

C E N T R O DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional

O Valor Extraprocessual das Provas

Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos

O valor extraprocessual das provas, i. é, a possibilidade de utilização das provas em processo diferente daquele em que foram inseridas não encontra o seu âmbito limitado à matéria do processo civil, em concreto ao que dispõe o art.º 522.º do CPC, antes insere-se numa “ideia” (recorrente) da prática judiciária de admissibilidade de transmissão de prova entre processos, nomeadamente entre processos sancionatórios (v. g. do processo criminal para o processo contra-ordenacional, ou do processo criminal para o processo disciplinar), apresentando como sua razão de ser o máximo aproveitamento da prova (economia processual).

Haverá, portanto, um “*princípio*” da *intercomunicabilidade geral da prova entre processos* (cfr. Carlos Adérito, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, 2009, Coimbra).

Exemplo disso é o que se alcança do Regime Geral das Contra-Ordenações (DL n.º433/82) quando no art.º 77º se prevê que o “*tribunal poderá apreciar como contra-ordenação uma infracção que foi acusada como crime*”, passando – como resulta do seu n.º 2 – o processo a regular-se pelo regime jurídico contra-ordenacional, não apenas em matéria de tramitação, mas também em matéria de admissibilidade de prova, ou o art.º 76º do mesmo diploma legal quando se prevê a faculdade de o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo contra-ordenacional em processo criminal, aproveitando-se, na medida do possível, as provas já produzidas.

Outro exemplo podemos encontra-lo no n.º 11 do art.º 86º do Cód. Proc. Penal quando neste preceito legal se refere que “*A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, desde que necessária a processo de natureza criminal ou à instrução de processo disciplinar de natureza pública, bem como à dedução do pedido de indemnização civil*”, aludindo-se, assim, à possibilidade da transmissão da prova em processo penal para os processos criminal ou disciplinar ou para efeito de dedução de pedido de indemnização civil.

Perpassa, portanto, relativamente aos processos sancionatórios, uma ideia de aproveitamento da prova no processo de destino, desde que a sua obtenção seja possível

de realizar também neste processo, ou seja, desde que os critérios de legitimação da produção e aquisição da prova no processo de origem não sejam conflituantes com os do processo de destino (atentas, portanto, as limitações decorrentes das “reservas” da lei, do processo e da “reserva do Juiz” sublinhadas pelo Dr. Carlos Adérito).

Já em matéria de processo civil, dispõe o art.º 522.º do Cód. Proc. Civil, sob a epígrafe, “*Valor extraprocessual das provas*” que (n.º 1) “*Os depoimentos e arbitramentos produzidos com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355º do Código Civil; se porém, o regime de produção de prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.*”, estabelecendo o seu n.º 2, que “*O disposto no seu número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção de prova que se pretende invocar.*”.

Isto significa que, em regra, (cfr. Fernando Rodrigues *A prova em direito civil*; Coimbra, 2011) para que a prova produzida num processo possa ser invocada noutro processo é necessária a verificação das seguintes condições cumulativas:

1. Que se trate de prova testemunhal, prova por depoimento de parte ou por perícia, produzida com audiência contraditória;
2. Que a invocação seja feita contra a mesma parte (a parte contra a qual a prova é invocada, i. é, aquela que resulta desfavorecida com o resultado probatório), terá de ser a mesma contra a qual foi produzida no primeiro processo; e
3. Que o processo onde a prova foi produzida não ofereça menos garantias do que aquele onde vai ser invocada, pois de contrário, valerá como princípio de prova, i. é, como prova indiciária.

Fora da possibilidade de invocação noutro processo estão a prova documental e a prova por inspecção.

A prova documental porque a parte interessada na junção pode utilizar os mesmos processos de junção de documentos já utilizados na primeira acção e até se esta já estiver finda pode obter o desentranhamento dos documentos e utilizá-los na nova acção.

Quanto à inspecção judicial justifica-se que a mesma não possa ser invocada noutro processo porque a prova por inspecção tem por fim a percepção directa de factos pelo juiz e só o juiz que presidiu à inspecção estará em condições de valorar devidamente este meio de prova.

A prova que é possível invocar noutro processo não se confunde com o acervo de factos declarados assentes no primeiro processo, antes refere-se os meios de prova,

através de depoimentos e arbitramento, sujeitos à livre apreciação do julgador – Ac. do STJ de 05.05.2005, in dgsi; Ac. do TRP de 09.10.2008, in dgsi.

Distingue-se (o valor/eficácia extraprocessual da prova produzida) do que dispõe o art.º 674.º-A do CPC que dispõe que a condenação definitiva proferida em processo penal constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como os que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutem relações jurídicas dependentes da prática da infracção.

No que respeita à confissão judicial produzida no âmbito de um processo, a mesma poderá ser invocada noutro processo contra o confitente (o que implica que a pessoa a quem a declaração confessória aproveita tenha sido contraparte do confitente no processo em que a confissão foi produzida), mas nesse caso não terá o valor de confissão judicial mas antes de confissão extrajudicial, porquanto, nos termos do art.º 355.º, n.º 3 do Cód. Civil a confissão judicial feita num processo só vale como judicial nesse processo.

Constitui limitação ao valor extraprocessual das provas o que resulta do n.º 2 do art.º 522.º, n.º 2 do CPC, no caso de ter sido anulado o primeiro processo na parte relativa à produção da prova que se pretende utilizar no segundo processo: não basta que o réu tenha sido absolvido da instância no primeiro processo, é necessário que a causa de absolvição da instância arraste consigo a nulidade ou anulação do processo, como sucede nos casos de incompetência absoluta do tribunal (art.º 105.º, n.º 2 do CPC), da falta de personalidade judiciária ou de regular representação do incapaz quando a prova tenha sido produzida contra o incapaz (cfr. Prof. Antunes Varela, *Manual de Processo Civil*, 1985, Coimbra).

EXEMPLO PRÁTICO

Suponhamos que a paciente A celebra um contrato de prestação de serviços médicos com o médico B a fim de ser assistida num parto eutócito (normal) numa clínica particular de que aquele é dono.

No período imediatamente anterior ao parto e porque se mantinha a demora no nascimento da criança, com o objectivo de facilitar a extracção do feto, é realizada à paciente pelo referido médico (paciente que não estava em situação de inconsciência) uma episiotomia (procedimento cirúrgico quase universal introduzido na prática clínica obstétrica, um dos únicos que é realizado sem qualquer consentimento específico da doente e que consiste numa incisão cirúrgica no períneo com o objectivo de facilitar o parto – sem, contudo, possuir evidência científica que suporte este “benefício” – mas ao qual estão associadas diversas complicações reconhecidas pela ciência médica, nomeadamente hematoma e infecção (cfr. Bárbara Bettencourt Borges, Fátima Serrano e Fernanda Pereira intitulado “*Episiotomia – Uso Generalizado versus selectivo*”, in *Acta Médica Portuguesa*, 2003).

A referida intervenção cirúrgica é realizada sem que a paciente tivesse prestado ou consentido na mesma.

Algumas horas depois, na sequência da referida intervenção e no mesmo local onde foi intervencionada, a paciente sofre um hematoma intenso que é drenado em intervenção cirúrgica mais extensa desta vez com anestesia geral.

Poucos dias depois a esta segunda intervenção, estando a paciente ali internada, os exames feitos à paciente vem revelar que a mesma padece de uma infecção generalizada – uma septicemia causada por uma determinada bactéria muito conhecida em meio hospitalar – na sequência da qual (infecção) veio a ser transferida para uma outra unidade de saúde onde foi tratada.

A paciente veio a sofrer sequelas físicas e psicológicas.

Suponhamos que a paciente apresenta queixa-crime contra o médico B e respectiva clínica por ter sofrido a referida episiotomia sem prestar o seu consentimento correndo termos processo-crime (importa distinguir a intervenção médico-cirúrgica em que o bem jurídico protegido não é integridade física, antes constitui, quando realizada sem consentimento do paciente, um crime contra a liberdade da paciente, violando o seu direito à autodeterminação - art.º 156º do CP intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - independentemente do resultado final, mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte).

Assim, o médico que praticou a referida episiotomia poderá ser punido a dois títulos diferentes: ou por ofensa à integridade física por negligência (art.º 148.º do CP), no caso de ter havido violação das *leges artis*, ou por ofensa à liberdade (direito à autodeterminação nos cuidados de saúde) no caso de, mesmo tendo agido de acordo com as regras da profissão, não ter esclarecido devidamente o paciente dos riscos ou consequências secundárias da intervenção (cfr. André Gonçalo Dias Pereira – *Novos desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*).

Suponhamos também que, em face da verificação de uma das situações previstas no art.º 72.º do CPP (dedução em separado do pedido cível; vg. o processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime) a paciente decide instaurar acção cível contra o referido médico e respectiva clínica, não apenas pela sujeição a intervenção cirúrgica (episiotomia) sem ter prestado o seu consentimento que considerou violadora da *lex artis ad hoc*, mas também por ter contraído durante o período de internamento na referida clínica uma infecção, na sequência da segunda intervenção cirúrgica, invocando, para tanto, e para além do mais, a falta de condições de assepsia no bloco operatório.

Posteriormente veio a requerer, o que foi deferido, a extracção de certidão dos registos dos depoimentos gravados em audiência de discussão e julgamento no processo-crime, nomeadamente o depoimento de uma testemunha, médico, que, de acordo com a leitura que faz dos registos clínicos, relaciona em termos causais a

intervenção cirúrgica (2.^a) da paciente em termos da falta de condições de assepsia com o aparecimento da infecção, com origem provável, segundo declara, em contaminação externa durante o segundo acto operatório.

Afigura-se-nos que a A. na acção cível poderá lançar mão do art.º 522º do CPC para efeito de aproveitamento da prova produzida no processo-crime, atenta a verificação dos seus pressupostos, mormente em face das garantias deste processo e do respeito pelo princípio do contraditório e da identidade de partes.

Imagine-se agora que não temos processo-crime mas que existe um processo disciplinar que correu termos no Conselho Disciplinar Regional da O. dos Médicos, nos termos do qual se produziu depoimento por uma testemunha também médico (reduzido a escrito) que relaciona em termos de causalidade a 2.^a intervenção cirúrgica com o aparecimento da infecção sofrida pela A.

Parece que aqui já não haverá lugar a faculdade prevista no art.º 522º do CPC e, portanto, de a A. poder fazer valer, aproveitando-se como prova na acção cível, daquele depoimento prestado no âmbito do processo disciplinar.

Poderá valer, quanto muito, como prova indiciária – princípio de prova – que é preciso conjugar com outros elementos de prova, podendo o juiz ter em conta na apreciação da prova das “*presunções judiciais, simples ou de experiência* (art.s 349º e 351º do CC) que são ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, inspiradas nas “*máximas da experiência, nos juízos de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana*”, prova por presunções, próxima da prova *prima facie* germânica ou da doutrina anglo-saxónica da *res ipsa loquitur*

Trata-se, no fundo, de aplicar aqui o critério da “probabilidade séria da existência do direito” de que nos fala o Dr. Carlos Lobato Ferreira (cfr. *Do segredo médico aos segredos do médico*, 2005).

Como salienta este Autor, não se exige um juízo de plena convicção no espírito do julgador, mas apenas um juízo de probabilidade bastante, assente na experiência do que acontece normalmente, segundo o regime estabelecido para os procedimentos cautelares (art.º 387º, nº 1 do CPC), ou seja, usando em benefício do paciente no âmbito da causalidade e da culpa, o princípio da experiência ou da probabilidade, significa que a certas condições se segue um dado resultado e, inversamente, que um dado resultado indicia um conjunto de condições ou que um certo efeito significa (por normalidade) uma falta de cuidado – vg. os casos em que são deixados objectos estranhos no corpo da paciente na sequência de intervenção cirúrgica (cfr. Ac. do STA de 04.07.1995, proc. 37308).

Porém, estamos perante mecanismos que visam uma facilitação da prova, em que não há inversão do ónus da prova, o que significa que é o lesado que tem o encargo de provar os factos alegados, designadamente a culpa do médico (abstraindo da discussão

sobre se havendo responsabilidade (médica) contratual haverá lugar à presunção de culpa a que alude o disposto no art.º 799º do CC) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Deste modo, de acordo com o direito constituído, o princípio geral nas acções de responsabilidade civil por actos médicos é a de que se aplicarão as regras gerais do ónus da prova, pelo que caberá àquele que invoca um direito fazer a prova dos factos constitutivos desse direito (art.º 342.º, nº 1 do CC) e àquele contra quem a invocação é feita a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (art.º 342.º, nº 2 do CC), sendo certo que, não tendo a A. carreado todos os elementos de prova capazes de convencer o juiz da realidade dos factos por si alegados e não podendo o juiz deixar de julgar com fundamento em dúvida insanável acerca dos factos em litígio (art.º 8º, nº 1 do CC), esta situação de dúvida traduzir-se-á numa decisão desfavorável contra a parte a quem incumba o ónus da prova.

No fundo, em face do direito constituído, não sendo possível alterar ou inverter a repartição legal dos ónus de prova com fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte – excepto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte (art. 344º, nº 2 do CC, ou se considere, em certos casos, a actividade médica como actividade perigosa pela natureza dos meios utilizados – art.º 493.º, nº 2 do CC) – é apenas possível compensar ou suavizar o formalismo da repartição legal dos ónus de prova imposta pelo art.º 342º do CC através da liberdade de apreciação da realização da prova pela parte, atentas as dificuldades de produção de prova pela parte onerada, pois que, como resulta do art.º 655º, nº1, do CPC a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte, admitindo-se, no fundo, que se lance mão de mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas dificuldades.

Porém, constatando-se que, apesar dos mecanismos já existentes, boa parte das acções emergentes de responsabilidade civil por actos médicos improcede por falta de prova pelo lesado, levar-nos-á a reflectir sobre o sentido duma eventual alteração legislativa – *de iure constituindo* – que permitisse ao julgador decidir, perante a factualidade alegada, inverter o ónus de prova, consagrando-se, assim, a chamada *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*.

Trata-se de uma teoria cuja manifestação mais antiga data de 1823, exposta pelo inglês Jeremias Bentham (em Tratado das Provas Judiciais), estudada na jurisprudência e doutrina dos países da América Latina (por exemplo, a propósito do enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, no sentido de recair sobre o funcionário o encargo de provar a licitude do seu enriquecimento e não ao Estado, uma vez que aquele estará em melhores condições para fornecer essa prova), teoria estudada mais recentemente pelo Prof. LLamas Pombo da Universidade de Salamanca, com eco legislativo no art.º 217. 7 da Lei do Enjuiciamento Civil em Espanha (*217.7. Para la aplicación de lo dispuesto*

en los apartados anteriores de este artículo **el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio**) que incorporou os princípios de normalidade, disponibilidade e facilidade probatória, propiciando uma distribuição flexível e dinâmica dos ónus de prova, permitindo atribuir as consequência da falta de demonstração de um facto àquela parte que, com menor custo (processual e económico) poderia produzir a prova no processo).

Teoria que, de resto, foi objecto de estudo em tese de mestrado defendida na Universidade Católica pela Dr.^a Micaela Lopes (*A igualdade das partes nas regras da distribuição do ónus da prova*; 2010, U. Católica), orientada pela Prof. Maria dos Prazeres Beleza, e que culminou numa proposta de alteração legislativa ao preceituado no art.º 344.º do Cód. Civil:

“ (...)

1.

2. ...

3. *Sem prejuízo do disposto no art.º 342º. e no presente artigo, sempre que, da aplicação das regras precedentes, se verificar pelos elementos constantes do processo que, por razões técnicas, científicas, tecnológicas, culturais ou outras, se verifique um resultado inaceitável face aos princípios constitucionais vigentes, pode o juiz por sua iniciativa ou a requerimento, inverter o ónus da prova.*

A consagração desta tese implicará que, através de uma regra, se atribuisse directamente o ónus da prova de determinado facto, não aquela parte que o invoque, mas, à parte que está em melhores condições para o provar, encontrando-se a contraparte numa situação de impossibilidade ou extrema dificuldade de aportar material probatório, para a demonstração de factos por si afirmados.

No fundo, a consagração de uma tal regra significaria conferir ao julgador a faculdade de atribuir, por despacho fundamentado, o ónus da prova à parte que se encontra em melhor posição (porque mais próxima) de, no processo, provar determinados factos que muito dificilmente poderão ser demonstrados por quem os alegou.

Ora, tendo por base a constatação de que, em matéria de responsabilidade civil por actos médicos, que grande parte das acções improcede por não se terem provado os pressupostos da culpa e do nexo de causalidade, verifica-se, por outro lado, na generalidade dos casos, que o médico e o paciente (leigo) não se encontram em pé de igualdade em termos de fazer a prova da factualidade invocada, nomeadamente daquela factualidade que tem um cunho marcadamente científico, parecendo, em princípio, ser mais fácil para o médico provar por ser mais provável que o faça de maneira mais eficiente, já que tem ao seu dispor a informação – os conhecimentos técnicos, por vezes muito específicos, – do que realmente aconteceu no bloco operatório, sobre o que se fez

e como fez, quem teve intervenção, que tratamentos e meios foram utilizados, até porque, do ponto de vista dos custos económicos, resultará mais barato para esta parte.

Assim, no nosso exemplo da infecção, a A. não estaria desonerada do esforço de alegação dos factos constitutivos do seu direito.

O que aconteceria é que o julgador, considerando a matéria de facto alegada pelas partes, considerando que o médico, responsável pela clínica que realizou as intervenções cirúrgicas à paciente, por estar mais “*próximo dos elementos de prova*”, i. é, por ter os conhecimentos técnico/científicos, por saber o que realmente aconteceu durante o acto cirúrgico, o que fez, como fez, que tratamentos e meios foram usados, caber-lhe-ia o encargo da prova, por estar mais apto a fazer a demonstração designadamente de que, atento o estado actual da ciência médica, (1) todas as medidas de assepsia foram observadas e ainda (2) que contracção da infecção pela paciente se deu por circunstância alheia à actuação do pessoal médico e de enfermagem empregues pela clínica, sob pena de ver decidido contra si a alegação fáctica que aproveita à A.

Em termos de custos sociais permite atribuir o encargo da prova à parte que, por estar mais próximo dela, poderá produzir essa prova com menores custos económicos, aumentando os incentivos à adopção de medidas de precaução, reduzindo os custos sociais em consequência de uma provável redução dos acidentes ou, ou pelo menos, da sua gravidade (cfr. Álvaro Luna Yerga – *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2003).

Trata-se de uma teoria que inverte a distribuição do ónus da prova, próxima da “*teoria das esferas de risco*”, de que nos fala o Dr. Carlos Lobato Ferreira, segundo a qual o que está em causa na repartição do ónus da prova segundo “*zonas de perigo*” é determinar qual das partes, em função das circunstâncias, está mais perto, mais próxima da matéria a provar, para por isso mesmo dever suportar as consequências da falta de prova.

Nesse sentido se defende que “*o autor do dano tem o domínio sobre os factos, tem também o poder de actuar sobre eles, isto é, de adoptar as medidas que condicionem os seus efeitos, abdicando mesmo de os praticar*”. Assim, nestas acções, litigando um leigo e um especialista, poder-se-ia defender que incumbiria ao médico demandado a prova do cumprimento dos seus deveres, de que observou as *leges artis*, pois que ninguém melhor que o especialista poderá provar a adequação da sua conduta (cfr. Carlos Lobato Ferreira, *Do segredo médico aos segredos do médico*, 2005).

Tese que tem, contudo, objecções de vulto, como desde logo resulta da posição de Rosenberg (Leo Rosenberg; “*La carga de la prueba*”, edição em castelhano, ano 2002, Editorial Bosch, p. 142 e 205) quando refere que “*Não é correcto, no meu parecer, o ponto de vista muitas vezes sustentado segundo o qual, a carga da prova deve distribuir-se conforme a situação concreta do processo, segundo o modo como são feitas as afirmações (fácticas) pelas partes. Trata-se de um princípio que transplanta, por assim dizer, a controvérsia sobre a distribuição do ónus da prova, do modo de ver*

subjectivo que tem a em conta o processo singular para o domínio objectivo do direito material, da arena tumultuosa do litígio para o éter puro do ordenamento jurídico (...) O processo concreto não exerce influência sobre a distribuição do ónus da afirmação e da prova” (...) “ as normas sobre o ónus da prova não poderão deduzir-se do resultado do processo singular, mas antes devem estabelecer-se independentemente de todo o processo, resultantes das normas abstractas do direito a aplicar-se”.

Por outro lado (2.^a posição crítica), porque só depois de proferida decisão judicial é que então estaríamos perante todos os dados de facto e de direito para dizermos quem teria maior facilidade, maior proximidade, na demonstração da realidade dos factos, o que significaria, no fundo, aplicando esta tese da distribuição dinâmica dos ónus de prova, que se “*mudariam as regras do jogo depois de o jogo terminar*” (cfr. Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*).

Uma hipótese possível de resposta a estas críticas traduz-se na afirmação de que, se por um lado, pese embora seja notada a desconfiança face a um certo abandono da segurança fundada no sistema de certeza legal que disciplina os ónus de prova, acreditamos, porém, numa certeza que não é intuitiva, mas racional da decisão judicial que confia na segurança proporcionada pelo controlo dos fundamentos das decisões do julgador no momento de apreciação e valoração da factualidade controvertida e da prova que tome em consideração a igualdade substancial, efectiva e concreta entre as partes e não meramente proclamada no art.º 3.º-A do Cód. Proc. Civil.

Por outro lado, porque é possível, em termos de oportunidade processual, fazer deslocar o momento processual da decisão que procede à distribuição do ónus da prova, para a audiência preliminar ou, no despacho de saneamento do processo – o que pressuporia produzir alteração legislativa ao Cód. Proc. Civil, passando o art.º 508º. a ter a seguinte redacção (cfr. Micaela Lopes, *op. cit*):

“Suprimento de excepções dilatórias, convite ao aperfeiçoamento dos articulados e inversão do ónus da prova.

1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:

a) (...)

b) (...)

c) Inverter o ónus da prova nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 344º, n.º 3 do Código Civil.”.

Sintra, 02 Maio de 2012

Manuel Rosário Nunes