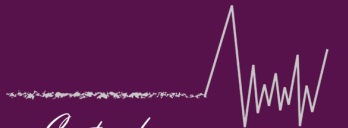


3.ª Bienal de
Jurisprudência em
Direito da Medicina

Cadernos da Lex Medicinæ
Lex Medicinæ Supplements


Centro de
Direito Biomédico

Cadernos da Lex Medicinæ

3.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina

atas



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR/04643/2019)



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 7 · 2022

Execução gráfica
Ana Paula Silva

ISBN
978-989-9075-26-9

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

Nota Prévia	5
Programa	7
Responsabilidade Penal da Saúde Temas Vários Responsabilidade Extracontratual do Estado e outros entes Públicos.....	9
Responsabilidade Civil Médica e Consentimento Informado	31

Nota Prévia

No dia 15 de outubro de 2021, reunimos, pela terceira vez, com o ‘espírito Coimbra’, embora – por força da pandemia da Covid-19 – por meios telemáticos, Magistrados, Advogados, Professores, Mestrandos e Doutorandos em Direito, Médicos e outros profissionais de saúde, na *Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina*, uma organização conjunta do Centro de Direito Biomédico, do Centro de Estudos Judiciários e da Ordem dos Advogados.

Nesta ocasião foram compostas duas mesas. Na primeira foram analisados casos de *Responsabilidade Penal da Saúde*, *Temas Vários* e *Responsabilidade Extracontratual do Estado e outros entes Públicos*. Na segunda mesa, encontramos casos sobre *Responsabilidade Civil Médica* e *Consentimento Informado*. Esta demarcação dos temas revela, só por si, a importância que a doutrina do consentimento informado vem assumindo na atual responsabilidade civil em saúde.

Contamos, mais uma vez, com um naipe de ilustres Oradores, destacando-se a honrosa contribuição dos Conselheiros e Desembargadores, assinalando-se a presença significativa de Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal, o que revela a crescente relevância dos problemas de Direito da Medicina, em geral, e da responsabilidade em saúde, em especial, na missão que estes tribunais são convocados a cumprir à luz da Constituição e da Lei.

Destacamos também a presença de ilustres colegas do Brasil que em muito enriqueceram os debates e cujos casos apresentados levantam problemas de grande merecimento, introduzindo temas novos e perspectivas inovadoras de enfrentar questionamentos antigos.

O mais vivo reconhecimento é deixado aos excelentes relatores pelo extraordinário trabalho de seleção, apresentação e revisão dos textos. Do mesmo passo, estamos penhorados às doutorandas Mestre Marta Susana Lobo e Mestre Thaís Cesa e Silva pela preciosa colaboração na concretização desta obra.

Agradecemos ainda o apoio das distintas instituições: a Fundação Eng. António de Almeida, a Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento e a Ordem dos Médicos (Secção Regional do Sul), que em muito contribuíram para a concretização deste encontro.

Destacamos também o fundamental contributo da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Direção Regional do Centro) na seleção de casos e na identificação de oradores que em muito engrandeceram este evento científico.

Aos membros da Comissão Científica, a nossa gratidão, por permitirem que o Centro de Direito Biomédico assumira forte responsabilidade na logística do evento e na publicação destas Atas, que em muito engrandecem os Cadernos *Lex Medicinae*. De entre todos, permita-se-me um especial reconhecimento pelo papel da Mestre Carla Barbosa, desde a conceção, à realização e publicação deste já prestigiado e indispensável evento científico bianual, durante o qual a jurisprudência e a doutrina se cruzam para um bem maior: “*criar confiança*” (*Guilherme de Oliveira*) na *relação médico-paciente!*

Boa leitura!

André Dias Pereira

3.ª BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA DIREITO DA MEDICINA

15 outubro de 2021

Local: OnLine

9h00 SESSÃO DE ABERTURA

Breve Comunicação:

Pedro Tenreiro Biscaia – Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

Presenças confirmadas:

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
João Luís Marques Bernardo

9h30 · 13h00 MESA TEMÁTICA

MESA 1

RESPONSABILIDADE PENAL DA SAÚDE

TEMAS VÁRIOS

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRATUAL
DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS**

Presidente da Mesa: *João Vaz Rodrigues*

Docente da Universidade de Évora

Relatores:

Marta Susana Lobo · Thais N. Cesa e Silva

Apresentantes:

João Lamy da Fontoura – Advogado na PLMJ

Rosa Amélia Dantas – Professora

Sónia Fidalgo – Professora FDUC e Investigadora CDB

Jorge Bheron Rocha – Defensor Público

Marcos Coltri – Advogado e Professor

Paula Ribeiro de Faria – Professora na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Ana Sá Lameira – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul

Catarina Vasconcelos – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul

Joana Dias Cardoso – Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra

14h30 · 17h30 MESA TEMÁTICA

MESA 2

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
CONSENTIMENTO INFORMADO**

Presidentes da Mesa:

Vânia Filipe Magalhães

Relatores:

Marta Susana Lobo · Thais N. Cesa e Silva

Apresentantes:

Cintia Águas – Advogada e secretária executiva do CNECV

Diana Seabra – Bolseira de Doutoramento

Rute Teixeira Pedro – Professora Faculdade de Direito do Porto

Igreja de Matos – Juiz Desembargador Tribunal da Relação do Porto

Aristides Almeida – Juiz Desembargador Tribunal da Relação

ção do Porto

Nuno Pinto Oliveira – Conselheiro Supremo Tribunal de Justiça

Alexandra Gomes – Juíza de Direito (Moita)

Marcos Coltri – Advogado e Professor

Mariana dos Santos Freitas Magalhães de Oliveira – Juíza de Direito Equipa de Recuperação de Pendências – Zona Norte

Paulo Duarte Teixeira – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto

Rita Maurício – Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria – Equipa de Recuperação de Pendências do Centro

Joaquim Correia Gomes – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra

Luís Cravo – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra

Tiago Afonso Miranda – Juiz Desembargador do Tribunal Central Administrativo Norte

Pedro Matos – Juiz de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra

Comissão Executiva: Álvaro da Cunha RODRIGUES, An-

dré DIAS PEREIRA, Carla BARBOSA, Catarina Monteiro PIRES, Francisco CAETANO, Helena MONIZ, José Manuel Lourenço QUARESMA, João Vaz RODRIGUES, Luís Filipe PIRES DE SOUSA, Paula MARTINHO DA SILVA, Paulo SANCHO

Apoios:



ORDEM DOS MÉDICOS
Região do Sul

fundação
LUSO-AMERICANA
PARA O DESENVOLVIMENTO

Mesa 1

RESPONSABILIDADE PENAL DA SAÚDE · TEMAS VÁRIOS · RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS

Presidente da Mesa: *João Vaz Rodrigues* | Docente na Universidade de Évora

Relatores: *Marta Susana Lobo* | *Tháís N. Cesa e Silva*

CASO 1

APRESENTANTE: JORGE BHERON ROCHA

A. Identificação da decisão: Recurso em Habeas Corpus (RHC) No 123.402 – RS (2020/0023400-5), Superior Tribunal de Justiça (STJ)

B. Palavras-chave: responsabilidade penal, cultivo, canabidiol, fins terapêuticos.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A recorrente apresentava quadro grave de Epilepsia Refratária, Hiperecplexia e Síndrome de Ehler Danos (SED).
- ii) Essa condição a faz ter dezenas de crises epilépticas diárias, além de ter sensibilidade extrema a ruídos, o que a impede de levar uma vida normal.
- iii) Em 2016, diante da ineficiência dos tratamentos convencionais, a recorrente passou a fazer uso do óleo de canabidiol para fins terapêuticos, o que resultou em expressiva melhora no seu quadro de saúde, controlando suas crises epilépticas, trazendo avanços significativos em sua qualidade de vida.

iv) A recorrente obteve autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para importar o óleo que contém canabidiol entre os anos de 2016 e 2019. A importação é realizada por intermédio da Associação Brasileira de Apoio Cannabis e Esperança (ABRACE).

v) O processo de aquisição do medicamento, contudo, é complicado e oneroso, dificultando a continuidade do tratamento prescrito.

vi) Os impetrantes pretenderam obter salvo-conduto para que a paciente fosse autorizada a importar sementes de maconha e a realizar o cultivo da maconha e a extração doméstica do óleo, por ser essa a melhor forma de prosseguir com o tratamento.

2. O Direito

Está em causa a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

9

Essa Lei deixa clara a proibição de cultivo de drogas, impondo a responsabilidade criminal mesmo para os casos de consumo próprio. Entretanto, há uma ressalva legal no sentido de possibilitar que o plantio seja feito para finalidades terapêuticas, devendo haver regulamentação para o efeito.

3. A Decisão

A decisão gera uma problemática na esfera da responsabilidade penal, uma vez que nega um salvo-conduto para o cultivo de canabidiol com fins terapêuticos. A partir deste recurso, o STJ entendeu que o cultivo deveria ser autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não sendo competência do juízo criminal.

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

Foi debatida a questão de ter sido gerado um limbo jurídico a partir do RHC analisado, dado que a própria ANVISA publicou uma decisão eximindo-se da responsabilidade e competência para prestar autorizações para o cultivo de canabidiol com finalidades terapêuticas.

Nesse contexto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou o uso do canabidiol através da Resolução 2113. Entretanto, esta resolução refere-se apenas à importação das substâncias, sendo vedado o plantio no Brasil.

As soluções apontadas durante a sessão demonstraram que, a fim de superar a omissão quanto ao plantio de canabidiol para finalidades terapêuticas, embora a decisão do STJ não seja vinculativa, os tribunais locais tendem a segui-la, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Habeas Corpus Criminal nº 2185408-98.2021.8.26.0000 – Des. Marcos Correa). Contudo, há decisões de tribunais estaduais que já contrariam tal posicionamento (Habeas

Corpus Preventivo 0050154-56.2021.8.06.0062 – Des. Marlúcia de Araújo Bezerra).

O Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 5708) está decidindo o tema, cujo julgamento do mérito está interrompido, mas já conta com voto de três ministros: o relator Min. Gilmar Mendes votou por discriminar o consumo pessoal de qualquer tipo de droga, e os Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso limitaram o voto ao porte de maconha.

Para efeitos da discussão aqui tratada, o resultado da decisão pode afastar entendimento (i) de configurar conduta crime plantar, cultivar, colher, guardar, transportar, prescrever, ministrar, e adquirir Cannabis para fins medicinais e de bem-estar terapêutico e (ii) de necessidade de prévia autorização estatal para fins de plantio e cultivo de Cannabis para tratamento médico ou pesquisa científica, na ausência de regulamentação própria.

CASO 2

APRESENTANTE: MARCOS COLTRI

A. Identificação da decisão: Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça N.º 1.771.169 – SC (2018/0258615-4)

B. Palavras-chave: indenização por dano moral, erro médico, morte, código de defesa do consumidor, processo clínico, deficiência informacional e documental.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos:

- i) Uma criança de 1 ano e 11 meses de idade morreu na sequência de atendimento médico no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
- ii) Os profissionais de saúde partiram da premissa de que a criança havia sido picada por uma aranha, mas nunca investigaram efetivamente o ocorrido, nem sequer realizaram exames ou análises clínicas para comparar os resultados.
- iii) Não foi feita uma anamnese inicial correta quanto ao ocorrido, havendo muitas falhas no prontuário clínico do paciente.
- iv) A avó do paciente, Autora da ação, nunca foi consultada, não tendo sido devidamente informada ou questionada a respeito do ocorrido.

2. O Direito

Estavam em causa os artigos 186, 927, 951 e 948 do Código Civil brasileiro, uma vez que o caso dizia respeito a pedido indemnizatório civil por morte cometida por negligência médica. Tais dispositivos legais ensinam que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a reparar o dano que causar por este ato.

Ademais, é de referir que, no caso de indemnização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, a indemnização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

Encontrava-se em pauta, ainda, a (in)aplicação do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), segundo o qual prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por “fato do produto” ou do serviço, ou do artigo 1-C da Lei n.º 9.494/97, que prevê que prescreverá em cinco anos o direito de obter indemnização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

3. A Decisão

O caso centrava-se em pedido de indemnização por dano moral ajuizado pela avó, em virtude de erro médico que teria causado a morte do seu neto, à época com 1 ano e 11 meses de idade.

A sentença de primeira instância julgou procedentes os pedidos para condenar os réus (três médicos) ao pagamento de 30 mil reais a título de dano moral, na proporção de 1/3 para cada um, ou seja, 10 mil reais para cada médico. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ou seja, o TJ negou provimento às apelações.

Mantida a decisão de primeira instância, houve a interposição de Recursos Especiais ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tanto pelos requeridos como pela autora. Os médicos alegaram a inaplicabilidade do código de defesa do consumidor, a precificação trienal e a ausência da prova de culpa médica no agir profissional. A autora requereu a majoração do valor condenatório.

O voto do acórdão analisado centrou-se em determinados pontos:

- a) *Da incidência do CDC na hipótese de responsabilidade civil dos médicos pela morte do paciente, em atendimento custeado pelo SUS:*

O ponto principal do acórdão gira em torno da questão de saber se o serviço prestado no âmbito público tem o caráter de ser classificado como uma atividade de consumo, o que traz repercussão muito grande em outros julgados. O STJ diz que a participação complementar da iniciativa privada (o serviço não foi prestado diretamente no SUS, mas no âmbito de serviço complementar) na execução de ações e serviços de saúde formaliza-se mediante contrato com a administração pública, utilizando-se como referência, para efeito de remuneração, a tabela de procedimentos do SUS.

Entendeu-se que quando prestado diretamente pelo Estado, no âmbito dos seus hospitais ou postos de saúde, ou quando delegado à iniciativa privada, por convênio ou contrato com a administração pública, para prestá-lo às expensas do SUS, o serviço de saúde constitui serviço público social. Em razão disso, a participação complementar da iniciativa privada na execução de saúde caracteriza-se como serviço público indivisível e universal e não como um serviço individualizado, o que afasta, por conseguinte, a incidência das regras do CDC.

Consequência desse entendimento: altera-se a regra quanto ao fundamento legal do prazo prescricional: afastada a incidência do art 27 do CDC, tem-se a aplicação, na espécie, do art 1-C da Lei 9494/97. O prazo permaneceu inalterado, mas mudou o fundamento. Assim, há de ser rejeitada a tese da prescrição trienal.

b) Da responsabilidade civil dos médicos pela morte do paciente

O STJ reconhece a incidência dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo o ato ilícito a falha na investigação diagnóstica (o caso em si); o elemento subjetivo da culpa ante a negligência e imprudência dos profissionais da medicina que atenderam o menor, de acordo com o disposto nos artigos 186, 927

e 951 do Código Civil, e ademais, sendo impossível particularizar a gravidade de cada conduta dos profissionais, pois todas elas contribuíram diretamente para o trágico falecimento do menor, devendo, em consequência, arcarem os réus com os danos eventualmente advindos de sua culpa.

Quanto ao pedido de majoração, o STJ manteve o valor.

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

Os pontos jurídicos relevantes debatidos na sessão diziam respeito ao reconhecimento da não incidência do CDC no serviço público de saúde – seja o prestado diretamente pelo Estado, seja o prestado via saúde complementar -, com a consequência da aplicação do art. 1-C da Lei 9494/97 para análise do prazo prescricional. Quanto a esse ponto, mencionou-se a importância do tema do prazo prescricional sobre o qual, em Portugal, há quem defenda, na doutrina, uma uniformização de prazos.

Debateu-se, ainda, a ocorrência no caso concreto de todos os problemas possíveis dentro da prestação de serviço médico: defeito do serviço, defeito de informação (não foi conversado com a avó), e uma deficiência documental, havendo muitas falhas no prontuário clínico do paciente, o que caracterizou uma má prestação de serviço generalizada.

Enfatizou-se a importância de um bom processo clínico, que é o assunto mais importante no âmbito do direito médico. Além disso, os registros clínicos dos pacientes correspondem à fonte de onde o perito pode obter mais informações, já que este não participa do ato. Foi estabelecido que a não apresentação do processo clínico do paciente não pode ser favorável ao prestador de serviços, sendo que a inversão do ônus da prova tem um papel crucial nisso.

Chamou-se a atenção para o facto de a conclu-

são do STJ ser importantíssima porque alega-se culpa grave, portanto, tem-se que a ausência de processo clínico pode configurar uma culpa grave.

Foi dito que o valor condenatório foi baixo em comparação a outros casos em que houve óbito.

Por fim, por ter sido discutida a prestação de um serviço público, debateu-se na sessão que seria aplicável o tema de repercussão geral 940 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual o agente público não pode responder diretamente ao particular numa ação judicial, configurando uma vedação constitucional. A avó não poderia ter movido a ação diretamente contra os agentes públicos – não poderia ter movido a ação diretamente contra os médicos – mas contra o Estado ou contra a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Apesar disso, essa discussão não ocorreu no acórdão, mas corresponde a um ponto jurídico muito relevante. Por se tratar de matéria de ordem pública, poderia ter sido reconhecida de ofício, mas também não o foi.

CASO 3

APRESENTANTE: SÓNIA FIDALGO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 12481/05.1TDLSB.L1, de 08.06.2011

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

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O ofendido submeteu-se a um ciclo de quimioterapia para tratamento de leucemia. Nesse âmbito, os serviços de farmácia do hospital prepararam duas seringas, uma delas contendo uma mistura destinada a administração intratecal e outra contendo Vincristina. O fármaco Vincristina tem de ser administrado por via endovenosa, produzindo lesões neurológicas idóneas a causar a morte, quando aplicado por via intratecal.
- ii) O técnico de farmácia preparou os medicamentos de acordo com as indicações constantes da folha terapêutica remetida pela farmacêutica. Após a preparação, a farmacêutica recebeu os fármacos um a um, devidamente identificados, bem como a folha de terapêutica, e procedeu à sua rotulagem. No referido rótulo constava o nome do doente, a identificação do fármaco com a respetiva dose a administrar, a via de administração e a respetiva data. A farmacêutica rotulou uma das seringas com a indicação da administração por via intratecal e a outra seringa, contendo Vincristina, com a indicação da administração por via endovenosa.
- iii) Nos serviços de farmácia do hospital foram apostas em cada uma das seringas etiquetas com o nome do fármaco que continham e com o respetivo modo de aplicação (entre outras informações).

- iv) A farmacêutica colocou depois os fármacos dentro de um saco preto, atento o facto de um deles ser fotossensível. Colocou o saco em cima de um tabuleiro, com a folha terapêutica e o processo do doente, o qual foi depositado num carrinho à entrada da farmácia, para ser posteriormente recolhido pela enfermeira de serviço, para administração.
- v) O técnico de farmácia e a farmacêutica, no que toca à preparação e acondicionamento dos fármacos, observaram a prática que era seguida no hospital em causa até àquele dia, ou seja, quer os fármacos a aplicar via intratecal quer os fármacos a aplicar via endovenosa eram colocados num só saco e num só tabuleiro.
- vi) Tais seringas foram entregues à arguida A, enfermeira, que, sem conferir as etiquetas, as entregou ao arguido B, médico.
- vii) O arguido B, na sua qualidade de médico, procedeu à administração ao ofendido dos fármacos contidos nas duas seringas, por via intratecal, também sem conferir as respetivas etiquetas (as etiquetas estavam nas seringas, isto foi dado como provado).
- viii) A enfermeira apercebeu-se do erro logo que iniciou os registos na folha de tratamento.
- ix) Apesar dos esforços que se seguiram para salvar a vida do ofendido, instalou-se um quadro clínico de deterioração neurológica, tendo o ofendido falecido dias depois. A causa da morte foi encefalopatia pós-traumática, que resultou da administração de Vincristina.
- x) A enfermeira sabia que lhe incumbia entregar ao médico a seringa que continha o fármaco para aplicação intratecal. A administração de Vincristina, por via endovenosa, era feita por enfermeiro.
- xi) A administração de Vincristina ao ofendido, por via intratecal, provocou-lhe doença de que resultou a sua morte. Ambos os arguidos eram conhecedores dos efeitos letais de tal medicamento, quando aplicado daquela forma.
- xii) Após o acidente que provocou a morte do ofendido, o hospital adotou novos procedimentos, por forma a evitar acidentes como o descrito, designadamente estabelecendo a obrigatoriedade de dias diferentes para a realização das punções lombares e o acondicionamento em saco próprio de cor laranja das administrações intratecais.

2. O Direito

Estamos perante um problema de determinação da responsabilidade penal na equipa médica. Está em causa o tipo legal de crime de homicídio por negligência (art. 137.º, n.º 2, do Código Penal). 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 acórdão entendeu que encontramos-nos perante um ato terapêutico único, segmentado em três fases: o enchimento e a rotulagem das seringas, a carga dos serviços de farmácia; a triagem feita pela enfermeira das seringas destinadas a administração intratecal; a administração do fármaco ao paciente por via intratecal realizada pelo médico.

O Tribunal da Relação de Lisboa concluiu que os profissionais de saúde responsáveis pela segunda e terceira fases podem invocar o princípio da confiança, tomando como boas e conformes à realidade as menções inscritas nas etiquetas apostas nas seringas pela farmácia (a menos que tivessem indícios concretos da sua incorreção); tal não os dispensa, porém, do dever de conferir as etiquetas antes de levarem a efeito os atos que respetivamente lhes incumbe, no quadro da divisão de trabalho em referência.

Ambos os arguidos recorreram da decisão de primeira instância. No recurso do médico, alegava-se que ele não agiu com negligência, pois não estava obrigado a verificar as inscrições e o conteúdo da seringa, tendo praticado o ato médico com concentração na operação melindrosa que consistia na punção intratecal com introdução do líquido das seringas.

No recurso da enfermeira, alegava-se que a punção lombar e o tratamento por via intratecal são ato médico, praticado pelo médico, de responsabilidade imediata deste; sendo a arguida enfermeira não praticante ela do ato médico, a sua eventual responsabilização não poderia ser igual à do médico também arguido. Alegou que agiu sob a tutela do princípio da confiança, sendo-lhe permitido presumir que anteriormente todos teriam cumprido os seus deveres, o que não aconteceu.

O Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento aos recursos dos arguidos e manteve inalterada a decisão recorrida de primeira instância para:

- condenar cada um dos arguidos, pela prática, em autoria material, de um crime de homicídio por negligência grosseira (art. 137º, n.ºs 1 e 2, do C.P.), na pena de dois anos de prisão;
- suspender, relativamente a cada um, a execução da pena de prisão pelo período de dois anos (art. 50º, n.ºs 1 e 5, do C.P.).

Resumidamente, entendeu-se que tanto a enfermeira como o médico tinham o dever de confirmar o rótulo das seringas.

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

Debateu-se principalmente que a definição prévia de procedimentos de segurança não dispensaria nenhum dos arguidos da consulta da folha terapêutica e dos rótulos das seringas. O princípio da confiança não pode ter essa amplitude, e menos ainda quando estejam em causa a vida e a integridade física das pessoas.

Foi dito que numa situação de trabalho em equipa, a determinação da responsabilidade depende da determinação prévia dos deveres que impendem sobre cada um dos membros da equipa. A questão que no caso se coloca é: os deveres profissionais da enfermeira impunham que fizesse a conferência das etiquetas apostas nas seringas antes de entregar as seringas ao médico? Os deveres profissionais do médico impunham que verificasse as etiquetas antes de injetar os fármacos no ofendido?

Discutiu-se sobre ser chocante a singeleza do ato que era exigido dos profissionais de saúde (ler o rótulo) em comparação com a gravidade do efeito da omissão daquele dever (morte de um jovem de 20 e poucos anos de idade).

Este caso foi extremamente importante porque nesse mesmo dia o hospital alterou procedimentos

para que o mesmo erro não voltasse a suceder.

Debateu-se com os ouvintes da sessão, ainda, a questão de saber se seria mais responsável o médico ou a enfermeira, e os limites da concordância com a decisão do Tribunal. O que resultou foi que quando o profissional recebe o frasco, tem o dever de olhar o rótulo. Por um lado é verdade que foi a enfermeira que entregou o frasco, mas também é verdade que o médico deveria olhar o rótulo antes de proceder à aplicação da substância.

Foi discutido igualmente sobre a possibilidade de retirar o conceito de *leges artis* do Direito Penal como uma convocação que satisfaça também a jurisdição civil e administrativa. Entretanto, a conclusão foi no sentido de que essa tentativa de unificação de soluções deve ser realizada mais no âmbito indemnizatório do que no âmbito punitivo, devendo o denominador comum de solução ser encontrado noutra sítio que não no Direito Penal.

CASO 4

APRESENTANTE: PAULA RIBEIRO DE FARIA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, de 16-12-2015

B. Palavras-chave: negligência médica, *legis artis*, lesão, menisco, paralisção dos membros, hematoma epidural, juízo de exigibilidade social, omissão do dever de cuidado, ofensa à integridade física grave.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Um paciente cardíaco é submetido a uma operação ao menisco.
- ii) Os médicos optaram pela anestesia epidural por envolver menos riscos cardiovasculares.
- iii) A cirurgia decorreu normalmente, tendo sido executada pelo médico ortopedista A.
- iv) Terminada a cirurgia, o doente foi transferido para o recobro, onde recuperou e depois foi transportado para a enfermaria.
- v) Algumas horas depois, o doente queixou-se de fortes dores na coluna, e de formigamento nos membros inferiores, registando uma diminuição da força muscular destes.
- vi) A enfermeira de turno contactou o médico A (ortopedista), que foi visitar o doente às 20h, e aconselhou o levante para um cadeirão (disse que se tratava de dores mecânicas) e não determinou que fosse realizado qualquer tipo de exames, incluindo uma TAC.
- vii) As dores diminuíram, mas os espasmos aumentaram.
- viii) Às 23h, a enfermeira de turno contactou o mesmo médico A, que estava em casa, e comunicou-lhe que os sintomas do doente se mantinham.
- ix) O médico A disse à enfermeira para administrar um ansiolítico ao doente e, se necessário, para recorrer ao médico da urgência. Não mandou fazer exames, incluindo uma TAC.
- x) A enfermeira faz o que lhe dizem e contacta uma médica que estava na urgência, a médica M, que não consulta os dados clínicos do doente e limita-se a telefonar a um anestesista, pedindo a sua opinião. Este

médico recomenda a administração de um relaxante. A médica M não ordenou qualquer outro exame.

- xi) Na manhã do dia seguinte, o médico A vai visitar o doente, que já não tinha qualquer mobilidade nas pernas. Reúne-se com outro médico e neurologista, pede-se com urgência uma TAC e diagnostica-se um hematoma epidural que comprimia a medula causando a paralisia do doente.
- xii) O doente é imediatamente operado para a remoção do hematoma, mas não recuperou os movimentos dos membros inferiores até a data da sua morte.

2. O Direito

Está em causa um crime de ofensa à integridade física grave, que se regula pelos artigos 150.º, 144.º e 148.º do Código Penal. Segundo estes dispositivos legais, quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, sendo que tal pena dobra no caso de resultar ofensa à integridade física grave (pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias).

A ofensa à integridade física é considerada grave quando a ofensa ao corpo ou à saúde da vítima ocorre de forma a privá-la de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente; tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou provocar-lhe perigo para a vida.

É de destacar, ainda, a norma penal que dá relevância ao cumprimento das *leges artis*, no sentido de que as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. Entretanto, caso contrário, se as pessoas indicadas que, em vista das finalidades apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

3. A Decisão

O médico ortopedista A e a médica de urgência M foram condenados em primeira instância pelos crimes de ofensas à integridade física graves por negligência (arts. 144º, alínea b, 148º, n.ºs 1 e 3, e 150º, CP), condenação esta que o Tribunal da Relação de Lisboa manteve.

O Tribunal entendeu que houve violação das *leges artis*, no sentido de que os médicos A e M deveriam ter ordenado a imediata realização de exames de imagem mal tomaram conhecimento dos sintomas do paciente. Considerou o Tribunal, ainda, que o anestesista da operação atuou de forma correta.

Considerou-se, ainda, que a negligência era grave. O acórdão manteve que se tratou de um diagnóstico mal feito, fora do tempo, logo, de

uma ação. Começou por analisar os pressupostos do art. 150.º, n.º 1: a indicação objetiva; o cumprimento das *leges artis*; a intenção curativa; e a qualidade profissional do médico ou da pessoa que realiza o tratamento. O Tribunal entende que este artigo contém uma regra de valoração social diferenciada da conduta do médico, pelo que a intervenção médica não depende obrigatoriamente da reunião destes 4 elementos.

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

A discussão principal centrou-se no “limbo” entre o artigo 150.º e os artigos 137.º e 148.º do Código Penal. Debateu-se no sentido de que se for uma causa automática de exclusão do tipo, realmente basta a reunião dos 4 elementos do art. 150.º e tem-se o problema resolvido – tem-se defendido isto na doutrina e jurisprudência. Mas, sendo uma norma de valoração substancial diferenciada da conduta, portanto aquela norma refere pontos de apoio interpretativos para definir uma intervenção médica curativa. E, portanto, não se poderia deduzir simplesmente a partir da reunião aritmética daqueles pontos que temos uma intervenção médica curativa, e o inverso também não serve. Portanto, podem faltar um ou dois elementos e, mesmo assim, ainda admitir-se que estejamos perante uma intervenção médica curativa.

Foi dito que essa interpretação parece particularmente sensível nas questões de violação das *leges artis*, uma vez que permitiria subtrair o juiz ao domínio completo dos peritos médicos porque não é a violação das *leges artis* que vai ditar a violação dos deveres de cuidado (juízo de natureza jurídica). Debateu-se que, enquanto não for estabelecido que é uma ofensa à integridade física negligente ou um homicídio negligente, estar-se-á perante uma intervenção médica curativa.

Discutiu-se também que, em relação à atuação dos médicos A e M estamos perante uma intervenção defeituosa – diagnóstico mal feito com violação das *leges artis* – ou trata-se de uma omissão – uma vez que os médicos não mandaram fazer os exames que deviam ter sido feitos atendendo aos sintomas do doente tendo presente que ele tinha sido sujeito a uma anestesia epidural. Os médicos tinham um dever de garante e era exigível que o tivessem feito, o que se repecurte na pena, art. 10.º, n.º 3, CP.

A discussão centrou-se também no preenchimento dos tipos legais negligentes previstos nos arts. 144.º, alínea b, e 148.º, n.ºs 1 e 3. Inferiu-se que o art. 148.º, n.ºs 1 e 3, depende fundamentalmente de três elementos:

1. A verificação do resultado de dano: a lesão grave da integridade física do doente (paraplegia irreversível);
2. A violação do dever de cuidado por parte dos médicos;
3. A imputação do resultado a esta violação do dever de cuidado (o problema da causalidade). O Tribunal considerou que não foi a anestesia que causou a paraplegia, mas a ausência de tratamento atemporado devido à falta de diagnóstico.

Diz-se que ao dar alguma amplitude à análise sobre a violação do dever de cuidado, deve-se restringir a questão da imputação ou da causalidade a uma ideia de causalidade adequada, não sendo possível começar a fazer valorações que se sobrepõem à análise do dever de cuidado.

A discussão considerou, ainda, como foi considerada a atuação do anestesista pela decisão. O anestesista viu o doente no recobro e na enfermaria. Foi considerado que atuou de forma totalmente correta, tendo o Tribunal concluído, (e bem, segundo o que se estabeleceu no debate), que não

tinha qualquer responsabilidade penal. Acompanhou o doente no recobro e depois no quarto num momento em que não se verificavam quaisquer sinais de mal estar, deixou o número de telefone para possibilitar o contacto, e compareceu na manhã seguinte mal foi chamado para avaliar conjuntamente com os outros médicos a situação clínica do doente. Concluiu-se que vale integralmente em relação ao anestesista o princípio da confiança e não existe qualquer violação de deveres de cuidado da sua parte.

O problema discutido diz respeito a A e M (ortopedista e médica da emergência).

Foi debatido que os arguidos conheciam a história clínica do doente, sabiam que tinha realizado uma epidural, pelo que sabiam ou deviam saber que o atraso no diagnóstico e na realização do tratamento necessário aumentava a probabilidade de lesões neurológicas permanentes (previsibilidade) e não determinaram a realização dos exames imagiológicos que podiam ter mandado fazer (evitabilidade).

Especialmente interessante foi a discussão acerca de que o Tribunal não aceitou que se tratasse de uma lesão iatrogénica, ou seja, que a paraplegia do doente constituísse um risco hospitalar de concretização aleatória. É verdade que o hematoma epidural tem uma incidência de verificação muito baixa, e vários peritos disseram que não teriam colocado essa hipótese se consultados, mas o Tribunal considerou que tinha ocorrido uma violação do dever de cuidado.

Afirmou-se que a violação do dever de cuidado define-se – critério que foi usado pelo Tribunal – de acordo com o critério do profissional padrão, aqui o médico, medianamente previdente e diligente, tendo em conta os conhecimentos de que dispunha (seria errado

equiparar a avaliação da conduta de alguém que sabe que o doente fez uma epidural e é cardíaco e de quem ignora essa realidade). A exigibilidade da conduta cuidadosa não deve ser definida de forma intuitiva pelo juiz.

O que estava no centro da análise era o facto de que os médicos A e M deviam ter pedido exames imagiológicos para diagnosticar atempadamente o hematoma epidural, o que configurou uma violação das *leges artis*. A partir disso o apuramento da violação dos deveres de cuidado deve ser feito enumerando os vários pontos de apoio tidos como relevantes: os conhecimentos dos médicos – o Tribunal concluiu que o reconhecimento desta complicação pertencia à formação comum dos médicos, pelo que o seu não reconhecimento envolvia uma violação do cuidado; os meios disponíveis – a médica M alegou que não podia fazer TACs a meio da noite, o que foi contrariado pelo médico J. A instituição de saúde podia fazer estes exames a qualquer hora do dia e da noite. Podia ter enviado o doente para os serviços públicos de saúde. O tempo disponível – afirma-se que a urgência não era movimentada pelo que a médica dispunha de muito tempo para ver e diagnosticar o doente; o cansaço do médico A que atendeu o telefone à enfermeria às 23h depois de 12h de trabalho – verdade é que este argumento podia tornar menos exigível uma intervenção adequada, mas a verdade é que estas cautelas já se impunham às 20h, quando colocou o doente no cadeirão. A situação do doente – fez várias chamadas para casa ao longo da noite a queixar-se de que estava sozinho e que não queriam saber da situação dele; as enfermeiras foram registando o agravamento do estado de saúde; era um doente com várias patologias cardíacas, o que agravava o risco de complicações.

Debateu-se se seria possível dizer que neste caso os médicos fizeram o que lhes era exigível sob o ponto de vista profissional, social e humano; se seria possível decidir de acordo com o princípio *in dubio pro reo*. Concluiu-se que não. Na verdade, tudo indica que os médicos violaram os seus deveres de cuidado ao atrasar o diagnóstico, o que conduziu à remoção tardia do hematoma e à paraplegia.

Assim, houve concordância com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa durante a sessão.

Os médicos são censuráveis pela sua atuação negligente. Ao nível da culpa, não há mais nada a perguntar porque analisamos todas as circunstâncias da atuação defeituosa do médico no plano do ilícito (muito embora o Tribunal se refira à distinção entre ilícito e culpa, na prática não faz qualquer distinção de planos; o próprio cansaço do médico é analisado como elemento de natureza objetiva).

Discutiu-se se o grau de violação dos deveres de cuidado dos médicos permitia o preenchimento do art. 148.º do Código Penal, e se este problema se coloca face o art. 137.º do mesmo diploma legal.

Foi defendido que a violação ligeira de deveres de cuidado pelo médico não se adequa ao sentido do tipo legal de crime de ofensas à integridade física negligentes, e que fica mais perto do art. 150.º, n.º 1, e da qualificação como intervenção médica do que das incriminações de resultado dos arts. 137.º e 148.º (adequação social e princípio da subsidiariedade do direito penal). Neste caso, manifestou-se uma inclinação durante a sessão para aceitar com o Tribunal que a negligência foi grave.

CASO 5

APRESENTANTE: CATARINA VASCONCELOS

A. Identificação da decisão: Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 209/05.0BEBRG

B. Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual, nexo de causalidade, perda de uma chance, gravidez, morte do feto.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) No ano de 1995, A, paciente, grávida de 40 semanas, deu entrada, ao fim do dia, no Hospital de Barcelos, em trabalho de parto, no qual não havia uma obstetra em serviço;
- ii) Por esse motivo, A foi transferida, pouco tempo depois, para o Hospital de Braga;
- iii) O Hospital de Barcelos tinha uma documentação muito bem organizada, tudo devidamente informatizado, de forma que aquele Hospital conseguiu demonstrar que a transferência da parturiente de um hospital para o outro foi uma decisão acertada tendo em vista a ausência de médico em serviço e que não importava em risco para a saúde da mãe e do bebê;
- iv) Na manhã do dia seguinte, A foi novamente transferida para o Hospital de Barcelos e, lá chegada, verificou-se “inaudível o foco fetal” e na presença de “mecónio espesso e abundante”, de forma que foi imediatamente efetuada uma cesariana.
- v) Realizada a cesariana, constatou-se que o feto já havia falecido.

2. O Direito

O principal dano petitionado era o dano de sofrimento pela perda do filho, em conformidade com o artigo 496.º do Código Civil, segundo o qual, na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

3. A Decisão

O Tribunal entendeu por absolver o Hospital de Barcelos, uma vez que concluiu-se não haver nada a censurar à ação médica, quer na 1.ª como na 2.ª entrada no Hospital.

Já o Hospital de Braga foi condenado, dado ter ficado demonstrado que a transferência da paciente era altamente censurável. Foi estabelecido o montante indemnizatório de 60 mil Euros.

Em relação à atuação do Hospital de Braga, julgou-se que a interrupção da vigilância médica durante o período de transporte para o Hospital de Barcelos não foi uma decisão acertada de acordo com as *leges artis*.

Além disso, não logrou o Hospital de Braga demonstrar a razão pela qual, em face do número de parturientes a prestar assistência nas circunstâncias concretas e do défice de camas e de aparelhos de cardiocografia, decidiu-se transferir A e não outra parturiente.

Da mesma forma, não foram apresentados os registos cardiocográficos que, segundo o Hospital de Braga, se extraviaram.

Nas circunstâncias do caso concreto, a manutenção da parturiente em ambiente hospitalar garantiria a possibilidade de detetar o sofrimento fetal e de proceder à mobilização dos meios adequados em tempo útil para a evicção do desfecho verificado, tendo, a decisão de transferência, frustrado drasticamente essa razoável expectativa.

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

Foi debatido que ponderou-se, na altura, a questão do dano pela perda de uma chance, que não foi suscitada no processo, mas poderia ter sido um fundamento utilizado. No entanto, na prática, considerando que foi possível afirmar que o resultado da morte do feto demonstrava que aquela conduta ficou a dever, não foi necessário recorrer ao conceito da perda de chance. Assim, no caso, foi possível demonstrar todos os pressupostos da responsabilidade civil, mas foi dimensionado apenas o dano não patrimonial.

CASO 6

APRESENTANTE: ANA SÁ LAMEIRA

A. Identificação da decisão: Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 1486/10.0BESNT

B. Palavras-chave: responsabilidade civil contra o Estado, violação das *leges artis*, intervenção cirúrgica, morte, perícia médica, vicissitude processual.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Os Autores, pais de uma menina de 12 anos que, após uma intervenção cirúrgica, operação às amígdalas, veio a falecer no Hospital.
- ii) A menina não tinha problemas de saúde anteriores.

- iii) Foi realizada autópsia médico-legal tendo sido diagnosticada como causa da morte uma perturbação metabólica com hipernatrémia, ou seja, excesso de sódio no sangue.
- iv) Foi levantado um inquérito pela Inspeção Geral da Saúde que concluiu que, da análise ao valor do sódio registado numa criança daquela idade em contexto clínico, o ocorrido só poderia ser resultado de uma administração exógena e excessiva de sódio, ou seja, de um erro grosseiro por um ou mais profissionais envolvidos na troca dos soros administrados.
- v) Ao mesmo resultado chegou o Inquérito realizado pelo Ministério Público no processo crime, no sentido de que houve três frascos de soro aplicados por diferentes profissionais de saúde, mas não foi possível, por falta de registo, localizar onde e por quem. Não foi possível determinar se terá sido no Bloco Operatório, no recobro ou na designada sala de transfer.
- vii) Os pais, inconformados, intentaram uma ação contra o Hospital sob o regime da responsabilidade extracontratual do Estado.

2.0 Direito

Estava em causa um problema de cariz processual, relacionado ao exercício do contraditório, designadamente o exercício do disposto no artigo 421.º do Código de Processo Civil, segundo o qual os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, mas com a ressalva de que se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e perícias produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.

Com base nisto, o Réu contestou e não admitiu que a prova pericial fosse validada enquanto pressupostos da responsabilidade civil, designadamente a ilicitude na organização do serviço.

3. A Decisão

Foi determinada uma terceira perícia para viabilizar a validação dos resultados, por forma a atender ao princípio do contraditório, tendo esta nova perícia chegado às mesmas conclusões das provas periciais anteriores, ou seja, no sentido da causa da morte por excesso de sódio no sangue consequente de uma troca dos soros. Após a terceira perícia e o devido exercício do contraditório, acabou por haver uma transação entre as partes.

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

A problemática discutida centrou-se na questão atinente ao facto de as primeiras perícias não terem sido consideradas no processo. Foi trazido à reflexão no debate a configuração de uma vicissitude processual neste domínio, designadamente perante a consideração da existência de lacunas na lei, por não ser possível validar provas periciais que já haviam sido feitas.

CASO 7

APRESENTANTE: ANA SÁ LAMEIRA

A. Identificação da decisão: Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 552/05.9BECBR

B. Palavras-chave: prova pericial, *leges artis* médicas, vicissitude processual.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Estava em causa um pedido de indemnização formulado por um cidadão israelita que padecia de prolapso da válvula mitral, tendo sido intervencionado no Hospital para “reparação da válvula mitral”. Durante a intervenção cirúrgica a artéria coronária circunflexa terá sido acidentalmente garrotada, o que causou um enfarte do miocárdio.
- ii) Foi admitida prova pericial e fixados os artigos a serem respondidos na perícia.
- iii) Foram elaborados relatórios médicos por vários peritos (Tribunal, Réu e Autor), sendo um deles de nacionalidade americana.
- iv) Por despacho do Tribunal a perícia não seria colegial, mas sim de três peritos, individualmente, a prestar esclarecimentos em sede de audiência final.
- v) Os peritos prestaram esclarecimentos em audiência de julgamento com intérprete da língua inglesa e hebraico. Na audiência de julgamento estava um perito/intérprete, que as partes aceitaram.
- vi) A intérprete não conseguia traduzir os termos clínicos e técnicos.

2. O Direito

A problemática central dizia respeito ao relatório pericial e à situação anómala em sede de esclarecimentos periciais no âmbito da audiência de julgamento. As normas em causa, portanto, eram os artigos 467.º e seguintes do Código de Processo Civil, que tratam designadamente das regras processuais atinentes às perícias.

3. A Decisão

O Hospital Universitário de Coimbra foi absolvido, uma vez que não ficou demonstrada qualquer ilicitude, nem sequer qualquer violação de

leges artis, não havendo, portanto, o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil. O processo não teve recursos.

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

Sendo o cerne problematizante do caso uma questão processual, a afirmação central da discussão ocorrida foi a de que a prova pericial pode ser uma ajuda, mas também pode ser uma complicação.

Afirmou-se que as partes foram incansáveis na resolução do litígio, não obstante a forma de obtenção da prova ter complicado a situação. Debateu-se também a questão processual de que os médicos haviam inicialmente sido indiciados, citados como réus, mas acabaram por virar assistentes, correndo o processo contra o Hospital, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado.

23

CASO 8

APRESENTANTE: JOÃO LAMY DA FONTOURA

A. Identificação da decisão: Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel, Processo n.º 0133/11.8BEPNF, de 24-09-2020

B. Palavras-chave: intoxicação medicamentosa, responsabilidade civil extracontratual do Estado, violação das *leges artis*.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A paciente A, mulher, 26 anos de idade, casada, tinha uma filha de 6 anos, e era gerente de loja.

- ii) *A* deslocou-se, no dia 13 de fevereiro de 2008, ao Hospital da Santa Casa da Misericórdia de Lousada, onde deu entrada, às 9h25min, referindo vômitos, sem tonturas, e dor centro-torácica. Assim, tendo-lhe sido diagnosticado dispneia, teve alta medicada com Ranitidina e Primperan;
- iii) Às 18h53min, *A* deu entrada no Serviço de Urgência do Hospital, referindo admissão medicada com Clamoyl para uma infecção respiratória. Naquele mesmo dia, sentiu agravamento da dispneia e dor torácica, por exacerbada tosse e inspiração. Foi observada e tratada para dor, tendo alta médica para o exterior, pelas 21h34min, medicada com Zaidiar, com diagnóstico compatível com nevrite ou radiculite torácica;
- iv) Cerca das 23h15min, do mesmo dia, por agravamento dos sintomas, recorreu ao seu médico de família, que concluiu que *A* apresentava um quadro grave, estado crítico, perto do choque, apresentando baixa frequência cardíaca, hipotermia, ligeira sudorese e tensões arteriais quase a desaparecer, pelo que encaminhou *A* novamente para o Serviço de Urgência do Hospital;
- v) *A*, no mesmo dia deu entrada no S.U. do Centro Hospitalar Tâmega e Sousa E.P.E., referindo agravamento da dispneia e toralgia exacerbada, dor torácica, exacerbada pela tosse e inspiração, estando a dor bem localizada à palpação da parede torácica, teve alta medicada “Tramadol + Paracetamol [Zaidiar], 37,5mg +325mg, comprimido revestido por película, Blister – 20 unidade(s), com a posologia de “1comp 8/8h”
- vi) *A* regressou novamente ao Serviço de Urgência, pelas 00h01, do dia 14 de fevereiro, acompanhada de uma carta do médico de família, com a informação supramencionada.
- vii) Efetuada a Triagem de Manchester foi atribuída pulseira laranja (atribuída a doentes muito urgentes) considerando o estado apresentado por *A*, falta de força, dor torácica, tonturas e lipotimia (sensações de desmaio), tensões arteriais não mensuráveis. Em face deste quadro clínico procedeu-se de imediato à monitorização e avaliação dos sinais vitais, requeridos exames complementares de diagnóstico.
- viii) Foi iniciada terapêutica medicamentosa, concretamente, pelas 00h56min, quando foi administrado à *A* paracetamol 1g Frs/ Amp Inj (Inj, 1 GR, -, Ev, unitário) prescrito pelo médico, e às 7h25 foi administrado Tramadol 100 Mg/2 ml Amp Im/ Iv Inj (Inj, 100 MG, -, Ev, unitário) igualmente prescrito por aquele clínico, conforme os registos clínicos juntados aos autos.
- ix) Às 11h20 é novamente avaliada por agravamento do quadro clínico – manifestos sinais de choque – pedida a colaboração de medicina interna e cardiologia. Os resultados analíticos revelaram leucocitose, elevação de creatinina e teste imunológico de gravidez positivo. Assim, na presença de todos estes indicadores coadunava-se como evidente a hipótese de diagnóstico de gravidez ectópica rota com choque de natureza indeterminada.
- x) Assim, *A* foi imediatamente transferida para o Serviço de Urgência de Ginecologia/Obstetrícia onde foi efetuada ecografia transvaginal e de seguida, avançando-se para a realização de laparotomia exploradora.
- xi) *A* deu entrada no Bloco Operatório, pelas

12h10, em choque, tendo sido iniciada cirurgia às 12h20. 10 minutos após, *A* desenvolve subitamente um quadro de bradicardia seguida de paragem cardíaca em assistolia, revertida após um ciclo de suporte avançado de vida.

- xii) Entre outros fármacos aplicados no decurso da cirurgia assinala-se, com relevância para os autos, que às 12h45 foi administrado 200 mg de Tramadol.
- xiii) Às 13h34 se repetiu o quadro de paragem cardíaca, cujas manobras de reanimação terminaram sem sucesso, sendo confirmado o óbito às 14h03;
- xiv) Constatou-se, em perícia, que o valor letal de Tramadol para uma pessoa com as características de *A* era de 2mg/L, quando a concentração efetiva, na paciente, no momento do óbito, era de 7mg/L, sendo a causa da morte, portanto, intoxicação medicamentosa com Tramadol.
- xv) Assim, verificou-se que não foram registadas todas as vezes em que foram administradas doses de Tramadol na paciente.

2. O Direito

Os factos geraram 4 decisões do Tribunal Administrativo. A primeira sentença do TAF Penafiel, de 14-06-2016, em que a ação foi proposta pelo marido e filha da vítima, sendo julgada totalmente improcedente. A segunda, o Acórdão do TCA Norte, de 29-03-2019, em que a ação foi julgada procedente. A terceira, o Acórdão do STA de, 27-09-2019, em que houve a admissão dos recursos de revista interpostos pelos autores e pelo Hospital. E, por fim, o Acórdão STA de 24-09-2020.

No acórdão que admitiu a revista, com fundamento no art. 150.º do Código de Processo

dos Tribunais Administrativos, o Juiz ressaltou que o caso seria juridicamente relevante e complexo. De acordo com o Juiz, no âmbito do STA, houve uma violação da *leges artis*, que suporia certo erro, afirmando que poderia ter ocorrido um funcionamento anormal do serviço.

A argumentação que o réu apresentou no seu recurso de revista focava na lógica da responsabilidade individual subjetiva (ilicitude, culpa, nexos de causalidade), não abordando o ponto do funcionamento anormal do serviço.

Ademais, não foi apontado pelo TCA Norte qual o parâmetro violado (norma legal, regra técnica, dever).

Assim, constata-se que a ausência de determinação da responsabilidade individual, que não foi possível, no caso, afastaria a incidência da *leges artis*, mas não impediria o reconhecimento da responsabilização por funcionamento anormal do serviço.

Aqui um ponto interessante é que não há, no momento que se diz que a violação da *leges artis* não é relevante para a procedência da ação, identificação dos agentes autores do facto, mas se diz que há responsabilização pelo funcionamento anormal do serviço.

Não haveria, portanto, ilicitude, nem culpa. Ainda assim, estranhamente, o STA continua a referir que é um facto culposo. Isso também cria algumas complexidades.

No art. 7º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE), o que se diz é que o Estado ou entidades submetidas à aplicação do diploma são responsáveis, para além daquelas situações em que as ações ou omissões contidas, quando não haja o comportamento concreto do agente responsabilizado, ou não seja possível atribuir quem foi o autor,

de forma que os danos devem ser atribuídos ao funcionamento anormal do serviço.

Se avançarmos para o art. 9º do mesmo regime, temos a indicação das condutas que são consideradas ilícitas, o que viola parâmetros normativos, e depois diz que também existe ilicitude em outros tipos de circunstâncias, que são aquelas que resultam do funcionamento anormal do serviço.

3. A Decisão

Os Juízes que compõem o Tribunal votaram por negar provimento ao intentado pelo Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa e conceder parcial provimento ao recurso dos autores, no que tange aos danos não patrimoniais sofridos pela vítima, que se fixam em 20.000,00 € a dividir por ambos os autores, em partes iguais, bem como no respeitante ao dano pela perda do contributo remuneratório dado pela falecida. Além disso, foram fixados danos dos familiares, em 125.000,00 €.

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

No contexto em que uma pessoa morre por via de intoxicação medicamentosa, percebe-se que o resultado decorre do funcionamento anormal, não correto, do serviço, fora dos parâmetros exigidos. Portanto, o tipo de ilicitude que está em causa, provavelmente, e aqui o STA concorda neste acórdão, dispensará uma avaliação da ilicitude nos termos gerais semelhantes do art. 483 do Código Civil, ou semelhantes ao art. 9º, n.º 1, do RRCEE. De forma que, estarão avaliando apenas os serviços com esse funcionamento anormal, de acordo com a previsão do art. 7º, n.º 4, do RRCEE.

Assim, diante da ausência de violação de disposições constitucionais e legais, parte da

doutrina diz que essas violações devem continuar a ser identificadas para haver a ilicitude.

Uma tendência mais recente diz que pode ser suscitada uma violação do dever da administração. Assim, o art. 9º, n.º 2, poderia ser lido de forma autônoma do n.º 1.

Além disso, o STA não deixa de manifestar que há um facto culposo, mas não o identifica. Isso causa estranheza, de forma que, no regime da responsabilidade extracontratual do Estado, fala-se em culpa do serviço, aplicável à própria administração. Há quem entenda, ainda que, a culpa do serviço leva junto a uma ideia sucedânea da culpa.

Para além dessa autonomia que o STA identifica no art. 9º n.º 2, do RRCEE, levanta-se a questão de saber se não poderá também iluminar-se a própria noção de culpa a partir do potencial conceito do funcionamento anormal do serviço.

Ao analisar a matéria de facto dada como provada e a argumentação do STA, a história é muito mais complicada do que a referida pelo STA, que se limita a dizer que A morreu por Tramadol, não havendo outra conclusão que não a de que o medicamento foi administrado dentro do Hospital réu.

O caso é interessante pois faz um apelo forte do STA em explicar como se recorre e se aplica o regime das presunções judiciais. Tanto os Desembargadores do TCA Norte, quanto STA, estão convencidos de que a causa essencial da morte é atribuída ao Hospital, mas ainda existem coisas a se explicar da matéria de facto.

CASO 9**APRESENTANTE: JOANA DIAS CARDOSO**

A. Identificação da decisão: Tribunal Administrativo e Fiscal e Coimbra, Processo n.º 363/12.5BECBR, de 09-11-2018

B. Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto ilícito, erro de diagnóstico, omissão de ato médico,nexo de causalidade, perda de chance.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão**1. Os Factos**

- i) A paciente A decidiu engravidar, pela primeira vez, no início de 2008, e descobriu que estava grávida no final desse mesmo ano;
- ii) Na consulta de 12-05-2009, A queixou-se ao médico que a observou que poucos dias antes lhe tinha aparecido uma espécie de borbulha num dos lábios vaginais;
- iii) Assim, o médico comunicou-lhe que se tratava de um quisto com 3 cm de diâmetro no pequeno lábio esquerdo e aconselhou-a a recorrer à urgência caso o referido quisto lhe doesse ou incomodasse, a fim de ser drenado;
- iv) Em 02-06-2009, A teve nova consulta com outra médica, que confirmou o diagnóstico de quisto da glândula de Bartholin no pequeno lábio esquerdo;
- v) No dia 14-06-2009, grávida de 30 semanas, a A sentiu que as “ardências” na zona do referido quisto estavam a aumentar de intensidade, sentindo-se verdadeiramente incomodada;

- vi) Assim, no referido dia 14-06-2009, a A, então com 36 anos de idade, recorreu ao serviço de urgência (SU) da Ré pelas 19h21min, queixando-se de comichão e ardor na região vulvar;
- vii) No SU, a médica observou uma formação nodular, dolorosa e sob grande tensão no lábio esquerdo e diagnosticou um quisto da glândula de Bartholin, sendo que, na sequência do diagnóstico efetuado, a médica tratou de proceder à drenagem do quisto com um bisturi, aplicando, antes de qualquer incisão, uma anestesia local;
- viii) Constatou-se que, tratando-se de uma inflamação na glândula de Bartholin o procedimento adotado foi o adequado.
- ix) Tentada a drenagem do quisto, efetuando dois cortes com o bisturi, apenas saiu sangue, ocasionando uma intensa hemorragia que se seguiu à tentativa de drenagem.
- x) Por esse motivo, houve necessidade de transferir a A para o bloco operatório pelas 20h. Nesse momento, o feto ainda foi auscultado pela médica, apresentando foco positivo;
- xi) A hemorragia foi de tal forma violenta e continuada que motivou estado de choque hemorrágico, sendo necessário administrar à A 8 unidades de sangue e 5 de plasma;
- xii) Na intervenção de estancamento da hemorragia a médica e o médico foram auxiliados também por outros dois médicos, de forma que foi feita a laqueação dos vasos sangrantes e tamponamento vaginal, tendo a cirurgia terminado pelas 22h30;
- xiii) Após a cirurgia conclui-se que a A não tinha “abscesso da glândula de Bartholin à esquerda”, mas sim um “hematoma vulvar”;
- xiv) A última auscultação fetal foi feita às 23 horas e 25 minutos pelo médico, tendo a mes-

ma resultado positiva, de forma que, durante a noite não foi efetuado qualquer controlo fetal;

- xv) Deve-se considerar que era recomendável, segundo as *leges artis*, fazer a vigilância ao feto durante aquela noite;
- xvi) No dia seguinte de manhã – 15-06-2009 – o médico constatou que o feto não havia resistido, confirmando a morte fetal.

2. O Direito

A causa de pedir na ação, fundada na responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto ilícito, fundava-se no facto positivo – a atuação da equipa médica na sequência do diagnóstico (errado) efetuado à paciente – e por facto negativo, em razão da falta de diligência e zelo de toda a equipa de enfermagem durante a noite que sucedeu a cirurgia, para vigilância do feto.

Por sua vez, o réu alega que a falta de vigilância fetal não consubstancia causa adequada do dano provocado (morte do feto).

Considerando que não foi realizada nenhuma verificação fetal durante a noite, percebe-se que era recomendável que fosse feito, segundo as regras *leges artis*. Assim, a hemorragia aguda sofrida por A e a consequente anemia provocaram uma profunda e grave hipoxia no feto, que teria, por sua vez, conduzido ao falecimento.

O que provocou a morte do feto, foi a anemia sofrida pela mãe, portanto.

Para se determinar se a conduta imputável à ré era idônea à produção do resultado de óbito do feto, há que se aferir se, no plano naturalístico, o facto é condição sem a qual o dano não teria sido verificado. Ainda, necessário verificar se aquele facto era, em abstrato, ou em geral,

segundo as regras da vida, causa adequada ou apropriada para a produção do dano.

Portanto, não se pode afirmar que a omissão de vigilância fetal é facto sem o qual a morte do feto não se teria verificado, e por outro lado, essa omissão de vigilância não é, segundo as regras da vida, causa adequada à produção do dano – o feto não morreu em consequência da falta de vigilância, o feto, infelizmente, veio a falecer, na sequência da hemorragia e consequente anemia sofridas pela sua mãe (esta sim, causa adequada à produção de dano).

Sendo assim, da aplicação dos direitos aos factos, *in casu*, resulta que, segundo a sua natureza geral, a vigilância do feto era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, como o estado anémico da genitora, sendo, portanto, causa inadequada para este dano. Portanto, ausente o nexo de causalidade (art. 536.º do CC), um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.

3. A Decisão

O Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra decidiu por julgar a ação totalmente improcedente, por não estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual e condenou os autores no pagamento da totalidade de custas a que houver lugar.

Isso porque os autores não lograram provar, como lhes competia, que a atuação dos médicos do Hospital traduzida no errado diagnóstico e procedimento subsequente, foi ilícita e culposa, bem como, por outro lado, também não comprovaram que a omissão de vigilância do feto foi causa adequada de sua morte.

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

Pondera-se sobre reconhecer a perda de uma chance, assim, porque se considerou que seria importante analisar a questão sobre essa dano autônomo, supostamente causada pela falta de vigilância.

Há uma “chance” quando há a possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, a perda de chance, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Equivale à perda da probabilidade de obter um resultado.

O direito ao ressarcimento, com fundamento na perda de chance, depende da avaliação que se faça da probabilidade da obtenção de uma vantagem e do lucro que o lesado teria alcançado se essa probabilidade se tivesse realizado.

A questão não está na demonstração do nexo de causalidade, visto que é sempre possível determinar se existe ou não uma ligação causal entre

o facto lesivo e a eliminação da probabilidade de ganho, mas na existência ou quantificação do dano, uma vez que este é o efeito lesivo que poderá ter resultado de ilícita eliminação dessa probabilidade, traduzindo-se numa mera expectativa jurídica.

Neste caso, então, provou-se que a omissão da vigilância do feto ocorreu e que, na noite, era impossível fazer o seu parto prematuro por cesariana sem que a vida da mãe fosse colocada em grave risco.

Embora se tenha considerado que, em consequência da omissão da vigilância, os autores perderam a oportunidade de ver ponderado o nascimento prematuro do seu filho, a factualidade vertida em 2 impediu-nos de considerar que as probabilidades de o parto ocorrer na noite que se seguiu à cirurgia a que A foi submetida eram consideráveis. Esta probabilidade não era, atendendo à condição da mãe, séria e real. Tanto bastou para afastar a possibilidade de indemnizar tal perda de oportunidade.

Mesa 2

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E CONSENTIMENTO INFORMADO

Presidente da Mesa: *Vânia Filipe Magalhães* | Juíza de Direito

Relatores: *Marta Susana Lobo* | *Thais N. Cesa e Silva*

CASO 1

APRESENTANTE: CÍNTIA ÁGUAS

A. Identificação da Decisão: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – caso número 65192/11. Caso *Menesson v. France*

B. Palavras chave: reprodução medicamente assistida, gestação de substituição, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, reconhecimento de filiação, transcrição do registo.

C. Os factos, o Direito e a Decisão:

1. *Os factos*

- i) Sylvie e Dominique Mennesson, cidadãos franceses, não conseguem ter filhos sem o auxílio de técnicas de reprodução medicamente assistidas.
- ii) Como em França a gestação de substituição é proibida e criminalizada, contratam uma mulher na Califórnia para gerar a criança, sendo o procedimento homologado pela Suprema Corte da Califórnia.
- iii) Os embriões são fertilizados *in vitro* e implantados no útero contratado, usando o espermatozoide do pai contratante e um óvulo de dadora anónima. No fim do ano de 2000 acaba a gestação e nascem duas meninas.

iv) Os pais Mennesson regressam a França, país de origem e domicílio, na posse de dois atos públicos estrangeiros – um de natureza judicial (*pre birth order*), expedido pela Suprema Corte da Califórnia, e outro de natureza administrativa que eram as certidões de nascimento das meninas.

v) Inicia-se aqui uma longa batalha nas Cortes francesas para proceder à transcrição dos registos de nascimento norte-americanos no cartório em França e reconhecer os Mennesson como pais legais das crianças. É alegado que o reconhecimento seria contrário aos princípios do direito francês.

vi) Em França, o reconhecimento de sentenças judiciais estrangeiras é feito através do sistema do *exequatur* do mérito, isto é, existe uma revisão da sentença no que concerne à forma e ao mérito, podendo a mesma ser substituída por decisão nacional.

vii) À luz dos tribunais franceses, os contratos de gestação de substituição são considerados nulos.

viii) Com base nos documentos norte-americanos, os Mennesson exerciam as suas responsabilidades parentais. As crianças tinham viajado para França com esse passaporte, onde os Mennesson estavam registados como pais

ix) A *Cour de Cassation*, em 2011, recusa a transcrição do registo e os Mennesson decidem levar o caso para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em virtude de considerarem que esta recusa consubstanciaria uma violação ao direito à vida privada.

2. O Direito

As partes alegam que, em detrimento do melhor interesse das crianças, não eram capazes de obter em França o reconhecimento da relação de parentalidade, visto estas terem nascido no estrangeiro (nomeadamente nos Estados Unidos), fruto de um contrato de gestação de substituição. Neste contexto, argumentam que se trata de uma violação ao direito à vida privada e constituição de família, defendido pelo artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente:

“1. Qualquer pessoa dirige ou respeita a sua vida privada e familiar, o seu domicílio e a sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública para além do exercício da presente diretiva quando esta intervenção for prevista por lei e constituir província que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, para ou ao ser economicamente. país ativo, para defender a ordem e a prevenção de infrações penais, para proteger a saúde ou a moral, ou para proteger duas diretrizes e as liberdades de terceiros.”

3. A Decisão

O Tribunal analisou a alegada violação ao direito à vida familiar e ao direito à vida privada. Quanto ao primeiro, o tribunal teve como referencial de análise uma perspectiva mais paradigmática, ou seja, os concretos obstáculos que a família iria enfrentar em consequência do não reconhecimento da filiação. Contudo, concluiu pelo equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Em contrapartida, o tribunal pronunciou-se no sentido da violação do

respeito à vida privada dos menores. Ao contrário da avaliação da vida familiar, não se ancora na vida quotidiana, mas o direito a construir uma identidade. O facto de as gémeas não saberem se, futuramente, poderiam vir a reclamar para si a nacionalidade francesa poderia ter repercussões na perceção destas acerca de si mesmas naquele contexto cultural e social do país em que sempre haviam vivido.

No que concerne ao ordenamento jurídico francês, o TEDH não se pronuncia contra solução legal plasmada no mesmo. Esta proibição parece ter o intuito de demover os nacionais de levar a cabo um “turismo reprodutivo” em países onde a prática seja permitida, na expectativa de uma legitimação que lhes seja dada através deste contrato. O tribunal alerta ainda que as escolhas dos pais e as políticas dentro dos Estados afetam logicamente as próprias crianças, vulneráveis e merecedoras de proteção, podendo afetar o seu desenvolvimento.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, perante esta situação em que uma criança nasceu no estrangeiro de um acordo de gestação por outrem e foi concebida empregando os gâmetas do pai beneficiário e os óvulos de uma terceira dadora, e em que a relação jurídica pai-criança foi reconhecida segundo o direito interno (do país onde nasceu), considerou que o direito da criança à vida privada e familiar nos termos do artigo 8.º da CEDH impõe que o Direito faculte um modo de reconhecer juridicamente a relação existente entre a criança e a mãe beneficiária, designada como mãe – legal na certidão de nascimento emitida no estrangeiro. Ao mesmo tempo, este direito da criança não exige que este reconhecimento se opere por meio do registo de nascimento. Um outro meio – como o do recurso ao instituto da adoção pela mãe beneficiária – pode ser utilizado, sob a condição de o processo interno ser célere e efetivo, de acordo com os melhores interesses da criança.

CASO 2**APRESENTANTE: RITA MAURÍCIO**

A. Identificação da Decisão: Tribunal Fiscal e Administrativo de Coimbra, Processo 741/05.6 do 28 de abril de 2017

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; erro médico; negligência; legis artis; funcionamento anormal do serviço.

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

- i) A autora relata ter sido intervencionada diversas vezes para tratamento de uma fratura da diáfise do rádio direito;
- ii) Este quadro clínico conduziu à secção do nervo radial pelo material de osteossíntese aplicado;
- iii) Foram provocados danos permanentes em virtude desta aplicação e da prática de exercícios físicos de medicina física e de reabilitação;
- iv) A autora perdeu a funcionalidade do membro superior direito.
- v) Foram praticados atos por um conjunto variado de médicos, de especialidades diversas, que no caso concreto incidiram sobre a especialidade de ortopedia e de medicina física e de reabilitação, que deviam ter contribuído para a recuperação da mobilidade do membro superior direito da autora.

2. O Direito

Na determinação dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito,

analisou-se, em primeiro lugar, a conduta de cada um dos intervenientes processuais e em que medida tais condutas incumpriram com as legis artis aplicáveis a cada uma das especialidades médicas indicadas, considerando o estado e a evolução da ciência médica, de acordo com um padrão de médico diligente. Para o efeito, destaca-se a importância de serem demandados os profissionais médicos que tiveram intervenção na cadeia de eventos que levou ao resultado danoso alegado nos autos. Importa aferir a responsabilidade de cada um e o nexo de causalidade entre os atos por si praticados e os danos sofridos pela autora, de modo a compreender se existe lugar (ou não) a indemnização que, no caso, poderá ser solidária.

Em segundo lugar, o Tribunal verificou ainda se houve, de facto, funcionamento anormal do serviço para daí poder assacar responsabilidades ao ente público, sendo esta uma análise subsidiária e de ultima ratio. De acordo com a lei, existe funcionamento anormal do serviço “quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos” (cfr. o artigo 7.º, n.º 4 do anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro). Importa questionar se mais meios podiam ter sido mobilizados, quer em relação ao tempo de atendimento, quer ao emprego de outras técnicas e recursos humanos.

Por fim, outra das problemáticas que o presente caso colocou foi a da culpa do lesado na produção do evento danoso e no agravamento das lesões, na medida em que o sucesso ou insucesso de determinados atos médicos depende de uma conduta ativa e colaborante por parte do doente, o que no presente caso não se verificou devido ao abandono de tratamentos prescritos à Autora e à conduta pouco colaborante atestada pelos profissionais de saúde

que a acompanharam. Assim, existe um atenuar da responsabilidade dos profissionais, que informaram a autora da necessidade de esta ter um comportamento e um papel ativo na sua recuperação.

CASO 3

APRESENTANTE: DIANA SEABRA

A. **Identificação da decisão:** Juízo Central Cível de Aveiro do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro, Tribunal da Relação do Porto e Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 765/16.8T8AVR, sentença proferida a 26-06-2018, e acórdãos a 22-10-2019 e 15-12-2020 respetivamente.

B. **Palavras-chave:** Responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; concurso de responsabilidades; obrigações de meios e de resultado; deveres no tráfego; atividade perigosa; consentimento.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i. Tendo desenvolvido um quadro de retorrugas, a Autora deslocou-se a um hospital privado, a 03-08-2012, a fim de ser consultada pelo Réu, especialista em gastroenterologia.
- ii. Nessa ocasião, o Réu prescreveu à Autora, a realização de uma retossigmoidoscopia, que viria a realizar-se a 31-08-2012, naquele mesmo hospital, revelando a presença de um pólipó hemorroidário, localizado no canal anal.
- iii. Depois da realização do primeiro exame, o Réu informou a Autora que se estava perante

uma lesão sem qualquer gravidade, de prognóstico benigno, cujo tratamento é realizado em ambulatório e consiste na destruição do pólipó por eletrocoagulação, através de um anuscópio, após ser ministrada uma anestesia local [anuscopia com polipectomia com recurso a eletrocautério], mas que esse tratamento teria que ser realizado no consultório do Réu, por ausência de material próprio naquele hospital – o que veio a suceder no dia 12-09-2012.

- iv. A Autora não assinou quaisquer documentos referentes ao consentimento para ser realizado o ato médico.
- v. A Autora não se opôs à realização do procedimento cirúrgico de remoção do pólipó, tendo consentido que o tratamento fosse realizado (*sic*).
- vi. Quando foi acionada a eletrocoagulação com vista a queimar o pólipó que se situava em pleno canal anal, aconteceu uma explosão, ocasionada pela presença no intestino da Autora de gases explosivos (metano e/ou hidrogénio).
- vii. Em consequência da explosão, a Autora foi encaminhada pelo INEM para o Hospital, onde foi submetida a uma laparotomia exploradora, a qual diagnosticou a presença de conspurcação fecal peritoneal e laceração extensa da ansa sigmóide, ditando que a Autora ficasse colostomizada durante aproximadamente 4 meses.
- viii. A situação descrita em vi. não é normal ou usual, nem previsível. [alterado pelo Tribunal da Relação do Porto].
- ix. Existem casos relatados na literatura científica médica associados a procedimentos intracólicos, isto é, no interior do intestino.

- x. Na realização de colonoscopias, biópsias ou polipectomias intracólicas é obrigatório proceder-se a técnicas de limpeza ou preparação cólicas de molde a evitar que os resíduos fecais não dificultem ou impeçam uma boa observação e realização dos respetivos procedimentos.
- xi. Ao invés, nos procedimentos realizados no canal anal, como é o caso, não se está no interior do intestino mas antes em contacto direto com o ar ambiente, através do anuscópio.
- xii. A limpeza de parte distal do intestino (reto) não impede que os gases provenham de zonas mais a montante.

2. O Direito

A Autora propôs a ação com fundamento em causas de pedir distintas e autónomas: uma relacionada com o procedimento médico em si mesmo e a ausência de realização de preparação intestinal e outra relacionada com a omissão de informação tendente a obter o consentimento informado.

a) Concurso de modalidades de responsabilidade

Dado tratar-se de um procedimento médico realizado no âmbito da prática privada da medicina, os mesmos factos que, em abstrato, consubstanciam o incumprimento contratual, preenchem cumulativamente os pressupostos da extracontratual – há um concurso de modalidades de responsabilidade, com as diferenças de regime sobejamente conhecidas.

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado várias soluções para esse concurso, o que se traduz em enquadramentos e tratamentos diferentes para um mesmo acervo factual.

Por um lado, há o chamado sistema do *cúmulo* – merecedor da aceitação da maior parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas –, que se subdivide em três orientações: uma primeira relativa a um concurso de normas dos dois regimes de responsabilidade (isto é, um concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, que permite ao lesado mobilizar, numa mesma ação, fundamentos das responsabilidades contratual e extracontratual); outra perspectiva vai no sentido de conceder ao lesado a opção por um dos regimes; por último, parte da doutrina defende que se deve permitir ações autónomas dos dois tipos de responsabilidade.

Por outro lado, e em sentido contrário, parte da doutrina adere a uma posição de *não cúmulo*, evocando, para o efeito, o princípio da consunção (ou da absorção). Alguns autores falam de uma relação de especialidade, considerando que a responsabilidade contratual é um regime específico e, portanto, “consome” o da responsabilidade extracontratual; outros, mesmo não reconhecendo essa relação de especialidade, defendem que, se as partes entenderam disciplinar a responsabilidade por negócio jurídico – em plena concordância com o princípio da autonomia privada –, então, essa responsabilidade será contratual.

Ora, no que diz respeito à responsabilidade contratual, exige-se que fique demonstrado o incumprimento – ou, no caso da responsabilidade médica, com maior frequência, o cumprimento defeituoso – de obrigações decorrentes do contrato, o que tem levado a que doutrina e jurisprudência se venham debatendo com a qualificação da prestação do médico como obrigação de meios ou de resultado.

Neste âmbito, a tendência tem sido a de considerar que a conduta do médico não está vinculada a um resultado, isto é, que não consiste na cura da

doença, mas antes numa obrigação de meios, de fazer o que estiver ao seu alcance, dentro dos meios e conhecimentos especiais de que dispõe no sentido dessa cura ou, pelo menos, no sentido da melhoria do estado de saúde, em grande medida porque se reconhece que a atividade médica comporta sempre um risco, uma incerteza, *rectius*, uma álea, inalienáveis em virtude da incapacidade por parte do médico de controlar completamente os processos causais, as reações fisiológicas específicas do paciente. Contudo, esta é, apenas, a regra e, como qualquer regra, conhece as suas exceções, sejam elas as que têm vindo a ser identificadas pela doutrina e pela jurisprudência ou outras que, em função das circunstâncias, justifiquem tal qualificação.

A prova do incumprimento deverá fazer-se, portanto, as mais das vezes, no sentido de evidenciar falhas na execução dos atos adequados à produção do resultado, não se bastando com a constatação da inexistência do resultado desejável.

No que respeita ao concurso de responsabilidades, o tribunal de 1.ª instância não tratou propriamente o problema e abreviou caminho, afirmando que se estava perante uma obrigação de meios, atalhando estas questões da seguinte forma:

“No que ao caso diz respeito, a referida distinção surge, no entanto, esbatida, uma vez que todos os intervenientes processuais colaboraram no sentido de trazer aos autos elementos de ordem probatória destinados a esclarecer os contornos de que se revestiu o acto cirúrgico que o Réu pretendia levar a efeito.

**

Um princípio geral que normalmente tem sido aceite neste domínio recorda-nos que a prestação a cargo dos médicos – e a situação presente não foge à regra – se traduz numa obrigação de meios e não de resultados (...) O que está, pois, em causa é a falta de diligência no uso das técnicas que são utilizadas, ou seja, terá de ser analisado se foram respeitadas as denominadas *leges artis*, entendi-

das como procedimentos habituais (ou comuns) adoptados no âmbito ou contexto do acto médico que, em concreto, tiver sido realizado ou se pretenda realizar.”

O Tribunal da Relação, por seu turno, citando outros arestos nesse sentido, optou por uma posição de não cumulo e enquadrou o caso na responsabilidade contatual, convocando a relação obrigacional complexa para considerar que o contrato de prestação de serviços médicos, a par da prestação principal e dos deveres conexos, integra também deveres acessórios de proteção, que têm uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção da outra parte, da sua integridade física, e do seu património contra os riscos de danos concomitantes resultantes da sua conexão com o contrato.

Semelhantemente o STJ começou por considerar que, perante o concurso de responsabilidades, a responsabilidade extracontratual deve ser, em princípio, consumida pela responsabilidade contratual, em consonância com o princípio da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável aos interesses do lesado – admitindo, no entanto, a convocação das regras da responsabilidade delitual sempre que tal fosse “mais adequado à vertente de não cumprimento estrito do contrato e à sua singular ilicitude não negocial”, designadamente pela consideração da responsabilidade por omissões, prevista no art.º 486.º do CC.

Ademais, considerou que o Réu tinha assumido uma obrigação de resultado quanto à remoção do pólipso e uma obrigação de meios quanto à aplicação da técnica adequada e conveniente a esse resultado, afirmando – à semelhança do considerado pelo TRP – que a *esfera de proteção do próprio contrato* tutela a integridade física e a própria vida da paciente, pelo que a lesão destas deve ser considerada um ilícito na forma de violação contratual.

Nesse sentido, a interrupção do procedimento médico em face da explosão resultaria num incumprimento, cuja ilicitude seria afastada por uma causa justificativa e legitimadora de não cumprimento: a necessidade de dar prevalência naquele instante à preservação da vida e da integridade física da paciente.

b) *Da (des)necessidade de realização de preparação intestinal*

Independentemente do enquadramento do caso no âmbito contratual ou extracontratual, uma das questões centrais acabou por ser a da necessidade de realização de preparação intestinal como forma de diminuir ou evitar o risco da complicação que veio a ocorrer (quer pelo recurso a jejum/ingestão de laxantes quer pelo recurso a clisteres – preparação total ou parcial, respetivamente), dado que o Réu optou por não a realizar.

Por outro lado, atento o instrumento utilizado (o electrocautério) e algumas referências doutrinárias e jurisprudenciais ao mesmo – que o enquadram no âmbito das atividades perigosas, nos termos do art.º 493.º, n.º 2 do CC –, esse enquadramento foi, também, objeto de análise pela 1.ª instância.

A prova produzida, designadamente a testemunhal e o parecer do colégio da especialidade (bem como a bibliografia por este elencada) indicavam unanimemente que, no caso de colonoscopia, a preparação intestinal era absolutamente essencial.

A dúvida instalou-se quanto ao procedimento de anoscopia, uma vez que:

1. alguns médicos referiram que não era necessário efetuar a preparação por se tratar de um procedimento a “céu aberto” e por se estar em contacto com o “ambiente”;
2. contudo, esses mesmos médicos reconheceram que faziam, pelo menos, a preparação parcial (para efeitos de visualização);
3. outros médicos referiram que faziam a preparação parcial ou mesmo total, neste tipo de procedimentos, por uma questão de cautela (designadamente para evitar o risco de explosão);
4. o parecer do colégio da especialidade concluiu que a dita preparação não era necessária;
5. mas indicou como bibliografia um artigo intitulado *Colonic gas explosion during therapeutic colonoscopy with electrocautery*, do *World Journal of Gastroenterology* no qual se procedia a uma análise de casos relatados na literatura da especialidade de ocorrências de explosão cólica que:
 - a. deixava claro que os gases que uma preparação total bem executada era 100% eficaz na eliminação desse risco – apontando-se o inconveniente de poder provocar um desequilíbrio da flora intestinal;
 - b. relatava os casos nos quais a realização de preparação parcial teria conduzido igualmente a explosões cólicas e refletia sobre qual o tipo de substância mais adequada a evitar a dita intercorrência;
 - c. terminava com uma recomendação clara “a polipectomia com recurso a electrocautério só deve ser realizada após a preparação intestinal completa para evitar a explosão colónica” – o que contrariava os depoimentos que estiveram na base no facto provado x.
6. no contexto de esclarecimentos em sede de audiência, o presidente do colégio da especialidade afirmou que a preparação intestinal (total ou parcial) seria apta a diminuir o risco;

7. o Réu acabou por argumentar que a recomendação de realização de preparação apenas se aplicava a colonoscopias, em virtude do título do próprio artigo se referir apenas a esse procedimento;
8. não obstante, os casos relatados eram relativos não só a procedimentos de colonoscopia, mas também a outros procedimentos endoscópicos e até em contexto de laparotomia (portanto, com o abdómen aberto e em contacto com o “ambiente”); e a recomendação referida em (5).c. referia-se à polipectomia com recurso a eletrocautério sem discriminar o contexto em que esta ocorre.

A 1.ª instância formou a convicção de que as *leges artis* não ditavam a realização da preparação intestinal, concluindo não existir comportamento ilícito ou culposo por parte do Réu.

Ademais, colocando em hipótese que se estivesse perante uma atividade perigosa (cfr. art.º 493.º, n.º 2 do CC), o tribunal de 1.ª instância considerou que, atendendo àquela convicção, o Réu teria atuado “da forma que o caso impunha, não lhe sendo exigível que adotasse qualquer procedimento de natureza diversa”.

O TRP considerou que a par da obrigação principal de retirar o pólipo hemorroidário, impedia sobre o Réu um dever de não afetar qualquer outro bem da Autora. Como tal, considerou que as lesões causadas à paciente se trataram de uma ofensa aos deveres de proteção da sua integridade física, constituindo, por isso, um comportamento *ilícito*.

A par disto, considerou que o Réu não poderia desconhecer a presença de gases no intestino, bem como a possibilidade de estes virem a sair pelo ânus e, dessa forma, entrarem em contacto com a fonte de ignição, dando origem a uma explosão (motivação que esteve na base também da alteração da

redação do facto provado viii).

Como tal, considerou-se que o Réu “não adotou qualquer procedimento com vista a evitar aquele contacto; e se tivesse adoptado, a explosão não teria ocorrido”, pelo que não teria procedido “com os cuidados a que, como médico, estava obrigado e de que era capaz. O que fundamenta a sua *culpa*” (negrito nosso) – não se bastando, portanto, com a presunção prevista no art.º 799.º, n.º 1 do CC.

O STJ, por seu turno, considerou que a explosão cólica corresponde a um cenário anormal, e ou de imprevisibilidade manifesta, que torna inexigível que o médico adote procedimentos tendentes a evitar a sua ocorrência, concluindo que a realização da preparação intestinal não era devida. Considerou, ainda, que o evento danoso tinha ocorrido devido a condições pessoais e particularidades da paciente, correspondendo a um facto involuntário e não culposo do credor paciente que conduziu a uma situação de impossibilidade objetiva da prestação e consequente extinção da obrigação.

Mais considerou, não estarem verificado o nexo de causalidade, quer sob a perspetiva da causalidade adequada, quer sob uma perspetiva superadora ou imputacional, sobretudo por considerar que o evento danoso carecia de previsibilidade, designadamente por fatores probabilísticos, e que a atuação do Réu, de levar a cabo o procedimento sem a referida preparação, “não aumentou nem condicionou essencialmente o risco de verificação do dano que se intenta ressarcir, num juízo exclusivamente feito no momento da intervenção”.

De realçar, no entanto, a declaração de voto de Vencido do Ex.mo Sr. Conselheiro Pinto de Almeida, que considerou ter ficado provado, apenas, que a preparação intestinal habitualmente não era feita, dado a mesma não ser apta a impedir a proveniência de gases mais a montante, mas que tal razão não era

determinante, já que não excluía a hipótese de essa zona mais a montante ser também objeto de limpeza, eliminando assim a presença dos gases. Nesse sentido, concluiu não haver fundamento para afirmar que a preparação intestinal “não fosse exigível ou, pelo menos, aconselhável, por adequada a prevenir um risco que, não sendo usual, poderia ocorrer” – referindo que a possibilidade de ocorrência desse risco tinha sido, aliás, admitida pelo próprio Réu na sua contestação (Facto não provado: *No próprio dia do exame, e antes deste, o Réu voltou a explicar à Autora todos os procedimentos que ia efetuar ou realizar, bem como a informou que o grau de risco associado era muito diminuto e que uma das complicações possíveis, embora muito improvável, era aquela que veio a ocorrer*) e tinha sido considerado previsível pelo TRP.

c) Do consentimento informado

Por último, convocou-se o tema do consentimento informado, mais concretamente a necessidade de transmissão de informação relativa a riscos associados ao ato médico.

Nesse aspeto, desde logo, o art.º 157.º do CP impõem, como condição de eficácia do consentimento, que o médico transmita ao paciente as possíveis complicações da intervenção em causa; a Convenção de Oviedo, no seu art.º 5.º refere que ao paciente deve ser transmitida informação sobre as “consequências e riscos” do procedimento médico; e a Norma n.º 15/2013 da Direção-Geral de Saúde, de 3/10/2013, atualizada em 4/11/2015, refere no ponto 4., al. f), que devem ser transmitidos os “riscos frequentes e riscos graves”.

A exigibilidade da transmissão de informação relativa a riscos graves, mas pouco frequentes, não tem merecido, até agora o acolhimento da doutrina e da jurisprudência nacionais, exceto em casos excecionais. Poder-se-ia discutir se, atendendo à

gravidade do risco em causa e do facto de se ter tratado de um procedimento planeado e, portanto, não urgente, tornaria ou não exigível trazer ao conhecimento da Autora essa informação. Contudo, esta também não era a questão central aduzida pela Autora, mas antes o facto de não lhe ter sido prestada qualquer informação sobre qualquer risco (frequente ou pouco frequente).

Quanto à decisão da 1.ª instância, ressalta o facto de o consentimento ter sido exclusivamente tratado como sendo uma questão de facto e de a sentença se revelar completamente omissa quanto a esse tema na sua fundamentação de direito.

Na 2.ª instância, e apesar de a Autora ter pugnado pela ausência de consentimento informado, ou pela sua ineficácia, e requerido, entre outras coisas que a questão do consentimento fosse expurgada da matéria de facto (cfr. art.º 607, n.º 4 do CPC), manteve-se a redação daquele facto provado, considerando, no entanto, que a Autora só teria concordado ou consentido com uma “pequena cirurgia”, nos termos e com os efeitos que o Réu tinha informado.

O Supremo entendeu que havia sido transmitida toda a informação necessária para que paciente o prestasse de forma livre e esclarecida, referindo que tal “não [implica] que se transmita ao paciente o conjunto de riscos ou efeitos adversos que não sejam típicos – conhecidos e previsíveis –, graves e – ainda –, a não ser que sejam sérios e graves, de forte grau de improbabilidade de ocorrência”. Neste sentido, algo contraditório, como teremos oportunidade explorar.

E, ainda quanto a este ponto, refere que houve lugar a esclarecimento terapêutico quanto à preparação intestinal e que este não tutelava a autodeterminação do paciente mas sim o seu corpo e saúde e, portanto, não assumiria relevância no âmbito do consentimento.

3. A Decisão

A ação foi julgada improcedente pelo tribunal de 1.ª instância, que absolveu o Réu do pedido formulado pela Autora.

O Tribunal da Relação do Porto reverteu a decisão da 1.ª instância e julgou o recurso parcialmente procedente, condenando solidariamente o Réu e a sua seguradora (interveniente acessória) no pagamento da quantia de €100.405,15, acrescida dos respetivos juros de mora – a quantia peticionada pela Autora era €193.588,13 acrescida de juros.

O Supremo Tribunal de Justiça julgou improcedente o recurso interposto pelo Réu e pela Interveniente Acessória, reprimando o disposto pela sentença de 1.ª instância e absolvendo-os do pedido.

Após esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça, a Autora interpôs, ainda, Recurso (Extraordinário) Para Uniformização De Jurisprudência, para o Pleno das Secções Cíveis quanto à questão do consentimento, com os fundamentos que expomos de seguida, contudo o mesmo não foi admitido, por se considerar não haver identidade entre o circunstancialismo fáctico e a questão fundamental de direito sobre os quais se debruçaram o acórdão recorrido e o acórdão fundamento – cfr. Ac. STJ [RICARDO COSTA] de 06-10-2021.

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

Algo relativamente curioso é que em 1992, o STJ foi chamado a decidir um caso de intervenção às varizes, no qual estava a ser utilizado um cauterizador elétrico (“a céu aberto” como era considerado o procedimento objeto de análise no caso *sub judice*) tendo que serviu de fonte de ignição de gases/substância utilizada para desinfeção do campo cirúrgico e provocou queimaduras na paciente.

Nesse acórdão, que veio em larga medida confirmar a decisão da primeira instância e revogar a da segunda, o Supremo considerou que a utilização de electrocautério constituía uma **atividade perigosa** e, portanto, o lesado viu o seu ónus probatório em grande medida aliviado – Ac. STJ [Rui Brito] de 18-02-1992, relativo ao uso de um cauterizador elétrico:

“Recai sobre o medico, que numa operação usa um instrumento perigoso (cauterizador electrico) que veio a causar no operado graves queimaduras, provar que empregou todas as providencias exigidas para que não ocorresse tal evento, não bastando provar que se comportou como se comportaria uma pessoa provida de media prudência, por na hipótese ser de presumir a sua culpa.”

Em sentido idêntico, na doutrina, também HENRIQUES GASPAR defende que o recurso a um bisturi elétrico pode ser um exemplo de atividade perigosa, um vez que este envolve, em virtude da sua alimentação a energia elétrica, uma série de perigos.

Ora, ponderando essa hipótese, teremos de discordar do entendimento da 1.ª instância, desde logo quando refere que não se exigia conduta diferente ao Réu, já que não lhe bastaria, para ilidir a presunção de culpa, provar que agiu como supostamente os seus colegas agem, não realizando a preparação – dizemos supostamente porque, apesar de alguns dizerem que não era necessário, todos reconheceram fazer a dita preparação –, mas antes provar que “empregou *todas* as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir” (cfr. art.º 493.º, n.º 2 do CC) – não bastando demonstrar, por exemplo, a inoperância do comportamento lícito alternativo, isto é, que a explosão correria mesmo que tivesse sido realizada a preparação. E, neste aspeto, o que o Réu provou é que não empregou providência nenhuma para evitar danos decorrentes daquele instrumento.

Há que referir, ainda, que os argumentos apon-

tados para a não realização da preparação não têm razão de ser, senão vejamos: (1) nem todas as “medidas de segurança” implementadas em contexto médico ou hospitalar estão pensadas para evitar a 100% os riscos; (2) há que fazer, sobretudo, uma ponderação risco/benefício, e, neste caso, se para evitar que alguém nos exploda com os intestinos temos que suportar um potencial desequilíbrio da flora intestinal, a escolha de qualquer pessoa parece óbvia; (3) o artigo científico fazia uma análise de operações ao abdómen, de barriga aberta, que também estariam em contacto com a atmosfera; (4) a complicação ser rara pode estar relacionada com o facto de a generalidade dos médicos optar por fazer preparação (ainda que parcial), levando em consideração o que foi dito por todos os clínicos que intervieram no processo à exceção do Réu; (5) o próprio Réu reconheceu ser um risco conhecido e, de certa forma, previsível na sua contestação – e bem assim se considerou no Ac. do TRP e na declaração de voto de vencido do Ac. do STJ –, pelo que devia ter conformado a sua conduta em função desse perigo.

Assim sendo, não cremos que tivesse logrado ilidir a presunção de culpa, ao contrário do que entendeu a 1.ª instância.

Mas, não obstante a potencial utilidade deste entendimento para o caso da explosão cólica, e a virtualidade de ter conseguido identificar que se estava perante a necessidade de adotar medidas tendentes à prevenção de um perigo, não estamos certos, contudo, que subsumir estes casos ao art.º 493.º, n.º 2 seja o enquadramento dogmaticamente o mais correto, nem um que venha a disseminar-se na doutrina e na jurisprudência, atenta a resistência de ambas em aportar a atividade médica ou os meios por esta utilizados ao conceito de atividade perigosa.

Nas atividades perigosas, a perigosidade está ínsita na ação e a previsibilidade do dano está em *re ipsa*, pelo que, há o dever de proceder tendo em conta o perigo e de evitar o dano. Poderá afirmar-se que um eletrocautério ou um bisturi elétrico envolvem uma grande propensão de ocorrência de danos – ou, como refere MAFALDA MIRANDA BARBOSA, um risco que ultrapasse o limiar da normalidade? A resposta não é linear, mas tendemos para uma resposta negativa. Numa outra perspetiva, poder-se-á defender que essa perigosidade irá sempre subsistir quanto ao eletrocautério porquanto se trata de um aparelho que tem a virtualidade de atuar como fonte de ignição de gases e substâncias inflamáveis (comuns no contexto da atividade médica), impondo sempre um cuidado acrescido para evitar esse contacto.

Apesar de conseguirem reconhecer situações de criação ou manutenção de um perigo cuja prevenção deva ser considerada, doutrina e jurisprudência resvalam, não raras vezes, para uma confusão entre conceitos e regimes como o dos deveres no tráfego, o das normas de proteção, o das atividades perigosas (cfr. 493.º, n.º 2 do CC) ou do abuso de direito (cfr. art.º 334.º do CC).

Atentemos no Acórdão do STJ de 26 de março de 1980, que foi aliás alvo de anotação por ANTUNES VARELA, a propósito de danos causados pelas operações de demolição de um imóvel. Apesar de o Supremo ter considerado que se tratava de um abuso de direito, o insigne civilista viria a demonstrar que, na verdade, estávamos perante a violação de **deveres no tráfego**, identificando dois grupos de casos: aqueles em que é possível identificar um dever de agir *legal* ou *contratual*, de assistência ou vigilância (cfr. art.º 486.º do CC) e aqueles em que o *lesante* cria ou mantém uma situação especial de perigo, sem que a prevenção desse mesmo perigo

se encontre prevista numa norma específica, mas cujo o dever de agir para prevenir esse perigo possa decorrer de um *princípio jurídico geral* mais amplo, alicerçado no art.º 483.º, n.º 1 do CC, do qual emergem, por exemplo, os art.ºs 492.º, 493.º, 502.º, 1347.º, 1348.º, 1349.º, 1350.º e 1352.º do CC – estes que são, como refere o autor, “simples afloramentos dum princípio geral de recorte mais amplo, semelhante ao que tem sido aceite na jurisprudência e doutrina germânicas”.

Ora, quando estão em causa direitos subjetivos da mais suma importância (a vida, a integridade física, a saúde), não basta dizer que o dever objetivo de cuidado não foi violado porque não foram violadas as *leges artis* – na verdade, os dois conceitos não são necessariamente sinónimos (cfr. Ac. do TRL [MARIA DO CARMO FERREIRA] 23-05-2013). Cabe ao julgador identificar ou até criar a norma de conduta para o caso concreto.

Voltando ao nosso caso: havendo médicos que, perante a mesma situação, adotam cautelas, e tendo todos os profissionais reconhecido que realizavam, pelo menos, a preparação parcial (mesmo os que consideravam que a mesma não era obrigatória), seria, desde logo, de concluir que as próprias *leges artis* não foram cumpridas quando o Réu optou por não adotar nenhuma cautela. E, logo aqui, haveria que afirmar a ilicitude – e em certa medida fazer já um juízo de culpa (enquanto exigibilidade ou cuidado externo).

Mas, mesmo que considerasse que as regras técnicas não impunham necessariamente a tal preparação total, caberia ao julgador problematizar a verificação do dever objetivo de cuidado. No fundo, identificar no caso concreto qual o **dever no tráfego e a respetiva norma de conduta** que deveria ter norteado a atuação do médico, tendente a prevenir, conduzir ou remover o resultado lesivo em causa – e, dessa forma, concluir pela

imputação ou não desse mesmo resultado à conduta do vinculado a esse dever – sem descurar os designados princípios/critérios de alcance médio: a criação ou manutenção de um perigo; o poder de controlo do perigo; as utilidades propiciadas pela fonte do perigo e os custos com a sua eliminação ou condução; a capacidade de autoproteção dos lesados.

E com a informação trazida aos autos, a única conclusão possível seria a de identificar como *standard* mínimo de cuidado a realização de preparação intestinal e como *standard* máximo ou ideal a preparação total (porque apta a prevenir o risco de explosão a 100%).

Ao não ter sido observado sequer o *standard* mínimo, só poderia concluir-se pela ilicitude da conduta do médico, restando apreciar os restantes pressupostos – cuja verificação é, não nosso entender, por demais evidente.

Outra questão interessante que o caso concreto veio evidenciar, segundo cremos, foi o papel que a **informação** transmitida ou omitida pode desempenhar, não só na verificação dos requisitos de validade e eficácia do consentimento, mas também naquela qualificação da obrigação assumida – enveredemos ou não pela dicotomia obrigação de meios vs. obrigação de resultado. Vejamos.

No caso concreto, a Autora pugnavia pela qualificação da obrigação como sendo de resultado sobretudo por duas ordens de razão.

Uma que se prende com o facto o procedimento em causa ser, de facto, em regra, um procedimento que decorre sem intercorrências, ter sido levado a cabo por um autoproclamado super especialista e a complicação ocorrida ser uma complicação rara.

E outra relacionada com o facto de a única informação transmitida à Autora pelo Réu relativamente ao procedimento ter sido de que este era

“um procedimento simples” (expressão utilizada nos depoimentos de várias testemunhas e nas declarações/depoimentos das partes, mas incorretamente convertido para “pequena cirurgia” nos acórdãos dos tribunais superiores), nada referindo quanto a riscos, o que teria gerado a convicção de que seria submetida a um procedimento sem intercorrências, em plena concordância com a doutrina objetivista – a teoria da impressão do declaratório, nos termos do art.º 236.º, n.º 1 do CC.

Ou seja, que a ausência de informação sobre os riscos, para além de ditar a invalidade ou ineficácia do consentimento, quando conjugada com a declaração de que se tratava de um “procedimento simples”, configurava uma verdadeira declaração negocial conformadora do dever de prestar, que ditava para o devedor uma *especial exigência de esforço* e a assunção do *risco de incumprimento*, portanto, com reflexos na qualificação da obrigação assumida (neste caso como sendo de resultado), na determinação do grau de exigência devido e no domínio da impossibilidade do cumprimento.

Por outro prisma – o do **consentimento** propriamente dito –, podemos identificar três problemas fundamentais.

O primeiro – que é possível antever, logo à partida, ao analisar o elenco dos factos provados – é que o tema foi tratado como uma questão de facto. Mas, mais do que isso, foi tratado exclusivamente como sendo uma questão de facto, na sentença – que é completamente omissa relativamente a essa questão de direito (cfr. omissão de pronúncia, nos termos do artigo 615.º, n.º 1, al. d), do CPC). Mais curioso, ainda, que apesar de a Autora ter pugnado pela ausência de consentimento informado, ou pela sua ineficácia, e requerido, entre outras coisas, que a questão do consentimento fosse expurgada da matéria de facto (cfr. 607.º, n.º 4 do

CPC), o Tribunal da Relação tenha mantido a redação daquele facto provado, considerando, contudo, que a Autora só teria concordado ou consentido com uma “pequena cirurgia”, nos termos e com os efeitos que o Réu tinha informado.

O segundo é que esse tratamento se traduziu num juízo conclusivo não ancorado nos restantes factos provados e violador das regras do ónus da prova. Isto é, de facto, não é à Autora que cabe provar que não consentiu – já que é entendimento praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência que esse ónus recai sobre o médico – e, como tal, para que se pudesse concluir que a Autora consentiu, no elenco dos factos provados deveria constar que o Réu tinha transmitido à Autora, entre outras coisas, os riscos associados ao procedimento em causa.

A este propósito, o Supremo parece não ter compreendido a linha de argumentação da Autora, já que quanto ao consentimento se limitou a afirmar: “não se demonstrou que tenha havido intervenção não consentida (...) sendo certo que as informações prestadas para um consentimento livre e esclarecido não implicam que se transmita ao paciente *o conjunto de riscos ou efeitos adversos que não sejam típicos – conhecidos e previsíveis –, graves e – ainda –, a não ser que sejam sérios e graves, de forte grau de improbabilidade de ocorrência*”; e, ainda, que “[a informação relativa à preparação intestinal] *não se tratou de informação adequada ao consentimento; antes de esclarecimento terapêutico, que não tutela a auto-determinação do paciente mas sim o seu corpo e saúde, sendo, portanto, a sua omissão discutida – como já foi – em sede de erro na execução do acto médico – com resposta negativa*.”

Ou seja, ignorou completamente o facto de não ter sido transmitido qualquer risco à paciente (nem o que se materializou, nem outro qualquer, desig-

nadamente os mais frequentes, cuja obrigação de transmissão é inquestionável). É que, para efeitos de validade e eficácia do consentimento, é indiferente que o risco que se venha a materializar seja muito ou pouco frequente, porque, em rigor, não é necessário que materialize um qualquer dano à saúde do paciente. A lei não exige a ocorrência de danos – à saúde, património, leia-se – para a atribuição de uma indemnização, pois que o objetivo do consentimento válido e eficaz, não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas salvaguardar a autodeterminação e o direito à disposição do corpo de quem se submete a um ato médico.

A questão mereceu algum desenvolvimento no âmbito da decisão que rejeitou o Recurso de Uniformização de Jurisprudência, contudo, segundo entendemos, o tribunal superior continuou a laborar no erro. Com efeito, o Acórdão Fundamento – Ac. STJ [MARIA CLARA SOTTOMAYOR], de 02-06-2015 – refere que a transmissão da informação relativa aos riscos do procedimento médico é condição de validade e eficácia do consentimento e que a sua omissão faz com que todos os riscos do procedimento sejam assumidos médico. Ademais, realça que a obrigação de indemnizar não está necessariamente dependente da produção de danos físicos ou à saúde, uma vez que o que o consentimento informado pretende tutelar são os direitos à autodeterminação e à disposição do próprio corpo, pelo que a omissão da informação sobre os riscos subtrai ao paciente a direito a fazer uma escolha livre e informada constitui, em si mesma, um dano não patrimonial indemnizável.

Ora, o Supremo rejeitou submeter os Acórdãos a uniformização, referindo que o Acórdão Fundamento dizia respeito a uma cirurgia estética, campo onde geralmente se assumiam obrigações de resultado e que, como tal, ditava uma densificação do

dever de informar, para além dos riscos frequentes.

Podemos afirmar que este é um entendimento maioritário e, de facto, ainda que conheça já perspetivas superadoras (a dos riscos significativos, por exemplo), caso a paciente tivesse sido informada dos riscos frequentes, não era líquido que tivesse que ser informada sobre este risco raro de exploração. Mas o problema no caso *sub judice* subsiste: a paciente não foi informada de risco nenhum.

Assim sendo, cremos que esta decisão, para além de contrária à doutrina, à restante jurisprudência e à própria lei, cria um perigoso precedente ao admitir que não se transmita informação legalmente devida, desvirtuando o próprio instituto do consentimento informado, só porque a jusante se materializa um risco pouco frequente.

CASO 4

APRESENTANTE: JOSÉ IGREJA DE MATOS

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 1178/14.1TB-FLG.P1, DE 7 DE MAIO DE 2019.

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; responsabilidade civil; responsabilidade civil extracontratual, exame médico; legis artis; ónus da prova; culpa.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) B, autora e recorrente, intenta ação contra os agora recorridos C e D, Companhia de Seguros, Santa Casas da Misericórdia E, Hospital F e companhia de seguros G.

- ii) Pediu a condenação solidária das Rés no pagamento de uma indemnização de 200813,50€ por danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como o pagamento de todas as consultas, tratamentos e intervenções cirúrgicas, medicamentos que porventura necessite e quaisquer despesas a isso inerentes a pagar de acordo com as necessidades que venham a surgir.
- iii) Para tanto e em síntese, alega que a primeira ré administra e explora o hospital privado denominado “Hospital F...” ao passo que a segunda ré é médica especialista em gastroenterologia que presta serviços para a primeira ré através da realização de exames da especialidade.
- iv) A autora realizou, no referido hospital e executado pela referida médica, entre outro, um exame de videocoloscopia; sofreu uma perfuração do colon durante a colonoscopia referida, com o diâmetro de cerca de 2 cm, na face anterior do reto superior. Presume que a segunda ré não observou os cuidados a que estava obrigada, agindo com imperícia; descreve as lesões e sequelas sofridas na sequência do descrito evento e reivindica ser indemnizada pelos danos sofridos.
- v) O exame foi pago pela autora, que foi submetida a anestesia.
- vi) Após a realização do exame, dos procedimentos de recobro e avaliação final feita pela médica anestesista, foi concedida alta e a Ré C informou a autora de que estava tudo bem com ela. Foram também entregues ao autor os documentos dos exames clínicos realizados.
- vii) A autora regressou a casa perto das 14h e nas 48h seguintes esteve bem.
- viii) Passadas essas 48h (2 de agosto de 2013), pela manhã, a autora ainda não tinha conseguido defecar, contactou o seu médico de família J e foi aconselhada a tomar um microlax e, caso não resultasse, devia dirigir-se ao hospital.
- ix) A autora utilizou não um mas dois medicamentos aconselhados e, mesmo assim, não conseguiu ultrapassar a obstipação.
- x) Dirigiu-se às urgências do Hospital F, levada pela filha. Foi prontamente atendida pelo Doutor L, que lhe fez um raio-X abdominal, com o diagnóstico de “dor anal/obstipação/quadro suboclusivo”. Não havendo melhoras, a autora foi enviada para as urgências do Centro Hospitalar M, EPE, aos cuidados da cirurgia geral. Foi submetida a diversos exames complementares de diagnóstico: TAC do abdómen superior, TAC pélvico, TAC com suplemento de contraste endovenoso.
- xi) A autora correu risco de vida e foi submetida a uma “laparotomia exploradora, tendo-se verificado peritonite difusa de características fecaloides, com origem em laceração de aproximadamente 2 cm de diâmetro da face anterior do reto superior”, depois da perfuração ter sido verificada.
- xii) Na referida cirurgia, foi efetuada à autora secção do reto e confeção de colostomia, o que significa que a autora passou a ter o seu trânsito intestinal (fezes e gases) desviado para o exterior do seu corpo, para sacos próprios para a sua coleta, através de uma abertura feita diretamente na parede abdominal e cólon.
- xiii) A partir daí ficou a ter, por vezes, dor tipo cólica difusa associada a obstipação, que a autora tenta resolver com medidas dietéti-

cas e laxantes. Passou também a ser tratada por neurologia e medicada com ansiolíticos e antidepressivos para tratamento da perturbação persistente de humor de que passou a padecer em virtude dos factos supra descritos, tratamento que mantém. Entretanto, desenvolveu uma hérnia paraestomal.

- xiv) A 30/05/2014 recorreu ao SU do Hospital M..., por dor abdominal intensa. Após TAC abdominal, que mostrou “hérnia com estrangulamento na região do reto abdominal esquerdo”, teve de ser submetida a nova operação (lise de bridas e reparação de hérnia incisional).
- xv) Desde a ocorrência da laceração de aproximadamente 2 cm de diâmetro da face anterior do reto superior supra descrita, a vida da autora mudou, passando a autora a ter, em consequência daquela laceração e dos tratamentos necessários a que foi submetida, as seguintes sequelas: dor tipo cólica difusa associada a obstipação; perturbação persistente do humor; cicatriz cirúrgica mediana infra umbilical de cerca de 16 cm; e cicatriz de 4 cm no flanco esquerdo.
- xvi) Em consequência dos factos descritos, a autora sentiu e continua a sentir mágoa e tristeza por se sentir limitada.
- xvii) As descritas sequelas determinam à autora um défice funcional permanente da integridade físico-psíquica de 11 pontos, com repercussão em medida igual nas atividades da sua vida diária, não devendo a autora carregar pesos.
- xviii) Em consequência da laceração e sequelas supra descritas, a autora passou a necessitar e continuará a necessitar por tempo indefinido de acompanhamento médico regular da

especialidade de psiquiatria e de medicação regular de foro psiquiátrico e ocasionalmente de medicação (laxantes) para a obstipação.

2. O Direito

Cumprido o ónus imposto pelo artigo 640º do Código do Processo Civil, (Ónus a cargo do recorrente que impugne a decisão relativa à matéria de facto) importa proceder à reanálise de alguns dos factos invocados na ação. Após a realização do exame, a autora foi informada de que estava tudo bem com ela. Foi ainda informada dos riscos do procedimento que consentiu que fosse realizado, tendo a alta sido dada por a autora não reportar qualquer tipo de queixa.

O nó górdio relativo à questão atinente ao nexo de causalidade (causa da laceração/perfuração de 2 cms.) situa-se, como refere a douta sentença, por um lado, no parecer do Colégio de Especialidade de Gastreenterologia que não pôde concluir que a lesão sofrida pela autora fosse causada durante a realização do exame de colonoscopia e à inexistência de outro parecer técnico ou de qualquer outra prova, designadamente testemunhal, que possa ser “susceptível de contrariar aquele parecer técnico”.

Deste modo, a decisão assume frontalmente ter ficado na dúvida sobre o que causou a lesão dada como provada, o que foi valorado, nos termos do artigo 414º do CPC, contra quem os factos aproveitavam. Aqui chegados, acompanhando de muito perto as alegações de recurso da autora e a argumentação doutamente expendida, resta a questão do nexo de causalidade. Naturalmente e como evidenciado por um médico ouvido em audiência de julgamento existe uma tendência – diríamos quase irresistível – de conezionar um exame de colonoscopia seguido de uma laceração do reto através de uma relação de causa/consequência.

Pese embora o doutamente expendido na sentença sob apreciação, fundamentalmente o parecer técnico do Colégio de Gastroenterologia e as dúvidas referenciadas quanto à causa da perfuração do reto, entendemos existir prova bastante para concluir, com um razoável grau de segurança, que a perfuração foi causada pelo exame de colonoscopia. Procuremos explicar porquê: desde logo, a desconsideração que deve ser feita, a nosso ver, do intervalo de cerca de 43 horas entre o exame e as primeiras dores sentidas pela autora. Entendemos a eventual involuntariedade dessa assintomatologia; porém, a mesma não será assim tão rara, em especial tendo em conta a idade da autora, e, em si mesmo, não será sequer reveladora.

Existem depoimentos díspares dos diferentes médicos; fica, porém, sempre como “pano de fundo” a certeza de que não haverá situações de “nunca” ou “impossível” nestas matérias em litígio, restando ao aplicador do Direito analisar e optar perante este quadro sempre relativo; decidir implica sempre uma escolha preferivelmente próxima daquela explicação que, face a situações de normalidade, idênticas no quotidiano, se apresenta como a mais robusta e substanciada. A perfuração do recto exige uma causa exógena – a autora não tinha problemas de saúde que justifiquem outra hipótese – e essa causa externa implica uma intromissão “agressiva” que provoque uma consequência anormal e estranha, como é a perfuração.

Se é facto que, tanto quanto foi possível apurar-se, nenhum erro foi cometido não será menos certo que o reto foi perfurado e foi-o durante este concreto ato médico. O sopesamento destas duas realidades conduz-nos apenas à conclusão de que nada se apurou de decisivo nesta matéria de aferimento da (des)valia da intervenção operada pela segunda ré. A prova é inconclusiva sabendo-se ape-

nas que foi a colonoscopia a causa da perfuração e que, no olhar dos diversos intervenientes, nada ocorreu de anormal ou estranho durante essa mesma colonoscopia, mas apenas várias horas após a mesma.

Será fulcral referir o cumprimento imperfeito deste contrato de serviços médicos. Ora, neste contexto, sabe-se que a perfuração geradora dos danos e sequelas descritos na sentença e alvo de pedido indemnizatório ocorreu durante e por causa da execução do contrato destinado à realização de um exame médico; objetivamente ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida, nem querida, pelo cumprimento do contrato. Poderia aventar-se que, em si mesmo, este exame, pela sua natureza e características, sempre constituiria uma intromissão na integridade física da autora; simplesmente nisso consentiu a própria, assumindo os riscos decorrentes. Mas, surge naturalmente como óbvio que esse consentimento da autora não abrange as lesões demonstradas neste processo e que advém de uma situação por esta nunca consentida – a perfuração do reto

Sabe-se que a realização da colonoscopia implica a utilização de métodos dos quais pode resultar, sem que se prove qualquer incidente culposos, a perfuração do intestino, ainda que em casos raros; o que significa que o profissional que a executa há-de adoptar os procedimentos próprios do exame com a específica preocupação de tentar evitar que haja perfuração. Pode assim entender-se que está em causa um “dever imposto pela regra de que, no cumprimento dos contratos, cada contraente deve ter na devida conta os interesses da contraparte” (nº 2 do artigo 762º do Código Civil); e que, sendo violado, acarreta a responsabilidade do médico, nos termos próprios da responsabilidade contratual (artigo 798º do Código Civil).

3. A Decisão

Perante a dúvida e desconhecendo-se as causas pelas quais a colonoscopia resultou na dita perfuração, deverá aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual (nº 2 do artigo 799º do Código Civil), presumindo-se a culpa do réu. Caberia aos diversos réus, em particular à ré médica, ilidir essa presunção (nº 1 do artigo 344º do Código Civil), demonstrando os atos que concretamente praticou para evitar a perfuração ocorrida durante a colonoscopia. Nada se sabe sobre essa matéria até porque a Dra. C... não logrou detetar o momento em que a perfuração ocorreu durante o ato médico e, por isso, nada nos pôde informar sobre os procedimentos adotados para a debelar. Presumida a culpa e não estando em causa o preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil, claramente verificados, o pedido de indemnização deve proceder (artigo 563º do Código Civil).

Pelo exposto, e de acordo com a sentença publicada na página da DGSJ, decide-se julgar procedente o recurso deduzido, revogando-se a decisão proferida e condenando-se, solidariamente, as rés C..., D... Companhia de Seguros, S.A. e Santa Casa da Misericórdia E... – Hospital F... a pagar à autora B... a quantia de €78.313,50 Euros (setenta e oito mil, trezentos e treze euros e cinquenta cêntimos), acrescida de juros de mora desde a citação relativamente à quantia de 5.313,50 Euros e desde a presente decisão no que ao demais concerne, e ainda a pagar-lhe todas as consultas, tratamentos, intervenções cirúrgicas e medicamentos que porventura necessite bem como quaisquer outras despesas a isso inerentes, a liquidar em execução de sentença. A ré G..., S.A. vai totalmente absolvida. As custas ficam por conta da autora e rés condenadas na proporção dos decaimentos respetivos.

CASO 5

APRESENTANTE: ARISTIDES ALMEIDA

A. Identificação do caso: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 711/10.2TVPR.T.P1, de 13 de maio de 2021

B. Palavras-chave: ato médico; consentimento informado; efeitos secundários improváveis; responsabilidade médica; ónus da prova.

C. Os fatos, o Direito e a Decisão

1. Os fatos

- i) O autor intenta ação contra os réus C, SA e D, bem como dos réus Clínica Oftalmológica E, SA e F.
- ii) O autor alega que desde os 6 anos de idade que sofria de miopia e tinha a necessidade de usar óculos, condição esta que se agravou com a idade, razão pela qual, em 2004, teve consulta no Hospital pertença da Ré, onde teve acesso a uma brochura relativa a uma técnica de correção cirúrgica de miopia designada “Lasik”, que lhe traria soluções para os seus problemas diários relacionados com o uso de óculos ou lentes de contato, sem efeito secundário, o que erra corroborado em *newsletter* distribuída pela Ré em outubro de 2006.
- iii) Em dezembro de 2004, agendou consulta com o réu D, responsável pela execução da intervenção com a tecnologia de C, para aferir as possibilidades de correção da miopia que o afetava, de modo a cessar por completo o uso de óculos e lentes de contato. Realizou os exames necessários para avaliar

- a situação e recebeu instruções pré-operatórias, sendo informado que a recuperação seria quase imediata e sem dores.
- iv) Foi ainda alertado para a eventual necessidade de posteriormente, 3 meses depois da primeira intervenção, ser corrigido o que não ficasse perfeito com a primeira intervenção.
- v) O réu informou-o que iria abandonar de forma definitiva o uso de auxiliares de visão, mas nada lhe foi dito acerca dos eventuais efeitos secundários da intervenção.
- vi) Na data agendada foi submetido à intervenção, sendo informado que tudo correria normalmente e que devia regressar no dia seguinte para fazer o acompanhamento da intervenção – momento em que também foi informado que tudo ocorrida e se desenvolvia dentro da normalidade.
- vii) Posteriormente, a 27 de maio de 2005, comunicou ao réu D que sentia a visão do olho direito intervencionado enevoada, tendo o réu indicado que se devia submeter à intervenção no olho esquerdo, momento em que também seria feita a correção ao olho direito se a mesma fosse necessária.
- viii) O autor recusou fazer a intervenção enquanto o olho intervencionado não revelasse melhorias, tendo o réu insistido na realização do procedimento. Posteriormente, o réu reconheceu não saber se a recuperação estava a decorrer com normalidade por jamais ter realizado a intervenção de forma unilateral.
- ix) Em junho de 2005, o autor dirigiu-se aos serviços da ré Clínica Oftalmológica, onde foi atendido pelo réu F, a quem explicou o sucedido com o Réu D, tendo sido informado por F, após realização de exames, ser apenas necessário fazer o retoque ao olho inicialmente intervencionado, sendo-lhe garantido que teria 100% de visão. Também aqui não foi informado sobre qualquer efeito secundário da tecnologia “Lasik” ou de não ser possível atingir a visão a 100% com o uso da referida tecnologia.
- x) Contratou com F e com a Clínica a realização da intervenção a laser aos dois olhos, de forma unilateral, embora o olho direito só carecesse de um “retoque”. Foi submetido à intervenção a 14 de setembro de 2005.
- xi) Poucas melhorias foram registadas no olho direito, permanecendo o mesmo enevoado.
- xii) Em 19 de janeiro de 2006 foi submetido a uma outra intervenção, depois de ter sido informado por F da necessidade de realização de novo retoque. Não registou melhorias e piorou a qualidade de visão deste.
- xiii) O autor alega não ter realizado, por falta de prescrição dos médicos D e F, exames que seriam necessários e teriam permitido aferir, sabendo as características do autor, se este era ou não um bom candidato à realização da dita intervenção com recurso àquela técnica. Em resultado destas omissões e das intervenções realizadas, o autor ficou afetado por danos permanentes na sua visão que não teriam ocorrido face ao estado da ciência médica e meios disponíveis.
- xiv) Os réus alegam que não haviam garantias de 100% de visão e que estas não foram dadas ao autor, bem como não havia qualquer indicação que fizesse concluir pela inelegibilidade do autor para ser intervencionado.

2. O Direito

O consentimento informado pressupõe que ao doente tenha sido fornecida informação das ra-

zões que subjazem à necessidade, conveniência ou finalidade do ato proposto, da natureza deste, da perigosidade dos meios que irão ser usados, das consequências previsíveis, dos efeitos secundários e dos riscos do ato que não devam considerar-se altamente improváveis, da existência de intervenções alternativas que sejam aptas a gerar resultados equiparados e/ou menos arriscados. Essa informação tem por objetivo criar condições para uma decisão livre e informada, a mesma deve compreender tudo quanto uma pessoa medianamente interessada e razoável, consideraria, em condições normais, como fator com influência para a sua decisão. Recai sobre o médico o ónus de demonstrar que os riscos e efeitos secundários de que o doente não foi informado eram de tal modo improváveis, raros e/ou de escassa gravidade ou fácil tratamento por meios sucedâneos que não tinham de ser incluídos na informação a prestar. É também sobre o médico que recai o ónus de demonstrar que mesmo que fosse informado dos riscos do ato o doente daria o seu consentimento. Toda a afetação da integridade física e psíquica da pessoa não precedida da obtenção do consentimento informado é ilícita e constitui em si mesmo um dano (dano real).

A doutrina portuguesa dominante concorda que o ónus da prova da existência de esclarecimento recai sobre o médico ou sobre a instituição de saúde. O consentimento é uma causa de justificação, e a informação adequada um pressuposto da sua validade, daí resultando que, nos termos do art. 342º, n.º 2, a prova destes fatos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, ao médico.

Por outro lado, a doutrina processualista ensina que a prova de fatos negativos é diabólica. Tendo em conta o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do fato negativo, a facilidade relativa da prova para o médico (já que este é um

perito e o paciente é um leigo e sobretudo o médico tem o “domínio do fato”, visto que pode organizar a consulta e os tempos) e os exemplos do direito estrangeiro, nomeadamente as recentes evoluções nos países latinos, entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Sousa que o ónus probandi do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recaía sobre os réus, que o não cumpriram, porque de nada informaram o recorrente, com receio quicá de ele não pretender o Lasik, para mais que via bem com óculos ou lentes de contato.

Nesta conformidade, no âmbito de um contrato médico de prestação de cuidados de saúde e quando está em causa o consentimento livre e informado, as regras do ónus de prova decorrentes do artigo 342.º do Código Civil, impõe que a pessoa visada com a intervenção ou tratamento médicos, demonstre esse contrato e que tais procedimentos afetaram a sua integridade física/psíquica (n.º 1), cabendo ao médico demonstrar que foi devidamente prestado o consentimento livre e informado (n.º 2) – tem sido neste sentido que ultimamente se tem manifestado a jurisprudência.

Parece não haver dúvidas de que a ações de responsabilidade civil por ato médico podem ser basicamente de dois tipos: ações com fundamento na má prática médica ou erros técnicos (violação das *legis artis*); ações com fundamento na violação ou desrespeito dos direitos dos pacientes, onde assume particular destaque a ação por violação do dever de informação para o consentimento informado.

Não interessa, para o caso, discutir se entre os dois fundamentos possíveis existe alguma relação de especialidade uma vez que tendo a ação sido julgada totalmente improcedente o recorrente não questiona o decidido no tocante ao fundamento da violação das *legis artis* mas apenas o decidido so-

bre o fundamento do dever de informação, sendo pois esta a única causa de pedir que subsiste para apreciação.

O paradigma jurídico de ser humano é o paradigma do ser livre, dotado da dignidade por excelência que é a dignidade humana. A afirmação dessa dignidade passa pela imposição de um dever geral de respeito que permita a afirmação cabal das diversas dimensões que emprestam humanidade à pessoa, sem as quais a pessoa não se afirma como pessoa. Entre essas dimensões contam-se todas aquelas que normalmente são associadas ao chamado direito geral de personalidade, *rectius*, «todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade» (apud Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*). O caminho para a afirmação dessa dignidade compreende o direito à autonomia privada ou de autodeterminação, isto é, a liberdade da própria pessoa de reger a sua vida, o seu destino, o modo como se afirma no mundo, o direito de exigir que as decisões que lhe dizem respeito passem por si e sejam respeitadas.

No domínio da saúde a autodeterminação afirma-se através do direito da pessoa a decidir se e em que circunstâncias se submete a tratamento ou atos médicos, não lhe podendo ser oposto que os médicos são os mais preparados para saberem o que convém ou é necessário ou sequer que a pessoa em concreto pode não ter capacidade para se autodeterminar nesse domínio. Ao invés, entende-se que o médico tem não apenas a obrigação de aguardar pela decisão do doente (exceto se este estiver impedido de o fazer e as circunstâncias aconselhem a presumir que a sua decisão seria essa), como tem a obrigação de fornecer ao doente as informações necessárias para este tomar uma decisão livre e informada.

O profissional de saúde tem o dever prestar ao doente informações de modo a permitir que o

doente decida livre e conscientemente se consente ou recusa o ato médico que lhe é proposto. O objetivo da informação é o de permitir que o doente possa determinar, à luz do seu entendimento e valores, se deseja ou não consentir na intervenção, tomando uma decisão assente nos pressupostos de autorresponsabilização e da liberdade de escolha.

Este dever de informação presente na relação médico-doente e que é correlativo do direito à autodeterminação do doente concretiza-se através do chamado consentimento informado. Este afirma-se como o momento no qual o doente, na posse da informação necessária, devidamente esclarecido dos riscos e das alternativas, autoriza a realização de um ato médico, legitimando a intervenção de terceiros sobre o seu corpo e a sua integridade física, ou seja, dispõe desse segmento da sua personalidade tendo em vista da obtenção do ganho sanitário – de diagnóstico ou tratamento, curativo ou estético – que o ato médico visa proporcionar. É este objetivo que legitima, do ponto de vista ético-jurídico, a disponibilidade de elementos da personalidade humana que seriam indisponíveis e torna essa disposição compatível com a dignidade da pessoa humana.

A figura do consentimento informado encontra-se consagrada no artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, ratificada pelo Decreto do Presidente da República e publicada no DR I-A, n.º 2 de 3 de janeiro de 2001, e no artigo 3.º, n.º 2, § 1.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. E resulta do disposto nos artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa, nos artigos 70.º, n.º 1, 81.º, n.ºs 1 e 2, e 340.º do Código Civil, nos artigos 38.º, 39.º, 156.º e 157.º do Código Penal, na Base XIV, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saú-

de), no artigo 135.º, n.º 11, do Estatuto da Ordem dos Médicos e nos artigos 19.º e 25.º do Regulamento de Deontologia Médica.

Para o caso é irrelevante que os fatos tenham ocorrido já no longínquo ano de 2005 uma vez que pese embora alguns destes diplomas que foram reafirmando a figura do consentimento informado sejam posteriores a essa data, a legislação internacional, constitucional e ordinária vigente entre nós naquela data era já suficiente para alicerçar esse conceito jurídico.

Para ser juridicamente válido e gerar o efeito de tornar não ilícita a intervenção, o consentimento da pessoa para que seja realizado no seu corpo um determinado ato médico de diagnóstico, tratamento, cura ou melhoria da saúde em geral (física ou estética, corporal ou psíquica) necessita de ser livre e esclarecido ou informado, o que exige que a pessoa receba de quem vai realizar esse ato informação adequada à tomada de decisão.

Porque se trata de decidir quanto a uma intervenção sobre o corpo e, conseqüentemente, de uma decisão sobre prescindir da integridade física e sujeitar-se aos riscos da intervenção de terceiros, a tomada de decisão pressupõe o conhecimento das razões que subjazem à necessidade, conveniência ou finalidade da intervenção proposta, da natureza desta, da perigosidade dos meios que irão ser usados, das conseqüências previsíveis, dos efeitos secundários e dos riscos da intervenção que não devam considerar-se altamente improváveis, da existência de intervenções alternativas que sejam aptas a gerar resultados equiparados e/ou menos arriscados.

Este volume de informação (rectius, a densidade do dever de informação) depende sempre do caso concreto, relevando para o efeito os pormenores da situação e as características particulares do paciente e da relação médico-paciente.

É diferente se nos encontramos perante uma situação de urgência em que está em causa a vida do paciente ou a possibilidade de ele sofrer danos acrescidos em caso de demora no tratamento ou antes numa situação em que o tratamento pode ser útil mas não é inteiramente necessário, designadamente porque o problema já existia e o paciente tinha encontrado modo de viver com ele ou de resolver os problemas que ele lhe colocava.

É diferente se nos encontramos perante uma situação em que entre o paciente e o médico existe uma relação de confiança consolidada em resultado da qual o doente criou justificadamente a confiança de que o médico atenderá de modo particular os seus interesses ou nos encontramos perante uma situação em que o paciente contacta pela primeira vez com o médico cuja competência, habilidade e conhecimentos nunca verificou.

É diferente se nos encontramos perante um paciente letrado que possui capacidade intelectual para compreender a informação que lhe é transmitida e de se relacionar com ela do ponto de vista da tomada de decisão ou nos encontramos perante um paciente sem essa capacidade, sem conhecimentos que lhe permitam apreender e avaliar a informação.

É diferente se nos encontramos perante uma intervenção padronizada, comum, frequente na prática médica ou a que o paciente já recorreu de outras vezes e que continua a fazer-se usando meios ou equipamentos muito testados e comprovados, ou antes perante um ensaio clínico ou um tratamento inovador, com uso de meios mais arriscados ou cuja aplicação pode gerar conseqüências mais gravosas, a que o paciente nunca foi submetido ou já recusou submeter-se.

É diferente se estamos a falar de riscos muito pouco frequentes ou de riscos de pequena gravidade

ou, ao invés, de riscos cuja frequência estatística faz com que eles não devam ser desprezados ou são de gravidade que deva ser levada em consideração.

Como quer que seja, em qualquer das situações referidas o dever de informação existe e o consentimento informado deve ser obtido (exceto se tal não for possível e for de presumir o consentimento); o que varia é a densidade da informação que deve ser transmitida e a medida em que a mesma é adequada para permitir uma decisão livre e informada.

Precisamente porque a informação tem um objetivo específico, o de criar condições para uma decisão livre e informada, parece que a mesma deve compreender tudo quanto uma pessoa medianamente interessada e razoável, consideraria, em condições normais, como fator com influência para a sua decisão. O que significa que essa informação deve abarcar os riscos normais da intervenção, com exceção apenas daqueles que se mostrarem desprezíveis, os riscos incomuns de gravidade, ainda que de ocorrência pouco frequente, e ainda todos os riscos que resultam das próprias características do doente e da interação conhecida dessas características com a intervenção.

Não sendo obtido o consentimento informado (oralmente ou por escrito, nos caso em que esta formalidade é exigida, de modo expresso ou tácito, diretamente ou presumidamente), a intervenção realizada no corpo da pessoa não está autorizada (nos termos em que a ordem jurídica o permite e exige) e vai consubstanciar a prática de um ato ilícito (artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, na perspectiva de uma violação do direito subjetivo de personalidade – primeira parte da norma – e na dimensão da violação das normas relativas ao consentimento enquanto normas de proteção que visam especificamente a proteção de interesses do

destinatário dos atos médicos – segunda parte da norma).

Resultou provado que o autor padecia desde a infância de miopia que se foi agravando com a idade e que a dada altura tomou conhecimento da existência de uma cirurgia laser para correção de patologias da visão, designadamente a miopia, o astigmatismo e a hipermetropia, denominada Lasik. O autor interessou-se pela cirurgia tendo em vista a possibilidade de corrigir cirurgicamente a sua miopia e abandonar o uso de óculos ou lentes de contato. Através de outro médico oftalmologista que lhe indicou o réu Rui Martinho o autor foi informado da possibilidade de a eficácia da cirurgia Lasik regredir com o tempo e de poder gerar fotofobia e síndrome de olho seco.

Na consulta o réu D... transmitiu ao autor que a recuperação da cirurgia Lasik seria quase imediata, sem dores. Quanto às possíveis complicações resultantes da intervenção, o réu Rui Martinho transmitiu ao autor, pelo menos, a eventualidade de ser necessário levar a cabo um “retoque”, ou seja, de em fase posterior utilizar novamente o laser para correção de algo que não ficasse perfeito na primeira intervenção, o que, se viesse a ser necessário, apenas poderia ser realizado cerca de 3 meses após a intervenção originária, de forma a permitir a estabilização do olho e a conhecer-se a extensão da correção necessária. O D... não transmitiu ao autor qualquer informação quanto a técnicas de tratamento alternativas ao Lasik, designadamente o Lasik personalizado ou a implantação de lente intraocular. Recebida a indicação do réu D... de que reunia as condições para ser submetido à cirurgia Lasik, o autor marcou a intervenção a qual foi realizada por este médico no dia 23 de maio de 2005.

Como resulta destes fatos, o autor celebrou com o réu D... um contrato cujo objeto foi a rea-

lização de uma cirurgia oftalmológica a laser para corrigir a miopia e abandonar o uso de óculos ou lentes de contato.

Resulta ainda que antes de o autor se decidir pela realização da cirurgia o réu D... apenas lhe transmitiu as seguintes indicações: a) que a recuperação da cirurgia seria quase imediata e sem dores; b) que podia vir a ser necessário executar novamente o laser para correção de algo que não ficasse perfeito na primeira intervenção; c) que, se viesse a ser necessário, isso apenas poderia ser realizado cerca de 3 meses após a intervenção originária, para permitir a estabilização do olho e apurar a extensão da correção necessária.

Por outras palavras, não se provou que o réu tenha informado o autor de quaisquer riscos ou efeitos secundários da cirurgia, nem de tratamentos alternativos.

Na nossa leitura, estes fatos evidenciam que o réu não cumpriu perante o autor o seu dever de lhe fornecer a informação adequada e suficiente para ele tomar a decisão livre e informada de consentir na cirurgia proposta. Uma vez que qualquer cirurgia importa riscos e pode gerar efeitos secundários, a total ausência de informação relativa aos riscos e aos efeitos secundários significa claramente que a informação não foi adequada nem suficiente uma vez que alguma tinha de ser prestada a esse respeito.

No caso está mesmo demonstrado que a intervenção cirúrgica com utilização da técnica Lasik pode causar no paciente os seguintes efeitos, pelo menos, independentemente dos concretos meios empregues e da concreta prestação do médico oftalmologista: a. Hipocorreção ou hipercorreção; b. Astigmatismo irregular; c. Perda de acuidade visual corrigida; d. Diminuição da visão noturna, halos, clarões e starbusts; e. Diminuição do contraste visual; f. Crescimento epitelial sob o “flap”; g. Infecção e

ulceração do “flap”; h. Infecções oculares; i. Síndrome de olhos secos; j. Sensibilidade à luz; k. Regressão da acuidade visual; l. Regressão do resultado com a idade; m. As imperfeições refrativas (miopia, astigmatismo e hipermetropia) que o paciente apresenta podem não ser corrigidas de forma total.

É certo que não sabemos qual o grau de probabilidade destes riscos ou efeitos secundários e, em alguma medida, também não está especificado o respetivo grau de gravidade, designadamente se são irreversíveis ou não.

Todavia, o ónus da prova de que cumpriu o dever de informação e de que obteve o consentimento informado que legitimaria a realização da cirurgia é do médico na medida em que se trata de um elemento constitutivo da autorização que a realização da cirurgia pressupõe e exige. Para fazer essa prova e pretendendo que havia riscos que não careciam de ser informados, o réu tinha de demonstrar que aquele seu dever estava circunscrito a determinados riscos ou efeitos secundários específicos e que estes foram informados.

Cabia, pois, ao réu demonstrar quais os riscos e efeitos secundários que se provou estarem associados à cirurgia que eram de tal modo improváveis, raros e/ou de escassa gravidade ou fácil tratamento por meios sucedâneos que não tinham de ser incluídos na informação a prestar ao autor. Não tendo feito essa prova deve presumir-se que todos eles tinham de ser informados e que a não informação de qualquer deles importa a violação do dever de obter um consentimento informado.

A circunstância de o autor ter sabido anteriormente por outro médico oftalmologista da possibilidade de a eficácia da cirurgia regredir com o tempo e poder gerar fotofobia e síndrome de olho seco, não é totalmente irrelevante.

O médico que se propõe fazer a intervenção

deve possuir a informação científica e técnica necessária para informar os seus pacientes e assumir o risco do que pretende executar, pelo que é sobre ele que recai o dever de informação quanto mais não seja porque é ele que vai estabelecer com o paciente a específica relação jurídica e de confiança que subjaz à prática da intervenção.

Sucedo, contudo, que a atitude do paciente de reclamar por não lhe ter sido dada uma informação que afinal de contas ele já possuía, ainda que através de outra fonte que era igualmente confiável – outro médico oftalmologista –, pode traduzir um abuso de direito, exceto se o paciente alegar e demonstrar que confrontou o médico contratado para realizar a intervenção com essa informação e este não a confirmou. Eis porque no caso entendemos considerar irrelevante a falta de informação sobre os riscos de regressão dos efeitos e de causar fotofobia e síndrome de olho seco.

Por outro lado, a natureza da intervenção realizada não nos parece afastar ou sequer atenuar este dever de informação. O autor padece de miopia, isto é, de uma afetação da visão. Esse problema de saúde oftalmológica era superado com utilização de próteses oculares que permitiam ao autor superar em parte a afetação do sentido da visão, mas cujo uso coloca naturalmente dificuldades e constrangimentos que não se colocam a quem não tem essa necessidade.

O autor não tinha necessidade absoluta de realizar a cirurgia, uma vez que a falta desta não iria agravar o seu problema nem colocar-lhe novos problemas de saúde. Todavia, tinha interesse em a realizar, não por razões puramente estéticas definidas segundo um critério pessoal e subjetivo, mas por razões de saúde uma vez que a disposição de uma visão perfeita ou sem miopia melhora claramente a qualidade de vida da pessoa ao permitir-lhe in-

teragir melhor com a vida que o rodeia e executar melhor os atos da vida quotidiana sem necessidade do uso de próteses.

O réu devia captar que o paciente tinha capacidade e interesse em conhecer bem os riscos associados à cirurgia. Uma pessoa que vive com uma grave insuficiência visual pode não estar disposta a correr o risco de uma cirurgia da qual pode advir um efeito secundário que se traduz noutra forma de afetação da visão. Cabe-lhe o direito de fazer a avaliação dos riscos, de ponderar se as vantagens compensam os riscos, de equacionar meios alternativos que importem menos riscos ou riscos diferentes, de tomar a sua decisão de forma livre e, para esse efeito, o médico estava obrigado a informá-lo desses riscos e da existência de alternativas, ainda que tenha partido do paciente a iniciativa do contato com o médico e o interesse pela cirurgia e esta não se mostrasse essencial para o equilíbrio da saúde física e psíquica do paciente.

3. A Decisão

O recurso é julgado parcialmente procedente e, em consequência, revogam a decisão recorrida e, em sua substituição, julgam agora a ação parcialmente procedente, condenando os réus D... e F... a pagar aos autores, cada um, a indemnização de €3.500,00 (três mil e quinhentos euros), acrescida de juros de mora a contar da presente data até integral pagamento.

As custas da ação e do recurso são pagas pelo autor na proporção de 97% e pelos réus condenados na proporção de 3%.

CASO 6**APRESENTANTE: ARISTIDES ALMEIDA**

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 452/14.1T8PVZ.P1, de 17 de junho de 2021

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; obrigação de meios; obrigação de resultados; consentimento.

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

- i) A Autora intentou a ação contra a Ré Clínica B e C, médico, pedindo a condenação solidária dos mesmos a devolverem os custos da intervenção cirúrgica que haviam levado a cabo, bem como o pagamento da indemnização pelos danos morais sofridos pela mesma.
- ii) A ré foi submetida a uma cirurgia plástica na clínica da Ré B, feita pelo ré C, com o intuito de corrigir efeitos indesejados provocados por anterior cirurgia também executada pelo 2º réu.
- iii) A primeira cirurgia foi realizada em fevereiro de 2011. Tratou-se de uma cirurgia ao abdómen e de uma cirurgia ao rosto (blefaroplastia) para correção da pálpebra direita e para retirar as bolsas existentes nas pálpebras inferiores dos olhos.
- iv) A blefaroplastia acima mencionada era destinada unicamente à correção das pálpebras superiores e a retirar as bolsas existentes nas pálpebras inferiores dos olhos.
- v) O resultado da primeira intervenção foi insatisfatório para a autora. Alegou ter ficado

com os olhos com um aspeto encovado, com as pálpebras quase a bater na abertura do olho, com sobra de pele nos cantos internos dos olhos, com os olhos arredondados quando sempre os teve amendoados, e com a pálpebra do olho direito do lado externo sem ir até baixo como a do esquerdo.

- vi) Os traços da autora ficaram algo alterados. Assim aceitou sujeitar-se à segunda cirurgia acima referida.
- vii) Esta segunda cirurgia seria um *lifting* que consistiria, segundo o que o segundo réu disse à autora, em se cortar desde o cimo da testa até às orelhas, para levantar as sobrançelas de lado.
- viii) O 2º réu encontra-se inscrito na Ordem dos Médicos Portugueses como médico-cirurgião geral.
- ix) Nesta cirurgia, o 2º réu cortou a autora desde o cimo da testa até A` s orelhas.
- x) A autora apresenta:
 - a transição fronto-temporal, à esquerda, acompanhando a linha de inserção capilar mas não recoberta pelos cabelos, uma cicatriz irregular, nacarada, com dimensões máximas de 9 cm por 0,1 cm de maiores dimensões, não visível na perspetiva frontal e visível na perspectiva de perfil e perfil a $\frac{3}{4}$ com o cabelo apanhado; e,
 - na transição fronto-temporal, à direita, acompanhando a linha de inserção capilar mas não recoberta pelos cabelos, uma cicatriz irregular, nacarada, com dimensões máximas de 9 cm por 0,2 cm de maiores dimensões, não visível na perspectiva frontal e visível na perspectiva de perfil e perfil a $\frac{3}{4}$ com o cabelo apanhado.

- xi) A autora nunca solicitou ao 2º réu que lhe cortasse os olhos;
- xii) O réu médico havia dito à autora que se trataria de um *lifting* temporal. A mesma havia assinado um Consentimento Informado *Lifting Cervico-Facial (Ritidectomia)* anexo ao “Consentimento Para Cirurgia/ Procedimento ou Tratamento”.
- xiii) Na sequência desta cirurgia, a autora ficou com os seus traços alterados face à fisionomia que tinha após a primeira cirurgia. Perdeu a sua estabilidade emocional, a partir de data não concretamente apurada, entrando em depressão.
- xiv) A autora queixou-se ao 2º réu das cicatrizes e das alterações que entendia que o seu rosto apresentava depois da segunda cirurgia.
- xv) A autora havia pago 3250€ pela cirurgia realizada.
- xvi) Em consequência destas alterações estéticas e do seu desequilíbrio emocional, a autora foi medicada para tratamento da depressão e viu a sua vida familiar e amorosa afetada, muito em parte devido à falta de autoestima.
- xvii) Na blefaroplastia e no mini-lifting facial temporal a região da boca ou do terço médio da face não é operada e, por isso, não pode haver a afetação dessa zona anatómica.
- xviii) Na blefaroplastia e no mini-lifting facial temporal não é efetuada exérese (extirpação) de músculo nenhum.
- xix) A evolução natural de um *lifting* é que a pele fique cada vez com menor tensão devido ao fato de que com a idade irem relaxando cada vez mais os tecidos.
- xx) A autora recorreu no dia 2 de fevereiro de 2011 a uma consulta nos réus para melhorar o seu aspeto físico, manifestando não gostar do aspeto volumoso do seu abdómen e cintura, tendo manifestado, após a consulta e perante uma funcionária da 1ª ré, descontentamento com a pálpebra direita que achava “descaída”.
- xxi) A evolução da autora foi satisfatória.
- xxii) A autora foi reavaliada no dia 13.02.2013.
- xxiii) Não existe cirurgia estética sem cicatrizes. A cicatrização da autora é compatível com a primeira cirurgia realizada, e o resultado visado com a 1ª cirurgia, foi obtido.
- xxiv) De acordo com relatório efetuado por médica especialista em cirurgia plástica, “As complicações que a paciente, por meio oficial de denúncia se queixa: 1. “deixar de ter expressão no olhar”; 2. “olhos rasgados profundos mais pequenos estando permanentemente com olheiras”; 3. “deixou de ter sorriso passando a ter riso” (!?); 4. “deixou de ter expressão para sorrir porque perdeu qualquer músculo para tal passou a ter expressão só de riso entende-se de boca aberta”; 5. “os vincos entre as sobrancelhas no cimo do nariz passaram a ser constantes e não somente quando o rosto muda de expressão, o que dá um ar “sempre zangada”; 6. “Na sua boca do lado esquerdo descaiu e do lado direito entra nos dentes quando fala e os vincos da pele nos cantos da boca prolongam-se até ao fim do queixo, que assumiu um aspeto quadrado” – em nada se relacionam com procedimentos realizados (blefaroplastia e mini-lifting temporal).”.
- xxv) A data da consolidação médico-legal das lesões é fixável em 14-11-2014
- xxvi) Período de défice funcional temporário total sendo assim fixável num período de 2 dias. Período de défice funcional temporário parcial sendo assim fixável num período 1365 dias. Quantum Doloris fixável no grau

4/7. Dano estético permanente fixável no grau 3/7.

xxvii) O ato médico operado no rosto da A. foi desenvolvido com competência e conhecimento e respeito pelos procedimentos médicos adequados e recomendados? Resposta: Do que consta dos registos clínicos o ato médico foi realizado com competência, conhecimento e com os procedimentos médicos adequados.

xxviii) Uma intervenção cirúrgica ao rosto, com os objetivos referidos 6 e 7 desta P.I., levada a cabo por profissional devidamente habilitado, competente, e conhecedor da *legis artis* da medicina plástica reconstrutiva, causaria as cicatrizes e as alterações ao rosto da A. tal como referidas de 22 a 28 desta Resposta: A descrição das cicatrizes realizada na perícia médico-legal do INMLCF delegação do Norte leva-nos a afirmar que estas são compatíveis com a cirurgia realizada.»

2. O Direito

A recorrente afirma que se reúnem todos os pressupostos da obrigação de indemnizar a cargo dos réus, sendo o fato ilícito, no caso em apreço, a omissão do resultado que constituía o objetivo da cirurgia estética contratada pela autora. Ora, foi efetivamente contratada a realização de uma cirurgia de natureza estética ao seu rosto com o segundo réu, executada nas instalações da Clínica Ré. Encontramos aqui um contrato de prestação de serviços, definido no artigo 1154º do Código Civil como «aquele em que uma das partes de obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição».

Os atos cirúrgicos estão envoltos por uma perigosidade, estando o conhecimento científico nesta

área constantemente em desenvolvimento e evolução, acarretando diversos riscos típicos da atividade médica. Os mesmos são ainda praticados num corpo vivo, que reage de forma diferenciada a agressões exteriores, o que faz com que a obrigação do médico seja, em regra, não de resultados, mas de meios. O médico deve prestar ao paciente toda a informação necessária para que este possa decidir livremente, consentir na intervenção a realizar, a proteger os interesses e a saúde do paciente e, na execução do ato médico, a cumprir com zelo e rigor as *legis artis* próprias do ato, atuando com diligência, conhecimento científico, aptidão e perícia, mas não lhe é exigível, que em qualquer caso o resultado visado seja alcançado pontualmente e sem quaisquer sequelas, intercorrências ou manifestações indesejadas.

Os atos de natureza estética destinados a introduzir alterações fisionómicas no corpo do paciente, ordenadas pelo critério estético do paciente e, portanto, por vontade e decisão pessoal e não por necessidade médica ou conveniência clínica de curar qualquer doença ou vencer defeito ou limitação física, assumem um enfoque particular. Tratar-se-ia de uma obrigação quase de resultado, porque é uma obrigação em que apenas o resultado vale a pena.

Quando a pessoa ceita submeter-se a essa cirurgia é porque quer um resultado específico e porque acredita que este lhe vai ser proporcionado. A segunda razão é que o médico se apresenta como sendo capaz de produzir o resultado desejado, criando a expectativa no paciente de que o resultado será alcançado. Para o paciente, o resultado é um objetivo em si mesmo.

Quando fiscalizamos o cumprimento da obrigação a cargo do médico não podemos olvidar o respeito pela confiança gerada pelo médico e a essencialidade do resultado para o paciente. Trata-se de um negó-

cio, onde o profissional se apresenta como capaz de alcançar o resultado pretendido pelo paciente.

Se o médico assumiu tácita ou expressamente esse compromisso, recai sobre ele o ónus de demonstrar porque não lhe deu concretização. Essa explicação pode consistir, por exemplo, na verificação de um risco adverso para o qual o paciente estava alertado, numa reação que raramente acontece mas que no caso aconteceu de fato e o médico não conseguiu evitar, num comportamento do próprio paciente que afetou os resultados da cirurgia. Mas terá de ser dada, sob pena de se concluir no sentido do incumprimento, leia-se, no sentido da ilicitude contratual do comportamento do médico.

No caso, a ilicitude do comportamento imputado ao réu vinha assente em aspetos bem diversos: a falta de competência profissional para o exercício da cirurgia estética (o réu não pode praticar estes atos porque não tem a especialidade de cirurgia plástica); a ausência da competência profissional que a autora procurava e pressupunha existir (o réu foi escolhido na convicção errónea de ser cirurgião plástico e não informou a autora desse aspeto); a violação das *legis artis* (por falta de engenho ou competência, o réu não aplicou na cirurgia as técnicas adequadas e próprias da arte, cuja aplicação teria evitado o resultado produzido); a execução de atos médicos sem o consentimento da autora (a autora subscreveu o consentimento informado para um ato médico e foi executado outro); a execução de modificações anatómicas em partes do rosto que a autora não autorizou que fossem alteradas (o réu modificou os olhos e a expressão facial, quando a autora apenas lhe pediu que eliminasse as bolsas existentes nas pálpebras inferiores, corrigisse as pálpebras superiores e levantasse a cauda da pálpebra); a produção de um resultado inestético (os atos praticados no rosto da autora geraram o apare-

cimento de cicatrizes inestéticas).

Destes possíveis fundamentos de ilicitude do comportamento do réu, após o julgamento da matéria de fato, o único que subsiste é o último referido.

Também não transparece da matéria de facto que o réu tenha executado modificações anatómicas em partes do rosto distintas daquelas que a autora pretendia alterar. Não está demonstrado com efeito que o réu tenha causado modificações ao nível dos olhos e da expressão facial da autora como esta se queixava. Está provado que a primeira cirurgia provocou uma alteração dos traços pessoais da autora ao nível das pálpebras, o que é absolutamente natural e era espectável porque a autora deseja precisamente alterar esses pontos específicos do seu rosto mediante a correção das pálpebras superiores e a eliminação das bolsas (olheiras) existentes nas pálpebras inferiores. Está ainda provado que a cirurgia de outubro de 2012 provocou igualmente uma alteração dos traços do rosto, mas se a autora pretendia o levantamento das sobrancelhas e isso foi alcançado, parece não poder deixar de se concluir que a alteração da fisionomia do rosto era inevitável.

Coisa diferente consistia em saber se as alterações produzidas são excessivas, se as correções pretendidas pela autora podiam e deviam ter sido executadas com menor repercussão ao nível das modificações no rosto, se era possível um cirurgião ter mexido nas zonas desejadas pela autora (as pálpebras e as sobrancelhas) modificando menos o rosto da autora, *rectius*, deixando intocado e inalterado o restante do rosto da autora. A matéria de facto não permite essa discussão, sendo certo que a mesma não passaria pelo critério subjetivo da autora, mas sim pelo critério do cirurgião normalmente apto e capaz, conhecedor e aplicador das melhores técnicas, e sobre isso não existe qualquer facto provado que permita sequer colocar a questão.

Resta, pois, a circunstância, indesmentível, de a cirurgia ter causado o aparecimento de cicatrizes inestéticas no rosto da autora. A produção de um resultado inestético não é, evidentemente, o que se pretende com uma cirurgia estética, designadamente na parte mais visível e notória do corpo humano que é o rosto, pelo que numa cirurgia estética de natureza voluptuária, esse resultado consubstancia sempre um incumprimento da obrigação do médico. O facto de as cicatrizes serem inevitáveis apenas significa que a pele cortada durante a execução da cirurgia tem de cicatrizar, mas não implica que o processo de cicatrização deixe marcas inestéticas notórias. Existem, com efeito, cicatrizes que são praticamente invisíveis ou que resultam de técnicas cirúrgicas irrepreensíveis que evitam que elas deixem marca. No caso, por exemplo, as cicatrizes dos cortes que o réu fez nas pálpebras não se notam, apenas se notam as que foram feitas na região fonto-temporal.

O facto de as cicatrizes serem compatíveis com os atos cirúrgicos realizados apenas significa, se bem interpretamos o parecer onde isso é afirmado, que está excluído que as cicatrizes tenham outra causa que não os atos médicos próprios da cirurgia estética que o médico realizou, o *lifting* facial. Também não significa, portanto, que uma cirurgia estética desta natureza e finalidade cause necessariamente cicatrizes com o aspeto inestético que estas possuem.

O facto de o aparecimento de cicatrizes inestéticas ou de cor diferente à da pele circundante constituir um dos riscos do *lifting* facial anunciados como possíveis no consentimento informado assinado pela autora não é, por si mesmo, suficiente para excluir a ilicitude desse resultado.

Com efeito, mesmo que num determinado contexto haja consequências que podem ocorrer ainda

que as técnicas utilizadas tenham sido as melhores e executadas de forma adequada, a causa direta de uma consequência concreta pode ser, afinal de contas, a má execução da cirurgia, o desrespeito das *legis artis*, a falta de engenho ou arte do cirurgião.

Portanto, o que importa saber não é se as cicatrizes são um risco da cirurgia, mas sim se a causa delas está fora do poder-dever de controlo do médico, isto é, se elas se produziram não obstante o médico ter atuado com zelo, arte e engenho, no respeito absoluto das *legis artis*. Por outras palavras, havendo um resultado indesejado, para excluir a ilicitude da sua conduta que está na génese do resultado o médico necessita de demonstrar que ele foi efetivamente fruto dos riscos associados à cirurgia que realizou, isto é, dos imponderáveis da mesma, dos fatores incontroláveis que a cirurgia convoca. Para tal, necessita de demonstrar que quanto aos fatores que podia e devia controlar a sua atuação não merece qualquer censura. Como essa demonstração não foi feita, entendemos estar perante um ilícito contratual (um incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação) e que essa ilicitude não foi excluída.

Sucedo, contudo, que no tocante às cicatrizes se provou que na sequência das queixas da autora o réu se propôs executar um tratamento a laser das cicatrizes. O tratamento a laser é um procedimento médico através do qual se pode reduzir o aspeto e a notoriedade das cicatrizes. Acresce que tal procedimento deverá pressupor a prévia estabilização das cicatrizes para poder determinar com rigor o que fazer e como fazer, pelo que não podia ser feito imediatamente após a cirurgia estética.

Sendo assim, uma vez que a autora recusou a execução desse procedimento e não se encontra demonstrado nos autos nenhum motivo válido para essa atitude (v.g. que no caso o tratamento não

surtiria efeito, surtiria efeitos mais gravosos ou era clinicamente desaconselhado), acabou por ser afinal a autora a impedir o réu de sanar, na medida do possível, o aparecimento do referido efeito inestético indesejado. Ora, dispõe o artigo 570º, n.º 1, do Código Civil que «quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída».

No caso, considerando que é apenas essa a falha do réu, que essa falha corresponde a um risco de que a autora estava informada, que não foi sequer alegado qualquer motivo para a autora recusar o tratamento que podia eliminar o aspeto inestético das cicatrizes, que houve consequências psicológicas (dano) para a autora que são em parte atribuíveis a características da sua própria personalidade, e que é impossível distinguir as consequências das cicatrizes das consequências de todas as restantes queixas subjetivas da autora que não se demonstraram ou que foram mesmo excluídas, entendemos, ao abrigo daquela norma legal, não atribuir qualquer indemnização à autora pelo dano corporal consubstanciado nas cicatrizes que a mesma possui no respetivo rosto e pelos danos psicológicos decorrentes da reação ao aspeto inestético dessas cicatrizes.

3. A Decisão

O recurso é julgado improcedente e, em consequência, é negado provimento à apelação, sendo confirmada a sentença recorrida.

CASO 7

APRESENTANTE: NUNO PINTO OLIVEIRA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 23592/11.4T2SNT.L1.S1, de 2 de novembro de 2017.

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; dever de informação; consentimento; perda de chance; nexos de causalidade; danos não patrimoniais; ato médico; direito à integridade física; legis artis; ordem dos médicos.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos:

- i) A 1ª ré dedica-se à prestação de serviços de estomatologia;
- ii) O 2º réu é médico estomatologista e presta a sua atividade profissional na clínica da 1ª ré, por conta desta, além de ser seu sócio e gerente.
- iii) A autora dirigiu-se à clínica da primeira ré em 10/08/2008, sendo atendida e consultada pela 2ª ré.
- iv) A 12/09/2008, a autora fez uma ortopantomografia, na qual é visível o terceiro molar inferior direito incluso.
- v) A 24/09/2008, a autora fez uma destartrização bimaxilar na clínica da primeira ré, sendo a extração do siso agendada para o dia 10/10/2008.
- vi) No dia da intervenção, antes da cirurgia, por volta das 11h, o 2º réu examinou a película da ortopantomografia realizada pela autora.

- vii) Administrou-lhe anestesia local mediante injeção e iniciou a cirurgia sem que a autora sentisse qualquer dor. No decurso da intervenção o 2º réu reforçou a anestesia, por a autora estar a sentir dor.
- viii) Quando a cirurgia terminou, a autora foi suturada com pontos e o 2º réu receitou lhe analgésicos, bem como a utilização de específicos produtos de higienização.
- ix) A autora pagou 250€ pela intervenção.
- x) Quando se dirigiu à clínica, a autora não sentia qualquer dor; tinha sim a sensação de que os seus dentes estavam a abanar, sendo que o 2º réu indicou que tal sintomatologia se devia ao facto de o dente do siso do maxilar inferior estar a empurrar os restantes dentes, provocando o abanar dos mesmos.
- xi) A autora tinha um posto de trabalho na Força Aérea, tendo de recorrer ao posto médico desta a 16/10/2008 por ter muitas dores e dificuldades em falar. Foi feita terapia injetável para o alívio das dores.
- xii) No dia seguinte, regressou ao posto por as dores se manterem, sendo dispensada do trabalho por 5 dias.
- xiii) A 24/10/2008 recorreu novamente ao mesmo Posto Médico, referindo dificuldades em alimentar-se e sensação de encortijamento da língua do lado direito. ;antevê dores na hemilíngua direita, com um formigueiro doloroso, a já referida sensação de encortijamento da língua e a perda de sensibilidade na face direita, com dificuldades em articular a fala. Por vezes, inadvertidamente, mordida o lado direito da sua língua.
- xiv) No início de 2009, a autora iniciou um programa de reabilitação definido por médico fisiatra do hospital da Força Aérea, em virtude do quadro clínico de parestesias e dor, bem como sensibilidade ao frio e calor e as dificuldades na fala e mastigação.
- xv) Considerando que a sintomatologia persistia, não cedendo aos tratamentos ou medicação administrados, o 2º réu fez uma placa de relaxamento flexível para o maxilar superior da autora, para aliviar as dores. Contudo, não só não ajudou como também piorou as dores da autora.
- xvi) A autora realizou uma ressonância magnética ao crânio encefálico, mas não foi encontrado nada com relevância.
- xvii) A Autora, atualmente, ainda mantém a dor permanente, a sensação de formigueiro e encortijamento. Não consegue mastigar do lado direito.
- xviii) Os RR. nunca informaram a autora da existência de algum risco na cirurgia a realizar, fosse ao nível de lesão de algum nervo ou qualquer outra, nem sequer mencionaram à A. que fosse uma cirurgia, uma extração especialmente complicada.

2. O Direito

No caso em apreço, 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 que os ligava, o que não fez. O médico tinha o dever de informar a paciente dos riscos de uma cirurgia de extração do dente do siso, porque o risco de uma lesão era de 23%, e um risco de 23% é um risco frequente. Como refere o acórdão, “Muito embora, naturalisticamente, não tenha sido a falta de informação que provocou “a lesão do nervo lingual direito” e demais danos que vêm provados, nem se tenha provado que a autora só

aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quanto aos respetivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceite, a perspectiva jurídica correta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências”.

A obrigação de informação do ato médico a realizar, não só resulta da lei, mas também decorre especificamente do contrato celebrado, como dever acessório do dever principal, que, no caso, era o de realizar a cirurgia de extração de um siso incluso; em segundo lugar, porque as concretas circunstâncias da realização da extração (não se tratou de uma cirurgia realizada em situação de urgência, tendo sido agendada com tempo suficiente para a autora ponderar as vantagens e os riscos da extração) e da pessoa da autora (paciente do 2.º réu há bastante tempo e com uma profissão fisicamente exigente) justificam que se inclua no dever de informação o risco de lesão do nervo lingual e a ocorrência das consequências dessa lesão, sendo certo que o conteúdo concreto do dever de informação de atos médicos a realizar não é sempre o mesmo, variando com as circunstâncias do caso.

Encontramos aqui uma perda de chance, uma perda de oportunidade de decidir. A chance ou a oportunidade perdida seria a chance ou a oportunidade de recusar a intervenção no domínio da saúde, e a perda de uma oportunidade continuaria a ser só uma *loss of chance* – não teria deixado de ser uma *loss of chance*.

3. A Decisão

A ação havia sido julgada improcedente. Segundo o Acórdão da Relação, “Sem descuidar de modo algum a lesão sofrida pela A. [«lesão do nervo lingual direito (...), decorrente do acto cirúrgico levado a cabo pelo 2º R.»], conclui o tribunal, na senda do relatório pericial, que a mesma é uma seqüela do próprio acto cirúrgico não imputável ao 2º R., nem a título extracontratual, nem a título contratual, mas decorrente dos riscos próprios da ciência médica, a qual não é uma ciência exacta e como qualquer atividade humana comporta riscos inerentes, não estando no nosso ordenamento jurídico, por ora consagrada a responsabilidade médica objectiva, ou decorrente do mero risco. Pelo exposto, concluiremos pela inexistência de responsabilidade imputável ao 2º R., pela lesão que sobreveio à A.”.

Para assim decidir, a Relação deferiu parcialmente a impugnação da matéria de facto e, em breve síntese, considerou que, apesar de estar provado que o segundo réu “realizou os procedimentos adequados ao acto cirúrgico em causa” e que “ocorreu uma vicissitude, própria do acto em questão, que por vezes pode suceder, sem que deva ser ou possa ser imputada a imperícia do médico, que foi a lesão do nervo lingual direito”, a verdade é que a autora “foi atingida na sua integridade física, sofrendo seqüelas que não haviam sido contratadas, para cuja ocorrência não havia consentido e de cuja possibilidade de ocorrência não havia sido informada”, sendo que a “seriedade das consequências danosas inerentes à cirurgia em causa” e a “taxa de frequência com que podem ocorrer” impõe a conclusão de que “os RR. tinham o dever de esclarecer a A. sobre as mesmas, dever esse que incumpriram.

Assim, “Tudo ponderado, atendendo aos valores jurisprudencialmente acima referidos, que

se reportam a um tempo já algo longínquo, e às circunstâncias supra expostas, afigura-se-nos adequada a atribuição à A., a título de indemnização por danos não patrimoniais, actualizada à data presente, da quantia de € 18 000,00, pela qual são solidariamente responsáveis ambos os RR. (artigos 500.º, 497.º, 800.º n.º 1 do Código Civil). No que concerne a danos patrimoniais, os RR. deverão indemnizar a A. pela quantia de € 427,98, referente às despesas provadas nas alíneas k) e ddd) da matéria de facto, acrescida de juros de mora, à taxa legal, vencidos desde a data da citação, conforme requerido.”

É então negado provimento ao recurso.

CASO 8

APRESENTANTE: NUNO PINTO OLIVEIRA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 148/14.4TVLSB. L1.S1, de 8 de setembro de 2020.

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; intervenção cirúrgica; dever de informação; consentimento informado; dano; teoria da causalidade adequada; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; hospital; médico; obrigação solidária.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora procurou ajuda médica e andou em consultas de endocrinologia com a Dra. GG, tendo feito várias dietas;
- ii) Durante essas consultas, foi sugerido à autora que realizasse uma consulta com o réu DD, cirurgia plástica no hospital SAMS;

- iii) Durante a referida consulta com o réu, este informou existirem três técnicas e aconselhou a autora a submeter-se a intervenção, que informou ser laparoscópica, aplicando-se 5 pequenas incisões;
- iv) O pós-operatório de uma intervenção deste teor é habitualmente fácil, mas podem surgir diversas complicações infecciosas, de acordo com as estatísticas sobre tratamento cirúrgico do obeso.
- v) São riscos específicos da cirurgia bariátrica a coleção intra-abdominal (estabelece-se quando há acumulação de líquido no interior do abdómen que pode tornar-se infetado – abscesso – e necessitar de drenagem por via percutânea ou cirúrgica); a fístula (vazamento do conteúdo do estômago para o interior da cavidade abdominal); infeção; hemorragia; distúrbios nutricionais e metabólicos; e alterações psicológicas. A fístula é a complicação mais grave e de mais elevada mortalidade na cirurgia bariátrica e a sua incidência é de 0,3% a 8,3%.
- vi) A ré DD informou a autora do risco da perda de cabelo. A autora deu entrada para ser intervencionada a 9 de setembro de 2008
- vii) Foi colocado um dreno abdominal durante a operação e a alta foi dada por C a 14 de setembro de 2008, a pedido do réu DD.
- viii) A 17 de setembro de 2008 a autora deu entrada no hospital, sendo-lhe diagnosticado um abscesso subfrénico, sendo operada dia 20 de setembro desse ano para fazer a drenagem cirúrgica do mesmo.
- ix) Teve alta a 10 de outubro de 2008 e a 28 de outubro foi novamente internada para drenagem cirúrgica de coleção periplénica.

- x) Foi posteriormente submetida a diversas e consecutivas intervenções em virtude de complicações que foram surgindo.
- xi) A A. AA sofreu dores de grau 6 numa escala de sete graus de gravidade crescente.
- xii) A A. AA teve complicações pós-operatórias que têm taxas de mortalidade significativas.
- xiii) A 29 de março de 2016, apresentava os orifícios das fistulas gastrocutânea e traqueocutânea encerrados.
- xiv) Em consequência das complicações e dos procedimentos efetuados, a A. AA ficou sem baço e com um defeito importante na parede abdominal, com fraqueza da mesma, decorrente das cicatrizações em segunda intenção das laparotomias.
- xv) Ficou com cicatrizes permanentes em todo o abdómen.

2. O Direito

No que toca à responsabilidade civil médica, cumpre referir o ónus da prova do incumprimento do dever de informação e de esclarecimento. Trata-se aqui de uma informação conducente à autodeterminação da autora. Aqui, o médico tinha o dever de informar a paciente dos riscos de uma “gastrectomia vertical” ou de uma “sleeve gástrica”, porque o risco de uma infeção ou de uma fistula, ainda que não seja frequente, era um risco grave (muito grave).

De acordo com a orientação dominante, compete, via de regra, à instituição de saúde e/ou ao médico provar que prestou ao paciente as informações e adequadas para que este pudesse livre e esclarecidamente exercer o seu direito de autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre os serviços de saúde. Com efeito, trata-se, desde logo, da necessidade de acautelar o equilíbrio processual entre a impossibilidade de provar um facto negati-

vo (não ter sido – ou não ter sido adequadamente – informado) que, segundo a doutrina, se traduz numa prova diabólica, de um lado e, de outro, da facilidade relativa da prova para o médico. Depois, a consideração do consentimento informado como causa de justificação ou de exclusão da ilicitude de uma lesão à integridade física e da prestação de informação adequada como seu requisito de validade implica, nos termos do art. 342.º, n.º 2, do CC, a atribuição do onus probandi do consentimento informado ao médico. O risco de uma falta ou deficiência de informação recai sobre a instituição de saúde e/ou o médico. É que, em geral, médico e paciente não se encontram em paridade situacional, em pé de igualdade, porquanto o último não tem e nem pode ter a mesma quantidade e a mesma qualidade de informação do primeiro. O médico é que tem de provar a criação de condições concretas e efetivas que permitissem ao paciente compreender o significado, o alcance e os riscos do tratamento proposto. Qualquer situação de dúvida se decide contra ele. A imputação dos danos à instituição e/ou ao médico pressupõe que a decisão do paciente haja sido tomada com base no comportamento informativo daquela. Por outro lado, é certamente por existir, em muitos casos, uma extrema dificuldade de o paciente provar com segurança o nexo causal entre a falta ou a deficiência da informação e a sua decisão, que se justifica a inversão do ónus da prova do nexo de causalidade entre a violação ilícita e culposa dos deveres de informação e os danos verificados. Trata-se de acautelar a posição de vulnerabilidade do paciente na demonstração do nexo de causalidade, posição que de outro modo correria o risco de ficar esvaziada de qualquer tutela adequada, por o paciente não lograr, muitas vezes, provar facilmente, com o grau de certeza próprio da prova em juízo e para ela requerido que, caso houvesse tido acesso

à informação que lhe era devida, não teria tomado a decisão de se submeter a determinada intervenção ou tratamento. Pode, pois, concluir-se, que a falta de informação por parte do SBSI – enquanto gere os SAMS que, por sua vez, detêm o hospital – e do médico – foi culposa e que a Autora teria tido um comportamento conforme com o esclarecimento que recebesse.

Os deveres de informação e de esclarecimento do médico, ainda que se apresentem como próprios também de um estatuto profissional e por ele implicados, fundam-se, em último recurso, num conjunto de princípios e valores gerais que entretecem conceções de justiça generalizadamente aceites no âmbito do direito comum. Tem-se em vista a adoção de decisão livre e esclarecida, porquanto o paciente deve ter todos os conhecimentos que relevam para a decisão sobre o tratamento que lhe é proposto ou heteronomamente determinado. A proteção do paciente assenta na elucidação necessária para assegurar um exercício consciente da sua liberdade, do seu direito de autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre os serviços de saúde, para garantir a adoção de decisões livres, informadas e esclarecidas. Apenas um consentimento livre, informado e esclarecido é expressão do poder de autodeterminação do paciente.

O comportamento do Réu DD é ilícito – porquanto violou o direito da Autora à autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre os cuidados de saúde – e culposos – ainda que apenas negligentemente; mesmo não prevendo que a Autora poderia recusar a cirurgia ..., devê-lo-ia ter previsto de acordo com o padrão do médico satisfatória ou medianamente diligente, esclarecido e prudente. O agravamento do quadro clínico da Autora não é consequência direta da insuficiência ou deficiência da informação. Contudo, tal não obsta à adoção de uma conceção normativa da causalidade.

3. A Decisão

O acórdão recorrido é declarado nulo com base na oposição entre os fundamentos e a decisão e, conforme o art. 684.º, n.º 1, do CPC, supre-se essa nulidade determinando-se que a Ré CC é condenada, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, solidariamente a indemnizar os Autores pela totalidade dos danos não patrimoniais alegados e considerados provados, porque respeitantes ao período de tempo subsequente à sua intervenção, de um lado e, de outro, a ressarcir os danos patrimoniais sofridos pelos Autores apenas após a sua intervenção. Na parcial procedência do recurso, altera-se o acórdão recorrido, fixando-se o valor da compensação por danos não patrimoniais a atribuir à Autora em 140.000,00 e ao Autor em 20.000,00 €. Determina-se que os Réus médicos DD e CC respondem apenas até ao montante de 80.000,00 € pela totalidade dos danos (patrimoniais – 209.792,34 € – e não patrimoniais – 160.000,00 €), respondendo exclusivamente o Réu SBSI pelo remanescente (289.792,34 €). O recurso improcede em tudo o mais, confirmando-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, ainda que, ao menos parcialmente, com diferente fundamentação. Note-se também que, ainda que algumas despesas houvessem sido efetuadas pelo Autor BB entre a cirurgia e a alta hospitalar da Autora AA, elas teriam sido frustradas também pela conduta da Ré médica CC que, por isso, por elas também deveria responder.

CASO 9

APRESENTANTE: NUNO PINTO OLIVEIRA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 359/10.1TVLSB. L1.S1, de 2 de dezembro de 2020.

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; responsabilidade contratual; prazo de prescrição; prova da culpa; ato médico; ónus da prova; dever de informação; consentimento informado; obrigação de meios e de resultado; legis artis; teoria da causalidade adequada; danos não patrimoniais; cálculo da indemnização.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Em 1994, a autora contactou o réu BB, especialista em cirurgia plástica, e realizou diversas intervenções cirúrgicas no abdómen (abdominoplastia), nariz (rinoplastia) e face (ritidectomia cervico-facial) para reduzir as rugas, através da infiltração de um produto chamado *Artecoll*;
- ii) O réu não informou a autora sobre as características da substância ou dos riscos inerentes ou mesmo do nome do produto.
- iii) Em dezembro de 2002, a autora contactou a ré Corporación Dermoestética e o médico CC. Efetuou um tratamento dermoepidérmico denominado peeling com a aplicação do produto designado comercialmente *Amenan*;
- iv) Depois destas intervenções, a autora sofreu complicações. Foi sujeita a internamentos, medicação e outras intervenções cirúrgicas para eliminação dos problemas detetados. A autora apresentava um grave episódio de celulite pan-facial, tendo então iniciado cobertura antibiótica e corticoterapia. Teve inclusivamente problemas respiratórios.
- v) O primeiro medicamento utilizado, *Artecoll* não é suscetível de ser absorvido pelo organismo humano, funcionando como uma prótese.
- vi) O medicamento *Amelan* foi retirado do mercado a 16 de novembro de 2004, por conter hidroquinona, substância que pode provocar irritação, hiperpigmentação, ocronosia e leucodermia, riscos de que os terceiro e quatro réus não informaram a autora.
- vii) Em consequência, a autora ficou desfigurada.
- viii) O quantum doloris suportado pela autora em virtude dos padecimentos decorrentes da infeção que a atingiu a partir de março de 2003 descritos nos pontos 40. a 51. atingiu o grau 6 numa escala de 7.
- ix) O dano estético decorrente das sequelas advindas da infeção e respetivo tratamento corresponde ao grau 7 numa escala de 7.
- x) O prejuízo de afirmação pessoal da autora corresponde ao grau 7 numa escala de 7.
- xi) Entre o 1º Réu e a chamada, com início em 01.05.1992, alterado com efeitos a 01.01.2005, foi celebrado um contrato de seguro do ramo Responsabilidade Civil, visando transferir a responsabilidade civil profissional decorrente da sua atividade médica, no âmbito “Cirurgia Plástica”, titulado pela apólice n.º xxxxxxxx32.
- xii) A partir de 01.01.2005 a ora chamada garantia a responsabilidade civil profissional em que pudesse incorrer o tomador de seguro em virtude da sua atividade médica até ao montante de € 300.000,00, uma vez que o capital da anuidade fica limitado, em cada sinistro, a 50% do respectivo valor, sendo aplicada a cada sinistro, relativamente a danos patrimoniais, uma franquia de 10% do valor reclamado, com um mínimo de € 125,00.
- xiii) Por referência a setembro de 1994, as garantias/capitais seguros eram os seguintes:

danos corporais até € 249.398,95; danos materiais até € 74.819,68; defesa e recurso até € 4.987,98, vigorando uma franquia, relativamente a danos materiais, com um mínimo de € 124,74.

2. O Direito

Estamos perante um caso de responsabilidade civil por ato médico, existindo ainda as questões atinentes ao ónus da prova do consentimento informado, da extensão do dever de informação e do nexo de causalidade.

Foram efetuadas diversas cirurgias plásticas e aplicados dois produtos que, apensar de serem divulgados como inofensivos, vieram a provocar danos à autora. Como o *Artecoll* funciona como uma prótese, não sendo absorvido, a realização de um tratamento mais agressivo naquela zona deveria ter sido executado sob cobertura antibiótica, o que não se verificou. A autora invoca não ter sido informada pelo médico sobre estas características do produto e os riscos de infeção.

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem concebido a responsabilidade civil médica como uma responsabilidade contratual, por força do princípio da autonomia privada e por deste modo se assegurar uma maior proteção aos lesados, nomeadamente em relação ao prazo mais longo de prescrição (artigo 309.º do Código Civil) e ao ónus da prova da culpa (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil). Apesar de o lesado gozar, quer da tutela contratual, quer da tutela que deriva da responsabilidade extracontratual, por estar em causa a violação de direitos fundamentais de personalidade (a integridade moral e pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade, a saúde, a integridade física e psíquica), pode o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável. Como tem sido reco-

nhecido na jurisprudência, «Nas cirurgias estéticas, que se destinam a corrigir um determinado defeito físico ou a melhorar a aparência ou a imagem de uma pessoa, a dimensão do resultado assume maior relevo nas obrigações contratuais dos médicos do que nas cirurgias curativas ou assistenciais, típicas obrigações de meios, sendo também densificados os requisitos de manifestação da vontade dos pacientes e os deveres de esclarecimento dos médicos (Acórdão do Supremo Tribunal, de 02-06-2016, Revista n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1 – 1.ª Secção).

No que concerne às legis artis, o acórdão recorrido considerou não ter ficado provado qualquer cumprimento defeituoso das mesmas pelo médico. Com efeito, segundo os factos provados, a autora foi sujeita a uma avaliação prévia e completa de toda a estrutura facial e nasal e a exames prévios, bem como foi realizado um estudo fotográfico da face (factos provados n.ºs 6 e 7). O médico é experiente (facto provado n.º 31) e realizou os testes prévios à operação. No que respeita ao dever de informação, o acórdão recorrido, em virtude de o produto ser comercializado junto dos cirurgiões como inofensivo e de à data não existirem estudos estatísticos sobre a sua ocorrência, decidiu onerar a paciente com uma parte do ónus da prova, exigindo-lhe a demonstração do carácter significativo dos riscos não informados (dos quais resultaram os danos), bem como que esses riscos eram conhecidos, previsíveis e razoáveis à data da aplicação do produto. De acordo com a realidade da vida, constata-se a existência de uma relação de dependência do paciente em relação ao médico, e a lei tutela a posição do paciente que, por não ser portador de conhecimentos médicos e científicos na área, confia – e deve poder confiar – que o médico lhe transmite toda a informação necessária para tomar uma decisão esclarecida. Aliás, o conhecimento

sobre a gravidade dos riscos e o seu carácter significativo constitui um elemento que é dominado e controlado pelo especialista, que se presume dominar as *leges artis* e o estágio da ciência, devendo, portanto, ser ele a demonstrar que, ou forneceu a informação completa à paciente, ou que não a forneceu porque não existia à data qualquer conhecimento médico e farmacêutico sobre os riscos agravados de infeção que vieram a verificar-se, sendo imprevisível a ocorrência das infeções sucessivas verificadas na paciente. A circunstância de o medicamento ser amplamente divulgado em Portugal à data, não retira ao médico o dever de conhecer as suas características e contra-indicações, nem o dispensa de fazer essa investigação, pois só ele, e não a paciente, tem conhecimentos e meios para tal. Julgamos, portanto, que a transferência parcial do ónus da prova do médico para a paciente, efetuada pelo acórdão recorrido, não é ajustada à diversidade de conhecimentos e domínio da informação entre médico e paciente.

Por sua vez, o direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do princípio da autonomia. O dever de obter um consentimento informado é para os médicos uma exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) e pelos seus direitos fundamentais à integridade pessoal, na tríplice dimensão física, psíquica e moral, e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 25.º e 26.º, n.º 1, da CRP). Ao nível do direito civil o direito ao consentimento informado está abrangido pela tutela geral de personalidade consagrada no artigo 70.º n.º 1, do Código Civil. Na cirurgia estética, em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial, não há motivos para flexibilizar, diminuir ou relativizar de alguma maneira o dever de informação, pois esta cirurgia apresenta-se como uma obrigação de resultado (ou

quase resultado), é desprovida de necessidade terapêutica ou de qualquer tipo de urgência na sua realização. Assim, deve ser mais intensa, ampla e rigorosa a informação prestada nestas intervenções, enquanto cirurgia voluntária, em que se integra a rinoplastia e a mamoplastia. A doutrina tem exigido que a gravidade de um risco, ainda que este não seja frequente, tem de ser comunicada ao paciente, e tem definido alguns critérios para fundamentar este dever de informação, no sentido em que quanto mais perigosa for a intervenção, mais ampla deve ser a informação a prestar e quanto mais recente o procedimento, maior o rigor e o pormenor da informação exigível.

Em consequência, procedendo a uma ponderação valorativa de todos os elementos e critérios atrás expostos, num pano de fundo legal e jurisdicional de proteção crescente da autodeterminação dos pacientes, não podemos deixar de entender que o médico incumpriu o seu dever de informação. Cobia-lhe, para fazer recair sobre a paciente as consequências da operação estética, demonstrar o carácter não significativo e imprevisível dos riscos de inserir um produto no rosto da paciente, que funciona como uma prótese, prova que não logrou fazer. Assim, é sobre ele que recai a consequência da falta de prova, e não sobre a paciente. O ónus da prova funciona como uma regra de decisão, na medida em que é suscetível de influir no conteúdo da decisão do tribunal que aprecia as provas produzidas. A parte a quem compete o encargo de fornecer a prova do facto visado incorre nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, se omitiu ou não conseguiu realizar essa prova; ou, sofre, em todo o caso, tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto. No caso em apreço, a informação que devia ter sido, e não foi, prestada ao paciente era

uma informação orientada para um comportamento determinado do paciente. Excluída a violação dos deveres de informação para um comportamento determinado, em que a prova da causalidade será mais fácil, deverá atender-se sobretudo ao esclarecimento ou à informação para a autodeterminação. O médico violou deveres de esclarecimento e de informação do paciente sobre os riscos de uma intervenção no domínio da saúde, o paciente consentiu na intervenção, sobre cujos riscos o médico não o tinha esclarecido ou informado, e a intervenção foi conforme com as leis da arte e da ciência médicas – com os padrões ou standards de cuidado exigível ao médico, de acordo com o seu círculo económico e social.

O problema está em que as intervenções conformes às leis de arte e da ciência médicas têm riscos, sobre os quais o médico devia esclarecer ou informar o paciente, e em que os riscos de uma intervenção conforme com as leis da arte e da ciência médicas, sobre os quais o médico não tinha esclarecido ou informado o paciente, se concretizaram.

O facto de o paciente ter consentido na intervenção pode ser relevante ou irrelevante. Os princípios e as regras gerais determinam que facto de o paciente ter consentido se torne irrelevante, e que o facto de o paciente ter consentido só se torne irrelevante, como causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude desde que o consentimento tenha sido determinado pela violação de deveres de esclarecimento ou de informação. Resumidamente, o consentimento viciado por falta de informação adequada equivale a uma intervenção sem consentimento, que torna a intervenção médica arbitrária, traduzindo-se tecnicamente numa ofensa corporal. Sendo o consentimento informado uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude de uma lesão à integridade física, a sua ausência cons-

titui um facto impeditivo do direito da autora, cuja demonstração no processo cabe, nos termos do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil, ao médico. Assim, não tendo o médico provado o consentimento informado (justificante), não foi validamente consentida a aplicação do medicamento “Articoll” – designadamente porque a Autora não foi devida e adequadamente informada e esclarecida sobre os respetivos riscos. A cirurgia estética assim realizada constitui uma ofensa ao direito à integridade física/psíquica da autora, por falta de justificação, conforme resulta dos artigos 70.º, n.º 1, 81.º e 340.º, todos do Código Civil. O médico responde pelos danos causados, desde que atue com culpa, a qual se presume, nos termos do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil. Mesmo em caso de culpa leve, o médico responde pela totalidade dos danos, não beneficiando da aplicação do artigo 494.º do Código Civil como entende a doutrina.

Referindo a existência de nexo de causalidade entre a aplicação do *Articoll* e os danos que se produziram na autora, confirma-se a existência do mesmo. No que toca ao nexo de causalidade entre a deficiência da informação e a decisão da paciente, podemos concluir que se esta tivesse sido devidamente informada não teria consentido na intervenção estética feita nestas condições. Aplica-se, assim, a presunção de comportamento conforme à informação, a qual está amplamente fundamentada na matéria de facto provada, quer numa perspetiva subjetiva, tendo em conta as qualidades pessoais da paciente, quer numa perspetiva objetiva em relação ao paciente abstrato e razoável.

3. A Decisão

Pelo exposto, a revista foi parcialmente concedida. O 1º réu, BB, e a interveniente principal seguradora foram condenadas a pagar as seguintes indemnizações:

- Indemnização por danos não patrimoniais no valor de 150.000 euros, com juros de mora a partir desta decisão e até efetivo e integral pagamento;
- Indemnização por danos patrimoniais, nos termos do artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil), a liquidar em execução de sentença, acrescidos de juros de mora a partir da citação e até efetivo e integral pagamento.
- Indemnização por danos patrimoniais futuros (artigo 564.º, n.º 2, e 569.º, n.º1, ambos do Código Civil), a liquidar em execução de sentença.

CASO 10

APRESENTADO PELO DR. PEDRO MATOS – JUIZ DE DIREITO DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE COIMBRA

A. Identificação da decisão: Processo n.º102/16.1BECBR

B. Palavras-chave: consentimento informado; violação das legis artis; responsabilidade médica.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- Quando tinha 6 meses de idade, a autora foi referenciada à consulta de cirurgia pediátrica por padecer de uma hemangioma da face mucosa da comissura labial esquerda, na altura com 1.5cm de diâmetro.
- A 5 de fevereiro de 2003, realizou uma ressonância magnética nos Hospitais da Universidade de Coimbra, onde se verificou a existência de um hemangioma de maiores dimensões.
- A 8 de abril de 2013, a autora foi submetida,

no mesmo hospital, a uma angiografia cervicocerebral, que confirmou a presença de uma hemangioma na hemiface esquerda, seguida de cauterização supra seletiva das artérias de alimentação, através da embolização dos ramos profundos provenientes da artéria maxilar interna com partículas de 3000-500Um, sem embolia dos ramos mais superficiais. A autora teve alta no dia seguinte.

- A realização do procedimento acima mencionado foi antecedida da prestação de consentimento escrito da autora para tratamento médico ou cirúrgico. Entre os riscos comunicados não se encontrava a perda da língua.
- A 10/07/2013, a autora teve consulta nos serviços de cirurgia plástica daqueles hospitais, queixando-se de sentir um inchaço na face, em virtude de o seu trabalho implicar baixar frequentemente a cabeça.
- Depois da observação nesta consulta e perante as queixas da autora, o médico responsável pela cirurgia sugeriu-lhe a realização de nova embolização com microesferas, que importaria um internamento de um a dois dias. Nesta consulta, não foi informada de quaisquer riscos associados à intervenção a realizar.
- A 03/10/2013 a autora deu entrada nos serviços de Cirurgia Plástica e Queimados (Maxilo-Facial) do CHUC, réu, para realizar uma angiografia de intervenção no serviço de imagiologia.
- Depois de analisar a angiografia realizada a 08/08/2013 e a ressonância magnética já mencionada, decidiu-se intervir sobre a artéria nutritiva do lábio inferior que era um ramo da artéria lingual, a artéria sublingual esquerda, e um ramo da artéria facial, a artéria labial inferior.

- ix) Durante o procedimento, as microesferas injetadas refluíram para a artéria lingual esquerda da autora, causando a palidez da língua desta, tendo o clínico que realizava a intervenção interrompido a mesma, removido o cateter e não injetou mais qualquer quantidade de partículas nas artérias da autora. Tinha ocorrido uma diminuição da vascularização distal da artéria lingual esquerda da autora.
- x) O refluxo ocorreu em consequência de a quantidade de microesferas injetadas ser superior à capacidade da artéria sublingual, que é pequena e fina.
- xi) Em nenhum momento antes da intervenção de 4 de outubro de 2013 foi solicitado à autora que prestasse o seu consentimento verbal ou escrito para tal intervenção.
- xii) Ainda quando a autora se encontrava no bloco operatório, a sua língua já apresentava uma tonalidade esbranquiçada, sendo que a mesma já não conseguia sentir nem movimentar, mas sentindo dor na mesma. Ao questionar os membros da equipa de enfermagem acerca do assunto, estes referiram que era normal e passaria em 24h.
- xiii) Nesse mesmo dia 4 de outubro de 2013, a autora regressou à enfermaria de internamento no serviço da cirurgia plástica e queimados, e ao longo dos dias 4, 5 e 6 desse mês, a sua língua encontrava-se dormente e progressivamente mais branca.
- xiv) Ao dar conta ao pessoal das dores e mal estar na língua, foi medicada para a dor. Foi ainda informada de que teria de aguardar 48h para que a situação normalizasse e que os sintomas faziam parte da recuperação.
- xv) No dia 5 de outubro de 2013 a autora solicitou que alguém da equipa médica responsável pela intervenção a fosse observar e prestar informações acerca das dores que ainda sentia.
- xvi) Entre o dia 4 e o dia 6 de outubro de 2013, nenhum elemento da equipa médica visitou a autora.
- xvii) Também o marido da autora procurou obter informações e, numa das conversas entre este e um elemento do corpo clínico foi-lhe transmitido que a língua não tinha capacidade de recuperar e que a autora corria o risco de ficar muda. Algumas conversas da família da autora com os médicos não lhe eram transmitidas para não a preocupar.
- xviii) A 6 de outubro de 2013, a autora mantinha as queixas em relação à língua, que se encontrava ainda pálida.
- xix) Depois de observada, foi indicado pelo médico de cirurgia vascular a realização de enoxaparina e no dia 7 de outubro de 2013 a autora foi sujeita a nova intervenção com injeção de 5000 unidades de heparina seletivamente na artéria lingual direita, sendo efetuadas lavagens com soro heparinizado em ambas as linguais. Tinha o objetivo de promover uma maior irrigação vascular da língua que não tinha sido afetada pela embolização. A embolização de uma artéria é definitiva, não sendo possível a sua reversão.
- xx) De 8 a 11 de outubro de 2013, a autora continuou a sofrer dores persistentes e significativas, a sua língua continuava inerte, sem capacidade de controlo ou movimentos e/ou engolir.
- xxi) A parte superior da língua da autora passou a apresentar uma coloração amarelada, com alguns tecidos em necrose e cheiro fétido.
- xxii) A 17 de outubro de 2013 foi retirada parte da língua necrosada.

- xxiii) A autora estava deprimida, enfraquecida, ansiosa e a sentir-se diminuída, razão pela qual a equipa medica decidiu dar-lhe alta durante o fim de semana de 19 e 20 de outubro de 2013 para esta ir a casa.
- xxiv) No dia 20 foi novamente internada e a equipa médica decidiu retirar, nos dias 21 e 22, as partes necrosadas/desvitalizadas.
- xxv) A 30 de outubro de 2013, a autora foi encaminhada para uma consulta de psicologia, bem como de terapia da fala, também no CHUC. Na consulta de terapia da fala foi comunicado à autora que havia perdido 20% da língua
- xxvi) A 31 de outubro foi dada alta à autora, sendo indicados os cuidados de higiene oral a ter, bem como orientação para consulta de terapia da fala no Hospital de Leiria. Realizou aqui 6 sessões de terapia.
- xxvii) Teve ainda consulta de psiquiatria no CHUC, onde se elaborou um relatório de que aquela tinha “(...) personalidade ajustada, com estratégias de resolução de problemas adequadas (...) revolta... marcada tristeza e choro fácil (...)”.
- xxviii) A 22/11/2013 foi à consulta de cirurgia plástica. Verificou-se que, em resultado da intervenção de 04/10/2013, a mesma havia perdido a extremidade anterior da língua, numa proporção de aproximadamente 1/3 da porção bucal da língua.
- xxix) Em consequência da intervenção, deixou de conseguir comunicar verbalmente de forma inteiramente perceptível para os seus ouvintes, como o fazia antes daquela intervenção, havendo mesmo palavras que são imperceptíveis
- xxx) São diversas as despesas da autora com deslocações para o hospital, bem como em medicamentos e produtos de higienização.
- xxxi) O Défice Funcional Temporário Total da autora, na sequência das lesões originadas pela intervenção de 4/10/2013, é fixável num período de 28 dias.
- xxxii) O Défice Funcional Temporário Parcial da autora, na sequência das lesões originadas pela intervenção de 4/10/2013, é fixável num período de 134 dias, entre 1/11/2013 e 14/03/2014.
- xxxiii) A Repercussão Temporária na Atividade Profissional Total da autora, na sequência das lesões originadas pela intervenção de 4/10/2013, é fixável num período de 60 dias, entre 4/10/2013 e 2/12/2013.
- xxxiv) A Repercussão Temporária na Atividade Profissional Parcial da autora, na sequência das lesões originadas pela intervenção de 4/10/2013, é fixável num período total de 102 dias, entre 3/12/2013 e 14/03/2014.
- xxxv) Entre a data do evento e a consolidação das lesões o sofrimento físico e psíquico vivenciado pela autora é fixável no grau 6 numa escala de 7 graus de gravidade
- xxxvi) A amputação do terço proximal da língua importa um défice funcional permanente da integridade físico-psíquica da autora de 15 pontos em 100.
- xxxvii) As sequelas apresentadas pela autora mostram-se compatíveis com o exercício da sua atividade profissional habitual, implicando esforços suplementares, na medida em que tem de fazer um acrescido na comunicação com as suas clientes.
- xxxviii) O dano estético permanente sofrido pela autora é fixável no grau 5, numa escala de sete graus de gravidade.
- xxxix) A repercussão permanente nas atividades desportivas e de lazer da lesão sofrida pela

autora na sua língua, é fixável no grau 3 numa escala de sete graus de gravidade.

- xl) A repercussão permanente na atividade sexual da lesão sofrida pela autora, é fixável no grau 4.
- xli) À 4 de outubro de 2013 a autora tinha 26 anos. À data da intervenção a autora era uma pessoa saudável, tranquila e alegre, tendo-se tornado numa pessoa triste e muito temerosa.

2. O Direito

A responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra o seu fundamento primeiro no artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa. Dispõe o referido artigo que: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias”. Estabeleceu assim o legislador um princípio de responsabilização do Estado pelos danos sofridos pelos particulares em função de atos ou omissões, ilícitos e culposos, praticados pelos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas no exercício de funções públicas, e por causa desse exercício, violadores de direitos, liberdades e garantias ou interesses juridicamente tutelados, daí derivando um direito fundamental a ser indemnizado. Encontram-se compreendidas no âmbito do referido artigo as atuações administrativas, bem como as atuações político-legislativas e jurisdicionais. Ao instituir um instituto com finalidade indemnizatória-ressarcitória, visa a norma constitucional funcionar como uma garantia de defesa dos cidadãos das atuações do Estado que

igualmente não se mostrem consentâneas com os princípios do Estado de Direito (artigos 1.º e 2.º da CRP), da legalidade (artigo 4.º da CRP), e da igualdade (artigo 13.º da CRP) a que o Estado se mostra obrigado, daí derivando um direito fundamental de ser indemnizado.

A concretização do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas encontra-se prevista no regime estatuído pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, quando em causa estejam “danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa”, sendo que, conforme aí se estipula, “correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

A responsabilidade consagrada no artigo 483.º n.º1 do CC pressupõe a verificação cumulativa de cinco pressupostos, para que haja a obrigação de indemnizar:

- ação ou omissão,
- ilícita,
- culposa,
- provocadora de danos,
- resultantes daquela (nexo de causalidade).

Exige-se, pois que se esteja perante a verificação de um facto voluntário, o qual tanto pode consistir numa atuação ou omissão (cfr. 486º CC). A atuação ou facto positivo corresponderá, por regra, ao cumprimento de um dever geral de abstenção face a um direito ou interesse alheio, sendo que a omissão tanto pode revestir a modalidade de pura inatividade (responsabilidade in committing) como na falta de ação devida (responsabilidade in vigilando). Porém, conforme decorre da redação do artigo 486.º do CC (as simples omissões dão

lugar à obrigação de reparar danos, quando independentemente, dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido), para que as omissões possam dar origem ao dever de indemnizar é necessário que exista a obrigação, legal ou contratual, de praticar o ato. Tal facto tem que ser ilícito, ilicitude esta expressamente prevista no artigo 9.º da Lei 67/2007, o qual estabelece no seu n.º1 que são “ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem as disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.”.

No que concerne ao consentimento que a autora refere não ter dado, este terá de ser livre e esclarecido, conforme resulta, desde logo, do artigo 5.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Subjacente à prestação do consentimento está assim a ideia de proteção da autonomia do paciente, pelo que, a salvaguarda desta pressupõe o conhecimento pelo mesmo dos riscos que enfrenta com a realização do procedimento em causa.

Considerando a sequência temporal das intervenções, o objeto das mesmas, a técnica utilizada (embolização), e razão de ser da sujeição da autora a nova sessão em 4/10/2013 (a falta de resultados com o procedimento de 8/04/2013), conclui o Tribunal que o consentimento prestado em abril de 2013 abrangerá igualmente a intervenção de outubro daquele ano. Neste caso concreto, a autora não prestou um consentimento em relação à segunda intervenção. Discute-se se é uma nova intervenção que carecia de novo consentimento ou uma conti-

nuação da primeira intervenção, que o dispensava. O tribunal considerou que era só uma intervenção, mas realizada em diferentes sessões. Tal seria assim se em cada sessão não se verificasse um novo risco que não houvesse sido inicialmente comunicado. O tribunal verifica que há um novo risco que à partida devia ter sido comunicado

Analisando a prova produzida, da se uma nova conclusão- prova.se que o concreto risco era altamente improvável de se verificar, e não havia ainda qualquer exemplo anterior na literatura médica de tal coisa. Neste sentido, o tribunal percebe que so se deviam comunicar os acontecimentos que não fossem raros. Improcedeu a pretensão da autora nesta parte.

O caso em apreço apresenta semelhanças com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, (Processo 7053/12.7TBVNG). Aqui não estava em causa uma só intervenção, mas várias intervenções autónomas entre si e as quais a autora havia sido sujeita – neste caso uma colonoscopia. A mesma já havia sido submetida a colonoscopias durante diversos anos, tendo em todas elas sido esclarecida e prestado o seu consentimento, sabendo nomeadamente dos riscos de perfuração do cólon. Neste último exame, não obstante a autora ter assinado um documento onde declarava ser informada de todos os riscos e concordar na realização do exame, foi considerado que não era suficiente um consentimento genérico. O tribunal considerou que este risco, embora não tendo sido informado nesta intervenção, tinha já sido comunicado em intervenções idênticas e esta sabia. O STJ entendeu que estes esclarecimentos tinham de ter sido sempre prestados na última intervenção, não podendo aproveitar os esclarecimentos anteriores, uma vez que a intensidade dos riscos vai variando, conforme a idade e pelo facto de no ano anterior

lhe ter sido diagnosticado um tumor maligno no colon, o que aumentava a sua fragilidade. Entendeu-se que, embora a senhora fosse conhecedora dos riscos, a situação em concreto acarretava riscos superiores e a mesma devia ter sido informada. O consentimento não foi, portanto, validamente prestado, e a pretensão da autora procedeu.

Quer tratando-se de uma única intervenção, mesmo que dividida em diferentes fases, ou sendo consideradas autónomas entre si, o risco tem de ser sempre analisado em relação à intervenção a realizar, dependendo sempre desta transmissão de conhecimento, o que vai dar a perceber se se trata ou não de um consentimento livre e informado.

No que concerne à alegada violação das legis artis do processo em epígrafe, cumpre sublinhar que a ilicitude derivada de ações ou omissões no âmbito dos cuidados de saúde, reporta-se aos meios, e não ao resultado, exigindo-se nesta sede não apenas a ofensa dos direitos de terceiros, ou das disposições destinadas à proteção dos seus. No caso em apreço, impunha-se, pois, um especial dever de cuidado na injeção das microesferas, conforme pressupunham as boas práticas, que deveria ter sido efetuada em quantidades muito reduzidas, e de forma progressiva, não se verificando *in casu*, como resulta da injeção de uma quantidade inicial de microesferas superior à capacidade da artéria. Daqui resulta que o clínico responsável pela intervenção, ao não ministrar de forma inicial uma quantidade reduzida de microesferas que permitisse continuar a ministrar as mesmas pouco a pouco, violou o dever de cuidado, por não adequar a sua conduta ao que lhe exigiam as legis artis daquele procedimento. Configura assim esta uma conduta ilícita.

3. A Decisão

Tratando-se de riscos raros acerca dos quais ainda não existia literatura médica e científica firmada (sendo que o caso foi objeto de estudo posterior e diversos artigos foram redigidos acerca do mesmo), o tribunal considerou que se tratava de uma única intervenção, realizada em diversas fases, para as quais não era necessário prestar um consentimento individual e autónomo em relação a cada um destes. A pretensão da autora improcedeu neste ponto.

CASO 11

APRESENTANTE: ALEXANDRA GOMES

A. Identificação da decisão: Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Processo nº 612/17.3T8M-TA, ação de processo comum 393761004. Data de 27/01/2020.

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; legis artis; negligência;

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos:

- i) A autora intentou a presente ação declarativa, sob a forma de processo comum, contra os réus B, médico dentista e C, Clínica Dentária.
- ii) Peticiona a condenação solidária dos réus no pagamento de uma indemnização, depois de ter realizado uma intervenção de colocação de implantes dentários.
- iii) Foram colocados implantes na arcada superior e inferior da boca da autora, tendo um dos dentes da arcada inferior começado a soltar-se, com risco de ser engolido.
- iv) A autora invoca que na colocação da arcada superior, o 1º réu agiu em desconformidade com as *legis artis*, tendo colocado 4 dentes

- quando o protocolo exigia que se colocassem mais.
- v) Em consequência e não obstante vários outros procedimentos efetuados posteriormente, a autora alega ter passado a sofrer de dores e sangramento das gengivas, deixando de comer alimentos sólidos e sentindo-se deprimida.
- vi) O 1º réu é o único sócio-gerente da 2º ré, trabalhando para esta enquanto médico dentista, sendo o único nessa função.
- vii) Por contrato de seguro, os réus transferiram para a interveniente (seguradora) na qualidade de ré a sua responsabilidade civil profissional. Esta responsabilidade havia sido transferida, através de contrato válido, para a seguradora.
- viii) A 23/09/2015, a autora dirigiu-se à sede da 2ª ré para ter uma consulta de estomatologia com o 1º réu, para pedir um orçamento de colocação de implantes dentários. Até à data tinha próteses dentárias removíveis, com as quais estava descontente.
- ix) O 1º réu atendeu a Autora, observou-a, tirou as radiografias e concluiu que havia massa óssea bastante para fazer os referidos implantes.
- x) O orçamento apresentado era de 6000€, tendo sido informada de que este dizia respeito a colocação de uma ponte metaloacrílica e dentes de pior qualidade. Apresentou outros orçamentos mais elevados mas esta optou pelo orçamento de 6000€.
- xi) Antes da colocação, a autora foi medicada com antibióticos e anti-inflamatórios.
- xii) O 1º réu procedeu à colocação das pontes e de alguns implantes. Informou ainda a autora que o protésico se tinha enganado e tinha feito um trabalho de qualidade superior à do orçamento feito e entregue à Autora: ponte para a arcada maxilar inferior em metalocerâmica em vez de metaloacrílica. A autora aceitou esta colocação.
- xiii) Em 01/02/2016, o 1.º Réu retirou a ponte metaloacrílica superior e em 03/02/2016, o 1.º Réu recolocou a ponte metaloacrílica superior.
- xiv) Em 30/08/2016, a Autora apresentava pequena hipertrofia gengival, que contribuía para que os alimentos ficassem debaixo da ponte, inflamação e sangramento.
- xv) O 1.º Réu fez gengivectomia, seguida de aplicação de compósito gengival, para dar contorno à estrutura na região.
- xvii) O 1.º Réu advertiu a Autora que deveria utilizar um aparelho Waterpic para a higienização da boca, sendo que a Autora recusou a aquisição e utilização do aparelho Waterpic.
- xix) Em 26/09/2016, a Autora apresentava gengivite no mesmo local que em 30/08/2016.
- xxi) O 1.º Réu, em conjunto com o técnico do laboratório responsável, decidiu refazer a ponte metálica superior. A 04/10/2016 retirou a ponte metálica superior e a 11/10/2016 colocou a nova ponte. Seguiram-se ainda diversas intervenções, em virtude de diversas inflamações e problemas que a autora sofreu.
- xxii) O 1º réu voltou a advertir a autora para ter cuidados com a higienização a 05/01/2017. Posteriormente, a ponte superior foi retirada e pediram novos moldes.
- xxiii) A autora havia combinado com as amigas ir passar o período de Carnaval de 2017 a Tomar, mas por não ter dentes na arcada superior, não o fez.

- xxiv) Seguiu-se nova intervenção em março de 2017.
- xxv) Foram aconselhados alguns elixires e medicamentos, que a autora adquiriu.
- xxvi) Durante o tempo em que não tinha a ponte metálica superior, o réu recomendou à autora a utilização da prótese removível que esta tinha, o que a autora não fez.
- xxvii) Durante os períodos em que não teve dentes no maxilar superior, a autora sofreu dificuldades de mastigação e sentimento de vergonha.
- xxviii) As intervenções realizadas foram consentidas.

2. O Direito

Encontramos aqui uma ação de responsabilidade civil por ato médico, praticado pelo 2º réu na clínica da 1º ré. Cumpre perceber se estamos perante uma situação de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Tem-se entendido, recentemente, que a violação dos deveres de cuidados e obrigações a que o médico se encontra adstrito podem motivar responsabilidade contratual ou extracontratual, podendo até ser causa simultânea de ambas, restando saber se a aplicação do regime da responsabilidade extracontratual deverá ser supletiva em relação à responsabilidade contratual ou se o lesado pode optar pelo regime que considerar mais favorável para si.

No processo é considerado que, podendo ser aplicável o regime da responsabilidade contratual, o mesmo deverá ser aplicado primeiro, por a responsabilidade médica ter, em princípio, natureza contratual, podendo a responsabilidade extracontratual ser aplicado quando assim não acontecer.

No caso, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos, regulado pelas cláusulas

contratuais acordadas e pelas normas reguladoras do exercício da atividade médica, nomeadamente regulamentos deontológicos. Conforme resulta do artigo 5.º do Regulamento de Deontologia Médica da Ordem dos Médicos, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 139, de 21/07/2016, “o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga -se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. Tratando-se de uma atividade de médico dentista, terá aplicação o Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentistas. Assim, cumpre citar:

“1. Todo o médico dentista tem o dever de assegurar ao seu paciente a prestação dos melhores cuidados de saúde oral ao seu alcance, agindo com correção e delicadeza.

2. O médico dentista poderá ser responsabilizado pela prestação de atos médico-dentários manifestamente desadequados, bem como pela prestação manifestamente desadequada de atos médico-dentários, quando, dadas as circunstâncias concretas do caso, lhe era objetivamente exigível a atuação de forma distinta.”

Assim, relativamente à legitimidade substantiva, considerando-se a existência de uma situação de responsabilidade contratual, não é necessária a verificação da relação de dependência prevista no artigo 500.º do Código Civil, bastando a verificação de um vínculo contratual quer entre a clínica/hospital privado e o médico e/ou entre o médico e os seus auxiliares para que os primeiros respondam apenas com culpa dos últimos (cfr. artigo 800.º do Código Civil). No caso concreto, dos factos provados, resulta que a Autora celebrou um contrato de prestação de atos médicos com a 2.ª Ré, tendo esta última utilizado o 1.º Réu para efetivar a prestação

concreta dos atos contratados. Cumpre então determinar se a responsabilização da 2.^a Ré, ao abrigo do regime de responsabilidade contratual, excluiria a responsabilidade do 1.^o Réu perante a Autora, apenas relevante depois em sede de eventual direito de regresso entre ambos os Réus. Conclui-se que ambos os réus poderão ser solidariamente responsabilizados perante a autora, nos termos do já referido artigo 800^o do Código Civil, acrescido da eventual responsabilização da seguradora (interveniente principal na qualidade de ré). Perante a autora, lesada, quer o segurado (1^o e 2^o réus), quer a seguradora são solidariamente responsáveis, de acordo com o artigo 496^o do Código Civil.

Perante a alegação de prestação defeituosa do contrato celebrado, é necessário provar que o médico podia e devia ter atuado de modo diferente naquele caso concreto. Assim, releva saber se se trata de uma obrigação de meios e/ou de resultados. Releva saber se foi contratada a obtenção de um resultado objetivo e concreto ou apenas a prestação de uma atividade humana, naturalmente executada com a maior diligência possível, mas com resultado final incerto. No caso concreto está em causa um ato médico desprovido de finalidade terapêutica, tendo uma motivação pessoal e estética.

Por outro lado, haverá que distinguir entre os atos médicos praticados tendentes à preparação da boca da Autora para a colocação das próteses e a colocação, em si mesmas, das próteses. Relativamente aos primeiros atos, a prestação sempre teria um resultado final incerto, não estando na disponibilidade do 1.^o Réu controlar na íntegra todos os mecanismos biológicos da Autora que poderão levar a que o seu corpo reaja de uma ou de outra forma aos atos médicos praticados. No que respeita às próteses em si mesmas, já se considera que há uma prestação de um resultado objetivo e concreto: a

colocação de um objeto que deverá ser fabricado de forma a adaptar-se corretamente à anatomia das gengivas da Autora. Note-se que, havendo algum defeito nas próteses em si mesmas, não obstante as mesmas não terem sido fabricadas pelos Réus, como atrás referido, atendo o disposto no artigo 800.^o, n.^o 1, do Código de Processo Civil, a responsabilidade recairia sobre estes por a(s) empresa(s) fabricantes da(s) próteses(s) serem por si contratadas para esse efeito.

A Autora centrou a sua causa de pedir, primordialmente, na violação, por parte do 1.^o Réu, de uma alegada regra de legis artis, de que não deveriam ser colocados quatro implantes quando a ponte aparafusada tem doze dentes (artigo 43.^o da petição inicial). Note-se que, mesmo para quem defende, como é o nosso caso, que o regime-regra a aplicar deverá ser o da responsabilidade contratual, e, conseqüentemente, que se verifica uma presunção de culpa por parte do devedor/prestador dos serviços médicos (cfr. artigo 799.^o, n.^o 1, do Código Civil), tal não afasta o ónus de alegação e prova por parte do credor/paciente de que existe um defeito/desconformidade entre o que foi praticado e o que deveria ter sido, só dessa forma se assegurando o direito de defesa do devedor/prestador dos serviços de alegar e provar que o defeito/desconformidade não adveio de culpa sua. Assim, o que estava em causa e os factos perante os quais os Réus (e a Interveniante Principal na qualidade de ré) poderiam e deveriam exercer a sua defesa eram relativos a uma obrigação de um resultado objetivo e concreto, ou seja, a uma planificação errada do número de implantes a colocar face ao tamanho da prótese, o que teria causado uma “desadaptação” da prótese do maxilar superior à anatomia da boca da Autora. Neste ponto, e em suma, não existe qualquer nexó causal entre quaisquer danos morais e

estéticos, decorrentes da ausência de dentes, e os factos praticados pelo 1º réu. No que toca à colocação da prótese antes do Carnaval, a autora não conseguiu provar qualquer vínculo/cláusula contratual que o estipulasse. Além disso, a não comparência no Carnaval não consubstancia uma perda patrimonial merecedora de indemnização.

Por fim, releva mencionar que o contrato é bilateral, resultando para ambas as partes deveres e obrigações, sendo que a autora não respeitou/seguiu o aconselhamento médico em relação à higienização e ao uso da prótese amovível enquanto não colocava a prótese fixa.

3. A Decisão

A ação é julgada totalmente improcedente, sendo absolvidos os réus e a interveniente principal (seguradora) dos pedidos formulados pela autora. As custas processuais ficaram a cargo da mesma.

CASO 12

APRESENTANTE: MARCOS COLTRI

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.698.726 – RJ (2017/0046633-7), de 1 de junho de 2021.

B. Palavras-chave: ação de indemnização; danos morais; pensionamento; responsabilidade civil do médico; culpa; negligência; nexos de causalidade; prontuário médico; dever de cuidado; teoria da causalidade adequada.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Ação indemnizatória promovida pela ora recorrida I.L.S. dos S., menor impúbere, em desfavor da Policlínica Resende Serviços Médicos e os médicos Carlos Alberto da Fonseca (ginecologista e obstetra) e Raúl Rozo (pediatra).
- ii) Pretende a reparação por danos que suportou em consequência de erro médico cometido na realização do seu parto.
- iii) A autora indica que, no dia 22/07/2007, a sua progenitora entrou em trabalho de parto e procurou o hospital do réu logo pela manhã. Apesar de a gestante ter feito o acompanhamento da gravidez com uma outra médica, foi examinada e assistida pelo segundo e terceiro réus.
- iv) Alega que, em virtude da demora e falta de diligência no acompanhamento, o seu nascimento foi feito com sofrimento fetal, como falta de oxigenação, asfixia perinatal e aspiração do mecônio, em virtude de os profissionais de saúde terem erradamente optado por um parto natural em vez de uma cesariana.
- v) Em consequência do alegado erro, a autora ficou internada na unidade de terapia intensiva neonatal por 47 dias, tendo sequelas neurológicas graves e irreversíveis ao nível da marcha, postura, cognição, deglutição e mastigação.
- vi) Pede então uma indemnização por danos morais e um valor correspondente ao pensionamento vitalício até à data em que completaria os seus 65 anos.

2. O Direito

São aqui convocadas diversas normas de direito. Em primeiro lugar, normas de direito do consumidor deste ordenamento jurídico, conclui-se que não ocorreu violação do artigo 14º, inciso 4 do Código de Defesa do Consumidor, visto não ter ficado demonstrada a culpa do profissional liberal (médico), que não pode ser responsabilizado de forma objetiva, como prevê a norma acima mencionada. Por outro lado, é ainda invocado o artigo 951 do Código Civil, por estar ausente o nexo de causalidade, uma vez que a conduta atribuída ao agora recorrente (a violação do dever de registrar a informação médica) não tinha relação com o resultado atingido (as graves sequelas neurológicas). Ora, após as provas recolhidas, reconheceram a responsabilidade subjetiva da recorrente, diante do comportamento omissivo, existindo mesmo um erro na conduta do réu – falha esta corroborada pelo preito do juízo, que afirma ter havido falhas no atendimento da paciente pelo médico réu, que atuou com negligência/imperícia. É ainda importante referir que a folha de registro clínico da parturiente registou apenas a entrada desta e nenhuma outra anotação até à hora do parto. Assim, falham indicações médicas/clinicas que possam elucidar acerca da necessidade ou não de cesariana para a parturiente. A falha deste relatório consubstancia uma conduta omissiva do segundo réu.

Neste contexto, importa sublinhar que existe uma obrigação do hospital em responder qualitativamente pelos profissionais que seleciona para trabalhar nas suas instalações; contudo, o reconhecimento desta responsabilidade solidária não transforma a obrigação de meios do médico em obrigação de resultados, visto que a responsabilidade do hospital só existe se e quando é comprovada a culpa do médico, conforme a teoria da responsabilidade

de subjetiva dos profissionais liberais, ao abrigo do Código da Defesa do Consumidor. Tratando-se de uma prestação de serviços médicos, o ajuste contratual, vínculo estabelecido entre médico e paciente, refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No recurso especial em apreço releva ainda aferir se o acórdão recorrido deliberou adequadamente acerca da existência de nexo de causalidade entre a conduta do médico recorrente e o resultado danoso sofrido pela recorrida, Autora. Neste ponto, o recorrente alega uma violação do já mencionado artigo 951º do Código Civil Brasileiro, por entender haver uma ausência do nexo de causalidade, uma vez que a conduta a ele atribuída (violação do dever profissional de preenchimento e registro dos procedimentos no prontuário médico) não estabelece ligação com o resultado a que se chega (sequelas neurológicas graves no bebé recém nascido). Aqui, recorrente trabalha com a interpretação de que a falta de preenchimento adequado do prontuário médico não teria relação causal naturalística (típica das ciências naturais) com o resultado danoso sofrido pela recorrida (sequelas neurológicas graves e irreversíveis), postulado expressado pela teoria da equivalência dos antecedentes (ou das condições) ou da *conditio sine qua non*. Contudo, não tem razão neste ponto. O nexo de causalidade, como pressuposto da responsabilidade civil, é regularmente aferido, no plano jurídico-normativo, segundo a teoria da causalidade adequada, em que a ocorrência de determinado fato torna provável

a ocorrência do resultado. Ademais, nos casos de condutas omissivas, a causalidade deve ser aferida normativamente, a partir do dever jurídico do agente de evitar o resultado danoso (ou produzir resultado diverso), seja ele de natureza legal, contratual ou porque o próprio agente tenha criado ou agravado o risco da ocorrência do resultado.

No caso em apreço, a conduta deliberada do recorrente em omitir o preenchimento adequado do prontuário está a revelar, juridicamente, não apenas o desatendimento de um ônus simplesmente burocrático, mas a sua falta de cuidado e de acompanhamento adequado para com a requerida, descuidando-se de deveres jurídicos (legais e obrigacionais) que lhe competiam e que, se observados, poderiam conduzir a resultado diverso ou, ainda que o evento danoso tivesse que acontecer de qualquer maneira, pelo menos demonstrar que toda a diligência esperada e possível dentro da medicina foi empregue (obrigação de meio), podendo o profissional inclusive valer-se desses mesmos registros para subsidiar a sua defesa (deixando de fazê-lo, não demonstrou a ausência de adequação ou de necessidade da causa que lhe foi imputada).

3. A Decisão

Posto isto, o acórdão alvo de recurso especial é confirmado, com algumas notas:

- Quanto ao terceiro réu, médico pediatra, não há nos autos prova da prática de qualquer ato ilícito pelo mesmo, o qual adotou as medidas corretas e adequadas para a situação, conforme conclusão da perita do juízo”;
- Quanto ao terceiro réu, impende que se mantenha a sua absolvição, uma vez que, as provas adunadas, inclusive a técnica, retrataram o seu agir diligente, pois, como médico pediatra, não possuía ingerência direta no parto,

tendo por dever o acompanhamento da neonata, o que foi observado sem ressalvas”.

Assim, à luz da teoria da causalidade adequada, restou atendido o pressuposto do nexo de causalidade, pois a falta de monitoramento dos sinais vitais do feto e da gestante/parturiente (o que, segundo o acórdão recorrido, só foi realizado quando a recorrida deu entrada no hospital, às 7h30, ficando sem nenhuma outra anotação até o momento do parto, às 13h, isto é, mais de 5 (cinco) horas sem o devido acompanhamento, revelada a partir da omissão deliberada do profissional em registrá-los devidamente no prontuário médico, consubstancia-se em falta de dever de cuidado (necessário e esperado) e de acompanhamento adequado, a conjugar e estabelecer liame entre a conduta negligente e o resultado danoso. Essa conduta, além de vedada pelo Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1.931/2009), viola também deveres legais previstos na Lei nº 12.843/2013 (que regulamenta o exercício da medicina e, em seu artigo 2º, prescreve o dever de agir com o máximo zelo, com o melhor da sua capacidade profissional) e no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo configurar, inclusive, crime (artigos. 10, I e IV, e 228 da Lei nº 8.069/1990), conforme registrado no acórdão recorrido. Deste modo, o recurso também não prospera quanto à alegada ausência de nexo de causalidade. Não existe, então, provimento do recurso apresentado, confirmando-se a decisão.

CASO 13**APRESENTANTE: MARIANA DOS SANTOS FREITAS MAGALHAES DE OLIVEIRA**

A. Identificação da decisão: Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 637/06.4 BEBRG. Data de 11 de setembro de 2020.

B. Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual; responsabilidade médica; legis artis; má prática médica; informação de saúde; dados pessoais.

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

- i) A Autora propõe esta ação administrativa com base em responsabilidade civil extracontratual, pedindo a condenação do Réu (Hospital) no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e morais sofridos em virtude dos procedimentos médicos adotados neste estabelecimento aquando do momento em que a Autora deu à luz. Foi convocado o regime do Decreto-Lei n.º 48051 de 21/11/1967.
- ii) A Autora teve uma gravidez sem intercorrências.
- iii) Os serviços do Hospital Demandado receberam a Autora no dia 5 de junho de 2003, com 40.º semanas de gravidez, mas mandaram-na embora para casa com uma carta para que se apresentasse na semana seguinte, tendo esta vindo para casa às zero horas do dia 6 de junho de 2003.
- iv) Às seis horas desse mesmo dia, “rebutaram as águas” à Autora, sendo que esta se dirigiu ao Hospital Demandado e aí foi internada. A mesma foi encaminhada para os Serviços de Obstetrícia.
- v) O médico acompanhante teve conhecimento do ocorrido, contudo entrou de férias nesse mesmo dia 6 de junho de 2003. A Autora ficou então ao cuidado da Equipa Médica ao serviço.
- vi) O marido da Autora, por várias vezes, ao aperceber-se e ao ter conhecimento de que nem tudo estava a correr bem, pediu ao Chefe da Equipa que fosse feita uma cesariana à esposa, de modo a simplificar o nascimento e a prevenir a possibilidade de acontecer algo de grave. O Médico afastou a ideia, alegando que uma cesariana ficava muito cara ao Estado.
- vii) A Autora esteve em parto latente durante diversas horas, não atingindo a dilatação suficiente para realizar um parto normal.
- viii) Quando apresenta 8 cm de dilatação, o Chefe da Equipa faz a primeira tentativa de aplicação de ventosa, pelo menos com duas trações, tentativa esta frustrada e posteriormente repetida aquando da presença de outro Membro da Equipa Médica. As tentativas de aplicação da ventosa foram acompanhadas da manobra de toco-braçal.
- ix) Frustraram-se as tentativas de ventosa metálica, atendendo à incompatibilidade feto-pélvica relativamente a um bebé com uma apresentação cefálica que não passou do II Plano de Hodge e com circular (cordão) à volta do pescoço.
- x) A criança não ficou encravada durante este parto instrumentado.
- xi) O Chefe da Equipa Médica sabia que o Bloco da Obstetrícia encontrava-se encerrado, por decisão do Hospital Demandado, no período da noite.
- xii) Assim, em caso de sofrimento fetal e na fal-

ta de êxito da aplicação da ventosa teria de recorrer ao Bloco Central, o que implicaria preparar a doente, solicitar cama à Enfermaria, deslocar a parturiente dentro do Hospital por corredores e elevadores, iniciar a fase da anestesia e preparar a cesariana, o que pelo menos demoraria 20 minutos.

- xiii) Foi utilizado o Bloco Operatório Central já que o parto ocorreu durante o período noturno.
- xiv) Não foi inserido no partograma ou outro documento de informação clínica sobre as razões do recurso ao parto instrumentado e como decorreu a aplicação da ventosa, ao contrário do que exige a boa prática médica.
- xv) O filho da Autora nasceu a 7 de junho de 2003, às 7h15. Contudo, por ocasião do parto instrumentado e da espera na execução do parto por cesariana, o bebé sofreu durante o período expulsivo traumatismo e asfíxia aguda peri-parto, sendo enviado para a Unidade de Cuidados Intensivos Neonatais por “hipoxia perinatal”.
- xvi) Em 27 de dezembro de 2004, depois de bastante acompanhamento pediátrico, o filho apresentava um “quadro distónico-purético de paralisia cerebral”, com dificuldade motora muito grave, associado a uma epilepsia resistente a terapêutica.
- xvii) A autora invoca violação das *legis artis*, nomeadamente pela inoportuna e errada aplicação de ventosa, bem como pela tardia decisão de realização de cesariana, que causou lesões cerebrais irreversíveis na criança.
- xviii) Foi solicitada pronúncia ao Conselho Médico-Legal, órgão de consulta técnico-científica que se deparou com dificuldades ao nível da prova documental, em virtude da falta

de remessa do registo cardiocardiográfico, da omissão da razão pela qual os médicos foram chamados de urgência e omissão de informação sobre momentos cruciais do desenvolvimento do parto, nomeadamente sobre o período expulsivo. Omitiu-se ainda a informação sobre as condições de utilização da(s) ventosa(s) e como estas foram aplicadas. Foi ainda omitido um relatório circunstanciado sobre a evolução neonatal (clínica e resultados de exames complementares) depois do nascimento e ao longo do internamento de 16 dias que teve lugar nos Cuidados Intensivos do Hospital Demandado.

- xix) Ora, a boa prática médica exige que a informação clínica englobe todos os resultados de todos os exames efetuados, o diagnóstico médico e as razões para as intervenções efetuadas.

2. O Direito

Citando a Dra. Mariana dos Santos Freitas, verificamos que:

“O não cumprimento dos deveres de informação no campo da saúde dificulta – impossibilitando em determinados casos – a reconstituição do caso clínico e a avaliação da atuação dos profissionais de saúde à luz dos ditames da *legis artis*. Importaria realizar um estudo aturado sobre o acesso à informação de saúde e sobre a guarda e proteção de dados dos registos clínicos, bem como o âmbito dessa informação, que deverá compreender, de forma transparente e inequívoca,

- identificação dos profissionais de saúde envolvidos no caso em discussão;
- notas inseridas em ficheiros informáticos e em suporte físico,
- identificação do serviço, das equipas médicas e de enfermagem, respetivos planos de turno e distribuição de trabalho entre profissionais de saúde.

De facto, a legislação atualmente em vigor, pese embora, em parte, do legislador comunitário, não acautela plenamente o valor da tutela jurisdicional efetiva, quer na perspetiva do doente, quer dos profissionais de saúde. Assim, deve ser reavaliada a disciplina contida na Lei da Informação de Saúde, com vista a muscular o dever/obrigação de registo de toda a atividade clínica, fazendo-se cumprir a própria *leges artis* e as guidelines sobre o que importa ficar a constar no processo clínico, pois só assim se respeita o acesso do titular à informação de saúde.

A justiça sempre reclamou a correspondência, tanto quanto possível, entre a realidade histórica e a processual, em prol de uma justiça verdadeiramente material. Importa garantir a completude, a integridade, ou seja, a observância do dever de prestar informação por parte dos profissionais de saúde e a conservação de todos os dados clínicos, com respeito pela proteção de dados pessoais.

Com efeito, a integridade dos dados clínicos deve ser tão protegida quanto a confidencialidade dos mesmos.

Voltando ao caso em apresentação, alegava-se erro médico – grave violação da *leges artis* – pela errada e inoportuna aplicação da ventosa, acompanhada da decisão tardia de realização de cesariana.

Com o Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967, e à luz da jurisprudência dominante, atribuía-se natureza extracontratual à responsabilidade por atos praticados no serviço nacional de saúde ou que com ele tinha protocolo, recaindo sobre o lesado o ónus de alegar e provar todos os factos integradores dos pressupostos. Com a Lei n.º 67/2007, manteve-se a natureza extracontratual deste tipo de responsabilidade, incumbindo igualmente ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos.

No caso em apreço, e apesar da incompletude dos dados clínicos, os Autores cumpriram o ónus de alegação e prova do apontado facto ilícito e culposo – aplicação da ventosa em desrespeito pela *leges artis*, porquanto:

- i) o grau de descida de apresentação da cabeça do bebé dentro da bacia da mãe não havia atingido sequer o III Plano, regra de execução imposta pela literatura exatamente para proteger os bebés de lesões tão graves quanto aquela que veio a padecer;
- ii) esse instrumento foi aplicado em contexto de incompatibilidade feto-pélvica.

Por sua vez, provou-se a alegação segundo a qual a cesariana não ocorreu em tempo adequado a uma situação de emergência, por o Hospital Demandado optar pelo encerramento do Bloco Operatório existente no 5.º Piso durante o período noturno, obrigando à deslocação das parturientes até ao Bloco Operatório Central localizado no 2.º Piso, aumentando incomensuravelmente o risco de hipoxia nestes casos em que cada minuto conta para evitar lesões cerebrais.

Por conseguinte, ao facto ilícito e culposo, seguiu-se uma *faute du service*, esta última na senda da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo. Neste caso, o Tribunal não fez operar, por desnecessário, o artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil, que inverte o ónus da prova nos casos em que a parte contrária culposamente ocultou e falsificou registos clínicos, tornando impossível a prova ao onerado.”

3. A Decisão

Aludindo às palavras da Dra. Mariana dos Santos Freitas:

“A ação foi julgada procedente, tendo o Hospital Demandado sido condenado no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não

patrimoniais.

No caso concreto foi possível reconstituir os factos em discussão após a concatenação de toda a prova produzida, documental, testemunhal e pericial, mas a inobservância do dever de registo de toda a atividade clínica e do dever de tratamento dos dados clínicos constituiu um verdadeiro entrave para o normal desenvolvimento do processo, com repercussão no tempo de duração do mesmo.

O princípio do inquisitório foi várias vezes convocado para ordenar a junção de documentos clínicos em falta, fazendo-se cumprir o princípio do contraditório. Foi necessário consultar, pela segunda e terceira vez, o Conselho Médico Legal, fazendo-se cumprir – uma vez mais – o princípio do contraditório. E, bem assim, de confrontar novamente testemunhas que já haviam prestado depoimento.

Extrai-se da prática judiciária a importância capital em garantir que o processo clínico comporte toda a informação clínica, aquela que há de refletir melhor o facto histórico a reconstituir e apurar, já que pedir aos profissionais de saúde, que quotidianamente praticam inúmeros atos médicos ou de enfermagem, o cumprimento do juramento sem qualquer distorção da memória no ato de resposta sobre factos ocorridos no passado, afigura-se ao julgador, também pessoa, um objetivo cujo êxito é difícil de ser alcançado.”.

CASO 14

APRESENTANTE: PAULO DUARTE TEIXEIRA

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 5397/16.8T8PRT.P1, de 1 de julho de 2021.

B. Palavras-chave: responsabilidade civil por ato médico; obrigação de meios; dever de informação; wrongful birth; ações de nascimento não desejado.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Os autores, B e C, propõem a referida ação sob a forma de processo comum contra a Clínica Obstetrícia D, Lda, e E, alegando que a autora, esposa, foi seguida durante a gravidez da sua primeira filha pelo segundo réu, seu médico, que prestava tal serviço na clínica da Ré, onde era sócio-gerente.
- ii) O acompanhamento foi indevidamente prestado, de tal modo que estes apenas souberam que a filha era portadora de Síndrome de Down quando esta nasceu.
- iii) Alegam que, por incúria e erro médico, não tiveram a oportunidade de optar pelo nascimento dessa filha, visto que o nascimento da mesma tem, por força da patologia, gastos acrescidos, bem como padecimentos morais em virtude da incapacidade de que a filha é portadora.
- iv) Pedem 100.000€ de indemnização por danos morais e um outro montante, a apurar, por danos patrimoniais.
- v) Trata-se de um caso delicado, não apenas pelo drama humano, mas pelo facto de a autora ter assumido a representação em causa própria.
- vi) O processo foi muito conturbado, tendo a autora baralhado conceitos e deturpado realidades, extravasando demais as suas convicções pessoais e apontando novas teorias (de conspiração de médicos, por exemplo). Entra ainda em conflito com as testemunhas médicas.

- vii) É evidente para qualquer terceiro que as anomalias só poderiam ser detetadas através de amniocentese, que era limitada por constituir um tratamento de risco. Além disso, um possível aborto estaria limitado às 16 semanas de gravidez.
- viii) Em termos probatórios, é seguro afirmar que, na data, os únicos meios técnicos disponíveis não permitiriam à autora detetar tal patologia até às 16 semanas e exercer o direito de abortar legalmente.
- ix) A autora não era grávida de risco; nenhuma ecografia detetaria a má formação; a amniocentese não seria aplicável, por não ter mais de 35 anos e/ou com antecedentes familiares de doença.
- x) Os autores, ao verificarem que a filha era portadora de Síndrome de Down, ficaram muito chocados. Nenhum dos dois tinha antecedentes genéticos desta doença. Ficaram afetados e psicologicamente deprimidos.
- xi) Em virtude da doença, a filha dos autores, F, teve diversas consultas de terapia, além de consultas de oftalmologia e ortodontia, devido às consequências da doença.
- xii) Os autores receiam pelo futuro de F, que se mostra bastante dependente em razão da doença.

2. O Direito

A referida ação tem por objetivo acionar a responsabilidade contratual contra os RR por, alegadamente, não terem prestado, como estavam obrigados, cuidados médicos adequados por forma a detetar uma patologia num feto, que era portador da síndrome de Down. Estamos, pois, no âmbito da responsabilidade contratual pela prestação de serviços médicos de diagnóstico, na modalidade do

nascimento indesejado ou do direito a exercer a faculdade de abortar .

A nossa doutrina tem sido abundante na análise deste tipo de ações que qualifica, como aquelas nas quais “os pais pedem uma indemnização aos médicos pelos danos próprios causados pela má praxis profissional num período pós-concepcional, a qual, se não tivesse existido, poderia ter motivado uma interrupção voluntária da gravidez (IVG) lícita”.

Isto, porque as técnicas médicas permitem cada vez maiores, melhores e mais antecipadas deteções de informação e por isso a possibilidade de intervir no embrião ou feto. A causa de pedir é a violação do direito à autodeterminação da mãe quanto ao seu direito ao planeamento familiar.

A procedência da causa de pedir implica, por isso, a alegação e prova dos seguintes requisitos:

- a existência, no caso, de um acordo contratual entre as partes;
- a comprovação de um incumprimento contratual por parte dos RR;
- uma relação de causalidade entre esse incumprimento e o direito violado, neste caso a eventual decisão de Interrupção da gravidez;
- que no caso a Autora tivesse a possibilidade de exercer essa faculdade;
- existência e dimensão do dano a fim de fixar a indemnização.

É frequente que entre o paciente e o médico se estabeleça uma relação obrigacional complexa, na qual existem diversas obrigações principais, acessórias e deveres de proteção. Todavia, não menos complexa do que essa situação é a pluralidade de vínculos subjetivos que se estabelecem no decurso de um tratamento. O doente, por vezes, celebra um contrato com o seu médico, mas é assistido pelo mesmo enquanto auxiliar de uma clínica.

Ora, foi precisamente isso que aconteceu neste caso, pois, os AA sempre alegaram que “foi assistida pelo segundo Réu enquanto seu médico, a prestar tal serviço na clínica Ré, de que era sócio-gerente”, sendo que foi a esta que os honorários foram liquidados. Neste caso, porém, e no que respeita à clínica, estaríamos perante aquilo que, vulgarmente, se denomina contrato de tratamento total, em que esta se teria comprometido a disponibilizar todos os meios humanos (médicos e enfermeiros) e materiais (instalações e equipamento) necessários ao tratamento/diagnóstico. In casu, resulta dos factos provados que o 2º réu agiu sob as ordens e direção da clínica, na medida em que foi esta quem determinou o momento da prestação, o seu valor e conteúdo. Como critério auxiliar, e na maior parte dos casos decisivo teremos de atender ao pagamento do preço que foi, neste caso, totalmente efetuado à ré clínica, que depois terá ou não distribuído os lucros ao seu sócio-gerente. Assim, impõe-se a absolvição da ré pessoa singular, na medida em que nos autos não é possível a aplicação do art. 500º, do CC, e este agiu como auxiliar. Recorde-se que, mesmo na tese da cumulação da responsabilidade extracontratual com a contratual, a AA optou pela responsabilidade contratual para evitar a caducidade da sua pretensão, pois a ação foi intentada 20 anos após o evento. Logo, tendo em conta apenas a tese dos AA, a ré pessoa singular não é responsável direto pelo pagamento da indemnização.

A valoração do comportamento contratual terá de ser feita no modo mais rigoroso e exigente, ou seja, o do médico especialista. No caso presente teremos de exigir um comportamento médico do mais elevado grau, tendo em conta as qualificações do Réu médico, que assumia a qualidade de reputado especialista.

À luz de tudo o que foi exposto não podemos

afirmar que a ré clínica tenha violado qualquer boa prática (*legis artis*). Ademais, deve ainda ser referido que mesmo estando em causa uma operação de diagnóstico, a prestação da ré não era a deteção de qualquer anomalia do feto, mas sim a de empregar os meios existentes de forma ajustada a esse fim. Ou seja, como em qualquer ato médico corrente não se pode considerar que exista uma obrigação de resultado, porque o médico não deu qualquer garantia disso, mas apenas a que respeita a uma obrigação de meios dirigida ao acompanhamento da gravidez mediante a observância diligente e cuidada das regras da ciência e da arte médica.

No que concerne a uma eventual violação do dever de informação, é de frisar que o Réu admite que não informou a AA da possibilidade de efetuar o exame invasivo, porque a mesma não tinha antecedentes de risco que o justificasse e este, face à legislação existente nunca lhe permitiria interromper legalmente a gravidez. Note-se que o dever de informação, é também a concretização do dever geral de informação contido em sede pré-contratual nos termos do artigo 227º, do Código Civil.

3. A Decisão

Observando o Acórdão do referido caso, é de referir que a pretensão dos AA sempre claudicaria sem instrução do processo, pois o alegado direito que fundamenta a sua requerida indemnização, não pode ser ressarcível na ordem jurídica nacional. E, mesmo que o tribunal convolvesse parte desse pedido para uma indemnização apenas pelo choque pela descoberta súbita do estado da sua filha, teremos de considerar que a responsabilidade da ré não ficou demonstrada na produção desse dano, porque, e repetimos, tal como resulta de todos os elementos de prova dos autos: a AA não era uma grávida de risco, nem os meios técnicos disponíveis

em 1995 permitiam detetar a trissomia 21 da filha da autora, sem exame invasivo.

Improcede, pois, totalmente o recurso, considerando-se prejudicadas a apreciação de qualquer outra questão que em nada altera a decisão final.

O recurso é julgado improcedente por ser tido como não provado e por via disso, com motivação substancialmente idêntica, é confirmada a decisão do tribunal recorrido.

CASO 15

APRESENTANTE: JOAQUIM CORREIA GOMES

A. Identificação da decisão: Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 14 de maio de 2020, processo número 21966/15.0T8PRT.P2.

B. Palavras-chave: responsabilidade civil médica; negligência; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; legis artis.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. *Os factos*

- i) B intenta ação contra a Clínica C pedindo uma indemnização no valor de 605000€, por danos patrimoniais e não patrimoniais por si sofridos em consequência de intervenções médicas no âmbito da oftalmologia a que foi submetida na clínica do Réu.
- ii) A autora foi observada na dita clínica a 03/08/2011, sendo-lhe recomendada uma angiograma fluoresceínica que não chegou a realizar.
- iii) Posteriormente, foi novamente observada nesta clínica em fevereiro de 2013, por um profissional médico da especialidade de oftalmologia, altura em que apresentava uma

diminuição da acuidade visual, em ambos os olhos, sendo mais acentuado à direita, e retinopatia diabética proliferativa. Foi-lhe recomendado um tratamento de visão na sequência desta observação.

- iv) No momento desta consulta, a autora deslocava-se periodicamente entre Portugal e Suíça.
- v) Entre fevereiro de 2013 e dezembro de 2014 a autora foi atendida nos serviços da ora ré em certa de três dezenas de consultas e tratamentos médico- cirúrgicos na especialidade médica de oftalmologia;
- vi) Em 29 de Agosto de 2013 a autora deslocou-se à ré, tendo realizado tratamento médico-cirúrgico com injeção intravítrea de antianagénico no olho direito.
- vii) No dia 01.09.2013 a autora contactou um médico da ré queixando-se de dores no olho direito, tendo-lhe sido dito para se deslocar de imediato às instalações da ré, o que fez. Aí, foi observada e avaliada por médicos da ré, constatando exame oftalmológico sinais de hipópion (infamação da câmara anterior do olho) e pan-uveíte, sendo operada de urgência, tendo sido realizada vitrectomia com biopsia de exsudato vítreo.
- viii) Após a intervenção cirúrgica a autora regressou a casa, tendo continuado a fazer os tratamentos e a ser seguida na clínica da ré, na expectativa de recuperar a visão do olho direito.
- ix) Pelas consultas e tratamentos depois da intervenção, a Clínica Ré não cobrou qualquer valor, até dezembro de 2014;
- x) Depois da data acima referida, a Ré continuou os seus tratamentos numa outra clínica não tendo, contudo, recuperado a vi-

são do olho direito, e encontrando-se a do olho esquerdo estável. Ambas as lesões são irreversíveis.

- xi) As complicações desenvolvidas no olho direito da autora examinadas em 01.09.2013, poderão ter
- xii) resultado da administração intravítrea da substância farmacológica Bevacizumab, que era o tratamento considerado adequado à sua situação clínica, sendo que associado a uma injeção intravítrea de um antiangiogénico, independentemente do fármaco injetado, existe um risco, embora pequeno, de desenvolvimento de complicações, em que se inclui a infeção intraocular, também chamada de endoftalmite, que é acompanhada quase sempre de dor ocular e baixa súbita de visão.
- xiii) Em consequência deste problema, a autora deixou de conseguir trabalhar, deixando de poder fazer as suas deslocações à Suíça (onde auferia 1000€ mensais), além de não conseguir andar de carro sozinha – e morava a 50km do local dos tratamentos.

2. O Direito

A responsabilidade civil médica pode, em simultâneo, assumir uma natureza extracontratual e contratual, já que o mesmo facto, podendo corresponder a uma violação do contrato, pode também reconduzir-se a um facto ilícito lesivo de direitos absolutos do paciente/lesado.

Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, segundo o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual. No domínio da medicina privada, existe em regra responsabilidade contratual, dado que a prestação de cuidados de saúde por entidades privadas assenta em contrato de prestação de

serviços celebrado entre a entidade que os oferece (proponente) e o doente. Na doutrina e na jurisprudência existe consenso de que a regra é a responsabilidade contratual do médico. A ilicitude da atividade do médico assenta na falta de cuidado e de zelo de um profissional prudente, sem necessidade de fazer prova se este cumpriu ou não os deveres que lhe são exigíveis. O erro médico consubstancia-se num resultado adverso e resultante de uma consequência direta do tratamento que não derive de uma progressão ou da evolução da doença do paciente. Ora caso em apreço a cegueira do olho direito da paciente não resultou de uma evolução da doença de que a doente padecia, mas do tratamento a que foi submetida. Este tratamento foi causa direta do dano da perda de visão da autora.

Atua com negligência, cumprindo defeituosamente a sua obrigação, o médico ou instituição prestadora de cuidados de saúde que não exerce todo o seu zelo, nem ponha em prática toda a sua capacidade técnica e científica na execução das suas tarefas para proporcionar a cura ao doente ou para lhe proporcionar os serviços acordados.

Em sede de intervenção médica, ainda que sejam seguidos todos os procedimentos que à data se julguem adequados à prática do respetivo ato, haverá sempre uma margem de insucesso, de risco, traduzido na ocorrência de efeitos nefastos. Quer a lei portuguesa quer diversos instrumentos internacionais exigem, como regra e como condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes, como é o caso de uma intervenção cirúrgica, que estes consentam nessa ingerência.

O consentimento do paciente deve ser prestado estando este na posse das informações relevantes sobre o ato a realizar e tendo em conta as concretas circunstâncias do caso, sob pena deste não pode va-

ler como consentimento legitimador da intervenção. O consentimento do paciente é um dos requisitos de licitude da atividade médica (artigo 3º, nº 2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia). Tal consentimento tem de ser livre e esclarecido. Quando o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico é ilícita por violação do direito à autodeterminação, sendo responsabilizada por todos os danos derivados de uma intervenção não autorizada. A autora não necessitava de um tratamento urgente, nem tal tratamento era curativo, não podendo existir um consentimento presumido. No caso concreto o consentimento para ser eficaz tinha de alertar a doente para a possibilidade de ficar cega, como consequência possível do tratamento que ia efetuar. A autora não corria o risco de agravamento súbito da sua saúde se não realizasse o tratamento proposto pela ré. O ónus da prova sobre um consentimento informado cabia à ré.

3. A Decisão

Enfatiza-se e reforça-se aqui a ideia do Juiz *a quo*, que havia referido na sentença recorrida que “o médico não assegura, nem pode assegurar, ao menos em princípio, a cura da enfermidade do paciente, tanto mais que tal cura não depende, apenas, de intervenção médica, mas também de vários fatores endógenos e exógenos, entre os quais relevam, designadamente, a resistência do doente, a sua capacidade de regeneração e o estado geral do seu organismo.”. Neste sentido, incumbiria à autora, na ausência de uma qualquer presunção de ilicitude, a demonstração de eventual inexecução contratual por parte do médico, através da demonstração da violação, no caso em apreço, das *leges artis* aplicáveis, demonstração esta que, enquanto elemento constitutivo do instituto da responsabilidade civil (contratual) imputável ao médico ou à entidade

prestadora de serviços médicos, o que não logrou demonstrar, improcedente aqui a ação.

No que concerne ao consentimento, foi junto aos autos um documento assinado pela autora, com o título “Consentimento para a prática de atos médicos”, no qual esta declara ter sido devidamente informada sobre a sua situação, e que autoriza a prática de todos os atos apropriados, designadamente a realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica médica e intervenção cirúrgica, e que tomou conhecimento das eventuais complicações e riscos inerentes. Ademais, apesar dos tratamentos a que a Autora foi sujeita poderem estar associados a algumas complicações, o certo é que estas são em princípio relativamente raras, não sendo, pois, de exigir à Ré que a eles fizesse referência de modo expresso e pormenorizado.

Deste modo, confirma-se a decisão recorrida.

CASO 16

APRESENTANTE: LUÍS CRAVO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo número 558/11.9TBCEBR.C1, de 28 de novembro de 2018

B. Palavras-chave: responsabilidade civil médica; responsabilidade contratual; obrigação de meios; *leges artis*; ónus da prova.

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) O autor, A, a 4 de outubro de 2005, foi vítima de um acidente de trabalho, assim considerado pela 1ª Ré, seguradora, que assumiu a responsabilidade pelo infortúnio.

- ii) A 2ª Ré é uma unidade de prestação de serviços médicos, em regime de ambulatório, e foi incumbida pela primeira Ré de prestar acompanhamento e tratamentos médicos aos beneficiários do seguro, neste caso o Autor A.
- iii) Existe um 3º Réu, que presta serviços médicos por conta da segunda Ré.
- iv) Temos ainda um 4º Réu, que explora o estabelecimento de saúde C, onde são prestados cuidados de saúde em regime de ambulatório e internamento, contratado pela 1ª Ré para, mediante retribuição, prestar serviços médicos, de enfermagem, diagnóstico e terapêutica, que normalmente se consubstanciam em intervenções cirúrgicas, com ou sem internamento, aos beneficiários de saúde.
- v) A, autor, foi observado pela primeira vez nas instalações da 2ª Ré a 10 de outubro de 2005, pelo 3º Réu, que a 2ª R. designou como responsável pelo acompanhamento médico do A. até 21 de agosto de 2006, sendo o autor sujeito a diversos tratamentos.
- vi) A 11 de outubro de 2005, depois da primeira consulta, foi diagnosticada a “fratura de L4”, impondo as legis artis que o autor fosse imediatamente sujeito a cirurgia.
- vii) Apenas a 21 de agosto de 2006 é que os serviços médicos da 2ª Ré e o 3º Réu decidiram proceder à cirurgia.
- viii) A omissão da intervenção agravou e prolongou desnecessariamente o estado de saúde de A, contribuindo decisivamente para todo o caso patológico e de incapacidade funcional, dor física e sofrimento psíquico do mesmo.
- ix) Ocorreu uma fistulação sucessiva e continuada da zona da incisão cirúrgica, com criação de abscessos purulentos devido à má prática cirúrgica e à violação das legis artis.
- x) Em análises requeridas a 1 de outubro de 2006, verificou-se a existência de uma bactéria (*staphylococcus aureus*), em consequência da intervenção cirúrgica a que A. foi submetido a 12 de julho nas instalações da 4ª Ré, em virtude de esta ter omitido as boas práticas de higienização e controlo que visam combater as infeções hospitalares.
- xi) O autor está totalmente incapaz para o exercício de atividade profissional em consequência das lesões físicas e psíquicas sofridas, peticionando a quantia de 100 mil euros a título de indemnização de danos patrimoniais, além da pensão que lhe foi atribuída.
- xii) Peticiona ainda uma indemnização de 50 mil euros pelos danos não patrimoniais sofridos (sofrimento moral, dor física e psíquica).
- xiii) A Ré seguradora contestou alegando a sua ilegitimidade, dizendo ter celebrado protocolos de colaboração e contratos de prestação de serviços com diversas empresas e profissionais de saúde, não se encontrando os mesmos subordinados a si – não tendo, então, qualquer poder de direção, fiscalização ou coordenação sobre os mesmos, sendo alheia aos procedimentos adotados.
- xiv) Por seu lado, C, invoca não existir qualquer relação contratual entre a 4ª e a 2ª Ré, acrescentando ainda que foram tidos em conta todos os procedimentos necessários para evitar a infeção bacteriana hospitalar.
- xv) Foi requerida perícia médico-legal e pedidos os exames imagiológicos a que o Autor foi submetido.
- xvi) Em primeira instância, que não havia ficado provada a existência de qualquer infração às legis artis aquando das intervenções e tratamentos em apreço nos autos, acrescentando que

não ficou demonstrada a deficiente prestação de cuidados de saúde, donde ficava igualmente arredada a responsabilidade/dever de indemnizar por parte dos demais réus/intervenientes, termos em que se julgou a ação totalmente improcedente, em conformidade se absolvendo os RR. do pedido.

xvii) Inconformado, o Autor apresentou recurso de apelação.

2. O Direito

A responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física.

Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado (dada a presunção de culpa que onera o devedor – cf. artigo 799º, nº1 do Código Civil), e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada.

Tendo-se o A. apresentado à 2ª Ré Clínica e 3º Réu médico a coberto de um contrato de seguro celebrado pela sua entidade patronal e tendo eles atuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos – previsto no art. 1154º do Código Civil, que o define como «aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição» – que mantinham com a seguradora 1ª Ré, o conteúdo da relação estabelecida entre o A. e aquele médico e Clínica está indubitavelmente contratualizado, isto é, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual.

Sem embargo, o resultado a que alude o dito art. 1154º do Código Civil não é a cura em si, mas os cuidados de saúde, isto é, no âmbito de tal contrato, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios adequados à obtenção de tal resultado.

Sem embargo, o resultado a que alude o dito art. 1154º do Código Civil não é a cura em si, mas os cuidados de saúde, isto é, no âmbito de tal contrato, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios adequados à obtenção de tal resultado. Mas esta presunção refere-se, tão só, à culpa, pois que a prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competiria sempre ao doente (o aqui Autor/recorrente).

No caso, de prestação de serviços médicos, a responsabilidade médica, por negligência, por violação das *leges artis*, tem lugar quando, por indisculpável falta de cuidado, o médico deixe de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, face à sua formação e qualificação profissional, lhe eram de exigir: a violação do dever de cuidado pelo médico traduz-se precisamente na preterição das *leges artis* em matéria de execução da sua intervenção.

In casu, porque face à contraprova feita por esses RR., não se evidencia a prática de algum erro no que respeita aos meios e técnicas de tratamento adotados de harmonia com as *leges artis*, impõe-se concluir no sentido de que estes RR. lograram ilidir a presunção de culpa que sobre eles incidia. Já a obrigação da 4ª Ré Clínica não era quanto ao

particular em causa – de correta esterilização de instrumentos e higienização – uma obrigação de resultado, antes a de utilizar os meios necessários e adequados à prevenção e combate de infeções nas suas instalações, impondo-se a conclusão de ter ela feito a contraprova de que a pretendida “não infeção-resultado” (ou melhor, os danos) não decorre de ilícito seu culposo – por ter atuado com o grau de diligência exigível segundo os adequados padrões impostos pelas *leges artis*.

3. A Decisão

Decidiu-se pela improcedência da apelação, mantendo o sentido da sentença recorrida nos seus precisos termos.

CASO 17

APRESENTANTE: TIAGO AFONSO MIRANDA

A. Identificação da decisão: Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, Processo n° 927/08.1BECBR

B. Palavras-chave: responsabilidade médica; negligência; consentimento informado; *leges artis*;

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora encontrava-se em lista de espera para uma intervenção cirúrgica a hallux valgus, vulgo artrose, no pé direito
- ii) A 25 de junho de 2007, a autora foi convocada pelo serviço de ortopedia do réu, sito no então Hospital Universitário de Coimbra, (hoje Centro Hospitalar Universitário de Coimbra EPE) para realizar a referida intervenção.
- iii) É informada que nesse momento se encontra a decorrer um Curso Internacional de

Técnicas Anestésicas Loco-Regionais e que lhe seria administrada a inovação mais recente em termos de anestésias e que a intervenção seria transmitida online, caso o autorizasse;

- iv) A autora concordou em ser simultaneamente intervencionada a um “joanete de Sastre”, uma deformidade metatarso falângica, visto ter sido informada que seria uma intervenção de baixa gravidade e consequências;
- v) Assim, em 26/6/2007 a Autora foi sujeita a intervenção cirúrgica ao hallux valgus, desvio externo do hallux (1° dedo) pela existência de uma exostose (neoformação óssea) sobre a cabeça do 12 metatársico; e a joanete de Sastre, desvio interno do 5° dedo e saliência da cabeça do 5° metatársico, com administração de anestesia loco-regional e estando a paciente acordada, sendo a cirurgia transmitida online;
- vi) A autora teve alta três dias depois, sendo-lhe dito para comparecer no Centro de Saúde 15 dias depois para retirar os pontos.
- vii) A 18 de julho de 2007, a autora desloca-se novamente ao então Hospital da Universidade de Coimbra para com Raio-X feito no Hospital de Trás-os-Montes e Alto Douro e a 27 de julho é atendida nas urgências do primeiro hospital para fazer fisioterapia.
- viii) A autora apresenta alterações neurovasculares sugestivas de algoneurodistrofia em consequência da intervenção cirúrgica ao joanete de Sastre no quinto dedo do pé direito mas não em consequência da técnica ortopédica cirúrgica posta em prática nem do modo como o foi, podendo dever-se, eventualmente, a uma ocorrência iatrogénica na execução da técnica de anestesia. Contudo,

- O dano iatrogénico pode sempre acontecer em medicina, mesmo atuando os médicos e a instituição hospitalar conforme as *leges artis*
- ix) A autora ficou desempregada, depois de ter sido informada pela entidade patronal que o seu contrato não seria renovado;
 - x) Foi sujeita a junta médica, que declarou a sua incapacidade temporária para o trabalho.
 - xi) A autora apresentava ainda cicatrizes dolorosas e hipersensíveis ao toque, bem como impossibilidade na mobilização ativa de flexão&/extensão dos dedos do pé direito e mobilidade passiva de todos os dedos, embora dolorosa.

2. O Direito

É questionada a possibilidade de o Réu indemnizar a Autora pelos danos materiais e morais sofridos na sequência da intervenção cirúrgica, pós operatório e lesões subsequentes – para tal releva saber se estão reunidos os pressupostos de responsabilidade civil. Se a resposta for positiva e estiverem presentes os fundamentos de facto e de direito, devem ser determinados os danos e quantificados os valores indemnizatórios devidos.

A Jurisprudência do STA tem rejeitado as teses contratualistas e afirmado que a assistência prestada nos hospitais públicos consubstancia uma prestação de serviço público, onde é necessário o consentimento do doente – convoca-se, assim, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas. É então necessária a existência de um nexo de causalidade adequada entre o dano e a conduta do ente público, a ilicitude da conduta causal e a culpa do sujeito da conduta. A matéria de facto da causa de pedir haverá de ser, portanto, a existência de um nexo de causalidade entre os danos e conduta ativa ou

omissiva dos agentes do Réu.

Porém, haver-se-á de convir antes de mais em que, se o pressuposto “culpa” a apreciar consiste em mera negligência, com é o presente caso, é mais do que nunca insuficiente uma abordagem meramente naturalística ou fenomenológica do processo causal, uma vez que são a determinação da concreta ilicitude e o juízo concreto de censura em que se analisa a culpa que irão circunscrever o universo de condutas e procedimentos relevantes para a imputação. Na verdade, o que não for ilícito nem censurável em termos de culpa também é causalmente irrelevante para o que interessa julgar. Depois da delimitação deste universo de factos suscetíveis de, por ilícitos e censuráveis, serem causalmente relevantes, é que terá cabimento ajuizar do nexo causal, naturalisticamente entendido, entre eles e os danos. Não para considerar, afinal, todos eles relevantes mas tão só aqueles que integrem o processo causal segundo o critério de causalidade adequada estabelecido no art.º 563º do CC.

Outra nota que importa fazer é a de que o pressuposto ilicitude aparece, nesta matéria, indissociável do pressuposto culpa (negligente), uma vez que da confirmação da ocorrência de ato ilícito – conforme é definido no art.º 6º do DL 48051 – decorre a conclusão de que não se procedeu com a diligência adequada a evitar que ocorresse a “violação das norma legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis (...) ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum” que o serviço público deve sempre evitar. É de admitir, portanto, em conformidade com aquela jurisprudência, a possibilidade de a responsabilidade civil do Réu radicar nesse neoconceito de culpa funcional, referida à pessoa coletiva pública demandada, sobretudo na impossibilidade, natural ou jurídica, de referir a pessoas individuais o juízo de censura

em que a mesma culpa sempre se analisa. Obtida que seja uma resposta positiva às questões da ilicitude e culpa e do nexo de causalidade, haverá então que ver que danos patrimoniais e morais – causalmente imputáveis àqueles atos ou falta de diligência – foram efetivamente sofridos, qual o seu valor e, quanto aos morais, em que medida são merecedores da tutela do direito.

3. A Decisão

O Tribunal julgou não estarem preenchidos os requisitos/pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, julgando a ação improcedente e absolvendo o réu da instância. Julgou o mesmo não ter havido qualquer violação do dever de informar nem das *legis artis*, não podendo então ser alegado qualquer tipo de negligência.