigação de resultados, mas que essa obrigação foi cumprida, uma vez que o resultado pretendido era o aumento mamário e este veio, efetivamente, a verificar-se. Nesta sede, o tribunal considerou ainda que “a questão estética” não faria parte do resultado, na medida em que não poderia ser garantida pelo próprio médico, que só se obrigou a colocar duas próteses iguais.
- iv) O tribunal afirma ainda que, tendo ficado provado que no âmbito do consentimento informado, o Réu tinha explicado detalhadamente à Autora o procedimento em causa, com os objetivos pretendidos e os riscos associados à cirurgia, e sendo a contractura capsular uma complicação médica descrita na literatura científica e apresentando-se de natureza imprevisível e não dependente da técnica cirúrgica utilizada pelo réu ou à marca dos implantes, este resultado deve ser configurado como um risco ao qual a Autora livremente se submeteu.

3. A Decisão

O tribunal considerou que não ficou demonstrado pela Autora, como deveria, que tenha havido violação do contrato celebrado com os Réus, e não havendo fundamento da suposta violação das *legis artis* a questão da presunção de culpa nem sequer

se coloca. Destarte, os Réus foram absolvidos dos pedidos.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

O caso suscitou forte discussão sobre a configuração da obrigação de resultado, com vários auditores a defender que a questão estética em sentido estrito não poderia ser separada do procedimento, o que teria tido como consequência uma decisão judicial necessariamente diferente. A apresentante, contudo, considerou que a decisão foi equilibrada face à função do processo que é a justa solução do litígio.

CASO 5

APRESENTADO PELA SR.A DR.A ANA PAULA OLIVENÇA

A. Identificação da decisão: Sentença do Tribunal da Comarca de Lisboa de 16-02-2018.

B. Palavras-chave: acaso, caso fortuito, consentimento informado, obrigações de meios, obrigações de resultado, ónus da prova da ilicitude, prestação de serviços, responsabilidade contratual, riscos previsíveis.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O Autor, sofrendo de problemas de visão — hipermetropia grave precoce —, consultou o médico Réu que lhe aconselhou a cirurgia “lasik” para os dois olhos.
- ii) Pelo médico Réu foi informado de que de tal cirurgia resultaria uma visão sem problemas.
- iii) Todavia, após a primeira cirurgia, não al-

cançou os resultados esperados. Por essa razão, submeteu-se a uma segunda intervenção, da qual resultou, segundo a alegação do Autor, uma cicatriz que lhe provou uma visão ainda mais deficiente, que conclui ser resultado de má prática médica.

- iv) O Réu contestou, alegando que todos os atos por si praticados foram os corretos e, não tendo havido erro médico, estaria em falta um pressuposto fundamental da responsabilidade civil, geradora da obrigação de indemnizar.
 - v) Ao contrário do alegado pelo Autor, o tribunal considerou facto provado que o médico havia informado que a cirurgia era segura, sendo que apenas em 10% dos casos seria necessária uma segunda intervenção.
 - vi) Deu-se também por provado que o procedimento e a medicação foram os adequados ao caso concreto.
 - vii) Finalmente, deu-se também por provado que, quando o Autor se queixou de graves dificuldades de visão pós-cirúrgicas, lhe havia sido explicado que se tratava de uma resposta anómala e pouco frequente desta cirurgia.
 - viii) A perícia da Medicina legal comprovou que a lesão existente não era resultado de erro na cirurgia *lasik*, tratando-se de um problema funcional.
- ##### 2. O Direito
- i) Analisou-se, em primeiro lugar, o erro médico, como pressuposto da responsabilidade civil. Face à prova produzida, entendeu-se não se tratar de erro, mas de “acaso”.
 - ii) Teceram-se considerações acerca da natu-

- reza contratual da responsabilidade, estabelecendo-se que a realização da cirurgia de acordo com as *legis artis* encerrava uma obrigação de meios, e não de resultados.
- iii) Considerou-se ainda que, para se aferir da culpa, há que apreciar a conduta de acordo com o modo como deveria agir um especialista idóneo colocado perante as mesmas circunstâncias — um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais e na mesma data.
- iv) Analisados os factos, considerou-se que o paciente foi devidamente esclarecido quanto à intervenção cirúrgica, sendo a informação prestada dentro da ética e deontologia exigíveis.
- v) Sublinhou-se o facto de a medicina não ser uma ciência exata, razão pela qual o médico não pode vincular-se ao resultado da terapia ou da evolução clínica correspondente. O médico não se obriga, de facto, a curar o paciente, mas antes a desempenhar todos os atos necessários de acordo com as *legis artis*, com vista a esse resultado e de decorre dos factos provados que foi cumprida a obrigação. Não se provou, então, qualquer erro a tipo de imprudência ou negligência.
- vi) Sendo certo que no âmbito da responsabilidade contratual não compete ao lesado a prova da culpa, já a prova dos outros pressupostos da responsabilidade, entende-se que lhe incumbem, enquanto factos constitutivos do direito do Autor — cabia-lhe então provar a ilicitude, o dano e onexo causal. Para se falar numa violação

do direito, teria de se provar o erro médico, e a causalidade adequada. Para haver erro médico, a causa não pode ser o acaso, o acontecimento fortuito. O Autor terá sempre de provar o ato ou a omissão do médico que deu causa ao resultado danoso. Só assim estaria provado o ilícito, e só a partir daí cumpriria apreciar a culpa que se presume.

3. A Decisão

No caso, o tribunal entendeu que o facto ilícito não havia sido provado, pelo que não havia sequer que apreciar o pressuposto da culpa. Por esta razão, a ação foi julgada improcedente.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Foi realçada a afirmação do tribunal de que a medicina não é uma ciência exata, razão pela qual o médico não se vincula a curar o doente, mas antes a diligenciar, da forma mais adequada, no sentido de o tratar.

A sentença foi, em geral, considerada razoável pelos auditores.

CASO 6

APRESENTADO PELO SR. DR. RUI OLIVEIRA

A. Identificação da decisão: Sentença do Tribunal da Comarca de Lisboa de 22-02-2017.

B. Palavras-chave: acompanhamento pós-operatório, contrato total, ilegitimidade passiva, informação, consentimento informado, responsabilidade contratual, responsabilidade solidária.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- 20
- i) A Autora vem pedir indenização por danos não patrimoniais sofridos na sequência de uma intervenção cirúrgica que foi submetida, nas instalações do Réu hospital, no decurso da qual lhe foi cortado o nervo musculocutâneo esquerdo, alegando que disso não lhe foi dado conhecimento, e que não teriam sido prescritos os tratamentos adequados ou providenciada a sua pronta restauração.
 - ii) Os Réus (hospital e médica cirurgiã) foram demandados e contestaram, colocando em causa que tivessem cometido qualquer facto gerador de responsabilidade.
 - iii) A ré médica alegou ainda a sua ilegitimidade passiva, entendendo que havia sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos entre a Autora e o hospital, sendo ela alheia a tal relação contratual; manteve-se, todavia, na ação, porque se entendeu que, de acordo com as várias soluções plausíveis da questão de direito, poderia vir a ser responsabilizada, no âmbito da responsabilidade extracontratual. Ambos os réus chamaram a intervir na ação as seguradoras respetivas.
 - iv) De acordo com a análise do Instituto de Medicina Legal ao processo clínico da Autora, resultou provado que foi diagnosticado à Autora uma adenopatia na axila esquerda, sendo a cirurgia efetuada o método aconselhado e recomendado no caso.
 - v) A médica Ré deu alta à Autora uma semana depois da cirurgia, e transmitiu-lhe que tudo tinha corrido com normalidade e, que a recuperação seria uma questão de tempo.
 - vi) Passadas cerca de duas semanas, a Autora

começou a sentir perda de força na flexão do braço, alguma dormência na mão, polegar e braço e começou a queixar-se à médica destes sintomas, nas consultas posteriores, o que foi inicialmente desvalorizado.

- vii) Como as queixas não diminuam, a Autora foi encaminhada para consulta de fisioterapia onde veio a descobrir-se uma lesão intensa do nervo, ou seja, um corte do nervo. Só na sequência deste exame a Ré deu conhecimento à Aurora de que havia sido cortado o nervo aquando da cisão do nódulo, o que se resolveria mais tarde com cirurgia.
- viii) No âmbito da segunda cirurgia, operada por médico distinto, entendeu este não dever prosseguir com a mesma, por considerar que dada a extensão da lesão, os riscos inerentes eram muito elevados.
- ix) A Autora ficou com lesões irreversíveis que se traduzem em dificuldades em dobrar o cotovelo, em pegar em objetos, dor aquando de esforços com o braço, dormências e diminuição da força muscular.

2. O Direito

- i) O Tribunal discutiu particularmente a relação entre a primeira cirurgia e o corte do nervo, concluindo que esta lesão era desnecessária e evitável.
- ii) Concluiu, por isso, que houve uma lesão da integridade física da Autora, durante e por causa da execução do contrato, que não era exigida pelo cumprimento do mesmo, estando assim verificados os pressupostos da responsabilidade do hospital.

3. A Decisão

Quanto à médica, considerou-se que havia responsabilidade extracontratual, pois a lesão do corte do nervo consubstanciava uma violação não consentida da integridade física da Autora, e não necessária, havendo também um erro no diagnóstico anterior, com omissão dos comportamentos diligentes devidos.

Estando presentes na ação as seguradoras de ambos os Réus, chamadas a intervir a título principal, foram também condenadas, havendo assim uma condenação solidária dos quatro réus.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

O caso suscitou comentários consensuais quanto à bondade da decisão, sendo diversas vezes sublinhada a omissão de informação e acompanhamento pós-operatório, uma vez que a informação ao doente não se esgota num momento, antes configura um processo que pode ser mais ou menos longo.

Foi também referido com surpresa a inexistência de recurso da decisão, e acatamento imediato da mesma pelos Réus.

CASO 7

APRESENTADO PELO SR. DR. NARCISO RODRIGUES

A. Identificação da decisão:

B. Palavras-chave: acaso, caso fortuito, consentimento informado, obrigações de meios, obrigações de resultado, ónus da prova da ilicitude, prestação de serviços, responsabilidade contratual, riscos previsíveis.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A Autora, utente do SNS, é atendida no privado no âmbito do SIGIC para realização de uma colonoscopia.
- ii) Durante o exame, a Autora sentiu-se mal e pediu para interromper o exame.
- iii) Pouco tempo depois foi descoberta uma perfuração da parede intestinal da paciente, que a colocou em risco de vida.
- iv) O Réu médico alegou que a perfuração é um risco bem descrito na literatura e praticamente inevitável, pois não depende tanto da perícia médica quanto das condições objetivas do paciente.

2. O Direito

- i) Tentado o acordo na audiência previa, o médico Réu recusou, alegando que fazia centenas de intervenções do género, e tinha a consciência tranquila de ter cumprido as boas práticas.
- ii) Foi sublinhada a importância de definir o conteúdo do contrato. O tribunal entendeu que, além da obrigação assumida de fazer a colonoscopia, havia outros deveres acessórios.
- iii) Sendo a perfuração do intestino uma circunstância rara, pode presumir-se que, quando sucede, aquele resultado se deva a um procedimento imperfeitamente realizado.
- iv) No estabelecimento da culpa do Réu, o tribunal chamou a atenção para a necessidade de atentar ao caso concreto, porque pode haver alguma particularidade do doente que aumente o risco de perfuração, que

pode levar a que não haja para o médico a obrigação de garantir que a perfuração não acontece. Mas no caso concreto, o Réu não logrou provar que o risco de perfuração estivesse ampliado por qualquer motivo.

- v) Assim, sendo a perfuração uma ocorrência rara e não apresentando a doente qualquer característica que ampliasse o risco, pode presumir-se que a perfuração se deveu a incúria ou negligência.

3. A Decisão

O tribunal conclui referindo que, segundo o artigo 799º/1 CC, incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento não procede de culpa sua, ou seja, primeiro tem de haver incumprimento, e só depois é que se presume a culpa.

A questão seria simples se o médico conseguisse provar que fez tudo direito, pois era evidente que não haveria responsabilidade; tal como se a paciente provasse que a perfuração era resultado da má prática do médico, caso em que não haverá dúvida. Neste caso, porém, prova-se apenas a existência do dano, conseqüente à intervenção, o que nos remete para a questão do ónus da prova.

Sublinhou, ainda, que o facto de o doente ser informado deste risco em nada altera a responsabilidade médica, pois a tomada de conhecimento do risco de modo algum significa um consentimento para a perfuração do intestino.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

O caso suscitou ampla discussão, sobretudo quanto à noção de risco previsível e imprevisível. Vários auditores manifestaram-se abertamente contra esta decisão, considerando-a um precedente inadmissível. Outros, porém, concluíram que, não

tendo a responsabilidade civil uma função primariamente sancionatória, é mais importante atentar na necessidade de ressarcir danos que sejam evidentes e causais quanto ao ato médico, ao invés de discutir o grau de culpa, sendo também certo que o nosso sistema jurídico até admite, ainda que excepcionalmente, o ressarcimento de danos resultantes de atos lícitos.

Foram discutidos os deveres do próprio doente na informação que transmite ao médico sobre a sua história clínica, bem com a “falta de relação” entre médico e doente que se verifica atualmente na medicina.

A discussão final debruçou-se também sobre o problema da dualidade da responsabilidade civil médica, sempre trilhada entre público e privado, e a falta de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, que seriam melhores soluções para casos análogos.

Finalmente, foi largamente discutida a assunção da indemnização pelas seguradoras em casos em que a negligência médica é considerada provada, uma vez que as seguradoras resistem, desprotegendo a situação do médico que deixa de poder acionar o seguro.

CASO 8

APRESENTADO PELO SR. PROF. DOUTOR JOÃO VAZ RODRIGUES

- A. Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18-10-2018.
- B. Palavras-chave:** consentimento informado, danos não patrimoniais, esclarecimento cabal, nexos de causalidade, pressupostos da responsabilidade civil.
- C. Os Factos, o Direito e a Decisão**

1. Os Factos

- i) O Autor consultou médico urologista com queixas difusas na zona pélvica e dor peniana. O Réu prescreveu tratamento simples e informou que, se não houvesse melhoria em quinze dias, a situação seria resolvida com um procedimento cirúrgico simples, de circuncisão.
- ii) Foi sujeito à referida cirurgia e, no dia seguinte, apresenta hemorragias graves na zona operada.
- iii) O Autor queixa-se ao Réu, que afirma tratar-se de consequências normais do procedimento cirúrgico.
- iv) Sem melhorias, o Autor é aconselhado pelo seu médico de família a consultar um cirurgião plástico. Este último conclui que existe um desfaçamento da pele, ou seja, pele a menos na glande do pénis, a solução apresentada pelo cirurgião foi a de arranjar pele tão sensível quanto a em questão, pelo que sugeriu que fosse feito um excerto da pele junto ao ânus, sublinhando não poder garantir um resultado muito satisfatório.
- v) As dores e os incómodos da vida íntima e sexual levam o Autor a deduzir pedido indemnizatório, que foi julgado parcialmente procedente em primeira instância, tendo o Réu recorrido nesta sede.

2. O Direito

- i) O Autor fundamenta o pedido indemnizatório no deficiente esclarecimento pré-operatório, no deficiente acompanhamento pós-operatório e no erro médico propriamente dito, isto é, do corte excessivo de pele na glande.

- ii) A primeira instância deu por provados os três fundamentos da causa de pedir supra referidos, evidenciando o deficiente consentimento informado por falta de esclarecimento sobre as alternativas àquele procedimento cirúrgico.
- iii) É largamente discutido o conteúdo do dever de informar, e aquilo que deve ou não ser dito pelo médico, tendo em conta a capacidade de discernimento do doente e o seu grau de ansiedade — que veio a pesar na decisão final.
- iv) O Réu afirma que, apesar das dores do Autor estarem provadas, inexistente nexo de causalidade entre este facto e algum erro na técnica médica, pois o dano deve-se ao facto de a glande ter ficado exposta, o que é «normal» neste tipo de cirurgias.
- v) O tribunal da Relação lança mão do disposto no artigo 157.º CP para fundamentar a decisão de manter a condenação arbitrada em primeira instância.
- vi) De acordo com este acórdão, é indiferente situar a questão no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, podendo o Autor escolher responsabilidade que lhe fosse mais favorável à pretensão indemnizatória.

3. A Decisão

Este tribunal decidiu que não existem razões para alterar a condenação da primeira instância, fundamentando a sua decisão na violação do consentimento informado e na violação das «leges artis» que deram causa aos danos sofridos pelo doente.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

No debate discutiu-se sobretudo a noção de causalidade e os problemas físicos do Autor anteriores à cirurgia. Contudo, acabou por haver consenso quanto à bondade da decisão, uma vez que, ainda que não houvesse violação das boas práticas, a violação de exigências de consentimento informado seria já suficiente para fundamentar a condenação.

Mesa 2

PROBLEMAS PENAIIS DO DIREITO MÉDICO

Presidente da Mesa: *Helena Moniz* | Juíza Conselheira do STJ

Relatores: *Juliana Campos* | Mestranda, Monitora convidada da FDUC e Investigadora do CDB
Mara Godinho | Mestranda FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELA DOUTORA SÓNIA FIDALGO | DOCENTE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A. Identificação da decisão: *Decisão sumária — Recurso de decisão instrutória — Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa*

B. Palavras-chave: *ofensa à integridade física, negligência médica, responsabilidade criminal, princípio da confiança*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Em maio de 2005, foi diagnosticado um adenocarcinoma da próstata ao assistente (A);
- ii) Foi acordado, entre A e o médico (B) que este, na sua qualidade de cirurgião, efetuará àquele uma intervenção cirúrgica destinada a remover o referido adenocarcinoma;
- iii) A intervenção cirúrgica foi levada a cabo no dia 30.06.2005;
- iv) A intervenção em causa consistia numa prostatectomia radical retro-púbica (excisão da próstata e das vesículas seminais) com linfadenectomia ílio-pélvica;
- v) Tiveram intervenção na cirurgia, B, que já vinha acompanhando o doente, um outro médico, que atuou como ajudante de cirurgia e um enfermeiro instrumentista (C);
- vi) Para remoção do adenocarcinoma foi praticada uma abertura no corpo do paciente;
- vii) Durante a intervenção foram utilizados diversos instrumentos e objetos, entre os quais, pelo menos, uma compressa;
- viii) A abertura praticada foi fechada, tendo sido deixada no interior do corpo do paciente uma compressa, a qual, em março de 2006, se encontrava na região obturadora direita da região abdomino-pélvica;
- ix) Em consequência do facto de ter sido deixado um corpo estranho no corpo do paciente, sofreu o mesmo diversas infeções urinárias e recidivas que lhe provocaram ardor uretral e corrimento;
- x) Para resolução do problema foi o paciente submetido a nova intervenção, desta vez, chefiada por outra equipa, no dia 28.03.2006, tendo a compressa sido retirada do seu corpo;
- xi) No termo da fase de inquérito, o Ministério Público proferiu despacho de acusação relativamente a B (médico-cirurgião) e a

C (enfermeiro instrumentista), imputando-lhes a prática de um crime de ofensa à integridade física por negligência, punível pelos artigos 148.º, n.º 1, e 150.º, n.º 1, do CP. O assistente, (A) acompanhou a acusação do MP;

- xii) Os arguidos, B e C, requereram a abertura da fase de instrução;
- xiii) Na fase de instrução, o juiz de instrução chegou à conclusão de que era ao enfermeiro instrumentista que cabia o dever de dispor e verificar todo o material cirúrgico na respetiva mesa, incluindo-se nesse dever a contagem do número de compressas. Ademais, considerou que o enfermeiro instrumentista não tomou os devidos cuidados para que não existisse erro na contagem daquelas, uma vez que estava confiante de que o resultado danoso não se iria produzir, sendo que foi a violação desse dever de cuidado que originou as lesões do paciente na sua integridade física. Assim, foi proferido despacho de pronúncia em relação ao enfermeiro instrumentista (C) e um despacho de não pronúncia em relação ao médico-cirurgião (B);
- xiv) De facto, o assistente (A) interpôs recurso da decisão do juiz de instrução com fundamento de que o cirurgião era o chefe de equipa e, como tal, é o responsável pela sala de operações, pelo que embora não tenha por função específica contar as compressas, é a ele que compete orientar a sala. Assim, seria o cirurgião que teria que se certificar de que a contagem inicial e a contagem final das compressas coincidiam, pelo que como não levou a cabo essa veri-

ficação, também devia ser deduzida acusação em relação a este.

2. O Direito

Estamos perante um problema de determinação da responsabilidade penal na equipa médica por via do abandono ou esquecimento de uma compressa no campo operatório. Está em causa o tipo legal de crime de ofensa à integridade física por negligência (art. 148.º do Código Penal, doravante CP).

O caso em análise, traz-nos uma questão, que não é especificamente médica, mas antes processual e que se relaciona com o princípio do *in dubio pro reo* e as regras em matéria de prova no processo penal.

Suscita-se também a questão da aplicabilidade do *princípio da confiança* às relações de trabalho verticais.

3. A Decisão

O Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) entendeu que a responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, nomeadamente quando existam relações hierárquicas no seio daquela, pode fundar-se na violação do dever de coordenação ou na violação do dever de controlo, o que não afasta a existência do princípio da confiança.

O TRL entendeu que o princípio da confiança, enquanto princípio delimitador do dever objetivo de cuidado, é um princípio que tem aplicação não só nas relações de trabalho horizontais, mas também tem aplicação na divisão de trabalho vertical. Assim, socorreu-se deste princípio para justificar o afastamento da responsabilidade do cirurgião como chefe de equipa. Entendeu-se ainda que, no caso de um eventual abandono de compressa no cam-

po operatório, o cirurgião só poderia ser responsabilizado se não tivesse sido feita a contagem das compressas, ou tendo sido realizada, o cirurgião decidisse fechar o campo operatório sem que, em caso de divergência entre o número de compressas entregues e recolhidas, tivesse sido realizada nova contagem em que esses números coincidissem ou tivesse sido feito um exame radiográfico que eliminasse a dúvida gerada, respeitando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Desta feita, o TRL não deu provimento ao recurso.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Começou-se por recordar que, de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o abandono de objetos no campo operatório é uma causa significativa de lesões à integridade física e da morte de pacientes, o que justifica que a contagem do material e compressas integre Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica.

Depois, foram salientados dois aspetos relativamente ao crime de ofensa à integridade física negligente. Primeiro, referiu-se que se exige a prova do tipo de ilícito negligente (o agente violou o dever objetivo de cuidado) e do tipo de culpa negligente, sendo que na jurisprudência este segundo elemento é frequentemente esquecido, o que é visível também no acórdão analisado. Seguidamente, destacou-se um problema (mais difícil) referente à imputação do resultado à conduta do agente, pois quando se está perante uma equipa médica há dificuldades acrescidas em perceber quem, dentro daquela, poderá ser responsabilizado. A questão da causalidade era fundamental para determinar o grau da responsabilidade. Ora, é neste campo que é mobilizado o princípio da confiança (oriundo da

jurisprudência alemã) como princípio delimitador do dever objetivo de cuidado.

Um outro ponto que foi trazido para a discussão foi a possibilidade de alguma falha ao nível da investigação, pois não é claro se foi averiguada, à data da operação, a existência de antecedente de um eventual esquecimento, isto é, não se sabe se a compressa foi esquecida noutra operação ou nesta (dado que, nos autos, se dizia que, num raio x pélvico feito anteriormente à intervenção médico-cirúrgica, se via uma mancha com a forma que parecia de uma compressa), pelo que só depois de afastada esta hipótese se poderia avançar para o problema do princípio da confiança nas relações em equipa. No entanto, a questão do momento do esquecimento da compressa foi invocada pelo cirurgião na fase de instrução, porém ao longo do acórdão não se voltou a fazer referência à mesma, pelo que se parte do princípio de que se fez prova que a compressa havia sido esquecida naquele momento e não noutra operação.

No que concerne ao princípio da confiança, sendo mais ou menos aceite que este princípio tem validade geral nas relações de trabalho horizontais (*v.g.* cirurgião e anesthesiologista), discutiu-se se o mesmo também valerá também no âmbito das relações de trabalho vertical. O TRL manifestou-se concordante relativamente a esta posição, ao contrário da posição do assistente.

Reforçou-se que o princípio da confiança é um princípio delimitador do tipo de ilícito negligente, que pressupõe uma repartição de competências. Assim, previamente tem de saber quem é competente para desenvolver cada uma das tarefas, o que reclama a observação de regras de repartição de competência nesta matéria. Desta feita, desde 2009, existem regras da OMS que foram importadas para o direito interno por uma norma da Direção Geral

de Saúde, das quais se destaca a Lista de Verificação Cirúrgica Segura, as “Práticas recomendadas para o bloco operatório”, da Associação dos Enfermeiros de Salas de Operação Portugueses (AESOP). Estas, no que concerne à contagem das compressas, dizem que a verificação de compressas e demais material utilizado na cirurgia deve ser sempre feita por duas pessoas (quando a equipa de enfermagem é completa, deverá ser feita pelo enfermeiro instrumentista e pelo enfermeiro circulante, mas nem sempre existem estes dois enfermeiros, sobretudo se estivermos perante uma cirurgia mais simples. Nestes casos, a contagem deve ser feita pelo enfermeiro e por um outro elemento da equipa designado pelo cirurgião. Em nenhum momento se diz que a contagem devia ser feita pelo cirurgião, o que todos compreendemos que não seria possível. Ora, no caso objeto de análise, não se sabe se houve enfermeiro circulante ou não, pelo que se partiu do pressuposto que apenas havia enfermeiro instrumentista.) e que devem ser feitas três contagens: uma contagem inicial, uma contagem antes do fecho da ferida e outra depois do fecho da pele, sendo que a contagem e recontagem é feita pelos enfermeiros, que devem certificar-se de que o médico-cirurgião ouviu (No caso objeto de análise, em nenhum momento se diz que o médico-cirurgião tem que perguntar, pelo que parece que se nada for dito, o cirurgião pode confiar). Ademais, também nas Regras do Colégio Americano de Cirurgia, se refere que a contagem e recontagem das compressas não é tarefa do cirurgião, sem prejuízo de ter o dever de rastreio manual do campo operatório antes de fechar o corpo (aspeto que também não foi analisado no acórdão objeto de estudo). Em suma, na sessão concluiu-se pelo funcionamento do princípio in dubio pro reo, relativamente ao médico-cirurgião, tendo-se considerado que a função

de contagem e recontagem cabe aos enfermeiros, avançando-se ainda que o princípio da confiança deve também valer nas relações verticais.

Por último, frisou-se que se o médico se tiver comportado de acordo com as regras de repartição de competência, pode confiar que os outros membros da equipa também se comportaram de acordo com as mesmas, salvo se tiver razões para dever pensar de forma diferente. Ademais, se o cirurgião não ouviu qualquer informação por parte do enfermeiro ou não perguntou sobre as mesmas e fechou o campo operatório sem mais, deverá haver lugar à responsabilidade do cirurgião.

CASO 2

APRESENTADO PELO DR. CARLOS PINTO ABREU | ADVOGADO

- A. Identificação da decisão:** Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça — secção criminal
- B. Palavras-chave:** homicídio, negligência, dever de cuidado, alumínio, “bypass”, hemodiálise,
- C. Os factos, o Direito e a Decisão**

1. Os factos

- i) João da Piedade Aniceto, Sara Maria Leitão Frias de Barros e António Manuel Bailão Pinto de Sousa, arguidos, são médicos, exercendo a sua atividade de especialistas de nefrologia nos Serviços de Nefrologia (SN) — Unidade de Hemodiálise (UH) do Hospital Distrital de Évora (HDE);
- ii) O arguido João da Piedade Aniceto foi nomeado médico responsável do SN, em 22 de janeiro de 1987, situação que se manteve até 21 de abril de 1993 (altura em que assume funções o arguido Sousa). No âmbito desta função, cabia-lhe, além da sua

- atividade profissional, a tarefa de coordenar esse serviço;
- iii) Desde finais de 1988 que na UH do HDE havia, diariamente (exceto aos domingos), três turnos de insuficientes renais crónicos em programa regular de diálise, cada turno com uma duração aproximada de 4 horas e uma média de 12 doentes, num total de 72, sujeitos a diálise em dias alternados, de modo que, em média, e em cada dia, faziam diálise 36 pessoas;
- iv) Cada um dos arguidos, enquanto assistentes hospitalares e para além da prática de atos médicos indiferenciados e participação em equipas de urgência, assegurava de forma independente e autónoma, o acompanhamento regular dos doentes que faziam diálise no turno que lhe estava distribuído, definindo medidas terapêuticas, determinando a realização de exames complementares de diagnóstico e tratamento de intercorrências;
- v) Estava definida uma escala de permanência à UH para assegurar a vigilância dos doentes em diálise, serviço que era assegurado pelos três arguidos nefrologistas, em rotatividade com outros médicos de Medicina Interna e de Clínica Geral do Hospital Distrital de Évora;
- vi) O médico nefrologista que assegurava o acompanhamento dos doentes de cada turno e a definição do seu tratamento, fazia o seu serviço de permanência em períodos do dia não necessariamente coincidentes com a sessão dialítica feita pelos doentes do turno que lhe estava distribuído;
- vii) O turno da manhã era assegurado pela arguida Sara, o turno da tarde pelo arguido Sousa e o turno da noite pelo arguido Aniceto;
- viii) As análises tendentes a colher os valores séricos de alumínio eram determinadas pelo arguido Aniceto, tendo a regularidade das mesmas passado a semestral, por sugestão do arguido Sousa. Não obstante, se algum problema complexo e imprevisto com doentes fosse detetado por qualquer dos arguidos, era levado a reunião semanal que os três realizavam, por determinação do arguido Aniceto, e aí discutido, deliberando os três quais as medidas a tomar;
- ix) Porém, do verão de 1992 a novembro do mesmo ano não se realizaram essas reuniões semanais, cabendo a cada arguido decidir, nesse período, a atitude a tomar face a esse tipo de problemas que detetassem nos doentes que assistia;
- x) É na central de tratamento de águas da UH do HDE que se prepara a água imprescindível à diálise dos insuficientes renais crónicos que lhes vai assegurando a sua sobrevivência;
- xi) Essa preparação tem em vista garantir uma água e uma solução dialisante puras, por forma a não conterem substâncias tóxicas à saúde e à vida desses doentes;
- xii) Entre nós, em 1-12-93, com a entrada em vigor do DL 392/93, de 23-11, definiram-se legalmente as concentrações máximas daquelas substâncias na água para diálise, mas já antes disso, a *Association for the Advancement of Medical Instrumentation (AAMI)* recomendava, para esse fim, certas concentrações máximas;

- xiii) Uma central deste tipo para hemodiálise é constituída, paradigmaticamente, pelos seguintes elementos dispostos em série: a) reservatório de água para consumo público; b) filtro de areia; c) descalcificador; d) filtro de carvão; f) osmose inversa; g) depósito de água tratada;
- xiv) Este modelo deve sofrer alterações se a qualidade da água ou o débito de osmose inversa não corresponderem às especificações exigidas ou às necessidades da diálise. Foi o que aconteceu na UH do HDE: em abril de 1991, foi colocado um filtro de areia à entrada dessa central, antes dos depósitos de água de consumo público, para retenção da matéria orgânica ou da partículas mais pesadas e volumosas que a água da rede pública arrastava;
- xv) Em novembro de 1991, por determinação do arguido Cambalacho Miranda, após sugestão da “Enkrott” foi montado um debitómetro para registo dos níveis de produção da água tratada pela máquina de osmose inversa;
- xvi) Com a instalação deste debitómetro, os operadores (eletricistas) da Central de Tratamento de Águas, passaram a registar diariamente, em mapa, os caudais de produção de osmose inversa, bem como as lavagens que a esta efetuavam, em folhas que eram entregues ao arguido Miranda, quinzenalmente;
- xvii) xvii) Apesar destas alterações na máquina, designadamente, da introdução do filtro de areia à entrada da central, os níveis de matéria orgânica e das membranas mantiveram-se bastante altos. Proce-
- deu-se a mais alterações, mas, ainda assim, a matéria orgânica manteve-se abundante na água utilizada para diálise — o que era notório à vista desarmada;
- xviii) Tendo em conta que a sua qualidade se deteriorava, para provocar a floculação desta matéria e a sua expulsão da água para clarificar esta, a Câmara Municipal de Évora (CME) introduziu na água, nas duas estações de tratamento de águas a seu cargo, como sempre o tinha feito, sulfato de alumínio que foi suficiente a essa clarificação, mas não bastou para dela extrair toda aquela matéria;
- xix) A CME não comunicou tal facto ao HDE;
- xx) O sulfato de alumínio veio a aumentar a percentagem deste metal dissolvido na água;
- xxi) O excesso de matéria orgânica na água que chegava à central de tratamento do HDE, principalmente a partir de meados de 1992, provocou o entupimento daquelas membranas, com a consequente subprodução de água para diálise. Esta passou a ser compensada pelos operadores dessa central com a abertura do “bypass” a essa máquina, fazendo circular diretamente a água dos micro-filtros para os depósitos de água tratada sem passar pela osmose, ao mesmo tempo que procediam às lavagens desta;
- xxii) Com a continuação da degradação da qualidade da água, devida à situação da seca efetiva, a matéria orgânica manteve-se elevada e a necessidade de proceder à lavagem das membranas da osmose inversa tornou-se mais premente a partir do último quartel de 1992;

- xxiii) Sempre que estas lavagens tinham lugar aqueles operadores abriam o “bypass” à osmose, introduzindo água não desmineralizada nos depósitos de água tratada, a qual ia diretamente para os monitores de diálise;
- xxiv) Entre os finais de 1992 e 22 de março de 1993, estes operadores abriram sistematicamente o “bypass” à osmose inversa em vez de lavarem as membranas desta sempre que a sua produção era deficitária;
- xxv) Nesse tempo supramencionado, efetuaram pouquíssimas lavagens à osmose inversa. Mas quase todos os dias utilizaram abusivamente o “bypass”, sem pedirem, para tal, autorização ao médico nefrologista de serviço, quando esse “bypass” exigia esse e outros apertados requisitos (que podem ser consultados no acórdão);
- xxvi) Os doentes insuficientes renais foram, portanto, durante aquele período de tempo, sujeitos em todas as sessões de diálise à administração de teores exageradamente elevados de alumínio que os contaminou e intoxicou de forma aguda, provocando a morte de alguns deles;
- xxvii) Os valores de alumínio que essa água apresentava por essa ocasião iam de 0,4 mg/l a 2,4 mg/l, sendo que a AAMI recomendava o máximo de 0,1 mg/l, valor acima do qual traz perigo para a saúde e a vida dos insuficientes renais;
- xxviii) Naturalmente que os teores de alumínio dezenas e centenas de vezes superiores tinham que levar, inevitavelmente, à morte das pessoas sujeitas a esses teores de alumínio durante vários dias ou meses, que foi o

que aconteceu com os doentes insuficientes renais crónicos, que faleceram.

2.0 Direito

O circunstancialismo concreto do caso implica a interpretação do crime de homicídio por negligência.

Discute-se, no acórdão, a possibilidade de condenar o arguido por concurso de crimes (art. 30º CP), no entanto, uma vez que foi lesada uma pluralidade de bens jurídicos através de uma única ação, o STJ entendeu que se verificou apenas um crime e não oito crimes de homicídio negligente, como havia decidido o tribunal de 1ª instância.

3.A Decisão

Negou-se provimento ao recurso interposto pelo arguido, Dr. João da Piedade Aniceto e concedeu-se provimento parcial ao Ministério Público.

O Supremo Tribunal de Justiça, revogou o douto acórdão recorrido quanto à incriminação e pena, decidindo condenar a dezoito meses de prisão, o arguido, Dr. João da Piedade Aniceto, pelo crime de homicídio por negligência inconsciente previsto e punido pelo art. 136.º, nº1 do CP de 1982 e suspender a execução desta pena pelo período de dois anos.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Começou-se por questionar se o médico tinha algum dever de fiscalização de qualidade da água, recordando-se que, em 1993, o mesmo não decorria da lei, dos regulamentos, da prática ou da sua formação. Todavia, após o caso objeto de análise, o mesmo passou a ser obrigatório para o médico, constando das regras para a formação da especialidade de nefrologia, das regras aplicáveis aos vários centros de hemodiálise privados ou públicos e das

regras dos serviços médicos.

Seguidamente, discutiu-se a circunstância de o médico ser o único responsável à luz do acórdão, tendo em conta que responsabilidade penal (médica) assenta no facto e na culpa, e exigindo-se ainda que a divisão de tarefas e funções se encontre bem definida. Para esta discussão, recordou-se, em primeiro lugar, que, em 1993, houve uma enorme seca, baixaram as barragens, pelo que havia uma maior quantidade de matéria orgânica na água e as Câmaras Municipais usavam o sulfato de alumínio para baixar a matéria suspensa na água, não tendo aquelas avisado a administração geral de saúde, nem as duas unidades de saúde de Évora: a pública e a privada, sendo que o referido problema apenas se verificou na unidade pública. Em segundo lugar, enfatizou-se que também havia deveres legais ou contratuais que recaiam sobre outros- *rectius* os serviços de instalação de equipamentos, os serviços de utilização comuns dos hospitais e engenheiros (neste caso um engenheiro interno do hospital), três eletricitas e também a uma empresa que fornecia o equipamento e o acompanhamento daquele sistema de tratamento — os quais também falharam e de uma forma ainda mais flagrante.

Debateu-se, no caso objeto de análise, remeter para o problema da “culpa de desorganização” e não de culpa penal, tendo em conta que, por iniciativa unilateral do engenheiro, os filtros de carvão e de areia eram substituídos, ao contrário do que sucedia com os da osmose inversa, sendo que aquele nunca comunicou essa atuação aos médicos. Considerou-se que existem várias responsabilidades presentes, *rectius* a responsabilidade civil (objetiva) e a responsabilidade penal.

Foi ainda discutido a problemática referente à “infallibilidade da prova pericial”.

Por fim, analisou-se o problema relativo ao “dever de vigilância”, uma vez que o mesmo caía sobre os três médicos assistentes, mas apenas um foi condenado (o mais velho responsável de serviço). Assim, entendeu-se que havia um dever de vigilância do responsável de serviço relativamente às águas, não obstante na sessão se ter discutido que este poderia não ser o único responsável tendo em conta o que se referiu *supra*.

CASO 3

APRESENTADO PELA DRA. SARA REIS MARQUES | JUÍZA DE DIREITO

A. Identificação da decisão: *Decisão instrutória*

B. Palavras-chave: *negligência, homicídio, leges artis, nexa causal, prova pericial*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) No dia 13 de agosto de 2009, A, na qualidade de médico com a categoria de assistente hospitalar de medicina interna, desempenhava as funções de chefe de equipa e diretor de urgência no Hospital;
- ii) Enquanto chefe de equipa do Serviço de Urgência, ao arguido A cabia coordenar e supervisionar a equipa médica para o exercício de funções na urgência, observar e syndicar a assistência médica que estava a ser prestada aos doentes, bem como aconselhar os colegas acerca dos procedimentos clínicos a seguir.;
- iii) B, o paciente, recorreu ao serviço de urgência, cerca das 20h27m do dia 13/8/2009, com queixas de náuseas, vômitos, cervicalgia e pré-cardialgia de intensidade crescente e dormência na perna e braço

- esquerdos, hipersudorese;
- iv) Pelas 21h, B é observado por C, médica de clínica geral, que determinou a realização de análises, com enzimologia cardíaca, electrocardiograma e radiografia ao tórax ao doente, bem como a administração imediata de Aspegic EV e Primperam;
- v) O electrocardiograma realizado a B apresentava resultado compatível com insuficiência coronária em DII, a VF, V4, V5 e V6;
- vi) A radiografia torácica apresentava silhueta cardíaca com óbvias proclividades da metade superior do contorno direito e do botão aórtico, com manutenção de índice cardio-torácico e pulmões com arborização mais evidente do que o habitual;
- vii) As análises sanguíneas realizadas a B, através de colheita sanguínea efetuada pelas 21h13m, revelam as alterações analíticas, designadamente na troponina;
- viii) C mostrou a A o eletrocardiograma realizado a B, no sentido de auscultar a sua opinião sobre o caso, mormente da necessidade de este assumir a observação e terapêutica do doente atentos os seus especiais conhecimentos;
- ix) Após analisar o exame, o arguido A disse a C que não havia sinal para alarme, dando-lhe instruções de hidratação do doente enquanto se aguardava pelo resultado das análises realizadas ao sangue;
- x) Seguindo as instruções do arguido A, C determinou a hidratação do doente;
- xi) Pelas 22h, C, já com conhecimento do resultado das análises realizadas ao sangue e do RX, abordou o arguido A e deu-lhe conta dos exames, para que ele decidisse, enquanto diretor clínico, acerca do encaminhamento a dar ao doente, pois estava de saída de turno;
- xii) Por volta das 22h30m, na sequência da saída de turno de C, o arguido D assumiu a observação clínica de B;
- xiii) Nesse momento procedeu à observação do doente, B, e dos elementos clínicos que se encontravam juntos ao processo do doente, e abordou o arguido A no sentido de colher a sua opinião acerca da necessidade de internamento ou não do doente para observação;
- xiv) O arguido A pronunciou-se no sentido da concessão de alta médica ao doente para o domicílio, com recomendação de repouso e hidratação;
- xv) Seguindo a opinião do arguido A, cerca das 23h10m, o arguido D deu alta a B tendo-lhe prescrito paracetamol em SOS e aconselhado repouso, hidratação e eventual controlo analítico a efetuar pela médica de família;
- xvi) B abandonou o hospital, de seguida, para a residência, onde veio a falecer no dia seguinte, cerca das 14h50m, devido a edema agudo pulmonar;
- xvii) As *leges artis* médicas, face às alterações analíticas verificadas nos exames realizados a B e à sintomatologia que evidenciava, obrigavam à consideração da patologia de síndrome coronária aguda e, conseqüentemente, ao internamento do doente durante pelo menos seis horas para, após decurso de tal período de tempo, haver

lugar à repetição de exames, tais como eletrocardiograma e o exame ao sangue para análise da troponina, o que não sucedeu;

- xviii) Ambos os arguidos não podiam, atentas as funções exercidas, desconhecer tal procedimento, pelo que, de forma livre e consciente aturam com desatenção e desconsideração pelo exercício correto da medicina. Acresce que, conheciam o carácter ilícito da sua conduta;
- xix) Após a realização do inquérito, o Ministério público proferiu despacho de acusação dos arguidos.

2) O Direito

No presente caso, o circunstancialismo concreto implica a interpretação do crime de homicídio por negligência (art. 137.º do CP). Ademais, levanta-se o problema da existência denexo causal entre o resultado morte e uma conduta que se entendeu como violação das *leges artis*. Por fim, discutiu-se o valor da prova pericial.

3) A Decisão

Os arguidos A e B requereram a abertura da fase de instrução. Também a assistente requereu a abertura da instrução, com vista à pronúncia dos arguidos tanto pelo crime de homicídio por negligência (137.º n.º 2 do CP), pelo o qual tinham sido acusados, como pelos crimes de intervenção e tratamento médico com violação das *leges artis* (art.º 150º, n.º 2 do CP), de alteração de análise (283º, n.º 1 al. b) do CP e art.º 285º do CP) e de falsidade informática (art.º 3º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, de 15/9).

A decisão da instrução foi a de não pronunciar os arguidos A e B por nenhum dos crimes referidos.

4. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Iniciou-se a discussão com a afirmação de que as *leges artis* médicas, em face destas informações e dos exames, obrigavam à consideração de síndrome coronária aguda (enfarte), e ao internamento do doente durante 6 horas após as queixas, para verificar, novamente, a troponina, o que não foi efetuado pelos arguidos. Assim, A, ao dizer a D para dar alta ao doente influenciou-o neste sentido e D ao dar alta ao doente violou este procedimento das *leges artis*. No entanto, não havia indícios suficientes de que os arguidos ao atuarem desta forma potencialiam o edema agudo do pulmão (causa da morte). Assim, houve uma violação das *leges artis* e ocorreu a morte, mas não houve indícios suficientes que permitissem afirmar o nexo causal entre a violação das *leges artis* por parte dos arguidos e a causa morte do doente.

Na sessão, refletiu-se assim ainda sobre o conteúdo do relatório médico-legal junto aos autos, o qual afirmava que “a história clínica do doente, em conjunto com os dados analíticos encontrados obrigavam à consideração de hipóteses diagnósticas implicando a obtenção de mais exames complementares, desaconselhando vivamente a alta do doente” e ainda que “os sintomas apresentados são compatíveis com várias patologias, em particular a síndrome coronária aguda”. No entanto, não era claro o intervalo de tempo que mediou entre o início das queixas e a realização das análises constantes do processo e é bem conhecido que a positividade de marcadores específicos de necrose miocárdia pode demorar várias horas a estabelecer-se. Assim, pensamos que o doente deveria ter permanecido em observação durante um maior período de tempo e que deveriam ter sido repetidos os eletrocardiograma e p exame ao sangue para análise

da troponina. Referiu-se ainda que a realização de ecocardiograma poderia, eventualmente, ser necessária. Conclui-se dizendo que “houve violação das *leges artis* por três motivos: a) ao dar alta ao doente, interrompendo o período de observação; b) ao não recorrer a novos meios complementares de diagnóstico como acima discriminamos; c) ao não instituir terapêutica apropriada à suspeita de síndrome coronária aguda”. É, esclarece, ainda, que “a positividade dos marcadores de necrose miocárdica faz-se geralmente até às seis horas após o início das queixas. Assim, a exclusão de infarto do miocárdio pode em princípio fazer-se até este limite de tempo.”. E que “os exames deveriam ter sido repetidos pelos menos às seis horas de evolução das queixas”. Todavia, estas considerações não querem dizer que a violação do dever de cuidado dos arguidos tenha sido a causa do resultado morte do ofendido. Quando perguntado se a violação das *leges artis* foi causa adequada e necessária para produzir o resultado morte do doente, explicou o signatário do relatório médico-legal que a situação de edema agudo pulmonar (EAP) “deve-se geralmente a falência da função mecânica do ventrículo esquerdo, que pode ser devida a vários mecanismos fisiopatológicos. A autópsia não permite comprovar a etiologia mais frequente, isto é, o enfarte do miocárdio, nem fornece dados substantivos sobre a sua causa. No entanto, a isquemia do miocárdio pode determinar edema agudo do pulmão por outros mecanismos, em particular provocando arritmias que comprometam gravemente o débito cardíaco e que não dão origem a lesões anatômicas identificáveis em autópsia.”. E conclui dizendo que “no desconhecimento de qual mecanismo fisiopatológico de edema pulmonar agudo não é possível afirmar inequivocamente que essa violação tenha sido causa adequada e necessária da morte do doente” (fls.

321) e que “não podemos emitir qualquer opinião sobre as circunstâncias espaço-temporais em que ocorreu a paragem cardiorrespiratória”.

Temos, portanto, a prova pericial, que é do INML, a estabelecer uma presunção *iuris tantum*. O julgador só poderia afastar a conclusão a que chega o relatório do INML se, para tanto, tivesse argumentos da mesma forma científicos. Todos os pareceres científicos validam os resultados a que chegou o INML e, portanto, não é possível a afirmação deste nexo causal. Em síntese: toda a prova pericial que foi produzida, com base na qual o julgador deve formar a sua convicção, considerou que houve uma imprudência, uma violação das *leges artis*. Assim, a alta não devia ter sido dada porque havia uma suspeita de um enfarte (que nunca aconteceu) e, por ter sido dada uma alta de forma incorreta, os médicos foram sancionados em sede disciplinar, mas não por um homicídio negligente que ocorreu em violação dessas *leges artis*. Note-se que, o edema pulmonar agudo instala-se em muito poucos segundos e pode ocorrer por exemplo em decorrência de um AVC, de uma arritmia, sendo que esta última pode não ter na sua gênese uma insuficiência cardíaca. Assim, não se pode afirmar que, tendo permanecido o doente internado, se teria evitado o resultado morte. O julgador está obrigado, por força de lei, a respeitar o valor de prova pericial, que apenas pode contrariar quando tiver argumentos científicos de igual força.

Com efeito, é sabido que este não assenta numa mera relação de causa-efeito, pelo que podia ter sido outra a solução do caso. De facto, se o doente morreu foi porque tinha um problema grave de saúde, pelo que, ao não serem feitas análises, questionou-se se não se perdeu a oportunidade de perceber a doença que o paciente tinha, comprometendo-se a afirmação do nexo causal.

CASO 4

APRESENTADO PELO DR. JORGE BHERON ROCHA | DEFENSOR PÚBLICO E PROFESSOR DA UNICHRISTUS

A. Identificação da decisão: *Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma*

B. Palavras-chave: *habeas corpus, prisão preventiva, ausência dos requisitos para a sua decretação, inconstitucionalidade do tipo penal de aborto no caso de IVG no primeiro trimestre, ordem concedida de ofício*

C. Os factos, o Direito e a Decisão:

1. *Os factos*

- i) A 14.03.2013, os pacientes, que mantinham uma clínica de aborto, foram presos em flagrante, devido à suposta prática dos crimes previstos nos arts. 126.º (aborto) e 288.º (formação de quadrilha) do CP, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “*aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta*”;
- ii) A 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal concedeu a liberdade provisória aos pacientes, sendo que a decisão considerou que “*as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto*”;
- iii) Porém, a 25.02.2014, o Juízo da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Caxias/RJ proveu recurso em sentido estrito interposto pelo MP do Estado do Rio de Janeiro, para

decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal;

- iv) Seguidamente, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ, que não foi conhecido pela Corte. No entanto, o acórdão examinou o mérito e considerou que não era ilegal a prisão preventiva “que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos”;
- v) Neste *habeas corpus*, os impetrantes consideraram que não estavam presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP). Nesse sentido, sustentaram que: (1) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (2) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (3) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura;
- vi) A 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, procedeu ao deferimento da medida cautelar apresentada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão

aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto;

- vii) A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus;
- viii) No julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida.

2. O direito

As questões suscitadas pelo presente acórdão são reconduzíveis a três problemas essenciais: em primeiro, o descabimento de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ, em segundo, a ausência dos requisitos do art. 312.º do CPP para decretação da prisão preventiva e, em terceiro a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetiva no primeiro trimestre

3. A decisão

No que concerne ao descabimento de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, referiu-se que, segundo a jurisprudência majoritária, nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Porém, atendendo à “especial relevância e delicadeza da matéria” examinou-se a

possibilidade de concessão da ordem de ofício.

Relativamente à decretação da prisão preventiva, considerou-se que não se encontravam preenchidos os requisitos do art. 312.º do CPP. Concretizando, o decreto da prisão preventiva, por um lado, não indicou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Por outro, não se encontram preenchidos os requisitos que exigem, para decretação da prisão preventiva, que estejam presentes riscos para a ordem pública ou para a ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Ademais, entendeu-se que se tornava ainda menos justificável a prisão preventiva, visto que os pacientes eram primários e com bons antecedentes, tinham trabalho e residência fixa, tinham comparecido devidamente aos atos de instrução do processo e iriam cumprir a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Assim, segundo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, seria ilegal a prisão cautelar decretada sem demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais.

Por fim, o último problema suscitado, relativo à criminalização da interrupção voluntária da gestação efetiva no primeiro trimestre convocou uma reflexão mais exaustiva e profunda. Com efeito, este problema surge porque a existência de crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 *in fine* do CPP, pelo é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo legal imputado aos pacientes e corréus, *in casu* discutia-se a tipificação penal do crime de aborto voluntário, nos termos dos arts. 124 a 126 do CP, que punem o aborto provocado pela gestante quando por terceiros com o consentimento da-

quela. O bem jurídico protegido — vida potencial do feto — é evidentemente relevante.

Considerou-se que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre da gestação traduzia-se na violação de diversos direitos fundamentais da mulher e não observava de forma suficiente o princípio da proporcionalidade.

Assim, os direitos fundamentais das mulheres violados seriam o direito à autonomia da mulher (CF/1988, art. 1.º III), pois cercear-se-ia o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões com este relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez; o direito à integridade física e psíquica (CF/1988, art. 5.º, caput e III), uma vez que é o corpo da mulher que sofre as transformações, riscos e consequências da gestação, pelo que ter um filho por determinação do direito penal seria uma grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher; os direitos sexuais e reprodutivos (§ 7.3. do Capítulo VII do Relatório da Conferência do Cairo/Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, realizada em 1994), pois afeta-se a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. Ademais, a sua saúde reprodutiva sairia prejudicada, pois aumentam os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada; o direito à igualdade de gênero: na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não; salientou-se ainda a discriminação social e o impacto desproporcional sobre mulheres pobres: a tipificação penal prejudica, de forma desproporcional as mulheres pobres,

que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem se podem valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Em suma, concluiu-se que a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se de uma restrição que ultrapassa os limites constitucionais aceitáveis.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, considerou-se que a tipificação penal somente estaria justificada se: (1) fosse adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (2) não houvesse outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (3) a tipificação se justificasse a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Por fim, partindo de uma interpretação conforme à Constituição dos arts. 124.º e 126.º do CP, para excluir do seu âmbito de incidência a IVG efetivada no primeiro trimestre, ainda que não fosse admissível a declaração de inconstitucionalidade (uma vez que o CP é de 1940 e a Constituição é de 1988, pelo que jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior), neste caso, haveria lugar a não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do CP. Consequentemente, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à IVG realizada nos três primeiros meses, não há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do *caput* do art. 312.º do CPP.

Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso (e os demais, ressalvando-se o voto de vencido do Ministro Marco Aurélio) não conheceu da impetração,

mas concedeu a ordem de *habeas corpus* de ofício para afastar a prisão preventiva dos pacientes, entendendo-a aos corrêus.

4. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na sessão, começou por se salientar as diferenças entre a interrupção voluntária da gravidez no Brasil e em Portugal, a qual é proibida no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se os casos de risco para a vida da gestante ou de estupro.

De seguida, enfatizaram-se as diferenças entre o *habeas corpus* nos dois ordenamentos referidos. Salientou-se que o Brasil, face ao elevado índice criminal, por ausência de políticas públicas, é muito punitivo, o que justifica o elevado número de *habeas corpus*. Assim, este acaba por ser um mecanismo que visa mitigar o constrangimento legal, pelo que existem muitos *habeas corpus* que não deveriam estar no sistema de justiça.

Refletiu-se ainda sobre a legalidade da interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses de gestação, tendo-se verificado que, segundo os estudos, os índices de aborto são menores nos países que não criminalizam essa conduta. Atendeu-se também aos direitos da mulher violados supramencionados e à discriminação das mulheres mais desfavorecidas economicamente, que não têm acesso aos serviços hospitalares.

CASO 5

APRESENTADO POR MARIA LUIZA GORGA | ADVOGADA

A. Identificação da decisão: *Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

B. Palavras-chave: *Erro médico, negligência e imprudência, recurso de apelação*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A 1.08.2010, por volta das 10h20, no Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia, comarca de Araraquara, Valcir Muniz Junior ofendeu, culposamente, a integridade física da vítima Gabriela Ramos, causando-lhe lesões corporais de natureza grave;
- ii) Na data dos factos, o réu era o médico plantonista e atendeu a vítima, paciente, quando deu entrada com fortes dores no testículo esquerdo;
- iii) O réu prescreveu uma injeção com Voltaren e indicou que Valcir voltasse se a dor não melhorasse;
- iv) Dois dias depois, a vítima voltou ao hospital, quando outros médicos verificaram que havia ocorrido a torção testicular e, como já havia decorrido muito tempo, seria necessário procedimento cirúrgico para extração do testículo;
- v) Desta forma, o réu teria agido com negligência, uma vez que não adotou as providências necessárias ao caso para o correto diagnóstico do problema, determinando a realização de exame de ultrassonografia;
- vi) Foi proferida sentença pelo DD Juiz Hélio Benedini Ravagnani da Comarca de Araraquara que procedeu à condenação pela prática do crime previsto no art. 129, §§ 6º e 7º, do CP, na pena de quatro meses de detenção, regime inicial aberto, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que consistia na prestação pecuniária à vítima, no valor de

15 (quinze) salários mínimos;

vii) No entanto, o réu tentou atribuir a culpa do ocorrido à vítima, que era um menino de doze anos, e ao seu acompanhante (a mãe), alegando que prestaram informações imprecisas no ato do atendimento. Assim, segundo o réu, a vítima e a mãe relataram que a dor persistia há um dia e, considerando que o exame clínico demonstrou ausência de inchaço e caroço na virilha, diagnosticou dor testicular e não torção testicular, pelo que prescreveu o medicamento que seria indicado ao caso. Ademais, referiu que a vítima e a mãe relataram fatos diversos na delegacia e em Juízo, dizendo que o paciente teria acordado com a dor, no dia da consulta, ao passo que para ele, relataram que a dor persistia há um dia, conforme, inclusive, anotou na ficha de atendimento. Por fim, o réu considerou que não teria cometido negligência médica ao deixar de solicitar o exame de ultrassonografia, pois, estava certo do seu diagnóstico e não podia prever o resultado naturalístico, o que o isentava da culpa e da responsabilidade.

viii) Assim, o réu recorreu da decisão para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com fundamento na insuficiência probatória ou por ser flagrante a imprevisibilidade e inevitabilidade do resultado naturalístico; subsidiariamente, pediu a redução da prestação pecuniária.

2. Do direito

O circunstancialismo concreto do caso implica a interpretação do tipo legal previsto e punido nos art.129, §§ 6º e 7º, do CP e a análise da me-

didada concreta da pena fixada em 1.ª instância, bem como a substituição da pena privativa por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária à vítima.

3. Da decisão

O Tribunal de recurso concluiu que tanto a vítima como o seu acompanhante afirmaram, com convicção e firmeza (na delegacia e em Juízo) que a dor começou na manhã do atendimento, quando a vítima acordou para ir à igreja, por volta das 8h30.

Ademais, Luiz Ricardo Pescatori Dutra, médico platonista do mesmo hospital, atendeu a vítima pela segunda vez, dois dias depois do primeiro atendimento feito pelo réu, e encaminhou-a para o médico urologista Caetano Paschoal Pitelli Milani. Assim, realizado o exame de ultrassonografia com doppler, diagnosticaram a torção testicular, que teria ocorrido há pelo menos 36h e, portanto, com necrose por falta de oxigenação e necessidade de cirurgia para remoção do testículo. Por sua vez, mesmo sendo especialista em cirurgia cardiovascular, Luiz Ricardo disse que os “problemas no escroto devem ser tratados até 4h após os sintomas de dor, e passado esse tempo não é mais viável o tratamento de urgência”, o que foi confirmado pelo urologista Caetano, explicando em audiência, que “a correção testicular da torção é sempre cirúrgica, no período máximo de 6h, segundo a teoria. Na prática, defende que o atendimento deva ocorrer entre 2 a 4h, no máximo, sob pena de necrose.

Assim, concluiu-se que mesmo que a mãe e o menino não tivessem informado o réu que a dor existia há um dia — o que seria improvável devido à sua intensidade em caso de torção — aquele deveria ter solicitado o exame de ultrassonografia e de urania para o diagnóstico correto, até porque, se um especialista em urologia considerava neces-

sária a existência de muita experiência médica para diagnosticar a torção testicular, pois podia ser confundida com várias outras enfermidades, o réu, que não era especialista, deveria ter adotado esse procedimento. Assim, se não o fez, agiu com negligência. Ademais, também agiu com imprudência ao deixar de encaminhar o paciente a médico especialista, o que foi até questionado pela mãe na ocasião.

Desta feita, considerou-se que “a dosimetria está correta” e que a causa de aumento prevista no §7º do art. 129 realmente deve incidir, com aumento de 1/3 da pena, por inobservância de regra técnica de profissão, já que “o acusado era dotado das habilidades necessárias para o desempenho da atividade, mesmo não sendo especialista naquela área (como fez a testemunha Luiz Ricardo), mas por desídia não as observou”. A pena-base foi corretamente fixada acima do mínimo (em metade) em razão da gravidade das lesões sofridas pela vítima, resultando em debilidade permanente da função e limitação de atividades, totalizando três meses de detenção. Aplicada a referida causa de aumento de 1/3, prevista no §7º, a pena resulta em quatro meses de detenção.

Por fim, considerou-se que a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, que consistia numa prestação pecuniária à vítima, no valor de 15 salários-mínimos, estava ajustada às condições financeiras do réu e gravidade das lesões e consequências causadas à vítima.

Em suma, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acorda, em 10ª Câmara de Direito Criminal em negar provimento ao recurso de apelação de Valcir pela prática do crime previsto no art. 129, §§ 6º e 7º, do Código Penal, na pena de quatro meses de detenção, regime inicial aberto, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que consistia na prestação pe-

cuniária à vítima, no valor de 15 (quinze) salários mínimos

4. *Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas*

Na sessão, perfilhou-se o entendimento de que houve negligência do médico e que a defesa apresentada pelo médico, no sentido de tentar culpar a vítima, em virtude da mesma não ter mencionado há quanto tempo tinha dor, deveria ser desvalorizada.

Reconheceu-se ainda que se trata de um caso que ilustra bastante o que acontece nos hospitais públicos brasileiros, em que os médicos “simplesmente tiram os pacientes da frente”.

CASO 6

APRESENTADO POR MARIA LUIZA GORGA | ADVOGADA

- A. Identificação da decisão:** *Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*
- B. Palavras-chave:** *Erro médico, obrigação de meio vs. obrigação de resultado*
- C. Os factos, o Direito e a Decisão**

1. Os factos

- i) A vítima, que se encontrava a sofrer de dores, deslocou-se até um Pronto de Socorro e de lá foi encaminhada para a Santa Casa de Misericórdia de Araçatuba, onde foi atendida pelo Dr. Giulio, que, em face do narrado, determinou a realização de exames. Após os mesmos, entendeu que havia indicação de cirurgia;
- ii) Foi solicitada a presença do acusado (Luiz Carlos Silveira) que determinou o seu internamento e a realização de exames, isto no dia 24 de março;
- iii) A ofendida ficou aos cuidados do acusado até 1 de abril, pois os familiares determinaram que houvesse troca de médico, passando aquela a ser atendida pelo Dr. Sérgio de Mello Rodrigues. Este último determinou a realização de punção e foi extraído 1.500 ml de líquido purulento do abdómen, confirmando um estado de peritonite;
- iv) Foi operada no dia seguinte, 2 de abril, sendo que ficou constatado um grave quadro de apendicite aguda rota necrosante com presença de fezes e pus na cavidade abdominal;
- v) A 10 de abril, a vítima faleceu devido a septicemia.

2. O direito

O circunstancialismo concreto do caso implica a interpretação do tipo legal previsto e punido no art.121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Convoca-se ainda a análise em torno do erro médico. Para que ocorra erro médico, é essencial que se comprove, de maneira segura, que o agente tenha agido de maneira errada, uma vez que a sua obrigação é de meio. Reflete-se ainda sobre a “qualificadora” do tipo legal de crime.

3. A decisão

No caso afirma-se que o acusado não efetuou o correto diagnóstico, o que o levou a não considerar o tratamento mais rápido e seguro para aliviar o mal que a ofendida sofria.

Quando o médico efetua o diagnóstico, especialmente em situações não corriqueiras ou de causa indefinida, exige-se que aquele realize uma série de atos que o ajudarão na definição do “mal” que aflige o paciente que o procura, pelo que é indispensável a cautela. Todavia, considerou-se que não foi desta forma que atuou o apelante. De facto, a prova testemunhal indica que logo após o primeiro contato já havia a indicação para cirurgia e que ela seria de urgência. Note-se que, o Dr. Giulio entendeu que o caso não era de cirurgia imediata, mas admitiu a necessidade de haver opinião de especialista. Por sua vez, o réu determinou a realização de exames e não efetuou a cirurgia. Também a prova pericial é no sentido de que “a evolução desfavorável deveria “ser considerada demandando de tratamento médico imediato...”, em razão da gravidade da infeção da cavidade abdominal.

Assim, este quadro indica que o apelante “não agiu com a desenvoltura necessária”. Note-se que se havia a indicação de que um dos caminhos a seguir era efetuar, ao menos, a punção e se o médico

não o fez, procrastinando o ato, pode afirmar-se que agiu culposamente. “Descuidou-se das normas elementares e não pode ser reconhecido, como fator excludente da sua responsabilidade, o fato de ele estar a caminhar para o prognóstico, que era possível de plano ou em pouco tempo. Como também não a exclui o fato de haver notícia de que, por motivos religiosos, a ofendida e o seu marido negavam a possibilidade de se efetuar a transfusão de sangue, pois há possibilidade de se obter judicialmente esta ordem”.

Em suma, verifica-se que, desta maneira, o réu não avaliou bem o quadro que lhe foi apresentado e não agiu de maneira célere, pois havia indicação para solucionar o que estava ao seu cuidado, agindo, por consequência, de maneira culposa.

Assim, STJ considerou que a condenação devia ser mantida, mas a qualificadora deve ser afastada, uma vez que é difícil estabelecer que o médico tenha sido totalmente desinteressado ou tenha desprezado regras do seu ofício. De facto, agiu de maneira errada, mas não se pode afirmar que desprezou as regras da medicina nem foi de tal modo desinteressado que teria causado o ocorrido. Por isso considerou-se que a pena ficava estabelecida a 2 anos de detenção. Já a pena restritiva de direitos foi alterada, ficando imposta a prestação de serviços à comunidade e multa, que foi fixada no seu menor patamar. O regime para o resgate foi alterado para o aberto. Em suma: foi dado provimento parcial ao apelo.

4. *Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas*

Na discussão começou-se por enfatizar que a responsabilidade do médico não é de resultado, mas antes uma obrigação de meios, materializada numa ideia de chegar à cura ou mitigar o sofrimento.

De seguida, o debate focou-se no consentimento e na problemática subjacente às testemunhas de jeová (uma vez que a vítima professava a referida religião), tendo-se analisado várias questões. Primeiro, lembrou-se que a circunstância de a vítima ser testemunha de jeová não eximia o médico da sua atuação,, pois, no caso conflito do direito à vida *versus* direito à liberdade religiosa, pode recorrer-se ao tribunal ou intervir de imediato. De facto o entendimento maioritário é o de que no caso do conflito entre os dois direitos referidos, prevalece o direito à vida. Segundo, enfatizou-se que o consentimento é um ato pessoal (*v.g.* uma pessoa tem o direito de recusar uma transfusão), sem prejuízo de recair sobre o médico um dever de esclarecimento. Assim, concluiu-se que não fazia sentido punir o médico por cumprir a vontade de um doente. Em terceiro, aludiu-se à necessidade do médico ser capaz de identificar a verdadeira vontade do paciente, independentemente daquela que preside aos familiares. Neste sentido, é indispensável a relação médico-paciente, lembrando que “cada pessoa é um caso” e que “tipificação das pessoas” é arriscada e atenta contra a dignidade de cada um. Em quarto, lembrou-se que uma intervenção médica sem consentimento é crime, ressalvados os casos do art.156.º do CP e caso dos menores. Por fim, enfatizou-se a distinção entre uma intervenção médica por negligência, a qual é punida a título de negligência e uma intervenção médica sem o consentimento, a qual consubstancia o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Mesa 3

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA II | CONSENTIMENTO INFORMADO (I)

Presidente da Mesa: *Carla Barbosa* | Advogada e Investigadora do Centro de Direito Biomédico

Relatores: *Eduardo Figueiredo* | Monitor Convidado da FDUC / Investigador do CDB
Rui Caria | Mestre em Direito

CASO 1

APRESENTADO PELA DOUTORA MARIA DA GRAÇA TRIGO — JUÍZA CONSELHEIRA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A. **Identificação da decisão:** (A) *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 09.10.2014*; (B) *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 02.06.2015*; (C) *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 02.11.2017*; (D) *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 22.03.2018*.

B. **Palavras-chave:** *Consentimento Informado — Dever de Informação — Nexo de causalidade*.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

(A)

- i) Como consequência de um acidente de trabalho, A (Autor) sofreu na mão esquerda uma ferida lácero-contusa com lesão dos nervos colaterais do polegar.
- ii) A partir do final de 2014, A passou a ser tratado clinicamente num dos hospitais privados propriedade da 2ª ré (C).
- iii) Numa das múltiplas consultas de ortopedia efetuadas no Hospital da 2ª Ré, B, médico contratado e ao serviço desta, transmitiu

ao Autor que a lesão de que este padecia só seria atenuada ou curada com uma intervenção cirúrgica, pelo que teria que ser operado.

- iv) Em meados de 2005, o Autor foi submetido a intervenção cirúrgica no mesmo Hospital, levada a cabo por um cirurgião principal (B) e o 3º réu (D), como cirurgião ajudante.
- v) A referida intervenção cirúrgica consistiu numa oponentoplastia.
- vi) O Autor subscreveu as declarações de consentimento e não há notícia de que algum elemento do seu quadro clínico desaconselhasse a intervenção cirúrgica levada a cabo.
- vii) No decurso do período de reabilitação, durante uma etapa fulcral da sua recuperação, o Autor sofreu fratura do colo do úmero esquerdo.
- viii) O tratamento desta fratura implica a imobilização do membro superior com o ombro em adução e rotação interna e com o cotovelo em flexão, tendo tido este facto necessariamente um impacto prejudicial na recuperação funcional do membro superior esquerdo e no resultado da cirurgia efetuada.

(B)

- i) Em Março de 2003, a Autora (A) consultou o Réu (B), especialista em cirurgia plástica, no sentido de lhe pedir uma opinião sobre a hipótese de “subir” as cicatrizes que tinha em toda a zona inguinal, de forma a que estas não fossem visíveis abaixo da linha do fato de banho.
- ii) Com vista a alcançar esse fim, o Réu propôs-se a efetuar duas cirurgias, em momentos distintos: (1) num primeiro momento, o Réu realizaria uma pequena lipoaspiração à parte interna das coxas e, num momento posterior, (2) subiria as cicatrizes.
- iii) A Autora foi operada pelo Réu no dia 02.05.2003 e teve alta no dia seguinte, com indicação de nova consulta e medicamentos a tomar.
- iv) Três dias depois, o médico informou a Autora que tinha resolvido o seu problema numa única operação, tendo aproveitado a cirurgia para injetar na vulva autoenxertos de gordura colhidos da face interna das coxas por lipoaspiração.
- v) Tal facto “apanhou” a Autora de surpresa, nunca esta lhe tendo dado autorização para o efeito, pois a possibilidade de proceder ao enchimento dos grandes lábios nunca foi discutida entre ambos.
- vi) Além disso, a Autora nunca foi esclarecida quanto aos riscos do procedimento.
- vii) Logo nesse dia, a Autora começou a sentir fortes dores (encontrando-se o grande lábio muito inchado e deformado do lado direito); dores essas e inchaço que aumentaram consideravelmente nos dias seguintes.
- viii) Tendo sido, por várias vezes, observada de novo pelo Réu sem que este debelasse as dores e inchaço, acabou por ser observada por outros médicos, um dos quais, perante a infeção instalada devido à formação de abscessos, acabou por lhe drenar os dois grandes lábios.
- ix) O Réu, apesar de conhecedor dessa situação, nunca contactou a Autora para saber do seu estado de saúde.
- x) Como consequência do sucedido, a Autora esteve durante 40 dias totalmente impossibilitada de realizar a sua vida normal e de trabalhar, andou extremamente angustiada por sentir dores intensas, por desconhecer o mal de que padecia e por não lhe ter sido dada qualquer explicação ou apresentada qualquer solução.
- xi) Ficou com marcas deixadas pela intervenção e que não mais desaparecerão.
- xii) O problema das cicatrizes agravou-se pelo aparecimento de novas manchas, apresentando uma deformação definitiva da zona dos grandes lábios e das pernas, recorrendo a tratamentos ginecológicos desde a data da intervenção efetuada pelo Réu devido a infeções que ressurgem.
- xiii) Toda esta situação alterou o estado físico e psíquico da Autora, que sente dores e um mal-estar generalizado durante o período menstrual; o uso de roupa interior causou-lhe incómodos e dores no local intervenção; os seus órgãos sexuais externos estão deformados e mutilados, causando-lhe complexos e uma enorme tristeza; a sua vida sexual foi praticamente inexistente no ano subsequente à data da intervenção, pon-do em risco a sua vida afetiva e matrimonial.

(C)

- i) A 1ª Ré (B) dedica-se à prestação de serviços de estomatologia, sendo o 2ª Réu (C) médico estomatologista que presta a sua atividade profissional na clínica da primeira, por conta desta, além de ser seu sócio e gerente.
- ii) A Autora (A), que exerce funções de ativa na força aérea, foi atendida e consultada pelo 2º Réu nessa mesma clínica, onde após uma ortopantomografia — na qual era visível o terceiro molar inferior direito incluso — foi agendada a extração do aludido dente do ciso.
- iii) Poucos dias após a cirurgia, a Autora recorreu ao Posto Médico da sua Unidade de Força Aérea, queixando-se de dores (que não tinha antes da cirurgia) e dificuldade em falar, razão pela qual lhe foi administrada terapêutica para o alívio da dor.
- iv) Apesar disso, a dor persistiu, tendo a Autora regressado ao mesmo Posto Médico no dia seguinte e, considerando o seu estado de saúde, ficado com atestado médico que a dispensou de trabalho por um período de 5 dias.
- v) As dores e a dificuldade em falar continuaram a intensificar-se, tendo a Autora iniciado um programa de reabilitação definido por médica fisiatra do Hospital da Força Aérea, em virtude do seu quadro clínico.
- vi) Persistindo a sintomatologia, não cedendo perante o tratamento e medicação administrados, o 2º Réu fez uma placa de relaxamento flexível para o maxilar superior da Autora.
- vii) Esta placa não produziu o efeito desejado, vindo a Autora a ser seguida no Posto médico do GAEMFA e em consultas de estomatologia, medicina física, reabilitação e neurologia no Hospital das Forças Armadas.
- viii) Atualmente, a Autora mantém dor permanente no pavimento da cavidade oral à direita e na hemilíngua direita, sensação de formigueiro, com parestesia, sensação de encortijamento, grande dificuldade e dor na mastigação.
- ix) Devido à intensidade da dor que tal provoca, A não consegue sequer mastigar do lado direito, mantendo a dificuldade em articular a fala e em pronunciar corretamente algumas palavras, sintomas que não revelava antes da aludida exodontia.
- x) Deste ato terapêutico cirúrgico resultou, como complicação da própria intervenção, a lesão do nervo lingual direito.
- xi) A extração do dente do siso incluso envolve riscos especiais face aos dentes normalmente nascidos e posicionados, uma vez que requer especial cuidado para evitar atingir os nervos que se encontram próximos.
- xii) Os réus nunca informaram a Autora da existência de risco(s) na cirurgia a realizar, fosse ao nível de lesão de algum nervo ou qualquer outra; nem sequer mencionaram que tal intervenção se tratava de uma cirurgia, uma extração especialmente complicada.
- xiii) Em virtude desta situação, a Autora não consegue praticar treino físico e não conseguiu realizar as provas físicas das quais depende a sua progressão na carreira militar.

(D)

- 48
- i) A Autora (A) foi paciente do réu (B) que exerce as funções de médico gastroenterologista no réu Hospital X.
 - ii) A Autora foi submetida a um exame de endoscopia digestiva baixa nas instalações do réu Hospital pelo réu médico em regime de consulta de acompanhamento.
 - iii) O exame, que em média demora cerca de 15 a 20 minutos, demorou 50 minutos.
 - iv) Ao sair do Hospital, a Autora sentia desconforto na zona da barriga caminhando com ajuda, primeiro da enfermeira e depois da sua filha.
 - v) No dia seguinte, deu entrada num hospital privado, sentindo desconforto na zona da barriga juntamente com dores e mal-estar.
 - vi) Após realizar alguns exames, concluiu-se que a Autora apresentava exuberante quantidade de ar livre intra-abdominal (intra e retroperitoneal) sugerindo perfuração de víscera oca, tendo pequena quantidade de líquido livre na cavidade pélvica, aspetos imagiológicos compatíveis com cirurgia cólica prévia.
 - vii) A pedido da Autora, esta foi encaminhada para outro hospital no dia seguinte, onde foi internada, apresentando, no serviço de urgência, abdómen distendido, timpanizado, com dores à palpação difusa, sem sinais de irritação peritoneal.
 - viii) Na sequência, foi submetida a laparotomia, constatando-se perfuração cólica.
 - ix) Como causa direta desta perfuração do cólon, a Autora foi submetida a várias operações cirúrgicas.
 - x) No ano anterior, o réu médico já havia realizado um outro exame de colonoscopia digestiva baixa à Autora, detetando um tumor maligno, concluindo-se que o mesmo tinha conhecimento prévio da situação clínica desta.
 - xi) Na sequência da perfuração do cólon, a Autora ficou dependente de terceiros para se vestir, despir e tratar da sua higiene.
 - xii) Tendo-lhe sido colocado um saco de colostomia, a Autora sentiu-se diminuída, com perda de autoestima e vergonha da sua situação, quando antes da colocação era uma pessoa alegre e autónoma.
 - xiii) A Autora conhecia os riscos inerentes à realização de um exame de colonoscopia, incluindo a possibilidade de perfuração, tendo-lhe sido transmitida em cada uma das intervenções informação relativa à realização dos exames.
 - xiv) A Autora assinou, antes da realização do referido exame, um impresso do Hospital com o título “consentimento informado”, no qual afirma compreender a explicação fornecida acerca do seu caso clínico e os riscos em causa.
 - xv) No decurso do exame não foi detetada a perfuração do cólon.
 - xvi) A taxa de perfuração cólica para colonoscopias está descrita como sendo da ordem dos 0,1 a 0,8%.

2.0 Direito**(A)**

O presente acórdão deixou claro que o direito do paciente a ser informado pelo médico, em

ordem a poder decidir sobre se determinado ato médico que o vise deve ou não ser levado a cabo, é um direito disponível. Nesse sentido, afirmou-se que o dever de informação do médico assume uma natureza elástica, não sendo igual face a todos os pacientes que se encontrem na mesma situação e que o seu conteúdo abrange o diagnóstico e as consequências do tratamento. Estas, por sua vez, são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo tratamento e aos seus riscos. Não é exigível, todavia, uma referência à situação médica em detalhe, nem aos riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento.

Foi também discutida a questão de saber se as declarações de consentimento têm ou não a natureza de cláusulas contratuais gerais (assim pugnou o recorrente, em ordem a beneficiar do regime de ónus de prova constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro). Neste contexto, considerou o Tribunal que, apesar do artigo 1.º do diploma não estar redigido em termos claramente definitórios, as cláusulas contratuais gerais caracterizam-se pela pré-elaboração, generalidade e aceitação sem negociação. Ora, no caso concreto, apenas ficou demonstrado que o recorrente subscreveu ditos documentos, não se conseguindo provar a sua integração em tais conceitos. Assim, determinou o Tribunal que o recorrente não poderia beneficiar do regime próprio das cláusulas contratuais gerais.

Uma outra questão prendeu-se com a suficiência da assinatura de documentos escritos para se darem por respeitadas as imposições legais em matéria de prestação do devido consentimento livre e esclarecido. Neste contexto, o Tribunal considerou que os documentos particulares subscritos por uma das partes não fazem prova plena da exatidão das declarações neles insertas. No entanto, nos termos

do artigo 376.º/2 do Código Civil, fazem prova plena contra o confitente e nas relações declarante/declaratário, de que as declarações ali referidas foram efetivamente prestadas. Não colheu, pois, a alegação da não comunicação ou da assinatura em branco, no essencial, por não encontrar correspondência com a factualidade provada.

Além disso, o Tribunal analisou o conteúdo do documento, em especial o seguinte: *“Leia com atenção o conteúdo de todo este documento. Não hesite em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido. Verifique se todas as informações estão corretas”*. Com esta referência, concluiu o Tribunal que o Hospital e o médico colocaram nas mãos do paciente o caminho para todos os esclarecimentos. Se ele se limitou a assinar, sem o percorrer, terá de se considerar que abdicou de um direito que, como havia referido, era inteiramente disponível.

(B)

No caso *sub judice*, considerou o Tribunal estar perante um caso de concurso de responsabilidade civil contratual — incumprimento ou cumprimento defeituoso de um contrato de prestação de serviços médicos — e responsabilidade civil extracontratual — fundada na violação dos direitos subjetivos da paciente à sua integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. Neste contexto, o Tribunal acabou por decidir enquadrar juridicamente o caso no quadro da responsabilidade civil contratual através do princípio da consunção, por ser este o regime mais favorável ao lesado, dada a presunção de culpa que onera o devedor (artigo 799º, n.º 1 do CC).

Afirmou-se, pois, que entre a Autora e o Réu se estabeleceu uma relação contratual, caracterizada como “contrato de prestação de serviços”. Na

perspetiva do Tribunal, regra geral, a obrigação que recai sobre o médico, segundo este regime, é a de prestar ao paciente os melhores cuidados, com vista a restituir-lhe a saúde e a suavizar o seu sofrimento. Trata-se de uma clássica obrigação de meios, não estando ele vinculado à obtenção de determinado resultado. Assim sendo, é o médico que tem o ónus de provar que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, nos termos do art. 799.º/1 do CC, que consagra uma presunção de culpa do devedor.

No caso concreto, porém, estamos ante um caso de cirurgia estética, no qual a dimensão do resultado assume maior relevância, podendo mesmo falar-se da existência de uma obrigação de quase resultado. Assim sendo, neste contexto, a ausência de resultado ou existência de um resultado inteiramente desajustado são evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor. Por conseguinte, compete a este o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua. Além disso, este tipo de cirurgias exige, segundo o STJ, um esclarecimento mais intenso e mais rigoroso, pelo facto de serem intervenções que não são necessárias do ponto de vista da saúde, tal como a doação de órgãos para transplante ou a participação em ensaios clínicos.

Além disso, o Tribunal considerou que é o princípio da boa-fé que justifica a imposição ao médico, no decurso de um contrato de prestação de serviços médicos, de um dever de informar o paciente da situação clínica deste, dos tratamentos e terapêuticas aconselhados à referida situação e dos riscos que os mesmos comportam. Esclarece também que a obrigação de indemnizar existe mesmo que a operação não autorizada não cause danos à saúde

do paciente já que a lei não exige a sua ocorrência para a atribuição de uma indemnização em sede de direito civil, nomeadamente porque o objetivo do consentimento informado não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas sim salvaguardar a sua autodeterminação e o direito à disposição do seu corpo. A violação destes direitos, por si mesma, consubstancia, pois, um dano não patrimonial.

A questão central discutida no processo foi a de saber se foi prestado ou não consentimento em relação à vulvoplastia realizada. Começou o Tribunal por analisar o termo de consentimento assinado pela paciente e que dispunha o seguinte: “*Eu AA, autorizo a realização da intervenção cirúrgica ou procedimento especial de lipoaspiração das regiões crurais, cuja finalidade, natureza, benefícios, alternativas e riscos me foram explicados pelo Dr. BB. Mais declaro autorizar a administração de qualquer tipo de anestesia, tratamento, medicação ou transfusão, se considerados necessários pelo médico responsável. Também autorizo o médico responsável e seus assistentes a fazerem tudo o que for necessário, incluindo operações ou procedimentos diferentes dos acima discriminados, na eventualidade da ocorrência de complicações no decurso daqueles*”. Considerou o STJ que o teor literal desta declaração, assinada pela paciente, não comporta qualquer autorização para a realização de uma vulvoplastia, pelo que não se considera que tenha havido consentimento escrito. Invocando as regras do artigo 236.º/1 do Código Civil e aplicando-as à declaração em causa e ao seu contexto, entenderam os magistrados que qualquer declaratório normal entenderia que o termo de consentimento apenas legitimava intervenções não autorizadas urgentes e imprescindíveis para proteger a saúde da Autora e para fazer face a circunstâncias supervenientes ocorridas durante a operação, suscetíveis de causar perigo para a saúde ou para a vida do paciente, e que não eram previsi-

veis à data em que a declaração de consentimento foi proferida.

Acrescentou também o Tribunal que não foi prestado tacitamente qualquer consentimento por parte da Autora. Alegou o réu, a este propósito, que a prestação de consentimento não está sujeita a forma legal escrita (art. 219.º CC), podendo ser levada a cabo verbalmente — que foi, segundo o mesmo, o que, de facto, ocorreu no caso concreto, decorrendo a autorização para a realização da vulvoplastia da própria relação de confiança médico-paciente. Entendeu o STJ que esta tese não tinha qualquer reflexo na matéria de facto e aponta, de forma inadmissível, para um paternalismo clínico frontalmente desrespeitador do princípio da autonomia do paciente.

O réu invocou ainda o consentimento presumido previsto no artigo 340.º/3 CC. Contudo, quanto às operações estéticas, devido aos seus objetivos específicos, não é possível que se verifiquem os pressupostos de qualquer consentimento presumido, uma vez que este se destina apenas a fazer face a situações em que no decurso de uma operação ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos e que é preciso resolver de imediato, enquanto o paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento. Assim, o recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável.

Por fim, foi também discutida a questão do ónus da prova e a sua divisão no direito europeu, sendo que nos países de direito continental ou de *civil law* — como é o caso de Portugal — a evolução jurisprudencial tem apontado no sentido de onerar o prestador dos cuidados de saúde com a prova do consentimento. Isto justifica-se pelo facto de se entender que onerar o paciente com a prova

da falta de consentimento informado consiste em exigir que o mesmo faça prova de facto negativo, com todas as dificuldades probatórias inerentes já largamente destacadas pela doutrina processualista. Ora, se o médico não conseguiu provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de um consentimento justificante, recai sobre ele todo o risco da responsabilidade da intervenção médica, os fracassos da mesma e os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção. De facto, a Autora logrou demonstrar que o seu consentimento estava limitado a uma determinada operação inicialmente prevista e que o médico ultrapassou as suas funções ao realizar a vulvoplastia. Cabia, neste contexto, ao médico fazer prova da existência de condições que legitimassem esta intervenção complementar não consentida, o que não aconteceu.

(C)

Uma das questões discutidas no acórdão em análise foi a da existência (ou não) de nexo de causalidade entre a falta de consentimento e os danos que a Autora sofreu. Os recorrentes alegaram que não havia nexo de causalidade naturalístico entre o facto ilícito consistente na não prestação de informação sobre os riscos inerentes à cirurgia realizada e os danos que a Autora sofreu e que foram provocados por circunstâncias anormais ou anómalas.

Entendeu o Tribunal que a perspetiva em que se colocavam os recorrentes não era a mais correcta, pois o segundo réu estava obrigado a informar a Autora do risco de lesão do nervo lingual e das implicações de uma eventual lesão, por força da lei e do contrato de prestação de serviços médicos que os ligava. Nesse contexto, invoca a lei portuguesa e instrumentos internacionais para clarificar a exigência, como regra e condição da licitude de uma

ingerência médica na integridade física dos pacientes, que estes consentam nessa ingerência; e que o consentimento seja prestado na posse das informações relevantes sobre o ato a realizar, tendo em conta as concretas circunstâncias do caso, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção. Quanto ao caso em apreço, não restam dúvidas ao Tribunal de que era exigível ao segundo réu que desse a conhecer à Autora que a extração a realizar, ainda que efetuada com observância de todas as *leges artis*, podia provocar a lesão do nervo lingual e quais as consequências possíveis de tal lesão. E fundamenta esta sua posição referindo que a obrigação de informação do ato médico a realizar não resulta só da lei, mas também do contrato celebrado, como dever acessório do dever principal que, no caso, era o de realizar a cirurgia de extração do 3º molar; e na medida em que as concretas circunstâncias da realização da extração e da pessoa da Autora, paciente do segundo réu há bastante tempo, justificam que se inclua no dever de informação o risco de lesão do nervo lingual e da ocorrência das consequências dessa lesão.

Por fim, foi objeto de discussão o montante da indemnização por danos não patrimoniais arbitrada pelo acórdão recorrido que, segundo os recorrentes, deveria ser reduzido. O Tribunal esclareceu, desde logo, que, quanto à ressarcibilidade destes danos, não releva situar a responsabilidade dos réus no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, pois o STJ tem entendido que os danos não patrimoniais podem ser indemnizados mesmo quando se trate de responsabilidade contratual. Segue pontuando que, para a determinação da indemnização a atribuir por danos não patrimoniais (ressarcíveis desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito), o Tribunal há-de decidir segundo a equidade tomando em consideração o

grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso. Este recurso à equidade não afasta, no entanto, a necessidade de observar as exigências do princípio da igualdade, o que implica a procura de uma uniformização de critérios, naturalmente não incompatível com a devida atenção às circunstâncias do caso. Concluiu o STJ que, tratando-se de uma indemnização fixada segundo a equidade, não compete ao Tribunal a determinação exata do valor pecuniário a arbitrar, mas tão somente a verificação dos limites e pressupostos dentro dos quais se situou o referido juízo equitativo, formulado pelas instâncias face à ponderação casuística da individualidade do caso concreto. Terminou destacando que não procede, como requerido pelos recorrentes, o confronto com valores que vinham atribuídos por perda do direito à vida, uma vez que o fundamento e o objetivo da indemnização pela sua perda não é o mesmo que preside à indemnização por danos não patrimoniais de que beneficiava o próprio lesado.

(D)

Para o STJ, a questão essencial a apreciar neste caso era a da verificação (ou não) dos pressupostos da ilicitude e da culpa na conduta do médico na execução do exame de colonoscopia e na fase de recuperação.

Mais uma vez, começou por ser abordada a questão do concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, tendo sido prontamente reiterada a tradição jurisprudencial de se optar pelo regime da responsabilidade contratual, tanto pela sua maior conformidade ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efetiva do lesado.

Em seguida, entendeu o Tribunal que “a perfuração do intestino ocorreu durante e por causa da execução do contrato destinado à realização de um

exame médico; independentemente de encontrar a construção juridicamente mais correta, a verdade é que objetivamente ocorreu uma lesão da integridade física da Autora, não exigida pelo cumprimento do contrato; a ilicitude está verificada”.

Já no que concerne à natureza da obrigação assumida pelo médico, entenderam os magistrados estarmos ante um caso de assunção de uma obrigação de resultado: a obtenção dos dados clínicos do exame de colonoscopia. Mas note-se, o que esteve em discussão não foi o cumprimento do dever primário de prestação do médico, mas o cumprimento do dever acessório de, durante a realização do exame clínico, respeitar a integridade física de A.

Aqui chegados, alertou-se para a existência de duas concepções doutrinárias distintas para aferir a verificação dos pressupostos da ilicitude e da culpa, muito embora, no caso *sub judice*, ambas conduzissem a resultados convergentes. Afirma, pois, o acórdão: “Admitindo-se a primeira concepção (a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar ilicitude — ilicitude do resultado), haverá que ponderar da exclusão da ilicitude pelo consentimento informado da Autora quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia, tendo presente que, segundo a regra geral do art. 340.º/1, do Código Civil, “o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”; seguindo-se a segunda concepção (necessidade de que o paciente faça prova do incumprimento do dever objetivo de diligência ou de cuidado na execução do exame médico, imposto pelas *leges artis* — ilicitude da conduta), tem de se reconhecer que tal prova não foi feita. Ainda assim, sempre se terá de averiguar se foi devidamente cumprido o dever de informar a Autora dos riscos inerentes à intervenção médica e se aquela os aceitou”. É preciso, portanto, averiguar a existência ou não de consen-

timento devidamente informado.

Nesse sentido, o acórdão começa por referir que a imposição de prestação de consentimento livre e informado decorre não só da legislação nacional, mas também de múltiplos instrumentos internacionais, constituindo o mesmo a condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes. Este terá que ser prestado de forma esclarecida, isto é, estando os pacientes cientes dos dados relevantes em função das circunstâncias do caso, entre os quais avulta a informação acerca dos riscos próprios de cada intervenção médica. No caso concreto, verificada a ilicitude, a prova da prestação de consentimento devidamente informado por parte da Autora constituiria causa de exclusão da ilicitude do ato praticado pelo médico. Nesse sentido, se o paciente consentiu — de forma livre e esclarecida — só haverá lugar a indemnização em casos de má prática médica, i.e. por violação negligente das regras da arte médica. O mesmo será dizer que o consentimento válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que esta seja realizada diligentemente. Ora, no caso concreto, o Tribunal entendeu que, ante a existência de um dever de informação acrescido por parte do médico por existirem riscos de perfuração do colon superiores ao normal, não ficou provado que a Autora tivesse sido informada dos mesmos, pelo que se concluiu não estarem preenchidas as exigências do consentimento devidamente informado.

A avaliação das consequências da falta de prova da existência de consentimento devidamente informado da Autora implica a ponderação de quais sejam os bens jurídicos protegidos pela existência desse consentimento e, em correspondência, de quais sejam os danos ressarcíveis. Entendeu-se que, neste caso, não tendo sido obtido o consentimento

(ou estando este viciado) e verificando-se consequências laterais desvantajosas, os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral, sendo ressarcíveis, nos termos gerais, tanto os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais resultantes do facto ilícito culposo. Considerou-se também que deverá ser ressarcida a perda de oportunidade de a Autora decidir não correr os riscos da lesão.

Concluiu-se, pois, que quer se siga a conceção da ilicitude do resultado, quer a conceção da ilicitude da conduta, o médico e a respetiva seguradora se encontram solidariamente obrigados a reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela Autora, com fundamento em falta de consentimento devidamente informado da mesma para a realização da colonoscopia.

3.A Decisão

(A)

Foi negada a revista, não se provando que as sequelas corresponderem a riscos normais e não raros ou excecionais da cirurgia.

(B)

Foi negada a revista e confirmado o acórdão recorrido, sendo o médico condenado a indemnizar a Autora por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos no valor de 26.000,00€.

(C)

Foi negado o provimento do recurso, mantendo-se o valor de 18.000,00€ de indemnização por danos não patrimoniais calculado pelo Tribunal da Relação.

(D)

Julgaram-se procedentes os recursos da Ré

Hospital X e sua Seguradora; e improcedentes os recursos do Réu B e da sua Seguradora. Assim, decidiu-se: revogar parcialmente o acórdão recorrido, absolvendo do pedido a Ré Hospital X e a sua Seguradora; manter a condenação do Réu B — com fundamento em falta de consentimento devidamente informado da Autora para a realização da colonoscopia — e sua Seguradora, a pagar solidariamente à Autora a indemnização, por danos patrimoniais e por danos não patrimoniais, fixada pelo acórdão recorrido.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Os casos em apreço prendem-se principalmente com os seguintes temas: (1) natureza jurídica do consentimento informado e repartição do ónus da prova; (2) fundamento jurídico do consentimento informado; (3) modalidades do consentimento; (4) identificação dos bens tutelados pela exigência de prestação de consentimento informado.

Quanto à natureza jurídica do consentimento informado: todos os acórdãos consideraram que uma ingerência médica na integridade física do paciente, ao afetar a mesma, será ilícita caso não tenha sido prestado o devido consentimento livre e esclarecido. Por conseguinte, todos os acórdãos qualificam o consentimento como causa de exclusão da ilicitude.

Quanto à questão da repartição do ónus da prova, o acórdão de 2014, não se pronuncia expressamente sobre ela; já os restantes consideram estar em causa um facto impeditivo pelo que, segundo o regime geral do artigo 342.º/2 do Código Civil, a prova recai sobre aquele contra quem a invocação do direito é feita — o que equivale a afirmar que a prova cabe ao médico ou ao Hospital. Em todos os acórdãos se entende, de forma mais ou

menos expressa, que o consentimento informado transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos inerentes a um ato médico em causa que, de outra forma, estariam na esfera jurídica do médico ou do Hospital. Não existindo consentimento, o risco permanece na esfera do médico/Hospital.

Relativamente ao conteúdo do consentimento informado, todos os acórdãos demonstram existir um dever de informação a que estão obrigados todos os médicos. O consentimento, para ser informado, pressupõe que aquele que tem que prestar a informação o fez de forma cabal. Consideram as várias peças jurisprudenciais que o conteúdo do dever de esclarecimento varia em consonância com as circunstâncias do caso concreto e dependerá de numerosíssimas características do paciente: idade, escolaridade, tipo de intervenção, gravidade, natureza e da gravidade dos riscos. Diferente de informar sobre uma mancha na pele, será informar sobre um risco de vida. No que a este aspeto diz respeito, note-se que o acórdão de 2014 pontua que o dever de esclarecimento abrange os riscos normais da intervenção, mas já não os riscos excepcionais ou muito raros; por sua vez, os acórdãos de 2015 e 2017 consideraram que o facto das intervenções em causa não terem carácter urgente, tornava mais exigente o conteúdo da informação devida ao paciente. Especificamente no caso da cirurgia corretiva, ficou igualmente patente que o consentimento presumido só poderá ter lugar, *inter alia*, em casos em que a intervenção médica for absolutamente inadiável e para fazer face a situações em que, no decurso da operação, se verifica um risco para a vida ou a saúde que tem de ser resolvido de imediato enquanto a pessoa ainda esteja inconsciente ou incapaz de prestar o seu consentimento informado; por fim, o acórdão de 2018 alertou para o facto de o dever de esclarecimento do paciente incluir não apenas

a comunicação dos riscos gerais, mas também dos riscos específicos e acrescidos no caso concreto.

Finalmente, quanto à identificação dos bens tutelados pela exigência de prestação de consentimento informado, os acórdãos referem-se, essencialmente, à liberdade, autonomia da vontade e integridade física do paciente.

Esta amostra jurisprudencial, recolhida de casos que chegaram ao STJ nos últimos anos, revela, pelo menos aparentemente, um crescendo na construção do conteúdo do dever de esclarecimento e da densidade dogmática da figura do consentimento informado. Uma análise cuidada dos mesmos, permite-nos concluir que o acórdão de 2014 se revela menos minucioso, enquanto os restantes se destacam por uma maior exigência.

Por fim, deixou a apresentante o alerta de que se corre o risco de, no futuro, este entendimento jurisprudencial mais rigoroso sobre o consentimento informado conduzir à utilização de termos de consentimento demasiado extensos e que, pelas suas características, poderão vir a exigir a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais. Por outro lado, é previsível que o mesmo também contribua para um adensar, por parte dos médicos, da prática da chamada medicina defensiva e, quem sabe, a um agravamento dos custos dos seguros.

CASO 2

APRESENTADO PELA DOUTORA RUTE TEIXEIRA PEDRO — PROFESSORA AUXILIAR NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

- A. **Identificação da decisão:** *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 22.03.2018*
- B. **Palavras-chave:** *Consentimento Informado — Dever de Informação — Nexo de Causalidade*
- C. **Os factos, o Direito e a Decisão**

O acórdão apresentado pela ponente já tinha sido abordado pela Sra. Juíza Conselheira Maria da Graça Trigo, pelo que remetemos para o resumo da sua intervenção a descrição dos factos, do Direito e da Decisão da presente peça jurisprudencial (Ac. STJ de 22.03.2018) — (D).

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

A ponente começou por justificar a escolha da presente peça jurisprudencial pela sua grande riqueza, mormente na abordagem das múltiplas questões jurídicas que convoca, mas também por entender que a mesma retrata uma tendência observável em outros ordenamentos jurídicos em matéria de consentimento informado.

Em primeiro lugar, coube uma referência à modalidade de responsabilidade civil aplicável, informando que tanto se equacionou a responsabilidade contratual, como a extracontratual. Considera que existia uma clara relação de natureza contratual, mas não deixa de notar que as atividades médicas, bulindo com a saúde e a vida, convocarão também, não raras vezes, responsabilidade extracontratual. Havendo concurso entre ambas, a tendência é a de ser preferível a responsabilidade contratual para se garantir maior tutela ao lesado.

No que concerne à configuração contratual das

relações estabelecidas, a ponente questionou: será que a Autora contratou com o Hospital uma prestação total de serviços, sendo o médico um mero auxiliar do mesmo (art. 800.º)? Ou será, em alternativa, que o médico foi contratado diretamente pela Autora, sendo o Hospital um mero auxiliar que se limitou a disponibilizar os seus espaços para a realização do exame? Ou, por fim, será que há duas relações contratuais totalmente distintas? O STJ, destacou a ponente, entendeu que foi celebrado um contrato com o médico quanto à realização da colonoscopia, na medida em que este já seguia a paciente há bastante tempo e considerando o facto de tal exame ter sido realizado numa consulta de acompanhamento. Na sequência, entendeu-se que a execução deste ato havia sido contratada com o médico, não responsabilizando, assim, o Hospital.

Por outro lado, alerta para o facto de o STJ, no presente acórdão, ter encetado uma decomposição minuciosa do programa obrigacional dos serviços de prestação de saúde, partindo de uma conceção não linear de obrigação, mas antes complexa, defendendo que a mesma é composta por uma multiplicidade de posições jurídicas e de deveres principais e acessórios de conduta (que só se densificam à luz do caso e do princípio da boa-fé) cuja violação, na opinião da maioria da doutrina, conduz a responsabilidade obrigacional.

Quanto à qualificação como obrigação de resultado ou de meios, a ponente entende que o STJ foge à questão. O risco de perfuração do colon, em geral, é inferior a 1%, mas isso não é suficiente para se excluir que estamos ante uma obrigação de meios. Ainda assim, quer se trate de uma obrigação de meios, quer se trate de uma obrigação de resultado, a questão central a tratar no presente caso é a do consentimento informado, que deve ser prestado com base em informação atualizada e ade-

quada em função do caso concreto. Como se viu, não ficou provado que o consentimento tenha sido prestado de forma totalmente esclarecida.

A ponente destacou, igualmente, que o instituto da perda de chance não se aplica a casos como este em que o que se “perdeu” foi a oportunidade de se submeter a um ato médico (muito embora, na França, tenha existido uma corrente jurisprudencial que apontava nesse sentido, mas que, no entanto, já foi ultrapassada).

Outras questões abordadas pela presente decisão jurisprudencial e comentadas pela ponente — ainda que de forma muito breve — foram a dos pressupostos da responsabilidade civil, a existência ou não de solidariedade entre o médico e o Hospital no pagamento da indemnização devida, bem como o *quantum* das prestações patrimoniais e não patrimoniais.

CASO 3

APRESENTADO PELA DRA. RUTE SARAIVA — JUÍZA DE DIREITO

- A. **Identificação da decisão:** *Ação Declarativa de Condenação — Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa — Juízos Cíveis.*
- B. **Palavras-chave:** *Erro Médico — Obrigação de Meios — Responsabilidade Contratual — Exceção de Não Cumprimento do Contrato.*
- C. **Os factos, o Direito e a Decisão**

1. Os factos

- i) Em 2009, A, que sofria de obesidade mórbida de grau III, foi consultada por diversos médicos no intuito de perder peso.
- ii) Já em 2010, após ter comparecido em consulta no Hospital X, propriedade do sindicato S, foi-lhe sugerida a realização de uma intervenção cirúrgica de redução de estômago (gastrectomia vertical) e, porque se detetou a existência de uma hérnia, uma outra intervenção para correção da mesma (correção de hérnia umbilical).
- iii) Após a realização de todos os exames constituintes do protocolo de avaliação pré-operatório, A foi considerada apta para a realização da intervenção cirúrgica.
- iv) A médica informou A de que a operação iria durar pouco tempo e de que o internamento seria por um período de 4/5 dias.
- v) Após a operação, apesar de tudo apontar para que A tivesse alta no prazo supramencionado, a mesma começou a sofrer dor abdominal, febre e taquicardia, tendo sido realizadas uma TAC abdominal e uma endoscopia digestiva alta, através das quais se detetaram sinais de pancreatite da cauda do pâncreas.
- vi) A, muito embora apresentasse um valor da PCR (Proteína Reativa C) 33 vezes superior ao limite máximo dos parâmetros normais, recebeu alta no dia 30 de junho de 2010.
- vii) Tal decisão foi justificada porque, na sequência da medicação administrada, a PCR se encontrava a decrescer continuamente, além de se verificar melhoria de outros parâmetros inflamatórios e da evolução clínica da doente.
- viii) Já em casa, o estado de saúde de A veio a piorar, verificando-se mal-estar geral, dores abdominais, falta de ar, febres, vômitos e diarreias, o que levou a que, a 5 de julho de 2010, A tenha dado entrada nas urgências do Hospital X com um valor de PCR

elevadíssimo.

- ix) Desde o reinternamento, A foi submetida a múltiplas cirurgias (19), devido ao surgimento recorrente de fístulas e complicações diversas.
- x) Desde agosto de 2010 até ao seu óbito, A foi sempre mantida em coma induzido.
- xi) Em fevereiro de 2011, A falece devido a diástase hemorrágica em choque séptico e hipovolémia.

2.0 Direito

S (sindicato), proprietário de um serviço de prestação de assistência médica (SAMS), intenta ação declarativa de condenação, sob a forma de processo ordinário, contra B, para que este pague àquele o valor devido pela prestação de cuidados de saúde a A, sua esposa, acrescido do valor dos juros de mora. O Réu defendeu-se, alegando que apenas contratou com o Autor a realização das duas intervenções cirúrgicas realizadas por A — a gastrectomia vertical e a correção de hérnia umbilical. Paga as referidas intervenções cirúrgicas (bem como todas as consultas e exames médicos necessários prévios às intervenções), nada mais haveria a pagar, visto que todos os demais procedimentos médico-cirúrgicos e exames, bem como o respetivo internamento são responsabilidade do Autor, já que foi por culpa da sua equipa clínica que aqueles se revelaram necessários.

Por requerimento do Autor, foi apensa ao processo a ação declarativa de condenação, sob a forma de processo ordinário, interposta por B, C e D (respetivamente, marido, filho e filha de A) contra S (sindicato), peticionando que se condene S a pagar: (1) aos Autores, uma indemnização pelo dano morte de A; (2) uma indemnização pela perda do

direito à vida da vítima; (3) e ainda, a cada um dos Autores, uma outra indemnização pelos danos não patrimoniais a estes causados. Foram cinco as razões pelas quais os Autores entendem que o corpo clínico não atuou de acordo com as *leges artis*: (1) Aquando da alta dada a A, a sua PCR encontrava-se bem longe da normalidade; (2) erro de diagnóstico da pancreatite; (3) não lhe ter sido diagnosticada imediatamente uma “gastrite auto anti-corpos”; (4) estabelecimento de uma terapêutica que julgavam adequada ao que então pensavam ser as causas da infeção (pancreatite); (5) A foi sujeita a procedimentos terapêuticos muito prolongados que contribuíram para a produção de lesões irreversíveis no seu fígado e rins, que conduziram ao seu falecimento. Por uma questão de cronologia lógica, o Tribunal começou por analisar esta ação apensa.

Em primeiro lugar, impôs-se saber se a responsabilidade civil médica em causa era de natureza contratual ou extracontratual. A responsabilidade civil médica é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação de deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais. Por outro lado, ela será extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, apenas se poderá falar da violação de direitos ou interesses alheios (art. 483.º/1 CC). No caso concreto, entendeu-se que estamos ante a prestação de cuidados médicos numa instituição de saúde privada, com cariz contratual, na medida em que os serviços prestados a A tiveram subjacente a qualidade de B como beneficiário titular do SAMS, que inscreveu aquela, igualmente, como beneficiária. Por isso, as intervenções cirúrgicas e tratamentos realizados devem ser con-

siderados como execução de prestação correspondente a ato médico contratualmente celebrado, responsabilizando-se o Hospital X por um eventual comportamento culposo dos médicos.

Em seguida, foi necessário analisar se incumbe a S/Hospital X demonstrar que os danos verificados não procederam de culpa sua. Há, neste sentido, que estabelecer uma distinção entre obrigações de meios e de resultados — enquanto que, no primeiro caso, caberá ao credor fazer as demonstrações em juízo de que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do resultado almejado; no segundo caso, a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor. Entendeu o Tribunal que “o médico falha não quando não atinge o resultado da cura, mas quando não utiliza, com diligência e perícia, as técnicas e conhecimentos reconhecidos pela ciência médica para o concreto caso clínico, as quais definem, em cada momento, as *leges artis*. Sempre que assim é trata-se de uma mera obrigação de meios, que não uma obrigação de resultado, incumbindo ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico”.

Relativamente à questão de saber se houve erro médico, entendeu o Tribunal que os Autores não lograram demonstrar os factos invocados com vista a comprovar a deficiente atuação dos médicos que assistiram A, nomeadamente aquando da alta médica, do erro de diagnóstico da pancreatite e consequência terapêutica a que foi sujeita, nem que a terapêutica prolongada tenha contribuído para as lesões graves e irreversíveis nos seus órgãos. Entende-se, pois, que da atuação dos médicos não resultou qualquer desvio a um comportamento diligente e competente, isto é uma desconformidade entre a sua atuação e as *leges artis*. Aliás,

foi mesmo referido que as complicações surgidas no pós-operatório são as possíveis e conhecidas na literatura e delas havia sido dado conhecimento à paciente, antes das intervenções, tendo a mesma subscrito os respetivos documentos de consentimento informado. Assim, e considerando que no nosso ordenamento jurídico não existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, no que respeita à prática de atos médicos, não se demonstrando a culpa, inexistente responsabilidade civil médica, razão pela qual deve a presente ação ser julgada improcedente.

Voltando, agora, a atenção para a ação principal, é necessário saber se é possível que B invoque a exceção de não cumprimento do contrato o que, por sua vez, pressupõe a verificação de três requisitos fundamentais: (1) que se trate de contrato bilateral e sinalagmático; (2) que não haja diferentes prazos para a realização das prestações; (3) que o devedor não tenha cumprido a contra-obrigação. Embora, segundo o Tribunal, não estivesse verificado o terceiro requisito, o que, automaticamente, condenava ao insucesso à cabeça a possibilidade de se recorrer à exceção de não cumprimento do contrato, mesmo que assim não fosse, o réu não conseguiu demonstrar os factos invocados com vista a comprovar qualquer atuação deficiente dos médicos que assistiram A.

3.A Decisão

A ação principal foi declarada parcialmente procedente, tendo sido B condenado a pagar a S o valor devido pela prestação de cuidados de saúde a A, acrescido dos juros de mora, de natureza civil, contados desde a citação até integral e efetivo pagamento. A ação apensa foi declarada improcedente, por não provada, tendo sido S absolvido do pedido.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

A apresentante, relatora da presente decisão jurisprudencial, após explicar, em traços gerais, os factos do presente caso, explicou o porquê de ter começado por analisar a ação apensa ao processo principal. Tal deveu-se, no essencial, por razões de cronologia lógica: à partida, só sabendo se houve lugar a erro médico é que se poderia avaliar a questão de saber se B tinha razão ao afirmar que “as cirurgias foram efetivamente contratadas, mas os internamentos e atos médicos posteriores àquelas não foram solicitados (...)”, ocorreram sim devido ao(s) erro(s) médico(s) do corpo clínico [do Hospital X], e desses e só desses deve ser a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados.

Para tomar a decisão relativamente à questão de saber se houve ou não erro médico, a ponente destacou ter sido extremamente relevante o facto de, embora a PCR, de facto, se encontrar num valor bastante elevado quando foi dada alta à paciente, ter resultado provado que se verificou, desde a data de realização das intervenções cirúrgicas, uma redução gradual da mesma. Além disso, os valores da PCR não podiam ser valorados por si só; antes deviam aliar-se à existência de novos exames que apontavam para uma melhoria clínica e tolerância alimentar, ausência de leucocitose e favorável evolução dos exames radiológicos. Acresce que a paciente já tinha feito 10/11 dias de antibioterapia, o que, associado à ausência de fístula, era suficiente para justificar a alta.

Por outro lado, no que concerne à questão do erro de diagnóstico, resultou provado que a TAC efetuada revelou o pâncreas com dimensões aumentadas, densificação da gordura peripancreática e líquido discreto no espaço parenal, sem sinais de pneumoperitoneu e que o diagnóstico de pancrea-

tite é sempre possível como complicação de qualquer cirurgia gástrica, devido à intimidade dos dois órgãos (estômago e pâncreas). Acresce que se provou que, para que exista qualquer pancreatite, não é necessário que os valores da “amilasemia” e “lipase” estivessem alterados. Tudo isto relevou para que o Tribunal considerasse que não se demonstrou qualquer erro de diagnóstico ou falha na terapêutica ministrada adequada às causas da infeção.

Quanto ao erro de diagnóstico da “gastrite auto anticorpos”, o exame histológico realizado não dava qualquer sinal da mesma.

Por fim, no que concerne ao alegado facto de a sujeição a uma terapêutica prolongada ter contribuído para causar lesões graves e irreversíveis nos órgãos de A, o que acelerou a morte, o Tribunal entendeu que não resultou provado que o desgaste sofrido na sequência do tratamento que lhe foi ministrado tenha concorrido para o seu infeliz desfecho.

O Tribunal recusou ainda a existência de qualquernexo causal entre a atuação do corpo clínico e a morte da paciente. Para tal, foi relevante o facto de ter sido provado que as fístulas são complicações frequentes em cirurgia pós-gástrica, apresentando incidência superior em casos de obesidade — sendo, frequentemente, seguidas de sepsies que podem levar a uma mortalidade de 85% (riscos relativamente aos quais, aliás, a paciente teria sido informada). Inexistindo nexocausal, tornou-se desnecessário ilidir a presunção de culpa.

Já no que respeita à qualificação da obrigação em causa como uma “obrigação de meios”, a ponente manifestou a sua concordância com Miguel Teixeira de Sousa quando afirma que, na verdade, seria mais correto falar-se de uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, na medida em que o médico não se obriga apenas a usar a melhor di-

ligência ou conseguir uma terapia adequada, mas antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e definição da terapia. Ainda que ele não possa responder pela obtenção de um resultado, será sempre responsável perante o paciente pelos meios que usa no diagnóstico ou tratamento, podendo a sua responsabilidade não ser só contratual ou extracontratual, como ambas coexistirem. Considera, também, que a presunção de culpa do devedor do art. 799.º/1 do CC não se justifica na área da responsabilidade médica, devendo antes ser aplicado o regime do ónus da prova da culpa em sede de responsabilidade extracontratual.

CASO 4

APRESENTADO PELA DRA. MARIA DO CEÚ OLIVEIRA DA SILVA — JUÍZA DE DIREITO

A. **Identificação da decisão:** *Ação Declarativa de Condenação — Acórdão do Juízo Central Cível de Lisboa — 03.04.2018*

B. **Palavras-chave:** *Laceração da traqueia — Responsabilidade Contratual — Obrigação de Meios — Ónus da Prova — (In)cumprimento das Leges Artis.*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Em 2015, a Autora (A) foi submetida, após diagnóstico de neoplasia pulmonar, a uma lobectomia inferior direita e ressecção de nódulo do lobo superior direito, realizadas por B, na qualidade de cirurgião, e C, como anestesista.
- ii) Durante a intervenção, verifica-se uma laceração da traqueia da Autora, provocada pela colocação, por C, de um tubo endotraqueal durante o procedimento anestésico.

co. Foi, então, aberto o pericárdio e utilizado tecido deste para apoiar as suturas na traqueia, o que levou a que, no pós-operatório, A sofresse síndrome pós-pericardiectomia e ficasse com uma cicatriz nacarada na região torácica.

- iii) A laceração da traqueia com rutura é um risco da entubação endotraqueal, necessária para a realização da cirurgia a que A foi sujeita.
- iv) Após ter passado dois meses em coma induzido, para facilitar a cicatrização da traqueia, A recebeu alta.
- v) Já durante o ambulatório, A sofreu um quadro febril que obrigou a novo internamento.
- vi) Foi então que se verificou a presença de derrame pleural direito decorrente de lobectomia realizada e de pequeno derrame pericárdio decorrente da pericardiectomia realizada.
- vii) Na sequência, A intenta ação declarativa pedindo a condenação dos réus (A, B e X) ao pagamento de uma indemnização e respetivos juros.
- viii) A tinha escolhido B para a realização da cirurgia, no Hospital X (de cujo quadro clínico aquele não pertence). Na sequência, B requereu ao Hospital X um bloco operatório para a realização da cirurgia e apoio de anestesista (C) para a intervenção cirúrgica. C faz parte do quadro clínico do Hospital X.

2. O Direito

A primeira questão abordada pela presente decisão jurisprudencial foi a de saber qual a mo-

62 dalidade de contrato celebrado entre as partes, num contexto de várias prestações de serviços de saúde no domínio do setor privado: (1) contrato total, traduzido num misto que engloba contrato de prestação de serviços médicos, contrato de internamento (prestação de serviço médico e paramédico), contrato de locação e, eventualmente, de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e ainda de empreitada (confeção de alimentos); (2) contrato total com escolha de médico, consistente num contrato total mas com a especificidade de haver um contrato médico adicional, relativo a determinadas prestações; (3) contrato dividido, nos termos do qual a clínica apenas assume as obrigações decorrentes do internamento (hospedagem, cuidados paramédicos, etc.) enquanto que o serviço médico é direta e autonomamente celebrado por um médico. Tendo em conta os factos provados e descritos acima (ponto 8), entendeu o Tribunal estarmos ante um contrato total com escolha de médico. Assim sendo, e considerando o disposto no art. 800.º/1 do CC, entendeu-se que, na relação contratual entre A e o Hospital X, este é responsável pela conduta de C (anestésista), porquanto, na relação contratual entre A e B (médico), este é responsável pela sua conduta.

Em seguida, tornou-se necessário verificar se há lugar a responsabilidade contratual. Nesse sentido, discute-se, desde logo, se, na presente relação contratual, foi assumida uma obrigação de resultados ou de meios. Considerou o Tribunal que o corrente, na prática, é o ato médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de uma obrigação de meios. Assim sendo, o médico apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, não assegurando, nem se obrigando

a curar o doente, uma vez que tal dependerá do concurso de outros fatores independentes da sua vontade e por si não controláveis. Com efeito, o médico só erra quando não cura ou atenua o mal do paciente por falta de diligência, perícia, consideração das técnicas e conhecimentos reconhecidos pelas ciências médicas para o concreto caso clínico. Sempre que tal se verifica, tratando-se de uma obrigação de meios, incumbe sobre o paciente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

Note-se, porém, que, para efeitos de apuramento de uma eventual responsabilidade civil do médico, é necessário saber se o mesmo agiu ilícitamente e culposamente. Nesse sentido, há que constatar que “uma coisa é saber o que houve de errado na atuação do médico” (se houve infração dos procedimentos adequados geradora de ilicitude), “outra é saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa”. Ora, da matéria de facto provada não resulta que houve algo de errado com a atuação do médico, não se verificando o pressuposto da ilicitude; já no caso da culpa, havendo ato ilícito e estando-se ante um caso de responsabilidade contratual, a mesma seria presumida relativamente ao devedor (médico) (art. 799.º/2 do CC), cabendo ao mesmo, em seu caso, ilidi-la (art. 344.º/1 do CC).

Conclui-se, pois, que a “não ser a responsabilidade médica uma responsabilidade objetiva, [tal] permite refutar a posição que defende que basta provar que ocorreu uma lesão da integridade física do doente não exigida pelo cumprimento do contrato para se considerar verificada a ilicitude”. A lesão à integridade física de A constitui, portanto, um risco da intervenção, incumbindo-lhe o ónus de provar a falta de diligência do médico, o que, de resto, não conseguiu fazer.

3.A Decisão

Tendo em conta o exposto, a ação foi julgada improcedente e, consequentemente, os réus absolvidos do pedido. Denote-se ainda que A não foi condenada como litigante de má fé (como fora previamente requerido pelos réus na contestação por eles apresentada) por não se verificar qualquer das hipóteses previstas no art. 542.º/2 do CPC.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

A apresentante, além de expor o caso nos termos *supra*, teceu algumas considerações sobre o Ac. do TRL, de 8 de novembro de 2018 (Relatora: Laurinda Gemas), que negou provimento ao recurso de apelação interposto por A da decisão proferida em 1.ª instância.

No que concerne à qualificação da modalidade de contrato celebrado entre as partes, o TRL considerou que se tratava de um contrato dividido, porquanto A não alegou nem provou nenhum facto que permitisse considerar que entre ela e o Hospital X tinha sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos; do mesmo modo, A não alegou que escolheu ser ali submetida a intervenção cirúrgica e internada mediante o pagamento de contrapartida monetária; tampouco, A levou a cabo um qualquer comportamento concludente revelador da celebração de um tal contrato. Da factuallidade provada resultou, portanto, que houve um contrato de prestação de serviços médicos entre A e B (médico). Ainda que, paralelamente, possa ter existido um contrato de internamento entre A e o Hospital X, o que remete para a figura do contrato dividido, o Tribunal considerou que a sua responsabilidade se limitou aos atos praticados pelas pessoas envolvidas na execução desse contrato, com exclu-

são dos atos médicos — o que, tendo em conta o caso concreto, excluiu a sua responsabilidade pelos danos invocados por A.

Além disso, considerou-se que, ainda que relativamente a B (médico) o caso deva ser analisado no âmbito da responsabilidade contratual, no que respeita a C (anestesista), não tenho A alegado quaisquer factos que permitissem considerar ter também escolhido contratar com a mesma, foi necessário descartar-se a sua responsabilidade contratual (sendo que, a sua responsabilidade, a existir, apenas poderia ser configurada como responsabilidade extracontratual, por facto ilícito). Quanto a B, ainda que se presumisse a sua culpa, tal presunção foi ilidida, já que não poderia o mesmo ser responsabilizado pela atuação de C que foi o que, efetivamente, conduziu à laceração da traqueia.

Restou, pois, analisar se estavam verificados os pressupostos da responsabilidade civil delitual face a C. Como A não conseguiu provar (ou melhor, nem sequer alegou) que os procedimentos utilizados por aquela, pelos meios técnicos envolvidos, se mostraram particularmente arriscados face à comum anestesia, não houve lugar à verificação de ato ilícito e culposo por parte de C, afastando-se a sua responsabilidade pelos danos invocados.

CASO 5

APRESENTADO PELA DRA. BÁRBARA RANITO — ADVOGADA

- A. **Identificação da decisão:** *Recurso de Apelação — Tribunal da Relação de Coimbra — 15.05.2018*
- B. **Palavras-chave:** *Cirurgia Estética — Obrigação de Meios — Responsabilidade Médica — Consentimento Informado — Dever de Informação.*
- C. **Os factos, o Direito e a Decisão**

1. *Os factos*

- i) Pretendendo melhorar a sua imagem com o aumento dos seios, A recorreu aos serviços do médico B, especialista de cirurgia plástica e reconstrutiva.
- ii) B aconselhou A a fazer uma mamoplastia de aumento (colocação de implantes mamários de silicone), tendo-a informado de que os riscos da cirurgia eram reduzidos e indicando-lhe os procedimentos a adotar após a cirurgia.
- iii) A ajustou com B a colocação de próteses mamárias com o volume de 385 ml.
- iv) Aquando da realização da cirurgia e após ter colocado nos seios da Autora próteses de experimentação de diferentes volumes a fim de escolher a que melhor se adaptava às particularidades físicas da mesma, B optou por colocar a A, sem complicações ou intercorrências, implantes mamários com o volume de 305 ml.
- v) A ficou insatisfeita com o aumento do volume mamário obtido com a colocação daqueles implantes.
- vi) No ano seguinte, A voltou a solicitar os serviços de B, desta vez para a realização de uma lipoaspiração que se concretizou sem lugar a reparos ou reclamações.
- vii) Dois anos e meio após a realização da mamoplastia, começam a surgir contraturas capsulares nos seios de A que lhe causavam dores e reduziram gradualmente a elasticidade dos seus seios.
- viii) A recorre novamente a B, que lhe aconselha a realização de uma capsulotomia, que envolve a substituição da prótese e, eventualmente, a sua introdução num novo espaço tecidual do seio.
- ix) Já que o procedimento implicava a remoção do implante mamário e o seu reposicionamento, estando A insatisfeita com o tamanho dos seus seios e dispondo agora de dilatação tecidual que permitia o seu aumento, A acorda com B a substituição das próteses por novas com o volume de 385 ml.
- x) O procedimento cirúrgico foi levado a cabo sem incidentes; porém, após o mesmo, os seios de A apresentavam assimetria quanto ao seu posicionamento, ficando um mais alto que o outro.
- xi) A comunica a sua frustração a B, que lhe sugere a realização de nova intervenção cirúrgica para reparar a assimetria.
- xii) No dia em que A se dirige à clínica em que B trabalhava para a realização da mesma, é-lhe exigido pela funcionária que efetue um pagamento de valor pecuniário de montante não apurado.
- xiii) A recusa efetuar o pagamento e abandona a clínica.

2. *O Direito*

Foram três os aspetos analisados pelo presente acórdão: (1) a alegada nulidade da sentença proferida em 1.ª instância; (2) a impugnação de facto; (3) a existência (ou não) de responsabilidade médica.

No que concerne à primeira questão, alegou a Autora que, através de despacho, o Tribunal de 1.ª instância determinou a reabertura da audiência e a realização de diligências probatórias, mas sem qualquer justificação, proferiu a sentença com base

“no desconhecimento, incerteza, indeterminação, insegurança e dúvida que tinha e ainda tem”. A este propósito, lembrou o Tribunal que as nulidades da sentença previstas no art. 615.º/1 do CPC (lista taxativa), se reconduzem a erros de atividade ou construção da própria sentença, não devendo ser confundidos com eventuais erros de julgamento — de facto ou de direito. E adiantou, no caso específico do art. 615.º/1/d (nulidade por omissão de pronúncia), é entendimento jurisprudencial uniforme de que “a nulidade consiste apenas na falta de apreciação de questões que o Tribunal devesse apreciar, sendo irrelevante o conhecimento das razões ou argumentos aduzidos pelas partes”. Por todos estes factos e porque, na situação dos autos, o vício ocorreu a montante da sentença, entendeu o Tribunal que improcede a nulidade da sentença proferida pelo Tribunal de 1.ª instância.

Quanto à impugnação da matéria de facto, o Tribunal lembrou que “o controle da Relação sobre a convicção alcançada pelo Tribunal da 1.ª instância, embora exija uma avaliação da prova (e não apenas uma mera sindicância do raciocínio lógico) deve, no entanto, restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova e a decisão”. Assim, num sistema de reponderação como o nosso, não basta uma qualquer divergência de apreciação e valoração da prova, impondo-se a ocorrência de erro de julgamento. Por outro lado, reforça o Tribunal, “a prova deve ser valorada no seu conjunto, reclamando uma ponderação global, segundo o *standard* da probabilidade lógica prevalente, em que havendo versões contraditórias sobre determinado facto, o julgador deve escolher das diferentes probabilidades a que, perante o conjunto dos elementos probatórios, se evidencie como a mais provável”. Foi com base nestes princípios que, após análise da prova gravada, o coletivo

de juízes entendeu que improcede a alteração de facto, mantendo-se intangíveis os factos descritos na sentença.

Por fim, no que concerne ao terceiro e último tópico de análise, o Tribunal começou por afirmar que a responsabilidade médica se enquadra civilmente no instituto da responsabilidade civil, tanto contratual, como delitual, podendo existir um concurso (real ou aparente) de ambas as responsabilidades. Conclui-se, neste âmbito, estarmos ante um caso de responsabilidade contratual. Por outro lado, como é vulgarmente sabido, a ação de responsabilidade civil médica pode fundar-se no erro médico e/ou na violação do consentimento informado. Enquanto que no primeiro caso se busca tutelar a saúde e a vida do paciente; no segundo, o bem jurídico tutelado é o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. O dever de informar implica, neste contexto, a “comunicação dos riscos previsíveis, excluindo-se os graves, particulares, hipotéticos ou anormais”. Em sentido mais abrangente, há quem entenda que o dever de informação varia consoante a “necessidade terapêutica, o grau e a frequência do risco, ou em função do comportamento do doente”. Entendeu-se, também, que a obrigação do médico tende a ser vislumbrada como uma obrigação de meios e não de resultado (muito embora, especificamente no âmbito da cirurgia estética, exista quem entenda o contrário). Ora, neste contexto e tendo em conta o que foi afirmado, entendeu o Tribunal que cabia a A provar uma situação de incumprimento ou cumprimento defeituoso como pressuposto da ilicitude (art. 342.º/1 do CC), o que, segundo a factualidade apurada, não foi realizado de forma bem-sucedida. Quanto à questão do consentimento, entendeu o Tribunal que cabia ao médico fazer prova de que não violou o seu dever de informação. De acordo com a

factualidade apurada, entendeu-se não ter existido violação do dever de informação ou qualquer elemento que apontasse para o facto de o consentimento não ter sido devidamente informado.

3.A Decisão

Pelo exposto *supra*, o Tribunal decidiu julgar improcedente a apelação e confirmar a sentença emanada em 1.ª instância.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Além de ter descritos o acórdão em análise nos termos supramencionados, a apresentante destacou que a decisão do Tribunal da Relação confirmou, na totalidade, a decisão do Tribunal de 1.ª Instância.

Dessa decisão, destacou a apresentante que o Tribunal precisou que a relação estabelecida entre A e B era de natureza contratual, na modalidade de prestação de serviços médico-cirúrgicos e, por isso, a existir responsabilidade civil do segundo pelos danos alegadamente sofridos pela primeira, em consequência das intervenções cirúrgicas objeto desse contrato, a mesma seria de cariz contratual.

Além disso, e como já afluímos acima, reforçou-se que, “não se ignorando o surgimento de corrente jurisprudencial que caracteriza como obrigação de resultado a obrigação contratual que para o médico decorre de contrato de prestação de serviços médicos, tendo por objeto intervenções cirúrgicas ditadas por objetivos puramente estéticos, afigura-se-nos que, mesmo no campo da cirurgia estética, a obrigação do médico é sempre uma obrigação de meios”. Neste sentido, destacou a apresentante que o resultado em cirurgia plástica não pode deixar de ser aleatório, dependendo, por norma, da expectativa concreta que cada paciente tem — a menos, naturalmente, que o médico

tenha garantido afincadamente ao mesmo que o resultado será determinado (caso em que já poderá gerar mais dúvidas a qualificação da obrigação como obrigação de meios ou de resultado).

Quanto à repartição do ónus da prova, entendeu-se que é ao médico, devedor da prestação, que compete provar que a falta de cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”, demonstrando que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha — “tanto mais que da aplicação da presunção de culpa da responsabilidade médica não resulta um agravamento da posição do devedor/médico uma vez que o ónus da alegação e prova da desconformidade objetiva entre a conduta adotada e as leis da arte e da ciência médica recai sobre o credor/paciente”. Neste âmbito, entendeu-se que o médico fez prova positiva de ter cumprido a metodologia que as circunstâncias impunham.

Para decidir quanto à questão do consentimento informado, foi bastante relevante o facto de o Tribunal de 1.ª instância ter dado como não provado que “o Réu não tenha esclarecido a Autora quanto aos aspetos relevantes dos atos e práticas que ia levar a cabo na intervenção cirúrgica realizada (...), designadamente quanto aos riscos subjacentes a essa intervenção, informando-a que a mesma não comportava riscos para a sua saúde e que o resultado dela corresponderia às expectativas da Autora, o que a determinou a submeter-se àquela intervenção”; e que “quando aconselhou a Autora a submeter-se [à] segunda cirurgia (...) [B] não a tenha informado nem das razões subjacentes a essa necessidade, nem dos riscos e probabilidade de a mesma vir a revelar-se novamente infrutífera”.

Igualmente relevante para a formação da convicção do julgador foi o facto de A ter, já depois da

primeira cirurgia, recorrido a B para a realização de uma lipoaspiração, o que indiciava que a mesma tinha ficado satisfeita pelos serviços anteriormente prestados pelo médico.

CASO 6

APRESENTADO PELA DRA. PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA — ADVOGADA

- A. **Identificação da decisão:** *Recurso Especial n.º 1.540.580 DF — Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça — 02.08.2018*
- B. **Palavras-chave:** *Consentimento Informado — Dever de Informação — Erro Médico — Ónus da Prova.*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A, B (pais) e C (filho) propuseram ação de reparação de danos materiais e morais face a D (cirurgião neurologista), a clínica E (clínica de neurologia da qual D é sócio) e o Hospital F (no qual foi realizada a cirurgia).
- ii) C sofreu, em 1994, um traumatismo crânio-encefálico resultante de um acidente de viação, tendo estado em coma durante quatro meses.
- iii) De tal acidente resultou, igualmente, uma “incapacidade total no membro superior e inferior”, bem como tremor no membro superior direito.
- iv) Pelo facto de C ter feito tratamento medicamentoso sem obter melhoria do seu estado de saúde, os Autores procuraram D para uma avaliação acerca da possibilidade

de realização de uma cirurgia com o fim de melhorar ou acabar com o tremor de que C padecia.

- v) D indica a realização de uma “*talamotomia*” e “*subtalamotomia*”, afirmando que tais intervenções seriam “simples”, com uso de anestesia local e duração máxima de duas horas.
- vi) Nos registos da consulta, inexistente qualquer referência escrita do médico no sentido de que a família tenha sido informada dos procedimentos supracitados.
- vii) Após a cirurgia, C terá deixado de conseguir locomover-se, começou a sofrer de tremores ainda piores e a estar dependente de cuidados constantes de terceiros, inclusive para alimentação.
- viii) Verificados os relatórios hospitalares e de enfermagem, conclui-se que as intervenções cirúrgicas realizadas foram uma “*capsulotomia de forel D*” e uma “*talamotomia PQI Capsulotomiade*” e que, durante o procedimento, foi administrada ao paciente anestesia geral e “*sedação*” diversa de anestesia.

2. O Direito

Face aos factos descritos *supra*, alegam os Autores que se encontra configurada a responsabilidade contratual por culpa do médico, incidindo (1) na falha de informação e no aconselhamento pré-contratual sobre os riscos da cirurgia a que a vítima se submeteu, (2) na falha grave do diagnóstico, (3) no erro *in vigilando* da equipa cirúrgica relativamente à anestesia que foi administrada ao paciente, e (4) no incumprimento do dever médico de informar a história clínica do paciente durante e após a cirurgia, violando o dever de cooperação com a ou-

tra parte contratual. Alegam, igualmente, perda de chance, acrescida do comprometimento do projeto de vida de C e de perda da possibilidade de o mesmo se recuperar.

A clínica e o Hospital (E e F) defenderam-se, alegando ausência de erro, prescrição e ilegitimidade passiva. A clínica alegou ilegitimidade por ser pessoa distinta do médico, que foi quem praticou o ato, e o Hospital, porque se limitou a prestar serviços de internamento hospitalar (sendo que todos os atos médicos foram praticados pelo cirurgião com o qual nem sequer possuíam qualquer vínculo laboral ou de preposição).

O médico (D), por sua vez, defendeu-se alegando que a degradação do estado de saúde de C não decorreu do procedimento médico, mas da imponderabilidade das medidas médicas, “uma vez que os seres humanos não são máquinas” e apresentam um certo grau de imprevisibilidade nas suas reações. Alega, igualmente, ter esclarecido o paciente de todos os riscos do ato cirúrgico e que sempre se colocou à disposição para esclarecimentos.

A decisão de 1.ª instância julgou improcedentes os pedidos dos Autores sob o fundamento da inexistência de culpa do médico pela degradação neurológica de C após a realização da cirurgia e, em face disso, também afastou a responsabilidade do Hospital-réu. Foi, igualmente, afastada qualquer responsabilidade da clínica E, que em nada contribuiu para o desfecho do caso *sub judice*.

Os Autores interpuseram recurso da decisão, sob o fundamento de que se confirma o desrespeito do dever de informação imposto ao fornecedor de serviços, no caso, o médico, acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico ao qual foi submetido C, somado à falta de informação a respeito do procedimento utilizado e à ausência de consentimento quanto à realização da DBSD, que agravou consideravelmente os riscos inerentes ao

procedimento cirúrgico. A decisão de 2.ª instância foi proferida pela Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, embora de forma não unânime, lhe negou provimento, sob o argumento de que não houve negligência, imprudência, imperícia médica, de que a obrigação do médico é de meios (e não de resultado) e de que os Autores não tinham conseguido provar a culpa do médico (art. 14.º, par. 4.º CDC), pelo que foi igualmente afastada a responsabilidade hospitalar (art. 14.º, par. 3.º CDC). No que concerne à alegada violação do dever de informação aos Autores, entendeu-se que, ainda que não se tenha provado ter sido prestada, por escrito, a informação concernente aos riscos das intervenções cirúrgicas, tal “é facto conhecido, da experiência comum, pois todo o paciente que se sujeita à técnica cirúrgica com uso de anestesia ou sedação, principalmente, no campo da neurocirurgia, com intervenção no cérebro humano para corrigir ou explorar o sistema nervoso, apresenta riscos”. Para chegar a tal conclusão, o Tribunal teve em conta, igualmente, a boa condição socioeconómica do paciente, assim como o facto de o mesmo recorrer ao setor privado de prestação de cuidados de saúde. Por outro lado, considerou-se que a prestação de informações verbalmente é algo “comum”, não sendo “exigível que o médico retenha informações sobre as consultas”. Por fim, no que concerne à alegação de que fora realizada uma cirurgia não autorizada, a prova pericial demonstrou que houve informação, apesar de não escrita, o que não é exigido pelo ordenamento jurídico.

Inconformados, os Autores recorrem ao Superior Tribunal de Justiça a fim de reformarem a decisão e ver reconhecida a responsabilidade civil do médico e do Hospital. O recurso teve como fundamento o art. 105.º, alíneas a) e c) da CRFB e alegação da violação dos artigos 535.º/1/2 e 333.º/2/par. 2 do CPC e arts. 6.º/3 e 14.º/par 4.º do CDC.

O STJ decidiu reformar a decisão de segunda instância e julgar procedente, ainda que apenas parcialmente, o pedido para deferir a indenização por danos extrapatrimoniais, por falha no dever de informar e no aconselhamento pré-contratual sobre os riscos da cirurgia, considerando que há ilicitude da conduta médica pelo facto de não ter sido obtido o necessário consentimento acerca dos riscos inerentes aos procedimentos cirúrgicos a que C foi submetido. Deixou-se, pois, bem claro que este caso não envolvia erro médico, mas antes uma violação do dever de informação, cujo cumprimento devia ter sido provado por D. Ora, não existia nos autos prova do cumprimento desse dever, não sendo, de resto, aceitável a mera presunção de que foram prestadas informações verbalmente em face da complexidade e gravidade dos procedimentos.

3. A Decisão

Como vimos, em suma, foi dado parcial provimento ao recurso interposto pelos Autores (paciente e pais) para reformar a decisão da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, por maioria, tinha mantido a sentença recorrida, que julgou improcedentes os pedidos de indenização a título de danos morais e materiais, além da pensão vitalícia mensal, formulada em virtude das sequelas suportadas pelo paciente após intervenção cirúrgica realizada pelo médico-requerido nas dependências do Hospital-réu.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na opinião da ponente, este caso traz à reflexão questões polémicas que circundam o dever de informar por parte do profissional médico e que refletem a obtenção do consentimento livre e esclarecido. São elas: (1) o conteúdo da informação; (2) a forma de informar; (3) o ónus probatório quanto ao cumpri-

mento do dever de informar; (4) a responsabilidade civil do médico e /ou do Hospital em razão da falha de cumprimento do dever de informar.

A ponente destacou, pois, que a relação médico-paciente é uma relação obrigacional complexa e dinâmica que envolve direitos de personalidade e o poder de disposição sobre situações existenciais. No Brasil, atualmente, o serviço médico no setor privado está a passar por um processo de crescente despersonalização, sendo vislumbrado como um “serviço de consumo” (regulado, pois, pelo Código de Defesa do Consumidor) pela maioria da doutrina e da jurisprudência. Consequência de tal facto, tem-se gerado um gradual afastamento entre médico e paciente, bem como comprometido uma melhor anamnese que redunde na não transmissão de todos os dados necessários e na consequente violação de um dos principais deveres do paciente, que é a obtenção de informações em linguagem clara e compreensível, para que ele possa conceder o seu consentimento livre e esclarecido para a intervenção médica a realizar.

Pode, portanto, dizer-se que a natureza jurídica da relação médico-paciente é de prestação de serviços *sui generis*, com carácter predominantemente existencial, o que agrega um núcleo de deveres extrapatrimoniais, como (1) o dever de sigilo e abstenção; (2) o dever de cuidado; (3) dever de empregar todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente; (4) dever de fornecer informação acerca do diagnóstico, do prognóstico, riscos e benefícios do tratamento.

Este direito à informação encontra-se consagrado na CRFB (v. art. 5.º, XIV, XXXIII, LXXII) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 4.º, IV, 6.º, III, 8.º, 9.º, 12.º, 14.º, 20.º, 30.º, 31.º, 36.º, 37.º, 38.º e 46.º) e apresenta sustentáculo nos princípios jurídicos — como a dignidade da pessoa humana — e bioéticos — autonomia, beneficên-

cia, não maleficiência, justiça, precaução e prevenção, solidariedade. No âmbito internacional, faz-se menção ao mesmo na DUBDH (UNESCO, 2005), no Parecer sobre os Direitos dos Doentes (Comité Económico e Social Europeu) ou na Declaração de Lisboa sobre Direitos do Paciente (AMM, 1995).

Somente após a informação ser prestada pelo médico é que o paciente poderá emanar o seu consentimento livre e esclarecido. Nesta seara, e dada a importância reconhecida à prestação de informação, há mesmo quem considere que esta se assume como obrigação principal — o que significa que, se o médico não cumpre o dever de informar, então age de forma negligente, atraindo a aplicação do instituto da responsabilidade civil pelos danos causados ao paciente.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a responsabilidade civil pela falha no dever de informar, independentemente da existência de erro médico, o que pode atingir não só o médico, mas também a instituição hospitalar em que foi prestado o serviço. É justamente neste sentido que aponta a decisão acima analisada.

CASO 7

APRESENTADO PELO DR. JOAQUIM CORREIA GOMES — JUÍZ DESEMBARGADOR

A. Identificação da decisão: *Recurso de Revista — Supremo Tribunal de Justiça — 02.11.2017*

B. Palavras-chave: *Consentimento Informado — Dever de Informação — Nexa de causalidade.*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

O acórdão apresentado pelo ponente já tinha sido abordado pela Sra. Juíza Conselheira Maria da Graça Trigo, pelo que remetemos para o resumo da sua intervenção a descrição dos factos, do Direito e da Decisão da presente peça jurisprudencial (Ac.

STJ de 02.11.2017) — (C).

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Começou o ponente por destacar que a presente peça jurisprudencial evidenciou uma mudança na forma como o STJ encarava o consentimento informado, revelando uma melhor e mais densa compreensão do mesmo por parte do Tribunal.

No acórdão em análise considerou-se não ter sido prestado o consentimento livre e esclarecido pela paciente para a extração do dente do siso incluso, por a mesma não ter sido esclarecida quanto ao risco de tal intervenção lhe poder provocar a lesão do nervo lingual e de quais as consequências possíveis dessa lesão. A partir daí, o Tribunal afirma que, não havendo consentimento informado, há automaticamente um dano, não sendo necessário recorrer à figura da perda de chance (o que, na opinião do ponente, é uma evolução positiva, já que esta figura jurídica implica outras valências, nomeadamente a questão de saber qual a oportunidade que “ficou pelo caminho”). A presente discussão foi levada a cabo tomando por referência as figuras, provenientes da doutrina e jurisprudência italianas, do “dano resultado” e do “dano consequência” (este último, mobilizado nos casos de ausência de consentimento informado).

Por fim, destacou o ponente que a doutrina civilista tem analisado incorretamente o instituto do consentimento informado, mormente ao qualificá-lo como mera obrigação acessória do contrato. O consentimento informado deve ser visto como um direito fundamental que promove a autonomia e a autodeterminação da pessoa — e só a partir desse pressuposto é possível que compreendamos cabalmente as recentes decisões do STJ nesta matéria.

Mesa 4

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA III | CONSENTIMENTO INFORMADO (II)

Presidente da Mesa: *Francisco Caetano* | Juiz Conselheiro do STJ

Relatores: *Mara Godinho* | Mestranda FDUC · *Mónica de Sousa* | Mestranda FDUC

CASO 1

APRESENTADO POR MARCOS COLTRI | ADVOGADO

A. **Identificação da decisão:** Decisão do Supremo Tribunal de Justiça do Brasil

B. **Palavras-chave:** responsabilidade civil do médico hospitalar; dever de informação; consentimento informado; ónus da prova; direito à autodeterminação dos pacientes; danos morais;

C. **Os factos, o Direito e a Decisão**

1) *Os factos*

- i) O paciente, foi vítima de um acidente de carro, em Novembro de 1994, quando tinha 15 anos de idade, tendo sofrido traumatismo crânio encefálico, do que resultou coma por quatro meses.
- ii) Fez tratamentos em outro hospital, com fisio-terapeuta, psicólogos, e outros especialistas, tendo, contudo, permanecido com sequelas neurológicas e défice motor, caracterizado por uma incapacidade total no membro e inferior, e tremor no membro superior direito.
- iii) Recorreu, ainda, a tratamento medicamentoso, mas não tendo, porém, obtido melhoras.

iv) Por essa razão, optou por procurar o cirurgião (réu), tendo, no dia 16/07/1999, ido à primeira consulta de cirurgia, para avaliação da possibilidade de realização de uma cirurgia com o objetivo de melhorar ou por fim aos tremores.

v) O médico indicou-lhe dois procedimentos: uma talamotomia e uma subtalamotomia, ambos sem riscos inerentes. E nessa mesma consulta foi agendada a cirurgia para o dia 27 desse mesmo mês.

vi) Já fora da consulta, o autor fez ma chamada telefónica para o cirurgião (réu), tendo-lhe este assegurado que se tratava de uma cirurgia simples, com anestesia local, não havendo, por isso, necessidade de maiores exames ou testes.

vii) O procedimento cirúrgico ocorreu no dia agendado, tendo o autor, segundo as alegações do réu, “chegado ao hospital consciente e calmo, mas, no final da cirurgia, nunca mais voltou a andar”.

2) *O Direito*

i) Os autores ingressaram com a ação judicial alegando absoluta falta de informação adequada sobre a potencial gravidade dos

efeitos adversos da cirurgia que fora realizada. Além disso, apontam também para a realização de um procedimento diverso do que havia sido proposto, para a qual não foi recorrido consentimento.

- ii) Com base nessas alegações, os autores pedem a condenação dos réus numa pensão vitalícia à vítima, e reparação por danos morais e materiais, correspondentes às despesas suportada desde a data da cirurgia.
- iii) O réu (cirurgião), embora afirme que prestou todos os esclarecimentos necessários aos autores a respeito dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico recomendado, não trouxe aos autos qualquer prova neste sentido.
- iv) Através de perito judicial, provou-se que “houve crônica dificuldade de comunicação ou entendimento entre as partes, o que gerou insatisfações importantes”.

3) A Decisão

- i) O dever de informação, mencionado pelo doutrinador civilista, é moldado pelo correlato direito que possui o paciente, ou seu representante legal, de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, cuja guarida está no Código de Ética Médica.
- ii) Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que imponha o consentimento escrito do paciente, expresso em documento assinado, ainda que seja possível encontrar quem aponte para a necessidade da redução na forma escrita, sob pena de o profissional da medicina ficar sujeito a

impossibilidade de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo.

- iii) O que se procura garantir é o estabelecimento de uma relação de negociação, na qual o médico compartilha os seus conhecimentos técnicos e garante ao paciente a tomada de decisões a partir de seus próprios valores, no exercício da sua autonomia.
- iv) Diante da inexistência de legislação específica para regulamentação do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado na relação médico-paciente, o Código da Defesa do Consumidor (CDC) é o diploma que reúne as regras capazes de proteger o sujeito em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma visão da relação contratual, com prevalência do interesse social.
- v) Haverá o cumprimento do dever de informar pelo fornecedor, quando a informação for transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor, não bastando a simples transmissão das informações.
- vi) É do médico o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de esclarecer e obter o consentimento informado do paciente. Assim, qualquer dúvida remanescente a partir dos elementos probatórios juntados aos autos resolve-se em favor do paciente, entendendo-se que o médico não lhe deu as informações necessárias.
- vii) Não há comprovação nos autos de que as informações e os riscos do procedimento foram inteiramente repassados à família do paciente, de modo que não há como

falar-se num adequado consentimento informado.

- viii) O art. 14, §4º, do CDC determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo. Tem-se, por isso, que neste caso, a responsabilidade profissional do médico é subjetiva.
- ix) A falha no dever de informação pelo médico, quanto aos riscos dos procedimentos terapêuticos, é só um dos requisitos para configuração da responsabilidade civil, qual seja o ilícito civil. Não obstante, os demais pressupostos da responsabilidade encontram-se verificados neste caso: dano, nexos causal e culpa.
- x) Note-se, todavia, que o dano indenizável, não é o dano físico (a piora nas condições físicas ou neurológicas do paciente), mas antes a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível.
- xi) É por isso de considerar que houve falha na prestação do serviço, fazendo surgir o dever de reparar os danos extrapatrimoniais experimentados pelos autores.
- xii) No que toca à questão da individualidade do dano, considerou o tribunal que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros, uma vez cada um dos componentes do grupo mantém relação de afeto com a vítima direta do dano de forma individual e que, por isso, cada um daqueles entes

sofre individualmente seu dano e por ele deve ser indenizado também de maneira individualizada.

- xiii) Foram, por isso, os autores condenados ao pagamento de uma indemnização devida ao autor-filho, tendo em conta o interesse jurídico lesado (integridade física e psíquica do paciente); e a uma indemnização por dano moral sofrido pela mãe e pelo pai do paciente (também autores na ação).

Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na sessão, foi evidenciado o facto de no caso apresentado fazer parte do pedido das partes o incumprimento do dever de informação, e não apenas o erro técnico. Na verdade, o que acontece, na maioria das vezes, é que os paciente acabam por recorrer aos tribunais alegando que houve má prática médica ou erro no procedimento, contudo, neste caso, as partes apontaram, desde o início da ação, a completa falta de informação acerca da intervenção cirúrgica que foi efetivamente realizada.

No decorrer do debate, realçou-se a importância que tem este dever de informação para com o paciente, sob pena de violação do seu direito à autodeterminação. Foi, neste âmbito apontada a analogia de que: *“um médico fazer a intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente, é igual a um advogado propor uma ação em tribunal, sem a procuração do cliente”*.

CASO 2

APRESENTADO POR SEPHORA STIVAL | ADVOGADA E DOUTORANDA NA FDUC

A. **Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

B. **Palavras-chave:** interdição por anomalia psíquica; consentimento informado; capacidade jurídica; indisponibilidade de direito de natureza estritamente pessoal; tratamentos de prolongamento de vida.

C. *Os factos, o Direito e a Decisão*1) *Os factos*

- i) A requerida, nascida a 26 de Março de 1947, e casada, sofreu de uma neoplasia maligna cerebral (glioblastoma: doença inoperável e incurável), que lhe foi detetada em Maio de 2016.
- ii) Por causa da doença, a doente tem vindo a sofrer um progressivo grau de dependência física e mental, tendo chegado ao atual momento em que não fala, não conhece as horas, os dias, os meses, ou os anos; não lê, nem escreve, não é capaz de assinar, e não conhece o dinheiro.
- iii) Derivado à sua condição, encontra-se internada num Lar da Santa Casa da Misericórdia, onde apenas se desloca de cadeira de rodas, e depende de terceira pessoa para tomar as suas refeições, vestir-se e fazer a sua higiene.
- iv) Antes de lhe ter sido diagnosticada esta doença, a requerida afirmava não querer ser submetida a tratamentos para prolongamento da vida, designadamente ser entubada e alimentada artificialmente.

- v) O estado de saúde da requerida, leva a que esta possa, a qualquer momento entrar em estado comatoso, com possibilidade de entrar em estado vegetativo permanente.

2) *O direito*

- i) Foi intentada, pelo Ministério Público, ação de processo especial de interdição por anomalia psíquica, pedindo-se que fosse decretada a interdição da requerida, a título provisório e com caráter urgente, nomeando-se-lhe tutor provisório (pretendendo-se o marido da requerida), uma vez que tinha este a intenção de impedir que, numa eventual situação de incapacidade por parte da requerida, fosse esta submetida a tratamentos para prolongamento da vida.
- ii) Tendo sido, em 1ª instância, indeferido o pedido de decretamento da interdição provisória da requerida, foi interposto recurso de apelação, no qual concluiu o Ministério Público que a primeira sentença violou os artigos 142º e 143º do CC, artigo 900º do CPC (relativos ao Regime de interdição que vigorava no nosso ordenamento jurídico à data do acórdão), o art. 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, a al. h) do art. 7º do DLnº101/2006, de 06 de Junho criador da Rede de Cuidados Continuados Integrados, os arts. 45º e 46º do Código Deontológico dos Médicos e o art. 38º, nº3 do C. Penal; apelando, por isso, a que fosse revogada e substituída por outra que, deferindo ao requerido, julgasse a ação procedente e decretasse a interdição provisória da Requerida, com todas as consequências legais.

3) *A decisão*

- i) Considere-se que a capacidade jurídica, também doutrinariamente chamada capacidade de gozo de direitos, encontra-se definida no artº 67º CCiv, traduzindo-se na suscetibilidade de uma pessoa ser sujeito de quaisquer relações jurídicas *rectius* titular de direitos e obrigações.
- ii) A denominada capacidade negocial ou capacidade jurídica complementa assim a capacidade de gozo (é o seu “elemento dinâmico”) — traduz-se na possibilidade de agir voluntária e esclarecidamente no tráfico jurídico negocial, adquirindo pois o gozo de direitos.
- iii) Todavia, dentro da capacidade negocial, há que fazer a distinção entre os direitos que são de natureza estritamente pessoal, sendo por isso insuscetíveis de ser assumidos por outrem (tutor), e aqueles que, por não revestirem natureza estritamente pessoal, são passíveis de suprimento por terceiro representante legal.
- iv) O que vem alegado no processo tem a ver com o facto de a Requerida poder entrar, a qualquer momento, em estado comatoso, sendo seu desejo, anterior ao atual estado de anomalia psíquica, o de não lhe ser prestado auxílio para o prolongamento da vida, nomeadamente com a colocação de sonda gástrica para alimentação em estado comatoso
- v) À luz do nosso quadro constitucional, os tratamentos médicos devem ser entendidos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artº 1º CRP, e, nesse sentido, encontram-se subordinados à noção de voluntariedade dos tratamentos, antecipada pelo consentimento informado, ou seja, pela necessária explicação prévia (e aceitação) das consequências da intervenção ou intervenções alternativas propostas.
- vi) Também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos Portuguesa, referencia o dever de esclarecimento prévio do doente (artº 19º), que pode dirigir-se a doentes incapazes de dar consentimento, caso em que, inexistindo diretiva escrita do doente, exprimindo a sua vontade, o consentimento deve ser solicitado ao representante legal, se possível (artº 21º nº 1).
- vii) Tem-se por isso, que existe um inequívoco papel do representante legal ou dos familiares no sentido, ao menos, da consulta por parte do médico, procurando tomar em consideração a opinião que o doente teria se se pudesse exprimir, respeitando o seu sistema de valores, as suas convicções e a sua biografia.
- viii) Contudo, o estipulado não impede uma outra consideração: o que está em causa é apenas a hidratação e a alimentação (terapias de sustento vital) que, em estados próximos da morte, são, em termos supletivos, no nosso ordenamento jurídico, subtraídas à vontade do doente, nos termos do artº 67º nº5 CDOM, por não serem de considerar meios extraordinários de manutenção de vida.
- ix) Não obstante, a vontade de não ser submetido a medidas relativas ao retardamento do processo natural de morte (irreversível), como as medicamentosas e de

alimentação, são próprias do chamado testamento vital — artº 2º Lei nº25/2012 de 16/7 (Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade), que tem de assumir a forma escrita.

- x) Face à lei existente, a única possibilidade de ultrapassar o estabelecido acerca dos procedimentos médicos autorregulados, na disposição citada (artº 67º nº5), em matéria dos cuidados terminais com alimentação e hidratação, por via artificial, está na existência prévia do testamento vital ou da procuração de cuidados de saúde. E, neste caso, a requerida não apresenta nenhuma destas opções.
- xi) Por essas razões, foi, também em sede de recurso, indeferido o pedido, afirmando-se a sentença de 1ª instância.
- xii) Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Apesar de a legislação prever que as Diretivas Antecipadas da Vontade terem de apresentar forma escrita, foi defendido que, neste caso, devia ter-se dado maior relevância à vontade real da requerida, uma vez que havia prova testemunhal nesse sentido.

A grande conclusão alcançada foi a de que, não tendo sido aceite o pedido de interdição, nunca poderá ser verdadeiramente encontrado o consentimento informado da requerida, dada a sua condição de saúde.

CASO 3

APRESENTADO PELO DR. ABEL FELICIANO SEVERINO CHICUNHA | DOUTORANDO

A. Identificação da decisão: *Decisão do Supremo Tribunal de Espanha*

B. Palavras-chave: *negligência, Wrongful Life Action, dano por ricochete, danos morais, danos patrimoniais, nexa causal*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Maria Dolores, mulher de 40 anos, tinha três filhos, mas almejava ter um quarto filho.
- ii) A sua história contava com antecedentes de abortos espontâneos.
- iii) Engravidou, então, do quarto filho.
- iv) Durante o seguimento da gravidez, a mulher havia apresentado as suas dúvidas ao médico ginecologista a respeito do risco da gravidez.
- v) O médico satisfez as suas dúvidas, tranquilizando-a ao dizer que a gravidez ia correr com normalidade.
- vi) O médico não aconselhou a mesma a submeter-se a um exame de amniocentese.
- vii) Surpreendida, a 9 de outubro de 1989, Maria Dolores deu à luz a menino com Síndrome de Down, cardiopatia e hepatopatia.
- viii) Os pais da criança (Maria Dolores e Tomás), no seu próprio nome e em nome da criança e dos seus outros filhos, intentaram uma ação de responsabilidade civil contra o Médico e contra a seguradora da clínica onde este prestava os seus serviços (a PREVISIÓN POPULAR DE SEGUROS, S.A)

- ix) Na ação, pediam que se condenasse o médico e a seguradora no pagamento do seguinte: 50.000.000 pesetas para cada um dos progenitores; 100.000.000 pesetas para a criança que nasceu com as malformações; 20.000.000 pesetas para cada um dos três irmãos da criança.
- x) A base da ação tinha como fundamento, a falta de consentimento informado por parte do médico.

2. O Direito

O presente caso suscita problemas que são reconduzíveis a 4 questões: 1) a existência de culpa negligente por parte do médico, que não informou Maria Dolores dos testes existentes para determinar se havia ou não malformações do feto; 2) a importância do consentimento informado no caso em apreço, que poderia ter tido uma influência decisiva na decisão de Maria Dolores de continuar ou interromper a gravidez no prazo legal permitido; 3) a existência denexo causal entre a conduta imputada ao médico (falta de informação a Maria Dolores) e o resultado produzido (nascimento da criança com malformações; 4) questão da *Wrongful Life Action*.

3. A Decisão

O Tribunal de 1ª Instância atribuiu ao médico demandado uma culpa negligente por não ter informado Maria Dolores dos testes existentes para determinar a existência de malformações no feto, privando, portanto, a gestante, da faculdade de optar pela interrupção da gravidez dentro do prazo legal permitido. Desta forma, deu provimento parcial ao pedido, condenando os demandados a que, conjunta e solidariamente, indenizassem os demandantes nos seguintes valores: 10.000.000 pe-

setas para cada um dos progenitores, 20.000.000 de pesetas para a criança que nasceu com as malformações; 5.000.000 pesetas para cada um dos três irmãos da criança.

Desta decisão, tanto os autores como os réus, interpuseram recurso de apelação.

A Relação revogou parcialmente a sentença de 1ª Instância, decidindo condenar os demandados que, conjunta e solidariamente, indenizassem em 20.000 de pesetas cada um dos progenitores; absolver os demandados de toda outra petição indenizatória a favor dos restantes autores.

Da decisão do Tribunal da Relação, os demandados recorreram para o Tribunal Supremo Espanhol, que entendeu pela inexistência de umnexo causal entre a conduta imputada ao médico e o resultado produzido, dado que a determinação donexo causal não pode fundar-se em hipóteses ou possibilidades e que, para além disso, a causalidade é requisito de absoluta certeza.

Ainda que as malformações que o feto apresentava fossem detetadas através dos testes pertinentes, o evitar que a criança nascida não estivesse afetada por aquelas, não está ao alcance da ciência médica e dos conhecimentos atuais da genética. Portanto, a presença das malformações no filho dos autores não é imputável ao médico que atendeu a gestante. Ao estabelecermos uma relação de causalidade direta entre o incumprimento do dever de informação da existência de testes médicos que podem analisar o estado do feto e a privação da mãe da sua faculdade de optar pela interrupção da gravidez, não está baseada se não em meras hipóteses, dado que, nos autos, não existe prova alguma da qual pode deduzir-se que a gestante, havendo conhecido o estado do feto, teria decidido interromper a gravidez.

Assim, o Supremo Tribunal Espanhol declarou

improcedente a ação formulada pelos autores e absolveu os demandados, aqui, recorrentes.

Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na sessão, começou por se dizer que existe, embora que indireto, um nexo causal entre a conduta imputada ao médico (a falta de informação à paciente) e o resultado produzido (o nascimento de uma criança afetada por malformações). De facto, médico suprime um direito de personalidade (o direito de informação para o possível consentimento) à mãe. O Supremo parece confundir causa na Física (causa/efeito), com causa em Direito. Para o Supremo, a ação ou omissão do médico tinha que ter repercussões diretas no feto, pelo que, não concordamos que assim seja.

Também se discutiu que não parece razoável que o Tribunal Supremo exija da gestante a prova de que, se fosse para ter um filho naquelas condições, abortaria. Para contornar tal entendimento (tradicional) do ónus da prova chamou-se a figura do equilíbrio processual, a

facilidade da prova, dado que numa ação como esta, de *wrongful birth* estamos perante um especialista (o médico) e um não especialista (a gestante) e a realização da justiça material sobrepõe-se.

Pelos motivos elencados, na sessão, não se concordou que Tribunal Supremo de Espanha

tenha anulado, respetivamente, as decisões da primeira instância e da apelação, consequentemente absolvendo os recorrentes do pedido.

CASO 4

APRESENTADO PELA DRA. DIANA ANTÃO SEABRA | DOUTORANDA E ADVOGADA-ESTAGIÁRIA

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Relação de Lisboa*

B. Palavras-chave: *procedimento estético, nexo causal, ónus da prova, responsabilidade contratual, leges artis.*

C. Os factos, o Direito e a Decisão:

1. Os factos

- i) A 2ª R é uma sociedade comercial por quotas que se dedica à prestação de serviços de cirurgia estética, constituída pelo 1º R, tendo este a qualidade de sócio e gerente da 1ª R.
- ii) O 1º R é médico de profissão, exerce a sua atividade para a sociedade 2ª R.
- iii) A A nunca tinha sido submetida a uma operação de cirurgia estética.
- iv) A A procurou o 1º R por o considerar o melhor cirurgião plástico.
- v) Nas instalações da 2ª R., teve lugar a primeira consulta da A. Pelo 1º R, no dia 14/09/2004
- vi) Na 1ª consulta, o 1º R perguntou à A o que é que a A gostaria de alterar, ao que a A respondeu que gostaria de aumentar ligeiramente o tamanho dos lábios.
- vii) A A. tinha quatro sinais no lado direito da face e na zona do nariz, do lado direito.
- viii) O médico marcou procedimento com a A. para o dia 5/11/2004, nas instalações da 2ª R.

- ix) Nessa altura, o médico marcou retirou os quatro sinais à A e disse-lhe para que voltasse a comparecer nas instalações da sociedade na semana seguinte.
- x) Entretanto, a A ficou com nódos negros nos locais da face onde o médico a tinha injetado, que se mantiveram, pelo menos, até 10/11/2004.
- xi) Na semana seguinte, a A deslocou-se a consulta com o médico para lhe mostrar a face, a fim de verificar o estado da cicatrização dos sinais e nova aplicação/infiltração. A segunda aplicação não foi feita, dado que a A recusou.
- xii) O médico disse ser normal e que a A ia ficar bem, que lhe tinha apanhado um vaso sanguíneo.
- xiii) Em maio de 2007, ao aplicar um creme de rosto, A notou a presença de um caroço por cima do lábio e, por isso, deslocou-se a uma Clínica de Imagiologia onde realizou uma ecografia às partes moles da face direita.
- xiv) Neste exame, foram-lhe diagnosticadas formações nodulares. Fez mais exames, designadamente uma ortopantomografia e uma TAC.
- xv) Foi-lhe identificado corpo estranho na face e, por isso, a A marcou consulta com o 1ºR para apurar o produto que lhe tinha injetado.
- xvi) Nesta consulta, dia 11/10/2007, o 1º R disse à A que seria ele a retirar o produto, uma vez que tinha sido ele a aplica-lo.
- xvii) O médico operou a A no dia 3/12/2007 para retirar o produto que lhe tinha injetado em 2004, e na virtude desta operação, A A ficou impossibilitada de exercer as suas funções profissionais nos dois dias seguintes.
- xviii) Nesta operação apenas foi retirada parte do produto, e o remanescente estava a transformar-se em granulado dentro da face de A, o granulado estava a aumentar e a incomodar.
- xix) A consultou um outro médico, o Sr. Prof. Doutor B, em 17/12/2008, a quem contou os factos descritos, pelo qual foi seguida desde então, tendo continuado com queixas, granulomas, infeções, tudo desde o procedimento estético que efetuou em 2004.
- xx) Em 2012, depois de várias intervenções, e incapacidades temporárias, ainda sofre dores devido à presença dos granulomas que lhe deformaram a cara.

2. O direito

O presente caso suscita problemas que são reconduzíveis a 4 questões: 1) recondução do caso à responsabilidade contratual (art. 798º e ss do CC) ou extracontratual (art. 483º e ss do CC); 2) elementos constitutivos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano); 3) violação das *leges artis*; 4) negligência

3. A decisão

Na primeira instância, a ação proposta pela A tinha sido julgada parcialmente procedente, tendo sido os dois réus condenados a pagar à A a quantia de 24.788,02 euros, acrescida de juros de mora.

OTRL decidiu dar provimento ao recurso e jul-

gar a ação totalmente improcedente: entre a autora e os réus foi celebrado um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as disposições relativas ao mandato, com as necessárias adaptações, uma vez que se está perante uma modalidade de prestação de serviços que a lei não regula especialmente (art. 1154º e 1156º CC).

Como decorre do exposto, cabia à autora fazer a prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, isto é, da violação da *lex artis* pelo réu, cabendo a este o ónus da prova da falta de culpa, ou seja, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente.

Por sua vez, a prova do nexo causal, segunda a doutrina da causalidade adequada, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar, recaía sobre a autora, independentemente da fonte da obrigação de indemnizar (arts. 563º e 342º/1 CC).

Ora, como resulta da factualidade apurada, não ficou demonstrado que o réu tenha praticado os factos que a autora lhe imputa, isto é, que, no dia 5/11/2004, tenha procedido ao preenchimento dos seus lábios e dos sulcos naso genianos com “polimetil metacrilato”. E, ainda que o tivesse feito, tão pouco ficou provado que o réu tivesse violado os deveres de diligência e perícia exigíveis pela boa técnica, isto é, conformes à “*lex artis*” e, muito menos, a título de negligência.

De igual forma, não ficou provado que a conduta do réu possa ser considerada causa adequada do dano, designadamente do aparecimento de “granulomas” na face da autora.

O TRL decidiu, por fim, que, não tendo ficado provados os pressupostos constitutivos da obrigação de indemnizar, seja no âmbito da responsabili-

dade contratual ou extracontratual, não podem os réus deixar de ser absolvidos.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Os réus tinham sido condenados, na primeira instância, dado que se tinha dado como provado que tinha sido uma determinada substância a ser infiltrada na face da A.

Mas, o TRL, absolveu os réus, porque se deu como não provado que tivesse sido, de facto, aquela substância a ser introduzida.

In casu, havia 2 réus: um deles, era a sociedade onde o médico exerceu os atos médicos, o outro, era o médico. Este médico tinha uma especialização em cirurgia estética, obtida no Brasil, mas que não estava propriamente reconhecida pela Ordem dos Médicos portuguesa. Esta questão, no acórdão, passa um pouco despercebida, no entanto, tem alguma relevância, dado que estamos a falar de atos médicos. Poderá até levantar uma questão de usurpação de funções...

No caso em análise, temos dois atos médicos, diferentes: um, é um procedimento estético, no qual existe a infiltração de uma determinada substância na cara da senhora, que se pensa até que seria com o intuito de aumentar os lábios; o outro, é a retirada de sinais, que pode ter até uma finalidade curativa, pode considerar-se fora do âmbito de qualquer procedimento estético.

Porque é que no tribunal de 1ª instância se dá como provado que foi a substância x que foi introduzida na face da autora e, depois, no TRL, não foi dado como provado esse pacto? É que a ponderação que se faz dos depoimentos, na 1ª instância, é totalmente diferente da ponderação dos depoimentos que se faz na Relação. Na 1ª instância, a ponderação assentava, sobretudo, no depoimento da filha da senhora, que era médica-dentista.

Ora, não se provando a substância, não se conseguiu provar onexo causal e o médico alegou que a senhora poderia ter sido alvo de uma intervenção estética anterior, na qual, aí sim, poderia ter sido injetada uma substância, que vem depois a identificar como “polimetil metacrilato”. Esta substância, a partir de 2000, deixou até de ser utilizada, porque os médicos começaram a ter várias reclamações precisamente de aparecimentos destes “granulomas” na face e estes sintomas podem demorar até 10 anos a manifestarem-se.

Isto é o suficiente para abalar a ilicitude, a culpa e ainda onexo de causalidade.

Só que, apesar de, na teoria, olharmos para os pressupostos da responsabilidade civil de forma, até, estanque, fazendo uma cisão entre todos os pressupostos, na prática, a realidade é outra... um facto que pode parecer que só é relevante para um determinado pressuposto, acaba por afetar todos os outros.

O que é que tinha sido provado na primeira instância que tinha relevância? 1) Aquela clínica já tinha usado aquela substância; 2) Aquela substância já não era utilizada pela maioria dos médicos na altura em que foi realizado o procedimento estético, devido exatamente a esse risco.

Mas, o TRL considera que, ainda que tivesse havido a utilização do produto, não havia violação das leges artis porque o produto era comercializado.

Noutro tipo de casos, tem-se até debatido a questão de, ao não haver uma norma proibitiva, se se deve ou não conformar o dever de cuidado que está associado nessa prática. A OM já tinha emitido um parecer e uma sanção, num caso de obstetria, num caso de uma paciente que ia ver se ia fazer amniocentese ou não, para detetar uma série de doenças no feto, e havia uma série de diretrizes/índices (ex.: se tiver uma certa espessura da nuca tem que

ser submetido, se não, já não tem) e a verdade é que a senhora estava extremamente próxima de todos, mas não atingia nenhum. A OM disse que, em termos estritos, tinham sido cumpridas as regras, no entanto, que se exigia uma ponderação global dos índices e que, nessa medida, o médico devia ter submetido a senhora ao exame.

Se, no caso em análise, todos os médicos que foram prestar os seus depoimentos, consideraram que o produto era perigoso e que levava à materialização do risco, então, o juízo a fazer devia ser o de que aquele produto já não devia ser utilizado e que é uma violação das leges artis.

Quanto ao facto de saber qual o tipo de substância que foi injetada, sobre quem deveria cair o ónus de provar? Sobre o médico, pela simples razão de que analisado o processo clínico não havia uma única referência à substância utilizada e existe, sobre o médico, um dever de documentação. A única forma que aquela paciente tinha de provar qual a substância que tinha sido infiltrada, era precisamente se o médico a tivesse registado. E este não o fez. Portanto, devia ter sido feito uso da inversão do ónus da prova decorrente do art. 344/2 CC. Era uma prova demasiado onerosa para a autora. Havia responsabilidade contratual, dado que era uma clínica privada, então pensávamos nós que a autora tinha, até, a sua tarefa facilitada, dado que, do art. 799º CC decorre que impende sobre o devedor uma presunção de culpa, que lhe cumpre ilidir, no entanto, põem-na a fazer a prova de um facto negativo.

CASO 5

APRESENTADO PELO DR. ABEL FELICIANO SEVERINO CHICUNHA | DOUTORANDO

A. Identificação da decisão: *Decisão do Supremo Tribunal de Espanha*

B. Palavras-chave: *negligência, Wrongful Life Action, dano por ricochete, danos morais, danos patrimoniais, nexo causal*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Maria Dolores, mulher de 40 anos, tinha três filhos, mas almejava ter um quarto filho.
- ii) A sua história contava com antecedentes de abortos espontâneos.
- iii) Engravidou, então, do quarto filho.
- iv) Durante o seguimento da gravidez, a mulher havia apresentado as suas dúvidas ao médico ginecologista a respeito do risco da gravidez.
- v) O médico satisfaz as suas dúvidas, tranquilizando-a ao dizer que a gravidez ia correr com normalidade.
- vi) O médico não aconselhou a mesma a submeter-se a um exame de amniocentese.
- vii) Surpreendida, a 9 de outubro de 1989, Maria Dolores deu à luz a menino com Síndrome de Down, cardiopatia e hepatopatia.
- viii) Os pais da criança (Maria Dolores e Tomás), no seu próprio nome e em nome da criança e dos seus outros filhos, intentaram uma ação de responsabilidade civil contra o Médico e contra a seguradora da clínica onde este prestava os seus serviços (a PREVISIÓN POPULAR DE SEGUROS, S.A)

ix) Na ação, pediam que se condenasse o médico e a seguradora no pagamento do seguinte: 50.000.000 pesetas para cada um dos progenitores; 100.000.000 pesetas para a criança que nasceu com as malformações; 20.000.000 pesetas para cada um dos três irmãos da criança.

x) base da ação tinha como fundamento, a falta de consentimento informado por parte do médico.

2. O Direito

O presente caso suscita problemas que são reconduzíveis a 4 questões: 1) a existência de culpa negligente por parte do médico, que não informou Maria Dolores dos testes existentes para determinar se havia ou não malformações do feto; 2) a importância do consentimento informado no caso em apreço, que poderia ter tido uma influência decisiva na decisão de Maria Dolores de continuar ou interromper a gravidez no prazo legal permitido; 3) a existência de nexo causal entre a conduta imputada ao médico (falta de informação a Maria Dolores) e o resultado produzido (nascimento da criança com malformações; 4) questão da *Wrongful Life Action*.

3. A Decisão

O Tribunal de 1ª Instância atribuiu ao médico demandado uma culpa negligente por não ter informado Maria Dolores dos testes existentes para determinar a existência de malformações no feto, privando, portanto, a gestante, da faculdade de optar pela interrupção da gravidez dentro do prazo legal permitido. Desta forma, deu provimento parcial ao pedido, condenando os demandados a que, conjunta e solidariamente, indemnizassem os demandantes nos seguintes valores: 10.000.000 pe-

setas para cada um dos progenitores, 20.000.000 de pesetas para a criança que nasceu com as malformações; 5.000.000 pesetas para cada um dos três irmãos da criança.

Desta decisão, tanto os autores como os réus, interpuseram recurso de apelação.

A Relação revogou parcialmente a sentença de 1ª Instância, decidindo condenar os demandados que, conjunta e solidariamente, indemnizassem em 20.000 de pesetas cada um dos progenitores; absolver os demandados de toda outra petição indemnizatória a favor dos restantes autores.

Da decisão do Tribunal da Relação, os demandados recorreram para o Tribunal Supremo Espanhol, que entendeu pela inexistência de um nexo causal entre a conduta imputada ao médico e o resultado produzido, dado que a determinação do nexo causal não pode fundar-se em hipóteses ou possibilidades e que, para além disso, a causalidade é requisito de absoluta certeza.

Ainda que as malformações que o feto apresentava fossem detetadas através dos testes pertinentes, o evitar que a criança nascida não estivesse afetada por aquelas, não está ao alcance da ciência médica e dos conhecimentos atuais da genética. Portanto, a presença das malformações no filho dos autores não é imputável ao médico que atendeu a gestante. Ao estabelecermos uma relação de causalidade direta entre o incumprimento do dever de informação da existência de testes médicos que podem analisar o estado do feto e a privação da mãe da sua faculdade de optar pela interrupção da gravidez, não está baseada se não em meras hipóteses, dado que, nos autos, não existe prova alguma da qual pode deduzir-se que a gestante, havendo conhecido o estado do feto, teria decidido interromper a gravidez.

Assim, o Supremo Tribunal Espanhol declarou improcedente a ação formulada pelos autores e absolveu os demandados, aqui, recorrentes.

Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na sessão, começou por se dizer que existe, embora que indireto, um nexo causal entre a conduta imputada ao médico (a falta de informação à paciente) e o resultado produzido (o nascimento de uma criança afetada por malformações). De facto, médico suprime um direito de personalidade (o direito de informação para o possível consentimento) à mãe. O Supremo parece confundir causa na Física (causa/efeito), com causa em Direito. Para o Supremo, a ação ou omissão do médico tinha que ter repercussões diretas no feto, pelo que, não concordamos que assim seja.

Também se discutiu que não parece razoável que o Tribunal Supremo exija da gestante a prova de que, se fosse para ter um filho naquelas condições, abortaria. Para contornar tal entendimento (tradicional) do ónus da prova chamou-se a figura do equilíbrio processual, a facilidade da prova, dado que numa ação como esta, de *wrongful birth* estamos perante um especialista (o médico) e um não especialista (a gestante) e a realização da justiça material sobrepõe-se.

Pelos motivos elencados, na sessão, não se concordou que Tribunal Supremo de Espanha

tenha anulado, respetivamente, as decisões da primeira instância e da apelação, consequentemente absolvendo os recorrentes do pedido.

CASO 6

APRESENTADO PELA DRA. DIANA
ANTÃO SEABRA | DOUTORANDA E
ADVOGADA-ESTAGIÁRIA

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Relação de Lisboa*

B. Palavras-chave: *procedimento estético, nexo causal, ónus da prova, responsabilidade contratual, leges artis.*

C. Os factos, o Direito e a Decisão:1. *Os factos*

- i) A 2ª R é uma sociedade comercial por quotas que se dedica à prestação de serviços de cirurgia estética, constituída pelo 1º R, tendo este a qualidade de sócio e gerente da 1ªR.
- ii) O 1º R é médico de profissão, exerce a sua atividade para a sociedade 2ª R.
- iii) A A nunca tinha sido submetida a uma operação de cirurgia estética.
- iv) A A procurou o 1ºR por o considerar o melhor cirurgião plástico.
- v) Nas instalações da 2ªR., teve lugar a primeira consulta da A. Pelo 1º R, no dia 14/09/2004
- vi) Na 1ª consulta, o 1ºR perguntou à A o que é que a A gostaria de alterar, ao que a A respondeu que gostaria de aumentar ligeiramente o tamanho dos lábios.
- vii) A A. tinha quatro sinais no lado direito da face e na zona do nariz, do lado direito.
- viii) O médico marcou procedimento com a A. para o dia 5/11/2004, nas instalações da 2ªR.
- ix) Nessa altura, o médico marcou retirou os quatro sinais à A e disse-lhe para que voltasse a comparecer nas instalações da sociedade na semana seguinte.
- x) Entretanto, a A ficou com nódos negros nos locais da face onde o médico a tinha injetado, que se mantiveram, pelo menos, até 10/11/2004.
- xi) Na semana seguinte, a A deslocou-se a consulta com o médico para lhe mostrar a face, a fim de verificar o estado da cicatrização dos sinais e nova aplicação/infiltração. A segunda aplicação não foi feita, dado que a A recusou.
- xii) O médico disse ser normal e que a A ia ficar bem, que lhe tinha apanhado um vaso sanguíneo.
- xiii) Em maio de 2007, ao aplicar um creme de rosto, A notou a presença de um caroço por cima do lábio e, por isso, deslocou-se a uma Clínica de Imagiologia onde realizou uma ecografia às partes moles da face direita.
- xiv) Neste exame, foram-lhe diagnosticadas formações nodulares. Fez mais exames, designadamente uma ortopantomografia e uma TAC.
- xv) Foi-lhe identificado corpo estranho na face e, por isso, a A marcou consulta com o 1ºR para apurar o produto que lhe tinha injetado.
- xvi) Nesta consulta, dia 11/10/2007, o 1º R disse à A que seria ele a retirar o produto, uma vez que tinha sido ele a aplica-lo.
- xvii) O médico operou a A no dia 3/12/2007 para retirar o produto que lhe tinha inje-

tado em 2004, e na virtude desta operação, A A ficou impossibilitada de exercer as suas funções profissionais nos dois dias seguintes.

- xviii) Nesta operação apenas foi retirada parte do produto, e o remanescente estava a transformar-se em granulado dentro da face de A, o granulado estava a aumentar e a incomodar.
- xix) A consultou um outro médico, o Sr. Prof. Doutor B, em 17/12/2008, a quem contou os factos descritos, pelo qual foi seguida desde então, tendo continuado com queixas, granulomas, infeções, tudo desde o procedimento estético que efetuou em 2004.
- xx) Em 2012, depois de várias intervenções, e incapacidades temporárias, ainda sofre dores devido à presença dos granulomas que lhe deformaram a cara.

2. O direito

O presente caso suscita problemas que são reconduzíveis a 4 questões: 1) recondução do caso à responsabilidade contratual (art. 798º e ss do CC) ou extracontratual (art. 483º e ss do CC); 2) elementos constitutivos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano); 3) violação das *leges artis*; 4) negligência

3. A decisão

Na primeira instância, a ação proposta pela A tinha sido julgada parcialmente procedente, tendo sido os dois réus condenados a pagar à A a quantia de 24.788,02 euros, acrescida de juros de mora.

OTRL decidiu dar provimento ao recurso e jul-

gar a ação totalmente improcedente: entre a autora e os réus foi celebrado um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as disposições relativas ao mandato, com as necessárias adaptações, uma vez que se está perante uma modalidade de prestação de serviços que a lei não regula especialmente (art. 1154º e 1156º CC).

Como decorre do exposto, cabia à autora fazer a prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, isto é, da violação da *lex artis* pelo réu, cabendo a este o ónus da prova da falta de culpa, ou seja, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente.

Por sua vez, a prova do nexo causal, segunda a doutrina da causalidade adequada, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar, recaía sobre a autora, independentemente da fonte da obrigação de indemnizar (arts. 563º e 342º/1 CC).

Ora, como resulta da factualidade apurada, não ficou demonstrado que o réu tenha praticado os factos que a autora lhe imputa, isto é, que, no dia 5/11/2004, tenha procedido ao preenchimento dos seus lábios e dos sulcos naso genianos com “polimetil metacrilato”. E, ainda que o tivesse feito, tão pouco ficou provado que o réu tivesse violado os deveres de diligência e perícia exigíveis pela boa técnica, isto é, conformes à “*lex artis*” e, muito menos, a título de negligência.

De igual forma, não ficou provado que a conduta do réu possa ser considerada causa adequada do dano, designadamente do aparecimento de “granulomas” na face da autora.

OTRL decidiu, por fim, que, não tendo ficado provados os pressupostos constitutivos da obrigação de indemnizar, seja no âmbito da responsabili-

dade contratual ou extracontratual, não podem os réus deixar de ser absolvidos.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Os réus tinham sido condenados, na primeira instância, dado que se tinha dado como provado que tinha sido uma determinada substância a ser infiltrada na face da A.

Mas, o TRL, absolveu os réus, porque se deu como não provado que tivesse sido, de facto, aquela substância a ser introduzida.

In casu, havia 2 réus: um deles, era a sociedade onde o médico exerceu os atos médicos, o outro, era o médico. Este médico tinha uma especialização em cirurgia estética, obtida no Brasil, mas que não estava propriamente reconhecida pela Ordem dos Médicos portuguesa. Esta questão, no acórdão, passa um pouco despercebida, no entanto, tem alguma relevância, dado que estamos a falar de atos médicos. Poderá até levantar uma questão de usurpação de funções...

No caso em análise, temos dois atos médicos, diferentes: um, é um procedimento estético, no qual existe a infiltração de uma determinada substância na cara da senhora, que se pensa até que seria com o intuito de aumentar os lábios; o outro, é a retirada de sinais, que pode ter até uma finalidade curativa, pode considerar-se fora do âmbito de qualquer procedimento estético.

Porque é que no tribunal de 1ª instância se dá como provado que foi a substância x que foi introduzida na face da autora e, depois, no TRL, não foi dado como provado esse facto? É que a ponderação que se faz dos depoimentos, na 1ª instância, é totalmente diferente da ponderação dos depoimentos que se faz na Relação. Na 1ª instância, a ponderação assentava, sobretudo, no depoimento da filha da senhora, que era médica-dentista.

Ora, não se provando a substância, não se conseguiu provar onexo causal e o médico alegou que a senhora poderia ter sido alvo de uma intervenção estética anterior, na qual, aí sim, poderia ter sido injetada uma substância, que vem depois a identificar como “polimetil metacrilato”. Esta substância, a partir de 2000, deixou até de ser utilizada, porque os médicos começaram a ter várias reclamações precisamente de aparecimentos destes “granulomas” na face e estes sintomas podem demorar até 10 anos a manifestarem-se.

Isto é o suficiente para abalar a ilicitude, a culpa e ainda o nexo de causalidade.

Só que, apesar de, na teoria, olharmos para os pressupostos da responsabilidade civil de forma, até, estanque, fazendo uma cisão entre todos os pressupostos, na prática, a realidade é outra... um facto que pode parecer que só é relevante para um determinado pressuposto, acaba por afetar todos os outros.

O que é que tinha sido provado na primeira instância que tinha relevância? 1) Aquela clínica já tinha usado aquela substância; 2) Aquela substância já não era utilizada pela maioria dos médicos na altura em que foi realizado o procedimento estético, devido exatamente a esse risco.

Mas, o TRL considera que, ainda que tivesse havido a utilização do produto, não havia violação das *leges artis* porque o produto era comercializado.

Noutro tipo de casos, tem-se até debatido a questão de, ao não haver uma norma proibitiva, se se deve ou não conformar o dever de cuidado que está associado nessa prática. A OM já tinha emitido um parecer e uma sanção, num caso de obstetria, num caso de uma paciente que ia ver se ia fazer amniocentese ou não, para detetar uma série de doenças no feto, e havia uma série de diretrizes/índices (ex.: se tiver uma certa espessura da nuca tem que ser submetido, se não, já não tem) e a verdade é

que a senhora estava extremamente próxima de todos, mas não atingia nenhum. A OM disse que, em termos estritos, tinham sido cumpridas as regras, no entanto, que se exigia uma ponderação global dos índices e que, nessa medida, o médico devia ter submetido a senhora ao exame.

Se, no caso em análise, todos os médicos que foram prestar os seus depoimentos, consideraram que o produto era perigoso e que levava à materialização do risco, então, o juízo a fazer devia ser o de que aquele produto já não devia ser utilizado e que é uma violação das *leges artis*.

Quanto ao facto de saber qual o tipo de substância que foi injetada, sobre quem deveria cair o ónus de provar? Sobre o médico, pela simples razão de que analisado o processo clínico não havia uma

única referência à substância utilizada e existe, sobre o médico, um dever de documentação. A única forma que aquela paciente tinha de provar qual a substância que tinha sido infiltrada, era precisamente se o médico a tivesse registado. E este não o fez. Portanto, devia ter sido feito uso da inversão do ónus da prova decorrente do art. 344/2 CC.

Era uma prova demasiado onerosa para a autora. Havia responsabilidade contratual, dado que era uma clínica privada, então pensávamos nós que a autora tinha, até, a sua tarefa facilitada, dado que, do art. 799º CC decorre que impende sobre o devedor uma presunção de culpa, que lhe cumpre ilidir, no entanto, põem-na a fazer a prova de um facto negativo.

Mesa 5

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS E FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO

Presidente da Mesa: Vera Jardim | Advogado

Relatores: Mickael Martins | Mestrando FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELA DRA. SILVIA VILAR GONZÁLEZ — OFICIAL DE NOTÁRIA

A. **Identificação da decisão:** Tribunal Superior de Justiça das Canárias, recurso da decisão de 11/07/2017, procedimento n.º 0000121/2016, do Tribunal de Contencioso Administrativo, número 4, de Las Palmas, Gran Canaria.

B. **Palavras-chave:** funcionamento anormal do serviço; má prática médica; diagnóstico pré-natal; *wrongful birth*.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) O Serviço Canário de Saúde interpôs recurso da decisão do Tribunal Contencioso Administrativo, condenado ao pagamento de uma indemnização no valor de € 1.300.000,00, porquanto
- ii) A progenitora é portadora de uma mutação rara no gene HPRT1, localizado no cromossoma X — responsável pela Síndrome de Lesch-Nyham — e que lhe fora diagnosticada aquando do nascimento do seu primeiro filho, que padece desse mesmo Síndrome, e que apenas se desenvolve nos indivíduos do sexo masculino.

iii) Aquando da terceira gravidez, no ano de 2014, e considerando os seus antecedentes clínicos, a progenitora é submetida a uma biópsia, a fim de averiguar se o feto viria a padecer desse mesmo Síndrome — realizada na Unidade de Diagnóstico Pré-Natal do Hospital Universitário Materno-Infantil das Canárias.

iv) A amostra obtida foi enviada para a Unidade de Genética Clínica, a fim de realizar três diagnósticos, um dos quais o diagnóstico da síndrome de Lesch-Nyham.

v) Para tanto, a amostra foi dividida em três partes alíquotas, sendo uma delas reenaminhada para o Centro Hospitalar de Madrid para o diagnóstico da Síndrome.

vi) Este analisou a amostra e determinou que o ADN analisado não era portador da Síndrome.

vii) Nove dias mais tarde, nas Canárias, detetou-se que o ADN estava infetado com células maternas, pelo que não era fiável o resultado do exame — sendo que tal conclusão não foi comunicada nem ao Centro Hospitalar de Madrid, nem à mãe.

viii) Havia, no caso concreto, tempo suficiente para voltar a recolher amostras e efetuar

89

novo diagnóstico pré-natal, com as devidas garantias.

- ix) O filho acabou por nascer e, pouco tempo depois, foi-lhe diagnosticada a referida Síndrome.

2. O Direito

Constitui jurisprudência dominante em Espanha o entendimento segundo o qual os particulares têm direito a ser indemnizados pelas lesões que sofrem, salvo nos casos de força maior, quando essa mesma lesão seja consequência direta do funcionamento dos serviços públicos, lesando bens ou direitos dos particulares.

Neste caso concreto, atenta a factualidade descrita, tudo estava em saber se o erro de diagnóstico pré-natal era ou não imputável ao Serviço Canário de Saúde, por violação das *leges artis*, porquanto consideravam os autores ter existido uma atuação negligente ao não examinarem a contaminação da amostra referida, por um lado, e a falta de atuação após a constatação da mesma, por outro.

3. A Decisão

3.1. A decisão do Tribunal Contencioso Administrativo

Este Tribunal condenou o Serviço Canário de Saúde ao pagamento de uma indemnização no valor de € 1.300.000,00, por considerar, nomeadamente, que era do conhecimento dos serviços de saúde que a progenitora era portadora da mutação genética supramencionada e que, em relação à amostra contaminada, competia ao Centro que envia a amostra para análise efetuar as comprovações necessárias a fim de garantir que a mesma possui a *qualidade exigível* e que não se encontra contaminada — quando assim não suceda, alerta o Tribunal, a circunstância de não terem sido efetuadas todas as verificações exigíveis impõe ao Centro que envia a

amostra a advertência ao centro recetor da mesma de tal circunstancialismo, para que o mesmo adote os necessários cuidados.

Além disso, considerou o Tribunal, na fixação do *quantum* indemnizatório, entre outros elementos, a dependência *absoluta* de outra pessoa que cuide do filho e da realização das suas atividades quotidianas, bem como a afetação dos domínios cognitivo, comunicacional, motor e socio-emocional de que padece, em virtude do Síndrome.

3.2. A decisão do Tribunal Superior de Justiça das Canárias

O Tribunal Superior de Justiça das Canárias confirmou a decisão anterior que condenou o Serviço Canário de Saúde ao pagamento de indemnização no valor de € 1.300.000,00, por considerar a mesma *proporcional ao muito elevado dano* causado à família que teve um segundo filho com o mesmo síndrome, em virtude do erro de diagnóstico pré-natal levado a cabo pelos serviços de saúde e que fora motivado pela patologia da progenitora, diagnosticada aquando do nascimento do primeiro filho.

CASO 2

APRESENTADO PELA DRA. PAULA BRUNO
— ADVOGADA

A. Identificação da decisão:

B. Palavras-chave: Responsabilidade civil contratual; violação das *leges artis*; consentimento informado; ilicitude; culpa.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) O Autor instaurou ação declarativa de condenação contra Hospital X (Unidade de Saúde Privada) e contra a médica, pedindo que fossem condenados, solidariamente,

- ao pagamento de quantias pecuniárias relativas a danos patrimoniais e não patrimoniais, acrescidas de juros desde a citação até efetivo e integral pagamento.
- ii) Alegou, para o efeito, o seguinte: a Sociedade Ré presta serviços e cuidados de saúde; a 2.ª Ré é médica, especialista em gastroenterologia, atividade profissional que exerce nas instalações da 1.ª Ré; em 17 de Setembro de 2012, consultou a sua médica assistente que o aconselhou a realizar alguns exames de rotina, entre os quais uma colonoscopia, tendo-lhe prescrito a realização deste exame com sedação; deslocou-se aos serviços administrativos da 1.ª Ré para proceder à marcação do referido exame — aí, uma funcionária administrativa agendou o exame endoscópio gastroenterológico para o dia 12 de Outubro de 2012, entregou-lhe documentação e informou o Autor de que a deveria ler, preencher e trazer assinada no dia da realização do exame.
- iii) O autor voltou aos serviços da 1.ª Ré no dia 12 de Outubro de 2012 e entregou a referida documentação assinada; iniciou de seguida os preparativos para a realização do exame, levados a cabo pela enfermeira assistente e pelo médico anestesista, tendo-lhe sido aplicada sedação e a realização do exame foi efetuado pela 2.ª Ré — sem que tenha tido qualquer tipo de contacto verbal com a demandada ou com qualquer outro profissional de saúde, que lhe pudesse prestar informação ou esclarecimentos sobre a *natureza do exame, eventuais complicações ou riscos associados*.
- iv) Logo após a realização do exame, o Autor começou a sentir dores abdominais e mau estar associado a essas mesmas dores, queixando-se reiteradamente à enfermeira; a cônjuge do Autor, atento o desespero do Autor, pediu à enfermeira que comunicasse com a 2.ª Ré porque este não estava bem e padecia de fortes dores abdominais, tendo a mesma respondido que devia esfregar o abdómen e andar.
- v) Já em casa, as dores sentidas intensificaram-se, acompanhadas de suores frios e vontade de vomitar, tendo a cônjuge do Autor ligado para a 2.ª Ré, transmitindo-lhe essa informação, e a mesma indicado que deveria dar-lhe um comprimido (*Duspatal retard*), não tendo o mesmo surtido efeito; a cônjuge do Autor, percebendo que o Autor se encontrava em perigo, telefonou para a médica assistente do demandante, tendo esta comunicado que deveria ligar para o 112 e levá-lo de urgência para o Hospital — o que veio a suceder.
- vi) O Autor foi, após observação hospitalar, submetido a uma intervenção de urgência, com vista à remoção completa do baço (e que resulta dos factos dados como provados).
- vii) A 1.ª Ré contestou, sustentando a sua ilegitimidade passiva com fundamento no facto de a 2.ª Ré ter intervindo ao serviço de entidade distinta, que identificou, pedindo a sua absolvição da instância ou que a ação fosse julgada improcedente. A 2.ª Ré também contestou, requerendo a intervenção principal provocada de (...), Companhia de Seguros, impugnando factos e concluindo

do dever ser absolvida dos pedidos contra si deduzidos. Esta última também apresentou contestação, invocando a inexistência do contrato de seguro e impugnando factos, concluindo pela improcedência da ação.

2. O Direito

Desde logo, o enquadramento da responsabilidade civil no domínio extracontratual ou contratual, pois que é muito frequente nas ações de responsabilidade civil médica o *concurso* de ambas as vias, dado que, nas situações em que se tenha formado um contrato (contrato de prestação de serviços médicos), sucede frequentemente que, em simultâneo, ocorre uma violação de direitos absolutos (v.g., da integridade física ou psíquica do paciente, da sua autodeterminação), geradora de responsabilidade extracontratual (artigo 483.º do Código Civil). No caso concreto, o Tribunal de 1.ª instância enquadrou os factos no domínio da responsabilidade contratual.

Depois, a *verificação dos pressupostos* da responsabilidade civil no caso *sub iudice* — facto voluntário, ilicitude, culpa,nexo de causalidade e dano —, em especial as considerações do Tribunal quanto à ilicitude e à culpa.

Por último, mas não menos importante, a indagação sobre a verificação ou não da prestação de informação e de obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente-autor.

3. A decisão

3.1. A decisão de 1.ª instância

No que diz respeito à verificação dos *pressupostos da responsabilidade civil*, a sentença considerou não haver dúvidas quanto à verificação do dano e ao estabelecimento do nexo de causalidade (traumatismo do baço causado pela colonoscopia).

Já quanto à ilicitude e quanto à culpa, a sentença consignou o seguinte: “*a ilicitude afere-se, neste domínio, pela violação dos deveres de cuidado, das ‘leges artis’*. Na sua determinação não está em causa qualquer resultado médico (o exame realizou a sua finalidade) mas o facto de na execução da colonoscopia ter sido causada uma lesão no baço. O contrato destinava-se à realização de um exame de diagnóstico, ou seja, sem qualquer finalidade curativa, pelo que, a caracterização da obrigação assumida como de meios ou de resultado perde, nessa medida, relevância. Foi aceite e cumprida a obrigação de realização da colonoscopia e dado a conhecer o respetivo resultado. Ou seja, estamos perante o problema da relevância da lesão de direitos absolutos no decurso do cumprimento de uma obrigação contratual de prestação de serviços médicos.

Por isso, também a culpa do médico não será a de não ter logrado a ‘cura’, mas a de não ter usado o instrumental de conhecimentos e o esforço técnico que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar. Para que se considere que agiu de acordo com a diligência exigível, o médico tem, pois, de atuar de acordo com as *leges artis*, isto é, as regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico. Ora, voltando ao caso em análise, resultou demonstrado que a realização do exame decorreu de acordo com os procedimentos técnicos e científicos próprios/normais. Por outras palavras, nada na factualidade apurada nos permite concluir que o exame de colonoscopia realizado ao Autor tenha sido executado de forma deficiente, que não tenham sido observados quaisquer deveres de cuidado ou diligência, que a Ré conhecesse ou devesse conhecer, ou que tenham sido utilizadas técnicas incorretas dentro dos padrões científicos atuais.

Não obstante, tendo todos os deveres e regras sido respeitados, a verdade é que durante a sua exceção resultou o traumatismo do baço. Tal risco — o traumatismo do baço — está previsto como ocorrência possível, ainda que

rara, na execução de uma colonoscopia, mesmo que adotados os procedimentos devidos, por efeito da passagem do endoscópio no ângulo esplênico do cólon. Acresce que resultou demonstrado, nomeadamente pelo teor do Parecer técnico junto aos autos, que determinadas características anatómicas (maior proximidade do baço com o ângulo esplênico) favorecem a ocorrência do traumatismo.

Ainda assim, as perguntas que cumpre fazer são: poderia a Ré ter atuado de outra forma e, se o tivesse feito, teria evitado o resultado? Após a realização do exame e perante as queixas do autor, demonstrou um comportamento desinteressado, negligente, de tal forma que resulte censurável a sua conduta? Perante uma resposta negativa, a culpa fica afastada”.

No que se refere ao consentimento informado, entendeu o Tribunal que não se suscitavam dúvidas de que o Autor se quisera sujeitar à realização do exame de diagnóstico e que se encontrava consciente de que o mesmo comporta riscos. Acrescentou ainda o seguinte: “não se trata de ter sido especificamente alertado para a possibilidade do traumatismo do baço, até porque tal risco é, reconhecidamente, de verificação excecional ou rara, pelo que, a referência no documento que lhe foi entregue e por si assinado aos riscos e complicações daquele exame, permitindo-se ainda solicitar qualquer informação adicional, deverá ser visto como adequado e suficiente para permitir ao Autor uma decisão esclarecida, sendo certo que o Autor é pessoa com um grau de instrução superior”.

O Tribunal de 1.ª instância, com os fundamentos de facto e de direito, decidiu julgar a ação improcedente e, consequentemente, absolveu os Réus do pedido.

3.2. A decisão do Tribunal da Relação de Lisboa

Inconformado, o Autor interpôs recurso da decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa, impugnando matéria de facto e de direito, no que se

refere à verificação dos pressupostos de responsabilidade civil — ilicitude e culpa — e no que respeita ao consentimento informado.

Na fundamentação de Direito, relativamente à questão de saber se se encontram preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil contratual, o Tribunal da Relação entendeu estarmos perante um ‘quadro de inexecução’ na medida em que “a finalidade do ato médico contratado era o exame do colon e o resultado gerador de danos extravasou, de forma muito grave e profundamente negativa, esse desiderato”, concedendo razão ao recorrente quando este, nas suas alegações considera que “provou a relação contratual, provou o contrato de prestação de serviços médicos, celebrado com os RR., assim como alegou e provou o cumprimento defeituoso do contrato, demonstrando que a lesão do baço, ocorreu durante e por causa da execução do contrato. Mais, provou a causa da lesão — o traumatismo no baço e todos os danos daí advenientes para o seu corpo (...). Não há dúvidas que provou as ofensas à integridade física e moral, não permitidas, não consentidas no cumprimento do contrato”. Assim, o Tribunal da Relação considerou ser aplicável o regime do artigo 799.º/1 do Código Civil.

No que se refere ao consentimento informado, entendeu o Tribunal que em nada releva a discussão, já que a intromissão na integridade física não estava abrangida pelo consentimento prestado para a realização do exame.

Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu julgar a apelação procedente e, em consequência, revogar a sentença impugnada e condenar as Rés da ação a pagar ao autor a quantia de 19.022,70€, sendo responsáveis pelo pagamento as Sociedades Companhias de Seguros, em regime de solidariedade, em virtude dos contratos de seguros.

CASO 3

APRESENTADO PELO DR. JOAQUIM CORREIA GOMES — JUIZ DESEMBARGADOR

- A. **Identificação da decisão:** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (queixa n.º 56080/13).
- B. **Palavras-chave:** negligência médica, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Convenção; direito à vida; vertente substantiva; vertente processual.
- C. **Os factos, o Direito e a Decisão:**

1. *Os factos*

- i) O caso teve origem numa queixa apresentada contra a República Portuguesa em 23 de Agosto de 2013.
- ii) O marido da requerente faleceu no dia 08 de Março de 1998, na sequência de várias complicações médicas ocorridas posteriormente à realização de uma cirurgia para remoção de um pólipó nasal — realizada em 27 de Novembro de 1997. A requerente alega, em síntese, que o marido faleceu por força de uma infeção nosocomial e de negligência médica por parte dos profissionais que o acompanharam no pós-operatório.
- iii) A negligência médica não resultou provada nos diversos processos a nível nacional — procedimento disciplinar, administrativo e criminal.
- iv) A requerente apresentou queixa ao TEDH, alegando que as autoridades não foram capazes de apurar a causa da degradação do estado de saúde do seu marido.
- v) Por acórdão de 15.12.2015, o Tribunal

reunido em secção considerou ter havido uma violação do direito à vida na vertente substantiva e na vertente processual.

- vi) A pedido do Governo Português, em 02 de Maio de 2016, o caso foi devolvido ao Tribunal pleno.

2. *O Direito*

Estava em causa analisar se, no caso concreto, houve uma violação do artigo 2.º da Convenção (direito à vida), na sua vertente substantiva, bem como na sua vertente processual.

Neste contexto, considera o Tribunal que as obrigações que impendem sobre os Estados são essencialmente de regulação, pelo que estes apenas poderão ser responsabilizados por não protegerem o direito à vida nos casos de omissão de prestação de cuidados de saúde em situações excepcionais, determinadas, como veremos, pelo carácter de urgência dessa mesma prestação. Quer isto dizer que, quando se mostre verificado que um determinado Estado estabelece um quadro legal — abrangendo quer o setor público, quer o setor privado — garante de elevados padrões de qualidade, questões como a omissão na prestação de cuidados ou uma coordenação negligente entre profissionais de saúde são insuficientes para responsabilizar o Estado, nos termos do artigo 2.º da Convenção, desde que esse mesmo quadro legal se mostre eficaz.

Assim, o Tribunal apenas tem aceite a responsabilidade do Estado por violação da vertente substantiva do artigo 2.º da Convenção, nos casos de atos e/ou omissões dos prestadores de cuidados de saúde, nas seguintes situações: (i) quando a vida de um paciente é colocada em perigo pela negação de acesso a um tratamento de urgência, ou (ii) quando existe um problema estruturante dos serviços hospitalares, de modo que a vida do paciente esteja

em perigo, e não tenham sido adotadas as medidas necessárias para evitar a verificação desse mesmo risco.

Neste sentido, o Tribunal em Pleno considerou, por maioria, não existir violação da vertente substantiva do artigo 2.º da Convenção.

No que concerne à vertente processual deste artigo, considera o Tribunal que a mesma exige que os procedimentos sejam concluídos dentro de um prazo razoável. Considerando o caso concreto, considerou o Tribunal que a demora na tramitação dos três tipos de processos internos — disciplinar, administrativo e criminal — foi considerada excessiva. Acrescentou ainda o Tribunal que, atendendo à alegação por parte da requerente que a sucessão dos eventos descritos que conduziram à morte do paciente tiveram origem na prática de um ato médico negligente, seria expectável que as autoridades competentes levassem a cabo uma investigação exaustiva sobre o sucedido, não se limitando a apurar o momento da morte do paciente — e que tal não veio a suceder, razão pela qual afirma igualmente que o sistema interno do Estado português não forneceu uma resposta processual adequada e em tempo útil, que lhe é imposta pela vertente processual do artigo 2º da Convenção.

3.A decisão

O Tribunal considerou, por maioria, que não houve violação da vertente substantiva do artigo 2.º, mas bem assim, desta vez por unanimidade, que se verificou no caso concreto uma violação do aspeto processual do mesmo artigo, razão pela qual foi atribuída uma indemnização, a título de danos não patrimoniais, no montante de € 23.000,00.

CASO 4

APRESENTADO PELA DRA. ARMÉNIA COIMBRA — ADVOGADA

- A. **Identificação da decisão:** Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29/05/2014.
- B. **Palavras-chave:** Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas; *Faute du service*; dever de vigilância.
- C. **Os factos, o Direito e a Decisão**

1. Os factos

- i) A pediu a condenação de B, Hospital Público especializado no tratamento de doenças do foro psiquiátrico, no pagamento de uma indemnização, a título de responsabilidade civil extracontratual, pela morte do seu filho, C.
- ii) C encontrava-se internado no Hospital demandado quando foi atropelado por um comboio nas imediações do mesmo, tendo presumivelmente cometido suicídio.
- iii) C já estivera, por diversas vezes, internado na mesma instituição, por motivo de um quadro patológico do qual fazia parte a dependência do álcool e de medicamentos. O último internamento, porém, foi determinado pela ocorrência de uma tentativa de suicídio.
- iv) A considera que o suicídio de C, consequência do estado de debilidade mental em virtude do qual se encontrava ao cuidado do hospital, se teria evitado se este tivesse desempenhado as funções que lhe estão cometidas com a eficiência que lhe seria exigível, invocando, portanto, a existência de um mau funcionamento do serviço, hoje

prevista expressamente nos artigos 7.º, n.ºs 3 e 4 e artigo 9.º, n.º 2 do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas⁽¹⁾.

- v) A reconduz a deficiência do funcionamento do serviço, no caso, a três aspetos concretos: a) inexistência de um muro a circundar o hospital; b) a inexistência de um procedimento adequado de controlo das presenças dos pacientes no Hospital; c) a inexistência de um procedimento de emergência para as situações de verificação da ausência de um paciente; d) a omissão negligente da determinação de um regime mais estrito de vigilância sobre C, visto que o seu estado e o motivo do seu internamento claramente o reclamavam.
- vi) B considera que não lhe pode ser imputado o suicídio de C, uma vez que: a) a inexistência de um muro ou de outra barreira física a circundar o Hospital inscreve-se na opção por um regime dito ‘de porta aberta’, o qual está de harmonia com as *leges artis* da Psiquiatria moderna e respeita as leis em vigor (Lei de Bases da Saúde e Lei da Saúde Mental), sendo, portanto, lícita; b) os procedimentos de controlo de presenças dos pacientes e de emergência nos casos de deteção de ausências estão previstos e foram aplicados no caso; c) os dados clínicos e o comportamento de C não eram de modo a fazer supor a probabilidade de uma tentativa de suicídio, não sendo por-

tanto exigível ao Hospital a imposição de um regime agravado de vigilância.

2.0 Direito

A norma contida no artigo 7.º, n.º 3 estabelece, hoje [*vide, supra*, nota 1], que nas situações em que um dano não pode ser imputado à ação ou omissão de um agente ou agentes individualizáveis, pode no entanto considerar-se preenchido o requisito da culpa para efeitos de atribuição de responsabilidade civil quando aquele dano fique a dever-se a um *funcionamento anormal do serviço*, configurando-se uma situação de *culpa anónima*. O n.º 4 do mesmo artigo esclarece o conceito de *funcionamento anormal do serviço* determinando que este ocorre quando “*atendendo às circunstâncias do caso e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos*”.

Para este conceito de funcionamento anormal do serviço remete por sua vez o artigo 9.º, n.º 2, determinando que a ele pode também reconduzir-se o requisito da ilicitude, quando não seja possível identificar uma conduta ou condutas individuais ilícitas (por violação de normas ou princípios ou por omissão de deveres objetivos de cuidado), mas a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos seja resultado desse deficiente funcionamento do serviço.

A questão jurídica suscitada consiste essencialmente em saber-se se o primeiro dos aspetos indicados por A, como consubstanciando um funcionamento anormal do serviço, isto é, a ausência de muro e de qualquer barreira física a circundar o perímetro do Hospital, deve ser qualificado como tal. Com efeito, os restantes aspetos alegados (inexistência de procedimentos de controlo de presenças e de emergência e negligência na determinação do regime de vigilância) prendem-se com o esclareci-

¹ À data da apresentação da ação, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas estava regulada pelo Decreto-Lei 48051 e o conceito de funcionamento anormal do serviço como fundamento da responsabilidade civil era mobilizado pela jurisprudência, mas carecia de previsão legal expressa.

mento da matéria de facto, não restando dúvidas de que, a provar-se a inexistência de tais procedimentos, bem como a exigibilidade da previsão pelo Hospital de uma tentativa de suicídio de C, a qual ditaria a adoção de um regime agravado de vigilância, teria cabimento a alegação de funcionamento anormal do serviço.

3. A decisão

3.1. A decisão de 1.^a instância

O Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra julgou a ação improcedente, com os seguintes fundamentos: deu-se como provado que os procedimentos de controlo de pacientes e de atuação de emergência em caso de ausência de algum deles existem e foram praticados, consistindo o primeiro na contagem dos doentes nos momentos das refeições e da administração dos medicamentos, e o segundo na realização de buscas nas instalações do Hospital e comunicação à Guarda Nacional Republicana e à família.

A ausência de qualquer vedação em torno do Hospital não merece os juízos de antijuridicidade e de censura em que assentam a ilicitude e a culpa, respetivamente, estando de acordo com os cânones de atuação postulados pela Psiquiatria moderna para o mais adequado tratamento da doença mental: “(...) é de concluir que as enumeradas características do Réu, com realce para a ausência de vedação do respetivo perímetro *hospitalar*, não merecem qualquer reparo. Na verdade (...) tais características assumem fulcral interesse no tratamento da doença mental, revelando-se, reitera-se, positivas nas dimensões da inclusão social e familiar do doente mental, e do combate à estigmatização e isolamento deste. Por isso, sendo tais características consonantes com o propugnado pelas mais modernas conceções psiquiátricas, não é possível assentir no entendimento (...) de que as instalações se

encontram abaixo dos padrões mínimos de qualidade exigidos a um serviço daquela natureza”.

Por fim, considerou-se que a não determinação de um regime agravado de vigilância sobre C não consubstanciou qualquer omissão culposa, por não ser exigível ao Hospital, face ao historial de C e aos restantes dados de que podia dispor sobre o seu estado mental, prever a probabilidade da tentativa de suicídio, e por não terem sido omitidos os procedimentos que permitiriam tal previsão. Concretiza a sentença que, durante o seu último internamento, motivado por uma tentativa de suicídio, C mostrara melhoras suficientes para, concretizando-se uma vontade sua e da sua família, ser autorizado a passar dois fins-de-semana em sua casa; que, tendo reingressado no Hospital durante um desses fins-de-semana devido à ingestão de grande quantidade de álcool (e não a uma nova tentativa de suicídio), “*permaneceu em observação médica no dia seguinte e foi acompanhado pelos técnicos de saúde*”, manifestando melhoras e tendo-se levantado para tomar refeições; por fim, que no dia em que veio a ocorrer o suicídio C “*se apresentou calmo, deambulou pela área circundante do pavilhão onde se encontrava internado, almoçou e tomou o duche*”. Pelo que, conclui a sentença, “*não pode o tribunal deixar de concluir que nenhuma circunstância faria prever o desfecho trágico que veio a suceder*”.

3.2. A decisão do Supremo Tribunal Administrativo

Apresentado Recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, este confirmou a decisão do tribunal de primeira instância, não dando procedência à impugnação dos factos decisivos dados como provados na sentença — existência dos procedimentos de controlo de presenças e de emergência, bem como a adoção efetiva das precauções de vigilância médica adequadas e a impossibilidade de prever o suicídio — e considerando que a ausência de muro

ou de qualquer vedação em torno do Hospital, por conforme às *leges artis* da Psiquiatria moderna e comprovadamente benéfica para o tratamento dos doentes, é insuscetível de preencher a figura da *faute de service*. Sobre este segundo aspeto, fica a posição do Tribunal sintetizada no seguinte excerto da sentença:

*“O autor não nega a conceção atual do tratamento psiquiátrico em estabelecimentos sem muros, valas ou fossos, e portanto não põe em causa que essa conceção esteja adequada às *leges artis* (...) Não pondo em causa este entendimento, não procede a crítica à sentença quando (de resto) reconhece que no caso o Hospital Réu afinal tinha um regime de acordo aos atuais padrões de vigilância dos doentes mentais”.*

Face ao argumento, também esgrimido por A no recurso, de que o procedimento de controlo de presenças usado é desadequado e insuficiente, “não atingindo os parâmetros médios exigíveis”, o Tribunal considerou que assim não é, afirmando que “a contagem dos doentes na hora das refeições (...) é suficiente para a finalidade a que se destina — permitindo — como permitiu — notar a presença do filho na hora do almoço e lanche (...) e a sua ausência nesse mesmo dia ao jantar”. Também a possibilidade de o funcionamento anormal do serviço se reconduzir à concreta configuração deste procedimento é, assim, afastada.

Analisado ainda o argumento de que deveria ter sido determinado pelo Hospital um regime agravado de vigilância sobre C, face à sua circunstância concreta, a qual seria indiciante da probabilidade de uma nova tentativa de suicídio — caso em que a omissão de tal medida poderia subsumir-se no funcionamento anormal do serviço (por não poder imputar-se a conduta negligente a um agente ou agentes individualizados) — o Tribunal considerou que também esse argumento não colhe, por

resultar dos factos provados que não era exigível ao Hospital a previsão de uma tentativa de suicídio iminente. Para esta conclusão assumem relevo os factos de não terem sido várias (como alegado), as tentativas de suicídio de C, havendo registo apenas de uma tentativa anterior, e de não haver, à data da morte, um diagnóstico consensual do quadro patológico de C que apontasse para a probabilidade de estados depressivos prolongados e de tentativas de suicídio: “não está imputado ao Hospital réu a violação de qualquer regra legal ou regulamentar, portanto, a ilicitude, a ocorrer, emerge da violação de regras de prudência adequadas ao caso (...) E também não se mostra violada qualquer regra de prudência (...) A sentença decidiu bem (...) ao afastar a ilicitude por não estar provado qualquer facto gerador da suspeita de que o doente pudesse tentar o suicídio”.

3.3. A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A autora recorreu para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao abrigo do artigo 34.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o qual admitiu os pedidos baseados em violação, pelas Altas Partes Contratantes, de normas incluídas na mesma Convenção, alegando concretamente a violação dos artigos 2.º (proteção do direito à vida) e artigo 6.º (na medida em que este confere o direito à obtenção de uma decisão judicial num prazo razoável).

Reiterando a interpretação do artigo 2.º patente em decisões anteriores, o Tribunal afirmou que este não impõe apenas aos Estados que se abstenham de tirar intencionalmente a vida aos cidadãos, mas obriga-os a ativamente protegerem as suas vidas, nomeadamente através da regulação da atividade dos hospitais a fim de os levar a adotar as medidas adequadas a essa proteção, obviando, in-

clusivamente, em certas circunstâncias, ao perigo que provenha do próprio paciente contra si próprio (*Renolde v. France*, n.º 5608/05). Nestes casos de perigo de auto-lesão, porém, frisa o Tribunal que a existência de um dever, por parte das autoridades, de adotar medidas de proteção, depende das circunstâncias de aquelas “*conhecerem ou deverem conhecer, no momento relevante, que a pessoa em causa se encontrava em perigo real e iminente*” (*Hiller v. Austria*, n.º 1967/14).

No seguimento de tais considerações, o Tribunal ajuizou que a necessidade de garantir o tratamento num regime o menos restritivo possível e a liberdade dos pacientes, a que o regime “*de porta aberta*” dá resposta, não desonera de conciliar tal objetivo com o da garantia da segurança da pessoa, atento o seu concreto estado de saúde, devendo, pois, procurar-se uma conjugação ponderada destes dois objetivos. Face ao caso concreto, considerou o Tribunal que o estabelecimento de saúde não tomou as providências que seriam exigíveis para garantir a segurança do paciente, dando como razões: (i) que a existência de um registo — ainda que de um único registo — de tentativa de suicídio pelo filho da autora fazia prever a possibilidade de uma nova tentativa e impunha a adoção de medidas que se lhe obstassem (as quais não foram tomadas), sobretudo atendendo ao facto de ser tal tentativa de suicídio o motivo do internamento que decorria aquando da morte; (ii) que o facto, alegado pelo Réu, de que já por várias outras vezes o filho da autora abandonara o estabelecimento para ir visitar a mãe, sem a oposição desta, apenas tornava conhecida do Hospital a facilidade dessas saídas e a probabilidade da repetição; (iii) que o procedimento de contagem dos pacientes 5 vezes ao dia, às horas das refeições e da administração da medicação se revelou ineficaz, uma vez que só duas horas depois de C

ter deixado o estabelecimento permitiu que fosse conhecida a sua ausência, mostrando-se, assim, um procedimento insuficiente.

Procedeu, portanto, o pedido baseado na violação do artigo 2.º, bem como o pedido baseado na violação do artigo 6.º da Convenção, tendo o Tribunal considerado que foi excessivo o tempo que decorreu desde a apresentação do pedido (Março de 2003) até à emissão da primeira sentença (Abril de 2011), face à consagração do direito a uma “*decisão num prazo razoável*”.

D. Considerações relevantes na doutrina

Será de considerar aqui a perspetiva que se desprende da consideração dos contornos essenciais deste caso sob o ponto de vista da presunção de culpa leve que a lei atual estabelece para os casos em que tenha havido *incumprimento de deveres de vigilância*. Embora não existisse esta previsão no regime legal sobre a matéria da responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas aplicável à data dos factos objeto da ação que presentemente nos ocupa, não deixa de se justificar esta consideração, tendo em vista o tratamento futuro de casos com um enquadramento semelhante a este.

Com efeito, a Dra. Ana Raquel Moniz, com referência a outros casos concretos que não este, mas com um quadro factual semelhante, aborda a questão das implicações do *regime de porta aberta*, não na ótica do funcionamento anormal do serviço, mas antes relacionando-o com o regime de presunção de culpa que a lei atual estabelece no n.º 3 do artigo 10.º. Deste preceito decorre que, havendo incumprimento do dever de vigilância, o lesado deixará de ter que provar a culpa, bastando-lhe a prova da existência do dever de vigilância, do dano e do nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

Uma vez que também a omissão do dever de vigilância foi invocado pela autora no presente caso, cabe perguntar se a aplicação da presunção de culpa que a lei atual estabelece tornaria eventualmente mais fácil, para o autor, fazer proceder a pretensão.

Ora, ANA RAQUEL MÓNIZ refere precisamente que a opção pelo regime de porta aberta acaba por também obstar à aplicabilidade, na prática, desta presunção de culpa, uma vez que está associada a tal opção uma vigilância menos apertada, que tem ela mesma uma finalidade terapêutica. Neste sentido conclui, pois, a autora, que em tais situações “antes da avaliação do requisito da culpa (presumida), impor-se-á aquilatar, desde logo, do pressuposto da ilicitude (da conduta), porquanto a aplicação das *leges artis* pode resultar que a concessão de uma maior liberdade de movimentos ao paciente (e, por conseguinte, a uma vigilância mais aligeirada) se revele uma terapêutica mais adequada”⁽²⁾.

CASO 5

APRESENTADO PELA DRA. ANDREIA DA COSTA ANDRADE

A. Identificação da decisão: Acórdão da Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 1243/17.3T8STB.E1, Relator Manuel Bargaço, de 22 de Novembro de 2018.

B. Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual; ato médico; hospital particular; serviço nacional de saúde; competência material.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A, autora, instaurou ação declarativa de condenação, sob a forma de processo co-

mun, contra os Réus B e C, Hospital, pedindo que os réus fossem solidariamente condenados a pagar-lhe a quantia de € 40.000,00, a título de danos não patrimoniais, acrescida de juros à taxa legal, desde a citação até efetivo pagamento.

- ii) Alegou, em síntese, que padecia de um problema no joelho, tendo sido operada no Hospital C — réu na ação — pelo Réu B, utilizando para esse fim um vale cirúrgico que lhe fora atribuído por parte do Ministério da Saúde.
- iii) O Réu B contestou, invocando desde logo a exceção de incompetência material do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, alegando, para tanto, que os serviços prestados pelos Réus não foram contratados privadamente pela Autora, tendo a intervenção ocorrido a pedido da Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P., pelo que a eventual responsabilidade se rege neste caso pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado.
- iv) No despacho saneador foi proferida decisão que julgou improcedente a exceção dilatória de incompetência material invocada pelos Réus, considerando-se o Juízo Local Cível de Setúbal competente para a presente ação.
- v) Inconformado, o Réu B apelou do decidido.

2. O Direito

Delimitado pelas conclusões do recorrente, sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (artigos 608.º/2, 635.º/4 e 639.º/1 CPC), a questão a decidir prende-se com

² MÓNIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa”, in *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 2, p.121.

saber qual será o tribunal materialmente competente — o tribunal comum ou, pelo contrário, o tribunal administrativo — para apreciar a responsabilidade civil decorrente de ato médico realizado no hospital réu, ao abrigo da Convenção celebrada, a qual tem como finalidade a adesão da interveniente ao Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia (SIGIC).

3.A decisão

Acordaram os Juízes Desembargadores julgar a apelação procedente, revogando a decisão do Tribunal *a quo*, declarando o Juízo Local Cível de Setúbal incompetente em razão da matéria e, conseqüentemente, absolvendo os Réus da instância.

Considerou o Tribunal da Relação não existirem dúvidas quanto ao pretendido pela autora, isto é, que “a presente ação se destina a exigir a responsabilidade civil extracontratual dos réus, emergente de ato médico realizado pelo 1.º Réu no Hospital (2.º Réu)”, reconhecendo, simultaneamente, que “a existência de várias categorias de tribunais supõe, naturalmente, um critério de repartição de competência entre eles, necessariamente de natureza objetiva, de acordo com a natureza das questões em razão da matéria, podendo, como tal, dar origem a conflitos de jurisdição”. E, portanto, tudo está em saber se a factualidade se subsume nas regras da responsabilidade civil extracontratual de direito privado ou, antes, deve a mesma ser considerada como consubstanciadora de uma relação jurídica administrativa e, nesse sentido, ser-lhe aplicável o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, recaindo a competência no Tribunal Judicial ou no Tribunal Administrativo e Fiscal, respetivamente.

Invocando o preceituado no artigo 1.º, n.º 5

da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro³⁾ e, simultaneamente, no artigo 2.º, número 1.º da Lei n.º 27/2002, de 08 de Novembro, a qual aprovou o novo regime de gestão hospitalar e procedeu à primeira alteração à Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto⁴⁾, considerou o Tribunal que se afigura óbvio “a conclusão que os [factos integradores da causa de pedir] foram praticados no âmbito de uma relação jurídica de prestação de cuidados de saúde em que o hospital privado, em virtude da Convenção que a sua proprietária celebrou com a Administração Regional de Saúde, tem a sua atividade disciplinada por normas de direito administrativo” e, desse modo, atento o disposto nos artigos 4.º, n.º 1, alínea i) do ETAF e artigo 1.º, n.º 5 da Lei n.º 67/2007, “a competência em razão da matéria para conhecer da presente ação pertence à jurisdição administrativa”.

³ “As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas coletivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam regulados por disposições ou princípios de direito administrativo”.

⁴ “1 — Os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde podem revestir uma das seguintes figuras jurídicas:

- a) Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial;
- b) Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial;
- c) Sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos;
- d) Estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos, nos termos do n.º 2 do artigo anterior”.

Mesa 6

SEGUROS | PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS | TEMAS VÁRIOS

Presidente da Mesa: *João Vaz Rodrigues* | Advogado

Relatores: *Melissa Guedes* | Mestranda · *Ana Raquel Ribeiro* | Mestranda

CASO 1

APRESENTADO PELO DOUTOR ALEXANDRE DIAS PEREIRA — PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Março de 2018

B. Palavras-chave: conflitos entre patentes de medicamentos e empresas que comercializam genéricos; conflitos de competência entre tribunal judicial e tribunal arbitral

C. Os factos, o Direito e a Decisão:

1. Os factos:

- i) Na sequência da crise financeira que o país atravessou, foi aprovada a Lei 62/2011 que procurou cuidar da questão da comercialização dos genéricos dizendo que sempre que uma empresa tem uma patente sobre o medicamento, o candidato ao genérico está a infringir os seus direitos e quem tem interesse deve abrir um processo especial de arbitragem num prazo de 30 dias depois da publicação do pedido de autorização do genérico no sítio do INFARMED para atacar o requerente da autorização do genérico.
- ii) Com vista a conter a despesa pública no sector da saúde atacou-se a questão da

dívida das farmácias, baixando os preços, passando o preço do genérico a ser o preço de referência para efeitos de comparticipação, havendo aqui um efeito multiplicador em termos de despesa pública.

- iii) O genérico teve uma penetração maior no mercado português, conseguindo ocupar um lugar respeitável. Todavia, suscitou uma série de questões, desde logo, saber se o Tribunal Arbitral poderia julgar a validade da patente.
- iv) O titular da patente propõe uma ação arbitral no prazo de trinta dias alegando infração porque a sua patente ainda está em vigor e a empresa de genéricos defende-se dizendo que não foi violada a patente por esta não ser válida porque não reúne os requisitos de validade necessários, nomeadamente por não ser nova.
- v) Era necessário perceber se o tribunal arbitral se podia pronunciar acerca da validade da patente. Sendo a patente um direito registado, o registo da patente confere uma presunção de validade e, nos termos do artigo 34º do Código de Propriedade Industrial, a declaração de nulidade ou anulação do direito industrial registado só pode ser

103

feita pelos tribunais judiciais.

- vi) Portanto, é da competência exclusiva da jurisdição judicial e não dos tribunais arbitrais. Esta questão suscitou movimentos na doutrina a favor e contra.
- vii) Vários autores defenderam que o tribunal arbitral devia poder declarar a invalidade da patente com efeitos inter partes no caso concreto sem prejudicar a validade da patente no registo. Isto é, o registo subsistiria e apenas para efeitos deste processo é que seria considerado inválido. Tal seria exigido pelo princípio do acesso ao direito sob pena de a parte não poder defender-se com todos os meios que a lei coloca a seu dispor.
- viii) Por outro lado, surgiram autores que têm posição contrária, segundo os quais não há qualquer negação de justiça; se a empresa de genéricos defende que a patente não é válida deve ir ao tribunal da propriedade intelectual, suscitar essa questão a título principal e pedir uma declaração de infração. Consequentemente terá a via aberta para obter a licença e comercializar os genéricos.

2. O Direito:

- i) A Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, submeteu a composição dos litígios emergentes de direitos da propriedade industrial relativos a medicamentos de referência e medicamentos genéricos à arbitragem necessária.
- ii) O legislador pretendeu criar um mecanismo através do qual se obtivesse uma decisão de mérito quanto à existência ou não

de violação dos direitos da propriedade industrial respeitantes a tais medicamentos, excluindo, em princípio, os tribunais estaduais da apreciação desses litígios.

- iii) Tem-se suscitado a questão da competência do tribunal arbitral para apreciar a validade ou nulidade da patente devidamente registada em relação à qual se invocou a existência de direitos da propriedade industrial incompatíveis com a autorização de introdução no mercado do medicamento genérico.
- iv) Surgiram duas correntes na jurisprudência e na doutrina, uma restritiva e outra mais abrangente.
- v) A questão foi apreciada pelo STJ, no Acórdão de catorze de Dezembro de dois mil e dezasseis, o qual entendeu ser de seguir a tese restritiva, defendendo que consentir na dedução incidental da exceção peremptória de nulidade da patente implicaria disfuncionalidade.
- vi) Assim, a tese que melhor se adequa aos interesses em confronto será a que defende a inadmissibilidade do conhecimento pelo tribunal arbitral necessário da validade da patente em termos meramente incidentais, por via de exceção, ainda que com efeitos inter partes.

3. A Decisão

Entendeu-se que a melhor solução será a de negar a competência do tribunal arbitral necessário para formular esse juízo de validade ou de invalidade, ainda que invocada como mera exceção peremptória e com efeitos limitados ao processo.

Defendeu-se que esta solução não restringe

o direito de defesa do titular de autorização de introdução no mercado, pois a possibilidade de interposição de uma ação de declaração de nulidade ou anulação apresenta-se como um meio alternativo eficaz para colmatar a necessidade da defesa do requerente.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas:

Na Jurisprudência, por efeito da reforma da organização judiciária, as questões ficaram todas concentradas no Tribunal da Relação de Lisboa. As outras Relações não têm competência para trabalhar as questões da propriedade intelectual. O Doutor lamenta profundamente que a reforma judiciária tenha reduzido estas questões atribuindo-as apenas a um único Tribunal da Relação e apela ao combate às disparidades do mapa judiciário.

Está expresso no Regulamento da Patente com Efeito Unitário que as questões de validade não podem ser decididas por arbitragem. Entretanto, o Decreto-Lei n.º 110/2018 aprovou o novo Código da Propriedade Industrial; Por um lado, aquele processo de arbitragem necessário passa a ser voluntário, mas ao mesmo tempo, veio dizer-se que no processo arbitral pode ser invocada e reconhecida a invalidade da patente com meros efeitos inter partes.

O Professor critica a falta de segurança jurídica por parte dos tribunais neste caso concreto, já que este é um valor fundamental que deve ser assegurado.

O Doutor considera ainda que é uma solução problemática a de a patente ser inválida no caso concreto e ser válida no registo. A seu ver, a questão não está ainda encerrada.

CASO 2

APRESENTADO PELO DR. RAFAEL VALE E REIS-DOCENTE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

- A. **Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Abril de 2018 (Acórdão n.º 225/2018)
- B. **Palavras-chave:** Procriação medicamente assistida; Gestação de substituição; anonimato do dador;
- C. **O direito e a decisão**

1. *Do direito*

Um grupo de deputados, formulou um pedido de fiscalização da constitucionalidade abstrata sucessiva dos artigos 8.º/n.ºs 1 a 12, 15.º/n.ºs 1 e 4 e 20.º/n.º 3 da Lei n.º 32/2006, a Lei da Procriação Medicamente Assistida, por violação de vários preceitos constitucionais. Ou seja, os requerentes pretendiam ver apreciada a inconstitucionalidade respeitante: (i) à consagração na Lei da Procriação Medicamente Assistida de um conjunto de normas relativas à gestação de substituição; (ii) à regra do anonimato de dadores (e da gestante de substituição) face a quem tenha nascido em consequência de processos de PMA; e (iii) à regra que dispensa a averiguação oficiosa da paternidade de criança filha de mulher que, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, tenha recorrido sozinha às técnicas de PMA.

2. *Da decisão*

O tribunal declarou as normas inconstitucionais com força obrigatória geral, eliminando as normas referidas, da Lei n.º 32/2006. Contudo, o tribunal decidiu também, por unanimidade, com fundamento em imperativos de segurança jurídica e em cumprimento do dever do Estado de prote-

ção da infância, limitar os efeitos da sua decisão, de modo a salvaguardar as situações em que já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de PMA.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Este acordão do tribunal constitucional foi, segundo o apresentante, uma verdadeira bomba atômica num enquadramento legislativo que existia até ao dia 24 de abril de 2018 quanto à gestação de substituição e quanto ao anonimato do dador de gâmetas. O regime implodiu, porque de facto, até nova intervenção legislativa o regime ficou completamente destruído. Mas, para o apresentante foi, de facto, um dos dias academicamente mais felizes. Não foi por o terem citado, mas porque era particularmente crítico das duas soluções legislativas que foram implodidas e porque é um defensor da procriação medicamente assistida e defensor de um certo modelo de gestação de substituição, que não aquele que vigorava em Portugal até ao dia 24 de abril de 2018. Apesar de o apresentante concordar genericamente com a solução do acordão, não deixa de ser crítico quanto a algumas notas.

Desde 2006, a lei n.º 32/2006 proíbia a gestação de substituição, ou seja, os contratos de gestação de substituição seriam nulos, sendo que se fosse um contrato oneroso até era considerado crime, dizendo-se em tom de brincadeira que o adultério consentido tinha passado a ser crime em Portugal. Mas em 2016, por iniciativa da ala esquerda do parlamento, passámos então a ter na lei a possibilidade de celebrar um esquema de gestação de substituição gratuito, não permitindo contudo, a revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos. Esta alteração à lei, que apenas entrou em vigor em 2017, foi na perspetiva do apresentante, legítima embora com a solução técnica errada.

Neste entretanto foram-se apercebendo, designadamente o conselho nacional de procriação medicamente assistida, que estava ali uma falha grave na lei. Dado que em Portugal, em pleno século XXI passámos a ter uma categoria de mulheres que não podiam recorrer à interrupção voluntária da gravidez livremente até às 10 semanas. O governo reparou a falha, e assim, aquela norma que diz que o consentimento é revogável até ao início dos processos terapêuticos não impede a interrupção voluntária da gravidez, porque isso é um direito de qualquer mulher grávida. Mas esta alteração à lei suscitava um outro problema, que posteriormente determinou a posição do tribunal constitucional. Será que aquela relação complexa de 9 meses que se estabelece entre a mulher grávida e o feto pode, em casos contados, justificar que a mulher não entregue aquela criança ao casal beneficiário? A lei portuguesa dizia que não, que situação alguma ela pode arrepender-se e não entregar a criança. No entanto, o tribunal constitucional veio dizer que essa solução não é constitucionalmente admissível.

O tribunal constitucional veio afirmar que a lei está mal feita porque viola o princípio da determinabilidade das leis, um princípio que decorre do estado de direito democrático que afirma que a lei deve ser concreta e concisa, visto que, na perspetiva do tribunal constitucional, deixa-se muita margem ao contrato que se vai celebrar ao conselho nacional de procriação medicamente assistida. O apresentante critica o tribunal, pois na sua opinião, essa margem de liberdade do conselho nacional de procriação medicamente assistida é positiva, dado que nestas matérias da bioética nem tudo pode estar escrito na lei formal. Além disso, o tribunal considera este modelo de gestação de substituição inconstitucional, também por violação dos direitos de personalidade da gestante, na medida em que não permite a revogação do consentimento pelo

menos até ao momento em que a criança é entregue ao casal beneficiário.

Quanto ao anonimato do dador de gâmetas e também ao anonimato sobre a gestante, esta já não era uma novidade de 2016. O tribunal constitucional pega numa solução que já vem desde 2006, mas isso acontece em inúmeras situações, em que a lei é aceite do ponto de vista social e constitucionalmente durante um certo período de tempo e depois porque entretanto mudam as concepções sociológicas a lei é declarada inconstitucional. Portanto, quanto ao anonimato do dador, o tribunal veio agora afirmar que ele viola o direito à identidade pessoal, à historicidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, e portanto a regra deve ser a regra do não anonimato do dador, mas com uma nota particularmente grave. É aqui que o apresentante critica o acordão, porque enquanto que relativamente à implosão das regras da maternidade de substituição o tribunal constitucional afirmou que isto só vigora para o futuro, ou seja, há uma limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por sua vez, quanto ao anonimato do dador o tribunal não veio fazer esta limitação de efeitos, e portanto, os dadores que entretanto tinham sido dadores, poderiam ter uma ação contra eles dirigida. E aqui o Dr. Rafael Vale e Reis critica o tribunal constitucional, porque, por exemplo, o Reino Unido, que alterou a lei em 2004, alterou para o futuro, apenas para as dívidas futuras. E apesar de o apresentante saber que a lei que está em produção vem afirmar que esta regra do não anonimato apenas irá virgorar a partir do dia 24 de abril de 2018, que foi a partir do momento em que o dador pôde contar a circunstância de em Portugal não haver anonimato, o tribunal não defende a solução que este defende já há muitos anos. Apesar de ter a honra do tribunal constitucional o ter ci-

tado, o apresentante não tem a certeza que uma solução sem anonimato seja a melhor para o próprio sistema de procriação medicamente assistida; este defende uma redação legal que permita que, no caso concreto, se faça uma ponderação de interesses entre a pessoa que tem uma vontade legítima de conhecer a identidade do dador e o dador que também tem o direito à reserva da intimidade da vida privada. E portanto, será necessário encontrar um modelo em que o juiz, no caso concreto, faça uma ponderação de interesses e opte pelo interesse preponderante.

CASO 3

APRESENTADO PELO DR. GUIDO GRASSO — DOCENTE DA UNIVERSIDADE DE CATÂNIA, SICÍLIA, ITÁLIA

- A. **Identificação da decisão:** Nesta sessão não houve a referência de nenhum caso concreto, o apresentante abordou o tema da maternidade de substituição no contexto italiano, mais precisamente uma hipótese em investigação
- B. **Palavras-chave:** Procriação medicamente assistida; Gestação de substituição; Inseminação heteróloga; Itália.
- C. **Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas**

Em Inglês

What is surrogate maternity? In surrogate maternity a woman, who is outside the couple (donor or not of the oocyte), makes her uterus available to bring a pregnancy to term, agreeing to hand over the resulting child to the commissioning couple.

Two types of surrogate maternity exist: traditional surrogacy, in which the fertilized ovum belongs to the pregnant woman; and gestational

surrogacy, in which the surrogate mother, who carries the pregnancy to term, is implanted with an embryo, realized through in vitro fertilization, using samples coming from the requesting parents or from anonymous donors.

In light of the above, it is clear that the appeal to modern biomedical technology has determined a fragmentation of the notion of maternity. If in the past only one notion of maternity existed, now we have different maternal figures: a birth mother, a social mother, a genetic mother; Often the genetic mother is the social mother too.

Surrogacy raises serious issues of commodification — of childbirth, of birthmothers, and of children — by allowing contracts, sales, and money to govern these once noncommercialized areas of life. Such commercialization of childbirth could profoundly affect the kind of society in which we live. Surrogacy also could exploit women instead of liberating them. The calls to legalize surrogacy are joined by calls to eliminate surrogacy all together or to restrict it as fully as possible.

The majority of States forbids it and only a minority of States allows surrogate motherhood. Among these Countries in which it is permitted, some allow for altruistic surrogate maternity, while others allow for a gestational surrogacy only with genetic material that is 50% or 100% from the buyers, and in others, commercial surrogate maternity is also admitted.

Italy is one of those Countries in which it is forbidden; art. 12, para. 6, law no. 40\2004 foresees remarkable sanction penalties for those people who realize, organize or publicize the substitution of maternity. Despite the fact that surrogate maternity is considered one of the techniques of artificial insemination, it sets unprecedented problems which could justify the forecast of the prohibition. The

safe card of the dignity of the pregnant woman and the condition of the child could justify the imposition of the absolut prohibition. Although the violation of the right to the health and of the right to the self-determination of the sterile or completely infertile couple.

But something's changing also in Italy, due to the effect of two co-occurring events. On the one hand, contributing to the globalization of the juridical models, we are witnessing a growth of procreative tourism; namely Italian couples, heterosexual or homosexual, unable to naturally have children, who go to those Countries in which they can resort to surrogate maternity. The problems arise from the juridical impossibility for Italian registrars to give succession to the application of the requesting parents of to register the foreign birth certificate that recognizes them as parents of the child. These complex stories have been the object of many foreign judicial sentences, often of contrasting nature. On behalf of the European Court of Human Rights, one case is Case of Paradiso and Campanelli v. Italy, in the first time the court condemned Italy and the Grand Chamber said the opposite.

On the other hand, law number 40 in subject of medically assisted reproduction has seen over the years different interventions demolished by the Italian Constitutional Court. The most important of these mentions above all is Sentence no. 162\2014, with which the Judges of the laws have constitutionally pronounced illegitimate art. 4, para. 3, law no. 40\2004, in the part in which it forbade the appeal to heterologous fertilization. Until 2014, in Italy was forbidden heterologous fertilization. The judges believed that this prohibition violated the right to the self-determination and the right to health of the couple. The determination of the sterile or completely infertile couple

to have a child, pertaining to the most intimate and intangible sphere of the human being should not be repressed if other constitutional values are not violated. On the other hand, the notion of health referred in article 52° of the Italian constitution must also be intended in the comprehensive meaning of psychological health, corresponding to the notion enacted by the World Health Organization (WHO). The impossibility to form a family with children through the appeal to the heterologous fertilization can have even remarkable negative effects on the health of the couple.

In this context, the prohibition of surrogate maternity could also turn out to be injurious to the right to the health and to the right to the self-determination of the couple and, as such, could be unconstitutional, because it prevents the couples, in which the woman cannot have a child — since she no longer has a uterus or because she is sick and she cannot carry the pregnancy to term — to become parents. This question is the key point of my current research. In fact, right now, according to the motivation alleged by the Italian constitutional judges that pronounced the prohibition of the heterologous fertilization illegitimate, I am trying to provide a narrow interpretation of the Italian ban of surrogate maternity.

From the presenter's point of view, the altruistic surrogate maternity could be excluded from the scope of the prohibition, set out in art. 12, para. 6, law no. 40\2004, because the lack of a payment rule out an attack on the human dignity of women and children. But, according to the current prevailing view in Italian doctrine, the art. 12, para. 6, law no. 40\2004 must be interpreted as an absolute prohibition, that bans any form of surrogate maternity, including the altruistic surrogacy. However, once a narrow interpretation of the Ita-

lian prohibition of surrogate maternity is provided with the effect that in Italy it is possible to resort to a surrogate maternity without retribution involved, the problems aren't over yet:

For Italian legal experts new scenarios are opening up because, in the absence of law regulating, it's difficult to determine the status of the child, who is born as a consequence of the surrogacy agreement. Moreover, it's difficult to establish the juridical value of the two different statements of intention: the birth mother gives up the possibility to officially become the mother of the child she gave birth to, in favour of the infertile couple, who want to be recognized as parents by the law.

Are these statements of intention revocable? Are they unilateral acts or do they make up a proper agreement? Is it crucial that genetic material derive 100% from the buyers? Or is 50% enough? Can we permit the reimbursement of expenses? But then it becomes necessary to prevent reimbursement of overstated expenditure.

That's why the presenter is here in Portugal, to examine our legal model and the issues that we are addressing.

Em Português

O que é a maternidade de substituição? Na maternidade de substituição, uma mulher, exterior ao casal (dadora ou não do ovócito), disponibiliza o seu útero para levar a cabo uma gravidez, concordando entregar a criança ao casal beneficiário. Existem dois tipos de gestação de substituição: a gestação de substituição tradicional, na qual o óvulo fecundado pertence à mulher grávida; e a gestação de substituição na qual a mãe portadora, aquela que leva a cabo a gravidez, é implantada com um embrião, através de uma fertilização *in vitro*, usando amostras provenientes do casal beneficiário ou

de dadores anónimos.

Neste sentido, é evidente que o recurso à tecnologia biomédica moderna determinou uma fragmentação da noção de maternidade. Se no passado existia apenas uma noção de maternidade, agora temos diferentes figuras maternas: uma mãe biológica, uma mãe social, uma mãe genética; sendo que, muitas vezes, a mãe genética é também a mãe social.

A gestação de substituição levanta certos problemas de comercialização — do parto, das mães biológicas e das crianças — ao permitir que contratos, compra e vendas e dinheiro governem estas áreas da vida, antes não comercializadas. Uma tal comercialização do parto poderia afetar profundamente o tipo de sociedade em que vivemos. Além disso, a maternidade de substituição também poderia levar a uma instrumentalização e exploração de mulheres. Assim, os apelos para legalizar a gestação de substituição são acompanhados por apelos para eliminar a mesma, ou para restringi-la ao máximo.

A maioria dos Estados proíbe a maternidade de substituição e apenas uma minoria de Estados a permite. Entre estes países em que é admitida, alguns permitem a maternidade de substituição altruísta, enquanto outros permitem uma gestação de substituição apenas com material genético que seja 50% ou 100% dos beneficiários, e noutros, a maternidade de substituição comercial também é admitida.

A Itália é um desses países em que é proibida; o parágrafo 6 do artigo 12, da lei nº40/2004 prevê sanções notáveis para aquelas pessoas que realizam, organizam ou divulgam a maternidade de substituição. Apesar da gestação de substituição ser considerada uma das técnicas de inseminação artificial, ela estabelece problemas sem precedentes que poderiam justificar a previsão da proibição. Embora possa existir a violação do direito à saúde

e do direito à autodeterminação do casal estéril ou infértil, a dignidade da mulher grávida e a condição da criança poderiam justificar a imposição da proibição absoluta.

Mas algo está a mudar também em Itália, devido à incidência de dois eventos coocorrentes. Por um lado, contribuindo para a globalização de modelos jurídicos, estamos a assistir a um crescimento do turismo reprodutivo; nomeadamente, casais italianos, heterossexuais ou homossexuais, incapazes de ter filhos naturalmente, que vão para estes países em que podem recorrer à maternidade de substituição. Os problemas surgem da impossibilidade jurídica dos notários italianos para dar seguimento ao pedido dos pais beneficiários de registrar a certidão de nascimento estrangeira que os reconhece como pais da criança. Estas histórias complexas têm sido o objeto de muitas sentenças judiciais estrangeiras, muitas vezes de natureza contrastante. Neste sentido, um caso relevante do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, é o caso *Paradiso e Campanelli v. Itália*, em que num primeiro momento o tribunal condenou a Itália, mas a *Grand Chamber* disse o contrário.

Por outro lado, a lei nº40, em matéria de procriação medicamente assistida tem visto ao longo dos anos diferentes intervenções do Tribunal Constitucional Italiano. A mais importante destas é, acima de tudo, a sentença nº 162/2014, com a qual os juízes declararam inconstitucional o parágrafo 3 do artigo 4 da lei nº40/2004, na parte em que proíbia o recurso à inseminação heteróloga. Os juízes acreditavam que esta proibição violava o direito à autodeterminação e o direito à saúde do casal. A determinação do casal estéril ou infértil em ter um filho, no que diz respeito à esfera mais íntima e intangível do ser humano, não deve ser reprimida se outros valores constitucionais não forem viola-

dos. Por outro lado, a noção de saúde referida no artigo 52º da nossa constituição também deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo a saúde psicológica, correspondendo à noção promulgada pela Organização Mundial de Saúde (OMS). A impossibilidade de formar uma família através do recurso à inseminação heteróloga, pode até mesmo ter efeitos negativos na saúde do casal.

Neste contexto, a proibição da gestação de substituição poderia também relvelar-se prejudicial para o direito à saúde e o direito à autodeterminação do casal e, como tal, poderia ser inconstitucional, visto que impede os casais, nos quais a mulher não pode ter filhos — ou porque esta já não tem um útero ou porque está doente e não consegue levar a cabo uma gravidez —, de se tornarem pais. Esta questão é o ponto-chave da investigação atual do Dr. Guido Grasso. De facto, neste momento, de acordo com os motivos alegados pelos juízes constitucionais italianos que declararam inconstitucional a proibição da inseminação heteróloga, o apresentante está a tentar fornecer uma interpretação limitada da proibição italiana da maternidade de substituição.

Do seu ponto de vista, a maternidade de substituição altruísta poderia ser excluída do âmbito da proibição, prevista no parágrafo 6 do artigo 12 da lei nº 40/2004, visto que a falta de pagamento descarta um ataque à dignidade humana da mulher e das crianças. Contudo, de acordo com a visão atual predominante na doutrina italiana, o parágrafo 6 do artigo 12 da lei nº 40/2004 deve ser interpretado como uma proibição absoluta, que proíbe qualquer forma de gestação de substituição, incluindo a gestação de substituição altruísta.

No entanto, uma vez que a interpretação restrita da proibição italiana da maternidade de substituição é feita com o entendimento de que é possível

recorrer à gestação de substituição sem retribuição envolvida, os problemas ainda não terminaram: Para os especialistas jurídicos italianos estão a surgir novos cenários, porque, na ausência de leis de regulamentação, é difícil determinar o estatuto da criança, que nasce como consequência do contrato de gestação de substituição. Além disso, é difícil estabelecer o valor jurídico das duas declarações de vontade diferentes: a mãe biológica renuncia à possibilidade de se tornar oficialmente mãe da criança que deu à luz, a favor do casal infértil, que quer ser reconhecido como pais pelo direito. Estas declarações de vontade são revogáveis? São estes atos unilaterais ou constituem um verdadeiro contrato? É necessário que o material genético derive 100% dos beneficiários? Ou 50% é suficiente? Podemos permitir o reembolso de despesas? Mas então, torna-se necessário evitar o reembolso de despesas sobredeclaradas.

E é por isto que o apresentante se encontra em Portugal, para examinar o nosso modelo legal e os problemas que estamos a enfrentar.

CASO 4

APRESENTADO PELO DOUTOR DANIEL TORRES GONÇALVES- ADVOGADO

- A. Identificação da decisão:** Acórdão da Secção Social do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Julho de 2017
- B. Palavras-chave:** acidente de trabalho — lesão numa corda vocal — (in) existência denexo de causalidade.
- C. Os factos, o Direito e a Decisão**

1. Os factos

- i) Uma trabalhadora estava a carregar caixas no trabalho, sente uma forte dor nas costas e vai para o serviço de urgência.

- ii) Os tratamentos são assumidos pela seguradora.
- iii) Posteriormente, a seguradora afirma que não paga os tratamentos da trabalhadora.
- iv) A seguradora aceitou ao relatório da entrada na urgência e, na triagem de Manchester, verificou que a trabalhadora já tinha a dor há dois ou três dias e não no dia de trabalho.
- v) A decisão foi considerar o acidente como acidente de trabalho.
- vi) A trabalhadora tem ganho de causa porque o acidente é qualificado como acidente de trabalho.
- vii) No entanto, a trabalhadora interpôs recurso.
- viii) A trabalhadora teve ser sujeita a uma intervenção cirúrgica à coluna e dessa operação foi atingida uma corda vocal.

2.0 Direito

O Tribunal da primeira instância qualifica o acidente mas diz que não se demonstrou que as lesões ou sequelas tinham relação direta com o acidente. Não existe nexo causal entre o acidente que a sinistra sofreu e as apontadas sequelas que a mesma apresentava. O juiz da primeira instância defende que não há relação direta porque a lesão na corda vocal não teve que ver com o acidente mas com a cirurgia; é necessário que exista uma cadeia de factos em que cada um dos respetivos elos tem que estar sucessivamente interligado por um nexo causal. Se esse elo causal se interromper, não temos acidente de trabalho relativamente àquela lesão. Entendeu-se, assim, que houve aqui uma quebra neste encadeamento de nexos.

3. A Decisão

Foi concedido parcial provimento ao recurso, tendo sido decidido alterar a alínea g) da matéria de facto provada constante da sentença, assim como revogar a sentença na parte em que se conclui no sentido da inexistência de nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e a lesão numa corda vocal. Assim, foi reconhecido o nexo causal.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas:

Podia-se conformar com a decisão do juiz da primeira instância, dizendo que houve uma quebra no elo e, por isso, não há nexo de causalidade entre o evento e a lesão porque aqui existiu má prática médica, sendo a responsabilidade civil intentada contra o médico ou contra o hospital.

A outra opção seria defender que este encadeamento de elos se manteve no caso em concreto. A lesão na coluna vertebral que levou à cirurgia e à consequente lesão na corda vocal. Assim sendo, a lesada apresenta recurso para que fosse reconhecida a existência do nexo de causalidade entre o acidente e a lesão nas cordas vocais.

Há três questões a analisar.

Há a questão levantada pelo Ministério Público que teve a ver com a legitimidade e o interesse em recorrer — o pedido foi procedente, a trabalhadora teve ganho de causa e por isso não pode vir recorrer porque não se está aqui a questionar uma parte do dispositivo mas só uma parte da fundamentação onde o tribunal refere não existir esse nexo de causalidade. O Tribunal da Relação do Porto expõe que se invocada uma determinada lesão resultante do acidente de trabalho, ainda que não determinante de incapacidade parcial permanente e se o correspondente nexo de causalidade for dado como não provado na sentença, tal decisão

poderá no futuro comprometer o direito do sinistrado à reparação que se pudesse amostrar de vida. No recurso, a autora alegou as sequelas em relação às quais a sentença considerou que não foi provado o nexo de causalidade, recorrendo assim da sentença em que ficou vencida de ter legitimidade e interesse em delas recorrer.

Outra questão tem que ver com a existência do nexo de causalidade. Na sentença recorrida, o juiz concluiu que não há relação direta. Para o Doutor, tal não tem problema, pois pode ser relação indireta desde que este encadeamento exista. Desde que se demonstre que não houve uma situação anómala que tenha quebrado este encadeamento, este nexo de causalidade deverá considerar-se verificado. O Tribunal da Relação veio decidir que existia este encadeamento. Afirmou ainda que não foi feita qualquer prova de que a autora padecesse de qualquer problema prévio, a ré não fez qualquer contraprova quanto a isso nem tão pouco declinou responsabilidades especificamente quanto a essa lesão mas afastou a qualificação do acidente como sendo acidente de trabalho.

Inicialmente, a seguradora não questionou a lesão nas cordas vocais mas sim o acidente como um todo. O tribunal admitiu que a ré poderia ter procurado fazer contraprova — o Doutor interpreta que poderia existir esta contraprova quer pela pré-existência da condição da saúde da trabalhadora, como a existência de um facto anómalo que o tivesse provocado. A verdade é que não existiu esta prova segundo o Tribunal da Relação do Porto.

O Tribunal da Relação do Porto veio apelar a uma certa facilitação da prova por parte do paciente ao fazer aquilo que podemos reputar de prova de primeira aparência ou prova *prima facie*, apesar de isto não ser aprofundado no Acórdão. Refere o Acórdão a este propósito que se é certo que nenhum elemento clínico refere expressamente que a

causa haja sido a cirurgia, também é certo que não fazem referência a qualquer outra causa, por outro lado, dos elementos clínicos decorre que tal lesão é consecutiva e próxima temporalmente da intervenção cirúrgica. O único elemento documental em que o Tribunal da Relação respalda a sua posição é um relatório médico que refere que a lesão é relacionável com o evento.

CASO 5

APRESENTADO PELO DRA. SANDRA TAVARES-DOCENTE DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PORTO

- A. **Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de Setembro de 2018
- B. **Palavras-chave:** Processo Penal; perícias médico-legais; ofensa à integridade física agravada pelo resultado de morte; prova pericial.
- C. **Os factos, o direito e a decisão**

1. *Dos factos*

- i) No Tribunal Judicial de Comarca de Setúbal correu termos o processo comum colectivo supra numerado no qual é arguido BB, quem foi imputada a prática, em co-autoria material e concurso real e efectivo, na forma consumada, de um crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos art's 131º e 132º, nº 2, alª e) e um crime de ofensa à integridade física qualificada, p. e p. pelos art's 143º, 145, nºs 1, alª a) e 2 e 132º, nº 2, alª e); e um crime de ofensa à integridade física simples, p. e p. pelo artº143º, todos do Código Penal. Tendo o ofendido posteriormente apresentado desistência de queixa relativamente aos dois crimes de ofensa à integridade física.

- ii) O filho do falecido, DD, e EE, na qualidade de viúva do falecido, constituiu-se como assistente e deduziu pedido de indenização cível também contra o arguido e ora demandado. Tendo EE falecido na pendência da ação.
- iii) No dia 10 de dezembro de 2016, em hora não concretamente apurada mas entre as 00h00 e a 1h00, o arguido encontrava-se num café. No mesmo local e à mesma hora encontravam-se FF, CC e II.
- iv) Nessa noite, o assistente CC munuiu-se de um busca-pólos e, na esplanada do café começou a exhibi-lo e a manuseá-lo e referiu, entre o mais, que tal instrumento era apto a furar.
- v) No dia 10 de dezembro de 2016, naquelas circunstâncias de tempo e lugar, o demandante CC, com a mão aberta, desferiu umas pancadas no pescoço do II, bem como umas bofetadas, enquanto solicitava que este lhe pagasse umas cervejas. O assistente CC, entretanto, afastou-se do local e entrou no seu carro, tendo ficado de costas para o cefé. O II, entretanto, dirigiu-se para o carro onde estava o assistente CC e, nesse ínterim, o arguido decidiu comprar as cervejas para oferecer ao FF, ao CC e ao próprio II tendo, inclusive, naquela altura e em circunstâncias não apuradas oferecido uma cerveja ao assistente CC, que a recusou.
- vi) O FF e o arguido trocaram palavras entres si e, de seguida, o arguido desferiu uma cabeçada no rosto do FF, atingindo-o na cara, cabeçada essa que o fez cair, de imediato no chão. Na sequência da queda, o FF bateu com a parte posterior da cabeça no passeio de pedra, que se encontrava na sua trajetória de queda. O FF era portador de uma TAS de 2,67g/l +/– 0,34g/l.
- vii) Apercebendo-se do que estava a passar-se na rua, GG, proprietário do café, dirigiu-se para perto do local onde se encontravam o arguido e o FF, tendo o arguido BB, aconselhado pelo GG, abandonado o local.
- viii) A vítima permaneceu prostrada no chão, sem qualquer reação e, pese embora os esforços de reanimação levados a cabo pela equipa do INEM, que ali compareceu, o óbito foi declarado no local pelas 1h50m, do dia 10 de dezembro de 2016.
- ix) As lesões internas ao nível da cabeça e ao nível da coluna vertebral e da medula foram causa direta e necessária da morte de FF, consequência da luxação atlóido-axoideia com contusão do tronco cerebral e consecutiva hemorragia para as cavidades do encéfalo;
- x) Ao desferir uma cabeçada no rosto do FF quis o arguido ofender a vítima na sua integridade física, o que fez. O arguido, ao fazer com que, por via da cabeçada por ele desferida, o FF caísse e se lesionasse da forma descrita, não agiu com o dever de cuidado a que estava obrigado e de que era capaz, tendo representado, como possível, a realização de tal morte sem, no entanto, se ter conformado ou querido essa realização. Sabia o arguido que a sua conduta lhe era proibida e, ainda assim, atuou do modo descrito. Não ficando provado, no entanto, que o arguido agiu com a intenção de tirar a vida ao FF.

- xi) O tribunal julgou parcialmente procedente o pedido de indemnização cível formulado e julgou parcialmente procedente, por parcialmente provada, a acusação e, em consequência condenou o arguido BB apenas pela prática, na forma consumada, de um crime de ofensa à integridade física agravada pelo resultado de morte, p. e p. pelo artigo 147º, nº 1 do Código Penal; o tribunal aplicou ao arguido o regime especial para jovens e condenou-o a uma pena de um ano e 10 meses de prisão, suspendendo a execução da pena aplicada, por igual período de tempo, sujeita a regime de prova, com especial enfoque no acompanhamento psicológico.
- xii) O assistente, não se conformando com a decisão, interpôs recurso para a Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora, por, para além de discordar com o direito aplicado, considerar que o acórdão ora recorrido padece do vício de erro notório na apreciação da prova, porquanto entende que os factos dados como provados no douto acórdão, não encontram suporte na prova produzida, nomeadamente nos depoimentos das testemunhas prestados em audiência de discussão e julgamento, comparativamente às declarações prestadas em sede de inquérito e aos demais elementos de prova existentes nos autos.

2. Do direito

O presente caso suscita, acima de tudo, a análise de um erro notório na apreciação de prova, que advém da violação do disposto no artigo 163º do C.P.P., relativo à prova pericial, e a análise da alteração da qualificação jurídica do crime.

3. Da decisão

Os Juízes que compõem a Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora decidem, em sentença proferida a 25 de setembro de 2018, declarar a existência de erro notório na apreciação da prova e, em consequência, determinam o reenvio total do processo ao tribunal recorrido nos termos dos artigos 426º nº 1 e 410º, nº 2, al. c) do Código de Processo Penal. Decidem ainda, que sejam obtidos esclarecimentos complementares ao relatório de autópsia nos termos referidos no acordão e que sejam contrapostas as declarações do arguido em audiência com as prestadas no primeiro interrogatório judicial.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

Na visão transversal da apresentante em relação ao Direito da Medicina, isto cabe no Direito da Medicina na medida em que implica a intervenção de médicos e a realização de uma perícia com um valor específico, que é a perícia médico-legal em processo penal.

É um caso recente, que ainda deve estar em discussão em 1ª instância, dado que o tribunal da relação anulou a decisão e baixou à 1ª instância. Era um caso que vinha com acusação por homicídio qualificado e que o tribunal de 1ª instância passou para ofensa à integridade física agravada pelo resultado morte. O caso suscitou questões muito típicas do direito como: se a queda no passeio é imputável ou não a quem deu a cabeçada? Mas a trama complica-se porque há versões perfeitamente contraditórias dos factos, surgindo uma terceira eventual causa de morte, isto é, há quem garanta que quando a vítima estava inanimada no chão sofreu vários pontapés do agressor, e há quem garanta que isso seja mentira. É também com base nestas versões

contraditórias que se justifica a decisão do tribunal.

Além disto, há uma visão *sui generis* dos factos por parte do tribunal de 1ª instância, porque a jurisprudência é também uma construção de história e a história processual não deixa de ser uma história que deve ser coerente para o decisor; e aqui há uma visao *sui generis* porque de um ponto de vista, o agressor será à partida o “mau da fita”, mas parece que o tribunal de 1ª instância ficou com uma opinião divergente desta, ou seja, a vítima estava bebada, costumava ir ao café provocar o agressor, não seria propriamente uma pessoa muito recomendável e o agressor era um jovem socialmente bem integrado, uma pessoa preocupada com a família. Pergunta-se: até que ponto é que o agressor é uma vítima do contexto? E há também uma visão dicotómica, até triádica, dos resultados da ação criminosa. Portanto, tudo isto leva à realização de uma perícia médico-legal.

A perícia médico-legal em processo penal é uma perícia pública, uma perícia oficial, não havendo aqui o perito indicado pelas partes. Há apenas o envio do processo ao instituto nacional de medicina legal, que com o seu corpo de profissionais realiza a perícia no interesse público, e não no interesse de partes antagonicas.

O tribunal de 1ª instância faz, perante a perícia, uma investigação interpretativa com base em sites da internet, uma coisa que não é estranha para a apresentante, dado que já assistiu a casos semelhantes. Ou seja, relativamente aos termos médico-legais houve lugar a uma investigação interpretativa nos diferentes sites da internet, em ordem a que pudessem ser apreensíveis os conceitos sob a forma de linguagem corrente, não técnica. E é a partir desta interpretação que o tribunal de 1ª instância decide alterar a qualificação jurídica do crime e passar de um homicídio qualificado para uma ofensa à integri-

dade física agravada pelo resultado de morte.

Tudo isto leva a um recurso tecnicamente mal elaborado, facilmente rejeitado. Contudo, o tribunal encontra um vício no artigo 410º/2 que é de conhecimento officioso, porque detecta incongruências a que refere como erro de apreciação da prova, designadamente pelo afastamento indevido da perícia sem ter fundamentos de igual valia científica.

E é com base nisso que o tribunal critica a decisão de 1ª instância a vários níveis, designadamente porque pega na conclusão 3ª do relatório pericial que afirma que “A localização, natureza, características, n.º de lesões traumáticas infligidas e ainda a violência empregue na sua produção constituem, por si só, elementos idóneos para poderem provocar a morte do ofendido sendo, cumulativamente, estes achados sugestivos de etiologia médico-legal homicida como é aventado na informação.”. E portanto, a partir daqui, o tribunal entende que é manifestamente infundado e contraditório a alteração da qualificação jurídica constante da acusação. O tribunal de recurso considera que a fundamentação fáctica do tribunal é manifestamente incompatível com os resultados da autópsia e por isso encontra um vício grave e manda repetir o julgamento.

Então, a conclusão em termos técnicos do tribunal de recurso é que o relatório pericial não era muito explicativo, mas quando há falhas na fundamentação do relatório pericial de que resultam dúvidas que deviam ter sido esclarecidas nos termos legais, que era o caso, há a necessidade de tornar a ouvir o perito para esclarecer tais dúvidas. E aí o tribunal de recurso confessa aquilo que a lei quer que os juristas confessem, ou seja, o tribunal afirma: “Não tendo nós conhecimentos suficientes para conclusões seguras quanto à causa da morte, temos no entanto dúvidas sérias quanto às conclusões do tribunal recorrido por razões que

nos surgem claras”. E portanto, reconhece aquilo que o artigo 163º do CPP pretende, reconhece a sua incompetência e reconhece a necessidade de esclarecer as suas dúvidas com o perito.

A perícia é feita em processo penal porque se reconhece a necessidade de serem utilizados conhecimentos científicos, artísticos ou técnicos especiais; a perícia médico-legal no caso de morte é uma imposição da lei; o valor da prova da pericial é específico, está no artigo 163º do CPP, não existe aqui livre apreciação da prova; em termos técnicos, não podemos desconfiar do perito, porque este é um funcionario publico, que está num instituto público, que existe não só mas também para fazer estas perícias e que tem uma especialidade que o dirige neste sentido.

É claro que as perícias não são indiscutíveis, mas é necessário fundamentar especialmente esta dúvida, ou seja, existem exigências acrescidas de fundamentação da eventual divergência. E não tem lógica recorrer a um consultor técnico, porque este seria na prática um contra-perito; não obstante, poderia haver a junção de pareceres escritos. O que poderia ter sido feito em termos técnicos seria solicitar esclarecimentos escritos ao perito ou até mesmo a realização de uma nova perícia, ou ainda solicitar a prestação de declarações orais do perito em audiência de julgamento.

E portanto, o tribunal de recurso pretende baixar à 1ª instância para ouvir o perito e esclarecer certos pontos; e determinar de forma clara e inofismável a causa de morte, explicitando os termos da conclusão 3ª do relatório de autópsia, ou outra que seja julgada necessária.

No entanto, a apresentante faz uma apreciação crítica da postura do próprio tribunal de recurso. Pois, o tribunal depois de revalorizar a perícia e criticar o tribunal de 1ª instância que tomou a pe-

rícia como uma prova como outra qualquer, acaba por cair em erros, ou pelo menos, erros aparentes, ao apresentar quesitos para o perito responder. A apresentante acha estranho, não que o tribunal de recurso dê uma ordem direta ao tribunal de 1ª instância, mas que dê uma ordem ao perito, porque estas perícias médico-legais processuais penais não permitem sequer a formulação de quesitos. Estas perícias são consideradas matéria científica de uma especialidade médica, e nos termos do artigo 163º/2, a perícia foi mal feita porque o proprio perito nao seguiu os termos que a sua própria instituição de origem obrigaría. Portanto, parece-lhe estranho que o tribunal de recurso tão cauteloso com o valor da perícia depois acabe por indicar quesitos ao perito.

Outra questão que lhe parece um erro, ou pelo menos, um erro aparente, tem a ver com a intenção de matar, pois assume-se a intenção de matar com base no relatório pericial quando o próprio relatório se basta com a causalidade. Ou seja, o perito não deve afirmar que há intenção de matar, eventualmente poderá afirmar que se presume médico-legalmente a intenção de matar; o relatório é muito escorreito na terminologia e o tribunal ao longo do recurso também é muito escorreito na terminologia, mas depois, se calhar por lapso, é afirmado o seguinte: “Verifica-se erro notório na apreciação da prova se no relatório da autópsia se conclui que houve intenção de matar por parte do arguido”. Ora, o relatório da autópsia nunca diz que houve intenção de matar e ao longo do acordão nem o tribunal nem o perito referem a intenção de matar, a questão da culpa e da intencionalidade jurídico-penal transcendem a área científica do perito de facto. No entanto, curiosamente, o próprio tribunal de recurso, tão preocupado com a valia científica da perícia, cai depois neste lapso aparente

de atribuir intencionalidades à perícia e ao relatório pericial.

CASO 6

DORA REDRUELLO — PSICÓLOGA: A JURISPRUDÊNCIA E A SAÚDE MENTAL — APRESENTAÇÃO DO PROJETO TRUST

A Doutora começou por enquadrar as práticas inovadoras que já se veem em vários países no mundo, em particular no EUA. Existe uma iniciativa governamental intitulada “*consensus project*” que conjuga uma intervenção concertada na área da saúde mental entre tribunais, forças de segurança e o próprio sistema de saúde. Esta iniciativa começou em 2002.

Aquilo que se pretende é reduzir o número de pessoas com doença mental em situação de reclusão. O que se verifica com estudos de prevalência é que as doenças mentais são altamente representadas na população prisional. Em termos de dados de prevalência gerais, os estudos internacionais revelam que aproximadamente, e no caso das perturbações de personalidade, a população reclusa pode atingir os 80%.

Em Portugal temos apenas um estudo que observou duzentos e noventa e quatro reclusos do sexo masculino em onze estabelecimentos prisionais em todo o país para avaliar a questão das perturbações da personalidade. Estes requerem tratamentos eficazes e a situação de reclusão agrava os traços de personalidade disfuncionais. O estudo demonstra que são pessoas jovens, de escolaridade baixa e o nível socioeconómica é baixo.

Em termos de tempo de sentença e tipo de crime, 53% devem-se por crimes contra pessoas, 21% a tráfico de estupefacientes, 20% a crimes contra a propriedade, 4% dizem respeito a crimes contra a vida em sociedade e 2% a outros crimes.

No que respeita a saúde mental, Portugal está igual aos outros países e os dados de prevalência são muito elevados. Nós temos 79,9% de indivíduos que estão em situação de reclusão com perturbações da personalidade. Destes 294 apenas 20,1% não tem problemas de personalidade.

Pelos dados estatísticos verifica-se que há 39,10% de pessoas com perturbação da personalidade antissocial. Depois, existem indivíduos com um tipo de perturbação que, na opinião da psicóloga não deviam estar na prisão; trata-se de perturbações *borderline* da personalidade, como uma perturbação obsessivo-compulsiva da personalidade, uma perturbação paranoide, pelo que a prisão apenas vai acentuar esses traços disfuncionais.

O que se pretende com o projeto Trust, projeto esse do centro de direito biomédico, é a promoção da qualidade de vida das pessoas com doenças mentais, melhorando o seu acesso à informação, educação, necessidades de tratamento, de reabilitação, de internamento. É também objetivo promover práticas inovadoras de formação no setor da defesa, fazendo formação especializada tanto para as forças de segurança e como para as pessoas portadoras de doenças mentais.

Com o projeto Trust, está a ser construído um programa de formação especializada que irá trabalhar com a PSP com informação dada por psicólogos sobre o que é a saúde mental, evitar escalada numa situação de conflito, como intervir numa situação de surto psicótico, etc. Tudo isto no sentido de acalmar as coisas e não intensificar relações conflituosas. Também se tem em vista uma formação para as pessoas com problemas de saúde mental informando-os sobre como se podem relacionar melhor com a lei, com o sistema judicial, com a saúde.

Os nossos resultados preliminares não são muito animadores. Da parte das pessoas com per-

turbação psiquiátrica já tiveram vários tipos de experiências, algumas positivas, com ajuda e atenção por parte das forças de segurança, outros com experiências não profissionais com abuso verbal e físico.

Aquilo que as pessoas portadoras de doenças mentais sentem é uma falha de confiança em todo o sistema, desde aquilo que vai da polícia até aos tribunais. Sentem que se tiverem algum problema legítimo não podem recorrer à lei por já terem sido indicados com doença mental ou terem tido já algum problema prévio com a lei porque esse problema não lhes será reconhecido. Há uma falta de compreensão do sistema para aquilo que é ter um problema de saúde mental. É importante que

as forças de segurança tenham treino e não promovam a escalada da situação mas sim procurar acalmar a pessoa, percebendo o que está em questão. Para tal, devia haver psicólogos a acompanhar as forças de segurança no local e haver também uma maior relação de empatia com as pessoas.

É necessário que a comunidade sinta que as forças de segurança servem para proteção e não tanto para punição. Para a Doutora devia tirar-se as pessoas com doenças mentais da prisão e tratá-las devidamente.

