


4.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina

COORDENAÇÃO
André Dias Pereira
Carla Barbosa
Ana Elisabete Ferreira

Cadernos da Lex Medicinæ
Lex Medicinæ Supplements


Centro de
Direito Biomédico

8

Cadernos da Lex Medicinæ

4.^ª Bienal de Jurisprudência
em
Direito da Medicina
atas

COORDENAÇÃO

André Dias Pereira

Carla Barbosa

Ana Elisabete Ferreira



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” (UIDB/04643/2020)



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

Coordenação

André Dias Pereira

Carla Barbosa

Ana Elisabete Ferreira

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 8 · 2024

Execução gráfica

Ana Paula Silva

ISBN: 978-989-9075-77-1

Apoio:



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

Prefácio	5
Programa	7
Responsabilidade Civil Médica 1	9
Problemas Penais de Direito Médico e Outros Temas de Direito da Saúde	21
Responsabilidade Civil Médica 2	55
Responsabilidade Civil II, em especial - Responsabilidade Extracontratual do Estado e Outros Entes Públicos e Funcionamento Anormal do Serviço	77

PREFÁCIO

Escreveu recentemente José de Faria Costa, presidente da mesa da Assembleia Geral, desde o início do Centro de Direito Biomédico até junho de 2024, que “os prefácios ou qualquer equivalente não são necessários, mas tão-só precisos.”⁽¹⁾

É a essa obrigação que sou compelido, não apenas pelo dever, mas sobretudo pela honra de continuar a merecer a confiança dos meus colegas para ser o presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico, instituição que – a par com o Centro de Estudos Judiciários e a Ordem de Advogados – organiza, desde 2017, a Bial de Jurisprudência em Direito da Medicina.

Chegou em janeiro de 2024, a hora da sua 4.^a edição, reforçada na sua vertente temática e com maior internacionalização.

Temas reforçados, mas que não se desviam do propósito de dar palco ao Direito da Medicina, de dar voz aos que – na labuta do Magistério dos Tribunais – promovem dos *Direitos da pessoa em contexto de saúde*, e que buscam “*criar confiança*” – o bom e sereno *leitmotiv* que Guilherme de Oliveira – em boa hora – deu ao Centro de Direito Biomédico.

E se – aqui e ali – ainda falhamos coletivamente, enquanto comunidade política e juridicamente organizada, em realmente proteger os direitos da pessoa; e se – infelizmente de forma frequente – o direito não tem conseguido criar confiança, devido a um sistema ritualístico e anacrónico de produção de prova, em que a mediação, a especialização e

a justiça em tempo útil são ainda conceitos utópicos, então isso só reforça a nossa convicção de que é preciso aprofundar o diálogo e o debate entre a Universidade, a Advocacia, as Magistraturas e os Profissionais da Saúde e as Associações de Doentes, pelo que fica o compromisso de começar já hoje a organizar a próxima Bial de Jurisprudência em Direito da Medicina.

Estas Atas não seriam possíveis sem a boa vontade dos Magistrados, dos Advogados, dos Académicos, portugueses, espanhóis e brasileiros que nos honraram com a sua presença neste fórum, apresentando e discutindo casos transitados em julgado. Ofereceram-nos o seu tempo, o seu saber e – em muitos casos – expuseram-se à análise crítica – no plano académico – das suas próprias decisões.

Este livro conta com a valorosa contribuição dos estudantes de Mestrado e Doutoramento que coligiram as informações e produziram os textos que se seguem, sempre com a validação do apresentante. Agradecemos, assim, à Mestre Rachel Saab, às Dras Beatriz da Silva Prata, Inês Ferraz e Ana Rita Santos e ao Mestre José Alexandre Fernandes, que trabalharam sob a coordenação da Doutora Ana Elisabete Ferreira, pela obra que produziram.

A Mestre Carla Barbosa teve, como sempre, toda a sua energia e força serena bem explanada na excelência deste evento científico – que à ilustre Colega muito deve. Para a Dr.^a Sara Madeira, gratidão. Por ser uma profissional dedicada e zelosa, que permite que tudo decorra com suavidade e com eficácia.

¹ José de FARIA COSTA, “Dizeres Iniciais”, *Revista de Direito da Universidade Lusófona*, 5/6, 2023, p. 9.

Nesta Bienal de Jurisprudência mararam presença ativa Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, Desembargadores das nossas Relações e Tribunais Centrais Administrativos, Juízes e Juízas de Direito, Advogados prestigiados, bem Professores de várias universidades portuguesas, espanholas e brasileiras, e ainda jovens investigadores. Num ambiente de colegialidade e fraternidade, durante um dia intenso de trabalho, houve ainda lugar à apresentação de dois livros, um de base legislativa, outro de base jurisprudencial, cujos títulos vou apelar ao leitor que os descubra nas páginas que se seguem.

Por último, uma palavra muito especial para a Senhora Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, Dr.^a Dulce Neto, não apenas pela presença institucional e pela abertura – com uma conferência inaugural – nesta Bienal, mas pela densidade e frontalidade do conteúdo dessa intervenção, que – estou seguro – marcará a História do Direito da Responsabilidade civil médica (no setor público). O apelo lúcido que fez a uma transformação substantiva e processual na forma como se julgam os casos de erro em saúde deveria ter eco e ser apoiado por todos os que visam uma sociedade solidária e humanista. Aliás, um apelo que vai ao encontro das exigências que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos vem fazendo ao sistema jurídico nacional, como o leitor pode confirmar, pela leitura do último caso presente neste livro...

Boa leitura!

André Gonçalo Dias Pereira
21 de junho de 2024

4.^a BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA DIREITO DA MEDICINA

19 janeiro de 2024

9h00 SESSÃO DE ABERTURA

Comunicação:

Senhora Juíza Conselheira Dra. Dulce Manuel Neto –
Presidente do Supremo Tribunal Administrativo

9h30 · 13h00 MESA TEMÁTICA

MESA 1

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA I

Presidente da Mesa: *Daniel Torres Gonçalves*
Advogado

Relatores:

Beatriz da Silva Prata e Inês Ferraz (Mestrandas em Direito)

Apresentantes:

Javier Barceló – Professor Catedrático da Universidade de
Alicante (Espanha)

Milene Sofia Henriques Bolas Prudente – Juíza de Direito

Rute Isabel Da Peidade Santos Saraiva – Juíza de Direito

Cristina Maria Nunes Soares Tavares Coelho – Juíza
Desembargadora

Nuno Filipe Tomás Cardoso – Juiz de Direito

Tomás Núncio – Juiz de Direito

Mónica Azevedo – Advogada

MESA 2

**PROBLEMAS PENAIS DE DIREITO MÉDICO E
OUTROS TEMAS DE DIREITO DA SAÚDE**

Presidentes da Mesa:

Helena Moniz – Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de
Justiça · Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

Relatores:

Rachel Saab (Doutoranda em Direito)

Apresentantes:

Pedro Branquinho Ferreira Dias – Juiz Conselheiro do Supremo
Tribunal de Justiça

Sónia Fidalgo – Professora da Universidade de Coimbra

Paula Ribeiro de Faria – Professora Associada da Universidade
Católica do Porto

Joana Aguiar Rodrigues – Advogada e Docente Universitária

Graziella Clemente – Professora Universitária e Advogada
(Brasil)

Igor Mascarenhas – Advogado e Docente universitário (Brasil)

Gabriel Massote – Advogado e Docente universitário (Brasil)

Leonor Furtado – Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de
Justiça

14h15 · 14h30 APRESENTAÇÃO DE LIVRO

**SISTEMA DE SAÚDE DOS AÇORES:
COLECTÂNEA DE LEGISLAÇÃO**

Mário Rui Ferreira – Subdiretor da Saúde do G.R. dos Açores, em representação da Senhora Secretária Regional da Saúde e do Desporto dos Açores

Joana Rolo – Jurista (Direção Regional da Saúde dos Açores)

14h30 · 15h00 CONFERÊNCIA PLENÁRIA

Nuno Manuel Pinto Oliveira – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça · Professor Catedrático da Universidade do Minho

15h00 · 17h30 MESA TEMÁTICA

**MESA 3
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA II
CONSENTIMENTO INFORMADO**

Presidentes da Mesa:

João Vaz Rodrigues – Professor da Universidade de Évora, Advogado

Relatores:

Ana Rita Santos (Mestranda em Direito)

Apresentantes:

Marcos Coltri – Advogado (Brasil)

Aristides Rodrigues De Almeida – Juiz Desembargador

Isabel Sá – Juíza de Direito

Marília dos Reis Leal Fontes – Juíza Desembargadora

Diana Sofia Araújo Coutinho – Professora da Universidade Lusófona do Porto/ Universidade do Minho.

Isa António – Professora da Universidade do Minho

Rafaela Nogarolli – Assessora de Desembargador (Brasil)

Júlio Marques – Advogado (Brasil)

Sephora Marchesini – Advogada e Docente universitária

MESA 4

**RESPONSABILIDADE CIVIL II, EM ESPECIAL
- RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL
DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS E
FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO**

Presidentes da Mesa:

Ana Margarida Cunha – Juíza de Direito

Relatores:

Alexandre Fernandes (Doutorando em Direito)

Apresentantes:

Ferreira Lopes – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Luís Filipe Sousa – Juiz Desembargador - na pen drive este caso está na mesa 1

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho – Juíza de Direito

Inês Couto Guedes de Abreu – Juíza de Direito

Thais da Nóbrega Cesa e Silva – Analista Judiciária (Brasil)
Doutoranda em Direito

Marco Aurélio Constantino – Advogado e Docente Universitário

Rui Cascão – Professor da Universidade Lusófona do Porto

17h30 CONFERÊNCIA PLENÁRIA

Presidentes da Mesa:

Jorge Sinde Monteiro – Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Nelson Rosenvald – Presidente do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil

18h00 APRESENTAÇÃO DE LIVRO

**OTEDH E A SAÚDE ATRAVÉS DAS OPINIÕES DO
JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE**

Paulo Pinto Albuquerque – Professor Catedrático da Universidade Católica Portuguesa

Mesa 1

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA 1

Presidente da Mesa: *Daniel Torres Gonçalves* · Advogado

Relatores: *Beatriz da Silva Prata* | *Inês Ferraz*

CASO 1

APRESENTANTE: JAVIER BARCELÓ

A. Identificação da decisão: Sala de lo Civil, Tribunal Supremo, sediado em Madrid. Número do Recurso: 2467/2019. Número da Sentença: 680/2023. Sentença proferida a 8 de maio de 2023.

B. Palavras-chave: responsabilidade civil; ação direta; prova pericial; erro de diagnóstico; negligência médica.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A 21 de fevereiro de 2014, a Autora dirigiu-se ao serviço de urgências de um hospital privado (Hospital Q.).
- ii) A Autora apresentava como queixas uma sensação de formigueiro no ombro e perda de força desse braço, tendo sido diagnosticada pelo profissional de saúde que a observou com uma parestesia, tendo sido apenas prescritos alguns medicamentos para o alívio da dor.

iii) A 13 de março de 2014 (20 dias depois da sua ida às urgências), a senhora Sacramento, ao acordar, notou uma impossibilidade de falar e de mover corretamente o braço e a perna esquerda, além de sentir o canto do lábio caído.

iv) Na companhia do marido, dirigiu-se ao Hospital V., onde foi recebida e examinada.

v) O diagnóstico após observação foi o de que a Autora havia sofrido um acidente vascular cerebral isquémico, do qual resultaram relevantes sequelas.

vi) Em consequência, a senhora Sacramento foi, posteriormente, qualificada como inválida.

2. O Direito

A Autora tentou uma ação por responsabilidade civil contra a entidade seguradora, por danos causados por negligência médica no âmbito do seu diagnóstico e tratamento, em exercício de ação direta, tendo pedido uma indemnização no valor de € 1 241 690 por danos, acrescidos de interesses e custas.

Porque se trata aqui de uma ação direta, está em causa o artigo 76.º da Ley de Contrato de Seguro. Além desta norma, importa ainda atentar, uma vez que se está no âmbito de medicina privada, aos artigos 1101º, 1902º e 1903º do Código Civil Espanhol.

3. A Decisão

A Autora baseou a sua ação na circunstância de, no dia 21 de fevereiro de 2014, ter sofrido de um acidente isquémico transitório, tendo-se dirigido ao Hospital Q., onde foi observada, tendo os profissionais de saúde da respetiva instituição falhado em realizar qualquer teste de diagnóstico ou tratamento, o que entende constituir uma situação de negligência médica.

Assim sendo, a grande questão que aqui releva é saber se, na primeira intervenção médica no Hospital Q., houve ou não um erro de diagnóstico.

A primeira instância, a 21 de maio de 2018, julgou parcialmente procedente a ação, tendo condenado o Réu no pagamento do valor de € 637 116,70 acrescido dos interesses, mas sem qualquer valor relativo a custas processuais – sendo aqui importante recordar que a quantia peticionada pela Autora havia sido de € 1 241 690.

A audiência provincial (no ordenamento jurídico português equivalente a um Tribunal da Relação), a 20 de fevereiro de 2019, reverteu a decisão da primeira instância e julgou a ação improcedente, condenando a Autora em custas em primeira e em segunda instância.

Por fim, o Tribunal Supremo, a 8 de maio de 2023, confirmou a audiência provincial, rejeitando, portanto, igualmente o pedido.

Na base da rejeição do pedido está o entendimento de que a intervenção médica do dia 21 de fevereiro foi correta. Entende o Tribunal que o formigueiro sentido pela Autora não se tratava de um acidente isquémico transitório, mas sim de uma consequência do esforço físico que havia feito uns dias antes, que causou um pinçamento cervical. A isto se soma um fator cronológico já que, se se tratasse, efetivamente, de um acidente isquémico transitório, o acidente vascular cerebral isquémico ter-se-ia pro-

duzido nas 48 a 72 horas seguintes, quando, na realidade, ocorreu apenas vinte dias depois.

Soma-se ainda a consideração por parte do Tribunal, de que a obrigação que incide sobre o médico é uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado, e que a intervenção realizada na sequência da ida da Autora ao serviço de urgências, em que foi descartada a possibilidade de um acidente isquémico transitório, ocorreu de acordo com as *leges artis*. Na ótica do tribunal, não existe uma relação de causalidade entre a primeira intervenção médica e o dano posterior, pelo que o Tribunal Superior rejeita igualmente a ação, por entender que a atuação do profissional de saúde foi ajustada e diligente.

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

Caberá começar por notar que a Autora não intentou a ação contra o hospital, nem mesmo contra o médico que a observou na sua ida ao serviço de urgências no dia 21 de fevereiro de 2014, mas sim contra a própria entidade seguradora. Nisto se consubstancia a designada ação direta. Na Ley de Contrato de Seguro (artigo 76.º) está prevista a possibilidade de o lesado se dirigir diretamente à companhia de seguro contratada por quem haja causado o dano, não tendo necessariamente de se dirigir contra quem efetivamente causou o prejuízo ou lesão. Este é um instituto que não é exclusivo a casos médicos, também vigorando no caso de contrato de obra; e além do ordenamento espanhol, a ação direta tem também consagração legal no ordenamento jurídico brasileiro para o caso de ações contra entidades seguradoras.

No caso sob análise, não havendo qualquer informação sobre o desenrolar da prova, nomeadamente sobre o depoimento de testemunhas, tudo

conduz à conclusão de que a única prova disponível foi a prova pericial.

Constatado esse facto, parece ser de apontar que a jurisprudência no âmbito da responsabilidade civil médica tem uma enorme dependência face à prova pericial, o que é, note-se, compreensível, já que envolve um tema bastante técnico e que escapa ao conhecimento dos Juízes, bem como demais juristas; a título de exemplo, e remetendo para o caso em concreto, o que aqui se impõe decidir é se naquele dia 21 de fevereiro de 2014, a Autora ou sofria de um acidente isquémico transitório, ou não, e isto não é uma decisão que possa ser tomada por um juiz sem mais.

Por fim, caberá ainda notar que o pedido da Autora era uma indemnização no valor de € 1 241 690 por danos, acrescido de interesses e de custas. Acontece que, a Autora tinha o benefício de justiça gratuita, o que significa que, caso perdesse a causa, não teria de pagar custas do processo. Parece então uma estratégia processual criticável que se requeira, em contexto de indemnização o valor das custas, quando se estará, em todo o caso, delas escusada.

CASO 2

APRESENTANTE: MILENE SOFIA HENRIQUES BOLAS PRUDENTE

A. Identificação da decisão: Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa. Juízo do Trabalho do Barreiro – Juiz 1. Processo n.º 542/07.7TTST. Sentença proferida a 26 de agosto de 2013.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil Extracontratual, danos não patrimoniais; acidente de trabalho.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão:

1. Os Factos

- i) O Sr. César (Autor), que se encontrava na Roménia a trabalhar, sofreu, a 02 de junho de 2006, pelas 9h45m, um acidente de trabalho ao cair (de uma altura não apurada).
- ii) Consequência do acidente sofrido, o Autor foi observado e assistido no Hospital de Bucareste, tendo sido diagnosticado com fraturas na clavícula, omoplata e costelas; permanecendo internado até ao dia 06 de junho de 2006, data em que regressou a Portugal.
- iii) A entidade empregadora, que havia transferido, para a entidade seguradora Império Bonança (1.ª Ré), a responsabilidade decorrente de acidentes de trabalho dos seus trabalhadores, comunicou a esta segunda entidade o acidente ocorrido e que havia envolvido o senhor César para que esta tratasse do regresso a Portugal do trabalhador.
- iv) Segundo o que havia sido planeado, à chegada do Autor ao aeroporto, deveria estar uma ambulância à sua espera. Acontece que o Autor, chegado da viagem, no dia 06 de junho de 2006, se deslocou do aeroporto até sua casa de táxi.
- v) No dia seguinte, o Sr. César, não se estando a sentir bem, contactou com a entidade seguradora e dirigiu-se ao Hospital Particular por esta indicado, onde foi observado pelo doutor José – ortopedista – que já estaria à sua espera.
- vi) Ao médico (2.º Réu), o Autor queixou-se de fortes dores no hemitórax e de difi-

culdades respiratórias. O médico, tendo acesso aos relatórios vindos de Bucareste e dadas as queixas apresentadas, agendou uma intervenção para o dia 11 de junho de 2006, e prescreveu alguma medicação para o alívio das dores sentidas pelo paciente.

vii) No dia 08 de junho de 2006, o Autor começou a vomitar, não conseguindo comer nem dormir. E no dia 09, começou a sentir suores frios, a ficar pálido e com frio. Em face deste quadro, os familiares chamaram uma ambulância para auxiliar o senhor César, que se dirigiu para o hospital mais próximo – Hospital do B.

viii) Fruto da observação pela equipa médica de serviço nas urgências deste hospital, foram diagnosticadas ao Sr. César: fraturas na clavícula, omoplata e quatro arcos costais, sendo efetuada imobilização, e ficando o Autor internado no referido hospital.

ix) No dia seguinte, tendo a sua situação piorado, foi submetido a uma intervenção cirúrgica urgente, no âmbito da qual, a equipa médica constatou uma fratura de grau IV do baço.

2. O Direito

O problema em análise consiste em averiguar se deverá caber aos Réus o dever de ressarcimento pelos danos patrimoniais invocados pelo Autor; estando, portanto, no âmbito da matéria da responsabilidade civil, podendo esta ser contratual, com consagração legal nos artigos 798º e seguintes do Código Civil, ou extracontratual, com consagração legal nos artigos 483º e seguintes do Código Civil.

No âmbito da aferição, no caso sob análise, sobre a concreta responsabilidade em causa, impor-

tará atentar aos artigos 79º, n.º 1; 23º, alínea a) e 25º, n.º 1 da Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro.

O Tribunal analisou ainda: a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (artigos 3º e 5º); o Regulamento de Deontologia Médica da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho (artigos 4º, 5º, 7º, 10º e 11º) e a Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro (Bases 2, n.º 1 e 28, n.º 4), numa procura por aferir a atuação que se impõe ao médico perante o caso que apareça diante si; procurando, em última análise, perceber se a atuação do doutor José foi ou não correta.

3. A Decisão

O Autor propôs uma ação declarativa sob a forma de processo comum contra a entidade seguradora, o Hospital Privado e o doutor José, peticionando a condenação por danos não patrimoniais, acrescida de juros.

O Tribunal concluiu que, à data, e de acordo com os factos provados, designadamente tendo em conta as informações que constavam do relatório provindo de Bucareste, não havia mais nada que o médico do Hospital Privado, pudesse fazer, quer para evitar este resultado, quer em benefício da saúde do Autor.

Da leitura e análise dos documentos normativos identificados no ponto C.2, pôde o Tribunal concluir que a atividade do médico não tem por propósito a cura do doente, mas sim colocar à disposição do paciente a sua atividade, de acordo com todos os conhecimentos que possua, procurando promover a saúde daquele, na medida em que, de acordo com as regras da experiência comum e considerando a atividade médica – isto é, de acordo com as *leges artis* –, deve ser feito.

Já quanto à responsabilidade, considera o Tribunal que se está perante responsabilidade extracontratual, uma vez que não houve a celebração de um contrato de prestação de serviços entre o Autor e o doutor José.

A decisão do Tribunal foi de julgar a ação im procedente por não provada, tendo absolvido todos os Réus do pedido.

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

Uma das grandes dúvidas que aqui se coloca, é perceber se o doutor José, na sua qualidade de médico ortopedista, perante um paciente que vinha já de outro país onde sofreu uma queda, não deveria ter realizado um *check-up* total para perceber se existiria algum outro problema de que o paciente padecesse e que não tivesse sido detetado em Bucarest. Ora, o entendimento do médico do Hospital Privado, foi o de que a única coisa a fazer ao paciente seria aliviar as dores por ele sofridas, bem como o agendamento de uma intervenção cirúrgica que foi, inclusivamente, provado em Tribunal não ter carácter de urgência. No fundo, o médico con fiou no relatório que lhe foi entregue pelo Autor e entende o Tribunal que assim agiu corretamente, já que é preciso haver essa confiança no trabalho dos profissionais que observaram o paciente anteriormente.

Mais ainda, no Hospital do B., houve a confirmação do que havia sido diagnosticado pelo doutor José, assim passando a haver três médicos a observar o paciente e confirmar o diagnóstico, o que deu ainda mais segurança à decisão do Tribunal.

Um outro facto importante compreendido pelo Tribunal durante o processo, é que a fratura do baço não foi um evento progressivo que fosse ocorrendo, mas sim uma rotura instantânea. Quer

isto dizer que, mesmo que o doutor José tivesse optado por internar o Sr. César no dia 07 de junho de 2006, quando o observou, a única coisa que seria feita nesse internamento era controlar e aliviar as dores sentidas pelo Autor, não se podendo ter antevisto a fratura do baço que veio a ocorrer.

Sendo certo que, como referido, é necessário que haja uma confiança por parte do médico, no que vem de trás, designadamente no relatório proferido pelo Hospital de Bucarest que recebeu o Sr. César após a queda, também é certo que esse relatório apenas dá conta das lesões ósseas e de um traumatismo craniano, ao qual se juntou um raio x, não havendo quaisquer outros exames complementares que, em Portugal, se realizariam antes de encaminhar o doente para uma especialidade. Mas caberá também notar que este caso ocorre em 2006, data em que não existiriam, como se compreende, os elementos de trabalho e diagnóstico de que hoje se dispõe.

Num outro ponto, tenha embora sido dado como não provado que o Autor, como indica ter referido, na consulta com o doutor José se tivesse queixado de enjoos e má disposição, esta circunstância impõe uma referência importantíssima relativa ao relatório médico, muito usado nestes casos como meio de prova. A realização completa e diligente do relatório médico por parte dos profissionais de saúde deve ser levada a cabo com a maior das seriedades, não devendo ser deixada de fora informação somente porque a mesma não pareça, ao profissional de saúde, muito relevante. Usando o presente caso como exemplo, as referências a uns meros enjoos poderiam ter feito a diferença para termos de responsabilização. Embora, note-se, o propósito dos relatórios elaborados pelos profissionais de saúde, não seja o de servir de prova em contexto de ações em tribunal.

Como foi referido, perante a questão da responsabilidade que aqui estaria em causa, o Tribunal decidiu por uma responsabilidade extracontratual, mas concorda, ainda assim, que este pode ser um entendimento discutível.

A responsabilidade civil geradora uma obrigação de indemnização poderá ter origem num contrato celebrado entre as partes, no qual estas estabelecem o conjunto de direitos e deveres a que ambas se vinculam e cujo incumprimento por uma das partes gera um dever de ressarcimento à outra parte pelos danos causados – responsabilidade civil contratual –; ou poderá ter origem na violação de direitos absolutos ou na prática de atos que provoquem danos a outrem – responsabilidade civil extracontratual.

No caso sob análise, o médico agiu por virtude de um contrato celebrado com uma seguradora para a qual estava transferida a garantia da saúde do cidadão, o que poderá indicar que estaremos perante responsabilidade contratual. Embora o Tribunal, na pessoa da senhora doutora Milene Prudente (apresentante deste caso), concorde e compreenda uma tal interpretação, entende que caracterizar este caso como de responsabilidade contratual seria distender em demasia esse contrato que, embora celebrado com o médico, não foi diretamente celebrado entre o doutor José e o senhor César.

CASO 3 | APRESENTANTE: RUTE ISABEL DA PIEDADE SANTOS SARAIVA

A. IDENTIFICAÇÃO DA DECISÃO: Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa. Juízo Cível de Cascais - Processo N° 1611/14.2T8CSC

B. Palavras-chave: Negligência médica; danos patrimoniais; danos não patrimoniais; responsabilidade civil; obrigação de meios.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) No caso existem duas Autoras, mãe e filha (menor), que intentam uma ação, sendo a segunda representada pela mãe (primeira Autora).
- ii) A primeira Autora estava grávida da segunda Autora, tendo a gravidez sido medicamente vigiada e decorrido dentro da normalidade expectável, sem que tivesse havido quaisquer complicações.
- iii) A data prevista para o parto era 30 de outubro de 2011, tendo, porém, passado o tempo previsto de gestação e sem que tivesse ocorrido parto natural.
- iv) Pelas 10h15m do dia 8 de novembro de 2011, o parto foi provocado.
- v) A partir das 10h15min o CTG (que permite detetar o sofrimento fetal) foi ligado, tendo somente começado a gravar a partir das 11h20min. Pelas 12h40min foi desligado, apenas sendo retomado às 15h01min, aquando do rompimento da bolsa.
- vi) Durante o período expulsivo, o CTG mostrou-se normal e tranquilizante.
- vii) A segunda Autora nasceu pelas 18h35min.
- viii) A bebé nasceu cianosada (isto é, com coloração da pele azul-arroxeadada), hipotónica (diminuição de tónus muscular) e sem chorar, em consequência do que a médica obstetra a entregou de imediato aos cuidados da médica pediatra que, depois de consultar e observar a segunda Autora, acabou por decidir enviá-la para uma maternidade, onde esta ficou internada por 22 dias.

- ix) A segunda Autora apresentava um status pós hipóxico encefálica, o que condiciona o quadro de encefalopatia crônica, com atraso de desenvolvimento psicomotor e epilepsia controlada.
- x) Tendo sido submetida a uma junta médica, na data de 1 de agosto de 2014, foi atribuído à segunda Autora um grau de incapacidade de 95%.

2. O Direito

As Autoras propuseram uma ação em que a causa de pedir assentava em três pressupostos essenciais: a falta de meios do hospital onde decorreu o parto e consequente falta de monitorização permanente através do CTG; o sofrimento fetal e da mãe, já que era a primeira Autora quem tinha de estar ligada ao CTG; e o tempo que mediou a indução do trabalho de parto e a expulsão, bem como a falta de entubação e oxigenação da bebé. Tudo isto, afirmam as Autoras, conduziu ao desfecho de uma incapacidade de 95% sofrida pela segunda Autora.

a) *A Natureza da Responsabilidade Civil Médica*

A questão que aqui se levanta, excluindo desde logo uma responsabilidade objetiva, situa-se entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Existirá responsabilidade contratual (com consagração legal nos artigos 798º e seguintes do Código Civil) quando exista um contrato entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando a violação de deveres médicos de forma geral seja concomitantemente uma violação ou incumprimento dos deveres contratuais. Diferentemente, existirá responsabilidade extracontratual (com consagração legal nos artigos 483º e seguintes do Código Civil) quando não haja sido celebra-

do qualquer contrato entre o médico e o paciente e se esteja perante a violação de interesses ou direitos alheios, de que são exemplo, o direito à vida e o direito à saúde.

Tendo por base o que já havia sido decidido em sede de despacho saneador, o Tribunal não tem dúvidas de que a prestação de cuidados prestados pela médica obstetra e pela médica pediatra tem natureza contratual e deverá, consequentemente, ser considerada como a execução do contrato celebrado através da prestação de ato médico.

Tratando-se, portanto, de responsabilidade contratual, caberá às Rés a demonstração, no processo, de que os danos ocorridos não procederam de culpa sua.

É ainda de ressaltar uma devida distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados, já que o ónus da prova da culpa funciona em termos distintos em cada um. Nomeadamente, no caso de uma obrigação de resultado, a mera prova do incumprimento faz presumir a censurabilidade da conduta do devedor, nada impedindo, porém, que este faça prova em contrário. Já no caso de uma obrigação de meios, caberá ao credor proceder à prova de que a conduta do devedor foi não conforme às regras de atuação suscetíveis de alcançar o resultado pretendido.

Note-se, contudo, que os profissionais de saúde não se comprometem com a garantia da cura dos doentes que observam e tratam, mas sim com a garantia de que empregarão os seus conhecimentos e os meios técnicos ao seu dispor, para conseguirem promover o bem-estar dos pacientes. Significa isto que, caso a intervenção médica não produza o resultado terapêutico almejado, tal não constitui, por si só, motivo suficiente para que o doente exija uma compensação pelos danos sofridos; para tal, é imperioso que se some um comportamento

negligente ou doloso por parte do médico, que tenha dado origem a essa não produção do resultado pretendido.

Em suma, trata-se de uma obrigação de meios, nos termos da qual, o profissional de saúde falha quando não utiliza no caso concreto perante si, os seus conhecimentos e as técnicas disponíveis, com diligência e perícia.

b) A Não Demonstração de Erro Médico

As autoras alegaram ainda que, devido à falta de meios por parte do Hospital onde decorreu o parto, houve uma falta de monitorização permanente através do CTG, em consequência do que ocorreu o sofrimento fetal da segunda Autora. A isto acrescentam ainda que o tempo que decorreu desde a indução do trabalho de parto e a expulsão, somados da falta de entubação e oxigenação da bebé uma vez nascida, foram causa da incapacidade desta.

Trata-se aqui de matéria que caberia às Autoras provar, o que, entende o Tribunal, não ter sucedido, inexistindo qualquernexo causal entre os atos dos profissionais de saúde e a incapacidade de que a segunda Autora padece.

Ora, no ordenamento jurídico português, não existe a obrigação de indemnização independente de culpa no que diz respeito a atos médicos, o que quer dizer que, quando não seja demonstrada a culpa, se dá como inexistente a responsabilidade civil médica.

3. A Decisão

No caso sob análise, o que importava decidir era o direito das Autoras ao recebimento de indemnizações por si peticionadas relativamente a danos patrimoniais e não patrimoniais, em resultado de negligência médica.

As Autoras intentaram uma ação declarativa de condenação, sob a forma de processo comum con-

tra todos os intervenientes no parto, peticionando que os Réus sejam, solidariamente, condenados ao pagamento: quanto à primeira Autora, de um valor global de € 2 193 450,49; e quanto à segunda Autora, de um valor total de € 1 507 500.

A decisão proferida pelo tribunal, tendo por base os factos dados como provados, foi a de julgar a ação como totalmente improcedente, com a consequente absolvição dos Réus dos pedidos das Autoras.

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

No âmbito da decisão, houve uma testemunha que foi essencial para a fundamentação da prova fáctica, um médico neurologista pediátrico que havia, inclusivamente, acompanhado a segunda Autora desde as cinco semanas de vida. No seu depoimento, e tendo começado com uma orientação científica abstrata, o médico neurologista apresentou um estudo realizado nos Estados Unidos da América há mais de 20 anos, em que se demonstrou que este tipo de casos de paralisia cerebral têm um âmbito muito superior de insultos durante a vida intrauterina, e não tanto (como se tende a pensar) em sede do parto. Dito isto, o médico passou para um panorama mais concreto, relativo ao caso específico daquela bebé. A segunda Autora, quando começou a ser seguida pelo médico, trazia um diagnóstico em aberto de doença metabólica, tendo embora sido vista por vários especialistas estrangeiros que, inclusivamente, afastaram por completo a questão metabólica; além disso, a ressonância realizada na bebé demonstrava lesões com envolvimento até ao nível do tronco cerebral, o que não é típico de doença hipóxico-isquémica aquando do parto; e acompanhava-se ainda de uma ecografia que demonstrava que ao primeiro e segundo dia de vida já existia edema.

De acordo com o testemunho deste médico, conjugando o facto de o tronco cerebral já estar envolvido nos primeiros dias de vida, ao facto de já existir edema, tudo sugere que seja muitíssimo provável que o insulto tenha ocorrido no período intrauterino. Uma posição e entendimento que encontra, inclusive, suporte no Relatório da Perícia de Avaliação do Dano Corporal em Direito Civil, e no Parecer do Conselho Médico Legal junto aos autos.

É tido como um facto provado que a etiologia hipóxico-isquémica é perinatal; mas caberá acrescentar que o período perinatal abrange o período ante expulsivo, expulsivo e pós-natal; em resultado dos depoimentos ouvidos e demais provas, concluiu o Tribunal que o facto ocorreu no período intrauterino, não tendo, assim, existido qualquer falha médica.

Atentando agora sobre um outro aspeto, tratando-se aqui de uma obrigação de meios, o ónus de prova da culpa funcionava a cargo das Autoras que, porém, não lograram provar quer a existência de falha médica no momento do parto e no momento subsequente ao mesmo; quer relativamente ao hospital por falta de monitorização permanente/CTG.

Note-se, por fim, e a título meramente complementar, que as Autoras demandaram todos os intervenientes do parto, mas não o médico obstetra que havia acompanhado a primeira Autora até ao momento do parto. Se se viesse a comprovar, com certeza, que o insulto havia ocorrido em um momento exato durante a gestação por que se pudesse responsabilizar o profissional de saúde, este não estaria na ação, não podendo o Tribunal responsabilizá-lo.

CASO 4 | APRESENTANTE: CRISTINA MARIA NUNES SOARES TAVARES COELHO

A. Identificação da decisão: Processo n.º 15063/16.9T8LSB.L3. Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo Central Cível de Lisboa. Recurso de Apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa.

B. Palavras-chave: Responsabilidade contratual; obrigação de meios; dano de perda de chance; recurso de apelação.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Os incidentes ocorreram em 2015, tendo a ação sido proposta em 2016; a sentença da primeira instância proferida em 2020, e o acórdão do Tribunal da Relação data de 2021.
- ii) Lúcio Manuel é marido da primeira Autora e pai do segundo Autor.
- iii) A 13 de janeiro de 2015, o senhor, foi observado no serviço de urgências de um hospital particular em Lisboa, tendo sido o segundo Autor informado de que o pai precisava de ser submetido a uma operação de carácter urgente para retirar a vesícula, que se encontrava com sinais claros de infeção, que poderia alastrar a outros órgãos se aquele não fosse removido.
- iv) Tendo o segundo Autor consentido, a operação realizou-se na madrugada do dia 14 de janeiro de 2015, tendo corrido aparentemente bem.
- v) Até ao dia 23 de janeiro de 2015, dia em que teve alta hospitalar, foram realizadas

ao senhor Lúcio, 5 sessões de fisioterapia. O Réu, porém, debitou 15 tratamentos de fisioterapia na fatura que enviou para a residência dos Autores.

- vi) A médica fisiatra do Hospital indicou uma fisioterapeuta que realizaria sessões de fisioterapia no domicílio, tendo esta, porém, apenas aparecido na casa dos Autores 3 vezes na semana a seguir à alta hospitalar, sessões essas em que não conseguiu levantar o senhor, nem realizou qualquer ato de fisioterapia, mostrando-se mais preocupada com o seu veículo do que com o paciente.
- vii) Tudo o que ficou acima exposto gerou nos Autores um sentimento de tristeza, angústia e frustração, perante o ocorrido e posterior agravamento do estado de saúde de Lúcio Manuel, que veio efetivamente a falecer aproximadamente 8 meses depois de ter alta hospitalar, a 20 de setembro de 2015.

2. O Direito

Os Autores propuseram a ação assente em dois pressupostos distintos e que caberão analisar separadamente.

a) A Responsabilidade Civil do Hospital

Primeiramente, e perante a questão da responsabilidade, importará começar por analisar o tipo de responsabilidade aqui presente, podendo este ser de dois tipos. Haverá uma situação de responsabilidade contratual (consagrada nos artigos 798º e seguintes do Código Civil) quando se esteja perante um contrato celebrado entre o paciente e o médico ou a instituição hospitalar e quando exista a violação de deveres médicos de forma geral,

que corresponda igualmente a uma violação ou um incumprimento de deveres contratuais. Por outro lado, haverá uma situação de responsabilidade extracontratual (consagrada nos artigos 483º e seguintes do Código Civil) quando não exista um contrato celebrado entre o médico e o paciente e se esteja perante a violação de interesses ou direitos.

In casu, estamos perante uma situação em que existe, entre o paciente e o hospital, um contrato de prestação de serviços médicos total, pelo que a podemos enquadrar como uma situação de responsabilidade contratual do hospital, nos termos do artigo 800º, n.º 1 do Código Civil, isto é, uma responsabilidade pelos atos de todos os intervenientes durante o período de internamento do paciente.

Note-se, todavia, que o hospitalar responderá objetivamente pelos danos que hajam sido causados pelos seus funcionários, mas somente quando se verifique, quanto àqueles, a infração dos seus deveres de conduta. Significa isto, que caberá à parte lesada, no caso, aos Autores, a prova do facto ilícito, do dano causado e do nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano sofrido, havendo, quanto ao pressuposto da culpa, uma presunção da mesma, nos termos do artigo 799º do Código Civil.

Este é ainda um caso de uma obrigação de meios, o que implica, para realização da prova do cumprimento defeituoso, a demonstração da prática pelo devedor de atos inadequados ao alcance do fim pretendido.

b) Ressarcimento do Dano de Perda de Chance

Quanto ao dano autónomo de perda de chance, admitindo-o como ressarcível, impõe-se a verificação dos pressupostos da responsabilidade contratual, apenas se alterando o nexo causal a demonstrar, que terá de incidir entre o facto ilícito e o concreto dano de perda de chance.

Mais propriamente, ao lesado que pretenda o ressarcimento por dano de perda de chance, caberá provar que a atuação do profissional de saúde ou do hospital (como é o caso), foi *conditio sine qua non* para a perda da possibilidade de obtenção de uma vantagem ou possibilidade de evitar um prejuízo.

3. A Decisão

A 14 de junho de 2016, os Autores intentaram uma ação declarativa com processo comum, pedindo a condenação do Réu a entregar relatórios hospitalares requeridos e ao pagamento de indenizações por: dano de perda de chance, dano morte do familiar e danos não patrimoniais, num valor total de € 150 000, bem como juros de mora sobre a totalidade dos valores das indenizações pedidas.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente, uma vez que resultaram não provados grande parte dos factos que haviam sido alegados pelos Autores. No seguimento desta decisão, os Autores apelaram.

Em sede de recurso, mais uma vez, os Autores não lograram provar os factos que haviam alegado, em consequência do que, o Tribunal julgou improcedente a apelação, mantendo-se, consequentemente, a decisão recorrida.

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

A primeira questão levantada é relativa à pretensão dos Autores, que estes pretenderam basear numa análise cronológica da situação, através de uma lógica de comparação da situação do senhor Lúcio antes de dar entrada no hospital e depois de ter tido alta hospitalar. Acontece que o Tribunal jamais se poderia contentar com esta prova cronológica, já que, sendo certo que, ao momento da entrada no hospital, o paciente detinha alguma au-

tonomia, sendo nomeadamente capaz de caminhar, comer sozinho, ler e escrever; a verdade é que são inúmeros os fatores que colocam em causa uma tal lógica, nomeadamente se podendo apontar: a idade do paciente (80 anos) e patologias de que já padecia, entre as quais doença de Alzheimer moderada a grave, hipertensão, diabetes, hipertiroidismo, tendo inclusivamente já sido submetido a intervenções cirúrgicas por ter uma colecistite aguda gangrenada com evidentes sinais de infeção e em consequência da qual existia risco de vida.

Note-se que a cirurgia a que o senhor Lúcio foi submetido, era imprescindível, não tendo sequer os Autores levantado quaisquer questões relativas à mesma, afirmando, inclusivamente, que tinha corrido bem. O problema que aqui se levanta é relativo ao período pós-operatório. Ouvidos os médicos, porém, enquanto testemunhas, foi possível ao Tribunal apurar que pelo tempo necessário para ultrapassar a situação de que padecia o senhor Lúcio (incluindo operação e pós-operatório), sempre existiriam, necessariamente, repercussões na mobilidade do paciente que apenas mediante fisioterapia, e numa perspetiva de longo-prazo, poderia recuperar. Além disto, a própria circunstância de internamento hospitalar, gera no paciente repercussões quanto ao seu estado mental, algo inclusivamente assinalado nos registos clínicos. Em suma, a debilitação em termos de mobilidade, bem como em termos de bem-estar mental do paciente não se ficaram a dever à prática de qualquer facto ilícito cometido pelos profissionais de saúde, mas estão sim associados à doença de Alzheimer de que já padecia, juntamente com as demais patologias de que sofria e o necessário tempo de internamento pós-operatório.

Os Autores invocavam ainda um problema relativo a uma bactéria multirresistente que veio a ser

diagnosticada ao senhor Lúcio, procurando também aqui responsabilizar o Réu. Ficou, no entanto, provado que a bactéria apenas havia sido diagnosticada após a alta hospitalar; falhando os Autores em provar o contrário. O diagnóstico da bactéria multirresistente data de 24 dias após a alta hospitalar, o que, por si só, faz depreender que a bactéria não teve origem no internamento do paciente no hospital. Sendo depois conhecido pelo Tribunal que após a alta hospitalar, o senhor Lúcio foi colocado num Lar, contra quem, veio também o Tribunal a ter conhecimento, os Autores haviam igualmente intentado uma ação por negligência na assistência ao seu familiar.

Refletindo agora sobre a responsabilidade civil e, como visto anteriormente, estamos no domínio da responsabilidade contratual, tendo o Tribunal considerado o hospital como único responsável, uma vez que respondia pelos atos de todas as pessoas que utilizou para prestar a sua obrigação de assistência ao paciente, tanto dentro do edifício do hospital como fora (relativamente à fisioterapia).

Nesse sentido, para que o Réu viesse a ser condenado, seria necessário que, quanto àquele, se verificassem todos os pressupostos da responsabilidade civil (sendo certo que existiria uma presunção de culpa). O que, no caso sob análise, não se logrou verificar, não tanto por os Autores não terem conseguido provar de forma eficaz, mas porque o Réu foi capaz de provar a não existência dos pressupostos necessários.

Recaindo agora a análise do caso sobre os meios de prova, a prova utilizada teve como ponto de partida e elemento essencial os registos clínicos do paciente durante o tempo do seu internamento hospitalar. Caberá, desde já, e a título elucidativo frisar que os registos clínicos hospitalares e os registos no âmbito de operações são bastante dife-

rentes; ao passo que os primeiros são relativamente simples de interpretação, os segundos requerem a intervenção de um perito que os analise e interprete, sendo a prova pericial que daí resulte, a que o juiz tomará em consideração. Neste caso, porém, o que está em causa é o registo hospitalar, que consiste em um registo diário e que tem imensa informação sobre o estado do paciente e sobre o que é ou não realizado no mesmo, o que é passível de ser compreendido pelo tribunal, além de, e como sucedeu neste processo, facilmente esclarecido pelos profissionais de saúde em causa, mediante prestação de testemunho.

Por fim, será importante deixar uma nota de que estes tipos de situações são bastante comuns, sendo estas ações, permitidas pelo atual modelo, e que conduzem ao arrastamento da justiça comprometendo a atividade dos tribunais, além das implicações que acarreta para todos os profissionais de saúde envolvidos. Levanta-se, então, a questão de saber se este é o modelo mais adequado, se não deveria existir um outro modelo. Permitir que se torne comum e aceitável que situações em que pessoas debilitadas submetidas a uma cirurgia necessária, com um contexto médico antecedente difícil e com uma recuperação complicada e evidentemente comprometida pelo seu estado base, acedam a tribunal, procurando responsabilizar os profissionais de saúde que cuidaram do paciente, parece poder levar à colocação em xeque do Serviço Nacional de Saúde, e dos profissionais em causa.

Jamais pretendendo retirar aos cidadãos o seu direito de recorrer a tribunal pugnando pelas suas pretensões, o que aqui se questiona é a adequação do modelo atual, dadas as repercussões geradas para a justiça e para os profissionais. E terminando com uma questão, será o modelo atual o ideal?

Mesa 2

PROBLEMAS PENAIIS DE DIIREITO MÉDICO E OUTROS TEMAS DE DIREITO DA SAÚDE

Presidente da Mesa: *Helena Moniz* · Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça · Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

Relator: *Rachel Saab*

CASO 1

APRESENTANTE: PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 15467/15.4T9PRT.P1.S1, de 06-06-2023

B. Palavras-chave: negligência médica, médico, formador, estágio, responsabilidade médica, ofensa à integridade física por negligência, *leges artis*, absolvição de crime, indemnização, danos não patrimoniais

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. *Os Factos*

- i) O arguido é médico e exerce funções como médico cirurgião da especialidade de cirurgia geral, no centro hospitalar;
- ii) Na altura, o arguido era o orientador e responsável pelo estágio profissional das arguidas BB e CC;
- iii) A arguida BB é médica, e, na altura, era interna de formação específica de cirurgia vascular;

- iv) No âmbito da sua formação, a arguida BB realizava procedimentos cirúrgicos, sempre sob a supervisão do médico da respetiva especialidade;
- v) A arguida CC é médica e, a partir de maio de 2015, foi interna de dermatologia;
- vi) Desde setembro de 2014, a ofendida apresentava um lipoma na zona lombar direita, com cerca de 1cm de maior diâmetro, doloroso à palpação e não aderente aos planos profundos;
- vii) No dia 21 de novembro de 2014, o médico da unidade de saúde familiar dirigiu um pedido ao centro hospitalar para observação da ofendida, pela especialidade de cirurgia geral, para excisão do lipoma na zona lombar direita;
- viii) Após os trâmites internos, no dia 17 de abril de 2015, a ofendida foi observada em consulta externa de cirurgia ambulatório no centro hospitalar. Na consulta, foi confirmada a presença de lipoma na região lombar direita;
- ix) Na sequência, a ofendida foi encaminhada para cirurgia de exérese do lipoma na região lombar direita, a realizar-se no dia 20 de maio de 2015;

21

- x) Com vista à realização desse procedimento, a ofendida assinou o consentimento livre e esclarecido para atos médicos;
- xi) A cirurgia foi realizada em ambulatório, no dia 20 de maio de 2015, no centro hospitalar;
- xii) A intervenção cirúrgica consistia na exérese do lipoma na região lombar direita tal como previamente identificado;
- xiii) Na cirurgia, participaram as arguidas BB e CC e o arguido AA, este como especialista em cirurgia geral e orientador de formação das duas arguidas;
- xiv) No dia 20 de maio de 2015, depois de ingressar na sala onde se iria realizar o procedimento cirúrgico, a pedida, a ofendida indicou o local onde se situava o lipoma a extrair;
- xv) Porque os arguidos estavam desatentos, não observaram as regras estipuladas para a identificação do local a operar e não marcaram convenientemente o local cirúrgico;
- xvi) Por não terem atuado com a cautela e o cuidado de que deviam, eram capazes e estavam obrigados, os arguidos fizeram uma incisão na área da nádega direita da ofendida, no grande glúteo superior direito e daí extraíram material que remeteram para análise, mas que não correspondia ao referido lipoma;
- xvii) Os arguidos não removeram o lipoma na região lombar direita que tinha determinado a realização da cirurgia e que causa dor à ofendida;
- xviii) Ao realizarem o procedimento cirúrgico descrito, os arguidos não atuaram com a diligência e o cuidado devidos e exigíveis a uma equipa médica e a que estavam obrigados e de que eram capazes, acautelando-se de que não procediam à incisão e remoção de material adiposo em outro local que não o cirúrgico, antes atuaram sem observar as regras de cuidado que lhe eram impostas e que o dever geral de prudência aconselha, adotando um estado de concentração imprudente, sem prestar atenção às concretas condições em que desenvolviam o ato cirúrgico em questão, pois podiam e deviam ter previsto e evitado a realização da cirurgia em local que não o cirúrgico;
- xix) O arguido AA, na qualidade de especialista em cirurgia geral e orientador de formação das duas arguidas, não cumpriu o dever de orientação da atuação destas, por forma a cumprirem as regras de cuidado que são impostas aquando da realização de procedimentos cirúrgicos, para evitar a realização da cirurgia em local que não o cirúrgico, confiando levemente que tal não iria acontecer;
- xx) Os arguidos agiram de forma leviana e imprudente, tendo previsto como possível que em resultado da inobservância, na íntegra, do procedimento de marcação do local cirúrgico, poderiam realizar o procedimento cirúrgico em local diferente do local cirúrgico, como fizeram, lesando a ofendida no seu corpo, mas levemente confiaram que tal não viria a acontecer;
- xxi) Em decorrência da intervenção cirúrgica, a ofendida ficou com uma cicatriz com 3,5cm, linear, no membro inferior direito, com vestígios de pontos de sutura, nacara-

da de direção horizontal, localizada no quadrante supero medial da região nadegueira direita, que lhe causou dor e sofrimento;

xxii) O lipoma a extrair mantém-se e necessitará de futura intervenção a que necessariamente a ofendida se submeterá; e

xxiii) A ofendida sofre de dores permanentes fruto da intervenção clínica, que constituem um sofrimento desnecessário e injustificado.

2. O Direito

Estava em causa a responsabilidade – civil e penal – médica por ofensa à integridade física por negligência.

O caso possui uma particularidade que assumiu relevo na solução da controvérsia, nomeadamente, a participação de um médico formador e de duas médicas internas estagiárias na intervenção cirúrgica realizada na ofendida para a exérese de um lipoma localizado na região lombar direita. Em específico, (i) a primeira interna encontrava-se no 1.º ano de formação da especialidade médica em cirurgia vascular; e (ii) a segunda médica interna havia iniciado o internato de especialidade de dermatovenereologia cerca de duas semanas antes da cirurgia em causa.

A medicina em equipa é marcada pela divisão horizontal de trabalho, que pressupõe a repartição das atividades entre profissionais com um nível semelhante de conhecimentos e capacidades, ainda que com qualificações profissionais distintas. Em tal contexto, os profissionais encontram-se em posição de igualdade.

O mesmo não ocorre na relação de formação estabelecida entre o médico formador e os médicos internos. Nestes casos, está presente uma divisão

vertical de trabalho, em que há uma estrutura hierárquica. De um lado, supõe-se o exercício dos deveres de orientação, controlo e vigilância por parte do médico formador. De outra parte, os médicos internos devem observar os correlativos deveres de obediência.

Assim, desde que o médico interno atue em conformidade com as instruções e ordens do médico tutor, se dessa atuação derivar uma lesão para o paciente, só o orientador da formação poderá, em princípio, ser responsabilizado por não ter cumprido o seu dever de controlo e intervenção. Não se exclui a possibilidade de o médico interno vir a ser responsabilizado, caso se demonstre que este violou o dever objetivo de cuidado.

Se, no exercício da medicina em equipa, o princípio da confiança assume centralidade, o mesmo já não ocorre na divisão vertical de trabalho, cujo enfoque recai sobre os deveres de controlo e fiscalização pelo médico orientador. Tais premissas refletem na delimitação das responsabilidades.

No caso concreto, sobressaiu o facto de as arquivadas se encontrarem numa fase muito inicial do seu internato médico, em especialidades que sequer se relacionavam diretamente ao ato cirúrgico em causa. Nesta moldura, entendeu-se que sobre o médico tutor recaía um acentuado dever de fiscalização da atuação das médicas em formação, a que acrescem ainda deveres de controlo e supervisão. Por sua vez, sobre as médicas em formação incumbia um dever de obediência, ainda que este não fosse absoluto.

Concluiu-se que nenhuma responsabilidade poderia ser imputada às médicas internas, designadamente, por violação do dever objetivo de cuidado. Tal responsabilidade, consubstanciada no desleixo, na falta de cuidado e na desatenção relativamente às concretas condições em foi desenvolvido o men-

cionado ato cirúrgico, foi atribuída exclusivamente ao médico cirurgião formador e responsável pelo estágio das arguidas.

3. A Decisão

O STJ julgou procedente o recurso das arguidas médicas BB e CC, ainda que tenha adotado fundamentação diversa. Por consequência, revogou o acórdão recorrido nesta parte, absolvendo-as do crime de ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º n.º 1, do CP), e da indemnização a pagar à ofendida a que haviam sido condenadas.

Por outro lado, o STJ julgou improcedente o recurso do médico arguido AA, tendo mantido a condenação deste pela prática do crime de ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º n.º 1, do CP), na pena de 110 (cento e dez) dias de multa, à taxa diária de € 12,50 (doze euros e cinquenta cêntimos), no valor total de € 1.375,00 (mil trezentos e setenta e cinco euros), bem como no pagamento da quantia de € 15.000,00 (quinze mil euros) à ofendida, a título de indemnização dos danos não patrimoniais sofridos por esta, acrescida de juros de mora, à taxa legal, contados desde a data da prolação deste acórdão e até ao efetivo e integral pagamento. As custas ficaram a cargo do médico arguido AA.

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

O debate centrou-se na aferição da responsabilidade quando está em causa uma relação médica de formação.

Destacou-se que, no exercício da medicina em equipa, a norma é que haja uma divisão horizontal de trabalho. Contudo, no domínio da relação entre o médico formador e as médicas em formação, há uma divisão vertical do trabalho. Por um lado,

o médico formador tem o dever de supervisão e controlo. Por outro lado, as médicas em formação possuem um dever de obediência às orientações do formador. Sublinhou-se que, embora o dever de obediência dos médicos em formação não seja absoluto, este constitui a regra.

Na divisão vertical de trabalho, em princípio, a responsabilidade é do médico formador. No caso em apreço, concluiu-se que o médico formador incumpriu o dever de orientação, pelo que é responsável pela ofensa à integridade física da ofendida ocasionada pela errônea intervenção cirúrgica.

Na discussão, sublinhou-se o facto de as formandas se encontrarem no início da sua formação, o que justificava um especial dever de supervisão e fiscalização por parte do médico formador. Cogitou-se a possibilidade de as médicas em formação serem responsáveis pelo ocorrido, caso ficasse provado que não cumpriram as orientações do médico formador.

Indagou-se se a decisão teria sido distinta, caso uma das médicas em formação tivesse sido a pessoa responsável por fazer a marcação do local da intervenção cirúrgica. O apresentante destacou que o médico formador era o especialista em cirurgia geral. Portanto, cabia-lhe efetuar a marcação do local cirúrgico – ainda que auxiliado pelas médicas internas –, tanto mais que a própria paciente havia indicado o local em concreto ao início da intervenção. A correta marcação do local cirúrgico constituía uma atividade essencial para o resultado da intervenção.

No caso em análise, não se aplicava a responsabilidade das médicas em formação. Nada obstante, destacou-se que, no direito português, não se exclui a possibilidade de os médicos internos serem responsabilizados até mesmo em exclusivo, caso tenham excedido as suas funções ou não tenham observado as orientações do médico formador.

Além disso, pode-se exigir um comportamento diverso do interno, caso esteja em um estágio mais avançado da sua formação. A solução jurídica dependerá das circunstâncias do caso concreto e do que for dado como provado.

No debate, indicou-se que o tipo legal de crime em causa autoriza a condenação por pena de prisão ou pena de multa, segundo os critérios gerais estabelecidos nos artigos 70.º e seguintes do Código Penal português. Observada a prevenção geral e especial, em função da moldura do tipo é que se constrói a pena em concreto. No caso em apreço, dada a ausência de antecedentes criminais e considerando as circunstâncias fácticas, concluiu-se pela aplicação da pena de multa de EUR 1.275,00 e pela indemnização a título de danos não patrimoniais no valor de EUR 15.000,00.

CASO 2

APRESENTANTE: SÓNIA FIDALGO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 15467/15.4T9PRT.P1.S1, de 06-06-2023

B. Palavras-chave: negligência médica, médico, formador, estágio, responsabilidade médica, ofensa à integridade física por negligência, *leges artis*, absolvição de crime, indemnização, danos não patrimoniais

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O arguido é médico e exerce funções como médico cirurgião da especialidade de cirurgia geral, no centro hospitalar;

- ii) Na altura, o arguido era o orientador e responsável pelo estágio profissional das arguidas BB e CC;
- iii) A arguida BB é médica, e, na altura, era interna de formação específica de cirurgia vascular;
- iv) No âmbito da sua formação, a arguida BB realizava procedimentos cirúrgicos, sempre sob a supervisão do médico da respetiva especialidade;
- v) A arguida CC é médica e, a partir de maio de 2015, foi interna de dermatologia;
- vi) Desde setembro de 2014, a ofendida apresentava um lipoma na zona lombar direita, com cerca de 1cm de maior diâmetro, doloroso à palpação e não aderente aos planos profundos;
- vii) No dia 21 de novembro de 2014, o médico da unidade de saúde familiar dirigiu um pedido ao centro hospitalar para observação da ofendida, pela especialidade de cirurgia geral, para excisão do lipoma na zona lombar direita;
- viii) Após os trâmites internos, no dia 17 de abril de 2015, a ofendida foi observada em consulta externa de cirurgia ambulatório no centro hospitalar. Na consulta, foi confirmada a presença de lipoma na região lombar direita;
- ix) Na sequência, a ofendida foi encaminhada para cirurgia de exérese do lipoma na região lombar direita, a realizar-se no dia 20 de maio de 2015;
- x) Com vista à realização desse procedimento, a ofendida assinou o con-

sentimento livre e esclarecido para atos médicos;

- xi) A cirurgia foi realizada em ambulatório, no dia 20 de maio de 2015, no centro hospitalar;
- xii) A intervenção cirúrgica consistia na exérese do lipoma na região lombar direita tal como previamente identificado;
- xiii) Na cirurgia, participaram as arguidas BB e CC e o arguido AA, este como especialista em cirurgia geral e orientador de formação das duas arguidas;
- xiv) No dia 20 de maio de 2015, depois de ingressar na sala onde se iria realizar o procedimento cirúrgico, a pedida, a ofendida indicou o local onde se situava o lipoma a extrair;
- xv) Porque os arguidos estavam desatentos, não observaram as regras estipuladas para a identificação do local a operar e não marcaram convenientemente o local cirúrgico;
- xvi) Por não terem atuado com a cautela e o cuidado de que deviam, eram capazes e estavam obrigados, os arguidos fizeram uma incisão na área da nádega direita da ofendida, no grande glúteo superior direito e daí extraíram material que remeteram para análise, mas que não correspondia ao referido lipoma;
- xvii) Os arguidos não removeram o lipoma na região lombar direita que tinha determinado a realização da cirurgia e que causa dor à ofendida;
- xviii) Ao realizarem o procedimento cirúrgico descrito, os arguidos não atuaram com a diligência e o cuidado devidos e exi-

gíveis a uma equipa médica e a que estavam obrigados e de que eram capazes, acautelando-se de que não procediam à incisão e remoção de material adiposo em outro local que não o cirúrgico, antes atuaram sem observar as regras de cuidado que lhe eram impostas e que o dever geral de prudência aconselha, adotando um estado de concentração imprudente, sem prestar atenção às concretas condições em que desenvolviam o ato cirúrgico em questão, pois podiam e deviam ter previsto e evitado a realização da cirurgia em local que não o cirúrgico;

- xix) O arguido AA, na qualidade de especialista em cirurgia geral e orientador de formação das duas arguidas, não cumpriu o dever de orientação da atuação destas, por forma a cumprirem as regras de cuidado que são impostas aquando da realização de procedimentos cirúrgicos, para evitar a realização da cirurgia em local que não o cirúrgico, confiando levemente que tal não iria acontecer;
- xx) Os arguidos agiram de forma leviana e imprudente, tendo previsto como possível que em resultado da inobservância, na íntegra, do procedimento de marcação do local cirúrgico, poderiam realizar o procedimento cirúrgico em local diferente do local cirúrgico, como fizeram, lesando a ofendida no seu corpo, mas levemente confiaram que tal não viria a acontecer;
- xxi) Em decorrência da intervenção cirúrgica, a ofendida ficou com uma cicatriz com 3,5cm, linear, no membro inferior direito, com vestígios de pontos de sutura, nacarada de direção horizontal, localizada no qua-

drante supero medial da região nadegueira direita, que lhe causou dor e sofrimento;

xxii) O lipoma a extrair mantém-se e necessitará de futura intervenção a que necessariamente a ofendida se submeterá; e

xxiii) A ofendida sofre de dores permanentes fruto da intervenção clínica, que constituem um sofrimento desnecessário e injustificado.

2. O Direito

Estava em causa a responsabilidade – civil e penal – médica por ofensa à integridade física por negligência.

O caso possui uma particularidade que assume relevo na solução da controvérsia, nomeadamente, a participação de um médico formador e de duas médicas internas estagiárias na intervenção cirúrgica realizada na ofendida. Em específico, (i) a primeira interna encontrava-se no 1.º ano de formação da especialidade médica em cirurgia vascular; e (ii) a segunda médica interna havia iniciado o internato de especialidade de dermatovenereologia cerca de duas semanas antes da cirurgia em causa.

A medicina em equipa é marcada pela divisão horizontal de trabalho, que pressupõe a repartição das atividades entre profissionais com um nível semelhante de conhecimentos e capacidades, ainda que com qualificações profissionais distintas. Em tal contexto, os profissionais encontram-se em posição de igualdade.

O mesmo não ocorre na relação de formação estabelecida entre o médico formador e os médicos internos. Nestes casos, está presente uma divisão vertical de trabalho, em que há uma estrutura hierárquica. De um lado, supõe-se o exercício dos deveres de orientação, controlo e vigilância por parte

do médico formador. De outra parte, os médicos internos devem observar os correlativos deveres de obediência.

Assim, desde que o médico interno atue em conformidade com as instruções e ordens do médico tutor, se dessa atuação derivar uma lesão para o paciente, só o orientador da formação poderá, em princípio, ser responsabilizado por não ter cumprido o seu dever de controlo e intervenção. Não se exclui a possibilidade de o médico interno vir a ser responsabilizado, caso se demonstre que este violou o dever objetivo de cuidado.

Se, no exercício da medicina em equipa, o princípio da confiança assume centralidade, o mesmo já não ocorre na divisão vertical de trabalho, cujo enfoque recai sobre os deveres de controlo e fiscalização pelo médico orientador. Tais premissas refletem na delimitação das responsabilidades.

No caso concreto, sobressaiu o facto de as arguidas se encontrarem numa fase muito inicial do seu internato médico, em especialidades que sequer se relacionavam diretamente ao ato cirúrgico em causa. Nesta moldura, entendeu-se que sobre o médico tutor recaía um acentuado dever de fiscalização da atuação das médicas em formação, a que acrescem ainda deveres de controlo e supervisão. Por sua vez, sobre as médicas em formação incumbia um dever de obediência, ainda que este não fosse absoluto.

Concluiu-se que nenhuma responsabilidade poderia ser imputada às médicas internas, designadamente, por violação do dever objetivo de cuidado. Tal responsabilidade, consubstanciada no desleixo, falta de cuidado e desatenção relativamente às concretas condições em foi desenvolvido o mencionado ato cirúrgico, foi atribuída exclusivamente ao médico cirurgião formador e responsável pelo estágio das arguidas.

3. A Decisão

Ainda que tenha adotado fundamentação diversa, o STJ julgou procedente o recurso das arguidas médicas BB e CC. Por conseguinte, revogou o acórdão recorrido nesta parte, absolvendo-as do crime de ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º n.º 1, do CP), e da indemnização a pagar à ofendida a que haviam sido condenadas.

Por outro lado, o STJ julgou improcedente o recurso do médico arguido AA, tendo mantido a condenação deste pela prática do crime de ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º n.º 1, do CP), na pena de 110 (cento e dez) dias de multa, à taxa diária de € 12,50 (doze euros e cinquenta cêntimos), no valor total de € 1 375,00 (mil trezentos e setenta e cinco euros), bem como no pagamento da quantia de € 15.000,00 (quinze mil euros) à ofendida, a título de indemnização para compensar os danos não patrimoniais sofridos por esta, acrescida de juros de mora, à taxa legal, contados desde a data da prolação deste acórdão e até efetivo e integral pagamento.

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

O debate centrou-se na responsabilidade penal médica, nomeadamente, na condenação do médico por ofensa à integridade física por negligência. Sublinhou-se que, no Brasil, este ilícito corresponde às ofensas corporais culposas.

Em primeiro lugar, foram assinalados os requisitos para o preenchimento da responsabilidade por ofensa à integridade física por negligência. Em específico, importava identificar a existência de uma conduta negligente dos profissionais de saúde, com a distinção entre o tipo de ilícito negligente e o tipo de culpa negligente. Por um lado, para a configuração do tipo de ilícito, era preciso averi-

guar se houve uma violação do dever objetivo de cuidado. Por outro lado, deveria ter ocorrido uma atitude de desleixo, a fim de fundamentar a culpa negligente. No caso em apreço, provou-se que (i) a paciente tinha um lipoma na zona lombar direita; (ii) não foi marcado o local cirúrgico; e (iii) foi feita uma intervenção desnecessária na nádega direita. Logo, encontravam-se preenchidos o tipo de ilícito e o tipo de culpa da ofensa à integridade física por negligência. A apresentante posicionou-se em concordância com o sentido da decisão.

Em seguida, havia o problema da atribuição da responsabilidade, uma vez que três pessoas intervieram na cirurgia. Considerando que todos tinham sido absolvidos em primeira instância e foram condenados em segunda instância, colocava-se a seguinte questão: perante a equipa médica em concreto, poderiam ser adotados os critérios comumente utilizados para determinar a responsabilidade nas equipas, designadamente, o princípio da divisão de trabalho e o princípio da confiança? Na relação entre o médico formador e as médicas internas pode-se convocar o princípio da confiança para delimitar o tipo de ilícito negligente?

No caso em apreço, entendeu-se que o princípio da confiança não se aplica à relação entre o médico tutor e os médicos internos. A esse propósito, destacou-se a existência de duas abordagens doutrinárias quanto ao tema. De um lado, há quem entenda que devemos tratar este problema no âmbito da divisão vertical de trabalho, em consonância com a solução jurídica adotada no acórdão. Neste caso, os Conselheiros entenderam que estava em causa uma relação vertical de trabalho, em que não se podia convocar o princípio da confiança, porque o médico tutor tem o dever constante de controlo e acompanhamento daquilo que é feito pelos internos. Por outro lado, há quem defenda que não há

propriamente uma equipa médica, uma vez que a relação que se estabelece entre o tutor e os orientandos é uma relação de formação.

Dito diversamente, ou convoca-se a noção de equipa médica marcada por uma relação vertical de trabalho, de modo a afastar o princípio da confiança, ou afirma-se que sequer é necessário convocar os problemas da distribuição de trabalho em equipa porque não há uma equipa médica, mas uma equipa de formação. Em todo o caso, alcança-se o mesmo resultado: há um dever de controlo constante por parte do tutor e, por isso, em princípio, se do ato de um dos formandos resultar uma ofensa ao corpo ou à saúde do paciente, a responsabilidade deve ser atribuída ao formador.

Nada obstante, foram debatidos também os casos excepcionais. Sublinhou-se que o médico em formação pode vir a ser condenado, até mesmo exclusivamente, caso decida atuar em desarmonia com as orientações transmitidas pelo médico tutor. A apresentante citou um julgado do Supremo Tribunal de Espanha de 28 de dezembro de 1990: tratava-se de uma formação em anestesia. O orientador estava a descansar no período noturno e o formando, com a especialidade em anestesia, tinha a indicação expressa de chamá-lo caso fosse necessário. Chegou uma pessoa acidentada às urgências do hospital e o interno, sem ter ainda a formação para tal, decidiu administrar a anestesia geral ao paciente, que teve complicações gravíssimas. Neste caso, o Supremo Tribunal de Espanha condenou somente o médico interno que incumpriu expressamente a instrução do seu tutor.

Além disso, destacou-se a singularidade do caso em análise, já que não houve qualquer falha das médicas internas. Normalmente, discute-se a hipótese de um médico interno não desempenhar bem a tarefa que lhe foi atribuída. Nesse caso, este

debate sequer esteve em causa, uma vez que a falha deu-se logo no início das atividades, com a ausência de marcação do local cirúrgico.

Para fins de reflexão sobre o tema, indagou-se se as médicas em formação poderiam ter indicado que não houve a marcação adequada do local cirúrgico, considerando que a marcação e a identificação do local da incisão integram a lista de verificação cirúrgica. Nessa direção, sublinhou-se que o dever de obediência dos médicos internos não é absoluto. Referiu-se a jurisprudência italiana no sentido de condenar os médicos internos, o que tem suscitado uma discussão doutrinária.

A esse respeito, foi dada ênfase ao momento de formação do interno para a apuração da responsabilidade por ofensa à integridade física por negligência. Devem ser apuradas as características concretas do caso, a conduta em apreço e, sobretudo, o período da formação em que o médico interno se encontra, sendo certo que o interno possui um grau acrescido de autonomia no período final da sua formação, o que poderia eventualmente convocar a sua condenação. No caso em análise, uma das internas tinha iniciado a sua formação há quinze dias e a segunda interna ainda estava no primeiro ano de formação.

No debate, mencionou-se também o ambiente assistencial brasileiro, em que há uma sobrecarga de atendimento. Às vezes, um médico tutor é responsável simultaneamente por vários médicos internos, que ainda estão a cursar a graduação, o que acentua a possibilidade de ocorrer uma negligência. Quanto ao caso em tela, indagou-se se a ausência de marcação do local cirúrgico esteve relacionada a uma sobrecarga de trabalho ou a outros fatores. Ainda com referência ao Brasil, destacou-se que há discussões quanto ao nível de responsabilidade do médico residente e se há alguma diferenciação no

tocante à responsabilidade do tutor ou preceptor. Referiu-se a tese do Professor Miguel Kfourri Neto, que propõe a mitigação da responsabilidade do médico residente, uma vez que este ainda se encontra em formação.

CASO 3

APRESENTANTE: JOANA AGUIAR RODRIGUES

A. Identificação da decisão: Juízo de Instrução Criminal do Porto – Juiz 3, processo sob sigilo.

B. Palavras-chave: processo-crime, homicídio por negligência, princípio da vedação à autoincriminação, constituição do arguido, equipa médica, Ministério Público, relatório pericial.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Cuida-se de um processo-crime cuja matéria indiciava o crime de homicídio por negligência, nos termos do artigo 137.º, n.ºs. 1 e 2 do Código Penal (“CP”);
- ii) Estava em causa um parto que teve início por volta das 6h e encerrou-se às 9h11;
- iii) O bebé veio a falecer pelas 14h;
- iv) O recém-nascido teve aproximadamente 5 horas de vida;
- v) Houve uma troca de turno por volta das 8h30, cerca de 30 minutos antes do término do trabalho de parto;
- vi) Houve duas equipas médicas com intervenção no trabalho de parto, ambas

compostas por dois médicos obstetras e uma médica interna;

- vii) Em maio de 2021, o Conselho Médico de Medicina Legal produziu um relatório, o qual asseverou que, a partir das 8h10, o estado fetal era não tranquilizador, pelo que deveria ter sido realizada a cesariana emergente;
- viii) O relatório do Conselho Médico de Medicina Legal também estabeleceu que a realização da cesariana a partir das 8h10 teria evitado com toda a probabilidade a morte do feto ou teria reduzido muito essa probabilidade;
- ix) No mês seguinte, o Ministério Público proferiu um despacho de acusação considerando já estarem reunidos os indícios suficientes da prática do crime e de que foram tomadas decisões médicas que possuem um nexo de causalidade com a morte do bebé que veio a acontecer aproximadamente 5h depois do parto;
- x) Com base no relatório do Conselho Médico de Medicina Legal, o Ministério Público determinou a constituição, como arguidas, de 04 (quatro) médicas que haviam tido intervenção no caso concreto;
- xi) Ademais, o Ministério Público notificou uma médica assistente que havia participado do primeiro turno para ser ouvida na qualidade de testemunha;
- xii) Em 17 de novembro de 2021, em sede de inquérito, a médica assistente J. prestou esclarecimentos ao Ministério Público, na qualidade de testemunha;
- xiii) Os esclarecimentos prestados pela médi-

ca assistente J. vieram a integrar a fundamentação do segundo relatório pericial do Conselho Médico de Medicina Legal, emitido a 16 de março de 2022;

- xiv) Em seguida, a médica assistente foi constituída com arguida pelo crime de homicídio por negligência, nos termos do artigo 137.º, n.ºs. 1 e 2 do CP.

2. O Direito

No caso em apreço, a médica J. prestou esclarecimentos ao Ministério Público, na qualidade de testemunha, e, posteriormente, veio a ser constituída como arguida pelo crime de homicídio por negligência, nos termos do artigo 137.º, n.ºs. 1 e 2 do CP. Assim, indaga-se se houve a observância ao artigo 58.º do Código de Processo Penal (“CPP”), que regula a constituição de arguido.

A médica arguida J. sustenta que, na época da sua audição inicial como testemunha, já existiam fundadas suspeitas de que violara as *leges artis*, pelo que deveria ter sido constituída arguida. A médica arguida J. suscita a nulidade não só da sua audição como testemunha, mas também do relatório pericial emitido pelo Conselho Médico de Medicina Legal a 16 de março de 2022, em razão da interdependência entre as declarações por si prestadas e o aludido relatório pericial.

Assim, o enquadramento central da questão diz respeito às nulidades no processo penal. Estão em causa os artigos 118.º a 123.º do CPP, que regulam as consequências legais da nulidade e/ou da invalidade.

O artigo 118.º, n.º 1 do CPP estipula que “[a] violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei.”. De igual modo, o artigo 118.º, n.º 2 do referido

diploma refere que, “[n]os casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular.”. Tais dispositivos legais consagram o princípio da tipicidade das nulidades, que obsta a equiparação das imperfeições dos atos quanto aos seus efeitos legais. As nulidades são típicas e taxativamente estabelecidas por lei.

Acresce a distinção a ser feita entre as nulidades insanáveis ou absolutas e as nulidades dependentes de arguição ou relativas. O artigo 119.º do CPP prescreve as nulidades insanáveis, que podem ser conhecidas a todo o tempo durante o procedimento, oficiosamente ou a pedido. Nos termos do referido dispositivo legal:

“Artigo 119.º. Nulidades insanáveis

Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais:

- a) A falta do número de juizes ou de jurados que devam constituir o tribunal, ou a violação das regras legais relativas ao modo de determinar a respetiva composição;
- b) A falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48.º, bem como a sua ausência a atos relativamente aos quais a lei exigir a respetiva comparência;
- c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência;
- d) A falta de inquérito ou de instrução, nos casos em que a lei determinar a sua obrigatoriedade;
- e) A violação das regras de competência do tribunal, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32.º;
- f) O emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei.”

Por sua vez, o artigo 120.º do CPP prevê as nulidades dependentes de arguição:

“Artigo 120.º Nulidades dependentes de arguição

1 - Qualquer nulidade diversa das referidas no artigo anterior deve ser arguida pelos interessados e fica sujeita à disciplina prevista neste artigo e no artigo seguinte.

2 - Constituem nulidades dependentes de arguição, além das que forem cominadas noutras disposições legais:

a) O emprego de uma forma de processo quando a lei determinar a utilização de outra, sem prejuízo do disposto na alínea f) do artigo anterior;

b) A ausência, por falta de notificação, do assistente e das partes civis, nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência;

c) A falta de nomeação de intérprete, nos casos em que a lei a considerar obrigatória;

d) A insuficiência do inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados atos legalmente obrigatórios, e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade.

3 - As nulidades referidas nos números anteriores devem ser arguidas:

a) Tratando-se de nulidade de ato a que o interessado assista, antes que o ato esteja terminado;

b) Tratando-se da nulidade referida na alínea b) do número anterior, até cinco dias após a notificação do despacho que designar dia para a audiência;

c) Tratando-se de nulidade respeitante ao inquérito ou à instrução, até ao encerramento do debate instrutório ou, não havendo lugar a instrução, até cinco dias após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito;

d) Logo no início da audiência nas formas de processo especiais.”

Já o artigo 122.º do referido diploma regula os efeitos da declaração de nulidade. Caso haja a declaração de nulidade, o ato praticado é inválido, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar, nos termos do artigo 122.º, n.º 1, CPP.

Do contrário, caso não seja verificado o vício da nulidade, o ato praticado poderá constituir uma

irregularidade do processo e só determinará a invalidade do ato a que se refere e dos termos subsequentes que possa afetar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio ato ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado, ao abrigo do artigo 123.º, n.º 1 do CPP. Em todo o caso, o artigo 123.º, n.º 2 do CPP permite a reparação oficiosa de qualquer irregularidade, quando dela se tome conhecimento, caso esta possa afetar o valor do ato praticado.

No caso em análise, o Ministério Público da Comarca do Porto e o Juízo de Instrução Criminal do Porto destacaram o princípio da tipicidade, que gradua os efeitos dos vícios formais de acordo com a sua gravidade. A desconformidade do ato com a previsão legal não acarreta sempre a sua nulidade, podendo conduzir à mera irregularidade.

Cogitou-se a subsunção dos fatos à nulidade genérica prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d) do CPP, que abrange a ausência de realização de atos legalmente obrigatórios na fase do inquérito ou da instrução, bem como a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais à descoberta da verdade. No entanto, ponderou-se que a omissão de diligências, nomeadamente relativas à produção de prova cuja obrigatoriedade não resulte da lei, não constitui fundamento para tal nulidade.

Nessa direção, assinalou-se a autonomia do Ministério Público na condução do inquérito, que é livre para promover as diligências necessárias ou convenientes para fundamentar a sua decisão de acusação ou arquivamento, observado o quadro legal e estatutário em que se move e ao qual deve estrita obediência, nos termos dos artigos 53.º, 262.º, 263.º e 267.º do CPP.

3. A Decisão

O Juízo de Instrução Criminal do Porto indeferiu o pedido de nulidade deduzido pela arguida. Para tanto, entendeu que a circunstância de haver notícia de crime não impõe obrigatoriamente a constituição de determinado sujeito como arguido, tampouco que seja ouvido nesta qualidade. Ademais, sublinhou-se que a situação invocada não se subsume a nenhuma das situações típicas previstas nos artigos 119.º e 120.º do CPP, de modo que não configura o vício da nulidade.

Ademais, a decisão concluiu que somente a omissão de ato que a lei prescreva como obrigatório pode consubstanciar a nulidade de insuficiência do inquérito prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d) do CPP. Logo, a omissão de diligências cuja obrigatoriedade não resulte de lei não dá origem a tal nulidade.

Foi asseverado que o depoimento prestado pela arguida na qualidade de testemunha não possui valor probatório em nenhuma fase do processo, sendo considerado somente o que viesse a dizer na qualidade de arguida, em conformidade com os artigos 141.º, n.º 4, alínea b) e 144.º, n.º 1 do CPP.

Por fim, a decisão indicou que a perícia realizada nos autos teve por base elementos objetivos recolhidos no decurso do inquérito. De igual modo, os esclarecimentos à perícia basearam-se em um conjunto da prova produzida, além do concreto depoimento da testemunha.

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

A discussão centrou-se em aspetos processuais do caso. Em particular, indagou-se se a médica J. poderia ter sido ouvida como testemunha e, posteriormente, constituída como arguida, tendo em vista o despacho do Ministério Público que já cons-

tituíra como arguidas outras 04 (quatro) médicas que intervieram no caso.

Considerando que a médica J. foi ouvida na qualidade de testemunha, sublinhou-se que esta tinha o compromisso com a verdade. Ao ser confrontada com o relatório pericial do Conselho Médico de Medicina Legal, a médica J. acabou por contribuir para o esclarecimento de factos que vieram a fundamentar o segundo parecer do Conselho Médico de Medicina Legal, emitido a 16 de março de 2022.

Com efeito, na sequência dos esclarecimentos prestados pela médica J., foi solicitado um novo parecer ao Conselho Médico de Medicina Legal que apresentou exatamente as mesmas conclusões. No entanto, o segundo parecer possuiu uma fundamentação mais detalhada, porque tinha já por base outros elementos de facto que o Ministério Público até então não conhecia e que passou a conhecer por ter inquirido a médica J. na qualidade de testemunha. Assim que o novo relatório foi elaborado, a médica foi notificada e foi constituída como arguida. Posteriormente, a médica J. foi acusada pelo crime de homicídio por negligência, ao abrigo do artigo 137.º, n.ºs. 1 e 2 do CP.

Nesse contexto, discutiu-se a violação ao princípio da vedação à autoincriminação. Segundo tal princípio, o indivíduo tem o direito de não ser obrigado a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade. A esse propósito, referiu-se o entendimento jurisprudencial de que é proibida a colaboração forçada do arguido.

Apesar disto, o Ministério Público e o Juízo de Instrução Criminal do Porto consideraram que inexistia nulidade. Entendeu-se que a investigação compete ao Ministério Público e este, na altura, concluiu pela ausência de indícios de que a médica J. tivesse praticado qualquer crime.

Ponderou-se que, não obstante as declarações da arguida J. não terem sido valoradas, encontram-se na base do segundo relatório pericial do Conselho Médico de Medicina Legal, que regista factualidade por este até então desconhecida. Acresce que o despacho de acusação cita diversos trechos do referido segundo relatório pericial. Assim, houve um efeito à distância das declarações da arguida J., que também inquina a valoração do relatório pericial do Conselho Médico de Medicina Legal.

Debateu-se que a médica J., ao ter sido notificada como testemunha, poderia ter requerido a sua própria constituição como arguida, ao abrigo do artigo 59.º, n.º 2 do CPP.

Ademais, discutiu-se o princípio da livre apreciação da prova. Há declarações da médica J. que, de forma indireta, ficaram no processo, uma vez que fundamentaram o segundo relatório pericial do Conselho Médico de Medicina Legal. Ocorre que o relatório pericial está subtraído à livre apreciação da prova. Acresce que, considerando que os juízes não possuem formação médica, grande parte da sua convicção quanto a temas de natureza técnica decorre das conclusões alcançadas pelo relatório pericial. À partida, os juízes aceitam como boas as conclusões que decorrem do relatório pericial.

CASO 4

APRESENTANTE: LEONOR FURTADO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 34/11.0TAA-GH.L2.S1, de 25-05-2023

B. Palavras-chave: recurso penal, ofensa à integridade física, negligência médica, matéria de facto, erro notório na apreciação da prova, pe-

rícia, valor probatório, pedido de indemnização civil, pressupostos, responsabilidade civil,nexo de causalidade

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) No dia 22 de julho de 2010, uma gestante deu entrada no hospital para proceder à indução do trabalho de parto.
- ii) A gestante teve uma gravidez normal e sem registo de intercorrências.
- iii) Pelas 9h05 do dia 22 de julho de 2010, foi iniciada a indução do trabalho de parto com prostaglandinas (“propress”).
- iv) Até às 16:30 horas, a gestante foi observada regularmente e realizou registos cardiotocográficos (“CTG”) normais e com atividade contráctil uterina irregular.
- v) Entre as 20h30 e as 21h, a médica do primeiro turno transferiu a grávida aos cuidados da arguida, médica especialista de ginecologia-obstetrícia que se encontrava de serviço no hospital. Nessa ocasião, a grávida estava a ser monitorizada com vigilância fetal cardiotacográfica.
- vi) A evolução posterior do trabalho de parto da gestante, até ao nascimento do seu filho, decorreu sempre sob as ordens diretas e supervisão da arguida, na qualidade de médica especialista obstetra.
- vii) Às 22h30, foi retirado o “propress” à grávida.
- viii) Durante o trabalho de parto da assistente, os registos da vigilância fetal cardiotacográfica (CTG) foram os seguintes: (a)

- das 10:00 horas até às 10:45 horas do dia 22.07.10: registo normal; (b) das 11:40 horas até às 12:30 horas do dia 22.07.10: registo normal; (c) das 14:55 horas do dia 22 de julho de 2010 até às 00:55 horas do dia 23 de julho de 2010: registo normal.
- ix) O período expulsivo decorreu das 00:55 horas até às 01:50 horas do dia 23 de julho de 2010.
- x) Entre as 00:55 horas e as 01:30 horas, o CTG foi suspenso durante período que incluiu a deslocação da parturiente para a sala de partos e a sua preparação.
- xi) No aludido período compreendido entre as 00:55 horas e as 01:30 horas, a médica não exerceu vigilância fetal alternativa ao CTG mediante a auscultação fetal direta.
- xii) No período compreendido entre as 1h30 e as 1h50, o CTG registou um episódio de desaceleração, seguido de um breve período de aparente recuperação, de 6-7 minutos.
- xiii) O período omissivo de vigilância não permitiu avaliar o estado do feto durante o período expulsivo.
- xiv) Na deslocação da parturiente à sala de partos, é sempre desligado o CTG, uma vez que é impossível no transporte da parturiente fazer o registo por CTG.
- xv) Tal deslocação pode demorar em média 15 a 20 minutos, dependendo da colaboração da própria parturiente.
- xvi) Compete ao pessoal de enfermagem a realização da vigilância fetal por meio do aparelho sonicaid.
- xvii) Entre as 1h30 e as 1h50, o registo do CTG voltou a estar suspenso por 06 (seis) minutos, devido a um papel encravado, momento em que o CTG emitiu um aviso automático de “verificar papel”.
- xviii) Para extrair o recém-nascido, a arguida fez uso de uma ventosa, quando a cabeça daquele se tornou visível.
- xix) A arguida fez três tentativas para retirar o feto, tendo-se a ventosa soltado em todas elas.
- xx) A enfermeira parteira efetuou um corte na zona do períneo (episiotomia), permitindo a saída da cabeça do bebé.
- xxi) O bebé nasceu às 1h50 do dia 23 de julho de 2010, por parto vaginal não instrumentado.
- xxii) Ao nascer, o recém-nascido apresentava duas circulares cervicais muito apertadas e pele cianosa e pálida. O bebé não chorava e não foi pesado, em razão do seu estado.
- xxiii) Os primeiros dez minutos após o nascimento são fundamentais na reanimação do recém-nascido.
- xxiv) Aos 1.º e 5.º minutos de vida, o recém-nascido recebeu o índice de 2-2 na escala de Apgar, equivalente a asfíxia grave.
- xxv) Em seguida, foi chamada a médica pediatra que estava de prevenção, e o recém-nascido foi reanimado de forma superficial pela arguida e pela equipa de enfermagem, tendo-lhe feito massagem cardíaca e aspiração do nariz e boca.
- xxvi) Pelas 1:52 horas foi administrada naloxona ao recém-nascido e, pelas 1:54 horas, adrenalina intramuscular.

- xxvii) Entre 15 a 20 minutos depois, chegou a médica pediatra que havia sido chamada, que utilizou o ambu no recém-nascido e, em face do insucesso deste, procedeu a entubação endotraqueal, administrou adrenalina às 2:15 horas e bicarbonato às 2:20 horas.
- xxviii) Em seguida, o bebé foi transferido para os cuidados de neonatologia daquele hospital (02:40 horas), onde permaneceu com ventilação mecânica até ao dia de julho de 2010, tendo tido alta a 11 de setembro de 2010.
- xxix) Foi-lhe diagnosticada asfixia grave com disfunção multiorgânica, EHI gra III, insuficiência renal aguda, anemia multifactorial, trombocitopenia, sepsis agente etiológico não identificado e encefalopatia neonatal de grau III, paralisia cerebral do tipo tetraplégica espástica.
- xxx) Tais lesões e o seu grau de extensão causaram dor e sofrimento físico ao bebé.
- xxxi) A paralisia cerebral grave sofrida pelo bebé, da qual adveio uma pneumonia de aspiração, constituiu causa direta e necessária da sua morte.
- xxxii) O bebé veio a falecer em 25 de dezembro de 2010, às 18h.
- xxxiii) No certificado de óbito, a pneumonia de aspiração e a paralisia cerebral constaram como causa de morte do bebé.
- xxxiv) A arguida exerce funções de obstetra, com vínculo de relação laboral com o hospital.
- xxxv) O nascimento do bebé resultou de uma gravidez planeada e desejada pelos demandantes, que tinham planeado o seu primeiro filho.
- xxxvi) Os demandantes assistiram com apreensão, ansiedade e preocupação às manobras de reanimação efetuadas no bebé após o seu nascimento.
- xxxvii) A dor, a angústia e a ansiedade dos demandantes aumentaram com a constatação das lesões sofridas pelo bebé.
- xxxviii) Os demandantes sempre cuidaram do bebé com todo o amor e carinho, e sempre lhe dispensaram toda a atenção e cuidados para que pudesse ter o melhor e aliviar o sofrimento.
- xxxix) O período em causa foi marcado por sofrimento, angústia e preocupação permanentes.

1. O Direito

Trata-se de pedido de indemnização civil formulado pela assistente e pelo seu marido para a efetivação da responsabilidade civil. Em específico, requereram que a médica e o hospital, solidariamente, efetuassem o pagamento de uma indemnização dos danos causados ao seu filho e a si próprios, nomeadamente, a título de danos emergentes e danos não patrimoniais, a quantia de EUR 10.000,00 pela dor e sofrimento do bebé; EUR 65.000,00 pela vida do bebé; e EUR 100.000,00 pelos danos por si sofridos, somando ao montante total de EUR 175.000,00, acrescido de juros à taxa legal em vigor desde a citação até ao integral pagamento.

Os autores fundamentaram o pedido de indemnização civil nos mesmos pressupostos da responsabilidade penal imputada à médica arguida, constantes de acusação pública, pela prática de um crime de ofensa à integridade física grave, agravado pelo resultado, ao abrigo dos artigos 144.º, alínea

d) e 147.º, n.º 1 e 10.º do Código Penal (“CP”).

No segundo recurso de revista interposto ao Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”), debateu-se a existência de erro notório na apreciação da prova, ao abrigo do artigo 410.º, n.º 2, alínea c) do CPP, segundo o qual “Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: (...) c) Erro notório na apreciação da prova.”.

No caso em apreço, o erro notório na apreciação da prova teria decorrido da desconsideração do valor probatório da perícia em relação a factos dados por provados pela primeira instância, nomeadamente: (i) de que o período omissivo de vigilância não permitia avaliar o estado do feto durante o período expulsivo; e (ii) de que a paralisia cerebral do recém-nascido, da qual adveio uma pneumonia de aspiração, foi causa direta e necessária da morte do bebé.

No entender da recorrente, há uma divergência infundada em relação aos juízos contidos em pareceres periciais, bem como uma valoração idêntica da prova pericial e da prova testemunhal, em violação ao artigo 163.º do CPP. Aludido dispositivo legal prevê o seguinte:

“Artigo 163.º

1 - O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

2 - Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.”

A matéria já havia sido apreciada pelo STJ no primeiro recurso de revista interposto em face do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”).

No referido acórdão, o TRL havia alterado a matéria de facto e negado provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela assistente, tendo concedido provimento ao recurso da arguida e dos demandados civis, absolvendo-os do pedido de indemnização civil contra ambos formulado.

Para tanto, o TRL considerou não terem sido provados os seguintes factos: (i) que a alegada ausência de vigilância fetal constituiu a causa da asfíxia do feto; (ii) que tal asfíxia do feto ocorreu no referido período de ausência de vigilância; e (iii) em que momento se deu a asfíxia do feto, tampouco que esta tenha sido causada por qualquer má prática médica, designadamente a falta de vigilância fetal.

Houve a interposição de recurso de revista ao STJ, cuja matéria se restringiu ao pedido cível, uma vez que o TRL não admitiu o recurso quanto à parte criminal.

Em acórdão proferido a 24-02-2021, o STJ entendeu pela existência de erro notório na apreciação da prova, nos termos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c) do CPP. Por consequência, determinou a anulação do acórdão e a devolução dos autos ao TRL, para que este procedesse a um novo julgamento, com integral observância ao artigo 163.º do CPP.

Em 17-05-2021, o TRL proferiu novo acórdão balizando o âmbito do reenvio do processo. O TRL alterou a matéria de facto dada como provada pela primeira instância e absolveu a médica arguida AA. e o hospital do pedido de indemnização civil contra ambos formulado.

Em face do acórdão do TRL de 17-05-2021, foi interposto outro recurso ao STJ, tendo por objeto a absolvição da arguida e do hospital do pedido de indemnização civil, bem como a alteração da matéria de facto dada como provada pela primeira instância.

Mais uma vez, no segundo recurso de revista interposto ao STJ, esteve em causa a alegação de erro notório na apreciação da prova, nos termos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c) do CPP.

Quanto ao tema, o STJ ponderou que a finalidade da perícia é a percepção de factos ou a sua valoração, de modo a constituir a prova a que se deve atender, sempre que a apreciação de tais factos exigir especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. Por consequência, o artigo 163.º do CPP confere um valor redobrado à prova pericial.

O perito auxilia o juiz relativamente a questões técnicas e científicas, sendo certo que o juízo técnico e científico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, nos termos do referido artigo 163.º do CPP.

Não obstante, o facto de a perícia ser admitida em tais circunstâncias não afasta os demais meios de prova. Acresce que o juiz pode divergir desse juízo técnico, especialmente quando este resulte hesitante ou dubitativo e, portanto, inconclusivo, colocando em crise a convicção do tribunal. Nesse contexto, perante a dúvida ou a discordância, o tribunal tem o especial dever acrescido de fundamentação da sua decisão, ao abrigo do n.º 2, do art.º 163.º, do CPP.

Disto decorre que há um limite ao valor da perícia, o que não corresponde à total desvalorização da prova pericial, sobretudo quando estão em causa factos que não foram observados pelo perito.

OTRL apenas observou esse limite ao valor das perícias realizadas, tendo em conta as dúvidas e as observações condicionais constantes dos relatórios periciais e manifestadas pelo perito nos seus depoimentos prestados perante o tribunal. No caso em análise, não se pode afirmar que da eventual falta de vigilância fetal tenha decorrido a hipoxia fetal, não tendo sido demonstrado em que momento do

parto ocorreu a asfíxia do feto.

OTRL analisou os factos e a totalidade da prova, tendo justificado a sua decisão com recurso aos depoimentos prestados pelas diversas testemunhas, ao depoimento do perito em audiência e à demais prova produzida.

Ao comentar o artigo 163.º do CPP, Santos Cabral destaca que “[a] nível da valoração da prova pericial no processo penal, ao permitir-se (apesar da presunção do n.º 1 do artigo 163.º do CPP) a divergência fundamentada, acaba por não se anular, de forma absoluta, a margem de apreciação livre do julgador. Pode-se afirmar que a pré-fixada valoração da prova pericial convive com o princípio da livre apreciação da prova, não obstante (só a nível da presunção contida no n.º 1 do artigo 163º) ser configurada como uma sua «exceção». (...) No que concerne aos factos estamos em face de uma premissa em relação a qual o julgador, dentro da sua liberdade de apreciação pode divergir do facto, ou factos, de que arranca a perícia pois que, a seu respeito, tem entendimento diferente. A presunção a que alude o n.º 1 do artigo 163º do Código de Processo Penal apenas se refere ao juízo técnico científico e não, propriamente, aos factos em que o mesmo se apoia. Assim, a necessidade de fundamentar-se a divergência só se dará quando esta incide sobre o juízo pericial.” (Código de Processo Penal, comentado, de António Henriques Gaspar e outros, 3.ª Edição Revista, págs. 632/633).

No caso em apreço, foram também debatidos os requisitos da responsabilidade civil, à luz da moldura fáctica que enquadrou o pedido de indemnização formulado nesta demanda. Para tanto, analisou-se o artigo 483.º do Código Civil, que dispõe o seguinte:

“1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal

destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.”

A causa de pedir assenta na imputação à médica arguida de ações e omissões no parto. Em específico, os demandantes atribuíram à conduta da médica a ocorrência de uma asfixia grave no feto, que lhe provocou paralisia cerebral, causa direta da sua morte.

Por sua vez, o hospital foi demandado ao abrigo do disposto no art.º 8.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro, por referência ao facto de a demandada médica exercer funções de obstetra, com vínculo de relação de emprego público, no referido hospital. O referido dispositivo legal estabelece o seguinte:

“1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 - O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as ações ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 - Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adotar as providências necessárias à efetivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 - Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa coletiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no com-

portamento ilícito adotado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respetiva ação judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa coletiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.”

O pedido de indemnização amparou-se nos mesmos factos que determinaram a responsabilidade criminal da médica arguida, dos quais esta foi absolvida. À luz da causa de pedir delimitada inicialmente, não se afiguram relevantes os demais factos que, tendo sido provados em julgamento, vieram a ser invocados em sede de recurso interposto ao STJ. Do contrário, estar-se-ia perante uma inadmissível alteração da causa de pedir em um momento processual e por uma via inadequados.

Nessa direção, a única conduta contrária às *leges artis* imputada à médica arguida corresponde à omissão da vigilância fetal alternativa ao CTG por meio de auscultação fetal direta no período compreendido entre as 0h55 e as 1h30. No entanto, a omissão culposa desse dever não basta para lhe imputar a responsabilidade pelas lesões que o recém-nascido apresentava, designadamente a paralisia cerebral.

Além da violação do dever objetivo de cuidado, é necessário que os factos permitam a imputação objetiva de um determinado resultado a essa omissão por um nexo de causalidade, de acordo com um critério de causalidade adequada.

Diante dos factos provados, ainda que a médica tenha praticado culposamente um ato contrário às *leges artis*, não resultou provado que tal ato tenha sido a causa da asfixia do feto nesse período, tampouco que tal asfixia tenha efetivamente ocorrido no referido intervalo temporal. Por consequência, a provada deficiência da vigilância fetal pela médica

não conduz à responsabilidade civil dos demandados com base na causa de pedir desta demanda.

2. A Decisão

Por meio do acórdão em exame, a 5.ª Secção do STJ negou provimento ao recurso, tendo condenado a Recorrente em custas do pedido cível. Para tanto, o STJ entendeu que não merece censura o juízo de prova efetuado pelo TRL que, na ponderação, valoração e análise das provas produzidas, julgou os factos provados segundo a sua convicção e livre apreciação, sem desconsiderar a prova pericial apresentada nos autos, ainda que não tenha acompanhado o sentido ali apontado.

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

O debate evidenciou inúmeros aspetos do caso concreto, inclusivamente no que se refere à responsabilidade civil e à responsabilidade extracontratual do Estado. Ao nível fáctico, a discussão relaciona-se a uma omissão de vigilância que ocorreu no período de transferência da parturiente para a sala de partos.

Destacou-se que a decisão sobre a matéria de facto pode conflitar com o relatório pericial – cuja prova, em princípio, é definitiva –, sem implicar a violação ao artigo 163.º do CPP, desde que o julgador fundamente a sua divergência relativamente ao parecer dos peritos, o que ocorreu no caso em análise. Se a prova pericial não for perentória, o juiz pode valorar a prova que foi feita e levada ao perito.

De uma parte, havia um relatório pericial final inconclusivo. De outra parte, havia médicos obstetras que, tendo prestado o seu depoimento, deram um parecer ligeiramente diferente das conclusões ali alcançadas. Neste contexto, em observância aos princípios da experiência comum, o TRL valorou

mais esta outra prova, sem que tivesse desconsiderado a perícia, que era inconclusiva.

Discutiu-se, ainda, a falha de serviço que poderia fundamentar a responsabilidade extracontratual do Estado. Com efeito, o bebé nasceu com um índice de Apgar 2-2 e a médica pediatra que estava de plantão chegou mais de 25 minutos depois do nascimento, pelo que houve uma demora na reanimação da criança, o que pode ter ocasionado a paralisia cerebral em causa.

A haver ofensa das *leges artis*, seria na omissão da vigilância fetal. Mas isso não é relevante porque não se sabe em que momento ocorreu a asfixia do feto.

Não obstante, há uma falha de serviço, na medida em que, em princípio, a médica pediatra deveria estar presente no hospital quando do nascimento do bebé, momento em que cessa a responsabilidade do obstetra. Há, ainda, a falha no monitoramento do CTG por 6 minutos, por falta de papel. Durante esse tempo, não houve registo.

Ainda que não tenham ocasionado a asfixia do feto, tais factos são aptos a configurar uma falha de serviço. Assim, na esfera da responsabilidade extracontratual do Estado, ponderou-se a possibilidade de ter havido uma perda de chance do bebé, caso a pediatra tivesse ali estado tempestivamente.

Debateu-se, ainda, o princípio da adesão no processo penal. Nos termos do artigo 71.º do CPP, “[o] pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respetivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei.”

Não está ainda muito bem clarificado se no domínio da responsabilidade civil há que se iniciar duas ações: uma ação contra o hospital no âmbito do tribunal administrativo e uma ação de responsabilidade civil perante os tribunais judiciais.

No caso em apreço, o pedido de indemnização civil surge no seguimento de uma ação penal, com o enxerto do pedido cível na ação penal.

Por consequência, no STJ, o recurso de revista admitido limitou-se à discussão cível, que integra a sua competência. No entanto, pode-se cogitar de eventual responsabilidade do Estado pela própria falha de serviço, cujo processo necessariamente teria de correr na esfera administrativa, o que não ocorreu.

Em tais circunstâncias, põe-se em causa o princípio da adesão: como a indemnização cível deve ser peticionada no processo penal respetivo, ao abrigo do artigo 71.º do CPP, os autores viram-se impedidos de propor a ação de responsabilidade pela falha do serviço em face do Estado, com base no artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

Nesse contexto, e tendo em conta a pluralidade de ações em que há uma possível cumulação da responsabilidade civil com a responsabilidade civil extracontratual do Estado, defendeu-se a criação de um sistema único de responsabilidade, sobretudo na área do direito da medicina e da saúde.

Discutiu-se também se a eventual unificação dos processos deveria ocorrer na esfera cível ou administrativa. A apresentante Conselheira Leonor Furtado asseverou que está em causa, maiormente, a prestação de um serviço público, relativo aos cuidados de saúde. Ainda que se trate de um hospital privado, está a realizar a função de um serviço público. Sublinhou também o tema do ónus da prova. A apresentante concluiu que deve haver alguma cautela na atribuição dos processos unicamente aos tribunais cíveis, tendo ponderado que a solução poderia envolver a criação de um tribunal especializado.

A presidente da mesa, Conselheira Helena Moniz, assinalou a existência de vários problemas conexos, nas vertentes do direito penal, civil e administrativo, pelo que a concentração dos processos

em um único tribunal, qualquer que seja, sempre suscitará questões. O primeiro problema relaciona-se a conjugar o princípio da adesão que vigora no processo penal com a vertente administrativa que se coloca nestes casos. Posicionou-se, a princípio, em concordância com a criação de um diploma único, cuja estrutura deverá ser avaliada e pensada.

CASO 5

APRESENTANTE: GRAZIELLA CLEMENTE

A. Identificação da decisão: Superior Tribunal de Justiça do Brasil (“STJ”), Recurso Especial n.º 1.918.421, de 08.06.2021

B. Palavras-chave: impossibilidade de ofensa a atos normativos interna corporis, reprodução humana assistida, prevalência da transparência e consentimento expreso acerca dos procedimentos, embriões excedentários, possibilidade de implantação, doação, descarte e pesquisa, Lei de Biossegurança, reprodução assistida post mortem, possibilidade, autorização expressa e formal, testamento ou documento análogo, planeamento familiar, autonomia e liberdade pessoal.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Os autores L.Z.N. e F.Z. são filhos adotivos de J.L.Z.
- ii) J.L.Z. faleceu em 03 de fevereiro de 2017, em razão de um aneurisma na aorta.
- iii) J.L.Z. era casado sob o regime da separação obrigatória de bens com T. da C. R. Z. desde 23 de setembro de 2013.

- iv) O regime da separação obrigatória de bens incidiu sobre o casamento contraído entre J.L.Z. e T. da C. R. Z. em razão da idade de J.L.Z. à época da celebração do matrimônio (i.e., 72 anos), nos termos do artigo 1.641, II, do Código Civil brasileiro.
- v) Não obstante a imposição legal do regime de separação de bens, houve a formalização de pacto antenupcial, com especificação das regras que regeriam questões patrimoniais do casal e com definição da incomunicabilidade do patrimônio que viesse a ser adquirido após o casamento.
- vi) Em 2015, J.L.Z. e T. da C.R.Z. submeteram-se ao procedimento de fertilização in vitro, que resultou em embriões qualificados, os quais se encontram criopreservados, sob a guarda da T. da C.R.Z.
- vii) J.L.Z nutria, em vida, do desejo de ter filhos com T. da C. R. Z.. Para tanto, J.L.Z. submeteu-se a uma intervenção cirúrgica para a obtenção do sêmen, que foi utilizado em procedimento de inseminação artificial.
- viii) J.L.Z lavrou testamento particular, por meio do qual deixou a parte disponível do seu patrimônio aos autores, bem como um legado a T. da C.R.Z. no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), além da quantia necessária à aquisição de um imóvel residencial em São Paulo, nos bairros Jardim Paulistano, Jardim América ou Jardim Europa, com três dormitórios, bem como para o custeio da reforma – se o imóvel antigo fosse – e mobília.
- ix) Os autores L.Z.N. e F.Z. promoveram ação de exibição de documentos em face

do hospital correu a fim de verificar a veracidade das informações relacionadas à fertilização in vitro realizada pelo de cujus.

- x) Na pendência da ação de exibição de documentos, os autores L.Z.N. e F.Z. tiveram conhecimento de que T. da C.R.Z. havia iniciado os procedimentos necessários à implantação de dois embriões.

2. O Direito

O caso em apreço envolve a utilização de embriões criopreservados para a procriação *post mortem*. Em específico, o debate centrou-se nos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a aquiescência e a autorização do falecido para a realização do procedimento de implantação dos embriões após a sua morte.

Apesar da relevância e da complexidade das questões relativas à reprodução assistida, o ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação escassa sobre a matéria, sem a especificidade e o detalhamento necessários. Logo, a solução dos conflitos referentes à reprodução assistida *post mortem* deve ser construída a partir de uma leitura sistêmica e teleológica do conjunto de normas e valores que informam o ordenamento jurídico e que, em maior ou menor grau, estão relacionados ao tema.

Ao nível constitucional, o artigo 226, §7.º da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”) confere ao planejamento familiar o status jurídico de direito assegurado ao casal. A regulamentação infraconstitucional do referido dispositivo ocorreu pela promulgação da Lei 9.263/1996, que regula o planejamento familiar.

O planejamento familiar fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, com a adoção dos recursos científicos e educacionais capazes de realizá-lo. Em

específico, o planejamento familiar envolve o ato consciente de escolher ter ou não filhos, em consonância com os planos e expectativas de cada um. Nesta medida, o planejamento familiar concretiza o princípio da autonomia existencial e tem como um dos seus vetores a autodeterminação do sujeito.

Por sua vez, o artigo 1.597 do Código Civil brasileiro (“CC”) estabelece diversas presunções legais de paternidade aplicáveis às hipóteses de reprodução assistida, nomeadamente, em caso de fecundação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga. Nos termos do referido dispositivo legal:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

A este respeito, surgem questões quanto à interpretação do referido dispositivo legal, nomeadamente, dos seus incisos III, IV e V. A exegese literal do artigo 1.597 do CC conduziria à dispensabilidade da autorização prévia do cônjuge em caso de inseminação homóloga *post mortem* ou de uso de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga. Isso porque o legislador apenas teria referido a autorização prévia no inciso V do aludido dispositivo legal, que trata da reprodução assistida heteróloga, ou seja, com o uso de material

genético de terceiro.

No entanto, a interpretação literal implicaria um incontestado equívoco hermenêutico. Por consequência, os incisos III, IV e V do artigo 1.597 do CC devem ser interpretados de forma sistêmica e harmônica, pelo que, em quaisquer dos casos de reprodução assistida *post mortem* ali previstos, não se deve prescindir da autorização expressa, manifestada em vida, pelo cônjuge ou companheiro.

Acresce que tal interpretação se estende ao gênero feminino, em aplicação do princípio constitucional da igualdade. Considerando que é possível realizar a reprodução assistida *post mortem* quando a mulher esposa ou companheira é falecida, com o uso dos óvulos ou embriões, por meio da cessão temporária de útero ou do útero de substituição.

Ao comentar o artigo 1.597 do CC, Arnaldo Wald destaca que este representou uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, entre as situações nas quais se presume a paternidade. O legislador, contudo, omitiu-se quanto à possibilidade de utilização do material genético *post mortem*, assim como sobre qual seria a forma legalmente prevista para tanto.

Por sua vez, Anderson Schreiber advertiu que referido dispositivo legal deve ser interpretado com cautela, no que respeita à declaração de presunção de paternidade dos filhos gerados por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Nessa direção, sustentou que a paternidade constitui uma decisão pertencente ao exercício da autonomia pessoal.

A interpretação constitucional da autonomia privada reconhece o valor da pessoa como entidade independente, dotada de direitos invioláveis que lhe são inerentes, tais como a vida, o corpo, a privacidade, a honra, a imagem, o nome, a identidade

pessoal e a liberdade. A escolha de ter filhos e a determinação pela paternidade constituem expressão da autonomia pessoal.

No âmbito dos direitos reprodutivos, Flávia Piovesan destaca o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre os seus nascimentos. De igual modo, Maria Rita de Holanda esclarece que os direitos reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Nos casos em que o exercício da autodeterminação projeta efeitos para além da esfera do sujeito em questão, com repercussões existenciais e patrimoniais sobre outrem, é imprescindível que a manifestação deste sujeito afetado se dê de forma inequívoca, expressa e formal, efetuando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriados para tanto.

Nessa direção, ganha relevo o instituto do testamento, marcado pela declaração de vontade, que constitui expressão inquestionável da autonomia pessoal. A respeito das disposições testamentárias, possui relevância o artigo 1.857, §2.º, do CC.

Segundo Ana Luiza Maia Navares, a regulamentação de outros interesses, de natureza não patrimonial, permite o exercício da função promocional do testamento, assegurando-se a coexistência de disposições de cunho patrimonial e existencial.

Considerando que as disposições patrimoniais não dispensam a forma testamentária, há razões para se exigir a mesma forma para as questões existenciais, sobretudo caso repercutam na esfera patrimonial de terceiros. Deste modo, assegura-se a higidez da vontade do falecido.

Ora, a decisão de autorizar a utilização de embriões criopreservados constitui uma disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais e sucessórios, relaciona-se à personalidade e à dignidade dos seres humanos envolvidos (i.e., tanto

o genitor como aqueles a serem concebidos). Por consequência, deve ser observada a forma expressa e incontestável, seja por meio de testamento ou instrumento correspondente em formalidade e garantia.

Cite-se, ainda, a Lei n. 11.105/2005 (“Lei da Biossegurança”), que regula a utilização de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

Ao nível da legislação infralegal, possuem particular importância as resoluções do Conselho Federal de Medicina (“CFM”), nomeadamente, a Resolução n. 2.168/2017, que estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, com ênfase para o consentimento livre e esclarecido dos atores envolvidos no procedimento.

Relativamente à criopreservação de gametas ou embriões, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM dispõe que “[n]o momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. 4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.”

Ademais, referida resolução prevê a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado. Confira-se:

“Viii – Reprodução Assistida Post-Mortem.

É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”

Refere-se ainda o artigo 17, inciso III, §2.º do Provimen-

to n.º 63 do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) – revogado pelo Provimento n.º 149 do CNJ, de 30.08.2023 – que, adicionalmente a outros documentos específicos, exige um termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Assinala-se que o artigo 513, §2.º do Provimento n.º 149 do CNJ, de 30.08.2023, estabelece que “as hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.”.

Em 1994, o Brasil adotou o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas, ocorrido no Cairo, que constitui um compromisso comum aos 179 Estados-Membros voltado à promoção dos direitos humanos e ao apoio ao planeamento familiar e à saúde reprodutiva, como destacam Maria Helena Moreira e José Newton Garcia de Araújo.

Com relevo para o deslinde da causa, foram também referidos os enunciados 103, 105, 106, 111, 267 e 633 aprovados nas Jornadas de Direito Civil:

“Número 103 - O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

“Número 105 - As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respetivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’.”

“Número 106 - Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao

se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.”

“Número 111 – A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.”

“Número 267 - A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.”

“Número 633 - É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”.

45

3. A Decisão

Os filhos adotivos do falecido J. L. Z. propuseram ação requerendo a tutela provisória de urgência de natureza antecipada em face da viúva T. da C.R.Z. e do hospital S. B. de S., a fim de impedir a implantação do material biológico do *de cujus*.

A tutela de urgência em caráter antecedente foi concedida. Em seguida, a tutela de urgência foi convalidada em procedimento ordinário, tendo os autores deduzido os seguintes pedidos: (i) o reconhecimento e a declaração judicial de inexistência do direito de utilização *post mortem* dos embriões deixados pelo falecido J. L. Z., que se encontram sob a custódia do hospital; e (ii) a proibição de que os réus implantem os embriões deixados pelo fale-

cido J. L. Z. após a sua morte, tornando definitiva a tutela de urgência.

Na sentença, o Juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos deduzidos pelos autores, com a confirmação da tutela de urgência de caráter antecedente. Os réus foram proibidos de realizar a implantação do material biológico do falecido, designadamente, os dois embriões que se encontram sob a custódia do hospital S. B. de S..

Em segunda instância, foi dado provimento às apelações interpostas pelos réus, a fim de autorizar a implantação dos referidos embriões. Para tanto, o TJSP considerou suficiente a manifestação de vontade exarada pelo falecido anteriormente à sua morte. Em específico, o TJSP referiu-se ao contrato firmado entre os cônjuges, no qual estipularam que, caso um deles viesse a falecer, todos os embriões congelados seriam mantidos sob a custódia do outro. No entender da colenda Câmara, isto “representa autorização para a continuidade do procedimento, a critério do sobrevivente, sendo embriões criopreservados inservíveis a outra finalidade que não implantação em útero materno para desenvolvimento”.

Houve a interposição de recursos especiais ao STJ.

A Quarta Turma do STJ, por maioria e tendo acompanhado o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão (Relator para Acórdão), deu provimento aos recursos especiais interpostos pelos autores. Assim, foi restabelecida a sentença de primeira instância que não autorizou a implantação do material biológico do falecido J. L. Z.. Ficaram vencidos o Relator Ministro Marco Buzzi e a Ministra Maria Isabel Galotti.

Ainda que tenha reconhecido a autorização concedida para a implantação do embrião em vida, o STJ entendeu não estarem preenchidos, no caso, os critérios para a reprodução assistida *post mortem*.

Nessa direção, asseverou-se a necessidade de uma autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado, conforme estabelecido na Resolução n.º 2.168/2017 e no Provimento n.º 63 do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa direção, prevaleceu o entendimento de que as cláusulas do contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana não equivalem ao consentimento inequívoco do falecido para que os embriões fossem gerados após a sua morte, por ausência de referência expressa a este respeito. Pelo contrário, concluiu-se que a autorização dada no formulário, pelo falecido, circunscreve-se à implantação do embrião durante a vida de ambos os cônjuges.

Ademais, destacou-se que a autorização genérica concedida pelo falecido para que T. da C. R. Z. custodiasse o material genético após a sua morte não equivale à autorização para a implantação dos embriões após o seu falecimento.

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

A discussão centrou-se na regulamentação da reprodução assistida *post mortem* no Brasil. Considerando que há somente normas infralegais especificamente a respeito do tema, destacou-se que os conflitos nesta seara somente são resolvidos após a respectiva judicialização.

No caso em apreço, estava em causa um contrato de adesão, que atribuía ao cônjuge supérstite a custódia da implantação dos embriões.

No contexto da reforma do CC brasileiro, chamou-se a atenção ao vácuo legislativo que convoca a regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida, com atenção redobrada aos impactos da matéria sobre o direito da família e das sucessões. Assim, foram propostas algumas soluções ju-

rídicas relativamente ao tema.

A primeira solução jurídica diz respeito à presunção de paternidade. A implantação do embrião criopreservado exige uma inequívoca vontade de implantação do embrião post mortem. Nesta direção, propôs-se a inclusão do artigo 1.598 no CC, com o seguinte teor:

“Art. 1.598. Presumem-se filhos dos cônjuges ou companheiros os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida por eles expressamente autorizadas.

A autorização para o uso, após a morte, do próprio material genético, em técnica de reprodução humana assistida, dar-se-á através de manifestação inequívoca da vontade, por instrumento particular, escritura pública ou qualquer das formas de testamento.”

No âmbito do direito sucessório, foi proposta a alteração do artigo 1.798 do Código Civil brasileiro, para que passe a ter a seguinte redação:

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, bem como os filhos do autor da herança gerados a qualquer tempo por técnica de reprodução humana assistida, no termo e condições previstos nos parágrafos seguintes.

§ 1º. Somente é reconhecido direito sucessório aos filhos gerados após a abertura da sucessão, se nascidos no prazo de até 04 (quatro) anos a contar daquela data.

§ 2º. O direito à sucessão legítima dos filhos concebidos ou gerados por técnica de reprodução humana assistida, concluída após a morte, quer seja por meio do uso de gameta de pessoa falecida ou transferência embrionária em genitor supérstite ou, ainda, por meio de gestação por substituição, depende da autorização expressa do autor da herança, por instrumento público ou testamento.

§ 3º A autorização de que trata o parágrafo anterior é revogável a qualquer tempo, até a data da abertura da sucessão.

§ 4º O Juiz poderá nomear curador ao concepturo em

caso de ausência de genitor supérstite ou conflito de interesse com o inventariante ou demais herdeiros, para resguardar os interesses sucessórios do futuro herdeiro até o nascimento com vida.

§ 5º O curador ou o genitor sobrevivente pode requerer a reserva do quinhão hereditário pelo período a que se refere o § 1º.

§ 6º O afastamento dos direitos sucessórios, nos casos dos parágrafos anteriores, não repercute nos vínculos de filiação e parentesco. (NR)”

No capítulo do Código Civil dedicado ao direito de família, foi proposta a inclusão de todo o regramento da reprodução medicamente assistida, com a inclusão dos artigos 1.629-L até ao 1.629-N. Em específico, sublinhou-se a necessidade de exigir-se um documento escrito que autorize o uso de gametas e/ou embriões post mortem. Confira-se:

“Seção V Da Reprodução Assistida Post Mortem

Art. 1.629-L. Após a morte, é permitido o uso de material genético, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, após a sua morte, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando:

I – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção;

II – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião.

Art. 1.629-M. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação de seus familiares em sentido contrário.

Art. 1.629-N. Em caso de filiação post mortem, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos de uma relação paterno-filial.”

Também se deu ênfase à mais recente resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM n.º 2.320/2022), que já prevê a reprodução assistida *post mortem*.

CASO 6**APRESENTANTE: IGOR MASCARENHAS**

A. Identificação da decisão: Acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região (“TRF-5”), Proc. n.º 0800388-37.2020.4.05.8100, de 19.12.2023

B. Palavras-chave: processo ético disciplinar, dosimetria da pena, publicidade, Código de Ética Médica, proporcionalidade, revisão judicial, redes sociais, mercantilismo

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

- i) O médico P.R.C. anunciou especialidade não reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina (“CFM”).
- ii) O médico P.R.C. utilizou a internet para a sua autopromoção e com fins sensacionalistas.
- iii) O médico P.R.C. comercializou programas de tratamento para a diabetes e para a perda de peso que garantiam resultados e promessas de cura.
- iv) O médico P.R.C. divulgou, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não estava expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.
- v) O médico P.R.C. prescreveu tratamento por meio de comunicação em massa.
- vi) Os factos enunciados nos itens i), ii), iii), iv) e v) acima fundamentaram o primeiro processo ético-profissional do

médico P.R.C. perante o Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (“CREMEC”).

- vii) No âmbito do referido processo ético-profissional, o médico P.R.C. foi considerado culpado da violação aos artigos 18, 58, 62, 111, 112, 113, 114 e 117 do Código de Ética Médica do CFM (Resolução CFM n.º 1.931/2009 – “Código de Ética”). O CREMEC aplicou-lhe a pena de cassação do exercício profissional, ao abrigo do artigo 22, alínea e) da Lei 3.268/57.
- viii) Em sede de recurso, o CFM manteve a decisão do CREMEC, tendo negado provimento à apelação do médico P.R.C.
- ix) O médico P.R.C. foi constituído em um segundo processo ético-profissional perante o CREMEC.
- x) O médico P.R.C. utilizou a internet para oferecer tratamento médico não reconhecido cientificamente e/ou aprovado pelo CFM.
- xi) O médico tentou enganar a população, tendo se valido do título de médico e utilizado estudos científicos não comprovados para respaldar o tratamento e vendê-lo a pacientes.
- xii) O segundo processo ético-profissional do médico P.R.C. perante o CREMEC fundamentou-se nos factos enunciados nos itens ix), x), e xi) acima.
- xiii) No âmbito do segundo processo ético-profissional, o médico P.R.C. foi considerado culpado da infração aos artigos 75, 111, 112 e 114 do Código de Ética, tendo-lhe sido aplicada a pena de cassação do exercício profissional.

- xiv) Em sede de recurso, o CFM manteve a decisão proferida pelo CREMEC no âmbito do segundo processo ético-profissional, tendo negado provimento à apelação do médico P.R.C.

2. O Direito

Como pano de fundo, estão em causa os artigos 111 a 114 do Código de Ética, que vedam a realização de publicidade médica. Em específico, é vedado ao médico: (i) permitir que a sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade (artigo 111 do Código de Ética); (ii) divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico (artigo 112 do Código de Ética); (iii) divulgar, fora do meio científico, de processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente (artigo 113 do Código de Ética); (iv) consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa (artigo 114 do Código de Ética).

Além disso, o caso envolve a infração aos seguintes artigos do Código de Ética: (i) artigo 18, que proíbe a desobediência aos acórdãos e resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina; (ii) artigo 37, que veda a prescrição de tratamento e outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em caso de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, em tais casos, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento; (iii) artigo 58, que proíbe o exercício mercantilista da medicina; (iv) artigo 62, que veda a subordinação dos honorários profissionais ao resultado do tratamento ou à cura do

paciente; (v) artigo 75, que veda ao médico a referência a casos clínicos identificáveis, a exibição de pacientes ou dos seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente; e (vi) artigo 117, que veda a apresentação, como originais, de quaisquer ideias, descobertas ou ilustrações que não o sejam.

Especificamente no âmbito da ação proposta pelo médico P.R.C. em face do CFM e do CREMEC perante a Justiça Federal, a discussão centrou-se na desproporcionalidade da pena de cassação do exercício profissional aplicada ao médico. A pena de cassação do exercício profissional é prevista no artigo 22, alínea e), da Lei 3.268/57.

Sem pôr em causa a existência de transgressão às normas da ética disciplinar, ponderou-se se a pena aplicada é proporcional à gravidade das infrações. Nessa direção, destacou-se que a gravidade da conduta varia de acordo com os standards aplicáveis à profissão em causa. No caso de profissionais médicos, questiona-se se a pena de cassação do exercício profissional deve ser reservada às faltas mais graves, tais como a desídia no atendimento, o erro grosseiro no diagnóstico ou no tratamento, a realização de corte imperito em cirurgia que cause dano ao paciente, entre outros. No caso em análise, a infração do Código de Ética relaciona-se a aspetos comerciais da medicina, não tendo sido noticiado qualquer dano causado pela conduta do médico P.R.C.

3. A Decisão

A Segunda Turma do TRF-5, por maioria, em sua composição ampliada, deu provimento à apelação para anular as decisões que impuseram a pena de cassação do exercício profissional ao autor, com a determinação de que eventual novo julgamento

pelo Conselho profissional seja realizado com a exclusão dessa sanção desproporcional, nos termos do voto condutor.

No entanto, o Relator proferiu voto vencido, tendo se posicionado a favor da confirmação da sentença recorrida por seus próprios fundamentos. Nessa direção, referiu que não houve ilegalidade ou irregularidade a macular os processos ético-disciplinares processados pelo CREMEC, que culminaram na aplicação da pena de cassação do exercício profissional. A seu ver, naquela sede, houve a observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Referiu também que se verificou a adequada valoração das provas produzidas nos processos administrativos disciplinares.

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

O debate centrou-se na aplicação da pena de cassação do exercício profissional pelos Conselhos Regionais de Medicina e pelo CFM em decorrência da realização de publicidade pelos médicos.

De um lado, discutiu-se a desproporcionalidade da medida, considerando a existência de infrações de natureza mais grave. Questionou-se, ainda, a eventual inconstitucionalidade da cassação do exercício profissional, por ter natureza perpétua.

Por outro lado, indagou-se o potencial lesivo da publicidade, sobretudo a depender da quantidade de pessoas expostas ao material publicitário.

Referiu-se, ainda, o enunciado n.º 665 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (“STJ”), nos termos da qual “[o] controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administra-

tivo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.”.

Nessa direção, foi questionado o limite da revisão judicial das decisões proferidas nos processos ético-disciplinares. Em específico, denunciou-se a insegurança jurídica em torno das decisões proferidas pelo CFM e pelos Conselhos Regionais da Medicina, uma vez que sempre há a possibilidade de questionar o mérito de tais decisões na esfera judicial.

Além disso, debateu-se o casuísmo do controle efetuado pelos Conselhos de Ética quanto ao tema. Considerando o mesmo facto, o sujeito pode apenas ser advertido, ser punido ou eventualmente receber a pena de cassação do exercício profissional. Frisou-se que, em muitos casos, as decisões do CFM e dos Conselhos Regionais da Medicina não são suficientemente fundamentadas, o que dificulta a apreciação de eventual desproporção na penalidade aplicada.

CASO 7

APRESENTANTE: GABRIEL MASSOTI

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n.º 1.0000.23.180081-4/001, de 30.07.2023

B. Palavras-chave: recusa terapêutica, inviolabilidade do direito de consciência e de crença, inviolabilidade do direito à vida, testemunha de Jeová, transfusão de sangue, autonomia existencial, dignidade da pessoa humana

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A paciente internou-se na instituição de saúde.
- ii) A paciente estava lúcida e no pleno exercício da sua capacidade civil.
- iii) A paciente é testemunha de Jeová há 42 anos.
- iv) A equipa médica informou à paciente que seria necessário realizar uma transfusão de sangue/hemoderivados previamente à intervenção cirúrgica.
- v) A paciente recusou-se a receber transfusões de sangue de terceiros como tratamento médico, por razões de crença religiosa.
- vi) Desde que fosse observada aludida recusa terapêutica, a paciente estava de pleno acordo com a realização do procedimento cirúrgico indicado pela equipa médica da instituição de saúde.
- vii) A paciente manifestou a sua recusa terapêutica verbalmente perante a equipa médica e por meio do documento “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, assinado na presença de duas testemunhas e com firma reconhecida.
- viii) No documento “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, a paciente consignou o seguinte: “2. Sou Testemunha de Jeová e não aceito NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo

que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida (Atos 15:28, 29).”.

- ix) A paciente asseverou que existem opções terapêuticas às transfusões de sangue, tais como a administração de eritropoietina, ferro, ácido fólico e vitamina B12, que são previstas no Sistema Único de Saúde (“SUS”).
- x) No relatório médico, registou-se que não se tratava de um caso de emergência. Ademais, o relatório médico sugeriu a estabilização do quadro laboratorial (melhora de coagulação) com o uso de *noripurum*, vitamina K, a fim de se evitar o tratamento médico recusado pela paciente.

2. O Direito

A instituição de saúde propôs uma ação com pedido de tutela de urgência, requerendo a autorização para adotar as medidas necessárias à preservação da saúde e da vida da paciente, inclusive mediante a realização de transfusão de sangue/hemocomponentes em caso de emergência clínica.

A tutela de urgência requerida pela instituição de saúde foi deferida em Primeira Instância.

A paciente interpôs agravo de instrumento em face da decisão que deferiu a tutela de urgência, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, com base no artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro (“CPC”).

Para a apreciação do pedido, convocou-se o artigo 300 do CPC, nos termos do qual “[a] tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”.

No mérito, está em causa um conflito de normas de cariz constitucional, nomeadamente, a inviolabilidade do direito à vida, consagrada pelo artigo 5.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), e a inviolabilidade do direito de consciência e de crença, ao abrigo do artigo 5.º, alínea VI da CRFB.

Nessa direção, indaga-se se o exercício da liberdade religiosa autoriza a recusa terapêutica, caso o tratamento médico proposto colida com as crenças e valores religiosos professados pelo/a paciente.

Em parecer jurídico a respeito do tema, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos defendeu a autonomia do sujeito para recusar-se a receber determinados tratamentos médicos. No seu entendimento, mesmo sob iminente perigo de vida, prevalece o direito de recusa fundado em convicções religiosas ou filosóficas ou, ainda, na ampla liberdade da pessoa humana. Concluiu que não há amparo legal ou constitucional para impor a determinado indivíduo – capaz e consciente – a realização de determinado tratamento médico.

No mesmo sentido, os doutrinadores Álvaro Villaça de Azevedo, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves posicionam-se a favor do direito de escolha do tratamento pelo/a paciente.

De igual modo, o enunciado 403 aprovado na V Jornada de Direito Civil consigna o seguinte: “O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada;

e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.”.

Referiu-se, ainda, o enunciado 528 aprovado na V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “[é] válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.”.

No caso em apreço, a paciente encontra-se em plena capacidade civil e manifestou a sua recusa terapêutica quanto à transfusão de sangue de forma livre e consciente, com fundamento na sua convicção religiosa. Logo, deve ser respeitada a sua expressão de vontade, em observância ao direito constitucional de inviolabilidade de consciência e de crença, consagrado no artigo 5.º, alínea VI, da CRFB. O Poder Judiciário deve concretizar a autonomia existencial da paciente.

Acresce que não se trata de uma hipótese de emergência, tendo o relatório médico sugerido uma alternativa para a estabilização do quadro laboratorial, a fim de se evitar o tratamento médico recusado pela paciente.

2. A Decisão

O Relator atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.019 do Código de Processo Civil (“CPC”), para que não fosse realizada qualquer transfusão de sangue na paciente até ao julgamento final do aludido recurso.

Para tanto, destacou que o hospital e os médicos devem respeitar a vontade manifestada pela paciente, que se encontra plenamente consciente e no exercício da sua capacidade. Cabe tão somente à paciente, titular do direito à vida, decidir como deve ser tratada a sua questão de saúde.

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

A discussão centrou-se na autonomia do paciente em recusar-se a realizar determinados tratamentos médicos. Ainda que o tema esteja comumente relacionado a convicções religiosas, sublinhou-se que o respeito à dignidade humana e à autonomia existencial precede o exercício da autonomia religiosa.

Procedeu-se à análise comparativa da jurisprudência sobre a recusa terapêutica no Brasil e em Portugal. Em Portugal, há o entendimento de que a recusa terapêutica do paciente deve ser respeitada. Em caso de dúvida, é tolerada a intervenção médica. No Brasil, em regra, autoriza-se a autodeterminação do paciente, desde que não haja um risco de vida. Criticou-se o cariz paternalista desse posicionamento, em que o direito à vida precede o exercício dos demais direitos constitucionais.

Criticou-se a referência feita na decisão ao conflito entre direitos constitucionais. Nessa direção, argumentou-se que não há um conflito, tão-somente a vulneração à dignidade da pessoa humana, vértice axiológico do ordenamento jurídico constitucional. Além disso, referiu-se que não está em causa uma tentativa de suicídio, mas unicamente o exercício legítimo do direito de escolha de tratamento médico.

Ademais, teceu-se crítica à ausência de avaliação das alternativas cabíveis e viáveis. Propôs-se que o Estado passe a reconhecer as terapias alternativas à transfusão de sangue, que se revelam igualmente seguras e menos custosas. A título exemplificativo, referiu-se que já foram realizados transplantes de medula óssea sem o recurso à transfusão de sangue.

Debateu-se, ainda, a questão sob a perspectiva dos profissionais de saúde, que estão sujeitos às normas do Conselho Federal da Medicina (“CFM”).

Nos termos do artigo 1.º da Resolução 2232/2019 do CFM, “[a] recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.”.

De igual modo, o artigo 2.º do referido diploma estabelece que “[é] assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.”.

Por outro lado, em casos de urgência e emergência, a Resolução de Hipócrates determina a adoção do tratamento médico independentemente da recusa terapêutica do/a paciente:

“Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.”

De um lado, caso o profissional de saúde realize o tratamento médico contra a vontade do paciente, não haverá uma condenação em processo ético-profissional, mas este poderá vir a ser responsabilizado penal e civilmente. De outra parte, caso observe a recusa terapêutica do paciente, pode vir a ser condenado eticamente. Nesse contexto, foi referido que diversos profissionais de saúde preferem não se envolver em casos em que haja uma recusa terapêutica.

Mesa 3

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA II

Presidente da Mesa: *João Vaz Rodrigues* · Professor da Universidade de Évora | Advogado

Relator: *Ana Rita Santos*

CASO 1

APRESENTANTE: ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n° 2615.18.1T8VFR.P1, de 10.02.2022

B. Palavras-chave: Contrato de Prestação de Serviços Médicos; Consentimento Informado; Finalidade; Risco de Incidência de 1,1%

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos:

- i) Em Outubro de 2016 uma senhora que andava a sentir dores no dente do sizo consultou a sua dentista, que após ser analisada e lhe ser receitada medicação, e em virtude do facto das dores não melhorarem, prescreveu a remoção desse dente.
- ii) A paciente concordou com o procedimento de extração do dente do sizo.
- iii) A literatura médica indica o nervo lingual é apenas visível através de TAC, no entanto na prática clínica, apenas é exigível a realização de Raio-X, que foi o que aconteceu.

- iv) Após anestesiada iniciou-se o procedimento que decorreu sem problemas, respeitando as práticas comuns nestes tipos de procedimentos.
- v) A paciente continuou a realizar a sua higiene dentária na mesma clínica após a remoção.
- vi) No entanto, desde a extração que a paciente ficou com uma sensação constante de língua anestesiada, que se traduz numa ausência de paladar e textura na metade direita da língua.
- vii) Acontece que ao ministrar a anestesia, durante a extração, a dentista atingiu o nervo lingual da paciente, provocando-lhe hipostesia (diminuição da sensibilidade) da hemilíngua direita, principalmente no bordo lateral, a nível posterior. Para além destes sintomas que lhe provocam mal-estar, a paciente ficou ainda desgostosa. Algo que se manterá para o resto da sua vida.
- viii) Esta situação traduz-se num défice funcional permanente de 2 pontos numa escala de 0 a 100- facto afirmado pela perícia médica.
- ix) Na literatura médica estima-se que este tipo de lesão que é rara, ocorra em 1.1%

55

dos casos, constituindo um risco inerente ao procedimento, mas que pode ocorrer por vários motivos- facto afirmado pela perícia médica.

- x) A dentista não informou a paciente deste risco antes do procedimento, sendo que era do seu conhecimento.

2. O Direito

Nesta ação estavam em causa 2 causas de pedir, a responsabilidade por erro médico e a responsabilidade por violação do dever de informação. A autora alegava que a ré dentista deveria ter realizado exames para localizar o nervo, bem como deveria ter informado a autora do risco de ocorrência dessa lesão para obter dela o consentimento.

Em alegações por parte da ré dentista, é dito que o procedimento ocorreu de acordo com as *leges artis* e que transmitiu à autora, oralmente, toda a informação sobre a cirurgia esclarecendo acerca das implicações e riscos da mesma, bem como os cuidados que deveria manter no pós-operatório. Afirma ainda que esse tipo de lesões eram extremamente raras, com uma ocorrência de apenas 0.4% para lesões temporárias, e ainda mais baixa para lesões permanentes, pelo que o risco não tinha de ser transmitido. Foi requerida e admitida a intervenção principal da seguradora da ré dentista.

Aquando da instrução, foi realizada perícia médico-legal que afirma que este tipo de lesão que é rara, ocorra em 1.1% dos casos, constituindo um risco inerente ao procedimento, mas que pode ocorrer por vários motivos. Não houve reclamação deste relatório, nem foi pedida 2ª perícia, assim a 1ª Instância fixou este valor como matéria de facto provada.

A 1ª Instância julgou a ação parcialmente procedente, afirmando que a ré actuou de acordo com

as *leges artis*, e que a lesão não teve origem na má prática clínica, condenando a ré e a interveniente a indemnizar a autora por incumprimento do dever de informação, no valor de 14.000,00€.

Desta decisão foi interposto recurso de apelação para o Tribunal da Relação do Porto por parte da ré seguradora e da autora, sendo que resultam duas questões para este Tribunal decidir: se a decisão sobre a matéria de facto devia ser alterada; e se a ré deveria ter informado a autora de que a extração do dente podia determinar uma lesão do nervo lingual, bem como das consequências dessa lesão a fim de a autora consentir na realização da extração.

3. Decisão

Fixada a matéria de facto, o Tribunal da Relação do Porto, para além da correção de um lapso em relação ao *défice* (devido a um lapso o *défice* figurava-se em 2 pontos numa escala de 0 a 10, sendo na Relação corrigido para 2 pontos numa escala de 0 em 100), pronunciou-se em relação à violação do dever de informação.

Quanto a este dever, foi afirmado que efectivamente a responsabilidade por ato médico pode ter como fundamento a violação dos direitos dos pacientes, nomeadamente a violação do dever de informação para o consentimento. No domínio da saúde, a autodeterminação afirma-se através do direito do paciente a decidir se, e em que circunstância se submete aos atos médicos. Para tal, corresponde ao médico a obrigação de transmitir ao paciente todas as informações suscetíveis de afectarem a sua decisão. Este dever de informação, concretiza-se através do consentimento informado, através do qual o doente, devidamente informado, autoriza na realização do ato médico legitimando assim a intervenção de terceiros sobre o seu corpo e integridade física. Se isto não acontecer, a prática

do ato médico consubstancia um ato ilícito (art.º 483º/1 Código Civil). Esta figura encontra-se em vários diplomas legais, nomeadamente, no art.º 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, no art.º 3º/2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como nos art.º 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa, art.º 70º, 81º e 340º Código Civil, art.º 38º, 39º, 156º e 157º do Código Penal, bem como na Lei de Bases da Saúde, no Estatuto da Ordem dos Médicos e no Regulamento de Deontologia. Como podemos ver é uma disposição com muito relevo.

Para que este consentimento prestado pelo paciente seja válido, tem de ser livre e esclarecido, sendo que a informação prestada tem de atender sempre ao caso concreto. Tendo em conta o elevado volume de informação, questiona-se qual deve ser transmitida e qual poderá ser “ignorada”. O Tribunal diz que deverá ser transmitido “tudo quanto uma pessoa medianamente interessada e razoável consideraria, em condições normais, como factor com influência para a sua decisão”. Assim devem ficar de fora da transmissão apenas aqueles riscos que se mostrem desprezíveis, devendo abarcar não só os riscos normais da intervenção, mas também os riscos incomuns de gravidade, bem como aqueles que resultem das próprias características do doente e da interacção dessas características com a intervenção. Para isso têm de se distinguir os riscos.

Assim, em desacordo com a 1ª Instância, o Tribunal da Relação do Porto considerou que o risco de 1,1% não estava subordinado ao dever de informação, contrariamente a um risco de 23% perante a mesma situação (julgado no âmbito de uma ação semelhante). Considerou que este risco era apenas um risco residual, e para ser abarcado no dever de informação, teria de o ser com base em outra justificação, nomeadamente na sua gravidade. No

entanto no caso, tendo em conta os factos provados, o risco não poderia ser considerado grave nem significativo, apesar de ser um risco específico daquele ato médico. Considerou então o Tribunal da Relação do Porto não haver violação do dever de informação por parte da ré.

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

Apelou-se neste caso à **reflexão sobre a** questão do consentimento informado ser transmitido oralmente ou por escrito, revelando-se da maior importância em questões probatórias.

Muito importante para o desfecho deste recurso, na opinião do Doutor Aristides Rodrigues de Almeida, foi o facto da autora **não ter requerido ampliação do** objecto do recurso, impugnando a percentagem da taxa de risco de 1,1% e, por sua vez, ter-se limitado a juntar aos autos, com as alegações de recurso, cópias simples de artigos que se encontravam na internet, alguns dos quais dão uma percentagem de risco de 23%. Assim, ficou o Doutor impedido de mexer na matéria de facto, tendo de decidir o recurso com base do 1,1%. Compara com outro caso, do STJ, onde a mesma situação, o mesmo risco, mas que foi decidido com base nos 23% fez toda a diferença para o desfecho da ação.

Houve também a questão do défice funcional permanente de 2 pontos numa escala de 0 a 100, correspondente a 2%, comparando com o lapso que vinha de trás que afirmava o défice funcional permanente numa de 2 pontos numa escala de 0 a 10, correspondendo a 20%. Há também aqui uma diferença relevante e decisiva.

CASO 2

APRESENTANTE: MARCOS COLTRI

- A. **Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo N.º 1001245-35.2017.8.26.0066, de 14 de Dezembro de 2022
- B. **Palavras-chave:** Indemnização; Erro Odontológico; Implantes Dentários
- C. **Os Factos, o Direito e a Decisão**

1. *Os Factos*

- i) Está em causa uma paciente que contratou com um cirurgião dentista a realização de uma prótese sob implantes (seriam feitos implantes para sustentar uma prótese na arcada dentária da paciente).
- ii) Esta assinou um termo de consentimento do qual constam alguns riscos, a possibilidade de insucesso e consta que a paciente manifesta o seu livre consentimento para a colocação de entre 3 a 4 implantes para sustentar a prótese.
- iii) O procedimento foi realizado, mas não evoluiu bem. Houve a perda de um implante por falta de osseointegração.
- iv) Isto causou dor, dificuldade a mastigar e outras complicações à paciente.
- v) A paciente teve de consultar outro médico para ver o seu problema resolvido.
- vi) Mais tarde, da perícia soube-se que este procedimento teria de ocorrer, no mínimo com 4 a 6 implantes.

2. *O Direito*

Posto o caso, a autora avançou com uma ação judicial por erro profissional, e por defeito de informação porque ela não foi alertada sobre possíveis riscos, sendo que a paciente (autora) pretendia uma indemnização de 88 mil reais.

Perante isto o réu (dentista) apresentou reconvenção onde pedia que a autora lhe pagasse o restante que devia devido ao procedimento (2 mil reais) e pretendia ainda não pagar a indemnização. Para tal juntou aos autos um termo de consentimento assinado pela autora do qual constavam alguns riscos, a possibilidade de insucesso, e ainda o consentimento da autora para a colocação de 3 a 4 implantes.

Na instrução foram realizados 4 laudos periciais de onde se concluiu que o procedimento não poderia ter sido realizado com 3 implantes, teria de ser feito no mínimo entre 4 a 6 implantes.

A 1ª Instância julgou a ação principal, da paciente contra o cirurgião dentista, improcedente, e a reconvenção procedente. A paciente autora recorre em apelação para o Tribunal de Justiça.

3. *A Decisão*

O Tribunal de Justiça julga a ação principal, da autora contra o réu, como parcialmente procedente, uma vez que a prova pericial confirmou que o procedimento foi realizado de forma equívoca, pois que deveriam ter sido colocados não 3, mas entre 4 a 6 implantes. Assim o cirurgião dentista foi condenado ao pagamento de 15 mil reais a título de indemnização por danos morais e como danos patrimoniais teve de indemnizar no valor do procedimento- baseando-se nos art.º 14º § 4º do Código de Defesa do Consumidor, e ainda art.º 186º, 927º e 949º do Código Civil. Julgou ainda improcedente a reconvenção do cirurgião dentista.

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

É de destacar nesta decisão a questão da divergência entre a concordância expressa e o efectivo consentimento informado. Neste caso, a paciente efectivamente assinou o termo de consentimento para lhe serem colocados entre 3 a 4 implantes. Não está em causa uma falha na transmissão da informação. Está em causa a transmissão de uma informação deficiente no sentido da sua validade, uma vez que esta era tecnicamente inadequada. A paciente autodeterminou-se com base numa informação falsa que lhe foi transmitida, portanto este consentimento não era válido visto que a paciente era leiga no assunto.

É salientado ainda pelo Doutor Marcos Coltri que se poderia agravar ainda mais a condição da atuação do cirurgião dentista uma vez que o termo de consentimento indica que ele colocaria de entre 3 a 4 implantes, ou seja a paciente tinha dado o seu consentimento para que o cirurgião dentista fizesse o seu trabalho de acordo com o mínimo preconizado pela literatura médica, e mesmo assim este médico não o fez. Assim termina o Doutor apelando à ponderação sobre a divergência entre o consentimento, uma concordância expressa, e o consentimento livre e esclarecido propriamente dito.

CASO 3

APRESENTANTE: ISABEL SÁ

A. Identificação da decisão: Sentença de 1ª Instância de dia 12 de Março de 2018

B. Palavras-chave: Violação das Leges Artis; Violação do Dever de Informação; Quantum Indemnizatório

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A paciente procurou o ginecologista, após outros médicos lhe terem diagnosticado prolapso genital e aconselharem a cirurgia para solução do problema.
- ii) O médico ginecologista após realizar análises clínicas, ecografia pélvica e um estudo urodinâmico, confirmou o diagnóstico (prolapso uterino) e prescreveu a cirurgia (histerectomia).
- iii) O estudo urodinâmico revelou também a existência de um problema de incontinência urinária disfarçado pelo prolapso.
- iv) O médico ginecologista informou a paciente acerca do prolapso, e da necessidade de cirurgia (histerectomia), mas não informou relativamente à existência do problema de incontinência disfarçado, nem da necessidade/ forma do seu tratamento.
- v) A paciente deu o seu consentimento para a intervenção cirúrgica- histerectomia, onde lhe é retirado o útero, algo que tinha conhecimento.
- vi) Durante a mesma cirurgia, a paciente foi também intervencionada à bexiga. O médico procedeu à colocação de uma prótese/ redeTVT-O para correção da incontinência disfarçada. Esta intervenção à bexiga era desconhecida da senhora.
- vii) A paciente estava convencida de que não padecia do problema de incontinência e, portanto, que o ato médico para resolução deste tinha sido inútil.
- viii) Após esta intervenção a paciente teve de

ser sujeita a outras intervenções, entre elas, intervenções para correção da tensão aplicada na prótese TVT-O.

2. O Direito

Perante tais factos, a paciente intentou uma ação contra o médico ginecologista onde pedia uma indemnização por danos patrimoniais e por danos morais, baseando-se em duas causas de pedir, a violação de *leges artis* por parte do médico (pois tinha-lhe causado danos), e a violação do dever de informação – pois não tinha prestado o seu consentimento informado em relação a certos atos praticados. Quanto à primeira causa de pedir, foi provado que as intervenções realizadas pelo médico estavam em conformidade com as *leges artis*, sendo então bem realizadas e necessárias, e ainda que as complicações de pós-operatório sofridas pela autora não resultaram da colocação da prótese. Assim, afastou-se a responsabilidade do médico por violação das *leges artis*.

Quanto à violação do dever de informação, o médico alegou ter informado a autora dizendo para tal que do exame era perceptível o problema da incontinência disfarçada, que aquando do preenchimento para os papéis do seguro (da paciente) teve de escrever o procedimento que iria realizar, e defendeu-se ainda dizendo que no hospital onde decorreu a cirurgia, a autora teve de assinar um formulário/ impresso de consentimento em como lhe teria sido dada a informação necessária ao consentimento.

Não foi provado que o médico tivesse informado a autora acerca do diagnóstico de incontinência disfarçada pelo prolapso, nem que lhe seria colocada uma prótese TVT-O, tal como não se provou que a autora tivesse dado o seu consentimento informado para essa intervenção à bexiga.

3. A Decisão

O Tribunal vem então dizer que a informação contida nos papéis do seguro se dirigia à companhia de seguros, não à autora, e independentemente de esta ter ou não, lido, a informação lá exposta era de cariz técnico/ clínico, não tendo a paciente obrigação de saber o que o médico queria dizer. É também feita referência à questão da letra do médico, que era imperceptível. Já quanto ao formulário do hospital (genérico), o mesmo tinha espaços em brancos que seriam preenchidos posteriormente, acrescenta-se ainda que a paciente tinha assinado apenas numa face do formulário, sendo que o lado **contrário também continha informação** (genérica), mas já não uma assinatura. Apenas se retira que a paciente apôs a sua assinatura no formulário, mas não que qualquer **informação do mesmo lhe fora** transmitida.

Uma vez que para haver um consentimento válido e eficaz, este tem de ser informado, essa informação tem de ser completa e específica, atenta ao caso concreto, portanto declarar genericamente que foram prestadas as informações ao paciente não é válido, tem de ser o médico a discriminar a informação transmitida.

No caso houve uma omissão de informação, pelo que este consentimento não se constituiu, sendo violado um dever acessório de prestação contratual e portanto o facto ilícito constitui pressuposto de responsabilidade, sendo por concluir também a culpa do prestador (art.º 799º Código Civil).

O Tribunal considerou ter sido violada a autonomia da paciente, o seu direito à autodeterminação, a sua integridade física bem como a dignidade pessoa, e que apesar do dano que adveio destas violações não serem quantificáveis, merecem a tutela do direito (art.º 496º CC).

Além da violação de direitos de personalidade,

foi ainda considerado pelo Tribunal estar em causa um dano por perda de chance uma vez que foi negada a possibilidade à paciente, de na posse de toda a informação relevante e necessária à sua tomada de decisão, dizer que não queria ser intervencionada.

Concluindo, por tudo isto, o Tribunal julgou o pedido como parcialmente procedente, e condenou o réu a pagar à autora uma indemnização de 7.500,00€.

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

No presente caso destaca-se a questão da forma de prestação do consentimento informado, mas assume moldes diferentes do que o 1º caso. Aqui temos um consentimento que foi prestado, no entanto este era genérico. Apesar de escrito, continha espaços em branco e falta de informação acerca do procedimento que seria realizado à paciente. Apêla-se novamente à reflexão sobre estas formas de consentimento e desta apresentação resulta um “conselho” para médicos e instituições hospitalares: a apresentação de brochuras com as informações relevantes, e caso haja mais informações a serem transmitidas, serem escritas no mesmo, ainda que à margem, pois assim consegue-se uma forma de transmissão da informação que, depois de lida, compreendida (que passa também pelo prestador de cuidados esclarecer os pacientes, e explicar de forma adequada a que os mesmos compreendam a informação), e assinada, seja efectivamente **válida**.

CASO 4

APRESENTANTE: MARÍLIA DOS REIS LEAL FONTES

A. Identificação da decisão: Juízo Central Cível e Criminal de Évora do Tribunal Judicial da Comarca de Évora, Proc. Nº 544/15.0T8EVR, sentença proferida a 07-11-2017.

B. Palavras-chave: Responsabilidade pela Produção de Dano Decorrente de Ato Médico; Dever de Esclarecimento e Informação; Indemnização.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Um casal, senhor A (56 anos) e senhora M, aqui autores, foi ao médico urologista, com queixas de ardor e inflamação no pénis do Sra. A.
- ii) O médico receitou-lhe um líquido anti-céptico e desinfectante e indicou que caso o paciente não melhorasse teria de voltar para uma segunda consulta na qual teria de ser sujeito a um “golpinho”, que o casal entendeu como sendo apenas um pequeno corte no “freio” do pénis.
- iii) Não houve melhorias e o casal teve de voltar ao mesmo médico urologista, doutor M.
- iv) Nessa consulta, sem que lhes fosse dada qualquer informação nesse sentido, o doutor disse ao Sr. A para se preparar pois iria ser sujeito ao “golpinho”. Aqui houve surpresa da parte do casal que inclusive teve de ir levantar dinheiro para o pagamento

pois não vinham preparados para tal, no entanto permaneceu nos autores a convicção da simplicidade da intervenção.

- v) A intervenção ocorreu logo no consultório do médico com recurso a anestesia local.
- vi) Durante a mesma o senhor A não visualizou o que lhe estava a acontecer.
- vii) O senhor A tinha sido sujeito a uma verdadeira circuncisão, sem que o médico o informasse de tal, bem como das dores decorrentes da cirurgia nem do recobro ou riscos da mesma.
- viii) O casal só percebeu que o senhor A tinha sido sujeito a uma circuncisão quando foram mudar o penso.
- ix) A mesma não correu bem. O paciente continuou a ter dores e consultou outro médico que constatou que havia um ponto e uma linha que não tinham sido retirados, e que lhe tinha sido removida demasiada pele.
- x) Como conseqüências o senhor passou a padecer de disfunção erétil.
- xi) Perante tal situação, o Sr. A e a Sra. M consultaram ainda outro médico que lhes disse não haver certezas quanto à possibilidade de ser realizada cirurgia re-constructiva com sucesso.

2. O Direito

Perante tais factos, o casal intentou uma ação contra o médico urologista e a sua seguradora pedindo uma indemnização de 58.351,54€ por danos patrimoniais, morais e biológicos. Alegando que tinha sido retirada ao autor a faculdade de recusar o procedimento no todo ou parcialmente, que o

réu tinha atuado com má técnica na execução da cirurgia bem como a sua realização em ambiente impróprio. Invocaram ainda o facto de o autor ter ficado com disfunção erétil, as dores e problemas que advieram da cirurgia indevida, e a impossibilidade de ambos terem uma vida sexual saudável.

Por sua vez, o médico réu contestou que aquando da primeira consulta lhe tinha explicado detalhadamente no que é que consistia a inflamação de que o paciente se queixava, e que poderia de necessitar de uma circuncisão. Disse ainda que obteve de imediato o consentimento informado do Sr. A para que se procedesse à intervenção. Na visão do réu esta intervenção teria corrido bem, de acordo com o normal, dizendo ainda que nas consultas seguintes ficou impossibilitado de retirar todos os pontos em condições por culpa do autor que apresentava um comportamento ansioso e agressivo.

Contestou também a ré seguradora do médico que este actuou de acordo com as *leges artis*, e dá a contestação do réu médico como integralmente reproduzida, afirmando ainda que à autora por via do art.º 496º Código Civil não é devida nenhuma indemnização.

Posto isto, o Tribunal tinha como questões a decidir: a responsabilidade pela produção do dano decorrente de ato médico; responsabilidade pela indemnização; e ainda dos danos verificados e do cômputo da indemnização.

3. A Decisão

Uma vez que houve dificuldade com a prova, pois não havia consentimento escrito, para o desfecho do caso foram relevantes os depoimentos dos autores, réu e ainda de um especialista em urologia. Os primeiros (autores) foram claros e credíveis nas suas declarações em que afirmaram que nunca obtiveram informações por parte do médico acerca

do procedimento que realizou, nem da sua necessidade ou riscos. Para confirmar este depoimento apresentaram o recibo passado pelo réu para efeitos de ADSE onde referia apenas uma “pequena cirurgia”, que foi negado, e posteriormente passado outro onde o réu refere que o autor necessita de circuncisão. O facto de os autores não estarem preparados para pagar o valor da circuncisão também mostra surpresa quanto à intervenção. Em favorecimento da versão dos factos do autor, o próprio réu não soube explicar o porquê de ter passado da prescrição de um desinfectante para a circuncisão sem ter tentado outra terapêutica antes, bem como o afirmou outro especialista em urologia que foi ouvido em tribunal. Este último afirmou ainda que dados os danos provocados ao autor, tinha-lhe sido retirada pele em excesso.

O Tribunal considerou então que o réu médico actuou com má técnica na execução da cirurgia. Considerou ainda que tinha sido violado o art.º 157º do Código Penal (dever de esclarecimento) uma vez que não houve consentimento. Este só seria eficaz se o paciente tivesse sido informado e devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e possíveis consequências da intervenção. Houve então violação do dever de esclarecimento/informação, nomeadamente sobre o sentido, alcance e consequências da intervenção proposta e que foi realizada, sobre a (omissão) de alternativas terapêuticas menos agressivas, e ainda sobre as sequelas e riscos associados à intervenção. Esta violação impossibilitou o consentimento consciente e vedou ao autor a possibilidade de recusa em ser submetido aquele tratamento. O autor viu ainda violado o seu direito à integridade física e a ter uma vida sexual saudável, a autora viu afastada também esta última.

Afirmou então o Tribunal que estavam cumpri-

dos os pressupostos da responsabilidade civil: facto ilícito- o autor viu violado o seu direito à integridade física e a ter uma vida sexual saudável; culpa- na modalidade de negligência uma vez que o réu devia ter previsto a possibilidade de ocorrer dano físico e não fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o mesmo; dano- os autores sofreram danos de natureza patrimonial e moral; e nexos de causalidade entre o facto e o dano- uma vez que se não se tivesse sujeitado à intervenção não teria sofrido qualquer dano.

Assim foi concedida indemnização ao autor pelo exposto (por danos patrimoniais, físicos e morais), mas também à autora, pelo facto de ser esposa e ver afastado o direito a ter uma vida sexual saudável (danos morais).

Houve recurso desta decisão, mas o Tribunal da Relação de Évora confirmou a sentença de 1ª instância. Houve ainda uma participação à Ordem dos Médicos.

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

Novamente, neste caso vemos a questão da forma do consentimento, visto não haver consentimento escrito, e a dificuldade de prova que tal apresenta. No caso, a Doutora teve de ter em conta os depoimentos dos autores e réu médico, acabando isso por ser a palavra de uns contra os outros. Teve uma prova muito importante para o caso que foi o recibo que o médico urologista tinha passado para fins de ADSE dos autores, que não foi aceite. Concluimos então, que a questão da forma de prestação consentimento é extremamente importante para efeitos de prova, e que é prática comum este ser prestado apenas oralmente sem esclarecimentos, o problema é quando surgem complicações, fazer prova do mesmo. Daí novamente se afirmar

a importância deste ser escrito, contendo todas as informações de forma a capacitar os pacientes à tomada de uma decisão consciente e informada. O objectivo do consentimento informado, livre e esclarecido é ser ferramenta que surge para capacitar os pacientes na tomada de decisão sobre uma possível ingerência na sua esfera pessoal, na sua integridade física, lutando contra o paternalismo médico e contra a ideia que o médico é que sabe o melhor para a vida dos pacientes, que ainda hoje se mostra presente, sendo isto chocante, como o foi no caso.

CASO 5

APRESENTANTE: DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Junho de 2023, Proc. N.º 26936/15.6T8PRT.P2; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2023, Proc. N.º 26936/15.6T8PRT.P2.S1.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Médica; Ónus da Prova; Consentimento Informado; Nulidade; Falta de Fundamentação de Factos.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Em Novembro de 2012, após algum tempo a sentir dores na omoplata direita, a paciente consultou um médico neurocirurgião.
- ii) Após exames, este informou a paciente apresentava uma doença degenerativa da

coluna com um défice motor e funcional, resistente a tratamentos conservadores e medicação.

- iii) O médico aconselhou a realização de cirurgia por ser a única forma de tratamento.
- iv) Foi realizada uma consulta prévia à cirurgia onde a paciente questionou o médico sobre a recuperação, tendo este indicado um período de 15 dias a um mês para poder trabalhar a tempo inteiro.
- v) Antes da cirurgia foi assinada uma declaração de consentimento.
- vi) A cirurgia era uma discetomia e extirpação de duas hérnias discais, e ocorreu sem intercorrências aparentes.
- vii) No período pós-operatório precoce a paciente fez um episódio hipotensivo severo com algum distress respiratório. Quando acordou da anestesia apresentava uma paresia dos membros direitos.
- viii) O médico explicou à paciente que houve a possibilidade desta ter sofrido um AVC no período pós-operatório precoce, ou um edema pulmonar.
- ix) Após a operação foram realizados exames, sendo que foi determinado à paciente uma incapacidade de 19%. Esta tinha sofrido lesões medulares com graves consequências para o seu dia-a-dia, profissão e também psicológicas.
- x) O médico neurocirurgião à data tinha transferido a sua responsabilidade civil para a sua seguradora.

2. O Direito

Perante tais factos, a paciente intentou uma ação contra o médico neurocirurgião e contra a seguradora (1º e 2º réu, respectivamente), onde peticionava indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. Para tal alegou ter havido erro médico da parte do neurocirurgião- que foi provado no decorrer do processo não ter existido-, e alegou também a questão da falta de consentimento informado.

Houve contestação pela parte dos réus onde foi afirmado que a autora tinha prestado o consentimento informado uma vez que tinham sido comunicados todos os riscos prováveis, possíveis daquela cirurgia (e de que ela também era conhecedora) e portanto que a autora tinha assinado a declaração devidamente informada.

A 1ª Instância julgou a ação improcedente e absolveu os réus, pelo que a autora recorreu para o Tribunal da Relação do Porto, que por sua vez julga a ação parcialmente procedente. Este Tribunal considerou como provados novos factos, anulando em parte a sentença recorrida e determinando a produção de nova prova quanto à questão do consentimento informado. Ordenou ainda prova pericial.

O processo volta à 1ª Instância e aí foi proferida nova sentença que julga, novamente, a ação improcedente, absolvendo os réus.

3. A Decisão

A autora volta a recorrer para o Tribunal da Relação do Porto (acórdão referido na identificação da decisão) que julgou a ação procedente, condenando os réus. O Tribunal da Relação do Porto criticou então a sentença de 1ª Instância, uma vez que esta entendeu que não houve violação do dever de consentimento informado decorrente do facto de não ter sido transmitido à paciente um risco de

lesão decorrente de uma intervenção cirúrgica na ordem dos 0,2% a 3%. A Relação do Porto considerou ainda que a tendência da doutrina e da jurisprudência atual é a indicação de riscos que, mesmo raros, são conhecidos, e vão afetar a integridade física dos pacientes, como foi o caso.

Este Tribunal considerou que houve violação do dever de consentimento informado, art.º 70º Código Civil, afirmando que o facto de a autora ter assinado o documento, não significava que estava consciente e que lhe tinham sido transmitidos os riscos que poderiam advir da cirurgia, nomeadamente o da lesão modular, e condenou os réus numa indemnização de cerca de 250 mil euros.

Desta 2.ª **decisão do Tribunal da Relação do Porto os réus recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça alegando que houve a modificação de um facto provado (o facto 55) quanto à questão do consentimento, que indicava que o médico tinha prestado as informações sobre o risco, ainda que de forma genérica;** invocam ainda nulidades, nomeadamente por omissão de pronúncia e por falta de fundamentação da decisão do Tribunal da Relação do Porto.

Em virtude do recurso dos réus, o Supremo Tribunal de Justiça não se pronunciou quanto à questão do consentimento informado, pronunciou-se apenas quanto ao argumento da nulidade da omissão, dizendo não se tratar de omissão de pronúncia, pois o Tribunal da Relação do Porto tinha-se pronunciado, no entanto não tinha atendido aos meios de prova que tinham sido produzidos e que a Relação tinha pedido (a prova pericial e as declarações de parte). Considerou então haver nulidade por vício de fundamentação por não ter fundamentado o porquê de ter alterado o facto 55, retirando

alegações da autora e dos réus em audiência.

Posto isto, o Supremo anulou o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, ordenando a remessa dos autos ao mesmo a fim de se apurar a questão em matéria de facto, que terá repercussões na matéria de direito.

Concluindo, a questão do consentimento informado mantém-se em aberto.

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

Foi salientado neste caso a questão dos requisitos de validade do consentimento informado, nomeadamente o requisito da voluntariedade. Para que o consentimento seja válido, não pode ser prestado com base em erro, em vícios da vontade. Também é destacada a questão da capacidade, o paciente tem de ser capaz para consentir.

Tão importante como estes requisitos, é a questão da forma de transmissão desse consentimento, que implica que o médico deva questionar o paciente para perceber se ele entendeu a informação que lhe foi transmitida, ou seja, o médico não deve apenas informar, deve também esclarecer o paciente, deve perceber se a informação que foi transmitida foi correta e completamente percebida, e deve ainda dispor-se a esclarecer possíveis dúvidas que restem ao paciente.

CASO 6

APRESENTANTE: ISA ANTÓNIO

A. Identificação da decisão: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 0884/12.0BEBRG- 1ª Secção.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil Extracontratual; Responsabilidade Hospitalar; Consentimento; Ónus De Prova; Dano Patrimonial; Dano Não Patrimonial.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A paciente acusava episódios de cansaço. Foi ao médico de família pelo mesmo motivo, e este após realização de um exame de rotina, referenciou-a para o Hospital de São José- Fafe (SNS), por lhe ter diagnosticado um nódulo na glândula tiróide.
- ii) O nódulo tinha 10x8 mm de diâmetro (0,8 cm de diâmetro).
- iii) Como meio auxiliar de diagnóstico, o médico do hospital (Dr. C) solicitou uma biopsia (realizada em Janeiro de 2004), tendo os produtos obtidos na mesma seguido para estudo citopatológico.
- iv) Foi dito à paciente (Fevereiro de 2004) em consulta externa de cirurgia geral do Hospital de São José- Fafe que esta tinha um tumor na tiróide, e que era aconselhada a cirurgia o mais rápido possível. A paciente ficou com a ideia de que estava com cancro.
- v) Nas consultas anteriores ao internamento nada foi falado acerca dos riscos.
- vi) Em 17 de Março de 2004 por ocasião de internamento a autora prestou consentimento para tratamento e operação. Porém a cirurgia teve de ser adiada em virtude de uma constipação da paciente.
- vii) Em 19 de Maio de 2004 a paciente volta novamente ao Hospital para ser in-

- ternada e presta novo consentimento para tratamento e operação.
- viii) Realizou-se a cirurgia (hemitiroidectomia D. Redy-vac, que consiste na remoção da metade da glândula tiróide), em 20 de Maio, da qual teve alta dois dias depois.
 - ix) Em 26 de Maio extrai-se do exame histológico, datado de 26 de Maio que o nódulo não era maligno.
 - x) As *leges artis* mandam controlar anualmente nódulos que tenham menos de 10 mm (1 cm), que era o caso. No caso da paciente é então aconselhado o acompanhamento anual, não a cirurgia.
 - xi) Após a intervenção cirúrgica a paciente teve 6 consultas com o médico (Dr. C) nas quais apresenta sintomas como: limitações alimentares- dificuldade a comer certos alimentos por engasgamento; limitações respiratórias- tosse, falta de ar, fadiga, quedas.
 - xii) Sintomas que o Doutor C classificou como ansiedade e stress.
 - xiii) Foi mais tarde (2009 e 2010) observada por outros médicos que lhe confirmam que por virtude da intervenção cirúrgica, a paciente ficou a padecer de paralisia da corda vocal direita em posição paramediana, com fenda glótica posterior. Tendo estas lesões carácter permanente, sem prejuízo de melhorar com cirurgia de medialização.
 - xiv) A lesão nervosa laríngea é um risco descrito na cirurgia tiroideia.
 - xv) Desde então a paciente passou a viver com algumas limitações bem como uma angústia constante.

2. O Direito

A paciente intentou uma ação no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga (TAF Braga) contra o agora Centro Hospitalar do Alto Ave, EPE e contra o médico, Doutor C (1º e 2º Réu doravante), sendo B, a companhia de seguros a quem o Doutor C transferiu responsabilidade civil, interveniente. Na mesma peticionava a condenação solidária dos réus na quantia de 85.175,00€ a título de danos patrimoniais e não patrimoniais.

Esta ação foi fundada na responsabilidade civil extracontratual do Hospital por erro médico/violação das *leges artis* e por violação do consentimento informado, mantendo-se apenas esta última pretensão uma vez que a primeira (erro médico) improcedeu, não havendo merecido qualquer impugnação.

Por sentença de 29 de Setembro de 2019, o TAF Braga julgou a ação parcialmente procedente, considerando verificar-se uma situação de culpa do lesado – art.º 570º Código Civil. Sustentou essa decisão pelo facto de a autora não ter feito prova suficiente de que, se tivesse recebido mais informação acerca daquele risco em específico, teria recusado o consentimento necessário para a intervenção cirúrgica, e ainda que até há realização da efectiva intervenção a autora teve tempo para consultar uma segunda opinião médica. Afirmou ainda que a autora não poderia desconhecer que aquele tipo de cirurgias comportava riscos. Por tudo isto, a 1ª Instância fixou a indemnização devida pelo 1º Réu em 1000€.

A autora recorre para o Tribunal Central Administrativo – Norte (TCA/N) que mantém o valor da indemnização atribuída em 1ª Instância, considerando para tal uma fundamentação distinta. Este Tribunal diz que a realidade factual não permite atribuir culpas à lesada, no entanto refere existi-

rem circunstâncias que diminuam a culpa do 1º Réu (art.º 494º e 496º CC), sendo estas o facto do diagnóstico do nódulo e a necessidade de cirurgia estarem correctos, bem como o facto de a recorrente ter manifestado vontade em ser operada e ainda o facto de o médico nunca ter representado tal risco como possível.

3. A Decisão

Perante tal decisão de 2ª Instância a autora recorre para o Supremo Tribunal Administrativo dizendo que aquele (TCA/N) incorreu em erro de julgamento, e afirma como cerne da questão o estabelecimento do nexo de causalidade entre o ato causador da lesão (a ausência de consentimento informado) e o dano.

O STA, em 16 de Dezembro de 2021 revogou o acórdão do Tribunal a quo, dizendo que, uma vez que a cirurgia necessitava de consentimento da paciente, e este, para ser válido e eficaz, tinha de ser informado (a fim de que a paciente ficasse dotada de toda a informação necessária que a habilitasse à tomada de uma decisão informada), então cabia ao 1º Réu (Hospital) demonstrar que transmitira à autora as necessárias informações quanto aos riscos advenientes ou comportados pela cirurgia (art.º 342º/2 CC), afirma também que a autora não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informada. Ambas as coisas não foram demonstradas pelo réu.

Assim, a falta de informação sobre os riscos associados à cirurgia implica a ilicitude da intervenção, privando a recorrente da liberdade de escolha, com o consequente dever de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais que lhe foram causados, e por ela sofridos.

Diz ainda este Tribunal que para que o dano seja considerado como efeito adequado de certo

facto não é necessário que seja previsível para o seu autor, sendo, todavia, essencial, que o facto constitua em relação ao dano, uma causa objectivamente adequada.

É também ressalvado nesta decisão, contrariamente às anteriores, que o consentimento documentado não significa necessariamente que seja informado; que o direito do paciente a não querer saber não isenta o médico do dever de obter o consentimento informado, e que deste direito não se pode extrair que o facto de o paciente nada ter para perguntar ao médico, não significa que não queira saber.

Concluindo, entendeu o Supremo Tribunal Administrativo, perante a factualidade, estar demonstrada a ocorrência do nexo de causalidade entre o facto ilícito/ culposo e os danos. Concedeu então provimento ao recurso e consequentemente revogou o acórdão recorrido, condenando o 1º Réu ao pagamento de uma indemnização à autora por danos patrimoniais no valor de 175,00€, e não patrimoniais no valor de 16.000,00€.

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

No seguimento deste caso foi tecida uma crítica pela Doutora Isa António ao entendimento da 1ª Instância quando esta afirma que a paciente tinha tido tempo, entre a data da cirurgia, e a data em que realmente ocorreu a cirurgia, de consultar uma 2ª opinião médica. Diz-nos a Doutora que deveria ser uma agravante o facto de haver uma grande relação de confiança entre o médico e os pacientes, pois se um médico afirma que o paciente padece de certo problema, é normal que este, que é leigo em medicina, acredite e não procure mais opiniões.

Foi levantada uma questão pela audiência: se

esta ação corresse nos Tribunais Cíveis em vez do STA, se estes teriam decidido de forma diferente.

A esta questão a Doutora reiterou a injustiça que é, em situações semelhantes, (cuja única diferença é uma ocorrer no privado e outra no público), haver diferenças em termos do ónus da prova, quando, já foi provado que o utente do SNS é o utente mais desfavorecido, e é precisamente este, que numa situação de responsabilidade civil terá de fazer prova da culpa. E esta prova é extremamente difícil para o paciente, que só por si já está numa situação de fragilidade perante o médico.

CASO 7

APRESENTANTE: Rafaela Nogarolli

A. Identificação da decisão: Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Recurso de Apelação Cível N.º 0008922-19.2018.8.16.0021.

B. Palavras-chave: Indemnização por Danos Morais/ Materiais/ Estéticos; Responsabilidade Civil Médica- Hospitalar; Não Ocorrência de Culpa Médica; Dever de Informação; Termo de Consentimento Genérico.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) A paciente em 19 de Junho de 2017 foi submetida a cirurgia às cataratas numa Clínica de Olhos, sendo operada pelo Dr. G.
- ii) Da mesma ocorreram complicações próprias, decorrentes do procedimento.
- iii) A paciente sofreu de ruptura da cápsula posterior.

- iv) Esta lesão é um risco intrínseco ao procedimento para tratar cataratas, que pode levar à cegueira.
- v) Da mesma lesão ocorrida aquando da intervenção cirúrgica, a paciente ficou cega do olho esquerdo.
- vi) Antes da intervenção a paciente assinou um termo de consentimento. Do mesmo não constava o risco de ruptura da cápsula posterior.
- vii) É facto provado que este risco é possível, ainda que raro, com uma frequência de 1,8 a 10,3%. Esta complicação é de natureza grave e também típica nas cirurgias das cataratas, e até mais frequente quando comparada com outros riscos do mesmo procedimento.

2. O Direito

Perante tal situação, a paciente intentou uma ação de indemnização por danos decorrentes de erro médico. A ação foi intentada contra a Clínica de Olhos e contra o Dr. G.

Em contestação, o médico réu sustentou que durante a intervenção efectivamente houve a ruptura da cápsula posterior do olho esquerdo, mas que essa situação era considerada pela literatura médica como um possível evento adverso da cirurgia. Também afirma o réu médico, bem como o réu- Clínica que a autora assinou o Termo de Consentimento e que por isso tinha sido devidamente informada a respeito dos riscos do procedimento, em especial, da ruptura ocorrida. Foi junto aos autos o Termo de Consentimento.

Em impugnação da contestação a autora afirma que em nenhum momento a tinham informado sobre a possibilidade de complicações na cirurgia resultarem em cegueira.

Por sentença, o Tribunal julgou em 20 de Março de 2018, improcedentes os pedidos da autora.

3. A Decisão

Uma vez julgada improcedente a ação em 1ª Instância, a autora interpôs Recurso de Apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em sede de recurso a apelante afirma que o conjunto probatório demonstra culpa dos apelados por erro médico, e violação do dever de informar a paciente, uma vez que o Termo de Consentimento assinado por esta não mencionava que as complicações da cirurgia das cataratas podiam acarretar a perda total de visão. Requer assim indemnização por danos materiais no montante de 225,00 reais, uma pensão mensal devido a capacidade laboral reduzida, e ainda 150.00,00 reais a título de danos morais e estéticos.

Por sua vez, a Clínica de Olhos, em contrarrazões afirma não haver culpa médica nem violação do dever de informação, bem como o médico (Dr. G) que pugna pela manutenção da sentença de 1ª Instância, afirma ainda que a cirurgia da paciente fora realizada de acordo com todas as técnicas previstas na literatura médica, e que a mesma tinha ainda sido devidamente informada acerca dos riscos da cirurgia, principalmente pelo facto de ter assinado o Termo de Consentimento.

No Tribunal, antes de se fazer a análise do conteúdo da informação propriamente dito, foi realizado um debate entre os Desembargadores da 8ª Câmara Cível durante a sessão de julgamento, a respeito da abrangência da causa de pedir. Houve um voto divergente no caso, que afirmou que a ausência de informações suficientes relacionadas com a cirurgia das cataratas não se constituía como causa de pedir, uma vez que a autora, nada tinha dito a esse respeito na petição inicial, falando apenas de

um risco que se concretizou como decorrente de um erro de tratamento, portanto um erro na intervenção do médico.

Ora, a informação sobre um risco intrínseco trata-se de uma defesa de mérito indirecta. Não altera nem amplia a causa de pedir. Tanto a questão das informações, como a validade do Termo de Consentimento, são fundamentos determinantes da sentença (que julgou improcedente o pedido inicial) e, embora caiba ao autor delimitar a causa de pedir na petição inicial, o juiz deve decidir sobre todos os pedidos e as causas de pedir, inclusive aquelas que estão a ser matéria de defesa suscitada pelo réu na contestação.

Continuando, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná discorreu sobre, e considerou não haver nexos de causalidade entre a conduta do médico e o dano que adveio para a autora, afastando o erro médico.

No entanto, quanto à questão da violação do dever de informação, o mesmo Tribunal afirma que nos Termos de Consentimento (gerais) não há qualquer referência sobre os riscos específicos da cirurgia a que a paciente foi submetida, nem o médico conseguiu fazer prova de que tivesse esclarecido verbalmente sobre o risco que afectou a paciente. Consequentemente, os Termos de Consentimento não eram válidos. Uma vez que existe vínculo entre o médico (Dr. G) e a Clínica de Olhos, o Tribunal considerou que ambos os réus deveriam responder por responsabilidade civil por violação do dever de informação e direito à autodeterminação da paciente. Concluindo, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso, condenando os réus solidariamente ao pagamento de 40.000,00 reais a título de danos morais, 25.000,00 reais por danos estéticos e 225,00 reais por danos materiais.

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

Nesta apresentação, foi destacada a importância do “escalamento de riscos”. É notório que um dos maiores desafios colocados ao julgador é precisamente determinar os contornos do consentimento informado: os benefícios, as alternativas terapêuticas, mas principalmente os riscos que deveriam ser informados pelo médico. É neste contexto que se afigura essencial o escalonamento dos mesmos. Ora de acordo com a Teoria dos Riscos Significativos, o risco será considerado significativo em virtude de 4 critérios: a necessidade terapêutica da intervenção; a sua frequência estatística; a sua gravidade; e, consoante as características e o comportamento do paciente. Fazendo esta ponderação, torna-se mais claro perceber que riscos deveriam ou não ser informados em virtude do dever de informação, tanto para este profissional (médico), como para o julgador, podendo revelar-se útil tanto para facilitar decisões judiciais, como para fazer uso daquele dever de informação de forma correta.

CASO 8

APRESENTANTE: JÚLIO MARQUES

- A. Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Recurso de Apelação Cível N.º 1009474-54.2019.8.26.0602; e, Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Recurso de Apelação Cível N.º 1000261-47.2023.8.26.0161.
- B. Palavras-chave:** Responsabilidade Civil na Ultra-sonografia; Sexo do Bebê; Resultado do exame; Indemnização.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

Quanto ao 1º Acórdão:

1. Os Factos

- i) Um casal recorre a um Laboratório de Análises Clínicas para realizarem uma ultra-sonografia.
- ii) O exame é realizado na 18ª semana da gravidez.
- iii) Foi assinado um Termo de Consentimento pelos autores, onde consta que o exame de ultra-sonografia não se destina à identificação do sexo do feto.
- iv) Quando entregaram o resultado do exame ao casal, seguia junto a imagem de uma menina.
- v) Gerando nos mesmos a convicção de que teriam um bebé do sexo feminino.
- vi) O casal realizou um chá-revelação no qual teve gastos patrimoniais.
- vii) No parto descobriram que afinal o bebé era do sexo masculino.

2. O Direito

Perante tal surpresa, o casal intentou uma ação contra o Laboratório de Análises e contra M. Os autores pediam uma indemnização por danos materiais e por danos morais decorrente de um alegado erro no resultado do exame de ultra-som. A 1ª Instância julgou parcialmente procedente o pedido para condenar solidariamente o médico e o laboratório ao pagamento de uma indemnização por danos morais de 5 mil reais para cada autor.

3. A Decisão

Há recurso dos réus, ao qual os autores aderem.

Em virtude do mesmo, os réus alegam que a ultra-sonografia obstétrica não tem como objectivo identificar o sexo do bebé e que eles também não tinham prestado qualquer informação em contrário aos autores. Afirmando ainda que os autores teriam manifestado desinteresse na realização do exame de sexagem fetal que, este sim seria capaz de identificar o sexo do feto.

Já os autores referem o desacerto da recorrida sentença quanto aos danos morais, pelo ínfimo valor atribuído para cada autor, bem como o facto de o Tribunal ter negado procedência ao pedido de reparação por danos patrimoniais uma vez que tiveram despesas com o chá-revelação para uma menina, quando na realidade aguardavam um menino. Pedem então os autores que os réus sejam condenados ao pagamento de uma indemnização por danos materiais (2.300,00 reais) e por danos morais no valor de 15.000,00 reais para cada autor.

Por sua vez diz o Tribunal de Justiça de São Paulo que efectivamente na 18ª semana de gestação já era possível identificar diferenças entre os órgãos sexuais masculinos e femininos. Afirma ainda que apesar de no Termo de Consentimento constar que este exame não se destina a apurar o sexo do bebé, os réus apresentaram a imagem de uma menina, gerando nos autores a certeza de que teriam uma menina, e não um menino. Houve um erro palmar de técnica, e de acordo com o **Código de Defesa do Consumidor, impõe-se ao prestador a realização do melhor serviço possível**, por isso, devem os réus ser responsabilizados pelo erro, uma vez que está caracterizado o ato ilícito que se materializou na entrega de um exame com o resultado incorrecto. Mas, ressalva o Tribunal, que devem indemnizar apenas quanto ao dano moral.

Quanto ao dano material, considera que o casal teria o mesmo custo com o chá-revelação independentemente do sexo do bebé, daí não haver causalidade com o incorrecto resultado do exame.

Assim, foi negado provimento ao recurso de apelação interposto pelos réus, bem como o recurso adesivo dos autores, mantendo-se a sentença recorrida.

Quanto ao 2º Acórdão:

1. Os Factos

- i) Uma gestante realizou um exame de ultra-sonografia 3 meses antes do parto.
- i) Foi dito à senhora que estaria grávida de uma menina.
- ii) Não foi realizado mais nenhum exame para confirmação do sexo do feto.
- iii) Adquiriu roupas e móveis para o quarto do bebé predominantemente cor-de-rosa uma vez que ficou com a convicção que teria uma menina.
- iv) No parto descobre que afinal a criança é do sexo masculino.

2. O Direito

Foi interposta uma ação de indemnização por danos morais e materiais contra a Clínica Médica. A 1ª Instância, apesar de o médico admitir um erro ao escrever o sexo do feto no relatório, considerou que não havia danos morais pois teria sido apenas um mero dissabor, já quanto aos danos materiais foram comprovados em 658,00 reais, sendo a ação parcialmente procedente.

3. A Decisão

Perante tal decisão de 1ª Instância a autora recorreu. Afirmou falha na prestação de serviço dizendo que aquando do exame de ultra-sonografia lhe foi informado que teria uma menina. Disse ainda que em nenhum momento o profissional médico a tinha informado sobre a probabilidade de erro nem indicado a realização de nenhum outro exame confirmatório. Frisou que as suas expectativas deviam ser analisadas em função do contexto social em que está inserida.

Alegou também que houve violação do dever de informação pela ré, que não tinha informado a autora dos riscos referentes ao resultado do exame. Pugnando pelos danos morais e patrimoniais suportados pela mesma.

Em contrarrazões afirma a Clínica apelada que o objectivo principal do exame não é aferir do sexo do bebé, mas sim verificar se está tudo bem com os órgãos e o desenvolvimento do corpo do feto durante a gestação. Argumento com o qual o Tribunal concordou. Disse ainda a ré que cabia à autora, caso quisesse saber o sexo do bebé, solicitar ao médico que a acompanhava no seu pré-natal informações sobre que exames deveria realizar e a respectiva finalidade.

Este Tribunal por sua vez considerou que o facto de a autora ter sido surpreendida no parto ao ter um menino, **não era** suficiente para demonstrar o facto constitutivo do direito da autora (algo que teria de fazer em virtude do art.º 373, inciso I, do Código de Processo Civil), e que também não o era a constatação da ocorrência de equívoco na informação prestada pelo profissional.

Assim decidiu Tribunal pela improcedência do recurso.

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

Aquando da apresentação ficaram duas questões no ar. Será que faz sentido os exames de sexagem serem considerados como uma obrigação de meio, quando a partir de determinado momento da gravidez já é possível identificar os órgãos sexuais do feto, desde que adotada a melhor técnica? A outra questão vem no decorrer da apresentação do 2º Acórdão: será que não devia ser atribuído dano moral quando se cria expectativa numa família? Será que se pode considerar apenas um dissabor?

Foram ainda referidos mais dois casos relacionados com exames de ultra-sonografia que depois geraram revolta com um resultado diferente do esperado. Serve esta exposição para alertar tanto pacientes, como médicos de que para além dos exames não serem 100% conclusivos, deveria ser informado aos pacientes que há margem de erro, para haver uma melhor gestão de expectativas, salvaguardando assim tanto a parte de quem realiza os exames, como de quem recebe os resultados.

73

CASO 9

APRESENTANTE: SEPHORA MARCHESINI

- A. Identificação da decisão:** Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Maio de 2023, Proc. N.º 611/21.0T8CTB.C1.
- B. Palavras-chave:** Negligência Médica; Acompanhamento da Gravidez; Ecografias Fetais; Não Deteção de Malformações Cardíacas; Dano Não Patrimonial; Dever de Indemnização; Nexos de Causalidade.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Um casal casa em 2014.
- ii) Decidem ter um filho, recorrendo à FIV (fertilização in vitro).
- iii) É reconhecida a gravidez.
- iv) O casal contratualiza com um médico ginecologista-obstetra que passa a acompanhar a gravidez.
- v) Entre Maio de 2018 e Dezembro de 2018, há registo de várias ecografias, e, em todas elas, em princípio está tudo bem com a bebé, vai nascer saudável.
- vi) A bebé (CC) nasce. Passados dois dias uma médica na hora do banho verifica que a criança está com cianose peribocal e nas extremidades.
- vii) A bebé é encaminhada e verifica-se que tem uma cardiopatia.
- viii) Em cerca de 20 dias faz a sua 1ª cirurgia, logo após a mesma é encaminhada para outros Hospitais com mais especialidades.
- ix) Durante um período a bebé continua a receber cuidados e realiza mais duas cirurgias, e chega um momento em que a equipa médica lhes transmite que já só podem tocar na sua filha usando luvas e batas.
- x) Por fim os médicos decidem que é necessário saber onde parar e que iriam induzir a bebé em coma.
- xi) Em Maio de 2019 acaba por falecer.
- xii) Após este incidente, os pais divorciam-se.

2. O Direito

Em 2021 a mãe intenta uma ação contra o médico-obstetra. Pede uma indemnização por danos relativos à morte da bebé, ao seu sofrimento por ter perdido a filha e ainda pelos honorários gastos com os serviços do médico.

Para tal a autora alega que o médico poderia ter verificado o problema da bebé e não o fez, e que caso o tivesse verificado, o médico poderia ter realizado uma cirurgia intra-uterina, ou logo a seguir ao parto. Diz ainda que mesmo que o tratamento ou até a sobrevivência da filha fosse uma incógnita, que pelo menos ela e o marido na altura perderam a oportunidade de realizar uma interrupção voluntária da gravidez (IVG), pois se soubessem que a sua filha iria nascer com tal problema, e que iria sofrer, então mais-valia não terem tido a bebé.

Por sua vez o médico alegou que pelo facto de a autora ser mãe solteira, não tinha legitimidade para pedir o dano da morte; que os honorários tinham sido pagos com bens comuns do extinto casal e, por isso não poderia fazer o pedido sozinha; alegou ainda que ele próprio era parte ilegítima uma vez que tinha transferido a sua responsabilidade civil profissional para uma seguradora, e por fim alega também que fez tudo o deveria ter feito de forma correta e que portanto não era possível ter verificado a cardiopatia.

O Tribunal de 1ª Instância condenou o réu ao pagamento de 25.000,00€ por danos não patrimoniais. Atendeu o Tribunal ao sofrimento da mãe de ter visto a filha nascer e sofrer daquela forma, considerando que o médico agiu com má prática e de forma culposa, que entre a autora e o réu existia uma relação contratual, tendo o ginecologista uma **obrigação de resultado, considerou ainda que** ele tinha exigibilidade de deteção e que a mãe, que já estava num momento vulnerável por si

só (o pós-parto), nem teve tempo de se preparar para cardiopatia da bebé, pela falta de informação a que foi sujeita. Considerou ainda não se tratar de uma wrongful birth action e absolveu o réu do resto do pedido.

3. A Decisão

Há recurso da parte do réu para o Tribunal da Relação de Coimbra sendo que a autora apenas sustenta a manutenção da decisão recorrida.

Alega o réu que a ação proposta pela autora tinha sido uma ação de wrongful birth e que a procedência da mesma dependia da prova de que a mãe poderia abortar nos termos do art.º 142º Código Penal, coisa que não fez. Continua dizendo que a obrigação contratual que tinha com a autora era uma obrigação de meios, uma vez que a realização dos exames e o dever de informação eram apenas deveres acessórios ao seu dever principal de cuidado, proteção e acompanhamento da grávida na gestação e no parto. Por fim conclui alegando que não se verifica nexo de causalidade entre os danos não patrimoniais da autora e a atuação do médico, e ainda que caso o Tribunal da Relação de Coimbra mantenha a sentença recorrida, então considera que o montante da indemnização é excessivo.

Perante as alegações do médico **réu, o Tribunal considera que** aquele, enquanto técnico de saúde e médico ginecologista-obstetra especializado, não podia deixar de identificar a malformação do coração da bebé. Diz o mesmo Tribunal que não o fez, porque analisou o resultado dos exames ecográficos de forma desatenta, tendo assim retirado à autora (e ao marido na altura) a possibilidade de optar pela interrupção da gravidez, uma vez que o ex-casal teria ponderado essa possibilidade se soubesse que o problema traria tanto sofrimento à sua filha, que, como foi provado, viveu todos os dias da

sua vida sujeita a tratamentos médicos, a 3 cirurgias e em agonia. Nota ainda o que a bebé faleceu por insuficiência renal e insuficiência cardíacas na sequência de infeções contraídas durante o internamento, e que, portanto, a sua morte não se deveu a qualquer ato médico do réu.

Considera ainda quanto à alegação do réu sobre a ação da autora ser uma ação de wrongful birth, que a sentença de 1ª instância não merece reparo quanto a este ponto. Apesar de ter alguns pontos em comum com estas ações, afasta-se delas noutros aspectos, nomeadamente quanto aos danos a ressarcir, uma vez que a autora não tinha pedido, ao réu, danos emergentes de não lhe ter sido dada oportunidade de interromper a gravidez. Os danos a ressarcir são constituídos pelo dano da morte da criança e pelos danos não patrimoniais sofridos pela autora por causa dessa morte, bem como pela agonia e sofrimento da bebé, afastando-se assim das referidas ações.

Em relação à **alegação do réu sobre a** obrigação de meios/ obrigação de resultados diz o Tribunal que esta questão não é decisiva para o caso, sendo sim decisivo perceber o conteúdo da relação estabelecida entre a autora e o réu, e se decorre de tal relação que um dos objectivos da realização das ecografias era a identificação de malformações. A estas questões respondeu o Tribunal que a sua relação configurava um contrato de prestação de serviços no qual estava incluído a realização de ecografias, sendo que um dos objectivos da realização das mesmas é a averiguação de malformações. Ora é de concluir que o réu cumpriu defeituosamente o seu dever de vigilância médica, e, portanto, também não merece reparo a sentença recorrida quando imputa ao mesmo médico culpa na não detecção das malformações no coração do feto.

Já quanto à questão do nexo de causalidade en-

76 tre a omissão ilícita e culposa que lhe é imputada (a não detecção das malformações) e os danos não patrimoniais sofridos pela autora, julgou a Relação parcialmente procedente. Considerou que é incontroverso que a imposição ao réu da obrigação de indemnizar a autora pelos danos não patrimoniais pressupunha a prova de nexo de causalidade entre a ação ilícita e culposa e tais danos, sendo fundamento para tal o art.º 563º do Código Civil. Ora de acordo com este art.º afirma o Tribunal, que os factos provados não demonstram o nexo de causalidade entre a omissão ilícita e culposa e os danos que foram objecto de indemnização. Uma vez que os factos que deram origem aos danos não patrimoniais indemnizados são constituídos pela morte da criança e pelo seu sofrimento e agonia, então, se a omissão ilícita e culposa do réu não foi a morte da bebé, nem o seu sofrimento, também não poderá ser considerada tal omissão como causa desses danos que a autora sofreu. Por último considera ainda este Tribunal que também não decorre dos factos provados que os danos não patrimoniais que foram indemnizados tenham sido causados pelo facto de a autora não ter tido a oportunidade de se preparar corretamente para as adversidades que vivenciou. Aqui realça que essa realidade não decorre da matéria assente, não por insucesso probatório, mas sim porque a autora não o alegou, uma vez que a sua opção foi pedir indemnização por danos não patrimoniais que sofreu decorrentes da morte da filha e do seu sofrimento.

Concluindo, o Tribunal da Relação de Coimbra julgou procedente o recurso, absolvendo o réu, pois que o objecto do mesmo era constituído apenas pelo segmento da sentença de 1ª Instância que condenou o réu ao pagamento da quantia de 25.000,00 a título de indemnização por danos não patrimoniais.

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

Tendo em conta o caso, e outros que haverá deste género, a Doutora Sephora Marchesini deixa uma reflexão: até que ponto há interesse em discutir se a mãe/ os pais iriam abortar? Será que essa discussão não impõe aos pais uma obrigação de terem filhos saudáveis, ao dar indemnizações aos pais que as pedem quando os filhos nascem com problemas? Dá ainda o exemplo da Dinamarca e da Islândia onde cerca de 90% e 100% dos bebés que nascem com Síndrome de Down, respetivamente, são abortados. Não estaremos a caminhar para uma eugenia? Mas mais do que isso não estaremos a criar nos pais uma obrigação de terem filhos saudáveis ao afirmar que se eles não abortarem quando tiveram essa informação, então a culpa é deles?

Mesa 4

RESPONSABILIDADE CIVIL II, EM ESPECIAL - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS E FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO

Presidente da Mesa: *João Vaz Rodrigues* · Professor da Universidade de Évora | Advogado

Relator: *Ana Rita Santos*

CASO 1

APRESENTANTE – FERREIRA LOPES

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - Processo n.º 453/13.7T2A-VR.P1.S1 de 31 de março de 2022.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Médica, Responsabilidade Contratual e Extracontratual; Contrato de Prestação de Serviços; Ato Médico; Obrigação de Meios e de Resultado; Culpa; Cumprimento Defeituoso; Erro Médico; Acto Ilícito; Dever de Diligência Médica; *Leges Artis*

Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) **AA** intentou ação declarativa, com processo ordinário, contra **BB** (médico) e **C** (Hospital) pedindo a condenação destes a pagarem-lhe, solidariamente, a quantia de € 537.775,00, acrescida de juros de mora desde a citação e até integral pagamento, a título de indemnização;
- ii) Como fundamento **AA** alegou ser a única herdeira de **CC**, sua filha, falecida em julho de 2009;

- iii) Em 11/07/2007 **CC** foi submetida a uma intervenção cirúrgica designada por “colecistectomia”, pelo 1º Réu (**BB**) nas instalações da 2ª Ré (**C**), durante a qual ocorreu uma hemorragia intraoperatória súbita que resultou de uma secção completa da via biliar principal ao nível do colédoco, de uma extensa laceração da veia porta 1 centímetro acima da bifurcação e de uma laceração hepática profunda do leito vesicular, que foram causadas por erro no procedimento cirúrgico ou do material usado, que a equipa médica não conseguiu controlar;
- iv) Em face do ocorrido foi decidido transferir a doente para o Hospital (**H**), onde foi operada ainda a 11/07/2007 e novamente nos dias 13/07/2007 e 16/07/2007;
- v) A 18/07/2007 **CC** foi submetida a um transplante hepático urgente e novamente operada a 19/07/2007;
- vi) A 12/06/2009, depois de algumas internações, sofreu nova intervenção cirúrgica, vindo a falecer no Serviço de Cuidados Intensivos do (**H**) no dia 10/07/2009, num contexto de choque séptico, que evoluiu para falência multiorgânica;
- vii) Foi então proferida sentença de 1ª Instância

cia que julgou a acção totalmente improcedente, com a consequente absolvição dos RR do pedido;

viii) **AA**, portanto, apelou Ao Tribunal de Relação;

ix) Do Acórdão da Relação obteve a decisão de que dar-se-ia, em parte, provimento ao seu recurso, e, em consequência, alterar-se-ia a matéria de facto;

x) Entendeu a Relação que a responsabilidade do Réu **BB** (médico) era de cunho extracontratual cujo direito indemnizatório, fundado na mesma, já se encontrava prescrito e condenou, tão somente, a ré **C** (Hospital), a pagar à autora **AA** a quantia de € 100.000,00 (cem mil euros) a título dos sobreditos danos não patrimoniais absolvendo-se a mesma quanto ao mais pedido;

xi) Do acórdão, interpuseram recurso de revista a Ré **C** (Hospital), a Generali Seguros SA, denominação actual da interveniente Seguradoras Unidas SA, e a Autora **AA**, esta subordinadamente;

xii) A Recorrente **C** (Hospital) não aceitou ser responsabilizada por algo que, segundo o seu entendimento, não lhe era imputável. Nem a si diretamente, nem ao Réu médico ao seu serviço; nomeadamente o acidente ocorrido durante a cirurgia de colecistectomia realizada, em 11/07/2007, à filha da Autora. E muito menos aceitou ser responsabilizada pela morte de **CC**, dois anos depois desse acidente;

xiii) Asseverou que o Tribunal de primeira instância julgou pela improcedência da ação e pela absolvição dos Réus do pedido e o

Tribunal da Relação decidiu num sentido totalmente diferente, com uma fundamentação “surpreendente e lacónica”;

xiv) Reconheceu a recorrente **C** (Hospital) incontroversa a existência do dano, mas entendeu questionável a verificação dos demais pressupostos da responsabilidade, nos factos e fundamentos apresentados;

xv) Por um lado, a Ré **C** (Hospital), asseverou que a factualidade assente evidenciava o cumprimento das suas concretas obrigações contratuais e que a Autora **AA** não alegou nenhum facto suscetível de configurar cumprimento defeituoso ou incumprimento das suas obrigações;

xvi) Por outro lado, já quanto ao Réu **BB** (médico), afirmou que resultava da matéria de facto provada (mais extensa e expressiva) que a sua atuação foi conforme às boas práticas, quer antes na proposta e preparação da cirurgia de colecistectomia por via laparoscópica, quer durante a meticulosa execução do procedimento cirúrgico, quer ainda na atuação hábil e eficiente de *damage control* subsequente ao acidente iatrogênico;

xvii) Entendeu a Ré **C** (Hospital) ser manifesta a inexistência de nexo de causalidade entre o facto praticado pelos Réus e a morte da doente **CC**.

xviii) Para além, a Ré **C** (Hospital) complementou que a decisão do Tribunal *a quo* violava grosseiramente o disposto no Código Civil, uma vez que este fundamentou a atribuição à Autora de indemnização por danos não patrimoniais sofridos pela sua filha, entendendo que à Autora **AA** não assis-

- tia direito a qualquer indemnização nesses termos;
- xix) Alegou que, à data da morte, a doente CC vivia em união de facto há 14 anos com DD (testemunha nos autos) e, como tal, também à data do fatídico acidente. E que, portanto, a indemnização por danos não patrimoniais da filha da Autora caberia, não à Autora, mas, sim à pessoa com quem resultou provado que a doente CC mantinha uma união de facto à data da sua morte;
- xx) Alegou, portanto, que o duto acórdão incorreu, neste segmento, em manifesto erro de julgamento por violação de lei substantiva;
- xxi) A Generali Seguros SA entendeu que que o montante indemnizatório fixado (a quantia de 100.000,00€) pecava por excesso, distanciando-se não apenas da factualidade dada como demonstrada, mas também do sentido das decisões que foram proferidas pela Jurisprudência em casos análogos;
- xxii) Asseverou que a verba arbitrada pelo Tribunal *a quo* era francamente superior àquelas que vêm sendo fixadas pela mais recente Jurisprudência para compensar a perda do bem supremo, que é a vida;
- xxiii) Afirmou, a Generali Seguros SA, com base em Acórdãos citados, que tal montante, deveria fixar-se sempre em valor próximo dos 60.000,00€, quantia que já traduzia de forma muito expressiva a gravidade das lesões da filha recorrida e que não ofendia os valores usualmente arbitrados em situações de gravidade substancialmente superior;
- xxiv) Relativamente ao alegado pela Ré C (Hospital) e pela Generali Seguros SA, a Autora AA, contra alegou no sentido de que, comparando a situação com todos os arrestos citados pelos Recorrentes, em nenhum decorre a perda do bem jurídico supremo: a vida; pelo que não se poderia querer, por parte dos Recorrentes, comparar o que não é comparável;
- xxv) Acresceu que, contrariamente ao que foi exposto, a jurisprudência mais recente tem vindo a fixar, para o dano morte, montantes consideravelmente superiores a € 60.000,00 (sessenta mil euros) e mais próximos dos valores fixados nos autos;
- xxvi) Para além, afirmou que a decisão da matéria de facto só pode ser excecionalmente alterada pelo Supremo Tribunal de Justiça havendo ofensa de disposição expressa de Lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto, ou que fixe a força probatória de determinado meio de prova, o que não sucedeu no caso em apreço;
- xxvii) Afirmou que as Recorrentes pretendiam, com suas alegações, uma verdadeira reapreciação/interpretação da matéria de facto provada e assente. E que isto não competiria ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal de Revista, fazer;
- xxviii) Entendeu a Recorrida AA que não assistia razão à 2.ª Ré, pelo que, salvo o devido respeito por opinião diversa, não merecia o duto Acórdão *a quo* censura ou reparo de qualquer natureza;
- xxix) Asseverou a Recorrida AA que não restavam dúvidas de que foi celebrado um contrato total com escolha de médico, e, por

tanto, a plena aplicação, *in casu*, do regime do disposto no artigo 800.º do CC. E que, para além, e concomitante, um contrato de prestação de serviços médicos globais, sob a noção do disposto no artigo 1154º, do CC. Ambas as relações seriam, por isso, de natureza contratual;

- xxx) Acresceu a Recorrida **AA** que, que a 2.ª Ré, recorrente, também errou no enquadramento que fez da aplicação do regime da prescrição quanto aos direitos indemnizatórios decorrentes da responsabilidade civil dos Recorrentes;
- xxxii) Para tanto, entendeu que não se encontravam prescritos os seus direitos indemnizatórios, pela aplicação do regime dos artigos 309.º e 498.º, n.º 3 do CC da prescrição quanto aos direitos indemnizatórios decorrentes da responsabilidade civil do 1.º Réu e da 2.ª Ré, Recorrente;
- xxxiii) À data da morte da filha **CC**, **AA** era a sua única herdeira e, portanto, era a única que em razão do artigo 495.º, n.º 3 do CC, poderia vir a exigir alimentos à falecida e, portanto, a única com legitimidade para exigir a indemnização por danos patrimoniais;
- xxxiiii) Venceu a Recorrida **AA** que o Tribunal *a quo* errou ao decidir que apenas a própria lesada teria o direito a exigir a indemnização por dano patrimonial, entendendo a Recorrente que tal direito lhe foi transmitido pela falecida filha, pela via sucessória.

2. O Direito

No caso em questão foi observado pelo Tribunal *ad quem* que, na responsabilidade civil por acto médico, podem conviver a responsabilidade do Hospital privado com quem a doente celebrou um contrato para operação cirúrgica de colecistectomia por laparoscopia, que é de natureza contratual, com a responsabilidade extracontratual do médico quando no decurso da intervenção cirúrgica provoca uma lesão na saúde da doente, não exigida pelo cumprimento do contrato, o que é suficiente para revelar a prática de um acto ilícito, e se provam os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Assim, pôde-se compreender como culposa a conduta do médico. Em assim sendo, não se fazia necessário que o acto lesivo à saúde da doente **CC** (laceração da veia porta, causadora de hemorragia intensa que esteve na origem de falência hepática e necessidade de um transplante de fígado) tenha sido intencional.

O modelo padrão para reconhecer o carácter desvalioso do comportamento do agente – consoante o critério do art.487º/2 do CC, segundo o qual, a culpa é avaliada pela “*diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias do caso*” – que é o do bom profissional da mesma categoria (no caso, um médico-cirurgião), a actuar perante uma *facti-species* com os contornos daquela em que o concreto **BB** (médico) actuou. Assim, como é sabido, no âmbito da responsabilidade civil, em qualquer das suas modalidades, a lei portuguesa consagra a teoria da *causalidade adequada* (art. 563º do CC).

Portanto, uma vez provado que a laceração da veia porta teve como causa provável tração excessiva ou intempestiva, embora accidental, sobre o infundíbulo vesicular, o que só pode explicar-se por falta do cuidado exigível ou imperícia na execução do acto médico, fica demonstrada a culpa na res-

ponsabilidade médica traduzida pela omissão de diligência e competências exigíveis ao caso.

Assim, o Tribunal *ad quem* entendeu ter havido a existência de nexo de causalidade entre o facto culposo e o dano.

Por outro ângulo, e preliminarmente, importou saber e decidir se a interveniente acessória Generali Seguros SA tinha legitimidade para recorrer da condenação da parte sua assistida.

Ora bem, restou claro que os efeitos do caso julgado se estendiam à requerente Generali Seguros SA. Assim, e conforme art. 323º/4 do CPC, “*relativamente às questões de que dependa o direito de regresso*”, a requerente Generali Seguros SA tinha todo o interesse na improcedência da pretensão da autora **AA**, já que, a acontecer, ficava livre da obrigação de indemnizar numa futura acção de regresso. Razão pela qual decidiu o Tribunal *ad quem* ter por reconhecida a legitimidade da requerente para interpor recurso da decisão condenatória da demandada.

No que refere à prescrição da acção relativamente ao 1º Réu, o Tribunal *ad quem* não acompanha a decisão da instância anterior quando esta concluiu pela prescrição da acção, por decurso do prazo de 3 anos a que aludiu o nº 1 do art. 498º do CC.

Entretanto, o Tribunal *ad quem* compreendeu que o comportamento do Réu enquadrar-se-ia na previsão do nº 2 do art. 150º do Código Penal. Sendo de 5 anos e não de 3 anos o prazo de prescrição do direito exercido contra o 1º Réu, não se verificando a prescrição. Assim, quando o Réu foi citado em 05.03.2013, ainda não haviam decorridos 5 anos sobre a morte da **CC**.

Quanto à responsabilidade da 2ª Ré, de natureza contratual, esta, sem dúvida, decorreu do art. 800º, nº 1 do CCivil. O que se pode deduzir do citado artigo é que este abrange tanto a conduta de auxiliares dependentes como a conduta de auxilia-

res independentes, pelo que, no caso concreto, é indiferente determinar qual seria o vínculo existente entre o 1º Réu e a 2ª Ré, porque quer se trate de contrato de trabalho quer de outra natureza, o regime da responsabilidade do Réu **C** (Hospital) seria o mesmo.

Sobre o *quantum* indemnizatório o Tribunal *ad quem*, da análise da jurisprudência do STJ, adotou a orientação de que a indemnização pela perda do bem vida se situa, em regra, em valores que oscilam entre os €50.000,00 e os €80.000,00.

3. A Decisão

Pelo exposto, decidi o Tribunal *ad quem* julgar procedente, em parte, o recurso subordinado da Autora **AA** e, em consequência, alterar a decisão recorrida, condenando-se os RR, solidariamente, a pagarem à Autora, na qualidade de herdeira da falecida **CC**, as quantias de €40.000,00 por danos morais próprios da falecida, €70.000,00 a título de indemnização pela perda do direito à vida, e €20.000,00 a título de danos morais próprios; no valor total de €130.000,00. Para além, negou provimento às revistas das RR **C** (Hospital) e Generali Seguros SA.

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

O Tribunal *ad quem* compreendeu bem que o comportamento do Réu enquadrar-se-ia na previsão do nº 2 do art. 150º do Código Penal

Não se verificou a prescrição?

Quanto à responsabilidade da 2ª Ré, de natureza contratual, esta decorreu do art. 800.º, nº 1 do CCivil. Este abrange tanto a conduta de auxiliares dependentes como a conduta de auxiliares independentes.

CASO 2

APRESENTANTE - LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - Processo n.º 25512/15.8T8LSB.L1 de 05 de dezembro de 2023. Apelações em processo comum e especial (2013).

B. Palavras-chave: Matéria de Facto; Questões Novas; Direito Probatório Material; Princípio do Contraditório; Conhecimento Oficioso; Erro de Julgamento; Reabertura de Audiência.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Maria Paula intentou contra Ana G. e Clínica E... S.A., ação declarativa sob a forma de processo comum;
- ii) Em sua propositura pediu que as Rés fossem condenadas a pagar-lhe as quantias de €100.000,00 e €5.757,50, a título de indemnização por danos não patrimoniais e danos patrimoniais, respetivamente; e ainda a quantia que se viesse a liquidar em execução de sentença devida pela intervenção cirúrgica reconstrutiva a que a mesma pudesse vir a sujeitar-se;
- iii) Por pretender eliminar o excesso de gordura na zona abdominal e a cicatriz resultante de uma cesariana, a Sra. Maria Paula recorreu aos serviços médicos da 1.ª Ré, que a aconselhou a realizar cirurgias de abdominoplastia e lipoaspiração, assegurando-lhe que estes procedimentos não

ofereciam riscos especiais; que seriam alcançados os resultados e estaria recuperada de duas a três semanas após a cirurgia;

- iv) A Sra. Maria Paula, pelos pressupostos apresentados, aceitou realizar as cirurgias, mediante o pagamento da quantia global de €5.500,00, acrescida dos custos inerentes ao internamento e utilização do bloco operatório;
- v) A 04/06/2013 a 1.ª Ré efetuou apenas a cirurgia da abdominoplastia na clínica da 2.ª Ré, tendo dado alta à Sra. Maria Paula em 06/06/2013;
- vi) Segundo a Sra. Maria Paula, após a sua alta, a 1.ª Ré não prestou os cuidados médicos necessários à sua boa recuperação no período pós-operatório, pois não a submeteu a mudança de penso nos primeiros 5 dias depois da cirurgia, apesar das queixas de fortes dores e da existência de mau cheiro provocado pelos líquidos provenientes das zonas intervencionadas;
- vii) A 1.ª Ré, depois de fazer a primeira mudança do penso, teve sete dias sem dar assistência à Sra. Maria Paula, segundo esta, apesar de ciente da persistência das fortes dores;
- viii) Deixou, a 1.ª Ré, a mudança de pensos, quase exclusivamente ao cuidado da Sra. Maria Paula e que, apesar desta transmitir-lhe, durante cerca de dois meses, a informação de que tinha dores insuportáveis e o progressivo agravamento do seu quadro clínico, nunca lhe prescreveu a toma medicamentosa necessária à sua recuperação;
- ix) A partir do dia 03/08/2013 as dores que sentia agudizaram-se cada vez mais;

- x) A 05/08/2013, no Hospital de Santa Cruz, a Sra. Maria Paula foi assistida por outro médico, a quem recorrera;
- xi) A pedido do Dr. AG foi-lhe colhido material para a realização de exame microbiológico do qual resultou a existência da bactéria “*staphylococcus aureus*”. Foi-lhe então prescrito a toma dos antibióticos; tendo sido decisiva na sua recuperação;
- xii) Assim, na razão da Sra. Maria Paula, foi por causa da falta de adequada assistência médica da 1.ª Ré no período pós-operatório, que teve uma recuperação lenta e dolorosa e foi submetida a tratamentos que lhe causaram sofrimento;
- xiii) Com isto, o seu aspeto físico piorou tendo ficado com lesões físicas que afetaram gravemente a sua autoestima e afirmação pessoal, danos não patrimoniais que, segundo a Sra. Maria Paula, deveriam ser-lhe compensados financeiramente;
- xiv) Para além disso, segundo a Sra. Maria Paula, a conduta da 1.ª Ré provocou-lhe danos patrimoniais correspondentes ao custo que suportou com honorários, pagamento do internamento e uso do bloco operatório e, ainda, ao valor dos tratamentos e consultas efetuadas no período pós-operatório;
- xv) As Rés (1.ª Ré e Clínica E...) contestaram separadamente, defendendo-se ambas por exceção e impugnação. A 1.ª Ré deduziu ainda incidente de intervenção principal provocada, requerendo o chamamento de AXA PORTUGAL, COMPANHIA DE SEGUROS, S.A. (2.ª Ré), que, chamada, aderiu à contestação da 1.ª Ré;
- xvi) Foi então proferido despacho que, após contraditório prévio, julgou improcedente a exceção de ineptidão da Petição Inicial e convidou a Sra. Maria Paula a aperfeiçoar a causa de pedir, no que respeita aos pressupostos da responsabilidade civil respeitantes à ilicitude e nexo de causalidade, o que foi feito;
- xvii) A ação foi julgada parcialmente procedente, entendendo-se provada, e condenou as RR. Ana G. e AXA PORTUGAL, COMPANHIA DE SEGUROS, S.A. a pagarem solidariamente à Sra. Maria Paula a quantia de €30.017,50 (quarenta mil e dezassete euros e cinquenta cêntimos) a título de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, acrescida de juros de mora desde a data de (11/05/2023), à taxa legal de 4% ao ano, ou às sucessivas taxas civis, até efetivo e integral pagamento; sendo a quantia devida pela intervenção cirúrgica reconstrutiva a que a mesma viesse a sujeitar-se, em montante a determinar em sede de incidente de liquidação de sentença; absolvidas as RR. quanto ao demais peticionado nos autos;
- xviii) Inconformada com a decisão, dela apelou a 1ª Ré apontando erro de julgamento;
- xix) Asseverou que a correção do erro de julgamento sobre o elenco de factos provados e não provados, como a lei exige, permitiria concluir que a 1ª Ré não cometera ato ilícito, não podendo por isso ser condenada a indemnizar a Sra. Maria Paula pelos danos sofridos;
- xx) Disse ainda que o elenco de factos provados não permitia afirmar a responsabilização da Recorrente em que, ao contrário do

que constava da fundamentação do Tribunal *a quo*, não fora feita prova da ilicitude da conduta da 1ª Ré;

- xxi) Em sua apelação, a 1ª Ré, aduziu que a sentença violou o Direito numa outra perspectiva. Que o Tribunal *a quo* recorreu a um artigo de investigação médica coreano para fundamentar a sua decisão sobre a matéria de facto;
- xxii) Em virtude de fundamentar o seu julgamento da matéria de facto num artigo científico coreano, segundo a 1ª Ré, o Tribunal *a quo* violou o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório, indo além dos poderes que lhe são conferidos por lei, substituindo-se à Sra. Maria Paula na instrução do processo, a quem competia provar a ilicitude da conduta da 1ª Ré;
- xxiii) Para além, a 1ª Ré reafirmou que o Tribunal *a quo* não concedeu oportunidade às partes para se pronunciarem sobre tal documento;
- xxiv) Em mais uma verificação, a 1ª Ré afirmou que a sentença aplicou mal o Direito quanto aonexo causal entre a atuação da 1ª Ré e os danos sofridos pela Sra. Maria Paula, pois ignorou aquilo que pericialmente foi demonstrado;
- xxv) Asseverou a 1ª Ré que os tratamentos pós-estabilização do processo cicatricial, como drenagens linfáticas e aplicação de cremes tópicos, além da própria correção cirúrgica da cicatriz, permitiriam melhorar o resultado da cirurgia, e que tais atos não foram efetuados pela Sra. Maria Paula;
- xxvi) O facto de a Sra. Maria Paula preferir não realizar os citados actos prolongou no tem-

po as consequências do alegado ato ilícito da 1ª Ré, e fez com que a correção da cicatriz ocorresse apenas 8 meses antes da audiência ocorrida em 14/12/2022.

2. O Direito

No caso em questão, foi observada pelo Tribunal *ad quem* uma limitação objetiva da sua atuação. Assim, nos termos dos Artigos 635º, nº4 e 639º, nº1, do Código de Processo Civil, as conclusões delimitaram a esfera de atuação do Tribunal de Relação. Também não poderia o Tribunal *ad quem* conhecer de questões novas que não tivessem sido anteriormente apreciadas.

O Tribunal de recurso não pode conhecer de questões novas sob pena de violação do contraditório e do direito de defesa da parte contrária. Por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas, ressaltando-se as questões de conhecimento oficioso.

Nestes termos, as questões a decidir foram as seguintes:

1. Impugnação da decisão da matéria de facto;
2. Ilicitude da conduta da 1ª Ré;
3. Existência e relevância da culpa da autora lesada.

De forma mais especificada, afirmou a 1ª Ré (Apelante) nas suas conclusões o que segue:

Que ao recorrer a um artigo de investigação médica para fundamentar a sua decisão sobre a matéria de facto e, no fundo, sobre o pleito, o Tribunal *a quo* violou o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório, indo além dos poderes que lhe são conferidos por lei, substituindo-se à Recorrida na instrução do processo, a quem competia provar a ilicitude da conduta da Autora/Recorrente;

Que o Tribunal *a quo* não concedeu oportunidade às partes para se pronunciarem sobre tal do-

cumento, violando assim o n° 3 do artigo 3° e o previsto no artigo 412°, n° 2 do CPC.

Que ao fundamentar o seu julgamento da matéria de facto num artigo científico a sentença do Tribunal a quo violou os artigos 3° e 411° do CPC.

Na sua fundamentação da decisão de facto, o Tribunal *a quo* entendeu que houve um comportamento omissivo da 1.ª Ré atestado no antecedente agravamento diário do estado de saúde da Sra. Maria Paula até ao ponto culminante considerado.

Sublinhou que a evolução da situação clínica da Sra. Maria Paula indicava estar em curso um processo infeccioso da ferida operatória, ocorrido quase imediatamente após a intervenção, o que configurava indício de uma infeção adquirida na sequência do ato médico realizado pela 1.ª Ré; nomeadamente a cirurgia.

O tribunal *a quo*, asseverou que, com base em um artigo científico disponível no sítio da *National Library of Medicine* em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK559312/>, um dos agentes bacterianos habitualmente indutor deste tipo de infecções é, precisamente, a bactéria *staphylococcus aureus*.

Ora bem, o Tribunal *a quo* convenceu-se de que, apesar da existência de sinais fortemente sugestivos de infeção, a 1.ª Ré não prescreveu a medicação antibiótica do tipo da prescrita no Hospital de Santa Cruz, em 05/08/2013, medicação que, por ter debelado a infeção, deveria ser considerada adequada à cura da paciente.

Do ponto de vista das *leges artis* da medicina, o Tribunal *a quo* entendeu traduzir-se precisamente na omissão de análises com culturas bacteriológicas, visando determinar laboratorialmente o antibiótico adequado a debelar a infeção com base no estudo disponível em: <https://doi.org/10.3346/jkms.2016.31.12>; intitulado: *Analysis of Malpracti-*

ce Claims Associated with Surgical Site Infection in the Field of Plastic Surgery.

Assim, pelo facto de a 1.ª Ré não ter adoptado *em tempo oportuno* tal protocolo médico, efectuando o exame microbiológico necessário à determinação do agente infeccioso e prescrevendo a medicação antibiótica adequada a combatê-lo; seria esta responsável pelo processo infeccioso manifestado. Para isto, socorreu-se do artigo científico médico já acima referido.

Ora bem, de forma sumária, o relator do Tribunal *ad quem* trouxe a lume o Direito Probatório Material, a utilizar-se da doutrina no que refere à matéria, a dizer que um artigo médico científico sobre uma determinada temática, que evidencie alguma afinidade com a matéria em discussão num processo, integrará o meio de prova documento particular proveniente de terceiros (cf. Artigos 362°, 363°, n° 2, do Código Civil; LUÍS FILIPE SOUSA, *Direito Probatório Material Comentado*, 3ª ed., pp. 182-183).

Assim, segundo o Tribunal de Relação, independentemente do grau de afinidade que tal tipo de documento tenha com a matéria em discussão num processo, tal documento não integra um parecer técnico porquanto, na sua elaboração, não foram atendidas as circunstâncias do caso concreto, seja na versão dos articulados, seja na versão emergente da enunciação dos factos provados após julgamento. Só estaríamos perante um parecer técnico quando, na sua elaboração, se atendem às circunstâncias de facto particulares veiculadas no concreto processo.

Se é certo que, na formulação da sua convicção, o Tribunal de primeira instância pôde socorrer-se, ao abrigo do princípio do inquisitório (Artigo 411° do CPC), de documentos não facultados pelas partes desde que os mesmos pudessem relevar para

a prova de factos introduzidos no processo pelas partes, tal permissão não eximiu o Tribunal de Relação de observar os demais princípios processuais estruturantes, designadamente o do contraditório (Artigo 3º do CPC) e da audiência contraditória (Artigo 415º do CPC).

No caso em apreço a observância destes princípios foi manifestamente preterida porquanto o Tribunal *a quo* atribuiu significativa relevância a um documento particular proveniente de terceiros sem que tenha facultado às partes o exercício do contraditório sobre tal meio de prova.

Nos termos do Artigo 3º, nº3, do Código de Processo Civil, «*O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.*»

Assim, no desenvolvimento do processo, cada uma das partes deve poder exercer sobre este uma influência efetiva. Sendo-lhes possível, não só demonstrar e apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes mesmo de o tribunal decidir questões que lhe digam respeito, mas também poderão deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras.

O Juiz, portanto, não pode decidir questões de direito ou de facto, mesmo que sejam de conhecimento oficioso sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre tais questões.

O princípio do contraditório impõe que os tribunais não fundamentem as suas decisões em elementos de facto ou de direito que não tenham sido debatidos durante o processo e que confirmem ao litígio uma direção que mesmo uma parte diligente não estaria em condição de antecipar.

Portanto, em síntese, entendeu o juízo *ad quem*, que violou o princípio do contraditório, incluindo na sua modalidade de audiência contraditória, a atuação do tribunal *a quo* consistente em firmar a sua convicção quanto a determinados factos em documento particular proveniente de terceiro acessível na internet. Para além, o documento foi relevado no processo de forma oficiosa após o encerramento da audiência, sem que fosse facultado às partes o subsequente exercício do contraditório sobre tal meio de prova, sendo que o exercício do contraditório em tal cenário poderia dar azo à produção de novos/adicionais meios de prova.

Nos termos do Artigo 607º, nº1, do Código de Processo Civil, «*Encerrada a audiência final, o processo é concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias.*»

O Artigo 411º do Código de Processo Civil preconiza que incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade. Assim, todas as provas relevantes ao processo devem ser carreadas para o mesmo por iniciativa das partes ou, se necessário, por iniciativa do juiz. Naturalmente, com respeito aos princípios processuais e em atenção à necessidade de obtenção, em prazo razoável, de uma decisão.

Asseverou o Juízo *ad quem* que o objetivo final da atividade do juiz é, assim, a descoberta da realidade dos factos na medida em que tal seja possível. Se a prova não tivesse essa finalidade, «*o processo seria na realidade uma pantomima de um confronto perante um espectador forçado: o juiz.*»

Constatou o Tribunal de Relação que houve, por parte do Tribunal *a quo*, um erro na aplicação

da lei. Que no facto de não determinar a abertura da audiência, reconhecendo implicitamente que havia motivos para tal, o tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento quanto à interpretação e aplicação do disposto no n.º 1 do Artigo 607º do Código de Processo Civil.

Assim, a prolação da subsequente sentença concretizou um erro de julgamento para uma determinada realidade de facto de cariz processual consubstanciado em uma nulidade inominada que, porquanto, poderia influir na decisão da causa. Tendo sido sugerido, para este Acórdão, pelo Exmo. Sr. Desembargado Luís Filipe Pires de Sousa, aquando da sua apresentação na 4ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina, o título: “A angústia de uma decisão e o dilema da cibernavegação.”.

3. A Decisão

Pelo exposto, o Acórdão foi no sentido de julgar procedente a apelação, anular a sentença proferida e ordenar ao Juízo *a quo* a reabertura da audiência para produção de novos meios de prova, designadamente aditamento ao laudo pericial do Conselho Médico-Legal, e, a partir daí, a retoma do processo aos seus termos.

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

Na formação da sua convicção, o Tribunal de primeira instância pode socorrer-se, ao abrigo do princípio do inquisitório (Artigo 411º do CPC), de documentos não facultados pelas partes, desde que os mesmos possam relevar para a prova de factos introduzidos no processo pelas partes. Mas tal permissão não exime o Tribunal de observar os demais princípios processuais estruturantes, de-

signadamente o do contraditório, e da audiência contraditória.

No caso em apreço, a observância destes princípios foi manifestamente preterida, uma vez que o Tribunal *a quo* atribuiu significativa relevância a um documento particular proveniente de terceiros, sem que tenha facultado às partes o exercício do contraditório sobre tal meio de prova.

CASO 3

APRESENTANTE - ANA SOFIA CARVALHO

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. Processo n.º Processo n.º 671/11.2BEPRT de 31 de outubro de 2021.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil Extracontratual; Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público; Responsabilidade das entidades públicas; Indemnização por danos físicos sofridos; Violação das Leges Artis médicas.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O Sr. Carlos propôs ação administrativa comum contra Estabelecimento Prisional do Porto e Unidade Local de Saúde de Matosinhos;
- ii) A 25/11/2009, encontrando-se a cumprir pena no Estabelecimento Prisional do Porto (EPP), durante um jogo de basquetebol, em virtude de queda, sofreu uma lesão ao nível do tornozelo direito tendo sido assis-

tido nos serviços clínicos do EPP com gelo e spray;

- iii) O Sr. Carlos efetuou o tratamento da suposta entorse por vários dias, durante os quais sempre sofreu fortes dores e apresentando-se permanentemente inchada a zona afetada;
- iv) Como os sintomas não regrediam, especialmente a dor localizada, os serviços clínicos do EPP encaminharam-no para o serviço de urgência da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, localizado no Hospital Pedro Hispano;
- v) A 9/12/2009 o Sr. Carlos foi observado no serviço de urgência da Unidade Local de Saúde de Matosinhos pela primeira vez. Após descrever o historial da lesão e lhe ser efetuado RX com resultado “sem fractura aparente” lhe foi diagnosticada uma entorse (pé e tornozelo direito) e prescrito, pelo médico que o assistiu, o tratamento que já recebia até então;
- vi) A 15/12/2009, em virtude da manutenção da situação, o Sr. Carlos foi de novo encaminhado pelo EPP para o serviço de urgência da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, onde lhe foi efetuada radiografia (sem descrição nos documentos clínicos), diagnosticado “dor articular” e mantido igual tratamento;
- vii) Em virtude da manutenção da situação, e por se recusar a ser atendido pelo serviço de urgência da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, foi encaminhado pelos serviços clínicos do EPP para o Serviço de Urgência do Hospital de S. João no Porto.
- viii) A 19/12/2009, nas Urgências do Hospi-

tal de S. João no Porto, com uma queixa inicial de “dor + rubor ao nível de pé direito; sem trauma recente”, foi diagnosticado com “arterosclerose de artérias nativas das extremidades, não especificada” e encaminhado para o serviço de internamento de cirurgia vascular, onde, no mesmo dia, foi submetido a tromboembolectomia poplíteo proximal e distal direita;

- ix) A 20/12/2009 foi submetido a revisão de cirurgia vascular e no dia 23/12/2009 a amputação do membro inferior direito abaixo do joelho, tendo alta em 26/12/2009;
- x) Nos registos clínicos do episódio de urgência de 19/12/2009 do Hospital de S. João há registos de alterações da sensibilidade e cianose do pé direito, embora tenha sido registado, neste mesmo episódio de urgência, que o Examinado “*Refere que desde então [Traumatismo do pé no dia 9.12.2009] a perna ficou edemaciada, desde há cerca de 1 semana, com queixas algicas, pé frio e perda de mobilidade dos dedos do pé direito*”;
- xi) Nos registos clínicos do Hospital Pedro Hispano datados de 9/12/2009 e 15/12/2009 não havia menção às queixas referidas e alterações verificadas no dia 19/12/2009 no Hospital de S. João;
- xii) As queixas referidas pelo Sr. Carlos Ferreira, anotadas nos registos de urgência, nos dias 9 e 15 de dezembro de 2009 eram apenas compatíveis com clínica de entorse;
- xiii) A manutenção e/ou agravamento da sintomatologia deveria levar a pesquisar objetivamente sinais de alteração da vasculariza-

- ção arterial, com a palpação dos pulsos do pé e/ou döppler;
- xiv) Na segunda observação de urgência, seis dias após a primeira observação, a manutenção da sintomatologia ou o seu eventual agravamento exigiriam a consideração objetiva de outra etiologia – secundária ao acidente desportivo ou associada posteriormente a ele (desde a sua ocorrência ou superveniente posteriormente); dessa forma a exclusão de um quadro isquémico do pé era mandatória, bastando a pesquisa dos pulsos do pé e/ou döppler;
- xv) Os profissionais do Réu podiam e deviam cuidar de excluir objetivamente a presença de sinais de uma alteração isquémica na base de sintomas algícos, não obstante a clínica subjetiva apontar para alteração osteo-articular;
- xvi) Não foram registadas observações objetivas que permitissem claramente excluir alterações vasculares, sendo a exclusão desta possibilidade possível objetivamente pela palpação dos pulsos do pé ou eventualmente com döppler;
- xvii) Se, na data da observação do Sr. Carlos, pelo Hospital Pedro Hispano, existisse já alteração circulatório arterial e ela fosse diagnosticada, instituídas as medidas adequadas sobre a coagulação, a amputação teria melhores perspectivas de não ocorrer;
- xviii) Comprova-se onexo de causalidade entre o acidente (a 9 de dezembro de 2009) e a amputação major abaixo do joelho do membro inferior direito (dano físico permanentemente apurado);
- xix) À data dos factos, o Sr. Carlos tinha 28 anos
- a cumprir pena de prisão no EPP, não auferia qualquer vencimento, era toxicodependente (heroína e cocaína), tinha hepatite C e hábitos de tabagismo pesado;
- xx) Anteriormente ao cumprimento de pena o Sr. Carlos havia trabalhado como trolha, pretendia retomar a atividade após o cumprimento de pena. Entretanto, não conseguiu provar que quando trabalhou como trolha auferia quantia equivalente ao salário médio nacional (cerca de 777€ à data);
- xxi) De acordo com os registos do Hospital de São João (23/12/2019), o membro inferior direito apresentava lesões de isquemia e trombose na artéria tibial posterior;
- xxii) O Sr. Carlos sofreu fortes dores antes da operação (amputação) e após esta, resultantes das lesões e tratamentos a que se sujeitou. Foi submetido a vários tratamentos e cirurgias, durante o período de internamento e após este;
- xxiii) O Sr. Carlos apresentou uma lista de várias sequelas relacionáveis com o evento;
- xxiv) A amputação ao Sr. Carlos causou-lhe dano estético, mágoas e tristezas, mais causando situações de depressão, ansiedade e angústia; Limitou o Sr. Carlos na sua vida quotidiana, embora o mesmo não necessitasse de ajuda de terceira pessoa nos atos da vida diária;
- xxv) As sequelas consubstanciaram um Déficit Funcional Permanente de Integridade Físico-Psíquica fixável em 30 pontos [dano avaliado relativamente à capacidade integral do indivíduo (100 pontos)].

2. O Direito

A questão que importou solucionar neste caso foi o eventual direito indemnizatório que assistiria ao Sr. Carlos segundo o regime de responsabilidade civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público. Responsabilidade esta resultante de eventual negligência médica no atendimento e prestação de cuidados de saúde ao Sr. Carlos; ou por responsabilidade objetiva, ou por ato lícito, ou atuação ilícita ou lícita, ou por “falta do serviço”.

O Acórdão seguiu, em princípio, no que respeita à responsabilidade das entidades públicas, o artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que consagra o princípio geral da responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas, por danos causados no exercício das suas funções.

Assim, a decisão enfatiza que se deve entender abrangidas todas as funções do Estado (a administrativa, a político-legislativa e a jurisdicional), englobando tanto os danos patrimoniais como os não patrimoniais que advenham do exercício dessas funções.

Dispõe o artigo 22.º CRP sob a epígrafe “*Responsabilidade das entidades públicas*”, o seguinte: “*o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.*”

Também foi trazido à colação o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas é regido pela Lei n.º 67/2007.

Para além, o caso em comento, trouxe à lume o princípio consignado no artigo 483.º do Código Civil; deste, isolaram-se os pressupostos da res-

ponsabilidade civil subjetiva extracontratual ou aquiliana:

- facto voluntário do agente;
- facto ilícito do agente;
- nexos de imputação subjetivo do facto ao lesante;
- dano resultante da violação do direito ou da lei;
- nexos de causalidade entre o facto do agente e o dano sofrido pela vítima.

O Acórdão asseverou que o facto do agente será, em regra, uma ação (facto positivo) que traduz a violação de um dever geral de não ingerência (abstenção) na esfera de ação do titular de um direito ou interesse alheio. Também pode constituir uma omissão (facto negativo), sempre que sobre o agente recair o dever jurídico de adotar um comportamento que provavelmente impediria a consumação do facto.

A doutrina e a jurisprudência, como se sabe, admitem a responsabilidade dos entes públicos decorrentes, quer de atos jurídicos, quer da realização de operações materiais. Assim, o facto ilícito ou lícito tanto pode consistir num ato jurídico, como num ato material.

Assim a Lei n.º 67/2007 dispõe o seguinte:

“1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

(...)

3 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 - Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.”.

Portanto, a responsabilidade por facto ilícito, nomeadamente ações ilícitas cometidas no exercício (e por causa deste) da função administrativa refere-se a atos que envolvam o exercício de uma atividade que se encontre regulada por normas de direito administrativo, correspondente ao conceito tradicional de ato de gestão pública, considerando também os atos funcionais.

A ilicitude, nos termos do art. 9.º da Lei n.º 67/2007, comportará uma lesão antijurídica. Esta lesão será, nomeadamente, uma violação objectiva de princípios e normas (adicionam-se as regras de ordem técnica ou deveres de cuidado) que resultará na ofensa de algum(ns) interesse(s) protegido(s) ou mesmo de algum(ns) direito(s).

Assim, no caso em questão, para se dar por verificada a ilicitude, a responsabilidade médica (na espécie de negligência médica) não foi verificada tão somente na afirmação da existência da lesão. Teve que verificar a violação das *leges artis* ou a violação das disposições legais de protecção.

A culpa, por sua vez, exprimirá um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente, nomeadamente o lesante. Este, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. Será, portanto, a culpa, um juízo que assentará nonexo existente entre o facto e a vontade do autor.

Conforme o n.º 1 do art.º 10.º da Lei n.º 67/2007 a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

No caso em questão também se considerou a

chamada “culpa do serviço” globalmente considerada ou *faut de service*, uma construção doutrinária que assevera não ser necessária uma culpa personalizável de um funcionário ou agente, resultando antes do deficiente funcionamento generalizado do serviço, isto é, do “funcionamento anormal do serviço”.

No caso da responsabilidade médica, o critério é o do “*médico normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe*”, conforme leciona André Dias Pereira.

No que toca ao dano, ele traduz-se na lesão ou prejuízo de ordem patrimonial ou não patrimonial, produzido na esfera jurídica do lesado. Assim, será este patrimonial ou não patrimonial, conforme seja ou não suscetível de avaliação pecuniária.

Uma vez que, relativamente aos danos patrimoniais, o Sr. Carlos alegou que foi em virtude da amputação sofrida que ficou impedido de desempenhar qualquer atividade, e, relativamente aos danos não patrimoniais, alegou que que sofreu fortes dores antes da operação e após a mesma, resultantes das lesões e tratamentos a que se sujeitou; entendeu o Acórdão estarem assim verificados os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual dos Réus.

No que respeita o nexo de causalidade entre o facto e o dano, este traduziu-se na averiguação, do ponto de vista jurídico, de um prejuízo que se pode qualificar como consequência da amputação sofrida.

Consagra o art.º 563.º do CC, o nexo de causalidade na obrigação de indemnização, no sentido de que a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. Isto traz à lume o princípio da causalidade adequada, uma vez que

o entendimento de que subsiste o nexo de causalidade adequada quando o facto ilícito não produz ele mesmo o dano, mas é causa adequada de outro facto posterior que o produz, se este tiver sido especialmente favorecido pelo primeiro ou for um seu efeito provável segundo o curso normal dos acontecimentos.

3. A Decisão

Nestes termos, e com base nas razões de direito que antecedem, o Acórdão julgou a ação parcialmente procedente, condenando o Réu a pagar ao Sr. Carlos a quantia global de 50.000€, acrescida de juros calculados à taxa legal desde a citação até integral pagamento e absolvendo o Réu do pedido de pagamento de quantias a liquidar em execução de sentença.

CASO 4

APRESENTANTE: INÊS COUTO GUEDES DE ABREU

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. Processo n.º 609/17.3BEPRT de 09 de janeiro de 2023.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil Extracontratual; Indemnização por danos físicos sofridos; Violação das Leges Artis médicas; Consentimento Informado.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O Sr. Mariano, com residência no Porto, propôs ação administrativa contra o Centro Hospitalar do Porto, E.P.E.;
- ii) Peticionou a condenação do Réu ao pagamento da quantia de EUR 55.000,00, a título de indemnização pelos danos por si sofridos, acrescidos juros à taxa legal, até integral pagamento;
- iii) A 18/06/2014, o Autor recorreu aos serviços de urgência do C.H.Porto por quadro clínico de claudicação intermitente ao nível do membro inferior esquerdo, com dor moderada;
- iv) Esclareceu o Sr. Mariano que havia tido trombose venosa da veia femoral na perna esquerda, diagnosticada em fevereiro de 2013, e hábitos tabágicos no passado;
- v) Em face dos exames realizados fora diagnosticada uma provável isquemia aguda em contexto trombótico/embólico e iniciada hipocoagulação com HBPM;
- vi) A 25/06/2014 o Autor deu entrada nos serviços de urgência do Réu, com dores no gêmeo do membro inferior esquerdo;
- vii) Na altura foi encaminhado para o serviço de angiologia e cirurgia vascular do C.H.Porto, no qual foi acompanhado por uma médica. Neste serviço, o Sr. Mariano foi submetido a diversos exames médicos;
- viii) Após exames, a médica que o assistiu transmitiu-lhe que lhe tinha sido diagnosticada uma isquemia subaguda do membro inferior esquerdo;

- ix) Face ao quadro clínico apresentado e à constatada ineficácia da terapêutica médica hipocoagulante, foi-lhe proposto o tratamento por cirurgia de revascularização (pontagem) que tinha como objetivo restabelecer a condução do sangue para a perna e para o pé, evitando-se o risco de amputação do membro inferior esquerdo;
- x) A médica assistente marcou-lhe a cirurgia referida para o dia 30/06/2014.
- xi) Em momento anterior à intervenção, foi explicado ao Sr. Mariano em que consistia o tratamento cirúrgico, o que se pretendia com ele e os riscos que lhe eram inerentes, incluindo o risco de amputação.
- xii) No dia 30/06/2014, o médico Dr. Luís Loureiro e o Autor assinaram um documento intitulado “*Consentimento livre e esclarecido para actos médicos*”, atinente ao procedimento cirúrgico a realizar, com o seguinte teor parcial: “*(...) A preencher pelo Médico (...) Confirmo que expliquei ao doente (...) de forma adequada e inteligível, a natureza e finalidade da intervenção referida, os diagnósticos, os procedimentos ou tratamentos em causa, assim como os riscos e complicações, eventualmente graves ou a morte, bem como as alternativas possíveis à situação clínica. (...) A preencher pelo Utente ou Pais o Representante Legal (...) Declaro que concordo com, e que percebi, o que me foi proposto e explicado pelo médico que assina este documento. Declaro ainda, ter-me sido dada oportunidade de fazer todas as perguntas sobre o assunto e para todas elas ter obtido resposta esclarecedora, e ter-me sido dado tempo suficiente para reflectir sobre esta proposta. Autorizo a realização dos actos médicos indicados, bem como os procedimentos directamente relacionados ou adicionais que sejam necessários no meu próprio interesse e justificados por razões clínicas fundamentadas.(...)*”.
- xiii) Após a intervenção cirúrgica, decorridas algumas horas da retomada de consciência por parte do Autor, foi-lhe transmitido que, por complicações pós-operatórias teria de ser submetido a uma nova cirurgia no dia seguinte, em 01/07/2014;
- xiv) Em virtude de complicações pós-cirúrgicas o Sr. Mariano foi ainda submetido a novas intervenções nos dias 02/07/2014 e 03/07/2014;
- xv) As cirurgias de 01/07/2014 e de 02/07/2014 deveram-se ao facto de se ter constatado a ocorrência de novas oclusões trombóticas na prótese que lhe havia sido aplicada, tendo-se conseguido a remoção dos trombos frescos, e a cirurgia de 03.07.2014 deveu-se a nova trombose precoce de pontagem;
- xvi) O tratamento efetuado ao Sr. Mariano permitiu evitar a amputação do membro inferior esquerdo e restabelecer a circulação sanguínea, mantendo-se a funcionalidade do membro, e era necessário para o efeito;
- xvii) O Sr. Mariano, após as intervenções, começou a sentir falta de força e falta de sensibilidade na perna esquerda para além de dificuldade na marcha em bicos de pé e impossível em calcanhares;
- xviii) O Sr. Mariano continuou a sofrer da sintomatologia referida, tendo ficado com mobilidade reduzida no membro inferior esquerdo em carácter definitivo;

- xix) O Sr. Mariano, teve, portanto, a necessidade de utilizar uma bengala;
- xx) O Sr. Mariano não tinha, até àquela altura, defeito físico ou limitação que o impedisse de se deslocar livremente, bem como praticar exercício físico. Como hobbies, o Autor praticava algumas atividades físicas;
- xxi) Assim, Sr. Mariano invocou o autor a responsabilidade extracontratual do Réu em virtude da cirurgia realizada em 30/06/2014, da qual resultaram complicações por falha humana e técnica, sem que tivesse sido previamente informado da existência de tal risco.
- xxii) O Centro Hospitalar do Porto, E.P.E., por sua vez, apresentou a sua contestação e defendeu-se por impugnação, nomeadamente em dois aspetos: alegou que não houve qualquer falha humana ou técnica na prestação de cuidados de saúde ao Autor, nem quaisquer complicações operatórias, sendo as sequelas consequências da doença e não do tratamento;
- xxiii) Assegurou o C.H.Porto, em sua defesa, que o Sr. Mariano prestou o seu consentimento à intervenção de forma livre e esclarecida.

2. O Direito

No caso em apreço, como dito, o Sr. Mariano invocou a responsabilidade extracontratual do Centro Hospitalar do Porto, E.P.E. em virtude de uma cirurgia realizada em 30/06/2014, da qual resultaram complicações por falha humana e técnica, sem que tivesse sido, conforme alegou, previamente informado da existência de tal risco.

Uma pretensão indemnizatória relativa a da-

nos emergentes de um procedimento cirúrgico em estabelecimento de saúde pública, integrado no Serviço Nacional de Saúde, tem sido consensual na jurisprudência dos tribunais superiores. Esta é enquadrável no regime de Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidade Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

Nos termos do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, “*O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.*”

Ao tribunal, portanto, cumpriu verificar se se mostravam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Réu e, em caso de resposta afirmativa, fixar o *quantum* indemnizatório.

Assim, o Tribunal logrou concluir que as novas oclusões trombóticas e complicações pós-operatórias após a intervenção cirúrgica a que o Autor foi submetido em 30.06.2014 efetivamente ocorreram. Que a novas intervenções (em 01/07/2014 e de 02/07/2014) nos termos descritos foram mesmo necessárias;

Não obstante, tal não se deveu a qualquer imperícia ou erro médico, mas antes às próprias condições de saúde do Autor e às incisões inerentes às intervenções realizadas.

Para além, o Tribunal firmou convicção no sentido de que foi através do tratamento efetuado que foi possível evitar a amputação do membro inferior do Sr. Mariano e restabelecer a funcionalidade do membro, estando em causa uma intervenção que era necessária para o efeito.

Para isto, relevou a conjugação da prova testemunhal (inquiridos vários médicos) com a prova pericial produzida.

Da concatenação da prova testemunhal analisada resultou para o entendimento do Tribunal que o tratamento cirúrgico a que o Autor foi sujeito era, efetivamente, o tratamento adequado e necessário para prevenir a amputação do membro. Quanto aos danos estéticos e o *quantum doloris*, a convicção do Tribunal resultou sobretudo da análise do relatório pericial dos autos.

Da verificação do pressuposto da ilicitude, salientando-se que, para tanto, seria exigível que o Autor demonstrasse a existência de uma violação do dever de cuidado imposto pelas *leges artis* médicas, bem como a formulação de um juízo de reprovação sobre a atuação dos médicos do C.H.Porto.

Portanto, o erro médico somente será capaz de desencadear os mecanismos indemnizatórios se pudermos aferi-lo em função do juízo que se faça sobre a forma como o profissional agiu e não em função do (mau) resultado obtido.

Só assim poder-se-ia verificar e concluir que houve uma culposa violação das regras que se deveriam respeitar e de que, se não se tivesse verificado, os danos cuja reparação se pretende não teriam existido.

Pelo prisma do consentimento informado o enquadramento jurídico verificado para o caso em questão, uma intervenção médico-cirúrgica, sobretudo quando invasiva, constitui uma violação objetiva à integridade física e moral do doente. O Tribunal observou os termos do art. 340.º, n.º 1, do Código Civil, “*O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.*”

Assim, para que uma ingerência médica seja considerada lícita, necessário é que tenha existido um consentimento prévio para a mesma do paciente, bem como que tal consentimento se afigure um consentimento informado.

3. A Decisão

Da verificação dos pressupostos da ilicitude entendeu o Tribunal que o Autor não demonstrou qualquer ato ilícito da parte do Réu na prestação de cuidados médicos por violação das *leges artis*.

Também foi afastada a responsabilidade do Réu por não ter sido apurada a ilicitude derivada da falta do consentimento do Autor.

O Acórdão concluiu que a ação movida era totalmente improcedente, e, conseqüentemente, absolveu o Réu dos pedidos.

CASO 5

APRESENTANTE: THAÍS CESA E SILVA

A. Identificação da Decisão: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.657.156 – RJ - Brasil (2017/0025629-7).

B. Palavras-chave: Medicamentos; SUS; Atos Normativos; Medicamentos não constantes; Caráter Excepcional. Requisitos Cumulativos; Fornecimento; Artigo 1.036 do CPC/2015.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) O Estado do Rio de Janeiro – Brasil recorre, ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de um Recurso Especial, de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, juízo *ad quo*, que decidiu em favor da Sra. Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira obrigando-o ao fornecimento de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

- ii) A recorrida (Sra. Fatima), conforme constava de receituário e laudo médico anexos ao processo, provou ser portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1) com a necessidade de fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml) na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS.
- iii) A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras por parte da Sra. Fatima para aquisição dos medicamentos.
- iv) O Estado do Rio de Janeiro destacou em sua defesa que a assistência farmacêutica estatal apenas poderia ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pediu que fosse reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

2. O Direito

Estava em causa nesta decisão se um paciente atendido pelo Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS) poderia ter direito a medicamentos devidamente prescritos, mas que se encontravam fora de uma lista própria, definida através da portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

Por outro lado, houve a comprovação da necessidade da Sra. Fatima em utilizar-se das medicações sendo estas devidamente prescritas por um médico do SUS.

O caso orbitou por questões interdisciplinares, nomeadamente se a Sra. Fátima poderia receber medicamentos que não faziam parte de listas editadas pelos entes públicos e nem mesmo daqueles prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS.

No Brasil, a saúde é um direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo aos poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem em razão daquilo que foi imposto pela Constituição da República brasileira e pela Lei n.º. 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde.

Para além, no caso em apreço, no que refere a Lei n.º 8.080/90, o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não vislumbrou a violação dos artigos 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R, visto que entendeu estes cuidarem apenas de orientação para dispensação de medicamento como ação de assistência terapêutica integral. Que os citados artigos não inviabilizavam, *in casu*, a assistência por medicamento orientado pelo médico da paciente e, por consequência, não significavam contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, e, definitivamente, não afrontavam o texto constitucional brasileiro.

O Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, asseverou que a tese para esta decisão deveria ser submetida à sistemática do artigo 1.036 do CPC/2015 para a concessão, ou não, dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

Assim, para isto, se exigiria a presença cumulativa de alguns requisitos, como se verificaram:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido

por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Portanto, em face da tese afetada, ou seja, a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS esta já era o Tema nº 106 do Superior Tribunal de Justiça que firmou entendimento de que é possível o fornecimento de medicação não incorporada às listas do SUS, desde que comprovada a presença dos fatores cumulativos dantes verificados. Portanto, não analisou o STJ casos de alternativas terapêuticas.

3. A Decisão

Diante do exposto o Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro interposto ao Superior Tribunal de Justiça foi conhecido e não provido uma vez que este foi analisado sob a óptica da sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

CASO 6

PRESENTANTE: MARCO AURÉLIO CONSTANTINO

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. Processo 022/09.6BEPNF de 04 de fevereiro de 2021.

B. Palavras-chave: Responsabilidade Civil Extra-

contratual; Indemnização por danos patrimoniais; Dano biológico; Danos não patrimoniais futuros.

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

- i) Os Srs. A e B, em representação à sua filha menor C, intentaram acção administrativa comum contra o Ministério da Saúde, Administração Regional de Saúde do Norte (ARS/N), Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, Centro de Saúde de Penafiel, Termas de S. Vicente e Instituto de Genética Médica (IGM) atualmente Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, I.P. (INSA).
- ii) Peticionam a condenação dos Réus no pagamento da quantia de 90.000,00€, a título de danos patrimoniais e não patrimoniais, acrescida de juros de mora.
- iii) A 21/12/2005 a menor C nasceu no Hospital Padre Américo, Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE.
- iv) A recolha do “teste do pezinho” foi efetuada por uma das enfermeiras que prestava serviço no local. À data da recolha, a responsável administrativa da extensão de Saúde de Recesinhos, era uma Assistente Administrativa Especialista.
- v) Os pais da menor C, após a recolha efetuada, aguardaram eventual comunicação do Instituto de Genética Médica (IGM). Sendo certo que tal comunicação só ocorreria se fosse detetada qualquer anomalia. Os pais da menor não receberam qualquer comunicação nos 30 dias seguintes.

- vi) A 28/03/2006 a menor C foi internada no “Hospital de S. João” do Porto, em face de diversos incidentes patológicos que ocorreram.
- vii) Após o internamento foi-lhe diagnosticado “hipotiroidismo congénito” e foi-lhe iniciado tratamento.
- viii) Doença diagnosticada à menor, o “hipotiroidismo congénito”, é detectada pelo IGM através da análise do “teste do pezinho” quando este é recepcionado pelo Instituto.
- ix) Se tivesse sido detectada a doença logo após o nascimento, o tratamento teria sido eficaz e não deixaria mazelas na menina.
- x) No IGM não foi registada qualquer entrada do teste do “pezinho” referente à menor C.
- xi) Os pais da menor apresentaram reclamação.
- xii) Quando o “teste do pezinho” realiza o seu percurso normal, ou seja, é enviado e recepcionado pelo IGM, é detectada a existência da doença congénita.
- xiii) O Centro de Saúde enviou os resultados da colheita para o laboratório por correio simples normal expedindo-os para o IGM.
- xiv) A “Comissão Nacional para o Diagnóstico Precoce” e a ARS Norte estabeleceram que o envio se faça através de correio simples azul.
- xv) A 22/06/2006, data da segunda consulta da menor no Centro de Genética Doutor Jacinto Magalhães, os Autores informaram o Dr. D que havia sido diagnosticado à menor C “hipotiroidismo congénito” no Hospital de S. João e que já havia iniciado tratamento.
- xvi) O Dr. D não suspeitou, na altura, de hipotiroidismo, pois quando questionou os pais sobre o rastreio, estes disseram que o tinham feito, daí que o médico tenha ficado descansado quanto a esse assunto, não tendo feito mais perguntas, pois no seu entender o habitual, quando há alguma alteração, é os pais serem contactados e se não foram é porque o resultado do rastreio teria sido negativo.
- xvii) A 22/02/2007 A menor C teve a terceira consulta de seguimento para vigilância da sua evolução. Foi provado que o quadro clínico do «hipotiroidismo congénito» não tratado inclui atraso do crescimento e atraso na maturação óssea;
- xviii) A partir de 2004, a Comissão de Diagnóstico Precoce implementou o site “diagnosticoprecoce”.
- xix) À data dos factos o IGM aceitava que o risco de extravio do teste existia e sabia que havia perdas.
- xx) À data dos factos os resultados positivos não eram divulgados no site do “diagnosticoprecoce”, apenas os negativos, pelo que em caso de teste positivo o contacto era sempre telefónico.
- xxi) À data dos factos o IGM não tinha capacidade para inserir prontamente os testes negativos no site, pelo que, demorava cerca de um mês, a inserir a informação no site do “diagnosticoprecoce”.
- xxii) Por decisão do TAF de Penafiel, proferida por juiz singular, datada de 2/02/2017,

a acção administrativa comum foi julgada procedente, e, condenados os RR. Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, I.P. (INSA), que sucedeu nas atribuições do Instituto de Genética Médica Doutor Jacinto de Magalhães (IGM) e a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P. (ARS/N) a pagar, solidariamente, à menor C, representada pelos seus pais A e B, a quantia de 80.000,00€ e aos pais da menor a quantia de 10.000,00€ acrescidas de juros de mora à taxa legal desde a citação até integral pagamento, tendo sido relegado para incidente de liquidação a determinação da indemnização por danos patrimoniais, dano biológico e danos não patrimoniais futuros.

- xxiii) Os RR. INSA e ARS/N apelaram para o TCA Norte do despacho de ampliação do pedido e da decisão do TAF, e este, por acórdão proferido a 17/01/2020, negou provimento a ambos os recursos, confirmando o despacho e a sentença recorridos.
- xxiv) A Ré ARS/N, inconformada, interpôs recurso de revista ao Supremo Tribunal Administrativo (STA).

2. O Direito

No caso em apreço os autores fundamentaram a acção no facto de à sua filha menor, logo ao nascer, ter sido recolhido material para o “teste do pezinho”; entretanto, não tendo recebido os autores nenhuma comunicação nos 30 dias seguintes à recolha, firmaram a convicção que nenhum problema genético tinha sido detectado à menor uma vez que a comunicação só se daria se algum problema fosse detectado.

Porém, meses depois, a menor C foi internada e lhe foi diagnosticado hipotiroidismo congénito, o qual deveria ter sido detectado pelo IGM através da análise do “teste do pezinho”. Se tal tivesse ocorrido, o tratamento a realizar à menor teria sido eficaz e não causaria os danos de que padeceu.

Os autores entenderam haver omissão por parte das entidades públicas pelo não envio do material para o “teste do pezinho” ao IGM. Acontece que houve o envio do material recolhido, mas, no caminho, houve o extravio do material para o teste e, por conseguinte, um diagnóstico tardio do hipotiroidismo congénito.

Prima facie, no que respeita ao requisito da culpa, podemos afirmar que agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito.

Ora bem, aplicou-se ao caso o regime da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas por actos ilícitos, no domínio dos actos de gestão pública, previsto no DL n.º 48.051, de 21.11.1967, em atenção à data da prática dos factos.

Este regime correspondia ao conceito civilístico de responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, consagrado no artigo 483.º/1 do Código Civil. Tais pressupostos, lá elencados, mantêm-se, com algumas alterações no actual Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Consideraram-se na decisão do TAF de Penafiel e no Acórdão do TCA Norte, que negou provimento a ambos os recursos, confirmando o despacho e a sentença recorridos, que foram verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito. E concluiu-se que a conduta dos lesantes fora reprovável quando, pela sua capacidade, e em face das circunstâncias concretas da situação, poderiam e deveriam ter agido

de outro modo. Portanto, aplicada a vertente mais ampla da teoria da causalidade adequada, ou seja, no caso em apreço, o facto teria de ser condição do dano em abstracto, isto é, o facto teria de constituir causa adequada ou apropriada à ocorrência do dano verificado.

Assim, como dito, no Acórdão do TCA Norte, recorrido posteriormente, consideraram-se verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito. Entretanto, para além, sustentou-se existir um funcionamento anormal do serviço. Como se verifica “*claramente em causa, no mínimo, um funcionamento anormal generalizado dos serviços da ARS/N e do IGM (atualmente INSA)*”.

Complementou o Acórdão que uma má administração dos serviços, que contribuiu em termos de concausalidade para a produção dos danos sofridos pela menor e pelos seus pais, nas suas esferas jurídicas, impôs o ressarcimento dos danos.

Em suas razões de discordância, recorreu a Ré ARS/N, ao Supremo Tribunal Administrativo (STA), a referir que os autores fundaram a causa de pedir na responsabilidade civil extracontratual pela não entrega ou do não envio do “teste do pezinho” realizado e sua não chegada ao destinatário, sendo que foram estes comportamentos que resultaram nas lesões e danos sofridos pela sua filha e por eles próprios.

Alegou a ARS/N que o acórdão recorrido identificava e consubstanciava a “*faute du service*”, ou seja, o funcionamento anormal do serviço, no procedimento, nas regras, na regulação, na imperfeição do sistema procedimentalizado pela Administração (sem distinguir entre a administração que define as regras de procedimento e aquela que as cumpre).

Uma vez que, para a recorrente, importaria distinguir a situação reconduzível ao mau funcionamento do serviço, da ineficiência ou fragilidade/falibilidade do procedimento seguido e emanado

pela Administração Central isto estaria em discordância do então decidido.

Para além, em acto contínuo, a recorrente asseverou que a base de condenação adoptada no acórdão recorrido seria a estrutura e densificação do procedimento/regulamento respeitante à realização e resultado do teste do pezinho, e que isto não se enquadraria à noção de “*faute du service*”

A recorrente, portanto, segundo o seu entendimento, não teve participação na ineficiência ou fragilidade/falibilidade do procedimento, limitando-se a cumprir as orientações emanadas pela Administração Central. Assim, para ela, a falibilidade, fragilidade e ineficiência apontados ao procedimento não se lhe poderiam imputar; uma vez que as administrações regionais de saúde se limitam a cumprir ordens da Administração Central do Estado.

Para além, a recorrente aduziu que, no caso concreto, não se enquadrava nos art's 2º, 1 e 6º do DL nº 48051, nem na figura do anormal funcionamento do serviço, pelo que entendia que foi mal decidida a verificação da ilicitude e culpa por parte do acórdão recorrido; o mesmo sucedendo no que respeitava ao nexo de causalidade adequada.

A ARS/N não se viu responsabilizada, pois, segundo suas apelações, quando à data dos factos, cumpriu todas as regulamentações que lhe eram impostas pelas normas emanadas pela Administração Central e aplicadas ao tempo da prática dos factos. Asseverou que, não havia, à data dos factos, norma regulamentadora que impusesse que o teste deveria ter sido enviado de outra forma que não aquela forma adoptada.

Aduziu ainda a ARS/N, em seu recurso, que mesmo que o teste tivesse sido enviado por correio normal azul, isto não garantiria que não tivesse havido extravio no percurso até ao destinatário final,

pois, o correio normal azul apenas pode garantir que a chegada ao destino será mais rápida.

Da leitura do disposto no art.º 2.º, n.º 1 e 2 do DL n.º 335/93, de 29/09, normas que o acórdão recorrido considerou terem sido violadas; com efeito, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) entendeu que não se depreendia de que forma tal imputação pudesse ser feita, pois ali apenas se mostravam consagradas normas de cariz genérico e destinadas ao planeamento, distribuição de recursos, orientação e coordenação de actividades, gestão de recursos humanos, apoio técnico e administrativo e, ainda, de avaliação do funcionamento das instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, de acordo com as políticas superiormente definidas.

Também não sufragou a tese que vingou no acórdão recorrido quando para justificar o funcionamento anormal do serviço da recorrente ARS/N se argumentou que cumpria a esta que tivesse implementado ou tivesse diligenciado para que o sistema de envio do teste do pezinho não tivesse as fragilidades apontadas, uma vez que inexistia norma jurídica que o impusesse. É certo que o registo, com aviso de recepção, poderia dar mais garantias no sentido de se conseguir apurar se o teste teria ou não dado entrada nos serviços do IGM, mas não mais do que isso.

Assim, não vislumbrou o STA que tivesse havido por parte dos serviços da recorrente ARS/N, ao tempo dos factos, qualquer outra conduta que permitisse concluir pela omissão dos cuidados que lhes estavam atribuídos e que lhes era exigido.

Para além, entendeu o STA que não procedia o argumento de que se estivesse implementado o sistema que permitisse aos pais da menor ter acesso ao conhecimento de que o teste teria dado entrada no IGM o resultado teria sido outro, até porque,

no caso presente, os pais tiveram acesso ao site do IGM, tendo-lhes sido comunicado que não havia registo de entrada do referido teste realizado à sua filha.

Entendeu, portanto, o STA, que ficou evidente que houve falha uma vez que o teste não chegou ao seu destinatário, mas que essa falha não poderia, de modo algum, ser imputada à recorrente ARS/N, nem em termos de acção, nem em termos de omissão ou falta de cuidado, nem de um agente em concreto, nem do próprio serviço. E que a “fragilidade” existente na concepção normativa do procedimento de envio e recepção não configurava a ilicitude (por acção ou omissão) nos termos da lei. Nomeadamente os exigidos no DL n.º 48051, imputável à recorrente ARS/N, no que respeita à responsabilidade civil extracontratual quando estão em causa os requisitos, de verificação cumulativa, da teoria da responsabilidade civil extracontratual.

Concluiu, portanto, o STA que não se verificavam em relação à ARS/N os pressupostos exigidos para a sua condenação no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o que implicou sua absolvição do pedido.

3. A Decisão

Acordaram os juízes que compuseram o Tribunal em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido na parte em que condenou a recorrente ARS/N ao pagamento solidário de uma indemnização aos autores. E julgaram a acção improcedente quanto à recorrente, absolvendo-a do pedido contra ela dirigido.

CASO 7**APRESENTANTE: RUI PRISTA CASCÃO**

A. Identificação da Decisão: European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (Application no. 56080/13) de 19 de dezembro de 2017.

B. Palavras-chave: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal.

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

- i) A Sra. Maria Isabel nasceu em 1969 e residia em Vila Nova de Gaia. O seu marido, Sr. Fernandes, nasceu em 1957 e faleceu em 08/03/1998, na sequência de uma série de problemas médicos decorrentes de uma cirurgia para remoção de pólipos nasais.
- ii) A 26/11/1997, Fernandes foi internado no Serviço de Otorrinolaringologia e Garganta do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia (CHVNG) para uma polipectomia nasal.
- iii) Foi submetido à cirurgia em 27/11/1997 e teve alta no dia seguinte.
- iv) A 29/11/1997 retornou às urgências do CHVNG. Sofria de dores de cabeça violentas e um estado de agitação. Os médicos (incluindo um neurologista)

consideraram que o Sr. Fernandes sofria de problemas psicológicos e receitaram-lhe tranquilizantes.

- v) Na manhã seguinte o Sr. Fernandes foi examinado pela nova equipa médica de serviço. Submetido a uma punção lombar que revelou que sofria de meningite bacteriana. Assim, foi transferido para os cuidados intensivos do hospital.
- vi) A 30/11/1997 foi-lhe diagnosticado um edema cerebral; a 5 de dezembro, após melhora, foi transferido para a enfermaria do hospital; e a 10/12 foi-lhe diagnosticado duas úlceras duodenais.
- vii) O Sr. Fernandes teve alta em 13/12/1997 por se considerar que o seu estado era estável.
- viii) A 18/12/1997 o Sr. Fernandes sofria de vertigens e dores de cabeça e foi novamente admitido no serviço de urgência do CHVNG. Após exames recebeu transfusões de sangue.
- ix) A 19/12/1997 foi confirmada a existência de uma úlcera gastroduodenal.
- x) A 23/12/1997, o Sr. Fernandes teve novamente alta do hospital.
- xi) A 09/01/1998, voltou ao serviço de urgência do CHVNG. Foi considerado que não seria necessário o seu internamento. Assim, regressou a casa no mesmo dia.
- xii) A 25/01/1998, o Sr. Fernandes foi readmitido no CHVNG. Revelada uma colite ulcerosa infecciosa. Revelada a presença da bactéria *Clostridium difficile*. O Sr. Fernandes foi colocado em soro e tratado com antibióticos.

- xiii) A 03/02/1998, o Sr. Fernandes teve novamente alta do hospital. Decisão tomada com o consentimento da recorrente e do seu marido.
- xiv) A 17/02/1998, o Sr. Fernandes foi internado no Hospital Geral de Santo António, no Porto, com diarreia crónica e anemia microcítica. Submetido a exames incluindo uma colonoscopia, uma endoscopia e análises sanguíneas. Detectado um citomegalovírus.
- xv) A 05/03/1998, o Sr. Fernandes foi examinado por um médico que considerou que a situação estava sob controlo.
- xvi) A 06/03/1998, o estado de saúde do Sr. Fernandes agravou-se. Suspeitou-se de uma possível perfuração das vísceras. Efectuadas uma radiografia e uma ecografia abdominal. Esta última revelou ascite no abdómen, mas não confirmou o diagnóstico inicial.
- xvii) A 07/03/1998, às 13 horas, o Sr. Fernandes foi colocado em oxigénio; tinha dificuldade em respirar. Às 15 horas, foi examinado por um médico de clínica geral e, posteriormente, por um cirurgião. Este último decidiu que era necessário proceder a uma intervenção cirúrgica urgente, uma vez que se tratava de uma peritonite generalizada.
- xviii) O Sr. Fernandes foi levado para a sala de operações às 16 horas, tendo sido retirado alguns minutos mais tarde para ser preparado para a cirurgia, nomeadamente para receber uma transfusão de sangue. Voltou a entrar na sala de operações às 20 horas.
- xix) A 08/03/1998 falece o Sr. Fernandes às 2h55 da madrugada.
- xx) De acordo com a certidão de óbito emitida pelo Hospital de Santo António, o marido da requerente faleceu de septicemia causada por peritonite e perfuração das vísceras.
- xxi) A 13/08/1998, a Sra. Maria Isabel escreveu uma carta conjunta ao Ministério da Saúde, à autoridade regional de saúde da região Norte e à Ordem dos Médicos, informando que não tinha recebido qualquer resposta dos hospitais para explicar a súbita deterioração do estado de saúde do seu marido e a sua morte.
- xxii) Em 30/10 e 23/12 de 1998, a autoridade sanitária regional do Norte enviou à Sra. Maria Isabel cópias dos relatórios elaborados pelo CHVNG e pelo Hospital de Santo António com base nos registos médicos do seu marido.
- xxiii) Em 30 de maio de 2000, a recorrente solicitou informações mais recentes do processo à autoridade sanitária regional, afirmando que ainda não tinha recebido explicações claras sobre os factos que precederam a morte do seu marido.
- xxiv) Por carta, a 05/07/2000, a autoridade informou-a de que o processo tinha sido enviado à Inspeção-Geral da Saúde (IGS) com vista à abertura de um inquérito.
- xxv) A 20 de setembro de 2000, o Inspetor-Geral da Saúde ordenou, por despacho, a abertura de um processo de averiguações.
- xxvi) Por despacho de 28/12/2001, o conselho disciplinar regional do Norte decidiu, depois de ter examinado as conclusões dos

diferentes painéis de especialistas, não dar seguimento à queixa do recorrente, por não existirem provas de falta ou negligência médica.

- xxvii) A 29/04/2002, a Sra. Maria Isabel apresentou uma queixa por homicídio negligente junto do Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto.
- xxviii) No entender do Tribunal de Primeira Instância, não foi demonstrado que os cuidados prestados ao seu marido durante a sua estadia no hospital, de 25/01 a 03/02 de 1998, não tinham sido conformes às boas práticas médicas.
- xxix) O tribunal concluiu, por conseguinte, que não existia qualquer nexo de causalidade entre o tratamento efectuado pelo Dr. J. V. ao marido da recorrente no CHVNG e a sua morte, que foi causada por uma perfuração das vísceras não relacionada com a doença do cólon tratada pelo arguido.
- xxx) A recorrente não interpôs recurso contra este acórdão.
- xxxi) A 6 de março de 2003, a recorrente intentou uma ação no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto contra o CHVNG, o Hospital de Santo António e os oito médicos que intervieram no tratamento do seu marido durante o internamento, pedindo uma indemnização pelos danos sofridos com a morte do seu marido.
- xxxii) Em seu Acórdão, o TAF – Porto entendeu que tendo em conta os factos provados, não seria possível determinar em que momento os réus, com as suas acções ou omissões, violaram as *leges artis* médicas.
- xxxiii) Asseverou que não foi possível determinar o agente ou identificar a causa da bactéria associada à meningite e, por conseguinte, não foi possível estabelecer se a cirurgia do seio nasal estava na origem do problema ou se era apenas um fator causador da infeção.
- xxxiv) Para além disso disse que não foi demonstrado que a terapia ou a medicação administrada ao Sr. Fernandes não se adequava ao seu estado clínico. Por conseguinte, não houve violação das *leges artis* médicas (por ação ou omissão). Portanto, um dos pressupostos cumulativos da responsabilidade civil, a saber, a existência de um ato ilícito, estava ausente.
- xxxv) A Sra. Maria Isabel recorreu do acórdão para o Supremo Tribunal Administrativo - STA.
- xxxvi) Contestou os factos considerados provados, alegando que só estudando as circunstâncias antes, durante e depois da operação seria possível compreender que tipo de bactéria o seu marido tinha contraído. Reiterou que o seu marido tinha contraído uma infeção hospitalar e não recebeu tratamento adequado quer no CHVNG, quer no Hospital de Santo António.
- xxxvii) Em 26/02/2013 o STA julgou improcedentes os pedidos da recorrente, confirmando a sentença do TAF – Porto.
- xxxviii) A Sra. Maria Isabel recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*Council of Europe*).
- xxxix) A recorrente alegou uma violação do direito à vida do seu marido. Alegou que o seu marido tinha sido vítima de uma infeção adquirida no hospital e que o pessoal mé-

dico tinha sido descuidado e negligente nos seus diagnósticos e tratamentos e na alta hospitalar do seu marido.

2. O Direito

No caso em apreço, a recorrente invocou os artigos 2.º, 6.º § 1 e 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em particular, queixou-se de atrasos no tratamento e da administração de medicamentos em doses excessivas. Queixou-se ainda de que as autoridades a que se dirigiu não esclareceram a causa exacta da súbita deterioração do estado de saúde do seu marido, que se encontrava em perfeita forma. Queixou-se também da duração do processo interno e do facto de não ter sido informada da causa exacta da morte do seu marido.

A Câmara considerou que o simples facto de o paciente ter sido submetido a uma operação cirúrgica que apresentava um risco de meningite infecciosa deveria ter justificado uma intervenção médica imediata em conformidade com o protocolo médico de controlo pós-operatório. No entanto, tal não aconteceu.

Sem querer especular sobre as hipóteses de sobrevivência do marido da recorrente se a meningite tivesse sido diagnosticada mais cedo, a Câmara considerou que a falta de coordenação entre o serviço de otorrinolaringologia e a unidade de urgência do hospital revelou falhas no serviço público hospitalar público, privando o paciente da possibilidade de aceder a cuidados de urgência adequados. Este facto foi considerado suficiente para considerar que o Estado não cumpriu a sua obrigação de protecção da integridade física do Sr. Fernandes.

Entretanto, a Grande Secção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*Council of Europe*) considerou as alegações da recorrente apenas à luz

do artigo 2º da Convenção. Assim, a Grande Secção concordou, decidiu e seguiu com esta abordagem.

Iniciou, a Grande Secção, a dizer que o Tribunal é frequentemente chamado a pronunciar-se sobre queixas que alegam a violação do artigo 2º da Convenção no contexto dos cuidados de saúde. Que um número considerável destes casos diz respeito a alegações de negligência ocorridas no contexto de tratamentos médicos em hospitais.

No caso em apreço, a Grande Secção considerou que constituiu uma oportunidade para reafirmar e clarificar o âmbito das obrigações positivas substantivas dos Estados em tais casos.

A Grande Secção sublinhou que diferentes considerações a respeito do tema surgiam em outros contextos, em particular no que diz respeito ao tratamento médico de pessoas privadas de liberdade ou de pessoas particularmente vulneráveis sob a tutela do Estado, em que o Estado é directamente responsável pelo bem-estar dessas pessoas (por exemplo, *Slimani c. França*, n.º 57671/00, CEDH 2004-IX (extractos)) e (*Centre Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu*) 57671/00, CEDH 2004-IX (extractos)); e que tais circunstâncias não se encontravam em causa no presente caso.

Reiterou que a primeira frase do artigo 2º, que é uma das disposições mais fundamentais da Convenção e que também consagra um dos valores básicos das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa, exige que o Estado não só se abstenha de tirar a vida “intencionalmente”, mas também que tome as medidas adequadas para salvaguardar a vida das pessoas sob a sua jurisdição.

A Grande Secção sublinhou várias vezes que, embora o direito à saúde, reconhecido em numerosos instrumentos internacionais, não figure, enquanto tal, entre os direitos garantidos pela Convenção e seus Protocolos (*Vasileva v. Bul-*

gária, n.º 23796/10, § 63, 17 de março de 2016), a referida obrigação positiva deve ser interpretada como aplicável no contexto de qualquer atividade, pública ou não, em que o direito à vida possa estar em jogo (*Valentin Câmpeanu*, supracitado, § 130), incluindo no domínio da saúde pública.

Entretanto, na análise do caso concreto, a Grande Secção entendeu que se houve incumprimento por parte do Estado das suas obrigações regulamentares exigiria uma apreciação concreta das alegadas deficiências e não uma apreciação abstrata.

A este respeito, Reiterou que a sua tarefa não consistia normalmente em rever a lei e a prática em abstrato, mas em determinar se a forma como foram aplicadas ou afectaram o requerente deu origem a uma violação da Convenção. (*Roman Zakharov v. Rússia* [GC], no.47143/06, § 164, TEDH 2015).

3. A Decisão

A Câmara considerou que houve uma violação do aspeto processual do artigo 2.º da Convenção. Considerou ainda, que o sistema jurídico português deveria proporcionar aos cidadãos meios que, teoricamente, satisfizessem às exigências do artigo

2.º da Convenção. Um sistema jurídico que proporcionasse às vítimas recurso aos tribunais civis, quer isoladamente quer em conjugação com uma ação penal, que permitisse apurar a eventual responsabilidade dos médicos em causa e a obtenção da reparação civil adequada.

Por sua vez, a Grande Secção entendeu que, como não foram cumpridas as condições para ser considerado um caso de “negação de acesso a tratamento de emergência vital”, o caso teve de ser considerado como um caso de “mera” negligência médica. Dado que não existiam deficiências aparentes no quadro regulamentar.

Por fim, o Tribunal reiterou que não houve violação da vertente material do artigo 2.º da Convenção, não ficando provada a negligência médica, e que houve violação da vertente processual do artigo 2º da Convenção devido à duração dos processos disciplinares, criminais e civis. Por conseguinte, o Tribunal rejeitou a objeção preliminar do Governo português de que o pedido era manifestamente infundado.