

ÓNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 2002

Revista n.º 495/02, 6ª secção

Relator: AFONSO DE MELO

Sumário:

«I - Fora das chamadas prestações rotineiras, o médico obriga-se apenas a tratar o paciente e não a curá-lo.

II - Pode, porém, garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado; normalmente, isso acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento.

III - Assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava («contracção de Dupuytren»), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo da mão e eliminaria a «contracção».

IV - Sobre o médico incide a presunção de culpa estabelecida no art.º 799, n.º 1, do CC, ainda quando de obrigação de meios se trate.

V - Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do doente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapêutica inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente».

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«O médico, e é esta a actividade profissional que importa considerar aqui, põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável.

Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência.

Esta conduta diligente é assim objecto da obrigação de meios que assume.

Quando o cliente se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso.

Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil.

O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.

Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.

(...)

Não aproveita à recorrente não se ter provado que a técnica operatória utilizada pelo B não foi uma clara violação às técnicas e artes médicas e operatórias (facto do art.º 38º da base instrutória, alegado pelo A).

É que o ónus da prova cabia ao R.

Nem o art.º 799º do C. Civil foi incorrectamente aplicado, nem o art.º 342º, nº1, do mesmo Código foi erroneamente omitido (havendo presunção legal de culpa do R, as regras dos artigos anteriores invertem-se - art.º 344, nº 1, também do C. Civil)»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/5/2003¹

Processo nº 03P912

Relator: NEVES RIBEIRO

Sumário:

II - Sendo como é entendida a culpa, enquanto juízo normativo de censura ético-jurídica, referida, não a uma deficiente formação de vontade, mas sim a uma deficiente conduta, há que apurar onde esteve, ou não esteve, a deficiente conduta profissional do médico, no diagnóstico das queixas doentes, no aconselhamento da operação, na execução desta, ou no post operatório.

III - No âmbito da responsabilidade contratual ao médico cabe provar que não houve erro técnico profissional, com recurso às leis da arte e meios da ciência médica, prevalentes em certa época e local e de que razoavelmente dispunha.

IV - Contudo, exigir ao médico fazer a prova da inexistência de culpa, não significa que ao doente se baste fazer a prova de que não lhe foram prestados outros cuidados possíveis,

¹ Este aresto – cujo texto integral está acessível on-line in: www.dgsi.pt – está publicado in “LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 4, nº 7 – 2007, págs. 119 a 131, com uma Anotação crítica e de sentido desfavorável da autoria de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*ibidem*, págs. 131 a 150).

residindo aí o incumprimento do médico, porque piorou a sua situação patológica em relação ao passado que precedeu o acto médico.

V - O doente tem que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Naturalmente que a natureza contratual da obrigação de indemnizar há-de influenciar a repartição do ónus de prova da culpa, se a ela houver lugar.

Por conseguinte, sendo como é entendida a culpa, enquanto juízo normativo de censura ético-jurídica, referida, não a uma deficiente formação de vontade, mas referida a uma deficiente conduta, **há que apurar onde esteve, ou não esteve, a deficiente conduta profissional do médico/réu, no diagnóstico das queixas doentias da autora, no aconselhamento da operação, na execução desta, ou no post operatório.**

A afirmação possibilita avançar um pouco, formulando uma pergunta: (?) **A quem cabe fazer a prova da prestação contratual e profissional deficiente?**

Ao médico, conforme ao artigo 799º-1, do Código Civil, cabe provar que não teve culpa - responde-se! [Figueiredo Dias e Sinde Monteiro in “A responsabilidade médica em Portugal”, in B.M.J. n.º332, páginas 21 a 79 { páginas 45 /46}]

O médico provará que não houve erro técnico profissional, com recurso às leis da arte e meios da ciência médica, prevalentes em certa época e local e de que razoavelmente dispunha.

Trata-se de observar um ónus para cuja demonstração está melhor colocado, sendo justo que o encargo lhe pertença, sob pena de, não o observando, se presumir culpado; ou seja, nas palavras de há pouco, se pode concluir-se que teve uma conduta profissional deficiente.

Deficiência que pode relevar do diagnóstico; da terapêutica, da intervenção cirúrgica, etc.

No limite, não significa isto que qualquer diagnóstico errado possa conduzir fatalmente, à responsabilização jurídica.

Pode suceder que o diagnóstico, a terapêutica a modalidade de intervenção correspondam a diferendos científicos frequentes; e pode mesmo o acto médico em causa ter sido errado, mas o seu autor ter observado todos os meios possíveis para o conseguir, segundo a lei da sua arte e o conhecimento disponível na época, e ainda assim errou: não obteve a cura, não evitou a morte. Os mais sábios erram!

Obriga-se a tratar, não a curar, ou prevenir a morte; a fazer o que razoavelmente é exigível, em termos de padrão médio de comportamento profissional responsável, de forma que outros profissionais colocados perante a mesma situação, não fariam (ou não deixariam de fazer) diferentemente.

O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é, por conseguinte, **a desconformidade da concreta actuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura** [Álvaro Dias, Revista Portuguesa do Dano Corporal n.º5, ano de 1995, páginas 30 e seguintes]

No fundo, também aqui estamos relegados para o padrão de avaliação de culpa jurídica, através do critério de referência estabelecido pelo artigo 487º-2, para a responsabilidade extracontratual, e acolhido no 799º-2, do Código Civil, para a responsabilidade contratual.

Mas exigir ao médico fazer a prova da inexistência de culpa, não significa que ao doente se baste fazer a prova de que não lhe foram prestados outros cuidados possíveis, residindo aí o incumprimento do médico, porque piorou a sua situação patológica, em relação ao passado que precedeu o acto médico».

4. Elaboradas as ideias gerais de enquadramento, convocadas para o caso em apreço, relativas à culpa e à adequação causal da acção (ou omissão) a um resultado danoso, recuperemos o caso concreto para o submeter ao que foi exposto.

Primeiro, quanto à culpa do médico; depois, quanto ao nexos causal do resultado da sua conduta.

Já se sinalizou que, **a haver culpa, ela será apreciada em função de uma conduta deficiente do médico.**

Sendo assim, no aspecto em ponderação, pergunta-se: o que fez o médico?

O médico aconselhou a operação e dirigiu-a.

Em seu critério profissional, como professor, como ortopedista, como director do hospital, afigurou-se-lhe que o caminho mais adequado para a doença da autora, após dois anos de observação, seria a intervenção cirúrgica.

A assim se fez, com o acordo de ambos. Nada indica que devesse fazer diferente, ou não devesse fazer!

Só que não resultou! Resultou para pior, e tanto pior com o decurso do tempo, com se revela pela descrição que aqui se considera resgatada (Parte III).

Como se conduziu o réu, para empregar palavras do texto de enquadramento, em todo o essencial do trajecto?

Assim:

- Ao exame clínico inicial, a autora mostrava discreta rigidez cervical, com compressão axial positiva, para a região omo-vertebral esquerda, discretas alterações da sensibilidade, irregulares, dor na região do ombro esquerdo (tendão do supra-espinhoso), sem sinais de paralisia motora.

- O RX mostrava sinais de discartrose e sinais evidentes de canal estreito (sinal de Torg 7.1 em C4-C5).

- O TAC revelava sinais intensos de discartrose, particularmente em C4-C5 e C6-C7, com aperto do canal muito acentuado (7.1 em C4-C5 e 7.5 em C6-C7).

- Foi então alertada para a necessidade de uma intervenção cirúrgica, dependendo da evolução da doença, a decidir em consultas a realizar duas vezes por ano.

- A doente compareceu às consultas nos dias: 10 de Maio de 1991, 29 de Dezembro seguinte, e 13 de Agosto de 1992 e, pelos tratamentos, foi apresentando melhorias diversas.

- Após um interregno de cerca de 2 anos, a autora voltou à consulta do R. em 4 de Julho de 1994.

- Tinha piorado da coluna cervical e mostrava agora sinais evidentes de compressão medulo-radicular, dor omo-vertebral, com irradiação para o punho esquerdo, discretas parestesias, mais persistentes e alargadas, e a esboçar clonus rotuliano à esquerda.

- Sucedeu que, na consulta seguinte, em 8 de Maio de 1995, no consultório do réu, no Porto, ele verificou que a doente tinha piorado progressivamente: Sinais piramidais evidentes (clonus rotuliano esquerdo evidente, com hiper-reflexia nos membros inferiores), notória falta de força do membro superior esquerdo,

perturbações parestésicas múltiplas, generalizadas, e o TAC que efectuou confinava o canal estreito cervical, pior do que há 4 anos.

- O R., com base na sintomatologia e no relatório de uma tomografia axial computadorizada, realizada em 22 de Janeiro de 1991, diagnosticou um estreitamento do canal cervical.

- Por isso aconselhou a doente a ser operada, uma vez que, quer pela sua idade, quer pela fase em que a doença se encontrava, a operação proporcionaria um fácil e eficaz restabelecimento.

- O médico e operador, não pôs qualquer restrição na prognose sobre o resultado dessa intervenção.

- Pelo que a Autora aceitou o que assim lhe era aconselhado; e as partes acordaram então, em que a intervenção cirúrgica seria feita pelo R. e pela sua equipa, no Hospital da Celestial Ordem Terceira da Trindade, no dia 13 de Junho de 1995.

- Na sequência do assim acordado, o R. combinou com os serviços desse Hospital, a estadia, assistência e utilização do bloco operatório, bem como as condições de intervenção da sua equipa clínica (instrumentistas, anestesista e outros).

- No dia 12 de Junho de 1995 a A. deu entrada no referido Hospital, onde o R. e a sua equipa executaram a aludida intervenção cirúrgica, no dia imediato - 13 de Junho.

- Nessa intervenção, o R. efectuou uma corporectomia parcial entre as vértebras C4/C5 e C5/C6, tendo colocado na parte anterior de CS a C7 material de osteosíntese composto por enxerto, placa e respectivos parafusos.

- Oito dias depois de realizada a intervenção cirúrgica, sem que a situação clínica da A. se alterasse, o réu aconselhou a autora transferir-se para o serviço de ortopedia do Hospital de S. João, o que aconteceu em vinte dois de Junho de 1995.

- Dois dias após a intervenção cirúrgica efectuada à A., no Hospital de S. João, foi verificada a existência de uma fístula esofágica na A., depois de ter sido retirado o dreno que lhe havia sido colocado no esófago.

- Em consequência disso, a A. foi entubada, para permitir a cicatrização da fístula, situação em que se manteve durante 4 semanas.

- A A. teve alta, em 9 de Abril de 1996, altura em que ainda tinha acentuadas dificuldades de marcha, apesar do treino a que fora submetida nos serviços de fisioterapia do Hospital de S. João.

- Quando a A. readquiriu a consciência constatou que se encontrava paralisada do lado esquerdo, com impossibilidade total de accionar e coordenar movimentos no braço e perna do lado esquerdo.

- Bem como "adormecimento"- com ausência de sensibilidade - nas extremidades dos dedos da mão direita.

- Em face do sucedido, o R. promoveu a observação da A. por diversos médicos, designadamente um neurologista, que constatou a hemiplegia esquerda.

- Aí internada, por iniciativa do R. foram-lhe feitos diversos exames complementares de diagnóstico e treino de marcha em fisioterapia.

- Em data imprecisa do mês de Outubro de 1995, o R., para poder obter novo exame complementar de diagnóstico (ressonância magnética), decidiu retirar o material de osteossíntese que tinha colocado na intervenção inicial.

- A realização da ressonância magnética na pessoa da A. não constituía um acto de diagnóstico intencionado a implementar qualquer terapêutica que reduzisse o padecimento da A., mas apenas um acto de natureza científica, destinado a conhecer a relação entre a causa da doença que ocorreu e as consequências observadas.

- No decurso dessa intervenção, sobreveio à A. uma fistula esofágica ao nível das vértebras C4/C7 da coluna cervical, referida em 22 supra.

4.1. **Ainda sob o ângulo da culpa**, ponderemos as coisas, olhando-as sobre o possível comportamento deficiente do réu.

Nos artigos 1º a 3º do questionário perguntava-se (fls.157) o seguinte:

Na execução da intervenção, em manobra cirúrgica, o réu provocou sofrimento medular à autora?

Tal deveu-se a falta de cuidado na manipulação por parte do réu?

Tendo provocado de forma directa e necessária para a autora uma hemiplegia esquerda?

Respondeu-se a todas as perguntas: não provado. (Fls. 207).

No julgamento da matéria de facto justificou-se (e do modo criterioso reclamado pela Relação que, para tanto, mandou baixar o processo - fls. 262 e ponto 4, Parte I). que as respostas se basearam, entre o mais, em declarações médicas de profissionais que lidaram directamente com a autora (fls. 208/209).

4.2. Em conclusão: a nosso ver, **não fica seguramente demonstrado que o réu tivesse tido, objectivamente, um comportamento negligente.**

Devemos lembrar, neste contexto, que a **acção foi proposta sob o fundamento de que o Réu não cumpriu a obrigação que sobre ele impendia de actuar com perícia, prudência e atenção e ter sido negligente na sua actuação, assim causando danos á autora, que os quantifica, e cujo pagamento reclama.** (Parte I, ponto1).

E não se chegaria a resultado diferente, se a responsabilidade se radicasse em violação de direitos de personalidade ou fosse da natureza extracontratual. [(Conferir conclusão 4ª, alínea a) e ponto 2, Parte IV)].

Ao contrário, e também em termos objectivos, **mostra-se que teve um comportamento diligente, ou com certo grau de diligência, como um bom pai da família no sentido profissional, na expressão que anteriormente usámos, e que afasta a ideia de culpa efectiva ou presumida que, de forma garantida, lhe possa ser imputada.**

Acórdão do STJ de 27-04-2004

Revista n.º 688/04 - 6.ª Secção

Afonso Correia (Relator), Ribeiro de Almeida e Nuno Cameira (vencido quanto ao montante da indemnização)

Sumário:

I - A Ré, enquanto dona e administradora do hospital privado em que o Autor foi submetido a intervenção cirúrgica, é responsável pela conduta negligente do enfermeiro ao seu serviço consistente em trazer para a sala de operações, a pedido do 2.º Réu (médico que

realizava a intervenção) um candeeiro auxiliar cuja lâmpada não era tecnicamente adequada para ser utilizada durante a operação e que, por isso, provocou no quadrante inferior esquerdo do abdómen do Autor, uma queimadura do terceiro grau.

II - Mas não pode censurar-se ou culpar-se o 2.º Réu pela utilização do dito candeeiro ou por não ter recusado o mesmo, com as consequentes lesões, porquanto nada fazia crer a um cirurgião normalmente atento e diligente que o Hospital tivesse, para ser usado na sala de operações, um candeeiro que, usado para fornecer luz ao campo operatório, provocasse, nessa zona, queimaduras de terceiro grau ao paciente.

Acórdão do STJ de 22-02-2005

Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção

PINTO MONTEIRO (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira

Sumário:

IV - Os autores, socorrendo-se das disposições atinentes à responsabilidade civil extracontratual, sustentam que o réu não respeitou a *leges artis*, a praxis clínica, uma vez que não realizou todos os exames necessários e aconselháveis, dando alta ao doente quando se impunha a permanência no Hospital.

V - Os autores imputam ao réu omissão de acção de cuidado, zelo e profissionalismo, incumbindo-lhes provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal (art.º 487, n.º 1, do CC).

VI - Provando-se que o doente se encontrava lúcido, com discurso normal e que no exame radiológico efectuado não foi observada qualquer lesão traumática, também nada se tendo concluído no exame neurológico efectuado, não há documentos, elementos, prova, que permitam contrariar a conclusão de que não impende culpa sobre o réu sob a forma de negligência.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/02/2004

Processo nº 0640/02

POLÍBIO HENRIQUES (Relator), João Belchior e António Madureira

Sumário:

III - Se, nos termos da acção, está em causa a responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito de um hospital, emergente do defeituoso funcionamento do serviço, por atraso na realização de uma intervenção cirúrgica, que, supostamente, foi causa da cegueira de um dos olhos do Autor, os factos alegados pelo Réu, (adequada observação e medicação, prescrição de imediato internamento, realização de exames pré-operatórios, não indicação, no caso concreto, de emergência operatória e imputação da cegueira à endoftalmite instalada) tendentes a demonstrar que o serviço agiu de acordo com o que as leis da arte aconselhavam, que consubstanciam a sua defesa por excepção material e lhe cumpre provar (art. 342º nº 2 do C. Civil), são factos relevantes que devem ser seleccionados para a base instrutória, nos termos previstos no art. 511º nº 1 do C.P.Civil.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/04/2005

Processo nº 0677/03

FREITAS CARVALHO (Relator), Angelina Domingues e Adérito Santos

Sumário:

I - Nas acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – art. 342º, n.º1, C. Civil - de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização, salvo caso de presunção legal – art. 344º nº 1, C. Civil – ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado – art. 344º, nº 2 C. Civil.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«III. B. Mérito do recurso

Os Autores fazem derivar a responsabilidade dos HUC, Réu, do facto de ter sido utilizada na intervenção cirúrgica a que a A. A... foi submetida a técnica da laparoscopia, e não a da laparotomia, que lhe provocou a ruptura da fel e subsequente infecção que motivou a segunda intervenção à qual, 48 horas depois, sobreveio a paragem cárdio respiratória de qual resultaram as lesões e sequelas permanentes que apresenta ainda hoje, tendo os médicos agido com falta de diligência e zelo exigíveis – cfr. artigos 69 a 74 da petição inicial.

Fundam o pedido no facto de os serviços do R. terem actuado com negligência e sem respeito das leges artis aquando da primeira operação, o que motivou a segunda do que decorreu a paragem cárdio respiratória causadora das lesões e danos por eles sofridos e de que pretendem ser indemnizados.

Na sentença recorrida, tendo em conta as respostas aos quesitos escreve-se :

“Há que apurar no caso "sub judice" se da factualidade apurada nos é permitido concluir, numa relação de causalidade adequada, se o estado da A... foi causado pelo facto de ter sido operada pelo método da Laparoscopia em vez de o ter sido pelo método tradicional "Laparotomia" este último defendido pela A... e que segundo ela não teria provocado o resultado danoso.

Dizem também os AA., que por causa de não ter sido utilizado este método tradicional, foi motivo da superveniência da síncope de que foi acometida.

Ora, ficou demonstrado nos autos que a A... foi operada a 15-07-94 pelo método laparoscópico. Desta intervenção surgiu uma peritonite biliar, razão porque foi reoperada no dia 23 do mesmo mês agora pelo método de laparotomia (docs. de fls. 117)

Porém, no dia 25 do mesmo mês, às 11,45 começou a sentir-se mal e de seguida foi acometida de síncope com paragem cardio-respiratória – Fls. 123

Como resultou de forma cabal da audiência de discussão e julgamento, pelo depoimento unânime da testemunhas "médicos" incluindo todos aqueles arrolados pelos AA., a ocorrência do dia 25-07-94, nenhuma relação de causalidade pode ter com a operação ocorrido no dia 15 – 07 – 94, dia em foi operada pelo método laparoscópico. Não existe explicação médica de modo a ligar esta síncope com aquela operação pois que o resultado foi absolutamente atípico. O que poderia resultar daquela primeira operação foi o que realmente sucedeu: derrame da bÍlis. Por isto é que houve necessidade da segunda intervenção, agora pelo método "aberto" de laparotomia. Mas também foi dito pela unanimidade dos médicos testemunhas que a síncope nada teve a ver com esta operação, tanto mais tendo o facto ocorrido quase três dias depois, encontrando – se a A... sentada e a conversar aparentemente bem disposta.”

...

“A responsabilidade pressupõe não só a existência de um dano mas também a culpa e a verificação de um nexo de causalidade entre o dano e a actuação culposa. E, ainda que a nossa lei civil não exija a demonstração de uma causalidade directa e imediata, é essencial que se demonstre e comprove a existência de uma causalidade mediata ou indirecta.

Os AA. não lograram demonstrar a existência de qualquer nexo causal entre as operações e o dano

É aceite pela generalidade da doutrina e jurisprudência que a demonstração do nexo causal compete ao Autor.

Repete-se, não existem nos autos quaisquer elementos factuais que permitam concluir que em Julho de 1994 o processo de Laparoscopia constituía uma actividade perigosa "pela sua natureza e pela natureza dos meios utilizados" e também não lograram os autores provar o que estava vertido no quesito 8º:

Que a operação do dia 15-07-94" "Colecistectomia laparoscópica" era um método recente a raios laser"

Diversamente foi dado como provado nesse quesito que a "Colecistectomia laparoscópica" é um método que em Portugal, se iniciou em fins de 1991".

Não se tendo demonstrado o nexo causal, nem se coloca a questão do ónus da prova da culpa, que a jurisprudência e a doutrina coloca, nestes casos a cargo da entidade pública, por se reconduzir à responsabilidade civil por factos ilícitos (Cfr. Responsabilidade Médica em Portugal, Sinde Monteiro, in BMJ nº 332, pag, 21 a 79).

Em consequência, julgando não verificando um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, a sentença recorrida julgou improcedente a acção, absolvendo o R do pedido.

Diga-se desde já que a decisão recorrida, face à causa de pedir invocada pelos Autores na petição inicial, ao retirar da falta de prova do nexo de causalidade, cujo ónus impendia sobre os autores, a improcedência da acção, não merece reparo.

Na verdade, como se escreve no acórdão de 20-04-2004, Proc.º n.º 982/03, “Nas acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – art. 342º, n.º 1 C Civil - de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização, salvo caso de presunção legal – art. 344º n.º 1 C. Civil – ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado – art. 344º, n.º 2 C. Civil. (vide neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, in “Direito da Saúde e Bioética”, 1996, ed. AAFDL, pp. 130 e segs. e, entre outros, o acórdão STA de 2000.03.09 – recº n.º 42 434).”

No caso em apreço, não havendo razões que, nos termos da lei, justifiquem a inversão do ónus da prova, uma vez que não há presunção legal, nem indícios de que o R. é tenha criado qualquer dificuldade à actividade probatória aos autores, o non liquet probatório – facto de não ser possível determinar a causa da paragem cárdio respiratória que provocou as lesões á A. A..., terá de resolver-se, como se fez na sentença recorrida, contra os autores.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2/03/2006

Processo nº 653/2005-6

Relator: GIL ROQUE

Sumário:

I – A responsabilidade Civil subjectiva seja ela de natureza contratual, ou extracontratual, tem sempre subjacente a ilicitude do acto praticado, consistindo esta na infracção de um dever jurídico.

A prova da ilicitude do facto, no caso do acto médico mesmo tratando-se de responsabilidade contratual cabe ao credor e não ao devedor, por se tratar de prestação de meios, que não impõe necessariamente a cura do doente, como resultado da intervenção cirúrgica.

II – Provou-se que a Autora sofreu intensas dores, mas não se fez prova que essas dores tenham resultado de uma intervenção médica menos cuidada.

III – Tendo-se provado que as dores intensas resultaram da compressão de um nervo sobre um fragmento ósseo não consolidado e que essa situação é possível mesmo quando de recolha de enxertos ósseos de grande dimensão como foi o caso e que mesmo depois da 2.^a intervenção a autora voltou a ressentir-se, não se pode entender que as dores foram e são consequentes de negligência médica, mas antes que o médico agiu segundo a “legis artis” existente à data da intervenção cirúrgica,.

IV- Não se tendo provado, nem sequer alegado que a Autora não foi informada das dores possíveis após a intervenção de que iria ser objecto, nem que o médico ou qualquer dos profissionais intervenientes não tenham seguido com o rigor normal, a sequência dos actos, segundo as exigências da “legis artis” existentes à data as intervenções cirúrgicas, não há ilicitude do acto.

V- Tendo os clínicos prestado as informações inerentes aos actos médicos a efectuar e obtido consentimento para a sua execução ser levada a efeito, ”informação consentimento”, não se vislumbra o facto ilícito e por isso não há lugar a qualquer indemnização.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6/06/2007

Processo n.º 021/07

COSTA REIS (Relator), Rui Botelho e Azevedo Moreira

Sumário:

I – A responsabilidade por factos ilícitos assenta nos pressupostos de responsabilidade civil previstos nos art.ºs 483.º e seg.s do CC, o que significa que a sua concretização depende da prática de um facto (ou da sua omissão), da ilicitude deste, da culpa do agente, do dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano.

II – Deste modo, e sendo que, nos termos do art.º 6.º do DL 48.051, se consideram ilícitos os actos que infrinjam os deveres legais ou regulamentares e as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração, para saber se um determinado acto

médico é ilícito e se, por isso, poder gerar responsabilidade civil importará saber se na sua realização ou no processo que a ele conduziu essas regras ou deveres legais foram observados.

III – Tais regras impõem que o médico aja segundo as legis artis e os conhecimentos científicos então existentes, isto é, que actue com competência e sensatez e de acordo com um dever objectivo de cuidado, o que passa pela realização de todos os exames e observações que a situação concreta exige antes de intervir cirurgicamente.

IV – E, porque assim é, exige-se que numa acção deste tipo se articule e, depois, se prove porque razão se considera que a assistência médica ministrada não foi a mais adequada e porque é que foi a mesma a provocar os danos peticionados, e isto porque o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas de que o Autor se queixa.

Excerto Parcial do texto relevante desta decisão:

«1. A jurisprudência deste Tribunal tem vindo, uniformemente, a afirmar que a responsabilidade extra contratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública assenta nos pressupostos da responsabilidade civil previstos nos art.ºs 483.º e seg.s do CC, o que vale por dizer que a concretização dessa responsabilidade depende da prática de um facto (ou da sua omissão), da ilicitude deste, da culpa do agente, do dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano (Vd., a título meramente exemplificativo, Acórdãos de 16/3/95 (rec. 36.993), de 21/3/96 (rec. 35.909), de 30/10/96 (rec. 35.412), de 13/10/98 (rec. 43.138), de 6/03/2002 (rec. 48.155), de 26/9/02 (rec. 487/02) de 6/11/02 (rec. 1.331/02) e de 18/12/02 (rec. 1.683/02).).

E, porque assim, não haverá que censurar a sentença recorrida se for de concluir que, efectivamente, se não provou que os médicos e demais agentes do Hospital Réu tinham infringido os seus deveres legais ou as regras de ordem técnica e de prudência comum que deviam ser tidas em consideração na assistência prestada ao Recorrente e que, portanto, não fora essa assistência a provocar o resultado danoso de que aquele se queixa. E isto porque o citado normativo estabelece que só fica constituído na obrigação de indemnizar aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger os interesses alheios e o disposto no art. 6.º do citado DL 48.051 prescrever que só se consideram «ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração».

Ou seja, o Hospital Réu só será civilmente responsável pelo pagamento dos danos peticionados se for demonstrado que foram os seus serviços a provocá-los, isto é, se se provar que o pessoal desses serviços praticou, culposamente, no exercício das suas funções e por causa dele, os actos de gestão ilícitos determinantes da produção daqueles danos.

2. É sempre tarefa delicada e difícil decidir se a realização de determinado acto médico foi a mais correcta e a mais adequada às circunstâncias do caso concreto ou se, pelo contrário, a mesma violou as regras de ordem técnica e de prudência comum que lhe deviam presidir, pois que não se tratando de uma operação matemática e, portanto, de uma operação em que o diagnóstico e tratamento só pudesse ser um único, os resultados desse acto dependem muitas vezes de variáveis nem sempre antecipadamente conhecidas ou controláveis. E daí - como bem se afirmou na sentença recorrida - “o facto do médico não

obter o resultado pretendido não significa só por si que tal falta de resultado lhe seja censurável ou imputável se o mesmo actuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica.” Ou seja, “um mau resultado não prova, sem mais, um mau diagnóstico e um mau tratamento.”

E, porque assim é, cumpria ao Autor invocar e demonstrar que, na situação concreta em que apareceu no Hospital Réu, as legis artis da medicina e/ou as regras de prudência comum impunham outro diagnóstico e/ou outro tratamento que não aquele a que foi submetido e que foi esse erro culposamente praticado a determinar os prejuízos peticionados.

Ora, adiante-se desde já, que essa prova não foi feita o que significa ter ficado por demonstrar que o estado em que o Autor se apresentou nos serviços de urgência daquele Hospital requeria outro diagnóstico ou outros tratamentos e que foi esse errado diagnóstico ou essa errada terapia a provocar os danos peticionados. Ou seja, ficou por provar que os profissionais do Hospital Réu não prestaram ao Autor a assistência que os meios ao seu alcance permitiam prestar – tendo-se em conta as leis da sua arte e os conhecimentos disponíveis na altura – e que foram esses os responsáveis pelos sofrimentos desnecessários do Recorrente. – vd. o estatuído no transcrito art.º 6.º do DL 48.051 mas também o disposto nos art.ºs 88.º, n.º 1, do Estatuto Hospitalar - aprovado pelo DL n.º 48.357, de 27.4.68 - e da Base XIV da Lei n.º 48/90, de 24/8 (Lei de Bases da Saúde).

2. 1. Com efeito, o que resulta do probatório é, apenas, que, no dia 24-02-2002, o Autor caiu abaixo do motociclo que conduzia e que, de imediato, foi transportado para o Hospital R. onde se constatou que esse queda tinha originado a fractura do seu punho direito (fractura da extremidade distal do rádio direito) e que esse ferimento não requeria a prática de qualquer intervenção cirúrgica mas, apenas e tão só, a colocação de gesso no punho fracturado e que tendo tal sido feito lhe foi dada alta, medicado, para consulta externa de ortopedia.

E, logo no dia seguinte e nos dias 28/02/2002 e 13/03/2002, o Autor voltou à urgência do mesmo Hospital para ser, novamente, observado tendo ficado a constar da sua ficha clínica que o seu punho direito apresentava sequelas de traumatismo com fractura em consolidação e referências a dores discretas+edema e que, tendo sido feitos Rx de controlo, estes evidenciavam fractura em posição inicialmente aceitável mas que na última consulta apresentava perda de posição, pelo que foi feita nova manipulação+tala enghessada.

E, em 2/04/2002, voltou ao mesmo serviço para nova observação constando da sua ficha sequelas de traumatismo do punho direito, tendo sido enviado para fisioterapia para iniciar reabilitação, onde teve uma consulta em 11/04/2002 e ficado de informar se iniciava a reabilitação no Hospital Réu ou no Porto. Todavia, a partir desta data o seu tratamento e recuperação não mais foi acompanhado no Hospital Réu.

Mais se provou que, com o decurso do tempo, o Autor apercebeu-se que o seu braço direito apresentava problemas, em termos de mobilidade e flexibilidade, de que nunca mais recuperou na sua totalidade ficando, por isso, a padecer de incapacidade permanente de 8% e que, em 15/05/2002, recorreu aos serviços de um ortopedista tendo, no período compreendido entre 28/05 e 7/07/2002, efectuado num centro de recuperação 8 sessões de tratamento neuromuscular.

2. 2. Nesta conformidade, e sendo que - como a jurisprudência deste Tribunal vem afirmando – as legis artis da medicina podem ser definidas como o conjunto de regras técnico-científicas que um médico medianamente competente, prudente e sensato tem obrigação de conhecer e de saber utilizar correctamente, tendo em conta o estado da ciência e a situação concreta do doente, resta analisar se a factualidade atrás descrita evidencia que os profissionais do Hospital réu actuaram com o cuidado e a exigência que o seu estado requeria agindo, por um lado, com a competência e o rigor exigíveis e, por outro, utilizando as técnicas médicas adequadas, atentos os conhecimentos científicos então existentes. – Vd. entre outros, Acórdãos do STJ de 5/10/2001, in CJ, III, pg. 166 e seg.s. e deste STA de 5/02/2003 (rec. 648/02) e de 22/01/2004 (rec. n.º 1.665/02).

Ou seja, perante a mencionada factualidade a pergunta que cabe fazer é se a mesma não evidencia que aqueles profissionais infringiram os deveres legais ou regulamentares a que estavam vinculados e se não terá sido esse desrespeito a provocar os danos peticionados.

O Sr. Juiz a quo respondeu negativamente a esta interrogação, considerando que a prova produzida nos autos não conduzia a que se concluísse que os serviços médicos prestados ao Autor no Hospital Réu não tivessem sido os que a situação exigia e, conseqüentemente, que se tivesse de considerar ter havido violação culposa dos deveres legais e regulamentares ou das regras de prudência comum por parte dos profissionais daquele Hospital.

E esse entendimento não nos merece censura.

3. Com efeito, os factos constantes do probatório não revelam, nem sequer sugerem, que a forma como os profissionais do Hospital Réu agiram significasse a violação das regras de ordem técnica e de prudência comum que deviam ser tidas em consideração ou que os meios e os conhecimentos técnicos e científicos de que dispunham lhes permitia fazer mais e melhor.

Ou seja, ficou por provar que, na situação concreta em que o Autor apareceu no Hospital Réu, as legis artis da medicina e/ou as regras de prudência comum impunham outro diagnóstico e/ou outro tratamento que não aquele a que foi submetido e que foi esse desfasamento a provocar as sequelas de que o Autor se queixa.

Aliás, nesta matéria, o recurso que ora se aprecia é muito pouco esclarecedor já que se limita a afirmar que o Autor não teve a assistência médica que a sua situação clínica requeria e que foi essa insuficiência a determinar as sequelas de que hoje sofre. Só que não indicou e, muito menos, demonstrou onde essa falha ocorreu – seria no diagnóstico? Seria no tratamento? Seria na conjugação das duas? - e de que forma é que a mesma se materializou.

Prova essa que era fundamental.

Na verdade, o facto de um determinado tratamento clínico não produzir os resultados desejados não significa, por si só, que tenha havido erro médico e que tenha sido este o causador das mazelas provocadas. E, porque assim é, exige-se que numa acção desse tipo se articule e, depois, se prove porque razão se considera que a assistência médica ministrada não foi a mais adequada e porque é que foi a mesma a provocar os danos peticionados.

Ora, in casu, tal não foi feito.

Em suma, a prova recolhida nos autos não evidencia que a assistência prestada ao Recorrente pelo Hospital Réu tivesse falhado por falta de cumprimento das regras de ordem técnica e de prudência comum que deviam ser tidas em consideração, isto é, tivesse falhado porque os profissionais daquele Hospital não agiram com os conhecimentos, os cuidados, a diligência e as cautelas a que estavam obrigados a ter e que a situação requeria e que foi esse seu comportamento incompetente, imprudente ou desleixado e, por isso, censurável a determinar as sequelas que o Recorrente sofre.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/11/2005

Processo: 0534727

Relator: MÁRIO FERNANDES

Sumário:

I - Por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica – e é neste aspecto que devemos fixar com maior incidência a nossa reflexão, dado não se revelarem factos atinentes a desajustado diagnóstico ou terapêutica – enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC).

II - A deficiência de actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica, necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um profissional medianamente competente e prudente.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

« Na sentença impugnada, rejeitando-se a possibilidade de faz recair sobre o Réu a obrigação de indemnizar, ponderou-se não se encontrar demonstrada, através da materialidade dada com apurada, a existência de acto ou actos médicos deficientes, o que tanto bastava para, à partida, denegar a pretensão indemnizatória deduzida.

Outra é, contudo, a tese da impugnante, para quem as intervenções cirúrgicas a que foi submetida, quer ao nível do joelho esquerdo, quer ao nível do pé direito, se revelaram deficientes, a ponto de se terem agravado os males de que padecia.

Analisemos.

Não estará em causa, no presente caso trazido a juízo, defrontarmo-nos perante responsabilidade contratual por acto médico, sendo nessa base que assenta o pedido indemnizatório formulado pela recorrente – assim também se reflectiu na decisão impugnada, tudo confirmado pela materialidade dada como apurada, a configurar um contrato de prestação de serviços médico/cirúrgicos (sobre as fontes da obrigação de indemnizar no âmbito do exercício da actividade médica, v. Moitinho de Almeida, “A Responsabilidade Civil do Médico”, in “Scientia Iuridica”, 1972, tomo XX1, págs. 329 a 331, e Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, in BMJ 332, págs. 21 a 79).

Mas, porque nos movemos no domínio da responsabilidade civil, ainda que contratual – devendo verificar-se, portanto, todos os requisitos próprios de que depende a obrigação de indemnizar – importará para o nosso caso avaliar se verificada se encontra actuação deficiente e culposa da parte do Réu, bem assim se existe nexo de causalidade entre a conduta do médico e os danos cujo ressarcimento vem peticionado na acção.

Por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica – e é neste aspecto que devemos fixar com maior incidência a nossa reflexão, dado não se revelarem factos atinentes a desajustado diagnóstico ou terapêutica – enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de

que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC) – v. os estudos acima referidos.

A deficiência de actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica, necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um profissional medianamente competente e prudente.

O que a situação descrita nos autos revela é que, face às queixas apresentadas pela Autora, ao nível dos pés (existência de “joanetes”) e dores no joelho esquerdo, o Réu sugeriu à Autora as intervenções cirúrgicas acima descritas, o que esta aceitou, tendo em vista a remoção daqueles males.

Realizadas as aludidas intervenções, o que se verificou é que a Autora teve agravamento das dores ao nível do joelho esquerdo, com dificuldades acrescidas na locomoção, tendo esse mesmo joelho feito uma ligeira “recurvatura”.

Já quanto à intervenção ao nível do pé direito, para remoção de “joanetes”, e em resultado da mesma constatou-se que o dedo grande do pé direito ficou acentuadamente afastado dos restantes dedos desse pé, formando um ângulo de 30 a 35 graus com o dedo seguinte.

Diante dos resultados assim obtidos e das queixas apresentadas pela Autora, o Réu recomendou à Autora, para as ultrapassar, a realização de novas intervenções cirúrgicas ao joelho esquerdo e pé direito, apenas aquela tendo aceite nova intervenção ao pé direito, mas recusando nova intervenção ao joelho.

De referir que a intervenção em último referida, face ao diagnóstico pós-operatório, tinha em vista uma “cirurgia vascular”, enquanto aquela outra, segundo explicitação do Réu, destinava-se a corrigir a deformidade acima apontada e verificada no dedo grande do pé direito.

Vindo a realizar-se a intervenção em último referida, teve o Réu de proceder à amputação do osso da primeira falange do dedo grande desse pé, segundo a técnica designada por “técnica de keller”, consistente precisamente no encurtamento dessa falange para corrigir a mencionada deformidade.

Colocados diante deste circunstancialismo e face à recusa da Autora em permitir a aludia cirurgia ao nível do joelho esquerdo, no sentido de remover os males de que aquela padecia e apesar da primeira intervenção efectuada, cremos, no seguimento do ponderado pela decisão impugnada, não poder imputar-se ao Réu censura originadora de obrigação de indemnizar.

Com efeito, perante a persistência de dores ao nível do joelho esquerdo, com agravamento na dificuldade de locomoção e verificação de ligeira curvatura desse joelho, mostrando-se necessário realizar “cirurgia vascular” para remover aqueles males, sem que venha demonstrado, como alega a recorrente, opinião médica contrária, antes que se devia tentar primeiro o recurso a tratamentos de fisioterapia, o que se revelou sem sucesso, então legítimo será constatar não vir demonstrado comportamento objectivamente censurável da parte do Réu em toda a sua actuação de tentar remover os males de que padecia a Autora ao nível do seu joelho esquerdo.

Não podendo neste aspecto falar-se de negligência médica, então, na base das sequelas pós-operatórias ao nível do joelho esquerdo, não poderá sustentar-se a obrigação de indemnizar defendida pela recorrente.

Contudo, perguntar-se-á se diferentes considerações poderão ser adiantadas quanto à intervenção tida pelo Réu ao nível do pé direito da Autora e para remoção dos respectivos “joanetes”, na sequência duma primeira intervenção que não logrou obter o melhor resultado (afastamento do dedo grande do pé direito acima assinalado).

Ora, diante da materialidade apurada no âmbito deste aspecto, será abusivo considerar que, na sequência daquela segunda intervenção correctiva, o Réu teve uma prestação deficiente, pois que, como se reflectiu na sentença impugnada, aquele se limitou a seguir a técnica adequada (técnica de “keller), no sentido de corrigir uma primeira prestação com resultado menos conseguido.

Nesta medida, cremos ser possível afirmar, no seguimento do defendido na sentença recorrida, que a intervenção do Réu ao nível do pé direito da Autora não se revelou numa prestação deficiente.

Aqui chegados, necessário será concluir inexistirem fundamentos bastantes que legitimem a constatação de que estamos perante actuação deficiente e negligente do Réu, por força dos cuidados de saúde prestados à recorrente.

E, não sendo possível retirar tal constatação, então motivos também não existem para considerar a verificação de responsabilidade médica, fundamentadora da obrigação de indemnizar, assim não merecendo censura o juízo de mérito feito pelo tribunal “a quo” à pretensão deduzida pela recorrente.»

Acórdão do STJ de 18-05-2006

Revista n.º 1279/06 - 7.ª Secção

FERREIRA DE SOUSA (Relator), Armindo Luís e Pires da Rosa

Sumário:

I - É de prestação de serviço médico retribuído o contrato mediante o qual um médico se obriga a proporcionar ao paciente os seus melhores esforços, perícia e saber no sentido de eliminar os problemas de saúde que afectam aquele e que no caso concreto radicavam em “joanetes” em ambos os pés e dores no joelho esquerdo ao movimentar-se.

II - Nos termos desse contrato, o médico deve executar a sua técnica, esforçando-se pela correcta aplicação das *leges artis*, sem embargo dos imponderáveis próprios do comportamento do organismo do paciente.

III - Assim, o médico cumpre satisfatoriamente a sua prestação se utilizar as técnicas e meios aceitáveis e adequados, com recurso às regras da arte clínica recomendadas, ainda que o resultado obtido seja inferior ao expectado.

IV - A deficiência da actuação médica poderá ser avaliada em função da situação patológica do doente antes e após a intervenção contratada, mas, ainda assim, para funcionar a responsabilidade médica necessário se torna que se verifique uma desconformidade da concreta actuação do médico, no confronto com o padrão de conduta profissional exigível a um operador medianamente competente e prudente.

V - Resultando dos factos provados que: a) a autora consultou o réu, médico, queixando-se de “joanetes” em ambos os pés e de dores no joelho esquerdo, tendo este, no diagnóstico feito, confirmado a existência dos ditos “joanetes” (*hallus valgus*) e de um “higroma” no joelho esquerdo, e aconselhado intervenções cirúrgicas, com vista a libertar aquela dos indicados

males; b) realizadas tais operações, verificou-se que, relativamente ao joelho, a autora ficou com dores agravadas e dificuldade de locomoção, tendo o dito joelho feito uma ligeira recurvatura; c) em resultado da intervenção ao pé direito, para remoção do “joanete”, ficou o dedo grande desse pé acentuadamente afastado dos restantes dedos, formando um ângulo de 30 a 35 graus com o dedo seguinte; d) confrontado com as consequências dessas intervenções cirúrgicas ao joelho esquerdo e “joanete” direito, o réu disse que não percebia o que se tinha passado que tivesse provocado a recurvatura do joelho e garantiu que a deformidade do dedo grande do pé direito era problema de resolução relativamente fácil, recomendando que a autora se submetesse a novas operações, com cirurgia vascular do joelho esquerdo; e) a autora aceitou ser reoperada ao pé direito, mas recusou a intervenção ao joelho, optando por recorrer à fisioterapia, a qual veio a revelar-se sem sucesso; f) efectuada aquela intervenção cirúrgica, amputou o réu o osso da 1.^a falange do dedo grande do pé da autora, em cerca de 2 cm, para o que utilizou a técnica de “Keller”; deve concluir-se que:

1.º face à recusa da autora a ser reoperada ao joelho esquerdo, com vista à recuperação do movimento articular, e termo das dores, não se evidencia comportamento objectivamente censurável ou de negligência médica por parte do réu pelas sequelas pós-operatórias ocorridas ao nível daquele membro;

2.º as intervenções cirúrgicas tendentes à remoção do “joanete” do pé direito não evidenciam que a prestação pelo réu tenha sido deficiente e negligente, uma vez que se limitou a seguir na segunda operação a técnica de “Keller”, tida por adequada a corrigir a primeira intervenção, de resultado menos conseguido.

VI - Embora as condições da autora se apresentem piores depois das intervenções cirúrgicas acima referidas do que aquelas que existiam antes - fazendo presumir que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional -, o certo é que os factos acima referidos demonstram que o réu foi diligente no diagnóstico e execuções operatórias, tendo recorrido às técnicas e meios médicos normais e adequados às concretas enfermidades que afectavam a autora, sendo ele um médico especialista muito conceituado a nível nacional, considerado pelos colegas e doentes que recorrem aos seus serviços e conotado com seriedade, competência, rigor, eficiência e profissionalismo.

VII - O réu ilidiu, pois, a presunção de culpa de erro técnico da sua parte (art.º 799.º, n.º 1, do CC), pelo que não pode proceder o pedido indemnizatório contra si formulado baseado em actuação médica deficiente e culposa.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2/3/2006

Processo nº 0630877

Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS

Sumário:

Age com negligência um hospital que, através do seu pessoal hospitalar, não providência que um doente seja vigiado durante a noite.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Na sentença recorrida entendeu-se que a ré estava obrigada a indemnizar o autor em virtude de se terem demonstrado os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, na medida em que e quanto à culpa, os seus funcionários não tomaram as cautelas necessárias para que o autor permanecesse uma noite inteira com a botija de água quente nos pés, sendo que este se encontrava sob o efeito da anestesia e insensibilidade nesta parte do corpo.

A ré apelante entende que a sua actuação foi correcta, necessária e adequada, pois se demonstrou através dos factos dados como provados que o seu pessoal tomou providências específicas para anular o perigo de a botija queimar os pés do autor, afastando-a deles e colocando-a ao fundo da cama.

Resultando daqueles factos que é ao autor que se deve imputar a ocorrência das queimaduras, na medida em que se mexeu e actuou – ou deixou que outro actuasse – contra as instruções da ré, anulado não só a acção que esta tinha tomado para o afastamento do perigo, como também infringindo a informação de prevenção que tinha prestado.

Cremos que não tem razão e se decidiu bem.

No cerne da questão está a chamada “responsabilidade médica”, na medida em que se trata de apreciar a responsabilidade da ré comitente (artigo 500º do Código Civil) através da actuação do seu pessoal hospitalar – médicos, paramédicos e restante pessoal hospitalar – que cuidou do autor, uma vez que o evento danoso é, frequentemente, resultado de uma complexa actividade de uma equipa médica – Prof. Álvaro Rodrigues “in” Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos – Direito e Justiça, página 171.

Jogando com valores tão essenciais como são os direitos de personalidade – direito à vida, direito à integridade física, direito à saúde – o pessoal hospitalar percorre, a cada instante, um espinhoso caminho em que a licitude e a ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos.

A ilicitude da sua actuação pode resultar quer da violação dos deveres contratualmente assumidos, quer da violação de um genérico dever de cuidado, do dever de informação, de uma norma de protecção, de um dever funcional ou, genericamente, da violação de qualquer direito de personalidade com que o tratamento ou intervenção directa ou indirectamente possa contender, por exemplo, direito à integridade física, direito de disposição do próprio corpo, direito à saúde, direito à vida.

O pessoal hospitalar e a entidade hospitalar para quem trabalhem, estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado, quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe.

Espera-se desse pessoal, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência.

Perícia que ao fim e ao cabo é aquela especial competência que não faz parte do arsenal do “bonus pater familia” mas que é antes o resultado de uma aptidão desenvolvida por um específico treino e experiência.

Ou seja: aqueles que empreendem uma certa actividade que exige especiais qualificações não deverão contentar-se em proceder de modo diligente e empenhado, antes deverão referenciar a sua conduta ao padrão de proficiência que é legítimo esperar das pessoas que exercem uma tal profissão e que na verdade se lhes exige.

Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado, estamos frente a uma actuação negligente, que poderá agravar-se substancialmente quando é levada a cabo “contra legem artis”.

Também a omissão de um tratamento poderá atentar “contra legem artis” no caso de dever ter sido efectuado, atentos ao cânones específicos e razoáveis da profissão.

O pessoal hospitalar deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem todos os profissionais de saúde sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo.,

Trata-se, pois, de substituir, no âmbito da profissão, o critério do bom profissional ao critério do bom pai de família.

Em última análise, o critério que permitirá avaliar a conduta efectivamente observada é “o do bom profissional da categoria e especialidade do devedor” à data da prática do acto.

O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade de um profissional de saúde é a desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um profissional dessa área medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teriam tido em circunstâncias semelhantes, naquela data.

Voltemos ao caso concreto em apreço.

Da matéria dada como provada resulta que o autor, no dia seguinte a ser sujeito a uma operação no hospital da ré, que lhe provocou uma insensibilidade da cintura para baixo a após ter pernoitado sozinho nesse hospital, apareceu com os pés “em cima da botija e já com um traumatismo, flecticina (queimadura)” – alínea a) dos factos assentes e respostas aos quesitos 2º, 7º e 30º.

Não se provou que essa queimadura tenha sido ocasionada por a esposa do autor ter encostado a botija aos pés deste – resposta negativa ao quesito 11º.

Também não se provou que tenha sido o autor a colocar a botija nessa posição, tanto porque nem sequer esse facto foi alegado pela ré, como porque é pouco crível que estando o autor com insensibilidade da cintura para baixo, pudesse actuar de tal modo.

Sendo assim e uma vez que cerca da 21 horas do dia da operação a botija estava colocada ao fundo da cama e afastada dos pés do autor – respostas aos quesitos 3º e 5º - temos que concluir que durante a noite a botija foi deslocada para junto dos mesmos pés.

Não se apuraram factos que nos permitam concluir a forma como essa deslocação foi feita.

Mas apurou-se que o autor dormiu sozinho.

Sendo assim e dada a conhecida insensibilidade que o autor tinha da cintura para baixo, era de prever que se a botija se deslocasse para junto dos pés do autor, este não sentisse as dores provocadas por queimaduras provenientes desse contacto.

E tendo ou devendo ter a ré conhecimento – através do seu pessoal hospitalar – que a botija se encontrava perto dos pés do autor, deveria frequentemente verificar se ela não se deslocara para junto deles, isto, claro está, partindo do princípio que alguém daquele pessoal não tinha ele próprio promovido a essa deslocação.

Tratava-se de uma previsão que se exigia de pessoal que exerce uma actividade que demanda especiais qualificações.

E que tinha ou devia ter uma aptidão desenvolvida por um específico treino e experiência.

A perícia e o cuidado que esta aptidão ocasiona não foi posta em pratica pelo pessoal da ré.

Este não agiu em conformidade com o padrão de conduta profissional que um profissional da área medianamente competente, prudente, sensato, teria em circunstâncias semelhantes.

Como se disse, esse profissional vigiaria frequentemente os pés do autor para se certificar se eles estavam ou não em contacto com a botija.

Não tendo assim procedido, a ré, através do seu pessoal, agiu com negligência.

E esta negligência foi causa adequada das lesões e esta dos danos que o autor sofreu.

Assim, verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual – cfr. artigo 483º do Código Civil.

A este respeito, há que dizer que tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto – neste sentido, ver o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.02.22 “in” Colectânea de Jurisprudência/Supremo Tribunal de Justiça, 2005, I, 90 e doutrina aí referida.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 20/4/2006²

Processo: 2491/2006-6

Relator: OLINDO GERALDES

Sumário:

I. Na relação jurídica de prestação de cuidados médicos, é mediante o recurso às chamadas “regras da arte” que se determina o objecto do direito subjectivo e do dever do prestador da assistência médica.

II. Revelando-se que os meios complementares de diagnóstico eram um instrumento técnico adequado para se conhecer a doença, o erro no diagnóstico constitui uma violação do direito subjectivo, traduzindo um comportamento ilícito.

² Este aresto foi objecto duma Anotação, em sentido crítico, por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, in “*LEX MEDICINAE – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*”, Ano 5, nº 10 – 2008, págs. 161 a 179. A Autora questiona, sobretudo, a valoração – feita na decisão em apreço - das condutas de duas médicas funcionárias dum hospital público à luz da intencionalidade específica do **direito civil**, ao invés de ter sido mobilizado o **regime da Responsabilidade do Estado**. “*A latere*”, a Autora também considera «problemática a desvelação da ilicitude por via da violação do direito subjectivo a um atendimento correcto e a um tratamento adequado, ao ponto de questionarmos se está em causa a densificação jurisprudencial de uma vertente de um direito de natureza absoluta ou, pelo contrário, uma indevida confusão entre modalidades de ilicitude delitual».

Agem com culpa, na modalidade negligência, os médicos que, podendo e devendo recorrer aos meios complementares de diagnóstico, os não utilizam.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«A responsabilidade civil médica tanto poderá apresentar natureza contratual como natureza delitual ou extra-contratual.

No primeiro caso, a obrigação da prestação do acto médico adequa-se a um contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação serviço, contemplada no art.º 1154.º do Código Civil (Carlos Ferreira de Almeida, Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, 1996, pág. 87).

Nesse âmbito, a ilicitude para efeitos da responsabilidade civil advirá do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico.

Não havendo contrato, a ilicitude resultará, a maior parte das vezes, da violação de um direito subjectivo, operando exclusivamente a responsabilidade delitual.

Os pressupostos da responsabilidade civil, porém, são os mesmos em ambas as situações: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Na relação jurídica da prestação de cuidados médicos, nomeadamente através dos serviços públicos de saúde, o utente tem direito a ser tratado pelos meios adequados e com correcção técnica. Tem direito a ser diagnosticado e tratado à luz de conhecimentos tecnicamente actualizados. Tem direito a que o seu diagnóstico seja estabelecido com o máximo cuidado (Sérvulo Correia, As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde, in Direito da Saúde e Bioética, págs. 40 e 41).

Deste modo, é mediante o recurso às chamadas “regras da arte” que se determina o objecto do direito subjectivo e do dever do prestador da assistência médica, daí podendo emergir, em caso de violação, a ilicitude do facto e, verificados os restantes requisitos, a responsabilidade civil, nos termos do art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil.

No caso vertente, a apelante atribui às apeladas um erro de diagnóstico, por não ter sido descoberta a icterícia obstrutiva que, depois, se apurou ter, por falta da realização dos meios complementares de diagnóstico, para além do RX.

Dos autos resulta, efectivamente, que existiu erro no diagnóstico, porquanto das duas vezes em que a apelante foi assistida no serviço de urgência do Hospital ... foi-lhe feito um diagnóstico diferente. Em vez da icterícia obstrutiva, começou por se supor uma epigastralgia, para depois na segunda vez, no dia seguinte, se concluir por uma dispepsia.

À existência do referido erro não se opõe a circunstância de não se ter provado que a doença pudesse ser diagnosticada, designadamente no dia 6 de Novembro de 1999, conforme resulta da resposta negativa ao quesito 24.º. Com efeito, esta resposta tem de ser interpretada no sentido de que, sem os meios complementares de diagnóstico, a icterícia obstrutiva não podia ser diagnosticada, em compatibilidade, aliás, com a resposta positiva ao quesito 31.º, segundo a qual, caso as apeladas Eleonora e Camila tivessem determinado a realização dos meios complementares de diagnóstico, que a apelante efectuou no Hospital da CUF, teriam descoberto a doença de que a apelante padecia. De outra forma, seria manifesta a contradição, impugnação que ninguém fez.

Por outro lado, **ainda que não se tenha provado que a sintomatologia apresentada fosse sempre a mesma (resposta restritiva ao quesito 30.º), já as queixas da apelante foram idênticas, para além de persistentes**, circunstância que não pode deixar de merecer particular relevo na obtenção de um correcto diagnóstico.

Revelando os autos que os meios complementares de diagnóstico eram um instrumento técnico adequado para se conhecer da doença, o erro no diagnóstico constituiu assim a violação de um direito subjectivo da apelante a ser tratada pelo meio mais adequado e com correcção técnica, traduzindo por isso um comportamento ilícito.

Para além de ilícito, **tal comportamento é também culposos**, na medida em que os seus autores merecem a reprovação do direito, pois, nas circunstâncias concretas em que actuaram, podiam e deviam ter agido de modo diferente (art.º 487.º, n.º 2, do Código Civil).

Na verdade, **perante o quadro clínico apresentado pela apelante, caracterizado por dores abdominais muito fortes, justificava-se, desde logo, para um correcto diagnóstico, o recurso aos meios complementares de diagnóstico, como aqueles que, depois noutro estabelecimento hospitalar e também no serviço de urgência, foram utilizados, não podendo ser ignorada a sua idoneidade, dada a capacidade técnica de que as duas primeiras apeladas, como médicas, estão habilitadas**. Aquela justificação tornou-se ainda mais acentuada, quando o quadro clínico da apelante se manteve depois da primeira assistência prestada no dia anterior. **Na situação concreta exigia-se mais cuidado no diagnóstico, pois poderia ser necessário tomar certos cuidados, como viria a suceder mais tarde, quando foi obtido o diagnóstico correcto, determinante de um internamento urgente e de posterior intervenção cirúrgica.**

Neste contexto, as duas primeiras apeladas, tendo violado um dever de cuidado, agiram com culpa, na modalidade de negligência.

Deste modo, e sendo certo que também se mostram preenchidos os restantes requisitos, aquelas têm responsabilidade civil pelos danos causados à lesada»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/6/2006

Revista n.º 1641/06 - 6.ª Secção

AFONSO CORREIA (Relator), Ribeiro de Almeida e Nuno Cameira

Sumário:

I - Tendo a Autora sido submetida, em 14-07-1998, no Hospital do Réu (SAMS), a uma operação de transplante do osso, em resultado da qual sofreu compressão do nervo por um fragmento ósseo não consolidado, o que lhe causou dores, situação de que a Autora se queixou, em consulta médica realizada no mesmo Hospital, em Janeiro de 2000, mas que apenas foi diagnosticada e resolvida por outro médico do mesmo Hospital, com a sujeição a nova operação, em Agosto de 2000, é de concluir que deve ser indemnizada pelas dores que sofreu no período compreendido entre Janeiro e Agosto de 2000 pela falta de atempado diagnóstico e resolução do

problema, o qual era resultado normal de uma operação como aquela a que tinha sido submetida em 1998.

II - Com efeito, era exigível ao médico que a operou inicialmente e consultou em Janeiro de 2000 ter ligado as dores de que a Autora se queixava à primeira operação e cuidado de confirmar o diagnóstico por ressonância magnética, como veio a fazer, mais tarde, outro médico, que lhe reenviou a doente para operar, o que aquele não fez, remetendo-a para outro médico que, por sua vez, requisitou os TACs determinantes da operação de Agosto de 2000.

III - Aquele primeiro médico podia e devia ter agido de modo a confirmar o previsível diagnóstico e operado a Autora em devido tempo, poupando-a a meses de dores. A culpa do médico da Ré, estende-se a esta, nos termos do art. 800.º, n.º 1, do CC, e foi causa adequada dos padecimentos da Autora, danos não patrimoniais suficientemente graves para merecerem a tutela do direito (art. 496.º do CC), mostrando-se, pois, verificados os pressupostos da obrigação de indemnizar (art. 483.º do CC).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007

Processo: 07A3426

Relator: RUI MAURICIO

Sumário :

II - São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

III - **Provado que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital ..., efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia, in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. n.º 1 do art. 342.º**

do CC -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

IV - Apesar de se ter provado que a enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, o médico tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa.

V - O esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência.

VI - Não tendo o médico logrado ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre si a obrigação de indemnizar.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o nº 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi nº 2 do art. 799º, ambos do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, “atender-se-á ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade. Ele deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada” - cfr. Moitinho de Almeida, in “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Scientia Jvridica, Tomo XXI - nº 116/117, pág. 332.

O médico, como ensina João Álvaro Dias, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias” - cfr. “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 23.

No presente recurso, está em causa saber se ao médico ora recorrente deve ser imputada responsabilidade pelo facto de na intervenção cirúrgica aludida nos autos e por si efectuada ter sido deixada uma compressa no interior do corpo do A..

Resulta da factualidade assente que: a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho de que o A. foi vítima encontrava-se abrangida por um contrato de seguro de acidentes de trabalho celebrado com a companhia de seguros “DD”, a quem o A. participou esse acidente; por indicação da companhia de seguros, o A. foi submetido a intervenção cirúrgica no Hospital; essa intervenção foi executada pelo R. ora recorrente; e este é médico, na especialidade de ortopedia, desenvolvendo a sua actividade de médico ortopedista naquele Hospital, em regime de prestação de serviços.

Nesta conformidade, tendo o R. actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do A. e que a intervenção cirúrgica ora em causa ocorreu por indicação dessa seguradora, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual, sendo ainda certo que, tal como refere o Tribunal de 1ª instância, “a partir do momento em que o Réu decide intervencionar o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”.

Se na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (cfr. nº 1 do sobredito art. 487º), já quanto à responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (cfr. nº 1 do sobredito art. 799º).

Assentemos, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e que o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. nº 1 do art. 342º do Código Civil -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

Nos termos do art. 798º do Código Civil, “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, estabelecendo o nº 1 do supracitado art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário - cfr. nº 2 do art. 350º do Código Civil.

Vejamos, então, se o R. ora recorrente logrou provar que não agiu com culpa.

Recorta-se da matéria de facto provada que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia. No acto dessa intervenção cirúrgica, foi deixada na zona intervencionada uma compressa, o que causou ao A., como consequência directa e necessária, uma infecção ao nível do ombro esquerdo que se manifestou sob a forma de granuloma e compressão subacromial (ou seja, ao nível da parte terminal da omoplata, onde se articula a clavícula), tendo o A., após várias observações e tratamentos, sido internado nos serviços de cirurgia do Hospital CC e aí sido submetido, em 7 de Novembro de 2001, a uma intervenção cirúrgica, na qual lhe foi retirada a compressa.

Como ensina o Professor Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” - *ibidem*, pág. 562.

Citando o Professor João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...) Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente” - *ibidem*, pág. 30.

Na verdade, o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à Saúde dos doentes e da comunidade, deve ter sempre um comportamento profissional adequado à dignidade da sua profissão, obrigando-se, quando aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente, à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano - cfr. arts. 6º, nº 1, 12º e 26º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Ora, o esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência. A negligência consiste em deixar de fazer o

que as legis artis impunham que fosse feito ou em deixar de actuar de acordo com aquele grau de cuidado e competência que seria de esperar de um médico da mesma especialidade, actuando nas mesmas condições. E no caso sub judice o R. ora recorrente tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa.

É verdade que se provou que, na intervenção cirúrgica a que o A. foi submetido em 3 de Agosto de 2001, participou, como instrumentista, a enfermeira Maria, participação que, não sendo necessária em cirurgias simples, era necessária no tipo de intervenção a que o A. foi sujeito, uma vez que assim se faz o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos e se diminui o tempo de exposição da ferida operatória e o risco de complicações pós cirúrgicas, nomeadamente infecciosas. E mais se provou que aquela enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar. Porém, tais factos, como bem se afirma no acórdão recorrido, “de modo algum podem levar à conclusão de que não existiu negligência médica por parte do R. médico, sendo de todo inaceitável a afirmação de que ao R. Rui Caro de Sousa não era exigível que admitisse ter ficado qualquer compressa no corpo do A.”.

Para além da participação da referida enfermeira, a equipa cirúrgica era composta pelo R., um outro médico da especialidade de ortopedia e uma médica anestesista, sendo tal equipa coordenada pelo primeiro que a chefiou e que, como tal, deve ser responsável também pelos actos culposos cometidos por qualquer elemento da equipa que dirige, pois se recebe os benefícios da actividade de quem o coadjuva e auxilia, deve também arcar com os prejuízos que da mesma possam advir - *-ubi commoda ibi incommoda*.

Se a enfermeira instrumentista que participou na intervenção cirúrgica, na tarefa que lhe compete de fazer o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos, procedeu à contagem das compressas utilizadas e não verificou qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, quando é certo que uma dessas compressas ficara no corpo do A., poderá a mesma ser responsabilizada pela eventual falta por si cometida.

Foi, no entanto, o R. ora recorrente que, terminando a cirurgia, suturou a zona operada e não cuidou, como podia e devia, de verificar se aí ficava algum corpo estranho.

Concordamos, pois, com o acórdão recorrido quando nele se afirma que “aceitar o entendimento plasmado na douda sentença recorrida de que a responsabilidade pelo facto de ter sido deixada uma compressa no corpo do A. era da enfermeira instrumentista, seria o mesmo que sufragar o entendimento de que o médico operador não estava obrigado a retirar essa mesma compressa. A enfermeira instrumentista desempenha uma papel coadjuvante no acto da intervenção cirúrgica, considerada em toda a sua globalidade, e se é verdade que, in casu, existe responsabilidade pelo não cumprimento integral das suas funções, o mesmo deverá ser dito do R. já que, em primeira linha, cumpria-lhe verificar se nenhuma anomalia se verificava no decurso da operação do A., nomeadamente, se por si havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente”.

De resto, sempre o R. seria responsável perante o A. pelos actos daquela enfermeira, nos termos do nº 1 do art. 800º do Código Civil, de harmonia com o qual “o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”, sendo certo, porém, que a circunstância de ter participado, como instrumentista, uma enfermeira na intervenção cirúrgica e de não ter sido verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que, durante ela e no seu final, tiveram lugar, não deixa de se reflectir no grau de culpabilidade do R., reduzindo-o e relevando para efeitos de determinação do quantitativo da indemnização, nos termos do art. 494º do Código Civil. Com efeito, é manifestamente evidente que a culpa seria mais grave, exigindo-se ao médico maior cuidado e prudência, quer no caso da não participação na cirurgia de um instrumentista, quer no caso de detecção por este de uma qualquer anomalia nas contagens dos ferros ou dos consumíveis cirúrgicos.

Em suma, não tendo lograr ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre o recorrente a obrigação de indemnizar, improcedendo todas as conclusões da alegação respeitantes à inexistência de culpa do recorrente.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 8/01/2008

Processo nº 7365/2007-7

ANA RESENDE (Relatora), Dina Monteiro e Luís Espírito Santo

Sumário:

I - A relação estabelecida entre o médico que exerce a sua actividade, por conta própria, em termos privados, e o doente que o procura, configura-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe assim aplicáveis, em regra, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso as regras relativas à responsabilidade contratual.

II – Sobre o médico, em geral, impende, tão só, a obrigação contratualmente assumida de desenvolver de forma prudente e diligente, face ao estágio científico actual das leges artis, uma determinada actividade, visando um efeito útil, aplicando o seu conhecimento no tratamento do doente, mas sem a exigência vinculada de um certo resultado, maxime, a cura.

III – Reclamada a existência de um tratamento defeituoso, não basta a alegação e prova da não obtenção de um resultado, necessário é que fique demonstrada uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e os que possam ser exigidos pela situação clínica do doente, enquanto credor.

IV – Demonstrada essa realidade, para que o médico, como devedor, se possa desonerar, deverá provar que a desconformidade não advém de culpa sua (por ter utilizado as técnicas e as regras de arte adequadas ou não ter podido empregar os meios adequados), no confronto com a conduta profissional que um médico, medianamente competente, detentor da mesma qualificação profissional, teria tido em circunstâncias semelhantes ao caso concreto.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«A responsabilidade médica, enquanto responsabilidade profissional civil do médico, vertente que agora nos interessa, constitui matéria de reconhecida complexidade e melindre, sabendo-se que em causa estão, normalmente, direitos essenciais, englobados nos designados direitos de personalidade, como o direito à integridade física, e sobretudo o direito à saúde, ligados de forma indissociável à ao desenvolvimento e realização plena da pessoa humana.

Sabido é também, que actualmente a actividade médica perdeu o carácter quase mágico de que durante muito tempo se revestiu, impeditivo não só da indagação sobre a bondade das práticas, mas sobretudo sobre a sua inadequação às situações sobre as quais incidiam, *maxime* em termos de eventuais erros cometidos,

geradores da obrigação de reparar. A tal dessacralização não foram estranhas as sucessivas descobertas científicas, com constantes progressos no debelar de doenças ou lesões anteriormente tidas por fatais ou sem qualquer solução de alívio, muito menos de cura, aliadas a uma crescente massificação dos cuidados de saúde, não só em termos da procura de remédio, mas também no concerne aos meios terapêuticos que devem ser utilizados para tanto e as consequências que deles podem decorrer.

Os avanços científicos e tecnológicos que imperam no âmbito da actividade médica, permitindo cada vez mais curas, ou pelo menos significativas melhoras em situações outrora irresolúveis, banalizando mesmo certos procedimentos, tidos por comuns ou até com uma relativa simplicidade, nomeadamente quando se reportam a técnicas invasivas, como são a generalidade das intervenções cirúrgicas, não permitem contudo afastar o risco que caracteriza o exercício da medicina.

Na verdade, não pode ser esquecido que constituindo a pessoa humana o objecto da actividade médica, e assim com características marcadamente casuísticas na necessária ponderação não só das circunstâncias em concreto verificadas respeitantes ao indivíduo, mas também à possibilidade sempre presente do razoavelmente imprevisível, não se configura como fácil estabelecer padrões rígidos no concerne à perícia exigível, e à decorrente responsabilização pela inobservância da mesma.

No caso, como o dos autos, estando em causa uma relação estabelecida entre o médico que exerce a sua actividade, por conta própria, em termos privados, e o doente que o procura, surge-nos como não questionável que entre ambos se estabeleceu uma relação, configurando-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe assim aplicáveis, em regra, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso as regras relativas à responsabilidade contratual.

Ora, na aplicação do decorrente regime, maxime no que respeita à presunção de culpa prevista no art.º 799, do CC, não pode deixar de se atender às particularidades do exercício da actividade médica já enunciadas, no concerne às obrigações da mesma resultantes para o médico, qualificadas, geralmente, como obrigações de meios ou de pura diligência, cujo traço distintivo essencial das designadas obrigações de resultado, assenta, sobretudo, no carácter aleatório do resultado pretendido ou exigível pelo credor, para as primeiras, constituindo o seu objecto a diligência com vista a uma possível concretização, enquanto nas segundas está em causa essa mesma efectivação, determinada de forma rigorosa.

Com efeito, não se questionando que o doente procura naturalmente a cura da enfermidade ou lesão que o afecta junto do médico, este último obriga-se tão só a empregar a diligência exigível para minorar ou sanar o mal, sem que contudo esteja obrigado a assegurar que o desejado resultado se concretize, antes cumprindo uma obrigação de tratamento, cujo sucesso depende também da capacidade de reacção do doente.

Deste modo, não recaindo sobre o médico uma obrigação de resultado, sobre o mesmo, em geral, impende tão só a contratualmente assumida de desenvolver de forma prudente e diligente, face ao estágio científico actual das *leges artis*, uma determinada actividade, visando um efeito útil, aplicando assim o seu conhecimento no tratamento do doente, mas sem a exigência vinculada de um certo resultado, maxime, a cura.

Aqui chegados, no concerne aos pressupostos da obrigação de indemnizar, invocada que seja pelo doente a inexecução da prestação contratual, ou o cumprimento defeituoso, no sentido de ainda que tendo sido aquela prestada, não o foi nos exactos termos em que o devedor se encontrava adstrito, nomeadamente no concerne a deveres acessórios da conduta que acompanham o cumprimento exigível, desde logo sempre incumbirá a quem invoca tal incumprimento ou cumprimento defeituoso – *facto ilícito*, a prova da sua existência, nos termos gerais, art.º 342, do CC.

Sendo de meios, a obrigação a que o médico se vincula, reclamada a existência de um tratamento defeituoso, não bastará a alegação e prova da não obtenção de um resultado, ou da verificação de um *díspar* do expectável, antes se exigindo que seja alegado e provado uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e as *leges artis*, pois a violação da obrigação a que o médico, como devedor se encontra adstrito radica na prática deficiente, ou irregular, dos actos que possam ser os exigidos pela situação clínica do doente, enquanto credor, mas também a verificação do necessário nexo de causalidade entre aquela prática e o dano.

Demonstrada essa realidade, para que o médico (devedor) se possa desonerar, deverá o mesmo provar que a mencionada desconformidade não advém de culpa sua (por ter utilizado as técnicas e as regras de arte adequadas ou não ter podido empregar os meios adequados), no confronto com a conduta profissional que um médico, medianamente competente, detentor da mesma qualificação profissional, teria tido em circunstâncias semelhantes ao caso concreto.

Relativamente ao nexo de causalidade, não se questiona que no art.º 563, do CC, se fez a opção pela teoria da causalidade adequada, no sentido de se considerar como causa de um dano, o facto que no atendimento das regras da experiência e face ao circunstancialismo concreto em que se encontrava o agente, tendo em conta o que mesmo conhecia ou podia conhecer, se mostrava idóneo para produzir tal dano, sendo este uma consequência normal, típica ou provável daquele, num juízo de prognose póstuma, não o sendo quando para a produção do dano tiverem, de forma decisiva, contribuído circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que influíram na situação em causa.

Desta forma, no que à responsabilidade médica diz respeito, necessário se torna que fique demonstrado a omissão de qualquer tratamento ou intervenção, ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados, na consideração dos actos que faziam parte do dever de prestar a que o médico se obrigou, em ambos casos desde que se tenham verificado em qualquer momento da prestação realizada, e decorrentemente se tenha produzido o dano, que não teria acontecido se outro tivesse sido o acto médico praticado ou omitido.

Reportando-nos aos presentes autos, como salienta a Recorrente, dúvidas não existem que entre ela e o 1º R. se estabeleceu uma relação contratual, mediante a qual este último levou a cabo a intervenção cirúrgica referenciada.

Invocou a Apelante em sede de petição inicial que a cegueira do olho direito que a afecta é da total responsabilidade do 1º R., que não terá agido com o saber a que estava obrigado pela sua profissão de médico operador, sendo o acto médico, operação ao olho direito, realizado com culpa grave por aquele R., mais tendo alegado que posteriormente ao ser observada pelo Dr. D este chegara à conclusão que o melhor era operá-la para ver se era possível recuperar o erro cometido pelo 1º R.

Ora, do factualismo provado não resulta que a actuação do 1º R., em qualquer momento do processo, se mostrasse desconforme com as regras da prática clínica reconhecidas pela ciência médica como apropriadas, para o caso concreto, nomeadamente que tivesse existido erro no acto cirúrgico, ou falta de diligência que lhe fosse exigível, considerando as suas elevadas qualificações.

Na realidade ficou provado que a A. foi operada no olho direito pelo 1º Réu no dia 10.7.2000, no estabelecimento da 2ª Ré, consistindo a operação na correcção da miopia e extracção de catarata, cirurgia, que decorreu sem qualquer sobressalto, tendo clinicamente sido considerada um sucesso. Finda a operação, e decorrido o período de tempo normal para que a A. se restabelecesse, foi-lhe dada alta, tendo esta saído do Hospital sem protecção, sendo esse um procedimento seguido na maioria dos casos sujeitos a este tipo de cirurgia. Na primeira consulta pós-operatória no dia 13.07.2000, a A. tinha uma visão razoável, provando a correcção técnica do acto cirúrgico, estando a recuperar muito bem e não apresentando qualquer sintoma de infecção.

Mais se apurou que na sequência das queixas apresentadas pela A. no dia 16.07.2000, o 1º Réu deu instruções para que a mesma fosse transportada ao estabelecimento da 2ª Ré, para a poder observar, prestando-lhe assistência e para a tentar ajudar diligenciou para que pudesse ser consultada por colegas especialistas da câmara posterior do olho, para onde a infecção já tinha passado, estando presentes em todos os contactos com aqueles médicos.

Com efeito ficou também provado que a cegueira que afecta o olho direito da A. foi devida a uma infecção que veio a desenvolver posteriormente à operação, sendo que o que determina uma infecção é o número de organismos que entra em contacto com a pessoa, a sua virulência, bem como a resistência do hospedeiro.

Ora, se resultou apurado que nas unidades hospitalares, mesmo que o pessoal hospitalar execute todas as normas existentes, não é possível reduzir o risco a zero, existindo muitas razões para o surgimento de infecções, designadamente, toalhas, lençóis e vento, sendo as infecções contraídas no meio hospitalar na ordem

dos 10%, não pode deixar de se atender que provado ficou igualmente que a sala de operações sempre se encontrou bacteriologicamente limpa e esterilizada, bem como nenhum outro doente operado no mesmo bloco operatório, e no mesmo dia (e houve várias cirurgias) apresentou qualquer complicações operatórias ou pós-operatória, afastada ficando qualquer responsabilização da 2ª R. pela situação nefasta que afecta a Recorrente, sendo certo que não pode revelar para tanto a resposta negativa que tenha sido dada a quaisquer quesitos da base instrutória, nomeadamente a reportada ao quesito 19º, relativa à inexistência de testes de pesquisa de bactérias na 2ª Ré.

Na verdade, como se sabe, as respostas de não provado que tenham sido proferidas em sede da decisão que fixou a matéria de facto nada mais significam que tais factos não podem ser atendidos, por não apurados, tudo se passando como se tal materialidade fáctica não tivesse sido articulada, estando vedado retirar quaisquer ilações a partir dos mesmos, maxime, concluir que provado está a realidade contrária.

Do mesmo modo afigura-se, que contrariamente ao que pretende a Recorrente, da resposta negativa dada aos quesitos 51º, 54º e 72º, não resulta que a infecção que a afectou possa ser imputada à conduta do 1º Réu de forma a responder nos termos pretendidos.

Com efeito, para tanto, necessário seria que tivesse sido demonstrado que a infecção em causa tinham decorrido do incumprimento por parte do 1º Réu das regras exigíveis para a situação clínica da A., sendo das mesmas consequência adequada, e dessa forma provado o cumprimento defeituoso por parte daquele.

Insuficiente para tal, são as conjecturas efectuadas com base em realidades não apuradas vertidas nos quesitos em referência, de modo a inculcar a possível violação de deveres acessórios da obrigação principal de tratamento, nomeadamente no concerne ao dever de vigilância com vista à prevenção de complicações iatrogénicas ou infecções, sendo certo que quanto à eventualidade da violação de um dever de esclarecimento, a mesma não se configura suficientemente delineada, maxime na vertente de poder ser considerada atendível em termos de afastar o consentimento para a intervenção efectuada.

Assim sendo, conclui-se que por não demonstrado o incumprimento objectivo dos seus deveres, como médico, pelo 1º R., prévio à apreciação da existência de culpa, não se mostram reunidos os pressupostos legalmente exigidos da obrigação de indemnizar, conforme surge configurada nos presentes autos.

Acórdão da Relação de Lisboa de 28/10/2008

Processo: 7563/2008-1

Relator: ROSÁRIO GONÇALVES

Sumário:

2- A relação estabelecida entre um médico e o seu paciente configura-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe aplicáveis, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso, as regras relativas à responsabilidade contratual.

3- Há que se demonstrar a existência de uma omissão de intervenção ou que os meios utilizados foram deficientes no todo que comporta o dever de vinculação a que o médico se submeteu.

4- Agir com culpa significa actuar em circunstâncias que mereçam a censura do direito, ou seja, quando o agente, pela sua capacidade e perante as circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«A relação estabelecida entre um médico e o seu paciente configura-se como um contrato de prestação de serviços, sendo-lhe aplicáveis, em caso de inexecução ou cumprimento defeituoso, as regras relativas à responsabilidade contratual.

Sobre o médico impende a obrigação de desenvolver de forma prudente e diligente a sua *leges artis*.

Assim, necessário se torna a demonstração de uma omissão de intervenção ou que os meios utilizados foram deficientes no todo que comporta o dever de vinculação a que o médico se submeteu.

Na situação dos autos, foi acordado entre a médica e a apelada que assistiria ao parto quando chegasse a altura devida, bem como o apoio pós-parto.

Contudo, este último apoio foi descurado.

A médica não veio a acompanhar a sua parturiente após o nascimento do bebé, tendo vindo a surgir problemas que tiveram por efeito, a ida da apelada ao Centro Hospitalar para a reposição do seu bem-estar físico.

Houve assim, uma desconformidade objectiva entre os actos praticados e expectáveis do médico, para com a situação clínica do doente e que estariam contratualmente definidos.

Os factos apurados não inverteram a realidade ocorrida, pois, as apelantes não lograram provar que a desconformidade alegada não proveio de culpa sua, ou seja, que a conduta profissional foi a adequada e que não foi qualquer incumprimento seu que causou as lesões ocorridas na apelada.

O que é inequívoco é que as complicações surgiram depois do parto e que neste período temporal não ocorreu qualquer intervenção profissional da apelante médica.

Ainda que tenha sido executada uma prestação, não o foi nos exactos termos em que o devedor se encontrava adstrito, nomeadamente no concernente a deveres de conduta exigíveis pela necessidade de manutenção da vigilância ao doente.

Assim sendo, não merece reparo a sentença proferida quando concluiu que seria totalmente procedente a oposição que a autora deduziu ao requerimento injuntivo, bem como, quando verificou existir um cumprimento defeituoso, conducente a um verdadeiro inadimplemento.

Deste modo, há lugar à obrigação de indemnizar resultante dos danos sofridos, os quais apenas versam na acção aos de natureza não patrimonial.

Importa, pois, analisar da sua verificação e da plausibilidade ou não do seu quantum.

Como refere o Prof. Antunes Varela, in, *Das Obrigações em Geral*, 5ª. ed., vol. I, pág. 492 e segs. «Para que o lesado tenha direito a indemnização, em situações de violação da lei que protege interesses alheios, necessário se torna que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada e que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar».

O nexo de imputação do facto ao lesante, traduz a necessidade de actuação com culpa deste.

E agir com culpa significa actuar em circunstâncias que mereçam a censura do direito, ou seja, quando o agente, pela sua capacidade e perante as circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo.

Como se diz na sentença recorrida, a ré médica actuou com manifesta culpa, na modalidade de negligência profissional, na medida em que foi encontrada uma compressa dentro do corpo da apelada e na sequência do parto ocorrido.

Ora, contrariamente ao expendido pelas apelantes, estão efectivamente reunidos todos os elementos geradores de responsabilidade civil, os quais se encontram todos espelhados na materialidade fáctica apurada e devidamente consolidada.

Assim, será à luz de tais elementos que se aferirá da justeza ou não do valor encontrado na decisão recorrida.

Os artigos 483º e 562º, ambos do Código Civil elegem o dano como pressuposto e requisito da obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

Como se alude no Ac. do STJ. de 24-5-2007, in, <http://www.dgsi.pt.>, o dano não patrimonial não reside em factos, situações ou estados mais ou menos abstractos aptos para desencadear consequências de ordem moral ou espiritual sofridas pelo lesado, mas na efectiva verificação dessas consequências.

A avaliação da gravidade do dano tem de aferir-se segundo um padrão objectivo e para tanto, é considerável aquele que sai da mediania, que ultrapassa as fronteiras da banalidade, que espelhe um sofrimento moral que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação.

A indemnização por danos não patrimoniais, visa compensar realmente o lesado pelo mal causado, donde resulta que o valor da indemnização deve ter um alcance significativo e não ser meramente simbólico, para assim se intentar compensar a lesão sofrida, proporcionando ao ofendido os meios económicos capazes de fazer esquecer, ou pelo menos mitigar, o abalo moral suportado (cfr. Ac. do STJ. de 29-1-2008, in, <http://www.dgsi.>).

Ora, no caso, sub júdice, temos que:

- No dia 23-4-2002 a autora começou a sentir dores, que se foram avolumando.
- Nesse dia, ao fim da tarde, a autora ou o seu marido telefonaram à ré médica, tendo a chamada sido atendida pelo pediatra, porque a médica estava na sala de partos.
- O pediatra informou que a ré médica telefonaria depois.
- A ré médica não retornou o telefonema.
- Em 24-4-2002, às 01h25, a autora foi atendida no Serviço de Urgência do Centro Hospitalar pela médica Dra. G, que verificou que aquela tinha um corpo estranho vaginal, que era uma compressa.
- Esta médica retirou-a e procedeu a uma desinfeção.
- A autora não tinha infecção, ainda que a compressa pudesse vir a causá-la.
- A autora ficou muito assustada e horrorizada com o facto de a ré médica ter deixado um objecto estranho dentro do seu corpo.

Com efeito, os factos são eloquentes só por si, pois, não só se trata de uma situação deveras insólita, como, a mesma representa o perigo a que qualquer paciente está sujeito quando se encontra em situação de fragilidade e a precisar de cuidados médicos.

Ora, as dores que a autora sofreu já ninguém lhas retira, os incómodos de ter que se deslocar a uma Instituição Hospitalar já de noite e pouco tempo após o parto, o ser confrontada com a presença de um corpo estranho dentro de si, são aspectos suficientemente fortes para merecerem a tutela do direito.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 26/6/2008

Processo: 4450/2008-2

Relator: EZAGUY MARTINS

Sumário:

I- Em matéria de acto médico só o **consentimento devidamente esclarecido** permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico.

II- A **ilicitude contratual**, nesta sorte de obrigações (de meios), **está equiparada à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior – ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica.**

III- **Ainda quando se deva entender que a presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, não opera nesta área**, ponto também é que, **dadas as dificuldades da realização da prova, nesta matéria, a chamada prova de primeira aparência assume importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade.**

IV- Por isso, **se a falta de cuidado interior presente na culpa diz respeito às circunstâncias intelectuais e emocionais do espírito do agente, a sua prova, quanto às violações destas obrigações a basear-se-á, por via de regra, num juízo de aparência ou probabilidade a partir do comportamento exteriormente adoptado.**

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Na consideração de ser a obrigação que recai sobre o médico, em regra, uma obrigação de meios, que não de resultado, tem uma parte da doutrina e da jurisprudência recusado aplicabilidade à regra sobre o ónus da prova do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil à responsabilidade contratual por actos médicos.[Assim, João Álvaro Dias, *in* “Procriação assistida e responsabilidade médica”, 1966, Coimbra, pág. 225; Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, *in* “Revista da Faculdade De Direito da Universidade do Porto”, 2004, págs. 115-195 (115) e Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *in* Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, Lisboa, 1996, pág. 140, e Manuel Rosário Nunes, *in* “O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos”, Almedina, 2007, págs. 46 e seguintes. Vd. também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2001, *in* CJAcSTJ, 2001, tomo II, págs. 166-170]

De responsabilidade contratual se tratando a assacada pela Ré à A., em via reconventional, e por isso que emerge do incumprimento de contrato de prestação de serviços médicos, celebrado entre a Ré/paciente e uma instituição hospitalar.[Miguel Teixeira de Sousa, *in* op. cit., pág. 127]

Julgamos porém desenhar-se uma tendência jurisprudencial maioritária, que, seguindo aquele outro sector doutrinal representado por Vaz Serra [In “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, in BMJ n.º 47, pág. 99], Henriques Gaspar [In “Da Responsabilidade Civil do Médico”, in CJ, 1978, tomo I, págs. 344-345], Sinde Monteiro [In “Da Responsabilidade Médica em Portugal”, in BMJ n.º 332, pág. 46], Ferreira de Almeida [“Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in “Direito da Saúde e Bioética”, Ed. da AAFDUL, Lisboa, 1996, pág. 117] André Gonçalves Dias Pereira [In “O consentimento informado na relação médico-paciente”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-civilísticas apresentada na FD da UC, em Março de 2003, págs. 263-264] e Carneiro da Frada [In “Contrato e deveres de protecção”, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da FDC, Coimbra, 1994, pág. 193] se tem mostrado favorável à aplicação de tal regra.

Podendo citar-se, como representativos daquela, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22-05-2003, proc. 03P912; de 27-11-2007, proc. 07A3426; de 18-09-2007, proc. 07A2334; e desta Relação, de 23-01-2007, proc. 6307/2006-7.[Todos in www.dgsi.pt]

5- No supracitado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-2008, considerou-se existir incumprimento, nesta matéria, “se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento.”.

O que aparentemente vai no sentido do acolhimento da tese da equiparação da ilicitude contratual, nesta sorte de obrigações, à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior – ou seja dos melhores cuidados possíveis, de acordo com as leis da arte e da ciência médica.[Nuno Manuel Pinto Oliveira, in op. cit., pág. 242-243, citando Sinde Monteiro]

Mas, a existir incumprimento/cumprimento defeituoso, de banda da A., no que toca às manobras de cateterização – como, sem a consideração do que nesta sede contraposto foi pela A., resulta de conceder, ao menos em via de prova de primeira aparência, e atenta a circunstância da punção de artéria em vez de veia – temos que não poderá proceder, sem mais, a pretensão daquela no tocante à cobrança de despesas hospitalares relacionadas com tal defeito de prestação, e designadamente com a “reparação”, do mesmo.

Como também não procederá, e desde logo – incluída a parte relativa à própria cateterização – quando não se demonstrando ter a Ré ou os seus familiares, autorizado, ou tido conhecimento prévio, da intervenção para cateterização, se não demonstre igualmente o absolutamente necessário, no momento, de tal intervenção, na circunstância da paciente.

Para além disso, ainda quando se deva entender que a presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, não opera nesta área, ponto também é que, dadas as dificuldades da realização da prova, nesta matéria, natural é que a aludida prova de primeira aparência, e como refere Manuel Rosário Nunes [In op. cit., pág. 58] “assuma importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade, uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado acto médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “normalidade das coisas”, “a experiência comum” o dano provavelmente não teria ocorrido se acaso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso.”.

Ou, nas palavras de Carneiro da Frada [In op. cit., pág. 194], “se a falta de cuidado interior presente na culpa diz respeito às circunstâncias intelectuais e emocionais do espírito do agente, a sua prova basear-se-á, por via de regra, num juízo de aparência ou probabilidade a partir do comportamento exteriormente adoptado.”.

Impondo-se pois, como resulta meridiano – na perspectiva do conhecimento do mérito da acção, como também em ordem a aquilatar da “subsistência” dos verificados pressupostos da obrigação de indemnização, que a Ré pretende actuar, pelo que ao conhecimento da reconvenção respeita – o prévio apuramento de toda a matéria de facto alegada pela A., no sentido da “frequência”, “normalidade” e abrangência pelos riscos próprios da intervenção, da punção da artéria “ao lado”...

Bem como, e desde logo, do também alegado pela A., relativamente à autorização ou conhecimento prévio pela Ré, da intervenção para cateterização e à absoluta necessidade desta».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/4/2007

Processo nº 10328/2006-1

Relator: RUI VOUGA

Sumário:

IV- A generalidade da doutrina e da jurisprudência sustenta que a presunção de culpa do devedor consagrada no art. 799º nº 1 do CC não tem lugar no domínio da responsabilidade civil médica, isto porque:

a) não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual

b) verificar -se na área da cirurgia estética, em que o médico se compromete a produzir um certo resultado estético no paciente, ou no caso de transfusão sanguínea em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, ou no caso do médico analista que comunica ao paciente, por engano, um resultado distinto do verdadeiro, no caso do médico radiologista, etc.

c) Os casos excepcionais que contrariam a assinalada regra da presunção de culpa versado no art. 799º nº 1 CC, ocorrerão quando sejam empregues pelos médicos meios perigosos - aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, incubadoras- incumbirá ao médico provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, nos termos do art. 493º, nº2 CC.

V- Ex adverso, sustentou-se e decidiu-se que consagrando o art. 799º nº 1 do CC uma presunção de culpa do devedor, considerando-se a obrigação do médico, uma obrigação de meios, sobre ele recai o ónus de prova de que agiu com a diligencia e perícia devidas.

VI- E entende-se que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, mas se considera que a mesma é uma obrigação do resultado (na generalidade das intervenções de cirurgia estética com fins de embelezamento).

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Entre nós, a generalidade da doutrina e da jurisprudência propende para entender que, **salvo em casos excepcionais** (como, por exemplo, quando sejam empregues pelos médicos **meios perigosos**, designadamente aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, incubadoras, etc. – hipóteses em que incumbirá ao médico que deles fez uso provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, nos termos do artigo 493º, nº 2, do Código Civil), **a presunção de culpa do devedor consagrada no art. 799º, nº 1, do Código Civil não tem lugar no domínio da responsabilidade civil médica.**

Isto porque «não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual»³.

É que «a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional⁴, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos»⁵. «Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual»⁶.

Adentro desta orientação, as únicas excepções admitidas poderão verificar-se na área da cirurgia estética, em que o médico se compromete a produzir um certo resultado estético no paciente, ou no caso de transfusão sanguínea em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, ou no caso do médico analista que comunica ao paciente, por engano, um resultado distinto do verdadeiro e também no caso do médico radiologista, ou no campo da odontologia, da vasectomia, etc⁷. «De resto, mesmo no que concerne às situações de cirurgia estética em que predomina a finalidade terapêutica, será discutível se, atendendo ao grau de intensidade da obrigação e do risco a que o paciente se submete, haverá uma obrigação de resultado, ou antes uma verdadeira obrigação de meios»⁸.

É certo que, para algumas vozes, o nº 2 do artigo 493º do Cód. Civil, que estabelece uma presunção de culpa a cargo de quem causar danos a outrem no exercício duma **actividade perigosa**, seja por sua própria natureza seja pela natureza dos meios utilizados, só se livrando da obrigação de indemnizar “se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”,

³ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2005, pp. 48 a 56.

⁴ Na verdade, como bem observa MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 127), «os deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina». «Isto é, esses deveres do médico não se distinguem daqueles que lhe são impostos por um adequado e correcto desempenho da sua actividade profissional» (*ibidem*).

⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

⁷ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 55, nota 90.

⁸ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

também seria aplicável no âmbito da responsabilidade médica, por serem frequentemente utilizados, no decurso dos tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas, coisas e instrumentos perigosos⁹.

Todavia, predomina largamente, na doutrina, o entendimento segundo o qual a regra do cit. art. 493º-2 apenas funciona quando há utilização, pelo médico, de aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento: só nestes casos é que incumbe ao médico provar que os danos provocados por um desses aparelhos ou máquinas não são devidos a uma utilização negligente, mas a factores independentes dessa circunstância, como, por exemplo, a um defeito de fabrico^{10 11}.

De todo o modo, há, entre nós, quem sustente que, estabelecendo-se entre o médico e o paciente um contrato, recai sobre o médico, por força da aplicação do regime da responsabilidade contratual, em caso de incumprimento, a **presunção de culpa** estabelecida no cit. art. 799º, nº 1, do Cód. Civil. Estão nessa linha, nomeadamente, SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES¹².

Segundo este último Autor, «consagrando o art. 799º, nº 1, do C. Civil, uma presunção de culpa do devedor, caso se considere que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, sobre este recai o ónus de prova de que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, pois o resultado do seu trabalho intelectual e manual é o próprio tratamento e não a cura». Isto porque, «no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no nº 1 do art. 799º do C. Civil»¹³.

E é assim «quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado»¹⁴.

«O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso»^{15 16}.

⁹ Assim é que, para MANUEL LOPES ROCHA (in “*Responsabilidade Civil do Médico/Recolha de Órgãos e Transplantações*”, Separata da Revista “Tribuna da Justiça”, nº 3, 1987, p. 48 e segs.), «é razoável admitir que, ainda hoje, mesmo tendo em conta os espetaculares progressos das ciências médicas, certas operações de enxerto ou transplantação, sobretudo de órgãos, comportam um elevado grau de riscos para a saúde e para a vida do beneficiário, que permitem qualificá-los como perigosos, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados». «Justifica-se, aqui, um dever de diligência explicável pela ideia de que a previsibilidade do dano está in re ipsa, devendo o agente, ao actuar, ter em conta o perigo para terceiros e não sendo, por isso, bastantes os deveres de diligência normal: onde a periculosidade está ínsita na acção, há o dever de agir tendo em conta o perigo» (*ibidem*). «Certo que a solução tem o inconveniente de inverter o ónus da prova, que não é de modo algum dispiciendo, na medida em que fomenta o receio do médico de proceder a operações de alto valor sócio-terapêutico que possam desencadear a sua responsabilidade e, por esse lado, constituir entrave ao próprio progresso da ciência, que não dispensa uma contínua experimentação, como essencial à afinação da técnica» (*ibidem*).

¹⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “*Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*” cit., p. 138.

¹¹ Cfr., igualmente no sentido de que, «sem prejuízo da susceptibilidade de recurso ao art. 493º nº 1 quanto à presunção de culpa daquele que detém equipamentos técnicos de diagnóstico ou cura com a obrigação de os vigiar, não deve considerar-se a actividade médica [em si mesma] uma actividade perigosa para efeitos do nº 2 do aludido preceito», MANUEL CARNEIRO DA FRADA (in “*Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso*” cit., p. 116).

¹² In “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, publicado in Revista Direito e Justiça, 2000, ano XIV, nº 3, pp. 182, 183 e 209.

¹³ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES in “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos” cit., loc. cit.

¹⁴ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁵ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁶ Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*” cit., p. 116), «o cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos». «Em relação à obrigação principal, considera-se que o

E «com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos»¹⁷. «Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente»¹⁸.

Esta posição, acerca do funcionamento da presunção de culpa do art. 799º-1 do Cód. Civil no campo da responsabilidade civil médica, foi acolhida no Acórdão do S.T.J. de 17/12/2002, relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO e proferido no Proc. nº 02A4057¹⁹. Neste aresto, entendeu-se que:

«O médico, e é esta a actividade profissional que importa considerar aqui, põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável.

Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência.

Esta conduta diligente é assim objecto da obrigação de meios que assume.

Quando o cliente se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso.

Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil.

O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.

Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.

(...)

Não aproveita à recorrente não se ter provado que a técnica operatória utilizada pelo B não foi uma clara violação às técnicas e artes médicas e operatórias (facto do art.º 38º da base instrutória, alegado pelo A).

É que o ónus da prova cabia ao R.

Nem o art.º 799º do C. Civil foi incorrectamente aplicado, nem o art.º 342º, nº1, do mesmo Código foi erroneamente omitido (havendo presunção legal de culpa do R, as regras dos artigos anteriores invertem-se - art.º 344, nº 1, também do C. Civil)».

Porém, MANUEL ROSÁRIO NUNES²⁰ discorda radicalmente do entendimento preconizado por SINDE MONTEIRO/MARIA MANUEL VELOSO e por ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES e adoptado no cit. Ac. do S.T.J. de 17/12/2002 e interroga-se: «*O que seria se se instituísse a “tese” de que sempre que um paciente morresse às mãos do médico haveria uma situação de incumprimento contratual à qual se aplicaria a presunção de culpa decorrente do art. 799º do C. Civil ?*».

Segundo este Autor²¹, «na actividade médica em geral, a obrigação resultante dos contratos de serviço médico é uma obrigação de tratamento, ou seja, uma obrigação que tem como objectivo a atingir o

tratamento é defeituoso, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, de harmonia com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde» (*ibidem*).

¹⁷ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁸ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *ibidem*.

¹⁹ Cujo texto integral pode ser acedido, via Internet, no sítio www.dgsi.pt.

²⁰ In “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 52, nota 89.

²¹ *Ibidem*.

tratamento, cujo conteúdo é determinado pelo médico, mas que depende também do factor reacional de cada paciente».

«E, não se prescindindo da colaboração do paciente, aquela obrigação de tratamento que impende sobre o médico é, sob o prisma da clássica distinção defendida por RENÉ DEMOGUE, fundamentalmente uma **obrigação de meios ou de diligência** e, excepcionalmente, uma **obrigação de resultado** como parece acontecer na generalidade das intervenções de cirurgia estética com fins de embelezamento»²².

«Aos médicos incumbirá, pois, uma obrigação contratualmente assumida, de desenvolver prudente e diligentemente, atento o estado científico actual das *leges artis*, certa actividade para se obter um determinado efeito útil, que se traduza em empregar a sua ciência no tratamento do paciente, sem que se exija a este a obtenção vinculada de um certo resultado: a “cura”»²³. «Em suma, (...), ao invés de o médico prometer um certo resultado, a “cura”, por exemplo, um diagnóstico correcto em todos os casos (v.g. as situações de malformações), apenas estará obrigado legal ou convencionalmente a adoptar um comportamento que conduza a um resultado, ou seja, um comportamento que expresse os cuidados devidos na prestação de um serviço médico»²⁴.

Todavia, mesmo para quem – como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e MANUEL ROSÁRIO NUNES – considere que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não funciona no campo da responsabilidade civil médica, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, sempre «haverá que lançar 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 mesmas dificuldades»²⁵.

É certo que, entre nós, não é possível, à luz do direito constituído, «alterar ou inverter a repartição legal do ónus da prova com o 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 Código Civil), mas é possível compensar – se assim se pode dizer – o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo art. 342º do Código Civil através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, pois que, como se estabelece no art. 655º do Código de Processo Civil, a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte»²⁶.

«Daí que, neste contexto, a prova de primeira aparência assumia importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade, uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado acto médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “**normalidade das coisas**”, “**a experiência comum**”, o dano provavelmente não teria ocorrido se caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso»²⁷.

²² MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²³ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²⁴ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*.

²⁵ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 56.

²⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 140-141.

²⁷ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., p. 58.

«Trata-se, em suma, de uma técnica dedutiva que permite concluir que houve negligência por parte do médico, porque a experiência comum revela que, no curso ordinário das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão por uma causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado»²⁸.

No que tange à **culpa do médico**, «um dos factores a considerar na avaliação dessa culpa é, sem dúvida, a probabilidade da verificação accidental do dano sofrido pelo paciente»²⁹. «Quanto maior for essa probabilidade, isto é, quanto maior for a probabilidade de o dano ter sido causado por uma situação fortuita e imprevisível, menor é a probabilidade de o médico ter actuado negligentemente»³⁰. «Nessa mesma perspectiva, um erro grosseiro – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – é suficiente para indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico, pois que dificilmente se pode aceitar (e demonstrar) que a lesão efectivamente sofrida pelo paciente não tem origem naquele erro»³¹. «Em todo o caso, essa demonstração, que, embora difícil, não é impossível, incumbe ao médico demandado»³².

Já no que concerne ao **nexo de causalidade** entre a conduta negligente do médico e os prejuízos sofridos pelo paciente, parece dever ser-se mais exigente, porquanto, «se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma actuação negligente do médico, é a este que incumbe a prova de que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento ou, mais precisamente, de que aquele dano se deve a um nexo causal pelo qual ele não é responsável»³³.

Expostas, em linhas gerais, as duas orientações detectadas na doutrina e na jurisprudência portuguesas, em matéria de repartição do ónus da prova da culpa do médico, nas acções destinadas a efectivar a responsabilidade civil médica, é, finalmente, chegada a altura de abordar o caso dos autos.

Como já se vai ver, qualquer que seja a orientação que se perfilhe, acerca do modo como se distribui o ónus da prova da culpa do médico nas acções de responsabilidade civil médica, sempre se terá de concluir pela constituição de ambos os RR. na obrigação de indemnizar os AA. – ao contrário do que, erroneamente, foi entendido na sentença ora recorrida.

Assim é que:

a) para quem considere que a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não deixa de funcionar no campo da responsabilidade civil médica, quando a relação médico-paciente se estabelece num quadro contratual, **o ora 1º R. JOSÉ DE MENDIA não logrou ilidir a presunção de culpa que o onerava, visto não ter conseguido provar a sua alegação fáctica de que a paragem cardio-respiratória sofrida pela Rute Francisco fosse decorrente do choque anafilático** (reacção alérgica medicamentosa grave aos fármacos anestésicos) – cfr. a resposta negativa dada ao Quesito 19º da Base instrutória -, sendo certo que – como se observou no já cit. Acórdão do S.T.J. de 17/12/2002, relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO -, “*se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do*

²⁸ MANUEL ROSÁRIO NUNES in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., pp. 58-59.

²⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 142.

³⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

³¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., pp. 142-143.

³² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica” cit., p. 143.

³³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*.

*paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional*³⁴;

b) para aqueles que sustentam que, ainda que a relação médico-paciente se estabeleça num quadro contratual, a presunção de culpa estabelecida no art. 799º-1 do Cód. Civil não funciona no campo da responsabilidade civil médica, pelo que o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, sendo que, porém, **um erro grosseiro** – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – **é suficiente para indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico** e, por outro lado, **se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma actuação negligente do médico, é a este que incumbe a prova de que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento**, temos que, no caso dos autos, **os ora 1º e 2º RR. cometeram um erro grosseiro ao não terem procedido, de imediato, após a paragem cardio-respiratória que a falecida RUTE FRANCISCO sofreu** aquando da administração da anestesia local, com sedação, **à entubação orotraqueal da paciente**³⁵, tendo antes optado por lhe administrar fármacos e por proceder a massagem cardíaca externa (o R. José Mendia) e a ventilação manual (o R. Rui Bouça), **só tendo finalmente realizado a entubação orotraqueal da paciente quando constataram, muitos minutos depois, que a paciente não recuperava**, sendo certo que nenhum dos RR. logrou provar a inexistência de qualquer nexo causal entre o dano-morte sofrido pela RUTE FRANCISCO e o erro de tratamento por eles cometido.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009

Processo nº 08B1800

Relator: RODRIGUES DOS SANTOS

Sumário :

I - Em regra, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão, sendo irrelevante que o mesmo tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado.

³⁴ Segundo informa MANUEL ROSÁRIO NUNES (in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos” cit., pp. 41-42), «a doutrina e a jurisprudência italianas consideram que a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica». «Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste» (MANUEL ROSÁRIO NUNES, *ibidem*).

³⁵ Efectivamente, uma das regras de ouro da anestesiologia é a de que, **numa situação de paragem cardíaca não imediatamente reversível, deve proceder-se imediatamente a uma E.O.T.** (entubação orotraqueal) quando alguém habilitado para o fazer estiver presente.

II - Ao médico, seja qual for a sua obrigação, esteja ou não vinculado por contrato, exige-se que cumpra as *leges artis* com a diligência normal de um médico médio (*reasonable doctor*).

III - Aplica-se à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no art. 799.º, n.º 1, do CC, presunção esta que fica ilidida com a demonstração pelo médico do cumprimento diligente das *leges artis*.

IV - Recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, da existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico, dos danos (e sua extensão), do nexo causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação, por parte do médico, ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento esclarecido.

V - Perante a dificuldade natural da prova de um facto por parte do paciente, o mais que pode acontecer é fazer-se uso da *máxima iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação).

VI - Contributo relevante para a compreensão e solução desta problemática, é o Estatuto do Paciente, que, no passado recente se consolidou, nas vertentes de dignidade, visibilidade e parceiro total e igual, no binómio paciente - médico, sobretudo após o estabelecimento da doutrina do consentimento informado ou *informed consent*, donde resultou a vinculação do paciente ao dever de colaboração com o médico e o direito de obter deste o dever de prestar toda a informação sobre a natureza, características, técnicas a usar no exercício do acto médico, alternativas e riscos.

VII - A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Ao médico (seja qual for a sua obrigação, estando ou não vinculado por contrato) é exigido que cumpra as "*Ieges artis*" (também chamadas "*medical standard of care*" e "*soins conforme aux donnés aquis de la science*"?, com a diligência normal de um bom pai de família

É esta a forma de cumprimento lógica, coerente e consequente que o médico tem, do exercício de qualquer acto médico.

Convém não esquecer que neste domínio existem dois deveres, cuja observância é fundamental, a saber: o dever do médico de dar ao paciente um total e consciente esclarecimento sobre o acto médico que nele se vai realizar, suas características, o grau de dificuldade de necessidade ou desnecessidade, suas consequências e, acima de tudo, sobre o risco envolvente do referido acto médico; e o dever de colaboração do paciente fornecendo ao médico, com verdade qualquer facto da sua história clínica, com relevância para promover o sucesso ou evitar o insucesso do mesmo acto médico.

Realce-se que o dever de esclarecer o paciente subsiste, autonomamente, em relação a outros deveres resultantes de eventual contrato entre médico e doente

Este dever de colaboração (que será tanto mais optimizado quanto mais eficiente e completo tiver sido o esclarecimento ao paciente transmitido) inclui, em substância, para além da exposição e resposta com verdade e sem qualquer omissão ao seu histórico clínico, inclui também e designadamente a notícia de eventuais incompatibilidades ou restrições à toma de fármacos com incidência no campo da anesthesiologia ..

Na relação médico-paciente e a propósito da prestação do médico, no exercício do acto médico, é usual distinguir-se aquela em obrigação de meios, de resultado e de garantia (Ver. Almeida Costa in Direito das Obrigações, 1968. pág.432).

Das duas primeiras, a de meios é aquela em que o devedor se compromete a desenvolver prudentemente e com diligência certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza (v.g. a obrigação do médico de empregar a sua ciência na cura da doença); a obrigação de resultado verifica-se quando se conclui da lei ou do negócio jurídico que o devedor está adstrito à obtenção de um certo efeito útil (v. g. a obrigação da entrega de uma quantia em dinheiro, ou uma obrigação de prestação de facto: um exemplo: a do mestre de obras em levantar um edifício de acordo com determinada planta).

Acrescente-se, então. que, na obrigação de meios, o devedor fica exonerado no caso de o cumprimento demandar uma exigência maior que a que prometeu e que quer a impossibilidade subjectiva como a objectiva não imputáveis ao devedor o exonerem; e que, na obrigação de resultado, só a impossibilidade objectiva e não culposa libera o devedor.

Aceitamos, sem qualquer esforço que, na actividade médica como de resto em tantas outras situações da vida possa ou não haver um contrato prévio (mesmo sem forma escrita, ou, puramente, consensual) e que, por isso o acto médico seja exercido sob responsabilidade de natureza contratual ou extra contratual, institutos muito semelhantes, porém, com subsunção a algumas normas específicas, como é sabido

Responsabilidade civil contratual e extracontratual são, então, duas modalidades que, em regra preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da profissão, sendo irrelevante que o médico tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado.

A responsabilidade pelo risco (artigo 483º nº2 do CC) não tem cabimento nesta sede pela razão de que (...só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei) como reza o segmento da norma atrás referido; e lei não existe em tal sentido

Em qualquer caso, não deverá perder-se de vista que a actividade médica é uma actividade demasiado técnica, demasiado relevante na sociedade (e dela estruturante), para que nela se não atente e se valorize essa especificidade.

Apesar disso não se vislumbram razões para. que a efectivação da responsabilidade civil do médico não decorra ao abrigo de todas as regras normativas inerentes aos dois regimes de responsabilidade civil; contratual ou extra contratual, nomeadamente, no concernente à presunção de culpa do médico na contratual e ao acolhimento integral das regras do ónus da prova (artigos 342, 343 e 344 do CCivil (neste sentido, a posição adoptada pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues - in Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos -Revista Direito e Justiça 2000 ano XIV, nº3, pág. 183 182 e 138),

Entende-se assim que se aplica à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no artigo 799º nº 1 do CC, dado não existirem nessa situação razões específicas que justifiquem o afastamento dessa regra.

E isto é assim, quer se entenda estar-se perante uma obrigação de meios ou de resultado

Mas, não se deverá olvidar que a presunção se refere, tão só à culpa.

A prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competirá sempre ao Autor.

O Prof. M Andrade (Noções Elementares de Processo Civil, 1976 pág. 203) afirma que... quanto à existência de danos e à sua extensão e quanto ao nexo de causalidade, entre o ilícito contratual e os mesmos danos está claro que a prova recai sempre sobre o autor.

Porém, o ilustre professor de Coimbra acrescenta que, perante a dificuldade natural da prova de um facto o mais que pode acontecer é fazer uso da máxima “iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur”; o que significa: para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação (ob. cit. pág 202).

Ademais, alterar nessas circunstâncias, as regras de funcionamento dos institutos em causa, (responsabilidade civil contratual e extracontratual) representaria um dano considerável na confiança e na certeza do direito e mesmo a ofensa ao princípio da igualdade de armas.

E teria ainda outra consequência; é que, como referem Luís A Guerreiro e Anabela Salvado (in Responsabilidade civil dos médicos - Revista da F M L Série 111 vol.5 nº 5) o agravamento sistemático da responsabilidade civil dos médicos pode trazer efeitos perversos, ou seja o chamado exercício defensivo da medicina.

Aliás será o caso concreto que, analisado em toda a sua envolvência, individualidade e singularidade, há-de ditar se, naquele caso se está perante uma relação contratual ou extra contratual, se a obrigação é de meios ou de resultado, se houve ou não incumprimento, se a actividade médica podia ou não ter sido classificada de perigosa.

Adiante-se que a configurar-se a existência de um contrato ele pode ser meramente consensual, não exigindo forma escrita, designadamente.

Assente-se, contudo no seguinte:

A realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, integra, por norma, um contrato de prestação de serviços médicos -artigo 1154.º do Código Civil.

Embora a execução de um contrato de prestação de serviços médicos possa implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado,(de acordo com a natureza e objectivo do acto médico), o certo é que, na esmagadora maioria dos casos, o que se pretende é que o acto médico seja bem sucedido e alcance o objectivo pretendido (seja o de simples mitigar a dor ou a intervenção cirúrgica mais complexa.).

Com efeito, deve atentar-se, sempre ao caso concreto e todas as suas envolvências, pois só desse modo se conseguirá definir e rotular juridicamente a situação em presença.

No caso de **intervenções cirúrgicas**, em que o estado da ciência não permite sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as *leges artis*; aí, até por razões de justiça distributiva, haverá de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado

A prestação do médico, tanto na responsabilidade contratual, como na extra contratual, sendo a obrigação de meios ou de resultado) projecta-se, sempre no cumprimento diligente da *legis artis* e com a prova desse cumprimento se exonerará (com a ressalva de o se comprometimento poder ter sido mais abrangente, o que terá de se alcançar do dito contrato.) .

Ao paciente incumbirá a prova do contrato (tratando-se de responsabilidade contratual) e dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso das *leges artis* e da devida diligência por banda do médico.

Não se olvidando em todo o caso, os deveres atrás referidos de colaboração e de informação , donde haverá de ter resultado o consentimento esclarecido do paciente.

(...)

***In casu*, se bem compulsamos os autos, vistos os factos, não vislumbramos que os AA tenham provado quaisquer factos que permitam concluir pelo cumprimento ou incumprimento dos RR.**

Aliás, bem se pode dizer, até que tal matéria não só não integra qualquer conduta lesiva por banda dos médicos como chega mesmo a afastar eventual culpa destes, revelando uma conduta - tudo indica - diligente e adequada (V. factos 18 a 20).

Na verdade, a equipa integrou um anestesiolgista (médico anestesista) e o médico que efectuou a cirurgia (factos 18 a 20).

Ademais, ficou provado que o estado de saúde da paciente não fazia prever qualquer contra-indicação para a administração anestésica e sedação.

Note-se que a administração anestésica tem basicamente 2 efeitos:

a) Efeito analgésico.

b) Efeito sedante, que pode ir até à inconsciência do paciente, como acontece na grande cirurgia, onde se administra a anestesia geral em que se procura que o doente não só não sinta a dor (analgesia), como não se aperceba das manobras cirúrgicas, de modo a evitar não apenas que não se enerve, mas também que não se mexa, para não ocorrer qualquer acidente no corte dos tecidos, num eventual acesso de tosse ou num vômito, que teria quase fatalmente consequências nefastas (incluindo asfixia por vômito, pneumonia etc.etc).

Ora, desconhecendo-se) o tipo de anestésico usado e como está provado que nada fazia prever qualquer contra-indicação, na fase pré-anestésica, há que concluir que não era de contar, no caso com tal consequência para a paciente

Por outro lado, não ficou provado o nexu causal entre a paragem cárdio - respiratória e o choque anafilático

Portanto, não resultou provada qualquer violação das *leges artis*!

Aliás, se tivesse sido provada qualquer violação de uma *lex artis medicinae*, ainda que por presunção judicial, ela deveria constar do elenco factual apurado!

É importante reter, ainda que está provado que, antes da submissão à cirurgia, por indicação do médico Operador, a paciente realizou exames médicos que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção (facto 16°).

Assim , embora não tenha sido apurado que tipo de exames clínicos foram efectuados, deverão considerar-se implicitamente efectuados exames cardiológicos (ECC, ecografias, etc, consulta da especialidade), pois são rotineiros em caso de cirurgia e revelam diligência de quem efectuou a cirurgia.

Mas esta diligência dos médicos, também se evidencia nas manobras de ressuscitação, pois vem provado que a paciente foi entubada (oro-traquealmente) e colocada em posição de decúbito dorsal, sendo-lhe efectuadas massagens cardíacas e ventilação manual, o que revela diligência na aplicação das técnicas reanimatórias em tais casos (factos 28° a 34°).

Em resumo, não resultou provado que a paragem cardio-respiratória da jovem paciente, de que resultou a morte, fosse consequência da conduta errada ou indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático.

Perfunctóriamente se referirá que em teoria, é possível a imputação objectiva do resultado à conduta (por acção ou omissão) de acordo com a doutrina ou teoria da causalidade adequada entre nós consagrada (matéria de direito).

Porém se é sabido que a doutrina da causalidade adequada, sobretudo na área jurídico-penal, vai cedendo o passo às novas teorias da imputação objectiva, designadamente à teoria do incremento do risco, moderada pelo critério do âmbito da tutela da norma, o certo é também que, no caso, e como atrás se disse já , o ónus da diligência recai sobre o médico desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual (evidentemente nos casos em que haja contrato, porque em caso de responsabilidade extra-contratual terá de fazer prova até da culpa do autor da lesão - artº 487º do C.Civil).

No caso sub judicio como se trata de responsabilidade contratual, aos AA. caberia apenas, em tese, fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual (contrato e nexa causal) , porque a prova da diligência caberia aos médicos, por força da presunção da culpa na responsabilidade contratual, a que se refere o artº 799º, nº 1 do CCivil.

Ora, singularmente, o que sucede é que não só os AA não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, como os próprios Réus provaram a diligência com que actuaram.

Diligência que, em direito civil médico, há-de aferir-se pelo conceito equivalente, não do bonus pater familias, mas do médico médio ou, como dizem os britânicos, do «reasonable doctor»!

Voto de vencido do Conselheiro JOÃO BERNARDO:

II -

Tem sido longa a discussão sobre se, quando o acto médico se integra no cumprimento dum contrato entre médico e paciente, vale contra aquele a presunção de culpa do artigo 799.º, n.º1 do Código Civil. Entendendo a esmagadora maioria dos autores que vale tal presunção (cfr-se uma enumeração em Pinto de Oliveira, Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde, em Responsabilidade Civil dos Médicos, 231, podendo acrescentar-se Álvaro Rodrigues, Direito e Justiça, XIV, 3, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos, 209).

Também entendo que vale.

III -

Mas, mesmo para os cépticos relativamente a tal presunção, as particularidades do presente caso podem justificar um entendimento ressalvante.

Gira a discussão, fundamentalmente, na natureza da obrigação de meios que, salvo acordo em contrário, impende sobre o clínico. **Este, por força do contrato, não se obriga a obter determinado resultado, mas a realizar os actos que de acordo com a legis artis são os mais indicados para a obtenção dele.**

Só que, o caso presente não se reporta à obrigação principal de extrair a gordura das culotes da paciente. Interpõe-se uma realidade particularmente danosa que assume, no quadro da relação contratual, total autonomia. **Não se trata agora de saber se os médicos/réus agiram ou não negligentemente quanto à extracção da gordura das culotes da paciente, mas de avaliar o modo como agiram relativamente à anestesia.** Não, pois, de encarar esta como meio de obtenção do resultado estético pretendido.

Vem aqui ao de cima a referida autonomia, devendo a fase anestésica ser tratada como um capítulo próprio de toda a realidade debitória que os réus assumiram.

IV –

A anestesia geral visa colocar o paciente num estado de inconsciência a que se sucede, passado algum tempo, a retoma do estado consciente. No caso de anestesia apenas local, visa-se insensibilizar, certas zonas do corpo, com recuperação da sensibilidade passado também algum tempo.

Ao invés da recuperação, a doente entrou num estado que lhe produziu a morte.

Haviam os réus, contratualmente devedores, de demonstrar que a anestesia foi correctamente aplicada e que, perante a reacção gravíssima a ela, usaram as técnicas medicamente adequadas à situação.

No presente caso, não se pode, a meu ver, cindir a culpa (ou sua presunção) do comportamento devido. **Portas adentro da sala de operações, cada fracção do comportamento devido** (posição da doente, escolha dos anestésicos, modo de aplicação – oral, injectável, de uma só vez ou gradualmente – doses aconselhadas, conjugação e compatibilização entre os fármacos, detecção imediata do início da bradicardia ou outra reacção adversa, modo de agir imediato sob o prisma das legis artis, etc) **estava e esteve determinada pela diligência, ou falta dela, dos clínicos.**

A presunção de culpa abrange, no presente caso, a ideia de que não se teve o comportamento devido e de que daí derivou a morte.

V -

À conclusão da omissão do comportamento devido se chega, se necessário, como já chegou a Relação – trazendo o entendimento, que me parece de acolher, de Manual Rosário Nunes, O Ónus de Prova Nas Acções de Responsabilidade Civil, pág. 58 - **pelo recurso à figura da prova da primeira aparência. A medicina não é uma ciência exacta. Cada doente pode constituir um caso particular. Mas, resultando uma morte numa anestesia local, numa doente sem dados clínicos desfavoráveis, é de considerar, em primeira aparência, a negligência de quem era o responsável pela administração da anestesia e/ou pela recuperação dela.** Todos os dias, milhares e milhares de anestésias locais são aplicadas sem que haja o menor dano para os pacientes. **A consequência mortal do caso agora em apreciação vai contra o normal evoluir das coisas, contra a sucessão vulgar dos acontecimentos,** pelo que, atenta também tal figura, penso que **caberia aos médicos demonstrar que a aplicação da anestesia foi correcta, que detectaram logo que algo se passava e que as tentativas de reanimação foram as mais adequadas,** tudo de acordo com as legis artis. Como se entendeu - num caso, para o que aqui nos interessa, com semelhanças - no Acórdão da Audiência Provincial de Girona (Espanha), de 26.5.2000 (Transcrito, em parte, em Responsabilidade Civil II, Daños Personales e Quantum Indemnizatorio, de Miguel Mateos, Elena Orquín, Marta Goñi e Ainhoa Vigil, página 287): “... **no es normal que una persona acuda a un hospital para que le traten de un dolor y acabe con una paraplejía, por lo que si está claro que algo falló, lo lógico es pensar que la actuación médica fue incorrecta...**”

VI –

A repartição do ónus de prova de acordo com o que vem sendo explanado parece-me, aliás, mais consentânea com o princípio da razoabilidade.

Como refere Carneiro de Frada, a propósito da responsabilidade médica e hospitalar (Direito Civil - Responsabilidade Civil, 116):

“Consoante os casos, são de admitir – naturalmente em graus e medidas diversos – facilitações de prova (prova prima facie) e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa...”

Indo a filha dos autores submeter-se a uma anestesia local e constatando-se que, na sequência dela, faleceu, é, a meu ver, extremamente violento, o entendimento de que os pais haviam de demonstrar quais as condutas dos médicos que, porventura, tenham estado, por negligência, na base da morte.

Tudo o que referimos no número anterior, (desde os produtos de anestesia e aí por diante) passou ao lado dos progenitores, quer pela imensidão de conhecimentos técnico-médicos envolvidos, quer pela completa reserva a pessoas estranhas com que estes actos médicos são levados a cabo, quer ainda pela não possibilidade de detecção da grande maioria dos erros médicos em exames posteriores.

Decerto que, **mesmo perante acto médico tecnicamente impecável, pode acontecer a morte duma pessoa.** É sabido de todos – e, como tal, facto notório – que **a administração dum vulgaríssimo medicamento pode conduzir um paciente, com uma vulnerabilidade especial e não detectável, a resultados desastrosos. Mas, cabe ao médico, demonstrar que agiu correctamente, num quadro de razoável imprevisibilidade.** De outro modo, o exercício dos direitos do paciente, ou herdeiros no caso de morte, fica gravemente esvaziado perante a possibilidade, ainda que de verificação raríssima, de ter lugar, imprevistamente, uma consequência fatal.

VII –

Traçado este quadro, atentemos nos factos provados.

No ponto 33 da matéria de facto, deu-se como provado que o réu José Mendia iniciou a administração da anestesia local. Ora, este réu não era o anestesista, era apenas o cirurgião.

No ponto 34.º da BI perguntava-se se as doses anestésicas administradas foram as correctas, tendo o tribunal que julgou a matéria de facto respondido “não provado”.

Os réus não demonstraram que, perante a bradicardização, o que a ciência médica impunha era a colocação da doente em decúbito dorsal, a massagem cardíaca externa e a ventilação manual (que fizeram de imediato), ficando a entubação oro-traqueal para o caso de não recuperação através daqueles métodos (cfr-se as respostas restritivas aos pontos 21.º e 22.º da BI).

A equipa do INEM tomou a responsabilidade pela reanimação, tendo, designadamente, ministrado atropia, adrenalina e mais fármacos, com o que conseguiu pulsação e pressão arterial (ponto 39.º). **Fica sem se saber por que conseguiu o INEM estas pulsação e pressão arterial e não os réus que também tinham sulfato de atropina e adrenalina (cfr-se ponto 46 da enumeração factual).»**

Voto de vencido do Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS:

«Um médico obriga-se não só a não prejudicar o aproveitamento das possibilidades (chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele está apetrechado, mas sobretudo a não abortar uma acreditada possibilidade médica de êxito.

Esta actividade debitória do médico não se compagina com uma mera tutela aquiliana, com um mero comportamento de “non nocere”, uma vez que assim, deixaria a descoberto aquela obrigação, que precisamente caracteriza o conteúdo do direito creditício que um doente tem face a um médico, e que se distingue, obviamente, daquele direito absoluto de exclusão, que o doente pode fazer valer contra qualquer pessoa.

Actualmente é comum o entendimento que entre o médico e o doente se celebra, em regra, um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar, ao segundo, assistência médica, mediante retribuição.

Em princípio, o contrato será subsumível à categoria de um contrato de prestação de serviço.

Na decorrência da sua prestação e para satisfazer o interesse do doente, o médico tem de detectar o problema que o afecta, escolher e aplicar uma terapia que o debele ou atenua, segundo as melhores regras disponíveis no momento da prestação.

A efectivação da responsabilidade de um médico depende da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos, que têm que ser demonstrados em juízo.

Assim, **quer se funde na responsabilidade contratual, quer na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo e que cause um dano ao doente.**

Em princípio e de acordo com as normas da distribuição do ónus da prova – cfr. nº1 do artigo 342º do Código Civil – **caberá ao autor/doente alegar e provar os factos demonstrativos da verificação daqueles pressupostos.**

No entanto, o encargo probatório que recai sobre o doente – um leigo na matéria, com um acesso, muitas vezes dificultado, ao registo médico – revela-se muito pesado, tanto mais que o recurso a peritos é oneroso e nem sempre conclusivo.

Desta forma, a imposição do ónus probatório acima referido transforma-se num mecanismo de predeterminação sistemática de insucesso de uma delas – o doente – em favor da outra – o médico.

A obrigação de um médico é, em princípio, uma obrigação de meios e não de resultado, dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos actos praticados por aquele, estando, pois, este apenas obrigado a uma obrigação de diligência ou de cuidado, de prudência.

Assim, **um médico incorre numa situação de incumprimento quando se desvie do padrão de comportamento diligente e competente, a que, como profissional da área, deve obedecer.**

O seu comportamento será ilícito se se desviou desse comportamento, tomado o seu agente como um elemento de um grupo caracterizado e diferenciado dentro da categoria geral dos profissionais médicos e da especificidade da situação.

E será culposos, se se tomando em conta a especificidade do circunstancialismo em que o concreto agente actuou, se puder concluir que ao agente era exigível outro comportamento.

Considerando a obrigação que um médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, pode-se concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade.

Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às “leges artis” – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde.

A ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha.

A insatisfação do interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, poderá funcionar como indício ou demonstração “prima facie” do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico.

Demonstrado o incumprimento desta “outra” obrigação, **caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo “dano de destruição das possibilidades (ou chances)” provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfizesse o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam.**

Perante a falta de consecução daquele “outro resultado” devido poderá, e deverá, ser aplicado o regime geral da responsabilidade obrigacional, sem necessidade de operar qualquer desvio, nomeadamente quanto à presunção de culpa do devedor genericamente consagrada.

A culpa de um médico, na falta de qualquer norma específica sobre o assunto, é avaliada pela regra geral contida no nº 2 do artigo 487º do Código Civil, ou seja, pela “diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

Importante para o direito não é erro científico em si, mas a causa humana do mesmo, ou seja, **para o surgimento de uma obrigação de indemnizar não basta a verificação de um erro, antes se exige que ele assumia uma configuração tal, que torne o agente merecedor de um juízo de reprovação.**

E sê-lo-á, quando o percurso seguido pelo médico deva ser censurado – seja culposos.

O desequilíbrio relacional é a nota característica da relação que se estabelece entre o doente e o médico e que se reflecte no plano probatório, na medida em que **o paciente é um sujeito particularmente enfraquecido, porque física e mentalmente debilitado por força da patologia que o afecta e assimetria da relação entre o médico e o doente é aumentada pelo carácter especializado da prestação médica e pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes.**

O médico devedor é um profissional de assistência médica e o doente-credor é, em regra, um leigo nessa matéria.

Posto isto, voltemos ao caso concreto em apreço.

Parece não haver dúvidas quer o réu CC – porque, apesar de cirurgião, iniciou a administração da anestesia local – quer o réu DD – porque, como anestesista, administrou drogas à EE para fazer a sedação vigil – estiveram na origem do facto que originou a bradicardização desta e subseqüentes consequências, ou seja, a administração da anestesia local.

Mas esta actividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE?

Esta pergunta é feita com base no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impendia sobre os réus.

Na verdade e uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e, consequentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que **o resultado imediato que se pretendia – a lipoaspiração, antecédida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – chances – que ela apresentava.**

Face à matéria de facto dada como provada **não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua actuação se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente.**

Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, **pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE.**

Sendo assim, **com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito.**

E de acordo com o que acima ficou exposto, **eram os réus que tinham de alegar e provar que aplicaram a aptidão e diligência possível, mas que por razões que não podiam prever ou não podiam controlar, a finalidade pretendida –a lipoaspiração, com a preliminar anestesia local – se gorou e as chances existentes se perderam.**

Ora, **os réus alegaram que a bradicardia se ficou a dever a uma reacção alérgica grave (choque anafilático) aos anestésicos.**

Não conseguiram, no entanto, provar tal facto.

Não elidiram, assim, a presunção de culpa que incidia sobre eles, nos termos acima referidos.

Ou seja, **não demonstraram qualquer causa externa à sua actuação que tenha estado na origem da bradicardização.**

Por isso, presume-se a sua culpa.

Por outro lado e **em relação aos acontecimentos posteriores à ocorrência da bradicardia, fica-se sem saber se os procedimentos efectuados pelos réus foram os mais adequados, ou seja, se os réus actuaram com um razoável e mediano grau de perícia e competência.**

Na verdade, **fica-nos a dúvida sobre se os réus, perante a bradicardia, não deviam imediatamente colocar a Rute em decúbito dorsal em vez de a manter no decúbito ventral**, conforme de conclui a primeira parte da resposta ao ponto 21º da base instrutória.

E por se tratar de uma lipoaspiração, necessariamente com uma doente obesa, se o posicionamento ideal para permitir uma ventilação correcta não era desde logo o decúbito dorsal.

E estando na posição de decúbito ventral, se não deviam imediatamente fazer a entubação orotraqueal e não começar por fazer a ventilação manual, como fizeram.

Anoto-se, a este respeito e como acima ficou dito, que **não ficou provado que o esquema terapêutico iniciado pelos réus tenha sido o mesmo que a equipa do INEM utilizou aquando da sua intervenção** – resposta restritiva ao ponto 29º da base instrutória.

Finalmente, **também ficamos com dúvidas sobre se os réus não deveriam chamar imediatamente o INEM.**

Tudo dúvidas que, face à presunção de culpa dos réus, estes deveriam esclarecer.

Limitaram-se os réus a dizer o que fizeram, no pressuposto de que o que fizeram era o que correspondia ao padrão de conduta que um médico medianamente competente, prudente e sensato, teria tido naquelas circunstâncias.

No entanto, ficamos sem saber, porque não alegados os respectivos factos, qual esse padrão.

A este respeito, há que anotar que **não se provou o facto, por si alegado, de que as doses anestésicas administradas tenham sido as correctas** – resposta negativa ao ponto 34º da base instrutória.

Por tudo o que acabou de se escrever, entendo que se verificam no caso concreto em apreço os pressupostos para os réus indemnizarem os autores, pelo que negaria a revista e confirmaria o acórdão recorrido.

Acórdão do STJ de 18-09-2007

Revista n.º 2334/07 - 1.ª Secção

ALVES VELHO (Relator), Moreira Camilo e Urbano Dias

Sumário:

I - Convencionada entre o médico e a paciente a assistência num parto, a relação estabelecida é juridicamente qualificável como um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos.

II - Da eventual violação das prestações contratuais - cumprimento defeituoso - decorre responsabilidade de natureza contratual, incidindo sobre o médico a legal presunção de culpa.

III - A prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela

inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar.

IV - Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as leges artis, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente.

V - O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (acto ilícito), ele mesmo.

VI - Em sede de causalidade adequada, por sua vez, tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados - determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar - e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«4. 1. - Os Recorrentes não põem em causa, ao menos em termos de manifestação de discordância, pois que o admitem como pressuposto, que a relação estabelecida entre A. e R. é susceptível de ser juridicamente qualificada como um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, com previsão no art. 1154º C. Civil, mas não especialmente regulado.

Porque inteiramente compatível com a factualidade alegada e provada, tem-se por adquirido que a responsabilidade actuada decorrerá da violação das prestações contratuais inerentes e próprias do cumprimento desse contrato, o que vale por dizer, como também vem admitido, que nos movemos no âmbito da responsabilidade contratual.

Situamo-nos, nesta modalidade de responsabilidade, no domínio do cumprimento das obrigações contratuais, ou seja, da responsabilidade contratual pelo incumprimento.

Quando haja incumprimento ou quando a prestação seja defeituosamente cumprida, o devedor, cuja culpa se presume, responde pelo prejuízo causado ao credor, nomeadamente, no caso, pelos efeitos danosos da privação da coisa cujo gozo se encontrava vinculado a facultar – arts. 798º e 799º-1 C. Civil.

Em caso de incumprimento da respectiva prestação, a lei impõe ao devedor a prova de que o mesmo não procede de culpa sua.

Ainda quanto a este ponto – da natureza contratual da responsabilidade e consequente presunção de culpa do devedor -, as Partes admitem o acerto da decisão impugnada, que não se afasta da jurisprudência e doutrina claramente dominantes.

Damos, pois, por assente, que a responsabilidade é de natureza contratual e sobre o R., médico, incide a presunção de culpa a que alude o dito art. 799º-1.

4. 2. - A inexecução da prestação contratual, como violação do contrato, é um acto ilícito, elemento integrante da responsabilidade contratual.

No domínio desta responsabilidade, presume-se, como se disse, a culpa, mas, na falta de norma que o permita, o mesmo não acontece relativamente aos restantes requisitos da responsabilidade civil.

Assim, há-de ser sobre quem invoca a prestação inexacta da outra parte como fonte da responsabilidade que há-de recair o ónus de demonstrar os factos que integram esse incumprimento (facto ilícito), os nexos de imputação e de causalidade, bem como os prejuízos dele decorrentes (dano), ou seja os pressupostos obrigação de indemnizar, com excepção da culpa, cuja demonstração de inexistência impende sobre o demandado – art. 342º-1 C. Civil.

Tem-se, então, por certo que quem invoca o cumprimento defeituoso tem de provar a existência do defeito, ou seja, que o devedor, apesar de realizar a prestação, não o fez em termos integralmente correspondentes ao exacto conteúdo da obrigação a que estava vinculado, satisfazendo o interesse do credor.

A ilicitude resulta sempre da violação de um dever jurídico, em regra, no caso de cumprimento defeituoso, no âmbito dos deveres secundários ou acessórios de conduta que acompanham o cumprimento adequado da prestação principal.

Como violação de um dever que tem ínsito um juízo de reprovação – por se ter omitido, podendo fazer-se, o que era devido –, a ilicitude do acto pressupõe, necessariamente, a existência desse dever e uma actuação voluntária diferente da que o dever impõe.

A execução defeituosa, ou ilicitude, objectivamente considerada, consiste, então, numa omissão do comportamento devido, consubstanciado na prática de actos diferentes daqueles a que se estava obrigado (cfr. PESSOA JORGE, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, 69).

À ilicitude, enquanto negação de valores tutelados pela ordem jurídica, considerada objectivamente, acresce a culpa, considerando os aspectos circunstanciais que interessam à censurabilidade da conduta, culpa que se refere ao acto ilícito e não ao dano, sendo que uma coisa é o aspecto da conduta irregular do agente, outra o da sua conduta fáltosa (A. VARELA, “Das Obrigações em Geral”, 9ª ed., 607/8).

Esta, em sede de culpa, presume-se, aquela, no plano da ilicitude, não.

4. 3. - Convocando agora as especificidades do caso, vem sendo entendimento corrente que a obrigação a que o médico se vincula perante o paciente – ressalvados, naturalmente, os casos em que garante a obtenção de determinado resultado –, consiste em lhe proporcionar os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, de acordo com a sua aptidão profissional e “em conformidade com as leges artis e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados” ao tempo da prestação (ac. STJ, de 11/7/06, proc. 06A1503 ITIJ).

Estar-se-á, pois, perante a denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar.

Não estando em causa a prestação de um resultado, não será suficiente alegar e demonstrar a não obtenção de um certo resultado ou a verificação de um resultado diferente do esperado para que exista incumprimento ou cumprimento defeituoso, pois que a violação da obrigação reside sempre na prática deficiente/defeituosa do acto ou na abstenção da prática de actos exigidos pela situação clínica do doente. O que se exige, sob pena de violação do dever jurídico que enforma a sua prestação, é que o médico actue em conformidade com essas regras e actue com diligência normal.

Consequentemente, quando se invoque tratamento defeituoso para efeito de obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade contratual é necessário provar “a desconformidade (objectiva)

entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano” (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in “Direito da Saúde e Bioética”, AAFDL, 1996, pg. 117).

Feita essa prova, então sim, funciona a presunção de culpa, a impor ao R., como condição de libertação da responsabilidade, que prove que a desconformidade (com os meios que deveriam ter sido usados) não se deveu a culpa sua (por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados), mas já não, por exemplo, que o evento danoso se produziu por causa estranha à sua actuação e/ou qual tenha sido essa causa.

Numa palavra, presume-se a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso, ele mesmo.

Depois, já em sede de culpa, como se escreveu no acórdão de 22/5/03 (proc. 03P912, ITIJ), “o ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é a desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura”, enfim, uma conduta deficiente, merecedora de reprovação à luz dum correcto e adequado do desempenho profissional, nas concretas circunstâncias.

É esta conformidade de actuação entre a conduta exigível e a conduta efectivamente observada que, provada a desconformidade objectiva, o médico tem de provar, quando confrontado com esta última, enquanto acto ilícito.

Finalmente, em sede de **nexo de causalidade**, dir-se-á que obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que provavelmente não teriam ocorrido se não fosse a lesão – art. 563º C. Civ..

É pacífico que o nosso sistema jurídico acolheu a doutrina da causalidade adequada, que não pressupõe a exclusividade de uma causa ou condição, no sentido de que esta tenha só por si determinado o dano.

Por outro lado, o nexo de causalidade que se exige apresenta-se, a um tempo, como pressuposto da responsabilidade e como medida da obrigação de indemnizar e “não se refere ao facto e ao dano isoladamente considerados, mas ao processo factual que, em concreto, conduziu ao dano” no âmbito da aptidão geral ou abstracta desse facto para produzir o dano (vd. A. VARELA, “Das Obrigações em Geral”, I, 9ª ed., 925).

Serão sempre as circunstâncias a definir a adequação da causa, mas sem perder de vista que para a produção do dano pode ter havido a colaboração de outros factos, contemporâneos ou não, e que a causalidade não tem de ser necessariamente directa e imediata, bastando que a acção condicionante desencadeie outra condição que, directamente, suscite o dano – causalidade indirecta.

Aqui cabem, naturalmente, os casos em que a condição directamente operante é um facto do próprio lesado ou de terceiro, designadamente aqueles em que a uma omissão se segue o acto danoso.

Assim entendido o nexo de causalidade, restará, por referência a um juízo de “prognose posterior objectivo” formulado a partir das enunciadas circunstância efectivamente conhecidas e cognoscíveis de um observador experimentado, retirar a pertinente conclusão.

Na responsabilidade em análise, tem de ser provado pelo paciente que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados – determinação dos actos que deviam ter sido praticados e não foram, do conteúdo do dever de prestar - e, por tal ter acontecido, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, ou seja, foi produzido um resultado que se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado ou omitido.

4. 4. - Passando ao caso concreto, temos, na síntese factual utilizada no acórdão impugnado, o seguinte quadro:

A A. contratou os serviços médicos do R., que a assistiu na gravidez e realizou o parto.

Após o parto, o R. constatou que a placenta não saíra totalmente, por ser acreta, a alertou a A. para a possibilidade de terem ficado no útero restos de placenta, caso em que, não sendo expulsos naturalmente, há que provocar a sua saída, fazendo uma raspagem ao útero, se surgirem hemorragias.

Tal veio efectivamente a ocorrer, pelo que o R. constatou a necessidade da curetagem (raspagem), com a finalidade de retirar os restos da placenta que eram causa de dores e hemorragias.

A curetagem, com essa finalidade, foi realizada e, no próprio dia, o R. deu «alta» à A..

Aconteceu, porém, que, ainda no mesmo no dia, de regresso a casa, a A. sentiu muitas dores e, no dia seguinte, teve de novo uma hemorragia.

No dia imediato recorreu a outro médico e a outro hospital, onde se submeteu a exames, apresentando anemia e infecção, a que foi tratada, e realizou, depois, nova curetagem.

Desta curetagem saíram fragmentos de diâmetro inferior a 2cm, com o peso total de 8 gramas, que era possível que viessem a ser expulsos na menstruação seguinte.

Ora, percorrida a matéria alegada como fundamento da pretensão da A., limitando-se ela, como limita, a remeter para “o dever do R., como profissional de saúde, de efectuar toadas as diligências necessárias para averiguar se existiam ou não restos de placenta no útero, o que não fez, podo em perigo a vida da A.” – arts. 64º e 65º da p.i. -, atribui, se bem interpretamos, a deficiência de actuação do R. à omissão de actos posteriores à curetagem por este realizada, eventualmente, presume-se, exame por ecografia, que seria, admite-se, uma das diligências a que se refere, necessárias para averiguar se existiam ainda restos de placenta.

Seja como for, certo é que nada se alegou relativamente à necessidade de tais diligências não identificadas, como nenhuma desconformidade, deficiência, inadequação ou má execução se provou, ou, tão pouco se alegou, relativamente a toda a sequência de actos praticados pelo Réu, desde a assistência e intervenção no parto até à realização da curetagem.

Sabe-se, é certo, que esta se destinava a retirar os restos da placenta que se sabia subsistirem no útero e que, apesar disso, ali permaneceram ainda fragmentos que, pesando 8 gramas, poderiam ser naturalmente expulsos.

Como se sabe que, dois dias após a raspagem feita pelo R., a A. apresentava ligeira anemia e infecção.

Porém, uma vez mais, nenhuma relação se estabelece entre a estas constatações e os actos praticados pelo R. ou por ele omitidos.

Em vão se procura, na verdade, uma desconformidade entre a actuação do R. e as leyes artes, seja por ter praticado a curetagem de forma deficiente - o que, de resto não lhe é imputado, mas apenas omissão de diligências para averiguação da existência de restos de placenta -, seja por ter omitido actos necessários e adequados à atenuação ou superação do estado da Autora, designadamente perante a circunstância de ser portadora de placenta acreta – actos que também, em concreto, não se referem.

Se se alegasse e provasse, por exemplo, que a manutenção dos fragmentos de placenta se deveu a incumprimento das leyes artes e que a anemia e infecção detectadas foram dele consequência adequada, então sim, estaria demonstrado o cumprimento defeituoso, funcionando, de pleno, a presunção de culpa.

Diversamente, indemonstrado o incumprimento objectivo dos deveres do médico – a ilicitude-, a questão da prova, por este, da utilização das técnicas adequadas, ou da impossibilidade de as utilizar, em sede de ilisão de culpa, já nem sequer se coloca.

A terminar, resta notar que não há que convocar aqui qualquer dever de vigilância subsequente à prática da curetagem pelo R., tendo em vista reduzir ou afastar o risco de ocorrências anómalas passíveis prejudicarem a saúde do paciente.

Sem prejuízo de se entender que existe um dever de vigilância no período pós intervenção que se funda naquele dever acessório de superar riscos possíveis, certo é que, qualquer que seja o conteúdo, extensão ou densidade desse dever, decerto a determinar casuisticamente, a Autora, confrontada, ainda no mesmo dia, com dores, e, no dia seguinte com a hemorragia, optou por procurar outro médico e outros serviços, inviabilizando, ela mesma, o cumprimento dum tal dever e interrompendo o desenvolvimento do vínculo com o R. no complexo das respectivas obrigações (contratuais).

Surge, a este propósito, um corte do nexo de causalidade, a reflectir-se, não só na responsabilidade, nas se ainda fosse necessário invocá-lo, na obrigação de indemnizar e respectiva medida.

4. 5. - Em conclusão, não concorrem os pressupostos da responsabilidade civil e da obrigação de indemnizar, desde logo a prática de facto ilícito imputável ao Réu.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/9/2007

Processo: 1360/2007-7

Relator: ROSA RIBEIRO COELHO

Sumário:

I – O acto médico pode constituir simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito, sendo de aceitar como solução natural, inexistindo uma norma que especificamente diga o contrário, a concorrência ou o cúmulo de responsabilidades.

II – É uma obrigação de resultado, e não uma obrigação de meios, a assumida por um médico anátomo-patologista que se compromete, a solicitação de outra pessoa, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo dessa pessoa.

III – Há cumprimento defeituoso dessa sua obrigação se, com omissão da diligência e cuidados devidos, no exame é diagnosticada a existência de um adenocarcinoma na próstata do paciente, quando este apenas sofria de uma prostatite.

IV – Trata-se de responsabilidade contratual, nada obstando a que neste caso se presuma a culpa do médico.

V – Tem também cabimento o uso de uma técnica dedutiva – prova de primeira aparência – que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.

VI – Sendo de formular este juízo, a responsabilidade pode igualmente se qualificada como extracontratual, estando feita pela positiva a demonstração de existência de culpa.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

« No exercício da sua profissão de médico anátomo-patologista, em cujo âmbito faz exames próprios da especialidade e elabora os respectivos relatórios, cobrando, em contrapartida, os respectivos honorários – factos n.ºs 29 e 30 –, o réu marido procedeu, a pedido do autor, ao exame de filamentos de tecido previamente extraídos da próstata deste, a quem apresentou depois o resultado da biopsia em que diagnosticava a existência de um “adenocarcinoma de grau médio de diferenciação (G 2 na classificação UICC e 2+3 na classificação de Gleason)” – factos n.ºs 23, 24 e 25.

Este diagnóstico que, mais tarde, se constatou ser absolutamente errado, levou, porém, a que o autor se submetesse, como tudo aconselhava, a intervenção cirúrgica de prostatectomia radical, na sequência da qual, deixou de conseguir reter a urina, situação que se mantém, embora com algumas melhoras, e ficou a sofrer de disfunção erétil - factos n.ºs 68, 70, 71, 74, 75, 81 a 84, 88, 99, 100, 101 e 105.

Estamos, assim, perante um acto médico – exame histológico e elaboração do respectivo relatório – que, por ter sido realizado de modo deficiente, diagnosticou a existência de cancro na próstata do autor, doença cuja erradicação, segundo os conhecimentos científicos actuais, necessariamente passa por intervenção cirúrgica de ablação do dito órgão.

O dito acto médico determinou, pois, pelo erro de diagnóstico cometido, a realização de intervenção cirúrgica com consequências devastadoras – incontinência urinária e impotência absoluta - que de modo algum se justificava, já que o autor apenas padecia de prostatite.

Estes e outros danos, sofridos pelo autor por virtude daquele errado diagnóstico, são danos de natureza não patrimonial cujo ressarcimento o autor reclama, fundado na responsabilidade contratual e extracontratual que, na sua tese, cumulativamente impondrá sobre o réu marido.

Não pondo em causa a existência de obrigação de indemnizar o autor, sustentam os réus, porém, que a mesma se radica apenas no instituto da responsabilidade contratual, já que foi com base em convénio firmado pelas partes que o réu marido, a pedido do autor, examinou e emitiu parecer sobre os filamentos de tecido prostático pertencente a este último, contra o pagamento de retribuição, o que configura o contrato de prestação de serviços tal como o caracteriza o art. 1154º do C. Civil (diploma a que pertencem as normas de ora em diante referidas sem menção de diferente proveniência).

A sentença parece apontar no sentido da verificação de um e de outro tipo de responsabilidade, embora seja no plano da responsabilidade extracontratual que aí se analisa e afirma a verificação dos respectivos pressupostos.

É inteiramente correcto, a nosso ver, o entendimento preconizado nesta matéria por Figueiredo Dias e Sinde Monteiro[Estudo publicado no BMJ n.º 332, pág. 21 e segs] segundo o qual “o mesmo facto pode constituir uma violação do contrato e um facto ilícito; é o caso do cirurgião que deixa um objecto estranho no corpo do paciente”, pondo-se então a questão de saber se o lesado pode invocar simultaneamente as regras que lhe forem mais favoráveis. E estes autores prosseguem dizendo que “na inexistência de uma norma que

especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a «solução natural», a da concorrência (rectius, cúmulo) de responsabilidades.”

Em sentido idêntico se pronuncia João Álvaro Dias [Culpa médica: algumas ideias-força, Revista Portuguesa do dano Corporal, nº 5, ano 1995, pág. 15 e segs.], afirmando que os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres imanes dos contratos celebrados, quer por virtude de um dever genérico de cuidado e tratamento imposto pela deontologia da profissão que exercem, referindo ainda que vem sendo mesmo sustentado pelo Prof. Dieter Giesen [Estudo e local citados, a pág. 30, em nota de rodapé] - este citando, por seu lado, em abono da sua ideia, vários outros autores - que não há “qualquer distinção essencial entre os deveres de cuidado e perícia resultantes do contrato e desse outro genérico dever que emana dos princípios da responsabilidade extracontratual («tort»)”.

No caso dos autos, dúvidas não existem de que a relação estabelecida entre o autor e o réu marido tem a natureza de um contrato de prestação de serviços – tal como o define o art. 1154º - , visto este último, na sua qualidade de médico anátomo-patologista, se ter comprometido, a solicitação do primeiro, a proceder à análise e elaborar relatório sobre a existência, ou não, de cancro nos filamentos de tecido prostático extraídos do corpo do autor. E dúvidas não existem de que o réu marido cumpriu defeituosamente essa sua obrigação já que, com omissão da diligência e cuidados devidos, efectuou o necessário exame, diagnosticando, erradamente, a existência de um adenocarcinoma na próstata do autor, quando este apenas sofria de uma prostatite.

A omissão da perícia devida na realização do exame a que contratualmente se obrigou, levou a que o autor, em face do diagnóstico erradamente feito pelo réu, se submetesse a intervenção cirúrgica de extracção da próstata, única forma, segundo os conhecimentos científicos actuais, de debelar o carcinoma que supostamente afectava aquele órgão, com as devastadoras consequências demonstradas nos autos.

A actuação do réu marido, ao deixar de usar a perícia esperada e exigível ao técnico altamente qualificado que é, configura não só uma violação de natureza contratual, como um facto ilícito gerador de responsabilidade nos termos do art. 483º, uma e outra via conduzindo, verificados os demais pressupostos, à obrigação de indemnizar o autor pelos danos sofridos.

Deste modo se conclui pela concorrência, no caso dos autos, dos dois tipos de responsabilidade civil, não sendo de aceitar a tese dos réus sobre este ponto.

(...)

Os réus sustentam que, apesar de todas as perdas, dores físicas e psicológicas sofridas pelo autor, a indemnização é excessiva e deve ser fixada no valor por si indicado, tendo em conta os seguintes factores: a) em 1998 as indemnizações arbitradas em situações idênticas ou até mais graves eram então significativamente inferiores a tal montante; b) o réu marido responde apenas por culpa presumida por não se ter provado qual a ofensa concretamente causada ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado; c) a responsabilidade por acto médico é essencialmente uma responsabilidade pela violação de deveres de meios; d) a ré mulher responde por efeito da mera regra excepcional da comunicabilidade da responsabilidade, não sendo ela própria lesante; e) o réu marido é pessoa que vive do produto do seu trabalho, a ré mulher é doméstica e o autor, lesado, tinha à data dos factos a idade de 58 anos, estando a três meses de perfazer os 59 anos.

Pese embora não tenha havido da nossa parte a preocupação exaustiva de a confirmar, aceita-se como boa a afirmação genérica de que em 1998 as indemnizações arbitradas pelos nossos tribunais foram inferiores à fixada na sentença recorrida que, segundo o que dela consta, não terá procedido a qualquer actualização do montante indemnizatório.

Mas também é de todos nós conhecida a tendência, aliás, mais do que justificada, que se tem vindo a verificar nas decisões judiciais de elevar o valor das indemnizações desta natureza, de forma a torná-las mais justas e adequadas.

Tem-se presente a necessidade de sopesar os valores fixados em anteriores decisões judiciais, mas não se esquece que tal elemento de referência não pode funcionar como entrave à concessão daquela que se revele, em face das circunstâncias, a justa indemnização, tanto mais que vem sendo sistematicamente sentida e afirmada a excessiva parcimónia dos nossos tribunais na fixação do quantum indemnizatório em sede de danos não patrimoniais.

Mas **já se não acolhe como inteiramente correcta a afirmação de que o réu apenas responde por culpa presumida, ao abrigo da presunção legal estabelecida no art. 799º, nº 1**, por se não ter provado “qual a ofensa concretamente causada ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado”.

Entendemos, tal como os réus, ora apelantes, que a culpa do réu marido se presume, ao abrigo do disposto no art. 799º, nº 1, já que, como acima se disse, entre ele e o autor se estabeleceu uma relação contratual de prestação de serviços à qual tem plena aplicação o regime da referida norma jurídica.[Neste sentido vai o entendimento de Sinde Monteiro e Maria Manuel Veloso, conforme citação feita por Manuel Rosário Nunes, em “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2ª edição, pág. 46 e segs.. Idêntico entendimento foi adoptado, a título de exemplo, nos Acórdãos do STJ de 17.12.2002 – Conselheiro Afonso de Melo -, da Relação do Porto de 6 de Março de 2006, CJ, Ano XXXI, tomo 2, pág.153, um e outro referenciados na citada obra]

Assim, **também nós nos demarcamos daquele que vem sendo**, como refere Manuel Rosário Nunes [em “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, 2ª edição], **o entendimento maioritário da nossa doutrina e jurisprudência, segundo o qual a presunção de culpa do devedor, estabelecida no dito preceito legal, não tem aplicação no campo da responsabilidade civil médica, visto que, em regra, sobre o médico não recai qualquer obrigação de resultado, mas tão só de meios – o resultado a que alude o art. 1154º será não a cura em si, mas os cuidados de saúde, o tratamento –, pelo que ao ónus de prova da culpa se aplicam em exclusivo as regras da responsabilidade civil extracontratual.**

Desde logo, é de notar que **o caso dos autos é exactamente um dos que, na dicotomia obrigação de meios/obrigação de resultado, tal como é caracterizada pela citada doutrina e jurisprudência, fugindo à regra geral, sempre seria de qualificar como pertencendo ao segundo grupo, já que o réu marido, na sua qualidade de médico anátomo-patologista, ao contratar com o autor, se comprometeu a facultar-lhe um determinado resultado – detectar se os filamentos de tecido que este lhe entregou para análise estavam, ou não, afectados por carcinoma** [Os exemplos apontados pelo autor acabado de citar, em nota de rodapé, a pág. 53 e 55, como casos excepcionais em que sobre o médico recai uma obrigação de resultado são os dos exames laboratoriais, o da cirurgia plástica em que existe o compromisso de obter um certo resultado estético no paciente, o dos médicos analista, radiologista e odontologista, todos eles assumindo o encargo de obter um certo resultado, o caso de transfusão sanguínea em que o médico assegura a não existência de qualquer risco para o doente e os casos de vasectomia].

Diversamente do sustentado pelos réus, não se trata, pois, de uma obrigação de meios, mas antes de resultado, pelo que, mesmo no caso de se propugnar o entendimento em causa, sempre funcionaria aqui a presunção de culpa do devedor, por aplicação do mencionado art. 799º, nº 1.

Ademais, afigura-se-nos inteiramente correcta a ideia expandida nesta matéria por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues [Em “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, Revista Direito e Justiça, 2000, XIV, 3, pág. 182/183 e 209, conforme citação de Manuel Rosário Nunes, na já mencionada obra, pág. 49] que escreve o seguinte: “Cremos que no domínio da responsabilidade contratual não militam quaisquer razões de peso específicas da responsabilidade médica, que abram uma brecha na presunção de culpa do devedor consagrada no nº 1 do art. 799º do C. Civil.

Quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, quer se considere que a mesma é uma obrigação de resultado.

O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.

Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.

Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.”

Sendo assim inequívoco que a culpa do réu marido se presume, por força da relação contratual que o ligou ao autor, também deve considerar-se como demonstrada, pela positiva, a sua actuação culposa, designadamente para efeitos de verificação de responsabilidade civil extracontratual, acima afirmada e tida como existente na sentença impugnada, instituto em cujo âmbito não existe presunção legal idêntica à do art. 799º, nº 1, antes cabendo ao lesado o ónus de provar a culpa do lesante, posto que a mesma se assume como facto constitutivo do direito que invoca – art. 342º, nº 1.

A formulação de um juízo positivo sobre a existência de culpa do réu marido no caso dos autos pressuporá a constatação de uma actuação ou omissão sua que, por falta de diligência ou prudência, se mostre desconforme às “leges artis” próprias de um médico da sua especialidade satisfatoriamente competente e informado, reclamando, por isso, um juízo de censurabilidade.

Enquanto anátomo-patologista, a quem foram entregues pelo autor filamentos de tecido prostático para biopsia, cabia-lhe, fazendo uso de instrumentos adequados, examinar tal amostra, constatando, ou não, a existência de tumor maligno no tecido em causa.

O réu marido realizou o dito exame e, em resultado do mesmo, apresentou relatório onde diagnosticou a existência de cancro no tecido prostático do autor, quando o mesmo estava apenas afectado de mera inflamação – prostatite (cfr. o facto nº 104).

Embora se desconheça o processo psicológico, o acto ou omissão que redundou em falta de diligência ou perícia exigíveis a um profissional satisfatoriamente competente, cuidadoso e informado, é imperioso concluir que só um manifesto e censurável erro pode ter estado na base de tão inesperado diagnóstico.

É esta a conclusão que se impõe extrair através da denominada prova prima facie ou de primeira aparência que, nas palavras de Alberto dos Reis [Em Código Processo Civil Anotado, vol. III, pág. 246] “é a prova fundada nos ensinamentos e na experiência do que sucede normalmente”.

E, por via dela, o “autor fica dispensado de realizar a prova directa de certo facto se as máximas da experiência apontarem para esse facto acompanhado de outros provados. Segundo Luisell Y Williams trata-se de um nome dado a uma forma de evidência circunstancial que permite a dedução da negligência. Para Rosenberg, a prova prima facie contenta-se, para provar a culpa, que se demonstre a irregularidade ou a violação de um dever, de forma que permita a conclusão de que só a omissão da diligência necessária poderá ter causado o dano, deixando-se ao demandado a tarefa de provar as circunstâncias a partir das quais se infere a falta de culpa. (...) Desta foram, a prova pela primeira aparência não implica uma inversão de ónus da prova mas apenas uma facilitação da prova. Trata-se de uma presunção de culpa resultante da aplicação às situações de facto de máximas da experiência que permitam deduzir que uma certa situação tem por causa aquela que se deduz prima facie do curso normal dos acontecimentos [Manuel Rosário Nunes, obra citada, pág. 31-33 e 35].

Dissertando ainda sobre a prova de primeira aparência, Manuel Rosário Nunes [Mesma obra, pág. 58] figurando a hipótese de alguém que sofre uma lesão na sua saúde após sujeição a acto médico, afirma ser de presumir que “«segundo a normalidade das coisas», a «experiência comum» o dano provavelmente não teria ocorrido caso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio actual dos conhecimentos médico - científicos aplicáveis ao caso”. Continua dizendo tratar-se de uma técnica dedutiva que permite concluir pela existência de negligência médica em virtude de a experiência comum revelar que no curso normal

das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão devido a “causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.”

O réu, cuja elevada competência, seriedade e reconhecimento nacional e internacional está demonstrada nos autos – cfr. factos nºs 131-134 - e que ao longo do processo sempre sustentou a correcção do exame por si realizado, só por via do cometimento de um erro muito grosseiro – quiçá, na melhor hipótese para o réu, na mesma linha daquele que o terá levado a trazer aos autos uma lâmina do tecido prostático que lhe teria sido entregue pelo autor e integraria aquele que foi por si examinado na biopsia realizada, quando veio a constatar-se que o mesmo, na parte efectivamente reveladora da existência de carcinoma, afinal continha perfil genético diferente do do autor e, por isso, lhe não pertencia (cfr. os exames periciais constantes dos autos e, designadamente, fls. 371-374 e 534 e segs.) - pode ter concluído, como concluiu, pela existência de cancro no tecido extraído da próstata do autor, quando este apenas padecia de uma simples inflamação naquele órgão – facto nº 104 - e o diagnóstico do carcinoma se efectua através de microscópio pela forma descrita nos nº 127 e 128 dos factos provados, estando-se, portanto, em campo onde, para técnicos especializados, diligentes e informados se não suscitarão especiais dúvidas.

De tudo isto se conclui a culpa grave do autor,»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4/3/2008

Processo nº 08A183

Relator: FONSECA RAMOS

Sumário :

I - Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos - art. 1154.º do Código Civil.

II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a priori na dicotómica perspectiva.

III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naqueloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.

IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma

obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as legis artes; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.

V - Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

VI - Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de actuação que observe os deveres gerais de cuidado.

VII - Se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.

VIII - No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de erro médico por parte do Réu, - a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório apontando para resultado desconforme com o real estado de saúde do doente.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«Os autos versam a questão da responsabilidade civil pela prática de acto médico, entendido o conceito como acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas, estando o recorrente de acordo que sobre si impende responsabilidade civil, em virtude do exame a que procedeu, para averiguar se o Autor padecia de cancro na próstata, ter concluído pela existência de tal maligna doença que, foi determinante para a intervenção cirúrgica para extirpação total de tal órgão – prostatectomia total – quando, afinal, o Autor apenas padecia de prostatite (inflamação da próstata e não de cancro).

As partes não dissentem que celebraram um contrato de prestação de serviços – art. 1154º do Código Civil – e assim considerou a decisão recorrida.

Com efeito, o facto do Autor, mediante pagamento de um preço, ter solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, exprime vinculação contratual.

Estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos.

A violação do contrato acarreta responsabilidade civil – obrigação de indemnizar desde que o devedor da prestação – no caso o Réu – tenha agido voluntariamente, com culpa (dolo ou negligência), tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto ilícito culposo e do dano – art. 483º, nº1, do Código Civil.

“O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado” — artigo 762.º, nº1, do Código Civil, devendo actuar de boa-fé — nº2 do falado normativo.

“O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor” — artigo 798º do mesmo diploma.

“Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua” — nº1 do artigo 799º do Código Civil.

O nº 2 deste normativo estatui que “a culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”.

Importa, então, apurar **se o apelante agiu com culpa e, se assim se considerar, se ilidiu a presunção que sobre si impende.**

“Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do devedor ser pessoalmente censurável ou reprovável. E o juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia como podia ter agido de outro modo” — “Das Obrigações em Geral”, vol. II, pág. 95, 6ª edição – Professor Antunes Varela.

O mesmo tratadista define-a como “o nexo de imputação ético-jurídica que liga o facto ilícito ao agente” — RLJ 102-59.

Por imposição do artigo 799º, nº2 do Código Civil é aplicável a regra do artigo 488.º segundo a qual a culpa se afere por um padrão abstracto, tendo como paradigma a diligência própria de um bom pai de família que actuasse nas concretas circunstâncias que se depararam ao obrigado.

As normas citadas são inquestionavelmente aplicáveis à responsabilidade civil contratual, onde vigora a presunção de culpa do devedor, incumbindo-lhe ilidir a presunção de que o incumprimento da prestação não procede de culpa sua, entendido o conceito de incumprimento em sentido lato, abrangendo o cumprimento defeituoso.

Baptista Machado, in “Resolução por Incumprimento”, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, 2º, 386, define deste modo, o conceito de “**cumprimento defeituoso ou inexacto**”:

a) É aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correcção e boa fé.

b) A inexactidão pode ser quantitativa e qualitativa.

c) O primeiro caso coincide com a prestação parcial em relação ao cumprimento da obrigação.

d) A inexactidão qualitativa do cumprimento em sentido amplo pode traduzir-se tanto numa diversidade da prestação, como numa deformidade, num vício ou falta de qualidade da mesma ou na existência de direitos de terceiro sobre o seu objecto”.

A responsabilidade civil é extracontratual se a obrigação incumprida tem origem em fonte diversa de contrato.

Tal responsabilidade resulta da violação de deveres de conduta, vínculos jurídicos gerais impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos – Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, 5ª edição, pág. 431.

O cumprimento da obrigação pode implicar para o devedor a assunção de uma obrigação de meios ou de uma obrigação de resultado.

Segundo aquele civilista a “obrigação de meios” existe quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza – “Direito das Obrigações”-733.

O Professor Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, 5ª edição, 2º, define obrigação de resultado “como aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”.

O Professor Menezes Cordeiro, in “Direito das Obrigações”, 1980, 1º-358 define-a:

“Como aquela em que o devedor está adstrito à efectiva obtenção do fim pretendido”.

Como refere o Professor Antunes Varela, no 2º volume da obra citada, 5ª edição, pág.10:

“Nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação devida e a plena satisfação do interesse do credor”.

A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado.

É comum considerar-se que a prática de acto médico coenvolve da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e saber profissionais, a assunção de obrigação de meios.

Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento.

Casos há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto, sendo exemplo mais frequente a **cirurgia estética de embelezamento**, [como afirmam os civilistas brasileiros], **mas já não a cirurgia estética reconstrutiva**, sendo esta geralmente considerada com exemplo cirúrgico de obrigação de meios.

Os actos cirúrgicos comportam alguma margem aleatória que pode contender com o resultado; nestes casos o erro médico é mais dificilmente descortinável.

Mas é aí que o médico deve agir, com redobrada cautela, observando os dados adquiridos pela ciência, ou seja, adoptando os procedimentos mais evoluídos da técnica.

Assim, se considerarmos que a prestação do Réu envolvia uma obrigação de meios, provado no caso da análise que lhe competia fazer actuou com os deveres de prudência e a técnica sugerida pelas legis artis – não estaria ele vinculado a determinar, com rigor, se o material biológico que se comprometeu analisar tinha ou não células cancerígenas.

Com o devido respeito, entendemos que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

Mal estariam os pacientes se os resultados de análises, ou exames laboratoriais, obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a actuar com prudência, mas sem assegurarem um resultado; dito prosaicamente, **concluiriam o exame e a sua obrigação estava cumprida se afirmassem ao doente – eis o resultado mas não sabemos se em função do que foi analisado padece ou não de doença.**

Importa, pois, ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a priori na dicotómica perspectiva obrigação de meios/obrigação de resultado, devendo antes atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquele outro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.

De outro modo, a prestação devida pelo médico cirurgião que tem a seu cargo uma melindrosa intervenção cirúrgica, comportando elevado grau de risco, seja em função do estado do paciente, seja em função da gravidade da doença, seria tratada no mesmo plano que a simples realização de uma cirurgia

rotineira, ou de exame laboratorial, mais a mais, se a interpretação dos resultados, no estado actual da ciência não comporta qualquer incerteza.

No caso em apreço, provou-se que o tipo de biópsia a que o Autor foi submetido e o sequente exame histológico, pode estabelecer um prognóstico em conformidade com a maior ou menor diferenciação celular, sendo este o único método que garante a certeza do diagnóstico, isto é, que garante se se trata de cancro.

No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as legis artes; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.

É de considerar que em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios – o contrato que o vincula ao paciente respeita apenas às legis artis na execução do acto médico; a um comportamento de acordo com a prudência, o cuidado, a perícia e actuação diligentes, não estando obrigado a curar o doente.

Mas especialidades há que visam não uma actuação directa sobre o corpo do doente, mas antes auxiliar na cura ou tentativa dela, como sejam os exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas.

Neste domínio é dificilmente aceitável que estejamos perante obrigações de meios, consideramos que se trata de obrigações de resultado.

Se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.

Na decisão recorrida considerou-se que, em casos como o dos autos, podem coexistir a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, entendimento amparado no Estudo publicado, in BMJ 322-21 e segs., da autoria de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro (que aí se cita) – “O mesmo facto pode constituir uma violação do contrato e um facto ilícito...”.

O Professor Pinto Monteiro, abordando a problemática da coexistência da responsabilidade civil contratual e extracontratual, na sua obra “Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil” – Almedina 2003 – depois de afirmar que a questão é “delicada e controversa não tendo sido objecto entre nós (tal como de resto, na generalidade dos sistemas) de regulamentação específica” e depois de aludir à existência de lacuna voluntária, citando Rui Alarcão, escreve – págs. 430 /431:

“... A esta luz, parece que a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que Vaz Serra propunha, devendo permitir-se ao lesado, em princípio, a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha) (1)

...Neste sentido deporá o facto, por um lado, de não poder afirmar-se uma distinção essencial ou de natureza última entre as duas formas de responsabilidade... parecendo subjacente à lei a ideia de uma unidade substancial entre ambas, que não será prejudicada pelos aspectos específicos que a responsabilidade contratual apresenta. Por outro lado, facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam, no caso concreto, é a solução que melhor se ajusta ao princípio do favorecimento da vítima, princípio esse que enforma o quadro legal [...].

Parece, assim, que deverá ter-se por consagrada, *de iure condito*, a tese da admissibilidade do concurso de responsabilidades, gozando o lesado, em princípio, da faculdade de optar por delas [...].

A inclusão dos deveres de protecção no quadro contratual (Vertragsrahmen) não pode acarretar, para o lesado, a perda da protecção que lhe seria conferida pela responsabilidade extracontratual...”.

Segundo João Álvaro Dias, in “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 1996, pp. 221-222:

“É hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual. Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso.

Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual.

Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta. Tal factualidade é, por si só, bastante para que possa dizer-se, com toda a segurança, que estamos aqui em face dum contrato consensual pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades”.

No mesmo sentido António Henriques Gaspar, in “A Responsabilidade Civil do Médico”, in CJ, Ano III, 1978, p. 341, quando afirma:

“...Dúvidas não restam que juridicamente a relação médico-doente haverá de enquadrar-se na figura conceitual de contrato – negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na comum pretensão de produzir resultado unitário, embora com um significado para cada parte”.

Abordando a questão na perspectiva da responsabilidade extracontratual, afirma:

“Também, e em relação ao próprio doente, o médico apenas pode ser responsabilizado extracontratualmente, se a sua actuação, violadora dos direitos do doente é culposa, se processou à margem de qualquer acordo existente entre ambos, o que acontecerá em todos os casos em que o médico actue em situações de urgência que não permitem qualquer hipótese de obter o consentimento, o acordo do doente”.

Carlos Ferreira de Almeida, in “Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito de Saúde e Bioética”, publicada in “Direito da Saúde e Bioética” 1996, págs.81e 82: afirma:

“A responsabilidade delitual constitui meio exclusivo, quando contrato não haja, e concorre com a responsabilidade contratual, quando o médico viola um direito subjectivo absoluto incidente sobre a vida ou a saúde do paciente.

“A violação de outros direitos, designadamente de natureza patrimonial, só é ressarcível em sede contratual”. (sublinhámos)

Na mesma linha, Miguel Teixeira de Sousa, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 127, sustenta que a responsabilidade civil médica:

“É contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”; “em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483º, nº1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)”.

Voltando à lição de João Álvaro Dias, obra citada:

“A natureza da responsabilidade médica não é unitária e (...), ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível”.

Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de actuação que observe os deveres gerais de cuidado.

Tais deveres são comuns, em ambos os tipos de responsabilidade.

Com efeito, o devedor deve actuar segundo as regras da boa prática profissional, pelo que a existência de culpa deve ser afirmada se houver omissão da diligência devida, que a natureza do acto postulava em função dos dados científicos disponíveis.

Na responsabilidade contratual, o devedor arca com a presunção de culpa que lhe incumbe ilidir – art. 799º, nº1, do Código Civil – e na responsabilidade extracontratual cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão – art. 483º, nº1, do Código Civil.

No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de um erro médico por parte do Réu, sendo de certo modo irrelevante, ao nível do grau de censurabilidade, encarar o ilícito na perspectiva da responsabilidade contratual ou extracontratual, para além de ambas os tipos de responsabilidade poderem coexistir na mesma situação, como no caso ocorre.

No recurso, a questão do ónus da prova não se discute, mas sempre se dirá, sufragando o entendimento de Manuel Rosário Nunes, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, págs. 41-42:

“A doutrina e a jurisprudência italianas consideram que a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica».

“Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste”.

Podemos, assim, considerar que **a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório não postulava risco técnico, pelo que o apontar de resultado desconforme com o real estado de saúde do doente se deveu a um erro do Réu**, pese embora, o seu prestígio e reputação profissionais que os autos espelham.

Concluímos, que **encarada a actuação do Réu, seja à luz da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, está demonstrada a sua culpa e, porque se verificam os pressupostos da obrigação de indemnizar, terá que ressarcir o Autor dos danos sofridos em consequência do erro cometido.»**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/10/2007

Processo: 6068/2007-7

Relator: ISABEL SALGADO

Sumário:

I- A prestação do médico é por norma uma obrigação de meios, não o responsabilizando pela obtenção de um resultado, mas, apenas na circunstância de usar inadequadamente meios impróprios nos serviços , exigindo-se que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe.

II – A singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover “um mal de saúde “da paciente, mas tendo como finalidade exclusiva no caso a alcançar um método anticoncepcional definitivo, que não se revelou eficaz, dele não resultou, porém, qualquer dano de saúde a mesma.

III -O risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e, tal também não foi assegurado pela médica.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«Resumem-se as questões suscitadas a debate ao seguinte:

- A relação estabelecida entre a Autora – paciente e a Ré médica submete-se à disciplina jurídica do contrato de prestação de serviços?
- Neste domínio do exercício da medicina o médico assegura cumprir uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado que vinculava a profissional a atingir a laqueação de trompas impeditiva da concepção?
- A intervenção cirúrgica realizada ao não evitar a gravidez como finalidade pretendida pela paciente traduz actuação negligente da médica e não cumpridora do contrato?

(...)

Alguns considerandos genéricos acerca da responsabilidade civil e da respectiva particularidade no acto médico.

A recorrente não manifestou discordância (como aliás ao longo dos demais articulados), que a sentença recorrida admita como pressuposto, que a relação estabelecida entre a Autora e a Ré é juridicamente subsumível a um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos com previsão no artº1154 do Código Civil, na ausência de regulamentação específica.

Nessa qualificação assentaremos, também, o desenvolvimento da nossa análise, tendo portanto por adquirido que **a demandada médica responde no domínio da responsabilidade decorrente da violação das suas obrigações contratuais**, isto, é da inerente responsabilidade pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

Não estando essa vertente da sentença ou a defesa da apelante em discussão, convém sublinhar, que **à margem da responsabilidade contratual, o médico está obrigado perante o seu paciente, por virtude do dever genérico de cuidado e da deontologia profissional a que está vinculado**, pois que, “**não há qualquer distinção essencial entre os deveres de cuidado e perícia resultantes do contrato e desse outro genérico dever que emana dos princípios da responsabilidade** [Consultando Henriques Gaspar no estudo datado 1978 “*Sobre a responsabilidade civil do médico*” in CJ, III, 1978, pag.341] **extracontratual.**”[Cfr.João Álvaro Dias in *Culpa médica: algumas ideias força* in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº5, 1995, pag.15 e seg.]

Aqui chegados, e pela ausência de regulamentação própria do acto médico em tais circunstancialismos, diremos que **existindo incumprimento ou cumprimento defeituoso, o devedor, cuja culpa se presume, responde pelos prejuízos provocados ao credor, impondo a lei ao devedor a prova de que o acto danoso não procede de culpa sua, que se presume**, de acordo com o estabelecido nos artº 798º e 799º do CCivil.

Já no que tange aos demais pressupostos da responsabilidade civil caberá a quem invoca a prestação inexacta ou defeituosa, o lesado, o ónus de demonstrar os factos que integram o imputado incumprimento ilícito, a saber, os nexos de imputação e de causalidade, e os prejuízos advenientes que sustentam o seu pedido indemnizatório, conforme o estabelecido no artº342,nº1 do CCivil.

Desta feita, **quem invocar o incumprimento ou cumprimento defeituoso tem que demonstrar o dito defeito, que se verifica em virtude de o devedor não ter realizado a prestação no exacto conteúdo da obrigação ou de acto diferente a que estava vinculado, certamente, aparte da ilicitude da conduta que resulta sempre da violação de um dever jurídico, acrescendo a culpa que se presume, como se disse.**[Cfr. Pessoa Jorge in Ensaio sobre pressupostos da Responsabilidade Civil in Caderno de Ciência e Técnica Fiscal, pag.69; Antunes Varela in Das Obrigações em Geral, II, 9ª, pag.607]

A especificidade do caso no tocante aos conceitos que adiantámos acerca da responsabilidade contratual alinha-se em dois pontos.

Por um lado, estamos perante a obrigação – prestação que é um acto médico; e por outro, a própria natureza da intervenção cirúrgica e afasta-se do habitual quadro de patologia -doença no qual a acção médica intervém para remover ou diminuir a gravidade a doença do paciente.

É entendimento quase uniforme que **a obrigação a que um médico está adstrito perante o seu paciente, é na maioria da sua actividade, traduzida em acção tendente a proporcionar-lhe melhores cuidados de saúde, respeitando “....as leyes artis e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados”.** [Cfr.Ac.STJ de 11/7/06 disponível, nomeadamente in www.dgsi.pt]

Donde, a prestação do médico é por norma uma obrigação de meios, não o responsabilizando pela obtenção de um resultado, mas na circunstância de usar inadequadamente meios impróprios nos serviços que foi contratado prestar, exigindo-se que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe.

Continuando esta linha de raciocínio, **para que surja a obrigação de o médico indemnizar o paciente que invoque incumprimento ou cumprimento defeituoso do seu serviço, deverá a vítima alegar e provar, o nexo de causalidade entre a desconformidade verificada e as boas regras da prática da medicina no caso, e que ela decorreu dos actos praticados pelo médico, funcionando então, e após, contra si, a presunção legal de culpa** [A propósito do tema da responsabilidade por actos médicos, cfr, Carlos Ferreira de Almeida in “*Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*”, in *Direito da Saúde e Bioética*, edição da AAFD, 1996, pag 117].

O que sequencialmente nos conduz a afirmar que **embora, se presumindo a dita culpa pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, esta provar-se-á por reporte ao caso concreto, apurando-se, se o médico medianamente competente, prudente e sensato e detendo os mesmos graus de especialização, teria uma conduta distinta daquela que foi adoptada pelo médico contratado**, por recurso, portanto, a um juízo de prognose póstuma.

Neste capítulo, como de resto alguns autores defendem [Miguel Teixeira de Sousa in *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, comunicação apresentada no II curso de Direito da Saúde e Bioética, 1996, edição da AAFDL, pag.121-144], e também, certas decisões jurisprudenciais no tocante a específicos actos médicos [Cfr. recente Acórdão do TRL desta secção de 18/9/07 disponível in www.dgsi.pt.], a apelante esgrima que se considere que a intervenção cirúrgica que contratou com a Autora a Ré realizar seja considerada, diversamente, como uma obrigação de resultado [Carlos F.de Almeida na obra já citada, refere

neste domínio, ser preferível renunciar à distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado quanto ao acto médico, por poder perigar a presunção de culpa prevista no artº 799º do CCivil, e também porque ao coaduná-lo como contrato de prestação de serviços, ele tipifica uma obrigação de proporcionar certo resultado], qual seja o de, através do impedimento da circulação espermatozóides pelas trompas de Falópio, não ocorrendo junção com o óvulo, e portanto, gravidez.

Não descorando a divergência e as dificuldades do sistema para alcançar uma resposta unívoca, sobretudo, em certos casos, acompanhamos a advertência formulada por Antunes Varela quanto a esta matéria: “a distinção entre obrigações de meios ou de pura diligência e obrigações de resultado não pode ser levada demasiado longe. **Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube actualizar-se; se o advogado perdeu a acção, porque negligentemente perdeu um prazo ou deixou extraviar documentos, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao dever geral de diligência.**” [In *Das Obrigações em Geral*, I, 9ª, pag.87].

Efectivamente, se o devedor não cumpriu, ou não cumpriu devidamente, é porque em princípio, descurou a diligência necessária para providenciar à realização da prestação, e é esta circunstância da normalidade das coisas, que justifica a inversão do ónus da prova da culpa do devedor a que se refere o artº799, nº1 do CCivil.

Passando à apreciação do caso concreto.

A Autora que era assistida pela Ré na área de ginecologia-obstetrícia, contactou-a no sentido de se submeter à vulgarmente denominada laqueação de trompas, ou contracepção definitiva, invocando que já tinha quatro filhos e não pretendia de novo engravidar.

A Ré cumprindo, aliás, a determinação legal e deontológica, informou a Autora das consequências, riscos e irreversibilidade de tal intervenção, sugerindo ponderação da Autora, após o que esta manteve o seu propósito e formalizou tal vontade através de documento de autorização, acabando a Ré por proceder à referida intervenção cirúrgica.

Seguiram-se consultas de rotina pós-operatória que não revelaram qualquer problema, e provado está que, cerca de cinco meses após, a Autora engravidou.

Está ainda provado que a Autora se submeteu então a um exame de histerossalpingografia no qual se constatou que a trompa direita se encontrava permeável, sem qualquer obstrução.

Aqui chegados, *rectius*, haverá que indagar se, a Ré ao executar o acto médico contratado - a laqueação de trompas da Autora - procedeu em conformidade com as *leges artis* aplicáveis ao acto, ou, está verificada omissão de acto necessário que conduzisse objectivamente a consequência distinta da ocorrida.

Não oferece dúvidas concluir que a laqueação não revelou ser eficaz no caso da Autora quanto à pretendida ausência de gravidez, pois que o facto ocorreu passados cinco meses sobre a intervenção e após, o nascimento de uma criança do sexo feminino.

A laqueação ou ligadura das trompas consiste num dos vários métodos de esterilização da mulher, caracterizado pelo corte e/ou ligamento cirúrgico das trompas de Falópio, que fazem o caminho dos ovários até ao útero, impedindo a passagem do óvulo que sem se cruzar com os espermatozóides evita a fecundação.

Ao que se apura **existem várias técnicas de realização da laqueação** [in wikipedia].

A atender aos factos apurados, **a Ré na execução da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas em causa, introduziu um trocarte pela região umbilical da Autora através do qual fez passar uma câmara de filmar que permitiu a visualização directa das cavidades abdominal e pélvica, incluindo as trompas do Falópio; observe-se ainda que, na cirurgia tiveram intervenção a anestesista e o ajudante, a quem coube activamente focalizar com a câmara cada local de intervenção cirúrgica no segmento das trompas.**

Tudo está em saber se, naquelas circunstâncias, a Ré podia assegurar à Autora a obtenção do resultado - não concepção futura, ou, se de acordo com o processo médico por ela utilizado sempre restaria margem de risco ou resultado aleatório residual.

Por outras palavras, perguntar-se-á está provado que a Ré violou a sua obrigação de praticar os actos necessários e da sua melhor diligência, usando os meios adequados, não omitindo qualquer acção à luz das *leges artis* aplicáveis, ao efectuar a cirurgia?

Conforme resulta ainda provado e está junto aos autos o respectivo **parecer, do Conselho Deontológico de especialidade da Ordem dos Médicos**, na sequência da queixa apresentada pela Autora contra a Ré, instruiu um processo disciplinar, **vindo a concluir que a Ré havia procedido de acordo com as *leges artis* exigidas na cirurgia**, sem omissão de diligência profissional imposta ao caso.

Observe-se que da instrução do processo conduzido pelo Colégio da especialidade tendo como responsável principal, o especialista em obstetria, Dr. [...] encontram-se anexos artigos científicos, que apesar de redigidos em língua inglesa, bem se compreendem, os quais apontam no sentido de que **a intervenção cirúrgica em causa comporta sempre certa margem de incidência de probabilidade de falha na esterilização**, relacionada com vários factores específicos de cada paciente, a idade, as anteriores gravidezes, [Pag.121]”The 10year cumulative probability of failure is affected by age at tubal sterilization..”] (etc.), extensível aliás aos diversos métodos aplicados pela medicina para executar a laqueação.

Mais adiante nesse mesmo estudo, consta um quadro estatístico a fls.139, no qual podemos verificar que **a laqueação feita pela inclusão, método utilizado pela Ré, apresenta uma margem de não efectivação, e portanto de gravidez subsequente, na ordem de 0,2% a 0,4 %.**

No mesmo sentido, **as médicas que procederam à peritagem realizada nos autos sobre a situação ginecológica da Autora**, as médicas Dr.^a A[...] **fazem constar no seu relatório que da observação**, constaram que:” ocorreu recanalização de uma das trompas – a direita – circunstância que seguindo a literatura especializada, pode ocorrer em cerca de 0,3 para 100 intervenções, mesmo executando uma técnica cirúrgica adequada.”

Na responsabilidade em apreço, tem o paciente de provar que certo tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios usados fora errados ou deficientes, e por isso, em qualquer fase do processo, se produziu o dano, no caso, não obstrução de uma das trompas de Falópio tendencialmente apta a uma futura gravidez, resultado que não se verificaria se outro tivesse sido o procedimento.

Na verdade, **em vão se procura dos factos apurados, encontrar desconformidade ou falta de diligência por banda Ré na execução da laqueação, ou na sequência da mesma**, cumprindo esta o dever de vigilância subsequente a qualquer intervenção cirúrgica, facultando à Autora todos os seus contactos em caso de ocorrências anómalas posteriores à cirurgia.

Colocados perante este circunstancialismo, **é forçoso concluir (característica inerente ao acto médico) que o risco de sucesso da laqueação não é obviamente de 100%, nem tal foi assegurado à Autora**, remetendo-nos aqui para o que se extraiu da literatura da especialidade médica constante do processo que decorreu na Ordem dos Médicos e da prova pericial realizada nos autos.

Pense-se por exemplo, na cirurgia com finalidade puramente estética, na qual o cirurgião segue um modelo, pretendendo que a paciente fique com o nariz ou os seios como solicitou, mas certamente, alguma margem de não coincidência total com a imagem idealizada pode verificar-se, sem que tal possa, por si constituir responsabilidade para o cirurgião.

Paralelamente, provou-se que a Ré é uma profissional reputada e com larga experiência na especialidade, nada apontando para a sua prática incipiente ou problemática.

De todo em todo, a singularidade da situação da laqueação de trompas não se destinando a remover “um mal de saúde “da Autora, mas aplicar um método anticoncepcional definitivo afinal não alcançado, dele não resultou qualquer dano de saúde para a paciente.

Ora, indemonstrado que a Ré actuasse à margem do cumprimento objectivo dos deveres do médico, a ilisão da culpa presumida já nem é discutível.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-11-2007

Revista n.º 3800/07 - 2.ª Secção

OLIVEIRA ROCHA (Relator), Gil Roque e Oliveira Vasconcelos

Sumário:

I - Indemonstrado o incumprimento objectivo dos deveres do médico - a ilicitude -, cujo ónus competia ao autor, a questão da prova, pelo réu, da utilização das técnicas adequadas, ou da impossibilidade de as utilizar, em sede de ilisão de culpa, já nem sequer se coloca.

II - Não ficou demonstrado qualquer comportamento desviante do réu no que às leges artis diz respeito; logo, o autor não logrou fazer a prova da ilicitude do acto.

III - Não se provando este elemento fundamental da obrigação de indemnizar, despiciendo se torna toda e qualquer consideração aos demais elementos constitutivos da obrigação de indemnizar que, na responsabilidade contratual, parte de um presunção de culpa do devedor.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007

Processo nº 07A3426

Relator: RUI MAURICIO

Sumário :

III - Provado que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia, in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. n.º 1 do art. 342.º do CC -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

IV - Apesar de se ter provado que a enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, o médico tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa.

V - O esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência.

VI - Não tendo o médico logrado ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre si a obrigação de indemnizar.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«São os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato, a saber: o facto (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o n.º 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi n.º 2 do art. 799º, ambos do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, “atender-se-á ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade. Ele deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada” - cfr. Moitinho de Almeida, in “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Scientia Jvridica, Tomo XXI - n.º 116/117, pág. 332.

O médico, como ensina João Álvaro Dias, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias” - cfr. “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, n.º 5, págs. 21 e 23.

No presente recurso, está em causa saber se ao médico ora recorrente deve ser imputada responsabilidade pelo facto de na intervenção cirúrgica aludida nos autos e por si efectuada ter sido deixada uma compressa no interior do corpo do A..

Resulta da factualidade assente que: a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho de que o A. foi vítima encontrava-se abrangida por um contrato de seguro de acidentes de trabalho celebrado com a companhia de seguros “DD”, a quem o A. participou esse acidente; por indicação da companhia de seguros, o A. foi submetido a intervenção cirúrgica no Hospital; essa intervenção foi executada pelo R. ora recorrente; e este é médico, na especialidade de ortopedia, desenvolvendo a sua actividade de médico ortopedista naquele Hospital, em regime de prestação de serviços.

Nesta conformidade, tendo o R. actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos - previsto no art. 1154º do Código Civil - que mantinha com a seguradora do A. e que a intervenção cirúrgica ora em causa ocorreu por indicação dessa seguradora, contrariamente à conclusão a que chegou o Tribunal da Relação, estamos no domínio da responsabilidade civil contratual, sendo ainda certo que, tal como refere o Tribunal de 1ª instância, “a partir do momento em que o Réu decide intervencionar o A. e este aceita tal intervenção, estabelece-se, ao menos tacitamente, um contrato de prestação de serviços entre ambos”.

Se na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (cfr. nº 1 do sobredito art. 487º), já quanto à responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (cfr. nº 1 do sobredito art. 799º).

Assentemos, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual e que o A. logrou provar, como lhe competia - cfr. nº 1 do art. 342º do Código Civil -, o cumprimento defeituoso, a saber, ter o R. na intervenção cirúrgica que efectuou deixado uma compressa no interior do corpo do A..

Nos termos do art. 798º do Código Civil, “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, estabelecendo o nº 1 do supracitado art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário - cfr. nº 2 do art. 350º do Código Civil.

Vejamos, então, se o R. ora recorrente logrou provar que não agiu com culpa.

Recorta-se da matéria de facto provada que, no dia 27 de Junho de 2001, o A. sofreu rotura traumática (parcial) da coifa dos rotadores, ao nível do ombro esquerdo, em consequência de um acidente abrangido por um contrato de seguro de acidentes de trabalho, tendo, por indicação da respectiva seguradora, o A., em 3 de Agosto de 2001, sido submetido a intervenção cirúrgica no Hospital, efectuada pelo R. ora recorrente, que é médico, na especialidade de ortopedia. No acto dessa intervenção cirúrgica, foi deixada na zona intervencionada uma compressa, o que causou ao A., como consequência directa e necessária, uma infecção ao nível do ombro esquerdo que se manifestou sob a forma de granuloma e compressão subacromial (ou seja, ao nível da parte terminal da omoplata, onde se articula a clavícula), tendo o A., após várias observações e tratamentos, sido internado nos serviços de cirurgia do Hospital CC e aí sido submetido, em 7 de Novembro de 2001, a uma intervenção cirúrgica, na qual lhe foi retirada a compressa.

Como ensina o Professor Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” - ibidem, pág. 562.

Citando o Professor João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...) Sempre que tal perícia e

cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente” - ibidem, pág. 30.

Na verdade, o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à Saúde dos doentes e da comunidade, deve ter sempre um comportamento profissional adequado à dignidade da sua profissão, obrigando-se, quando aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente, à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano - cfr. arts. 6º, nº 1, 12º e 26º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Ora, o esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência. A negligência consiste em deixar de fazer o que as legis artis impunham que fosse feito ou em deixar de actuar de acordo com aquele grau de cuidado e competência que seria de esperar de um médico da mesma especialidade, actuando nas mesmas condições. E no caso sub judice o R. ora recorrente tinha o dever de não suturar o A. sem previamente se certificar que na zona da intervenção cirúrgica não deixava qualquer corpo estranho, nomeadamente, uma compressa.

É verdade que se provou que, na intervenção cirúrgica a que o A. foi submetido em 3 de Agosto de 2001, participou, como instrumentista, a enfermeira Maria ..., participação que, não sendo necessária em cirurgias simples, era necessária no tipo de intervenção a que o A. foi sujeito, uma vez que assim se faz o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos e se diminui o tempo de exposição da ferida operatória e o risco de complicações pós cirúrgicas, nomeadamente infecciosas. E mais se provou que aquela enfermeira instrumentista procedeu ao controlo, por contagem, dos ferros, das compressas, das agulhas, das lâminas de bisturi e dos fios de sutura utilizados e que, nem durante a realização da cirurgia, nem no final, foi verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar. Porém, tais factos, como bem se afirma no acórdão recorrido, “de modo algum podem levar à conclusão de que não existiu negligência médica por parte do R. médico, sendo de todo inaceitável a afirmação de que ao R. Rui Caro de Sousa não era exigível que admitisse ter ficado qualquer compressa no corpo do A.”.

Para além da participação da referida enfermeira, a equipa cirúrgica era composta pelo R., um outro médico da especialidade de ortopedia e uma médica anestesista, sendo tal equipa coordenada pelo primeiro que a chefiou e que, como tal, deve ser responsável também pelos actos culposos cometidos por qualquer elemento da equipa que dirige, pois se recebe os benefícios da actividade de quem o coadjuva e auxilia, deve também arcar com os prejuízos que da mesma possam advir - -ubi commodum ibi incommodum.

Se a enfermeira instrumentista que participou na intervenção cirúrgica, na tarefa que lhe compete de fazer o controlo rigoroso dos ferros e consumíveis cirúrgicos, procedeu à contagem das compressas utilizadas e não verificou qualquer anomalia nas diversas contagens que tiveram lugar, quando é certo que uma dessas compressas ficara no corpo do A., poderá a mesma ser responsabilizada pela eventual falta por si cometida.

Foi, no entanto, o R. ora recorrente que, terminando a cirurgia, suturou a zona operada e não cuidou, como podia e devia, de verificar se aí ficava algum corpo estranho.

Concordamos, pois, com o acórdão recorrido quando nele se afirma que “aceitar o entendimento plasmado na douta sentença recorrida de que a responsabilidade pelo facto de ter sido deixada uma compressa no corpo do A. era da enfermeira instrumentista, seria o mesmo que sufragar o entendimento de que o médico operador não estava obrigado a retirar essa mesma compressa. A enfermeira instrumentista desempenha um papel coadjuvante no acto da intervenção cirúrgica, considerada em toda a sua globalidade, e se é verdade que, in casu, existe responsabilidade pelo não cumprimento integral das suas funções, o mesmo deverá ser dito do R. já que, em primeira linha, cumpria-lhe verificar se nenhuma anomalia se verificava no decurso da operação do A., nomeadamente, se por si havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente”.

De resto, sempre o R. seria responsável perante o A. pelos actos daquela enfermeira, nos termos do nº 1 do art. 800º do Código Civil, de harmonia com o qual “o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos

fossem praticados pelo próprio devedor”, sendo certo, porém, que a circunstância de ter participado, como instrumentista, uma enfermeira na intervenção cirúrgica e de não ter sido verificada qualquer anomalia nas diversas contagens que, durante ela e no seu final, tiveram lugar, não deixa de se reflectir no grau de culpabilidade do R., reduzindo-o e relevando para efeitos de determinação do quantitativo da indemnização, nos termos do art. 494º do Código Civil. Com efeito, é manifestamente evidente que a culpa seria mais grave, exigindo-se ao médico maior cuidado e prudência, quer no caso da não participação na cirurgia de um instrumentista, quer no caso de detecção por este de uma qualquer anomalia nas contagens dos ferros ou dos consumíveis cirúrgicos.

Em suma, não tendo lograr ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado, impende sobre o recorrente a obrigação de indemnizar, improcedendo todas as conclusões da alegação respeitantes à inexistência de culpa do recorrente.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6/5/2008

Processo nº 1594/04.7TBLRA.C1

Relator: JAIME FERREIRA

Sumário:

I – Devendo qualquer contrato ser pontualmente cumprido e de acordo com as regras de segurança e de conformidade à prestação acordada, além de no cumprimento dessa obrigação dever-se proceder de boa fé – artºs 406º, nº 1, e 762º, nº 2, ambos do C. Civ. -, sendo certo que no exercício de uma qualquer actividade perigosa (como sucede com a actividade médico-cirúrgica em geral) cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem – artº 493º, nº 2, e 799º, nº 1, do C. Civ. -, quando assim não aconteça fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493º, nº 2, 798º e 800º, nº 1, todos do C. Civ..

II – Tendo ficado provado que a A. sofreu dores desde a intervenção cirúrgica a que foi sujeita nos serviços do Réu, que padeceu fisicamente durante cerca de 2 meses, tendo tido necessidade de ser intervencionada na sequência de uma crise de saúde grave, provocada pela existência de um pano no interior do seu organismo, acto médico no qual foi detectado esse pano e foi o mesmo removido do seu corpo, além de que esteve durante cerca de 2 meses impossibilitada de exercer a sua vida diária de forma normal, tais danos, porque directamente resultantes da “má cirurgia” praticada nos serviços do Réu, carecem de ser reparados ou indemnizados, tanto mais quando não possa deixar de se considerar que houve negligência da equipa cirúrgica do Réu que intervencionou a A..

Excerto parcial do texto desta decisão:

«Resulta da sentença recorrida que aí foi considerado que “as lesões de que a A. padeceu provieram de um acto ilícito (violador do direito absoluto à saúde) e culposo (culpa grosseira) dos elementos da equipa médica que assistiram a autora..., tendo-se logrado provar que o pano encontrado no interior do corpo da A. foi aí deixado em resultado da operação a que foi submetida no Hospital Réu.

Assim, logrou a A. provar que a equipa médica actuou com negligência grosseira, descurando todos os cuidados exigíveis para a situação em concreto e que seriam de esperar de uma equipa especializada em tais tipos de operações”.

O Réu revela-se contra tal entendimento, defendendo que dos factos dados como assentes “não resulta que as dores e a febre sofridos pela A. após a realização da intervenção cirúrgica no Hospital Réu tenham resultado de uma intervenção médica menos cuidada..., tenham sido consequência de qualquer negligência médica..., (já que) da matéria provada resulta uma actuação por parte do corpo médico e do corpo de enfermagem sem margem para censuras”.

Que “... tendo-se dado como provado que todas as contagens de material foram bem realizadas (durante o cirurgia efectuada pelos seus serviços), não se pode concluir que o pano retirado do corpo da A. no Hospital da Guarda foi aí deixado pela equipa da cirurgia havida no Hospital Réu, já que a A. foi também intervencionada em 1996 a uma histerectomia total”.

Mais defende que “o contrato celebrado entre a A. e o Hospital Réu é um contrato de prestação de serviços, de modo a assegurar à A. os melhores cuidados possíveis, com o fim de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento, salvar ou prolongar a vida e que, com esse objectivo, os médicos devem actuar segundo as exigências das *leges artis* e com os conhecimentos científicos existentes à data, actuando de acordo com um dever objectivo de cuidado, tendo os médicos da unidade hospitalar, ora Apelante, actuado de acordo com o supra exposto”.

Pretende o Apelante, em resumo, defender que não ficou provado que o pano repleto de pus retirado do interior do corpo da A., na cirurgia a que foi submetido no Hospital da Guarda, seja proveniente da anterior cirurgia a que a A. foi submetida no Hospital Réu (em 21/06/2001), e que não houve qualquer conduta negligente e censurável por parte do seu corpo cirúrgico que intervencionou a A., donde retira que não ficaram provados os pressupostos de facto conducentes à responsabilização do Réu pelos danos decorrentes desse (eventual) acto.

Porém, afigura-se-nos, com o devido respeito, que o Recorrente carece, em absoluto, de razão ou de fundamentação para essa sua discordância, tal a clareza dos factos apurados e dados como assentes.

Com efeito, desses factos resulta que tendo a A. sido operada em 21/06/2001, no Hospital Réu, a uma anexectomia bilateral (facto supra nº 2), na sequência do mal estar que sentiu e que se seguiu a essa intervenção cirúrgica (factos supra nºs 4, 8, 10, 11, 14 e 23) a A. necessitou de ser submetida a uma nova cirurgia, o que ocorreu no Hospital da Guarda, em 21/08/2001, acto esse em que lhe foi retirado um pano repleto de pus que tinha ficado no interior do seu organismo aquando da anterior operação – factos nºs 16, 17 e 18 supra.

Não se entende, pois, como é que o Réu insiste em desmentir ou em negar o óbvio, o que é manifesto, o que está cabalmente demonstrado nos autos.

Mas o Réu “agarra-se” à questão da cor do pano que foi retirado do corpo da A. para pretender afirmar que esse pano não lhe foi deixado no corpo na cirurgia a que a autora foi submetida nos serviços da Réu, defendendo que nessa cirurgia foram observados os cuidados ou regras de procedimento a ter ou a cumprir pela equipa cirúrgica e que os panos então utilizados eram de cor azul, não verde.

Mas sem razão, pois que embora tenha sido provado que nos serviços de cirurgia do Réu são utilizados panos azuis (facto supra nº 44), nada nos garante que não possam também ser usados panos verdes e que assim tenha sucedido na cirurgia em causa.

Mas também não é por isso que fica comprometido o facto supra nº 18, já que apesar de no relatório do acto cirúrgico ocorrido no Hospital da Guarda em 21/08/2001 constar que “...constatou-se pano verde intra-abdominal” – facto supra nº 42 -, tal constatação, por si só, não nos diz que esse pano não tivesse sido antes azul e que tenha “desbotado” ou mudado de cor por efeito de ter estado no interior do corpo da autora desde 21/06/2001 até 21/08/2001 (dois meses), sempre em ambiente húmido, com sangue, pus e certamente com mais líquidos (como éter, presume-se) utilizados no decorrer da dita anterior cirurgia, o que decerto retiraria a cor inicial desse pano.

Não é, pois, o teor do dito relatório do acto cirúrgico do dia 21/08/2001, quanto à cor do pano, que põe em causa o facto dado como assente no ponto 18 supra.

Sustenta ainda o Recorrente que a equipe de cirurgia que fez a intervenção à A. nos seus serviços cumpriu com as chamadas “leges artis” desse acto.

Mas, mais uma vez, sem razão, pois que o que apenas ficou provado foi em que é que se traduzem algumas dessas regras, como sejam a de antes de se iniciar qualquer acto cirúrgico deverem ser contadas todas as compressas (e panos, certamente) que vão para a mesa da operação – facto supra nº 32 -, devendo tais peças de pano e compressas ser recontadas após a operação, de modo a confirmar-se que não falta nenhuma – facto supra nº 34 -, cabendo ao médico cirurgião e chefe da equipa inteirar-se, no final do acto cirúrgico, se está tudo em ordem quanto ao material utilizado durante o acto – facto supra 38 -, fechando a cirurgia só depois de obter tal confirmação – facto supra nº 39.

Ora, no presente caso não ficou provado que assim se tenha procedido, como bem resulta das respostas negativas dadas em 1ª instância aos quesitos 40º e 41º da base instrutória (onde se perguntava se, no presente caso, foi isso que sucedeu e se o cirurgião-chefe se certificou de que nenhuma compressa faltava antes de fechar o acto cirúrgico), pelo que não tem razão o Hospital Réu na sua insistência de que tal pano não foi deixado no corpo da A. na cirurgia a que se procedeu nos seus serviços.

E não é pelo facto de também ter ficado provado que “consta das fichas do bloco operatório, quer dos cirurgiões, quer dos enfermeiros, intervenientes no acto cirúrgico, que foi efectuada a contagem das compressas e que não foi detectada qualquer falta” – facto supra 36 -, que tal contagem tenha efectivamente sucedido, o que importaria demonstrar; além de que nessas fichas apenas se faz alusão a “compressas”, não a outros “panos”, como relevaria para a presente abordagem.

E muito menos se compreende ou pode aceitar a sua tese de que esse “pano” terá ficado no interior do corpo da A. desde 5 anos antes (em 1996), aquando de uma primeira intervenção a que foi sujeita em outro hospital – factos supra 40 e 41º -, o que não só decerto não poderia ter sucedido, pelo menos sem manifestações de dor, como se refere na fundamentação da decisão da matéria de facto, como assim tendo sido dito “pelos médicos ouvidos”.

Além de que mesmo admitindo, teoricamente, tal possibilidade, decerto que aquando da intervenção cirúrgica nos serviços do Réu não deixaria de ser visto tal pano deixado há 5 anos atrás, não se podendo aceitar que assim não devesse ter sucedido, como também foi referido pelo cirurgião que operou a A. no Hospital Réu, conforme fundamentação de fls. 213/214 (onde também se diz que por ele foi referido ser “altamente improvável que o pano encontrado no interior da paciente no hospital da Guarda aí tenha ficado desde a intervenção que esta fez em 1996”).

Face ao que não podemos, de forma alguma, aceitar as questões colocadas pelo Réu/Agravante sobre a realidade que emerge dos factos dados como assentes, isto é, não faz qualquer sentido e até afronta o normal entendimento das “coisas”, salvo o devido respeito, colocar sequer em dúvida que “o pano”, tivesse ele sido azul ou verde, ou de qualquer outra cor, encontrado no interior do corpo da A. na cirurgia de 21/08/2001, aí tivesse sido deixado ou tivesse aí sido esquecido na cirurgia de 21/06/2001, esta efectuada nos serviços do Réu.

Considera-se, pois, como um facto certo e sem margens para dúvidas, que assim sucedeu.

E assim se concluindo, cumpre perguntar se no cumprimento da cirurgia a que o hospital Réu se obrigou perante a A., traduzida esta numa prestação de meios ou de um serviço médico-cirúrgico inerente a esse tipo de intervenção, os serviços cirúrgicos do Hospital Recorrente actuaram de forma censurável, merecedora de críticas, ou se agiram em conformidade com as chamadas “leges artis”.

Ora, perante as já referidas regras ou “práticas” inerentes a cirurgias, como as relativas à contagem dos instrumentos, dos panos, das compressas e de outros “instrumentos” utilizados em cirurgia, com a posterior confirmação dessa contagem antes de ser fechado o acto cirúrgico, o que cumpre que seja devidamente certificado pelo cirurgião-chefe, o que podemos dar como assente é que não ficou provado que, no caso presente, assim tenha sucedido.

E foi precisamente por assim não ter sucedido que aquando do fecho da dita cirurgia não se deu conta da “falta” de um pano cirúrgico utilizado na operação, que, por isso, ficou fechado ou esquecido no interior do corpo da paciente, com as eventuais consequências que daí resultaram e que poderiam ter resultado, designadamente a sua morte, caso tal situação se prolongasse no tempo – facto supra nº 24.

E não pode, também, deixar de se censurar o Hospital Réu pela sua conduta para com a A. ao longo dos dois meses que se seguiram à intervenção cirúrgica nos seus serviços, uma vez que, apesar de a A. se ter sempre queixado de dores pós-operatórias, nunca nesses serviços foram tomadas diligências ou cuidados que tivessem podido socorrer a A. de imediato, como se impunha, o que apenas noutra hospital foi efectuado.

Ora, devendo qualquer contrato ser pontualmente cumprido e de acordo com as regras de segurança e de conformidade à prestação acordada, além de no cumprimento dessa obrigação dever-se proceder de boa fé – artºs 406º, nº 1, e 762º, nº 2, ambos do C. Civ. -, sendo certo que no exercício de uma qualquer actividade perigosa (como sucede com a actividade médico-cirúrgica em geral) cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem – artº 493º, nº 2, e 799º, nº 1, do C. Civ. -, e quando assim não aconteça fica o incumpridor obrigado a reparar os danos causados ao terceiro, nos termos dos artºs 493º, nº 2, 798º e 800º, nº 1, todos do C. Civ..»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-10-2008

Revista n.º 2654/08 - 7.ª Secção

SALVADOR DA COSTA (Relator), Ferreira de Sousa e Armindo Luís

Sumário:

I - O certificado de óbito emitido pelo médico que atesta os factos relativos à causa da morte não é documento autêntico nem é susceptível de produzir a sua prova plena.

II - O serviço médico, pela sua natureza de meio de prevenção da doença ou da recuperação da saúde das pessoas, deve pautar-se pela diligência, atenção e cautela, na envolvimento das boas práticas da profissão e dos conhecimentos científicos existentes.

III - Em quadro de pluralidade de patologias e de falta de clareza da sintomatologia do paciente, não pode ser imputada a causa da sua morte ao médico que logo mandou realizar exames clínicos com vista à definição do respectivo diagnóstico.

IV - Não tendo o autor provado que o decesso do paciente resultou de erro de diagnóstico face ao estado em que aquele se apresentou no hospital, não pode concluir-se pela ilicitude da acção ou omissão dos médicos.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-06-2009

Revista n.º 287/09.3YFLSB - 6.ª Secção

JOÃO CAMILO (Relator), Fonseca Ramos e Cardoso de Albuquerque

Sumário:

I - A ilicitude consiste na reprovação da conduta do agente no plano geral e abstracto da lei, enquanto a culpa se reporta a um comportamento concreto. Segundo o n.º 1 do art. 483.º do CC, a ilicitude pode revestir duas formas: a) a violação de um direito de outrem - direitos absolutos, direitos reais, de personalidade, de autor - ou, b) a violação de lei que protege interesses alheios, de leis que conferem um direito subjectivo a essa tutela - leis penais, de trânsito, de certas actividades como a construção civil, electricidade, elevadores cuja porta se abre sem que o elevador esteja nesse patamar, leis administrativas - que visam principalmente a protecção de interesses colectivos, a saúde pública, mas não deixam, também, de atender aos interesses particulares de indivíduos ou de grupos e visam prevenir o simples perigo de dano, em abstracto.

II - No caso *sub judice*, do acto da ré - realização de um parto - resultou a violação de um direito absoluto do autor integrado na sua personalidade e consistente no direito à sua integridade física - art. 70.º, n.º 1, do CC, e art. 25.º da Constituição. Daí que a ilicitude se verifique, pois foi a integridade física do autor que ficou violada.

III - Já a culpa ou nexo de imputação do facto ao lesante verifica-se quando este, sendo imputável, no caso concreto podia e devia ter agido de modo diverso. A imputabilidade é a capacidade de entender e de querer. Há assim de se estabelecer um nexo psicológico entre o facto e a vontade do lesante, e que esse nexo seja passível de um juízo de censura.

IV - Sendo a prova da verificação do pressuposto culpa encargo do autor - arts. 342.º, n.º 1, e 483.º, n.º 2, do CC -, tinha este de provar a verificação daquele pressuposto.

V - A prestação de serviços médicos traduz-se numa obrigação de meios e não de resultado.

VI - Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar.

VII - Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoca o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto prestado e as regras legais, só depois funcionando a presunção de culpa a ilidir mediante a prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente, dado que o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo.

VIII - Desta forma, teria o autor de alegar e provar, para este efeito, que a intervenção dos agentes da ré - equipa médica que realizou o parto - omitiu os actos adequados à obtenção do resultado, ou os realizou de forma deficiente ou errada e por tal ter acontecido se produziu o dano, ou seja, que este se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009

Processo nº 544/09.9YFLSB

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

1 – Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”.

2 – Aqui, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor.

3 – Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o nº1 do art.799º do CCivil.

4 – Ao médico não basta, para cumprir esse ónus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente); é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das “leges artis”, foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco considerada e não dentro da percentagem em que normalmente a intervenção teria êxito.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«Inquestionável (e inquestionada) é a relação que une autora e réu – uma relação contratual de prestação de serviços, no domínio de um contrato tal como está desenhado no art.1154º do CCivil, ou seja, um contrato em que uma das partes – aqui o réu – se obriga a proporcionar à outra – aqui a autora – certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.

A responsabilidade do réu, que a BB indicou à autora, como médico, quando no ano de 1997 a autora a procurou a fim de obter aconselhamento médico sobre eventuais intervenções a nível das mamas e que após algumas consultas a aconselhou a entre outras intervenções cirúrgicas introdução de próteses mamárias, é então – a existir – uma responsabilidade contratual.

O que se pergunta é, em primeira linha, se o médico cumpriu pontualmente a sua obrigação porque – art.798º do CCivil – o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Mais do que o (in)cumprimento da obrigação há que perguntar, antes ainda, qual é a concreta obrigação do médico e também se o incumprimento, a ter-se por verificado, se deve ou não a culpa do devedor-médico.

O que se pode dizer com segurança, in casu, é que a obrigação ou não foi cumprida ou foi cumprida defeituosamente.

Porque não estamos, na situação concreta em que nos movimentamos, perante alguém que estando doente anseia ser curado (sendo que, não se sujeitando à intervenção do médico, continuará doente). O que estamos é perante alguém, uma mulher, que – não se encontrando perante qualquer doença em movimento, a que pretenda por termo ou atenuar – anseia apenas por novas mamas que satisfaçam mais a preceito a sua exigência estética.

Se esta pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se em absoluto com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é obrigação em que só o resultado vale a pena. Só o resultado vale a pena, quer para a autora quer para o réu.

Noutro tipo de intervenções a alternativa será, para o paciente, entre o risco assumido de uma intervenção eventualmente não conseguida, e/ou a degradação de um estado de doença a que se pretende pôr termo ou atenuar, e em relação ao qual a inércia parece ser o pior dos males; aqui não há dois polos de uma mesma alternativa, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde.

Portanto aqui, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor.

E o que aconteceu aqui foi que, efectuada a intervenção cirúrgica para introdução das próteses mamárias, a autora começou a padecer de dores que lhe retiraram a concentração nas suas actividades diárias e sofreu de alterações de humor e recolheu a opinião unânime de que existe a necessidade de se submeter a novas intervenções de reparação, cujos custos poderão ascender a 6 500,00 euros e que aterrorizam a autora.

E se é verdade que imediatamente após a intervenção para aumento do volume dos seios e, pela primeira vez que os viu, a autora apresentava o aspecto de fls. 56 e ficou satisfeita com o resultado, a verdade é também que a autora tem actualmente o aspecto de fls. 13 e um tal aspecto, no que sem receio se pode afirmar como um facto notório, não é de molde a satisfazer o sentido estético de qualquer que seja, muito menos de qualquer mulher, por menos exigente que seja. Ainda menos o sentido estético de alguém que se dedica à cirurgia estética, sendo certo até que o que se vê traduz um encapsulamento que se poderá classificar de grau III à esquerda e grau II/III à direita.

Dir-se-á que esse é um risco deste tipo de intervenções. E provou-se que a intervenção do aumento do volume mamário por introdução de implante mamário apresenta um risco de 8% de encapsulamento.

E lembrar-se-á que se não afirmou a obrigação do médico, mesmo em medicina estética, como obrigação de resultado mas apenas do que pôde chamar-se, pensa-se que apropriadamente, de quase resultado. Porque há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja.

Mas se não é de resultado, a obrigação é de meios. E então há-de competir ao médico-devedor, perante um resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente, o ónus da prova de que – art. 799º, nº1 do CCivil – a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

A ele competirá a prova de um grau de conhecimentos e de um zelo e diligência demonstrativos do emprego de todos os meios e conhecimentos e diligências adequados à obtenção do resultado (que se não obteve ou que só defeituosamente se conseguiu). E não apenas pela afirmação desta ou daquela diligência, deste ou daquele meio, ou desta ou daquela atitude ou opção como as que teve por adequadas, mas pela afirmação da coincidência dessas diligências, meios, atitudes ou opções com aquilo que seria adequado cumprir, por parte de um profissional qualificado, para o tipo de intervenção que ofereceu ao seu cliente.

Neste caso, no nosso caso, por maioria de razão, provado como está que o réu não estava inscrito na Ordem dos Médicos como cirurgião plástico de cirurgia reconstrutiva e estética. Acrescendo que a autora desconhecia isso mesmo – e pode perguntar-se: partiria ela para a intervenção se acaso conhecesse a não inscrição do réu como especialista na Ordem dos Médicos?

Ao réu competia o ónus da prova da ausência de culpa sua na produção do resultado, o ónus imposto pelo nº1 do art. 799º.

E não basta – para que esse ónus esteja cumprido – a prova de que há, neste tipo de intervenções, um risco de 8% de encapsulamento.

O que era necessário, passe a abordagem matemática, era que o médico-devedor fizesse a prova de que a sua conduta profissional havia sido de molde a que o concreto resultado estava dentro desses 8% e não, por culpa sua, dentro dos 92% em que normalmente a intervenção tem êxito.

Mas essa prova não a fez o réu – não a fez quando:

- se provou que a primeira intervenção não foi precedida de análise ou diagnóstico que permitisse saber que tipo de prótese colocar;
- não se provou que o risco de 8% de encapsulamento foi explicado à autora e esta aceitou;
- não se provou que as próteses implantadas na autora deslizaram, por ausência de compressão, nos polos superiores, no post-operatório;
- não se provou que o encapsulamento grau IV de Baker é um risco próprio da intervenção – respostas não provado aos pontos 26, 30 e 31 da base instrutória.

É certo que se não provou também – resposta negativa ao ponto 15 – que as próteses implantadas à autora são desadequadas em tamanho à sua estrutura física.

Mas – repete-se – o ónus estava no réu, não na autora.

Não lhe competia a ela, autora, provar a desadequação mas ao réu provar a adequação.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/3/2010

Processo nº 301/06.4TVPRT.P1.S1

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

II - O consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou.

III - Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

IV - Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse seu ónus se acaso a doente provasse por si própria que outros caminhos havia, possíveis ou mais adequados, de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre poderia ser o mesmo, ou que outros especiais riscos podia correr.

V - Não tendo a autora feito prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento intervenção, não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas diferentes possibilidades.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«perguntar-se-á:

consentiu (ou não) a autora no tratamento que lhe foi prestado na Clínica Oftalmológica ...-..., S.A.?

E, se consentiu, fê-lo (ou não) informadamente? Porque o consentimento só é válido, só pode julgar-se como validamente expresso, se for livre e esclarecido, logo se for informado. Se forem fornecidos ao doente – se foram fornecidos à autora – todos os elementos que a determinaram a consentir na intervenção médica que contratou com a Clínica ré e os seus médicos.

Não é despidendo pensar, desde logo, que estamos num domínio inteiramente privado, em que a autora escolhe livremente a Clínica ré porque confia na qualidade dos seus médicos e dos seus serviços.

E esta livre escolha da autora induz, desde logo, uma tácita aceitação da orientação médica que na Clínica receba.

Alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma informação menos informada, passe o pleonasmo, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

Ora bem:

a autora marcou, para o dia 02/07/2003, uma consulta na Clínica ré, onde foi atendida pela chamada Dr^a DD, tendo, nesse dia, sido informada que possuía uma lesão no olho esquerdo, pelo que teria que realizar um exame denominado “angiografia fluorsceínica”, exame esse que foi realizado no dia 08/07/2003, e cujo resultado foi observado pela ré Dr^a BB, com a autora a ser informada pela chamada Dr^a DD da gravidade da lesão e de que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com uso de laser, denominada “fotocoagulação laser”, terapêutica que foi levada a efeito acto contínuo por essa mesma Dr^a DD.

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Informada, então, da existência da lesão no olho esquerdo, a autora aceitou fazer o exame necessário à determinação rigorosa dessa mesma lesão, para definição do caminho médico a seguir perante ela.

E esta é, em nosso entender, informação suficiente para o doente que nos escolhe a menos que o exame tenha, em si mesmo, um especial risco, que justifique uma especial prevenção.

Assim mesmo o pretendia a autora porque – alegou – se encontrava grávida de algumas semanas « e o referido exame não é realizável em mulheres grávidas ».

Mas isso foi exactamente o que se não provou - a Autora suspeitava | apenas | que estava grávida, nada lhe tendo sido perguntado sobre se estava grávida e não se provou – resposta negativa ao ponto 4º da base instrutória – que este exame não é realizável em mulheres grávidas.

Não se provando o acrescido risco do exame, fica de fora do ónus da ré, dos réus, o acrescido dever de informar sobre um tal risco.

O exame confirmou a gravidade da lesão e a Autora foi informada | disso mesmo e de | que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com o uso de laser, denominada «fotocoagulação laser».

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Só depois, acto contínuo, essa terapêutica que foi levada a efeito.

Se a autora escolheu o seu médico, a sua clínica, é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido.

Pois se por um lado temos a ausência de quaisquer riscos do tratamento e por outro temos riscos sérios e graves se a intervenção não fosse efectuada, qualquer razoável doente que previamente escolheu o seu médico – transportando nessa escolha, naturalmente, um capital de confiança – consentiria na realização do exame.

A menos que a intervenção a laser comportasse algum especial risco (contra aquilo que foi afirmado pelo médico), porque então sobre este incidiria o ónus da prova da informação à autora desse especial risco.

(Mas o que provou não foi isso. Foi que a lesão de que a Autora padecia no olho esquerdo se encontrava fora da «zona proibida» para aplicação do laser e que, atenta a distância dessa lesão à mácula, não era previsível o atingimento desta).

Ou que houvesse outros caminhos de intervenção/tratamento que à autora pudessem ter sido dados a conhecer, eventualmente mais adequados ou com melhores resultados previsíveis;

Ou que fosse perfeitamente indiferente, em termos de evolução da doença ou da sua regressão ou atalhar, fazer ou não fazer a fotocoagulação a laser.

Aí sim, sobre o médico – que não sobre o doente – incidiria o ónus de provar a informação necessária ao consentimento livre e esclarecido.

Mas não.

O que se provou foi apenas que a lesão no olho esquerdo da Autora não era de evolução previsível, tendo, sempre, um prognóstico reservado.

Em conclusão: perante a gravidade de uma lesão cujo tratamento adequado seria a fotocoagulação a laser, a autora teve da parte do médico que escolheu a informação necessária ao consentimento livre (e esclarecido) que prestou – a lesão era grave e séria, de prognóstico reservado, exigindo uma intervenção imediata como forma mais adequada de atalhar a progressão da doença.

E, de facto, o método interventivo sugerido era o adequado naquelas circunstâncias, não correndo a autora (previsivelmente) riscos porquanto a lesão se encontrava fora da zona proibida de aplicação do laser.

Nas circunstâncias concretas provadas o médico cumpriu o seu dever de informar - a intervenção era a adequada, sem riscos, e bem mais grave do que fazer a intervenção era o não fazer nada, deixando a doença evoluir por si.

Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse ónus se acaso a doente provasse por si própria – ónus seu – que outros caminhos havia possíveis ou mais adequados de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre proderia ser o mesmo – ou seja, que o não tratamento era potencialmente tão “eficaz” como o tratamento.

Ou que outros especiais riscos podia correr.

Mas a autora não fez prova, como pretendia, de que “os tratamentos a laser são desaconselhados em mulheres grávidas, atento o risco que acarretam para o feto” – resposta negativa ao ponto 19º da base instrutória.

Não tendo a autora feito a prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento/intervenção – o que era ónus seu – não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas e diferentes possibilidades – informação que seria ónus deles, dos médicos.

A informação fornecida – nos termos provados – foi, em concreto, a informação necessária, cumprindo os réus o ónus de informar.

Oralmente, é certo, mas o consentimento, a menos que a lei expressamente diga o contrário, pode ser prestado por qualquer forma – não necessita de ter a forma escrita.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1/7/2010

Processo: 398/1999.E1.S1

Relator: SERRA BAPTISTA

Sumário:

2. A violação do contrato de prestação de serviços médicos acarreta responsabilidade civil (contratual) desde que o devedor da prestação (*in casu*, o médico) tenha agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto culposos e este. Incumbendo ao devedor provar, depois de apurada a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso, que estes não provêm de culpa sua.

3. A prova do nexo causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar e medida da mesma, cabe ao credor da obrigação, independentemente da sua fonte.

4. Pelo que o doente tem de provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e conduziu ao dano, sendo certo que se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado, teria levado á cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte, consoante o caso.

5. Sendo necessário estabelecer uma ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquela.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Considerou-se até agora nos autos que as partes – autora e réus – celebraram um contrato de prestação de serviços médicos (art. 1154.º do CC Sendo, agora, no julgamento desta revista, de tal diploma legal os preceitos mencionados sem expressa menção.), tendo aquela, mediante o pagamento de um preço, solicitado aos referidos réus práticas da sua especialidade Durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que entre o médico e o doente se celebrava um contrato e de que o incumprimento das obrigações assumidas por aquele profissional podia originar responsabilidade contratual, fundando-se o ressarcimento dos danos causados, aquando da

prestação da assistência médica, apenas no regime delitual. Encontrando tal forma de pensar as suas raízes profundas no direito romano e na concepção que nele imperava de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de uma transacção, o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como a vida e a saúde humana) com que a actividade médica contende. O advento da Revolução Industrial e a consagração, nos códigos oitocentistas, da figura contratual de prestação de trabalho autónomo e subordinado, contribuiu para a aceitação da concepção contratual da actividade médica – Rute Teixeira Pedro, *Responsabilidade Civil do Médico*, p. 56 e ss..

Sendo certo, acrescenta o acórdão recorrido, que a violação do contrato acarreta responsabilidade civil – a obrigação de indemnizar – desde que o devedor da prestação – in casu, os réus – tenham agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto culposos e este último pressuposto (art. 483.º).

Cumprindo o devedor a obrigação O ac. do STJ de 4/3/2008 (Fonseca Ramos), Pº 08A183, in www.dgsi.pt, define o acto médico como o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas. quando realiza a prestação a que está vinculado (art. 762.º, nº 1), incumbindo-lhe provar, depois de apurada a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação, que estes não procedem de culpa sua (art. 799.º, nº 1).

Demos, assim, de barato E, como é sabido, a responsabilidade civil dos médicos admite hoje, sem dúvidas, ambas as formas previstas na lei: a contratual ou obrigacional e a extracontratual (esta apenas em relação aos factos ilícitos). E, uma das razões em que, por vezes, os demandantes lançam mão dos esquemas da responsabilidade extracontratual – que apenas deverá ser usada em situações inequívocas – é a discutidíssima questão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual – se bem que a posição maioritária, sustente tal possibilidade (o art. 496.º é aplicável a toda a responsabilidade civil), assim sendo defendido por A. Costa, *Direito das Obrigações*, p. 396, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I., p. 318, Galvão Telles, *Obrigações*, p. 396 e Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 31 e ss, nota (77), sendo certo que A. Varela, *CCAnotado*, vol. I., p. 501 e *Das Obrigações em Geral*, vol. I., p. 605, defende o contrário. Não havendo, contudo, nos dois tipos de responsabilidade, danos distintos ou condutas diferentes, tratando-se apenas de dois regimes legais de protecção do lesado, que prevêm tal conduta ilícita e que visam reparar o dano, tendo cada regime a sua teleologia própria. Correspondendo necessariamente à unidade de conduta e do dano a unidade do pedido indemnizatório e de indemnização – Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, p. 27 e *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, *Direito e Justiça*, vol. XIV, t. 3. que, tendo em conta a factualidade a propósito vertida e provada, a responsabilidade pedida – por danos patrimoniais e não patrimoniais, estes alegadamente gerados pelo pânico sentido pela A. com o erro médico - decorrerá da violação das prestações contratuais inerentes e próprias do cumprimento do referido contrato de prestação de serviços médicos.

Estando-se, pois, sem necessidade de mais averiguações e considerações, perante uma alegada responsabilidade civil médica, com fonte contratual. Tendo vindo a ser qualificada, em geral, como obrigação de meios a assumida ou devida pelo médico, sustentando os defensores desta orientação que tal profissional só está obrigado a utilizar os meios adequados para atingir um certo diagnóstico ou definir uma terapia, não lhe sendo exigível alcançar qualquer resultado efectivo, ou seja, a cura do paciente. Não assegurando nem podendo, naturalmente, assegurar a cura da sua enfermidade – Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, p. 125, *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL e Carlos Ferreira de Almeida, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, mesma revista, p. 110.

Tendo a Relação já decidido, sem reparo de qualquer uma das partes – embora com fundamento em presunção judicial – pela desconformidade da actuação dos réus face às legis artes a que estavam vinculados, incumbindo-lhes, por isso, demonstrar que o não diagnóstico das fracturas pela autora sofridas, com a sua queda, não se deveu a culpa sua.

Assim se dando como apurada a desconformidade da concreta actuação dos réus, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, teria tido em circunstâncias semelhantes. Aceitando-se, pois, de igual modo sem reparo, aquele padrão de culpa vertido no art. 487.º, nº 2, para a responsabilidade extracontratual, adoptado, na responsabilidade contratual em apreço, pelo art. 799.º, nº 2.

Sendo certo que as mais típicas e relevantes violações decorrentes deste tipo de contratos reconduzem-se ao cumprimento defeituoso. Existindo este sempre que exista desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador do serviço médico. Considerando-se que o tratamento é defeituoso, em relação á obrigação principal, quando seja desconforme com as “leis da arte médica”, com as *leges artis*, de harmonia com os estádios do conhecimento da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 116..

Com efeito, só haverá violação ilícita do direito de outrem se a intervenção médica se processar ao arrepio das *leges artis*, também aqui se podendo falar em cumprimento defeituoso.

Entendendo-se por *leges artis* o conjunto das regras de arte médica, isto é, das regras conhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal contacto ocorre Álvaro da Cunha G. Rodrigues, *Reflexões ...*, p. 137..

Mas questão diversa – e reportemo-nos agora a ela que é, afinal, a que está em causa – é a de saber **se existe relação de causalidade adequada entre a omissão do diagnóstico correcto – o da existência das ditas fracturas à data da sua realização – e a produção dos danos provados e cuja reparação foi, a seu tempo, devidamente pedida.**

Entendeu a Relação pela impossibilidade do estabelecimento de qualquer nexos causal entre o deficiente diagnóstico efectuado e a fractura das vértebras, o aperto nos canais vertebrais, a imobilização pela autora sofrida, nas dores que ainda hoje sente, no prolongamento forçado da sua estadia em Portugal e no grau de incapacidade que lhe foi fixado.

Pois, acrescenta, tais danos são certamente consequência do acidente – da queda que a autora sofreu e que, naturalmente, aos réus não imputa, dizemos, ainda, nós – nada se tendo apurado que permita concluir que tal deficiente diagnóstico, só mais tarde corrigido (na Alemanha) tenha contribuído para o agravamento do estado de saúde da autora.

Tendo o acórdão, contudo, acabado por estabelecer – não se entendendo bem, salvo o devido respeito, a diferenciação, sem mais, entre as dores que sofreu e as dores de que ficou a padecer – o nexos causal entre o defeituoso diagnóstico e as primeiras.

Mas, sem necessidade de sobre tal questão nos debruçarmos, face à decisão tomada quanto à revista dos réus, já que aí se entendeu, pelas razões então melhor vertidas, ser a mesma, a este respeito, nula.

Mas vejamos, então, o que dizer quanto ao nexos causal que a Relação não deu como apurado.

A prova do nexos causal, como um dos pressupostos da obrigação de indemnizar e medida da mesma, cabe ao credor da obrigação de indemnizar, independentemente da sua fonte.

É um dos pressupostos do direito que se acciona, com vista ao ressarcimento do dano – arts 563.º e 342.º, nº 1.

O doente tem, pois, que provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido, e, por assim ser, conduziu ao dano, pois se outro acto médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento, ou mesmo a morte.

É necessário haver um nexos causal entre a acção (ou omissão) e o dano provocado. Mas não pode ser uma qualquer causa/efeito.

Sendo necessário estabelecer uma ligação positiva entre a lesão – que aqui, note-se bem, não é a fractura, em si, mas o imperfeito diagnóstico efectuado - e o dano, através da previsibilidade deste em face daquela.

Com efeito, resulta dos trabalhos preparatórios do nosso Código Civil – crendo-se não haver, quer na doutrina, quer na jurisprudência, relevantes divergências a este respeito – que, no citado art. 563.º, se quis adoptar a teoria da causalidade adequada, que Galvão Telles Manual do Direito das Obrigações, nº 229 e Direito das Obrigações, p. 409 e 410., formulou nestes termos: “Determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar”.

Devendo o facto causador da obrigação de indemnizar ser causa do dano, no sentido de dano real P. Lima e A. Varela, CCAnotado, vol. I, p. 578..

Ensinando-nos, a propósito, Vaz Serra Citado em P. Lima e A. Varela, ob. e p. cit. :

Não podendo considerar-se como causa em sentido jurídico toda e qualquer condição, há que restringir a causa àquela ou àquelas condições que se encontrem para com o resultado numa relação mais estreita, isto é, numa relação tal que seja razoável impor ao agente responsabilidade por esse mesmo resultado. O problema não é um problema de ordem física, ou, de um modo geral, um problema de causalidade tal como pode ser havido nas ciências da natureza, mas um problema de política legislativa: saber quando é que a conduta do agente deve ser tida como causa do resultado, a ponto dele ser obrigado a indemnizar. Ora, sendo assim, parece razoável que o agente só responda pelos resultados para cuja produção a sua conduta era adequada e não por aqueles que tal conduta, de acordo com a sua natureza geral e o curso normal das coisas, não era apta para produzir e que só se produziram em virtude de uma circunstância extraordinária”.

Fazendo-se, na dita teoria da causalidade adequada apelo ao prognóstico objectivo que, ao tempo da lesão (ou do facto), em face das circunstâncias então reconhecíveis ou conhecidas pelo lesante, seria razoável emitir quanto à verificação do dano. Só cobrindo a indemnização aqueles (danos) cuja verificação era lícito nessa altura prever que não ocorressem, se não fosse a lesão. Ou, ainda por outras palavras, o autor do facto só será obrigado a reparar aqueles danos que não se teriam verificado sem esse facto e que, abstraindo deste, seria de prever que se não tivessem produzido.

Só sendo, pois, causa jurídica de um dano no paciente, a conduta (culposa) do médico que, segundo um juízo a posteriori formulado, se revela idónea para a produção de tal resultado Álvaro Cunha G. Rodrigues, Reflexões ..., p. 215.

Sendo ainda certo que, de acordo com jurisprudência sedimentada deste STJ, só a culpa, resultante de infracção de normas legais, constitui matéria de direito.

Inserindo-se o juízo de causalidade, considerado que seja numa perspectiva meramente naturalística, no domínio da matéria de facto, e, assim, insindicação por este Tribunal.

Pois, como é bem sabido, o mesmo só aplica – fora o caso excepcional previsto no nº do art. 722.º do CPC – definitivamente o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido (art. 729.º, nº 1 do mesmo diploma legal).

Estando, contudo, no âmbito dos poderes de cognição do STJ apreciar se a condição de facto que não ficou determinada, constitui, afinal, causa adequada do evento lesivo, inserindo aquele juízo naturalístico nos princípios vertidos no citado art. 563.º.

Ora, entendeu a Relação que os factos apurados não permitem estabelecer um nexo de causalidade entre o citado e errado diagnóstico efectuado pelos réus e os danos pela autora sofridos.

E este Supremo não pode sindicar este juízo naturalístico.

Sendo certo, por outro lado, que ele respeita as regras atrás vertidas sobre o conceito de nexo de causalidade vigente no mencionado art. 563.º.

Pois, entendamo-nos: as fracturas pela A. sofridas pela sua queda, em si mesmas, são, sem dúvida, um dano, que, de forma alguma, é imputado aos réus. Pretendendo a mesma, com esta sua acção, assacar-lhes a responsabilidade civil pelas consequências que delas – e da omissão do conhecimento das mesmas no diagnóstico efectuado na clínica ré, sendo certo nem sabermos, por deficiente alegação, quem a assistiu inicialmente (a queda ocorreu no dia 1 e só foi assistida na clínica ré, pelo réu médico, no dia 3) no hotel - lhe advieram. Nomeadamente, pelas reduções existentes na coluna vertebral, aos níveis da 1ª e 5ª vértebras, pela IPP de que ficou a padecer, pela estadia forçada em Portugal (nem sabemos qual era a data aprazada para o seu regresso à Alemanha) e pelo pânico de paralisia (que não ficou demonstrado), pelo qual pede a grande fatia indemnizatória.

Mas, não se pode encontrar na factualidade apurada uma relação de causa/efeito entre o antes e o depois do errado acto médico e que unicamente é imputado aos réus – o da desconsideração das fracturas das vértebras. Sendo certo que a mesma autora, após o deficiente diagnóstico, terá ficado imobilizada durante alguns dias, desde a data do acidente (com desconhecimento, repete-se, de quem a assistiu inicialmente), tendo então usado colete de protecção e realizado sessões de fisioterapia (terá sido por prescrição dos réus?) – resposta ao quesito 8.º e al. B) dos factos assentes.

Não se podendo, assim, e sem mais, concluir que o eventual agravamento das lesões pela A. sofridas, derivadas à queda, se ficaram a dever ao diagnóstico defeituoso.

É um “salto” que o Tribunal não pode dar.

Devendo, antes, a autora ter alegado e provado que tal acto médico a que se sujeitou, praticado pelos réus, assim tendo culposamente cumprido a obrigação que sobre eles impedia de forma defeituosa, a ter sido, como devia, correctamente praticado, teria obstado a um eventual agravamento das lesões – e será que estas se agravaram, não tendo resultado as referidas reduções vertebrais das ditas fracturas e da osteoporose generalizada de que a autora é portadora?; será que houve, ao invés, e apesar do acto censurável apurado, uma evolução normal das fracturas, não havendo qualquer outro tratamento a fazer a não ser a imobilização da paciente? – e às demais consequências danosas.

Não se podendo olvidar que, aqui, no atinente ao nexó de causalidade de que ora nos ocupamos, o ónus da prova compete à autora.

Não se vislumbrando, assim, factos alegados e provados – a petição é bem deficiente a tal respeito, estando, e salvo o devido respeito, quase ab initio, a acção votada ao insucesso - que permitam o preenchimento deste relevante pressuposto da responsabilidade.

A pretensão da autora não pode, assim, sem necessidade de mais, proceder.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/10/2010

Processo nº 1364/05.5TBBCL.G1

Relator: FERREIRA DE ALMEIDA

Sumário :

IV. Agirá com culpa ou negligência (cumprindo defeituosamente a obrigação) o médico que, perante as circunstâncias concretas do caso, e face às *leges artis*, tenha feito perigar (ou lesado de modo irreversível,) o direito do paciente à vida ou à integridade física e psíquica do paciente. Culpa essa «a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família (art.ºs. 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799º, ambos do CC).

V. Em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado.

VI. Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta.

VII. A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.

VIII. Face ao disposto no art.º 798.º do CC, recairá, em princípio, sobre o médico a obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao seu doente ou paciente (art.º 566.º e ss. do CC).

IX. Segundo a doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa, consagrada no art.º 563.º do CC, o facto que actuou como condição do dano só não deverá ser considerado causa adequada se, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostrar (de todo) indiferente para a verificação desse dano.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«(...) enquanto na -responsabilidade contratual a simples verificação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor, salva a prova do contrário (art.ºs 344.º, n.º 1 e 799.º, ambos do CC), no segundo tipo de situações (responsabilidade extracontratual) caberá ao (doente/lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor se não pautou pelas regras de actuação susceptíveis de, in abstracto, virem a propiciar a produção do pretendido resultado (art.º 487.º do CC).

Em termos gerais - ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual -, ter o médico agido culposamente «significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada; isto é, poder determinar-se que, perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico obrigado devia e podia ter actuado de modo diferente. Diversamente, a actuação do médico já não será culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter actuado como actuou. Culpa «a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso» (art.º 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799.º, ambos do CC).

Genericamente, a obrigação do médico consiste em prestar ao doente os melhores cuidados ao seu alcance, no intuito de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento e salvar ou prolongar a vida. Nesta fórmula ampla se compreende a actividade profissional, intelectual ou técnica que tipicamente se pode designar por «acto médico» - cfr. A. Silva Henriques Gaspar, no seu "Estudo Sobre a Responsabilidade Civil do Médico", in, CJ, ano III, 1978, Tomo I, pp. 335 e ss.

Actuará, assim, com negligência (cumprindo defeituosa-mente a sua obrigação) o médico que não exercite todo o seu zelo nem ponha em prática toda a sua capacidade técnica e científica na execução das suas tarefas para proporcionar cura ao doente ou para não fazer perigar (ou pôr irreversivelmente em causa) o seu direito à vida ou à integridade física e psíquica (acerca desta problemática da culpa em matéria de responsabilidade médica, vide o citado "Estudo" da autoria do Dr. António S. Henriques Gaspar).

Em regra, o médico não se obriga a curar o doente, apenas se comprometendo a proporcionar-lhe cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais; trata-se, pois, de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado; incumbirá, pois, ao doente o *burden of proof* da invocada inexecução desse contrato por banda do profissional médico (ainda no sentido qualificação dessa obrigação como "obrigação de meios", cfr. J. C. Moutinho de Almeida, in "A Responsabilidade do Médico e o seu Seguro, in "Scientia Jurídica", Tomo XXI, 16/117, p. 337).

Já poderá não ser assim se se tratar de médico especialista, que ao pôr em prática a sua técnica e os seus conhecimentos técnico-científicos especializados (justamente o pressuposto da contratação do seu serviço), actua de modo contrário ao que dele era esperado e exigível, atentas as suas habilitações específicas para o concreto acto médico. O dever do emprego da técnica adequada vincula, de resto, o médico, mesmo após a alta do paciente, nomeadamente no que concerne ao dever de informação quanto ao tratamento e cuidados a observar - conf. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 44 - Ano 2000 - Julho/ Setembro, pp. 37 e s. Relativamente a um médico especialista (v.g. um médico obstetra a quem é cometida a tarefa de proceder, com êxito, à extracção de um feto ou executar as manobras próprias de um parto), já se torna compreensível a aludida inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o especialista em causa ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base a sobredita presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta (sem embargo, todavia, de ele poder provar o contrário)

E sem dúvida de que, para a parte lesada, a prova da culpa do facultativo servidor se revestiria de muito maior onerosidade.

A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado torna a conduta (do médico) culposa, sendo que a culpa se traduz na inobservância de um dever geral de diligência que o agente conhecia ou podia conhecer aquando da respectiva actuação e que comporta dois elementos: um de natureza objectiva - o dever concretamente violado - e outro de cariz subjectivo traduzido na imputabilidade do agente.

A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.

Destarte, o médico poderá ser civil (e directamente) responsável se com a sua acção ou omissão, houver ofendido os direitos do paciente, em relação aos quais exerce as funções próprias da sua profissão, ou haja ofendido qualquer dos seus interesses digno de protecção legal (v.g. os seus direitos de personalidade), causando-lhe danos, desde que o seu comportamento (ilícito) lhe possa ser censurado a título de dolo ou de mera negligência (art. 483.º do CC).

A tutela contratual é contudo a que, em regra, mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória como acima já deixámos dito, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 799.º, n.º 1 e 487.º, n.º 1, ambos do CC). E a que, sem dúvida, melhor protege o lesado contra eventuais “conspirações do silêncio” em sede probatória”, muito comuns neste tipo de situações!...

Conforme o art.º 798.º do CC, «o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor». Recairá, pois, em princípio, sobre o médico a obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao seu doente ou paciente (art.º 566.º e ss. do CC).»

(...)

«Para afastar o nexo de causalidade entre o acto médico de obstetrícia praticado pela Ré DD e o subsequente evento danoso (morte do recém-nascido) basearam-se as instâncias nas respostas negativas aos quesitos 14.º e 15.º, com a seguinte redacção: «...

14.º- A aplicação intempestiva da ventosa no recém-nascido causou laceração da sutura mediana dos ossos da calote craniana e consequente hemorragia?

15.º- O que lhe causou sofrimento e da qual adveio a morte?» ...

As estas interrogações constantes da base instrutória respondeu negativamente o tribunal de 1.ª instância, tendo o tribunal da Relação mantido incólume o sentido dessas respostas.

Mas, o que se perguntava em ambos esses quesitos, entre si interligados, era, tão-somente, se as consequências danosas em apreço haviam sido causadas pela aplicação intempestiva (no sentido de imprevista, prematura, súbita, inoportuna ou extemporânea) da ventosa. Não podem, por isso, essas respostas negativas autorizar a exclusão da produção do evento como resultado de uma outra qualquer actuação, quiçá de natureza imperita, descuidada, inconsiderada, inapropriada, não destra ou anómala por banda da médica Ré.

Não vem, de resto, esclarecido, com um mínimo de clarividência, o iter-causal naturalístico da produção das sequelas danosas descritas no relatório anatomopatológico referenciado na alínea D) do elenco factual, bem como se tais lesões foram ou não causa necessária da morte «neo-natal precoce» do recém-nascido filho dos AA, ora recorrentes.

Nem tão-pouco se as lesões descritas no relatório anatomo-patológico supra-referido poderiam ter sido (ou foram) provocadas por uma qualquer outra intervenção humana dentro do período que mediou entre o início das actividades de parto da A. e o momento do decesso do recém-nascido.

Em suma: perante tal factualidade, ficamos sem saber quais as reais causas ou concausas da morte do recém-nascido em apreço. Isto, sem perder de vista que o art.º 563.º do CC consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa de Enneccerus--Lehman (cfr., entre muitos outros, os acórdãos do STJ de 27-1-2005, Proc. 05B2286,7.ª Sec., de 20-6-2006 – 1.ª Sec., in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 119 e de 18-5-2006, in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 95).

Segundo tal doutrina, a inadequação de uma dada conduta para um determinado resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, tendo este ocorrido apenas por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias. Se a lesão tiver provindo de um facto ilícito culposo (contratual ou extracontratual), deve, em ambos os domínios, entender-se que o facto que actuou como condição do dano só não deverá ser considerado causa adequada do mesmo se, dada a sua natureza geral e em face das regras da experiência comum, se mostrar (de todo) indiferente para a verificação do dano. Assim, a responsabilidade por facto ilícito culposo não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha, só por si, determinado o resultado, pelo que qualquer condição que interfira no processo sequencial (causal) dos factos conducentes à lesão, e que não seja de todo em todo indiferente à produção do dano, segundo as regras normais da experiência comum, seja causa adequada do prejuízo verificado.

A actuação da Ré DD (nos precisos termos em que se traduziu) em nada contribuiu para a produção do evento letal? Este só se produziu por virtude de circunstâncias excepcionais ou extraordinárias de todo imprevistas e imprevisíveis? Em caso afirmativo, quais? Ou tal actuação pode, em certa medida, ter sido desencadeadora da produção do dano e, em caso afirmativo, em que grau ou percentagem?»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/11/2010

Processo nº 1347/04.2TBPNE.P1

Relator: ANABELA DIAS DA SILVA

Sumário:

I- Por acto médico entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas, cfr. Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, pág.431.

II- Ao autor competia, pois, provar que o diagnóstico e tratamento feito pelo 2.º réu no Hospital, também réu, foi errado e, por isso, sofreu importante dano, pois se outro acto médico tivesse sido praticado poderia ter levado ao tratamento da patologia de que padecia.

III- A obrigação a que o 2.º réu/médico estava obrigado era uma obrigação de meios, pois como médico estava tão só adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data dos factos, mas não a cura.

IV- Mas já se verificará incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão, das *leges artis* e dos deveres de cuidado, decorrentes dos conhecimentos científicos disponíveis, implicando, por exemplo, a omissão do uso de meios humanos ou técnicos auxiliares necessários à obtenção do melhor tratamento.

V- Competia ao autor o ónus de prova de que o 2.º réu realizou um juízo de diagnóstico errado.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«A situação coloca-nos perante a responsabilidade civil aquiliana ou extra-contratual, já que a prestação de cuidados de saúde, ao abrigo do serviço nacional de saúde, no Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E. (à ocasião, Hospital Padre Américo - Vale do Sousa), decorre de uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos que careçam de cuidados de saúde e a ele recorram, independentemente de um acto de vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados.

Como sustente o Prof. Miguel Teixeira de Sousa, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pág. 127, a responsabilidade civil médica “é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”; “em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483.º, nº 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)”.

Contudo, qualquer que seja a natureza da responsabilidade civil que impende sobre o lesante, ela traduz-se numa obrigação de indemnizar, ou seja, de reparar os danos sofridos pelo lesado.

A responsabilidade civil aquiliana ou extra-obrigacional surge como consequência da violação de direitos absolutos, que se encontram desligados de qualquer relação pré-existente entre o lesante e o lesado. E são pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos (que é o que releva no caso dos autos) o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

O facto deve ser um facto voluntário ou dominável pela vontade do agente que viola um direito absoluto de outrem. Podem também ser uma omissão de um acto também dominável pela vontade, a que o agente estava obrigado, e que também viola o direito de outrem, ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios.

Nos termos do art.º 483.º do C.Civil “aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Por sua vez, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (art.º 562.º C.Civil), tendo em conta que a obrigação de indemnização “só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria se não fosse a lesão” (art.º 563.º do C.Civil).

No que respeita aos danos não patrimoniais, há que ter em conta o disposto no art.º 496.º n.ºs 1 e 3, do C.Civil, onde se estabelece que, “na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo o respectivo montante fixado equitativamente tendo em conta o grau de culpabilidade do responsável, a situação económica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso”. Sendo que a gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objectivo, que tenha em conta o circunstancialismo de cada caso, e não por padrões subjectivos, resultantes de uma sensibilidade particular, cabendo ao tribunal dizer, em cada caso, se o dano, dada a sua gravidade, merece ou não tutela jurídica, como ensina o Prof. Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, vol. I, pág. 600.

No caso em apreço o autor estruturou a sua acção na afirmação de que o diagnóstico efectuado pelo 2.º réu, Dr. C....., quando o atendeu no serviço de urgências do Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, onde prestava serviço, foi errado, pois que o autor padecia de torção testicular, o que podia e devia ter sido diagnosticado e, consequentemente, ter o tratamento médico-cirúrgico devido, e por assim não ter sucedido, o autor sofreu um grave dano na sua saúde e integridade física o que ainda lhe acarretou sequelas permanentes quer a nível físico quer psicológico, pretendendo ser indemnizado pelos correspondentes danos não patrimoniais. Ou seja, alega o autor que o erro médico, consistente num erro de diagnóstico, e consequentemente de tratamento, de que foi vítima lhe causou dano corporal grave e que deixou sequelas permanentes, quer a nível psicológico, quer a nível físico.

Por acto médico entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas, cfr. Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, pág. 431.

No caso em apreço, ao autor competia, pois, que provar que o diagnóstico e tratamento feito pelo 2.º réu no Hospital, também réu, foi errado e, por isso, sofreu importante dano, pois se outro acto médico tivesse sido praticado poderia ter levado ao tratamento da patologia de que padecia, e até à sua, em suma, teria evitado a perda do testículo.

Dúvidas não restam de que a obrigação a que o 2.º réu estava obrigado era uma obrigação de meios, pois como médico estava tão só adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data dos factos, mas não a cura. Ou seja, estando o devedor adstrito a uma obrigação de meios, ele apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza. Já verificar-se-á incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão, das *leges artis* e dos deveres de cuidado, decorrentes dos conhecimentos científicos disponíveis, implicando, por exemplo, a omissão do uso de meios humanos ou técnicos auxiliares necessários à obtenção do melhor tratamento.

Em particular sobre a obrigação/deveres do médico dispõe o 31.º (Princípio geral) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que “O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. E continua o n.º 1 do art.º 35.º do mesmo diploma, (Tratamentos vedados ou condicionados) que “O médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis*”. Impondo o art.º 9.º ainda do mesmo Código, (Actualização e preparação científica) que “O médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

No caso, competia ao autor o ónus de prova de que o 2.º réu realizou um juízo de diagnóstico errado; tendo, por isso, violado as *leges artis* por parte do 2.º réu, ou seja, competia fazer a prova da ilicitude.

Como resulta da resposta negativa dada aos quesitos 26.º, 27.º e 32.º da base instrutória o autor não logrou fazer prova de que à ocasião quando foi observado nas urgências do Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, pelo 2.º réu, face aos sintomas que apresentava, ao que foi dado a conhecer ao referido clínico pelo exame objectivo que lhe realizou, ao que se apurou pelos meios auxiliares de diagnóstico utilizados e às demais circunstâncias do caso e assentes nos autos, padecia efectivamente de torção testicular ou torção do cordão espermático, e não de epididimite, como foi diagnosticado.

Não se provou, pois, que o 2.º réu não tivesse actuado segundo as regras da boa prática profissional que a natureza do acto postulava em função da exigível preparação técnica e dos conhecimentos científicos disponíveis. Ou seja, não resulta da matéria de facto provada nos autos que o 2.º réu agiu sem a diligência que lhe exigível face às circunstâncias do caso, e de acordo com as regras da sua arte, recomendáveis para aquele quadro clínico, pelo que dessa mesma factologia não resulta qualquer indicio de falta de cuidado, de zelo, imperícia ou falta de conhecimento técnico científico disponível por parte do 2.º réu e necessário ao exercício da sua actividade como médico.

Pelo que não tendo sido provado que o 2.º réu, Dr. C....., praticou qualquer facto ilícito no âmbito dos cuidados de saúde prestados ao autor no referido hospital, e sendo desnecessário averiguar se estão verificados os demais requisitos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, podemos concluir que nem aquele clínico nem esta instituição incorrem, assim como os demais demandados, na obrigação de indemnizar os danos invocados pelo apelante.

Sendo também óbvio que não estando provada a existência do direito à indemnização invocado pelo apelante nos autos, fica prejudicado o conhecimento da excepção peremptória da prescrição do direito. E assim, também em termos de aplicação do Direito, a decisão recorrida não nos merece qualquer censura, indo, pois, confirmada.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/2/2011

Processo nº 674/2001.P1

Relator: FILIPE CAROÇO

Sumário:

I - Deve considerar-se não escrito o quesito formulado sobre a violação da *leges artis* própria do exercício da medicina, por constituir um conceito a preencher pela conduta do agente mediante a qualificação a efectuar em sede de apreciação dos correspondentes factos.

II - Estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais são prestados serviços clínicos, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do mandato, já que a lei não regula a contratação daqueles serviços de modo especial.

III - Não obstante essa qualificação, o resultado a que alude o art.º 1154.º do Código Civil deve considerar-se não a cura, mas os cuidados de saúde, por se tratar de uma obrigação de meios.

IV - Como tal, caberá ao credor dessa obrigação a prova da ilicitude do acto, ou seja, o lesado terá de demonstrar que a conduta (acto ou omissão) do prestador do serviço não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a proporcionar a produção do almejado resultado.

V - Para ver excluída a responsabilidade, ao devedor (médico ou seguradora) competirá demonstrar que não teve actuação culposa, isto é, que agiu com a prudência, o esforço técnico e a diligência devidos.

VI - A utilização de técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se este se equivocar na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa, tornando-se responsável pelas lesões causadas ao doente.

VII - Não age com culpa o médico dentista que, após diagnosticar a causa da dor e a necessidade de extracção, extrai um dente do siso, tendo pata tal administrado uma anestesia regional, seguida de duas anestésias locais, por se manter a sensibilidade à dor, apesar de, durante a prática desse acto, ter ocorrido a fractura da correspondente mandíbula, que, por si só, não significa violação da *leges artis*.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Regressando ao caso sub judice, é ponto assente que **não está em causa qualquer abuso na decisão de extracção de um dente do siso do A., o dente 48, mas apenas os efeitos perniciosos dessa extracção.** Em Abril o A. compareceu no consultório do médico dentista acometido de fortes dores de dentes, o médico diagnosticou-lhe correctamente a causa da dor e a necessidade de extracção daquele dente e, numa nova consulta, nesse mesmo mês, procedeu à respectiva extracção, como, tudo indica, se impunha fazer.

Na preparação do acto, como constitui prática médica habitual, o clínico, no seu consultório, administrou ao A. anestesia regional mas, mantendo-se a sensibilidade à dor, administrou ainda duas anestésias locais tendo em vista, necessariamente, a eliminação da sensibilidade ou sensação de dor que aquele tipo de intervenção provocaria se não fosse a utilização de analgésico adequado. E extraiu o dente, sem aparente complicação na execução da tarefa.

Conforme se provou, a aplicação de três injeções é aceitável e normal. Revela esforço na insensibilização e prevenção da dor.

Se atentarmos no parecer do conselho médico-legal junto aos autos, a que o próprio recorrente apela, dele consta que “a injeção da substância anestésica é feita as vezes necessárias para insensibilizar o local onde se vai actuar...”.

Com efeito, **não se vislumbra na conduta médica do A., tão-pouco indiciada, a prática de qualquer acto ilícito entre o momento em que o lesado compareceu no seu consultório pela primeira vez e o momento da extracção do dente 48.** Não se demonstrou a prática de qualquer acto ou a omissão de outros que pudessem constituir violação dos princípios deontológicos ou das regras da *leges artis* que devem orientar a sua conduta e a execução da sua prestação de serviço médico. Designadamente, nada nos faz supor que tivesse utilizado meios inadequados, porque ultrapassados ou utilizados de modo deficiente, na extracção do dente que se consumou por completo, assim, sem deixar qualquer parte da peça dentária ou resíduos dos meios utilizados na região dentária intervencionada e que pusessem em causa a qualidade dessa intervenção. E cabia ao A. demonstrar que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato, ou que a conduta do médico não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem propiciar o tratamento das suas lesões pigmentadas.

Mas, afinal, com aquela acção surgiu uma fractura do maxilar inferior do A., mais precisamente, fractura da mandíbula, ao nível de Gonion direito, impondo-se uma pergunta muito simples --- porventura, de resposta difícil ---: porquê?

Usou, o médico, de força excessiva na intervenção? Ou será que podem existir em vez dela, ou mesmo concorrer, outras causas determinantes daquela fractura?

O parecer do conselho médico-legal trata a questão consignando que se trata de um acidente operatório raro, fazendo remissão para um tratado de cirurgia bucal, de Cosme Gay Escola (Catedrático de Patologia Cirúrgica Bucal da Universidade de Barcelona) e Leonardo Berini Aytés (Professor Titular de Patologia Cirúrgica Bucal da Universidade de Barcelona) – 1999, 1ª Edição – Ergon S.A. – Madrid, e de onde se retiraram as seguintes ideias-chave[22]:

a) **A fractura mandibular é uma complicação muito pouco frequente quando ocorre na extracção dos terceiros molares;**

b) **Nestas situações, a fractura pode ser devida ao facto destes dentes terem uma inserção óssea profunda a nível do ângulo mandibular e, em segundo lugar, ao nível dos pré-molares inferiores onde a grossura da mandíbula pode estar reduzida por uma grande reabsorção óssea;**

c) **Não excluindo a possibilidade da fractura ser devida à utilização de excesso de força utilizada na extracção, o tratado aponta ainda a possibilidade de se actuar sobre dentes afectados por patologias hiper cementosis.**

d) As fracturas são ainda possíveis quando existe alguma alteração patológica do maxilar, como a presença de grandes quistos, tumores e em transtornos gerais do paciente, como a osteoporose senil, alterações do metabolismo do cálcio, atrofia, osteomilites ou radioterapia prévia.

Como o próprio A. alega sob o artigo 64º da petição inicial, contava cerca de 30 anos de idade à data da intervenção, uma idade ainda jovem e habitualmente saudável para que sejam expectáveis as patologias acima indicadas. Apesar de, ao menos em parte, ser possível ocorrerem em alguns adultos jovens, é de presumir a sua raridade. E como se esta raridade não bastasse, também é pouco frequente a ocorrência de fractura da mandíbula por extracção de dentes, designadamente do siso, não implicando ela --- como se acrescenta no referido parecer ---, necessariamente, negligência.

Por outro lado, **nada se apurou quanto ao desenrolar da intervenção cirúrgica, designadamente que, do ponto de vista objectivo, se justificasse a interrupção dessa intervenção para a realização de exames de diagnóstico.**

Neste conjunto de circunstâncias, exógenas e endógenas não se deparando o médico com informação ou qualquer indício das patologias acima indicadas, e que também não foram despistadas a posteriori, não é possível afirmar que tivesse usado mais do que a força necessária à extracção do dente, ou seja, de força excessiva, subsistindo a possibilidade da fractura estar relacionada com qualquer outra causa, desconhecida. E, na falta de queixas do paciente, devidamente correlacionáveis, não só não era exigível ao médico, naquelas condições, que conhecesse as patologias, como também que as despistasse, uma a uma, antes de proceder à ablação do dente 48, sob pena de tornar o acto excessivamente oneroso para o A., tal como resultaria injustificadamente oneroso para a generalidade das pessoas que necessitam de extrair um dente, preterindo o médico exigente na concorrência médica que dispensa tais cuidados.

Assim sendo, também neste ponto falta a demonstração de erro ou da violação objectiva do cuidado devido segundo as regras do proceder adequado e comum na prática médica. Não se antolha violação da *leges artis* com o significado de dever legal que acima ficou exposto, nomeadamente enquanto obrigação de meios. E falta, por isso, também a demonstração denexo causal relevante entre a conduta do Dr. D... e a fractura do maxilar, por subsistir a possibilidade daquele resultado ser devido, exclusivamente, a factores endógenos, estranhos à acção do agente que, como se referiu, pode situar-se, sem excesso, no âmbito do consentimento prestado pelo A. e da força necessária e exigível para a extracção do dente.

Mas havemos de nos situar ainda noutro momento para avaliar da diligência médica empreendida ou da falta dela.

Surgiram para o A. complicações no tempo imediato à intervenção médica cirúrgica: dores permanentes, edema facial, alterações da sensibilidade (hipersensibilidade ao toque), com boca inflamada, dificuldade de mastigação e incontinência salivar. Tais sintomas levaram o lesado a consultar de novo o médico uma semana após a intervenção, tendo este optado por manter o A. medicado com antibiótico e anti-inflamatório, designadamente Zipo 500 e Jabasulid. Constando dos factos provados que clínico manteve aquela medicação é porque já anteriormente a receitara por considerar adequada à prevenção da inflamação, passando a entender agora que era também adequada à eliminação dos sintomas e queixas que então o paciente lhe apresentou, porventura compatíveis com uma inflamação.

É facto assente que a prescrição de ZIPOS 500 (antibiótico) e JABASULIDE (anti-inflamatório) é uma terapêutica médica adequada à situação do demandante.

Sendo rara e distante a possibilidade de causar a fractura do maxilar inferior, designadamente a do A., como é que o médico, decorrida apenas uma semana, e sendo ainda admissível a existência de uma mera infecção dentária por efeito da cirurgia, há-de considerar, desde logo, a possibilidade de existência de uma fractura no maxilar?

Na ocasião, que pode ter ocorrido no final de Abril, ou no princípio do mês de Maio, aquela terapêutica ainda era adequada à situação do doente.

Mas logo em Junho o clínico fez o A. realizar uma radiografia ao maxilar e identificou a formação de um quisto no maxilar inferior, determinando a realização de uma radiografia mais pormenorizada no

F... em Matosinhos. E entregou uma carta/declaração para ser presente nos serviços de cirurgia do Hospital ... na cidade do Porto, referindo que ao proceder à extracção do dente 48 causara a fractura do maxilar inferior do A. Em 26 de Junho de 1999 o A. compareceu na consulta de cirurgia do Hospital ..., sendo observado por médico que referiu a necessidade de intervenção, que não poderia ser realizada de imediato. E em 29 de do mesmo mês foi confirmado o diagnóstico de fractura do maxilar com consolidação defeituosa e necessidade de intervenção cirúrgica.

Ora, também no pós-operatório o médico agiu com obediência às práticas exigíveis, cumprindo designadamente o dever de vigilância e acompanhamento da evolução do tratamento dispensado. Não há elementos disponíveis no sentido de que, naquele contexto de acção, devesse e pudesse detectar a fractura antes da data em que realizou a radiografia, ainda no mês de Junho. E tendo suspeitado imediatamente da existência da fractura, logo, sem omissão ou ocultação do que quer que fosse, diligenciou pelo adequado socorro ao lesado, obtendo previamente e de imediato, por novos meios radiográficos, confirmação efectiva da perfeição do seu diagnóstico.

Atendendo à natureza da obrigação, de meios, a que estava adstrito, tais factos não só permitem notar a não verificação de ilicitude da acção do Dr. D... também neste segmento --- pós-operatório ---, como reflectem ainda a ausência de censurabilidade da sua conduta, ao ter feito de modo correcto e diligente o diagnóstico que estava ao seu alcance e lhe era exigível, designadamente através de expedientes clínicos exteriores à sua consulta, para que ao A. fossem prestados os necessários cuidados de saúde.

Ficamos, por outro lado, muito aquém da prova de utilização de qualquer técnica incorrecta dentro dos padrões científicos da época que possa traduzir a chamada imperícia do médico, pelo que, também por esta razão, não pode ser responsável pelas lesões causadas ao doente. Portanto, nenhum indício se constata que seja revelador de falta de cuidado, zelo, diligência, imperícia (violação do chamado *duty of skill and care*) ou de falta de conhecimentos técnico-científicos necessários ao exercício do respectivo múnus, aos quais se possam causalmente imputar os invocados efeitos danosos.

Sintetizando, não ficou provado que o médico tenha violado quaisquer deveres objectivos de cuidado, próprios do profissional normal, impostos pela cautela e bom senso clínico.

Neste conspecto, desde logo pela falta de ilicitude da conduta do médico, não estão integralmente preenchidos os necessários pressupostos da responsabilidade civil contratual do Dr. D..., transferida para a R. por força do contrato de seguro profissional pelos respectivos actos médicos (itens 2º e 3º dos factos provados).»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/5/2011

Processo nº 1347/04.2TBPNF.P1.S1

Relator: HELDER ROQUE

Sumário :

III - No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o médico apenas está vinculado a uma obrigação geral de prudência e de diligência, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza, esperando-se apenas que assumo um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico,

permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea, mas ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IV - O diagnóstico traduz-se num enquadramento clínico baseado na capacidade subjectiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo áquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

V - Comprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, conseqüentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como erro escusável ou *faut du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.

VI - A possibilidade de previsão dos resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da sua falta de capacidade individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da sua responsabilidade.

VII - Não acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, e não demonstrando o autor que a causa da isquémia e necrose do testículo fosse determinada por torção testicular, como propugnava, mas antes que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face aos sintomas por si referidos, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica, não se provou o erro de diagnóstico do réu médico e, conseqüentemente, a prática de um facto ilícito e a sua imputação ao mesmo, a título de culpa, nem a correspondente responsabilidade civil médica.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«1. Não invocando o autor o exercício de medicina privada, por parte do réu médico, nas instalações do réu Hospital, goza do direito de reclamar uma indemnização pelos danos que lhe foram causados, por alegado facto ilícito culposo gerador de responsabilidade civil extracontratual.

Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza extra-contratual, em que a obrigação de indemnizar nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, devido à inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante, sendo esta, também, a concepção que melhor se adapta à essência dos serviços públicos ou de interesse público, porquanto qualquer pessoa pode, indistintamente, utilizá-los, nas condições gerais e impessoais dos respectivos estatutos e regulamentos, sem possibilidade da sua recusa ou da negociação de cláusulas particulares [Vaz Serra, Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes, BMJ, nº 85, 476 a 497; Joaquim Silva Carneiro, Responsabilidade da Administração Hospitalar, RDES, Ano XIX, 123 e ss.; STJ, de 7-5-74, BMJ nº 237, 196; RT, Ano 93º, 282].

E, na responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, é ao lesado que incumbe fazer a prova da culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa, nos termos do preceituado pelas disposições conjugadas dos artigos 342º, nº 1 e 487º, nº 1, sem esquecer que não há lugar a responsabilidade, no caso de faltar qualquer um dos pressupostos legais constantes do artigo 483º, nº 1, todos do CC.

Por outro lado, estipula o artigo 486º, do CC, que “as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

Aliás, a questão da obrigação de indemnização, com base em responsabilidade civil médica, não decorre de qualquer regra especial definidora desse âmbito, encontrando antes o seu campo de implantação geral contido no estatuído pelo artigo 483º, nº 1, do CC.

E, como só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, onde não se inclui a prática de actos médicos, não tendo sido, portanto, acolhida, no nosso ordenamento jurídico, a teoria do risco profissional, não se demonstrando a culpa, inexistente, consequentemente, responsabilidade civil médica.

O autor sustenta o pedido de indemnização pelos danos sofridos, em resultado do errado diagnóstico efectuado no réu “Hospital - Vale do Sousa”, por parte do réu BB, que aí prestava serviço como médico, e da consequente errada prescrição, tratamento e atraso na intervenção médica.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, em que se filia a causa de pedir da acção, o médico apenas está obrigado a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse efeito se produza, ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis [Almeida Costa, Direito das Obrigações, 10ª edição reelaborada, 2006, 1039 e 1040].

II. 2. O diagnóstico consiste na determinação da enfermidade do paciente, na análise das suas características e causas, com vista a alcançar um conhecimento sobre o estado do doente, o mais amplo possível à utilidade que visa, quer se trate de medicina curativa ou de medicina preventiva [René Savatier, Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, 2ª edição, Paris, 1950, nº 778], ou seja, destina-se a conhecer ou determinar “uma doença pelos sintomas e ou mediante exames diversos (radiológicos, laboratoriais), etc” [Aurélio Ferreira, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª edição, Editora Nova Fronteira, 1998, 584].

Trata-se de um enquadramento clínico baseado na capacidade subjectiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo aquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar a sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

E, por acto médico, entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas [Almeida Costa, Direito das Obrigações, 5ª edição, Almedina, 1991, 431].

Porquanto se está perante uma obrigação geral de prudência e de diligência, isto é, de uma obrigação de meios, como já se disse, espera-se que o profissional médico assuma um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea.

E a culpa exprime um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que devia e podia actuar de outro modo, e que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade deste [Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, I, 1970, Almedina, 388].

Com efeito, o erro de diagnóstico é fruto, quase sempre, de uma investigação mal conduzida, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência, sendo certo, outrossim, que a ciência médica, com vista à obtenção de um quadro clínico seguro, estabelece determinadas rotinas de investigação que possibilitam, de forma considerável, a sua redução.

Ao não adoptar um procedimento seguro, durante o processo inicial, descuidando-se, assim, da necessária observância do prescrito pela ciência médica, o profissional médico revela-se negligente e torna a sua actuação censurável, o que conduz, com facilidade, ao erro e, por conseguinte, à responsabilidade civil médica.

Contudo, nos casos de hospitais desprovidos dos serviços necessários ao atendimento de emergências previsíveis, não se pode impor ao médico assistente a responsabilidade civil decorrente da falta de condições mínimas para o atendimento das situações mais comuns, sem embargo de, perante um quadro clínico duvidoso, com possibilidade de ocorrer um dano irreversível, aquele estar obrigado a empregar maior diligência e cuidado na identificação da doença e, de igual sorte, na indicação do tratamento.

Aliás, "não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até aos exames radiológicos e laboratoriais"[Kfourir Neto, Responsabilidade Civil do Médico, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2001, S. Paulo, 82].

Comprovado, pois, que “ao examinar o doente o médico agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnos-ticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, consequen-temente, a culpa”, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as condições e circunstâncias locais, é de qualificar como um erro escusável ou «faut du service», afastando-se a responsabilidade civil da intervenção, numa hipótese que se confunde com a imperfeição dos conhecimentos científicos e que recai no âmbito da denominada falibilidade médica [Maldonado de Carvalho, Responsabilidade Civil Médica, 3ª edição, revista e ampliada, Editora Destaque, 2002, 53].

Com efeito, não se pode afirmar, por princípio, que o erro de diagnóstico seja constitutivo de culpa médica, uma vez que se trata de um acto de prognóstico, sendo o resultado de um juízo, podendo, então, o diagnóstico ser erróneo se o juízo for falso [Luís González Morán, La Responsabilidad Civil del Médico, 1990, 96].

Sendo a Medicina, enquanto ciência valorativa, uma ciência não exacta, desde logo, porque perante um mesmo paciente com uma determinada sintomatologia, vários médicos oferecem, muitas vezes, diagnósticos distintos, quer ainda porque acontece, frequentemente, no processo de cura, uma interferência de circunstâncias imprevisíveis, tal não deve constituir argumento justificativo da impossibilidade de comparação da conduta médica, pelas suas características próprias, com qualquer outra actividade profissional, atendendo às suas consequências, muitas vezes, irreparáveis.

Ora, sendo o erro um equívoco no juízo e não se encontrando o médico dotado do dom da infalibilidade, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou [A. Cirinei, *La valutazione clinica della responsabilità professionale del chirurgo*, Milão, 1982, 120].

Se o médico actua “sem a cautela necessária”, sem os cuidados que o caso requer, caracterizando-se a sua conduta pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração, age com imprudência, se se comporta com “inação, indolência, inércia ou passividade”, faltando aos deveres que “as circunstâncias e condições concretas do paciente exigem”; actua com imperícia, mas se, “por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos”, por falta de aptidão técnica, teórica ou prática para o exercício da Medicina, deixa de observar as normas rudimentares fundamentais ao exercício do ofício, age com imperícia [Velooso de França, *Direito Médico*, 7ª edição, S. Paulo, Fundação BYK, 2001, 259 a 265; Maldonado de Carvalho, *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*, Lúmen Juris Editora, 2005, 40].

No fundo, a possibilidade de previsão de resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da falta da sua antevisão individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da culpa e, em consequência, da responsabilidade.

II. 3. Recuperando a factualidade que ficou consagrada, importa reter que, sem embargo de o réu médico não ter determinado a repetição da análise à urina do autor, cuja correcção lhe ofereceu dúvidas, diagnosticou-lhe uma epididimite, com base na apalpação e na observação sumária, directa e presencial, que medicou, advertindo-o de que deveria recorrer a um urologista, na hipótese de não se verificarem melhoras.

Porém, ficou provado que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face ao quadro sintomático referido pelo autor, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos degeneradora de necrose isquémica.

Contudo, não se demonstrou que o autor, em 18 de Agosto de 2002, sofresse de necrose isquémica testicular compatível com o «status» clínico de torção testicular, susceptível de ser diagnosticado nesse dia, e que obrigasse a uma intervenção médica adequada, nas oito horas seguintes ao início da despistagem da doença, e bem assim como que o diagnóstico e a leitura das análises e do exame clínico efectuado pelo réu BB tenham implicado uma percepção da situação, um conhecimento da doença e um tratamento médico e medicamentoso errados e que tal tivesse como consequência, directa e necessária, a posterior perda do testículo.

Na verdade, o acto médico encontra-se envolto num «clima de ordem pública» que concede ao médico, regularmente, habilitado exercer o seu ministério, num quadro de uma imunidade relativa que exclui a sua responsabilidade, a menos que se esteja em presença de uma falta verificada [La Responsabilité du Médecin, Dalloz, 1992, 25, citando René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2ª edição, Paris, 1950], sendo certo que o erro invencível para a mediana cultura médica, desde que observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, conforme se demonstrou ter acontecido com a actuação do réu médico, isenta o seu autor da correspondente responsabilidade.

Com efeito, o autor não demonstrou que a causa da isquémia e necrose do testículo esquerdo fosse determinada pela torção testicular como propugnava e, consequentemente, o erro de diagnóstico do réu médico, mas antes que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face aos sintomas referidos pelo autor, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica.

E, não tendo o autor demonstrado a prática de um facto ilícito e culposo, por parte do réu médico, impõe-se concluir pela improcedência da acção, atenta a causa de pedir invocada, relativamente aquele e os demais réus, confirmando-se o duto acórdão recorrido.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/6/2011

Processo nº 3252/05TVLSB.L1.SI

Relator: SÉRGIO POÇAS

Sumário :

1. Porque no domínio da responsabilidade contratual, tendo a paciente alegado e provado existência de um incumprimento defeituoso de que resultou um dano – a intervenção na artéria quando devia ter sido na veia, o que veio a determinar nova intervenção com a consequente assistência hospitalar – competia ao devedor (hospital) alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua

2. As despesas que derivam da inexecução defeituosa do contrato recaem sobre o autor do cumprimento defeituoso.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Insurge-se a Autora contra a decisão que absolveu a Ré do pagamento das despesas hospitalares reclamadas e da sua condenação em indemnização a favor da Ré.

A recorrente não tem razão.

A Relação decidiu bem.

Fundamentemos:

Da análise da matéria de facto provada, parece inquestionável que houve um erro: tratava-se de uma intervenção, no período pós-operatório, sobre a veia femural que o quadro clínico (devidamente descrito na matéria de facto) exigia e não sobre artéria femural, como foi feito.

É evidente que com esta afirmação nada fica, desde já, decidido.

Na verdade, do facto de haver um incumprimento defeituoso, um erro na execução, não se conclui automaticamente por uma conduta culposa, como adiante se retomará.

Como se sabe, a responsabilidade civil por acto ilícito (artigo 483º do CC (3)) seja contratual, seja extracontratual depende da verificação do facto, da ilicitude do facto, do nexo de imputação do facto ao agente que coenvolve a imputabilidade e a culpa, do dano e do nexo causal entre o facto e o dano

E se é verdade que os factos integradores dos primeiros requisitos indicados devem ser alegados e provados pelo lesado seja na responsabilidade contratual seja na extracontratual (artigo 342º, nº 1, factos constitutivos do direito alegado), já no que diz respeito ao último, à culpa, na responsabilidade contratual (mas não na extracontratual) compete ao devedor alegar e provar que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede por culpa sua (artigo 799º, nº 1)6.(4)

Assim, e em primeiro lugar, importa apreciar se a situação que cuidamos deve ser enquadrada dentro da responsabilidade contratual ou se na responsabilidade extracontratual.

Neste particular – atente-se nomeadamente nas conclusões 1ª e 2ª – parece não haver dissenso. As partes estão de acordo de que se está em presença de um contrato de prestação de serviços médicos a ser enquadrado no artigo 1154º Entendimento que este tribunal acolhe, porque adequado.

De facto, face à factualidade provada, não questionada pela recorrente, conclui-se que a Autora se obrigou (uma obrigação de meios) a prestar à Ré os cuidados de saúde ao seu alcance, em conformidade com as *leges artis* e a Ré obrigou-se a pagar os serviços que lhe viriam a ser prestados, ou seja, as partes celebraram um inequívoco contrato de prestação de serviços (5)

Sendo assim, como é, a questão da responsabilidade civil (porque contratual) deve ser analisada tendo em atenção designadamente o disposto nos artigos 798º e 799º.

Sendo inquestionável que a paciente alegou e provou existência de um incumprimento defeituoso de que resultou um dano – a intervenção na artéria quando devia ter sido na veia o que veio a determinar nova intervenção com a consequente assistência hospitalar –, o que importa agora saber (atente-se designadamente ao disposto no mencionado nº 1 do artigo 799º) é se resultou provado que nas circunstâncias concretas, os profissionais de saúde da autora, fizeram tudo o que podiam e deviam de modo a evitar aquele resultado danoso.

É que se aquela prova (da falta de culpa) não foi feita, por força da presunção do referido nº 1 do artigo 799º, a autora, para além de não ter direito ao pagamento das despesas relativas à intervenção acima referida (porque a elas teria dado causa), é ainda responsável pelos danos causados à ré.

Fez a autora prova de que a indubitável falha não procede de culpa sua?

A resposta é negativa.

Vejamos:

(Era preciso actuar sobre a veia femural e não sobre a artéria femural, lembre-se)

Tendo em atenção as conclusões formuladas pela recorrente e que definem o objecto do recurso, atentemos nos factos interessantes.

Resultou provado, nomeadamente:

14- A veia femural e a artéria femural têm um trajecto anatómico paralelo;

15- Pode acontecer a punção da artéria femural em vez da veia femural e vice-versa;

16- A punção da artéria femural em vez da veia femural é um risco no tipo de intervenção a que a ré foi submetida;

17- A punção arterial não pretendida (acidental), em regra, origina apenas um hematoma de cura espontânea;

18- Por isso o entendimento clínico foi esperar o tempo que foi tido por necessário e normal à respectiva cura;

19- Só em último caso se recorre à cirurgia vascular para correcção da ferida arterial;

Ora, e salvo o devido respeito, o facto da artéria e veia terem um trajecto anatómico paralelo (14º) não pode constituir justificação para o erro verificado.

Na verdade, sabendo que assim é (ou tendo a obrigação de saber, dada a qualificação profissional), impunha-se, naquelas circunstâncias concretas, ao médico especial cuidado para que não ocorresse o engano verificado.

O facto da punção da artéria femural em vez da veia femural ser um risco no tipo de intervenção a que a ré foi submetida (16º), por si só não constitui justificação para o sucedido. Por um lado, não está caracterizado aquele risco (na verdade, nada se sabe da dimensão do risco), pelo outro, o facto de haver risco exigia um cuidado acrescido de modo a evitar o dano.

Concluindo: não resultando provado, como não resulta, que a autora (os seus profissionais de saúde), nas circunstâncias concretas, (atente-se para além do acima exposto, na história clínica da ré que não podia nem devia ser ignorado) tivesse actuado com o cuidado e diligência que devia e podia de modo a evitar o resultado, é inequívoco que a ré não está obrigada a pagar as despesas acrescidas (consequências da actuação culposa da autora) resultantes da nova intervenção cirúrgica reclamada pela anterior e defeituosa intervenção que temos vindo a apreciar.

De facto, estando em causa, como estão, despesas que derivaram da inexecução defeituosa do contrato elas necessariamente recaem sobre o autor desse cumprimento defeituoso.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-09-2011

Revista n.º 10527/07.8TBMAI.P1.S1 - 6.ª Secção

JOÃO CAMILO (Relator), Fonseca Ramos e Salazar Casanova

Sumário:

I - A obrigação do médico traduz-se numa obrigação de meios e não de resultado. Porém, tal não impede que, dos contornos concretos do contrato de prestação de serviços celebrado entre um doente e um médico ou clínica médica, nomeadamente, no campo das especialidades clínicas, possa resultar que o médico ou clínica médica se obrigou em termos de garantir um resultado concreto, pelo que poderá ter de responder civilmente pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, mesmo que a assunção dessa obrigação contrarie, eventualmente, a sua deontologia profissional dada a provável impossibilidade médica de cumprir aquela obrigação.

II - Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoca o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente, dado que o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/9/2011

Processo nº 674/2001.P L.S1

Relator: BETTENCOURT DE FARIA

Sumário :

I – Na responsabilidade contratual por negligência em acto médico, compete ao lesante provar a não culpa, mas a ilicitude da actuação deve ser provada pelo lesado.

II – Ilicitude e culpa no acto médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«1. O autor vem pedir indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que sofreu por causa de, ao ser-lhe extraído um dente, ter fracturado o maxilar inferior.

Entenderam as instâncias que estávamos perante um hipótese de responsabilidade civil contratual, em que o ónus de prova da não culpa pertence ao devedor, conforme o art.º 799º do C. Civil. Concluíram as mesmas que essa prova não fora feita. No entanto, como a prova da ilicitude do acto lesante pertencia ao lesado e este nada provara a esse respeito, concluíram igualmente que não estavam preenchidos todos os requisitos da referida responsabilidade. Pelo que absolveram a ré seguradora do pedido.

2. A primeira questão suscitada pelo recorrente autor é a de que a ele lesado apenas competiria provar o facto da extracção do dente e o resultado da fractura, competindo à ré provar o cumprimento dos deveres de zelo e diligência que impendiam sobre a sua actuação.

Vejamos.

É sabido que são quatro os requisitos da responsabilidade civil: o dano, a ilicitude do acto danoso, o nexo de causalidade entre ambos e a culpa do autor desse acto.

Ao contrário do que acontece na responsabilidade civil extracontratual, onde os indicados quatro requisitos têm de ser provados pelo lesante, na responsabilidade civil contratual, por força da presunção de culpa do aludido art.º 799º, não compete ao lesado provar a culpa do lesante. Mas deve provar os restantes requisitos. Isto porque todos eles são constitutivos do direito em questão. Só a culpa foge a esta regra, em virtude do disposto no art.º 344º n.º 1 do C. Civil, que determina que a presunção inverte o ónus da prova.

Na alegação do recorrente não se indica quem é que deve provar a ilicitude do acto danoso. Apenas é indicado que a não culpa deveria ser provada pelo lesante, ou seja, deveria este demonstrar que actuou diligentemente. Contudo e pelo que já referimos, culpa e ilicitude não se confundem. Esta última tem uma natureza objectiva e significa que o acto lesivo ou danoso foi contrário há lei, que constituiu uma actuação proibida.

É forçoso reconhecer, como bem notou o acórdão recorrido, que, por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da actividade médica, em que a ilicitude

pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é – objectivamente - ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjectivamente - um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico.

Mas os conceitos permanecem diferenciados.

Por outras palavras, ou num registo mais chão, dir-se-á, que **uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.**

Acresce ainda o seguinte:

Estamos perante responsabilidade contratual em que a ilicitude é constituída pelo incumprimento, ou pelo incumprimento defeituoso, como no caso.

Por outro lado estamos também face a uma obrigação de meios: a obrigação médica é do tratamento não da cura.

Ora, a este respeito escreve Antunes Varela – Obrigações 2ª ed. II 97 -:

“É todavia ao credor que incumbe a prova do facto ilícito do não cumprimento. Se, em lugar de não cumprimento da obrigação houver cumprimento defeituoso, ao credor competirá fazer a prova do defeito verificado, como elemento constitutivo do seu direito à indemnização ou de qualquer dos outros meios de reacção contra a falta registada.

Nas obrigações de meios não bastará, neste aspecto, a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação para se considerar provado o não cumprimento. Não basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa. É necessário provar que o médico ou o advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente.”.

No caso vertente, sabe-se que ocorreu a fractura, mas não se apurou, em sede da matéria de facto, qual o erro médico, se o houve, que lhe deu origem.

Mais ainda, não se apurou se ocorreu um erro médico, um acto ilícito e negligente ou mesmo doloso ou um acontecimento adverso (adverse event) como, por exemplo, um acidente motivado pelo estado previamente fragilizado do osso por força da patologia dentária que afectou o autor. No traçado conceptual do Prof. José Fragata, o erro em medicina (erro médico), é delineado como «uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso».

De acordo com esta definição, para que se possa falar de erro médico, é fundamental a convergência dos seguintes elementos: existência de plano, intencionalidade no seu incumprimento, desvio da sequência das acções previstas, incapacidade de consecução do objectivo proposto e causalidade, vale dizer, que a causa não seja o acaso.

Os autores citados, ainda na esteira de Reason, distinguem também o erro médico de uma figura afim que é o evento adverso (adverse event), definido pelos autores portugueses citados, como «qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte»..

Tudo o que ficou provado, de acordo com o concluído pela Relação, é que pode ela ser devida a uma de três causas, anatómica, patológica, ou de uso de força excessiva. Só esta última é que integraria um acto ilícito, porque não conforme com as *leges artis*. Mas não ficou assente, sendo, pelo que atrás consignámos, que seria a provar pelo autor lesado ora recorrente. Assim, ao contrário do que este conclui, não se trata de compaginar duas causas abstractas com uma concreta. Todas elas ficaram indemonstradas.

Donde que o autor não provou, como lhe competia a factualidade integrante da ilicitude, um dos pressupostos do seu eventual direito à indemnização.

Estando no domínio de uma obrigação em que o conteúdo da prestação devida não é a simples apresentação de um resultado (obrigação de resultado), mas antes a prática de um conjunto de actos para que o resultado se possa produzir sem defeitos (obrigação de meios) como é pacificamente aceite pela jurisprudência, caberia ao Autor o ónus de alegar e provar a acção ou omissão do Médico que deu causa ao resultado infausto, é dizer o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos actos necessários (meios) à produção de um bom resultado.

Só assim haveria acto ilícito, restando ainda o pressuposto de culpa para gerar o dever de indemnizar (dolo ou negligência) que se presume relativamente ao devedor (médico) no caso da responsabilidade contratual.

Não há que olvidar que actividade médica é caracterizada pela circunstancialidade (Gómez Rivero, La responsabilidad penal del médico, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, pg. 334), o que significa que o êxito do resultado depende de vários factores, endógenos e exógenos, tais como o estado de saúde do paciente, antecedentes genéticos, factores imunológicos, aspectos de idiosincrasia, reacções alérgicas, como factores internos e da perícia do médico, observância das regras artísticas, meios ao dispor no consultório ou local onde o acto médico foi levado a efeito, etc, como factores externos.

Por outro lado, só haverá acto ilícito se houver, como se sabe, previsibilidade e evitabilidade do dano, já que o acto ilícito é um acto voluntário (controlável pela vontade) e só é voluntário o que é conhecido ou, pelo menos, cognoscível.

Vale dizer que no caso sub-judicio importava saber se a causa da fractura do osso maxilar se deveu a acção traumática do médico (força exagerada ou indevidamente executada, falta de perícia) ou se ficou a dever a uma situação de fragilidade óssea ou lesão prévia provocada por eventual processo patológico ou outra causa.

Por outras palavras, tudo isto seria necessário para se estabelecer a conexão causal entre a conduta do médico dentista e a fractura do maxilar, em termos naturalísticos (conexão de facto) para daí se aplicar a doutrina da causalidade adequada (nexo causal de imputação objectiva do resultado danoso à conduta do agente), que, como é consabido não integra ainda a culpa do agente violador do direito à integridade física do paciente, mas é um pressuposto da responsabilidade civil do agente.

Só estabelecido tal nexo de causalidade adequada, se poderá afirmar que o agente violou o direito do paciente.

Recordemos aqui as palavras de Gomes da Silva no seu estudo, já clássico, «O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar» onde afirma, citando Esmein, «quando se considera um dever de prestar como o do médico, por exemplo, pode falar-se em dever de prudência e de diligência, mas logo que o credor sofre um prejuízo é necessário averiguar se o devedor praticou certo acto que tinha o dever de não fazer, ou se omitiu determinado acto que tinha a obrigação de não realizar» (Esmein, apud Gomes da Silva, op.cit, pg. 371).»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011

Processo: 209/06.3TVPRT.P1.S1

Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS

Sumário :

III - Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar.

IV - Importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.

V - Assente que o autor foi submetido a intervenção cirúrgica à coluna e nada mais se tendo provado que ajude a qualificar com precisão a obrigação, desconhecendo-se como surgiu a opção da sua submissão à intervenção cirúrgica, por iniciativa de quem, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido, se é que tal aconteceu, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, se foi informado dos riscos inerentes, resta então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente, estando cometida ao médico cirurgião uma obrigação de meios.

VI - Sempre que se trate de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

VII - Tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.

VIII - Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

IX - Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«B) Se competia aos médicos réus demonstrar que as lesões que o autor apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua.

Assente, pois, que in casu a responsabilidade médica é de natureza contratual, dúvidas não subsistem sobre a especial gravidade dos danos invocados.

Demonstrando-se a existência de danos, defende o recorrente existir a presunção de que a prestação dos médicos foi incorrectamente efectuada, pelo que lhes competia demonstrar que as lesões que apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua, assim ilidindo a presunção de culpa que sobre eles incide. O que não fizeram.

Acrescenta que, ao médico não basta, para cumprir esse ónus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente), é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das "leges artis", foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco.

Vejamos!

É princípio básico o de que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor, quer se trate de não cumprimento definitivo, quer de simples mora ou de cumprimento defeituoso (cfr. arts. 798º, 799º, 801º e 804º).

Como ensina Antunes Varela, “para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do art. 483º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo”[“Das Obrigações em geral”, vol. I, 9ª ed., pág. 582].

Outrossim, estabelece a lei no nº 1 do art. 799º uma presunção legal de culpa do devedor, a qual pode ser ilidida mediante prova em contrário (cfr. nº 2 do art. 350º). Portanto, sobre ele recai o ónus da prova.

Como dá conta João Álvaro Dias, na obra já citada, a págs. 223 e segs., tradicionalmente a doutrina era relutante em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica, porquanto repugnava aceitar-se a culpa presumida do médico sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não houvesse alcançado os objectivos fixados, pois que colocaria o médico na difícil situação de se ver sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor de cuidados ao paciente, passaria a recair, o que equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade pois que se teria então de provar uma “afirmação negativa de carácter indefinido”.

Todavia, **esse problema viria a ser superado com a posterior adopção da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultados** [Proposta por Demogue, in "Traité des Obligations", Tomo V, Paris, 1925, nº 1.237 e Tomo VI, Paris, 1931, nº 599, como dá notícia e transcreve J. C. Moitinho de Almeida, in loc. cit., págs. 336/337. Haverá obrigação de meios quando “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”, e existe obrigação de resultado “quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil” (Almeida Costa, ob. cit., págs. 1039/1040)], que veio permitir a abordagem desta responsabilidade sem importar especial ónus para o lesante, o médico, aceitando-se hoje consensualmente que a regra é a da natureza contratual da responsabilidade médica.

Isto, porque o ónus da prova da culpa funciona em termos diversos num e noutro tipo de situações, pois que, “enquanto no primeiro caso (obrigações de resultado) a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faz presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este, todavia, provar o contrário), no segundo tipo de situações (obrigações de meios) caberá ao credor fazer a demonstração em juízo de que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de

actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado” [João Álvaro Dias, in ob. cit., pág. 225]³⁶.

Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios.

“Genericamente a obrigação do médico consiste em prestar ao doente os melhores cuidados ao seu alcance, no intuito de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento e salvar ou prolongar a vida.

Nesta fórmula ampla se compreende a actividade profissional, intelectual ou técnica que tipicamente se pode designar por «acto médico»” [Henriques Gaspar, no seu mencionado Estudo “A Responsabilidade Civil do Médico”, in CJ, Ano III, 1978, pág. 342].

Pode dizer-se que, em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar. Mas não assegura, nem se obriga a curar o doente uma vez que a cura também depende do concurso de outros factores independentes da vontade do médico e por ele não controláveis (ex. resistência do doente, capacidade de regeneração do seu organismo, estado anímico, etc.) [Álvaro Rodrigues, no loc. cit. (“Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, 2000, págs. 191/198), a págs. 182/183 escreve que sendo o contrato médico um contrato de prestação de serviços, o “resultado” a que alude o art. 1154º do Código Civil “parece dever considerar-se não a cura em si, mas a cuidados de saúde já que o objecto do contrato de saúde não é a cura, mas a prestação de tais cuidados ou tratamentos”.].

Então, o médico erra não quando não atinge o resultado da cura ou da atenuação do mal ou do sofrimento do paciente, mas quando não utiliza com diligência, perícia, e consideração as técnicas e conhecimentos reconhecidos pela ciência médica, para o concreto caso clínico, que definem, em cada momento, as *leges artis* [Sobre o conceito das *leges artis*, não obstante sob enfoque da lei penal, veja-se Álvaro Rodrigues na “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, (Estudos dos Pressupostos Sistemáticos), Almedina, 2007, págs. 53 e segs.].

Sempre que assim é, trata-se de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, **incumbindo, pois, ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.**

Deste modo, **se a intervenção médica não produzir o resultado terapêutico esperado, o paciente não poderá, por esta razão, exigir uma compensação pelos danos sofridos.**

Mas casos **há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto**, constituindo exemplo de escola **a cirurgia estética de embelezamento** [Cfr. Ac. do STJ de 17/12/09, Proc. nº 544/09.9YFLSB, no

³⁶ Para Miguel Teixeira de Sousa, na obra citada, a págs. 125/127 e 136/137, a obrigação assumida pelo médico não será de qualificar como uma obrigação de meios, mas antes como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, “ porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”, podendo essa responsabilidade não só ser contratual ou extracontratual como coexistirem.

Sustenta ainda que muito embora a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, todavia, essa mesma presunção de culpa não se justifica na área da responsabilidade médica. Isso porque “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”.

ITIJ] (mas já não a cirurgia estética reconstrutiva geralmente considerada como exemplo cirúrgico de obrigação de meios), a par da execução das manobras próprias de parto [Ac. do STJ de 7/10/10, Proc. n.º Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, no ITIJ, também citado pelo recorrente, onde se argumenta que já se torna compreensível a inversão do ónus da prova por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o especialista em causa ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base a sobredita presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta (sem embargo, todavia, de ele poder provar o contrário)], **no campo da odontologia, por exemplo, a simples extracção de um dente ou colocação de um implante, e ainda nas áreas da vasectomia e exames laboratoriais** [Cfr. Ac. deste STJ de 4/03/08, Proc. n.º 08A183, no ITIJ].

Importa, pois, ponderar a natureza e objectivo do acto médico para casuisticamente saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.

No caso em apreço, **o autor guardou completo silêncio em torno do que imediatamente antecedeu a sua entrada, pela primeira vez, na sala da cirurgia, mais concretamente, como surgiu a opção da sua submissão à 1ª intervenção cirúrgica** [A 2ª sabe-se que teve em vista rever a discetomia anteriormente feita a L5 - S1 esquerda – (facto n.º 49)], **por iniciativa de quem, de que médico se foi o caso, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido se é que tal aconteceu**, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, **se foi informado dos riscos inerentes**. Tudo isto relevava particular interesse para tal qualificação, mas o autor no referente a este particular campo, e tempo, limitou-se a alegar de modo indeterminado, vago e improficuo, no art. 29º da petição, que: “Aí, (nos serviços clínicos da seguradora DD) face ao teor do relatório da Ressonância Magnética, marcaram de imediato o dia 17/01/2002 para intervenção cirúrgica à coluna”.

Nada mais alegado, e nada mais provado, de útil que ajude a qualificar com precisão e de modo categórico a obrigação em causa, resta-nos então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente. Ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, não responde pela obtenção de um determinado resultado mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação que se propôs prestar.

Como se refere no Acórdão deste Supremo Tribunal de 4/03/08, antes citado, “É de considerar que **em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios** – o contrato que o vincula ao paciente respeita apenas às *legis artis* na execução do acto médico; a um comportamento de acordo com a prudência, o cuidado, a perícia e actuação diligentes, não estando obrigado a curar o doente” [No mesmo sentido se sentenciou no Acórdão deste STJ de 11/07/06, Proc. n.º 06A1503, no ITIJ].

Estamos, pois, perante uma obrigação de meios.

Escreveu-se no Acórdão deste Supremo Tribunal, e desta Secção, de 28/09/2010, Proc. n.º 171/2002.S1, disponível no ITIJ, que acompanhamos na íntegra, o seguinte: “(...) como ensina A. Varela (Direito das Obrigações em Geral – II – 7.ª ed. 1997) [a págs. 101]:

«Nas obrigações chamadas de meios não bastará...a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação, para considerar provado o não cumprimento.

Não basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou o paciente ou o advogado que patrocinou a causa.

É necessário provar que o médico ou advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente, de acordo com as normas deontológicas aplicáveis ao exercício da profissão».

Também a este respeito escreve Carneiro da Frada (Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso – 81) **«nas obrigações de meios, dada a ausência de um resultado devido, não é suficiente que o**

credor demonstre a falta de verificação desse resultado. Ele tem sempre de individualizar uma concreta falta de cumprimento (ilícita). Dada a índole da obrigação, carece de demonstrar que os meios não foram empregues pelo devedor ou que a diligência prometida com vista a um resultado não foi observada».

Ora, tal doutrina aceite pela generalidade dos autores, não significa que a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do C.C. não tenha qualquer aplicação no âmbito das obrigações de meios, como apressada e superficialmente pretendem os recorrentes.

Significa apenas, como diz Carneiro da Frada (in obra citada), que em tal tipo de obrigações terá o credor de identificar e fazer provar a exigibilidade dos meios ou da diligência (objectivamente) devida. «A presunção de culpa tende, portanto, a confinar-se à mera censurabilidade pessoal do devedor» isto é, a presunção reduzir-se-á à culpa em sentido estrito.

Portanto, provado pelo credor que o meio exigível *ex contractu* ou *ex negotii* não foi empregue pelo devedor ou que a diligência exigível de acordo com as regras da arte, foi omitida, competirá ao devedor provar que não foi por sua culpa que não utilizou o meio devido, ou omitiu a diligência exigível.

Neste sentido, mais restrito, é aplicável às obrigações de meios a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do CC "[Neste mesmo sentido se pronunciaram os Acórdãos do STJ de 5/7/2001, CJ/STJ, Tomo II/2001, págs. 166-170 e de 10/11/11, Proc. nº 6152/03.0TVLSB.S1, no ITIJ, este reafirmando o transcrito e subscrito pelos ora relator e adjuntos].

Significa isto que **primeiramente tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.**

“A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (artº 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as leges artis, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano”[Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 117].

Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

Em termos gerais, **ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada**, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente [Cfr. Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 9ª ed., pág. 586 e segs..].

Culpa em qualquer grau, dolo ou mera culpa, “a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso” (art.º 482.º, n.º 2, aplicável ex vi do n.º 2 do art.º 799.º).

No caso da responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data [João Álvaro Dias, in “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos”, vol. nº 11 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 401; No mesmo sentido, Moitinho de Almeida, loc. cit., pág. 332]. “ Este critério abstracto de determinação da culpa, apreciado pelo padrão da actuação de um homem ideal, comportará, obviamente, todas as nuances concretas na apreciação da culpa médica, dados os diferenciados “tipos ideais de médico” a que poderá ter de se atender em cada caso: o médico do interior, sem meios e condições profícuas de trabalho, e o médico da cidade; o especialista e o médico de clínica geral, etc.”[Henriques Gaspar, no seu citado Estudo, pág. 344].

Assim, como já se fez notar, **não se pode ter como padrão de aferição um só tipo profissional ideal, mas vários consoante a classe ou grupo do médico concretamente visado.** Natural que **a um especialista se exija mais no domínio da sua especialidade do que a um médico generalista**, mas isso não implica, como sustenta o recorrente, que a sua obrigação seja de resultado. Tal depende da especificidade e finalidade da sua intervenção.

Em suma, o médico, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados, embora nem por isso se possa dizer que ele assumiu a posição de garante de um certo resultado” [João Álvaro Dias, “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 22].

Delineados que estão em termos muito gerais os princípios, importa analisar o pedido em concreto.

Relembrando, no contrato de prestação de serviços que o médico celebra, existe como obrigação contratual principal por parte daquele a obrigação de tratamento [Obrigação essa que se pode desdobrar em diversas prestações tais como: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, e de informação. Na terapêutica se inserindo a actividade cirúrgica (cfr. Álvaro Rodrigues, “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, 2000, págs., pág. 181/182.)]. Trata-se, no caso em apreço, de uma obrigação de meios, não de resultado, já que nem da lei nem do negócio jurídico versado se pode concluir que os médicos se tenham vinculado a um certo efeito, a um certo resultado.

Percorrida a matéria alegada como fundamento da sua pretensão, **constata-se que o autor/recorrente não provou os factos que invocou tendentes a demonstrar a deficiência de actuação dos réus**, nomeadamente que a cirurgia efectuada em 17/01/02 tivesse atingido centros herniáticos e nervosos que não se mostravam lesados antes da intervenção (resposta negativa ao quesito 14º), que em consequência dela o seu estado se tivesse agravado substancialmente (resposta restritiva ao quesito 16º), que o réu CC tivesse desvalorizado o exame de ressonância magnética (resposta negativa ao quesito 18º), que a intervenção cirúrgica de 27/06/02 tivesse em vista corrigir as sequelas da anterior feita de forma negligente e que comprometera gravemente a raiz S1esq (respostas restritiva ao quesito 21º e negativa ao 22º), que esta segunda intervenção tivesse sido executada de forma ainda mais negligente que a anterior (respostas negativa ao quesito 23º e restritivas aos 24º, 30º, 33º, 34º), que as dores e lesões de que padecia eram consequência directa de fracturas ocorridas aquando e por causa das intervenções cirúrgicas incorrectamente executadas (respostas negativas aos quesitos 39º, 40º, 41º, 54º, 61º, 62º, 68º, 76º, e restritivas aos 42º, 43º, 74º, 103º), que apresente disfunção vesical e lesões renais decorrentes da medicação que lhe foi aplicada pelos réus (resposta negativa ao quesito 83º), e que o réu hospital não dispusesse de meios técnicos e humanos adequados (respostas negativas aos quesitos 107º e 108º).

Perante o acervo factual provado e utilizado no acórdão impugnado, **em vão se procura, na verdade, relativamente a toda a sequência de actos praticados pelos réus, desde as consultas até à realização das intervenções cirúrgicas, algum desvio do padrão de comportamento diligente e competente, uma desconformidade entre a sua actuação e as leges artis, seja por terem praticado as cirurgias de forma deficiente, seja por terem omitido actos necessários e adequados à atenuação ou superação do estado do autor**, actos que também não se referem.

Nenhum indício, portanto, revelador de falta de cuidado, zelo diligência, imperícia ou falta de conhecimentos técnico-científicos necessários ao exercício do respectivo múnus, aos quais se possam causalmente imputar os invocados efeitos danosos.

Sabe-se, é certo, que o autor apresenta lesões físicas, que importam a sua incapacidade absoluta para todo o trabalho em geral e dependência de terceiros, e morais graves, a que ninguém será indiferente, **mas não se apura, em sede da matéria de facto, se ocorreu um erro médico, um acto ilícito e negligente**,

que lhes deu origem, nem se divisa uma relação de causa e efeito que permita concluir-se, em juízo eticamente fundado, que o agravamento da sua situação de deveu às intervenções cirúrgicas.

É, na realidade, uma inferência que não encontra apoio na prova produzida pelo autor e adquirida no processo. Portanto, **não resultou provada qualquer violação das *leges artis* nem mesmo nexos de causalidade entre os padecimentos do autor e a intervenção dos réus médicos.**

Mas, o recorrente vai um pouco mais além e **invoca serem as intervenções a que se submeteu daquelas que se fazem “às centenas todos os dias”, pelo que se não se consegue o resultado previsto “é lógico pensar que a actuação médica foi incorrecta”**, cabendo assim aos médicos demonstrar que as lesões que apresenta, posteriores às cirurgias realizadas, não procedem de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre eles incide.

Esgrime aqui o recorrente também com o conceito da prova da primeira aparência [Cfr. Alberto dos Reis, no Código de Processo Civil anotado, vol. III, 3ª ed., pág. 246, segundo o qual se trata de prova que “não assenta sobre quaisquer averiguações ou investigações concretas; exprime um juízo de mera probabilidade ou conjectura, que tem por base a lição da experiência e os sucessos normais da vida”], buscando arrimo no Acórdão deste Supremo de 4/03/08, Proc. nº 08A183, já citado, e no voto de vencido do Conselheiro João Bernardo no Acórdão de 15/10/09, Proc. 08B1800, disponíveis no ITIJ, onde se acolhe **a ideia fundamental em matéria de ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos preconizada pela doutrina e a jurisprudência italianas, que consiste em separar os tipos de intervenção cirúrgica, repartindo o ónus da prova de acordo com a natureza mais ou menos complexa da intervenção médica.**

Manuel Rosário Nunes, no seu trabalho de análise de várias propostas doutrinárias que permitam suavizar a rigorosa exigência de prova a cargo do paciente/demandante, por regra não dotado de conhecimentos da ciência médica, “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos”, Almedina, 2005, dá disso conhecimento a págs. 41-42:

“Assim, enquanto nos casos de difícil execução o médico terá apenas alegar e provar a natureza complexa da intervenção, incumbindo ao paciente alegar e provar não só que a execução da prestação médica foi realizada com violação das *leges artis*, mas que também foi causa adequada à produção da lesão, nos casos de intervenção “rotineira” ou de fácil execução, ao invés, caberá ao paciente o ónus de provar a natureza “rotineira” da intervenção, enquanto que o médico suportará o ónus de demonstrar que o resultado negativo se não deveu a imperícia ou negligência por parte deste”[Porém, não perfilha o autor este entendimento, sobretudo quando o paciente é colocado em posição mais gravosa nos casos das intervenções de difícil execução, precisamente aquelas que lhe poderão acarretar consequências mais negativas.

E vai mais longe defendendo e preconizando se deva consagrar em matéria de responsabilidade civil médica uma inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, atentas as suas dificuldades em matéria de actividade probatória pois que não domina os conhecimentos técnicos adequados, crescentes com a utilização de tecnologias muito avançadas, embora reconhecendo as dificuldades que a tal coloca a distinção entre obrigações de meios e de resultado, e no limite preconiza a admissibilidade da aplicação da Lei de Defesa do Consumidor às relações jurídicas estabelecidas entre pacientes e médicos/instituições de saúde (ob. cit., págs. 61 a 77, particularmente págs. 69/70, e 91/92)] [Também aceite e destacada por Miguel Teixeira de Sousa, na obra citada, págs. 140 a 143].

É sabido que **os lesados, nos processos de responsabilidade médica, em regra, se confrontam com inúmeras dificuldades de prova do nexo de causalidade adequada entre a actuação negligente e o resultado danoso**, avolumadas por aquilo que se designa por “conspiração do silêncio” [Cfr. João Álvaro Dias, “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, pág. 18] dos profissionais médicos que grande parte das vezes não se consegue ultrapassar [Que tem motivado o desenvolvimento de soluções muito próximas da responsabilidade objectiva dos médicos. Tem-se vindo a seguir em crescendo, particularmente nos Estados Unidos, a teoria da “*re ipsa loquitur*” (“a coisa fala por si”), que terá sido formulada pela primeira vez na Inglaterra, em 1863, pelo Juiz Baron Pollock, que se diferencia da prova *prima facie* já referida, segundo a qual perante a evidência das lesões surge uma presunção de negligência do

médico, desonerando o demandante/paciente da prova (ex. um bisturi que foi deixado no interior do corpo do paciente após a intervenção cirúrgica)].

Não obstante isso, **para lá de casos que se assumam como verdadeiramente anómalos e chocantes** [Que poderão corresponder ao que Miguel Teixeira de Sousa entende por “um erro grosseiro – isto é, uma violação indiscutível segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento”, (ob. cit., pág. 142)], **por isso mesmo de excepção e pontuais, não se nos afigura ser tal orientação a mais ajustada em tese geral pelo dano considerável que importaria à confiança e à certeza do direito numa área de intervenção de elevada contingência.** Teria ainda outra consequência, o crescimento exponencial do chamado exercício defensivo da medicina, com os efeitos perversos que de tal advêm limitando a prevenção e tratamento de doenças em áreas mais sensíveis e de menor conhecimento científico [Neste sentido parece igualmente pronunciar-se Moitinho de Almeida na obra citada a págs. 332]. É necessário assegurar a margem de risco tolerado ao acto médico.

Se é certo que não é justo desvalorizar os danos sofridos pelo paciente deixando que fique sózinho a suportá-los e sofrê-los, também os profissionais da saúde não deverão ser excessivamente onerados no exercício do seu desempenho. Por isso que se têm vindo a desenvolver sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos, nomeadamente a substituição da responsabilidade civil pela protecção dos seguros [Em Portugal ainda facultativo. Sobre os modelos alternativos que têm vindo a ser introduzidos em diversos países, veja-se o trabalho de Carla Gonçalves, “A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além Da Culpa”, vol. nº 14 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 170 e segs.].

Será preferível, por ora, trilhar o caminho apontado pelo Prof. Manuel de Andrade, segundo o qual perante a dificuldade natural da prova de um facto o mais que pode ser aconselhável é fazer uso da máxima *“iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur”* (perante maiores dificuldades na prova, menor exigência na sua aceitação) [Noções Elementares de Processo Civil, 1976 pág. 202].

Mas, **no caso vertente, nem o recurso à figura da prova da primeira aparência é susceptível de aplicação porquanto, e como já referimos, uma intervenção cirúrgica a hérnia discal está muito longe de se poder ter por intervenção simples e rotineira,** como sinónimo de fácil execução, **mesmo para médicos especialistas, nem as sequelas pós-operatórias de que o recorrente se queixa, não obstante a sua gravidade, se podem considerar como incomuns e contrárias ao quadro de risco de tais intervenções,** como episódios estranhos à sucessão normal dos acontecimentos.

Os casos versados nas decisões deste Supremo citadas pelo recorrente são realidades particularmente danosas e de gravidade extrema, para situações que se apresentavam, e aparentavam, como de risco inexistente (exame laboratorial) ou extremamente reduzido (administração de anestesia local).

Não pode ser esquecido que **não existe procedimento médico livre de riscos, e sobretudo os actos cirúrgicos comportam uma margem aleatória que pode contender com o resultado. Há sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica,** por mais simples que seja, pois cada patologia tem a sua especificidade, e cada doente reage de modo diverso à enfermidade.

Assim também é o pensamento do Ilustre Magistrado Álvaro Rodrigues quando no seu estudo cita Hans Luttger na afirmação de que “não há tratamento cirúrgico curativo no qual, por via de regra, não haja risco; esta é uma realidade que tanto a medicina como o direito devem conhecer”[Na “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, (Estudos dos Pressupostos Sistemáticos), Almedina, 2007, págs. 271].

Um médico, ao fazer uma cirurgia tem o compromisso máximo de aplicar todo o seu esforço, conhecimento e dedicação possíveis para a obtenção do melhor resultado, mas não pode garantir, com absoluta certeza, de que tudo sairá conforme se espera.

Então, é facto notório que a cirurgia da hérnia discal tem riscos específicos, tão imprevisíveis como o processo de cicatrização e a forma como os tecidos possam reagir ao seu manuseamento. É do conhecimento geral que alguns pacientes podem não beneficiar com ela, se não mesmo piorar, para além de que a recuperação não é um processo puramente físico, depende também da atitude do paciente, ou que a origem da dor pode estar conexionada com patologia prévia ou factores degenerativos.

Concluindo, pode dizer-se que **por via de regra é a falta de perícia, de aptidão, de zelo, de cuidado, de senso, de experiência, de negligência que determina a responsabilização civil do médico.**

Citando João Álvaro Dias, “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia profissional lhes impõe. Espera-se dos médicos, enquanto profissionais, que dêem provas de um razoável e meridiano grau de perícia e competência (...) Sempre que tal perícia e cuidado não são postos em prática, em termos de ser prestado um tratamento errado ou ser omitido o tratamento adequado, estamos perante uma actuação negligente, que poderá agravar-se substancialmente quando é levada a cabo contra legem artis”[In “Culpa Médica: algumas ideias-força”, já citada, pág. 30]

Porém, uma vez mais, **nenhuma relação se estabelece entre esta constatação e os actos praticados pelos réus ou por eles omitidos. Desnecessário se tornou aos réus médicos elidir qualquer presunção de culpa.**

E, como só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, onde não se inclui a pratica de actos médicos, não tendo sido, como já anotámos, acolhida no nosso ordenamento jurídico a teoria do risco profissional, não se demonstrando a culpa, inexistente, consequentemente, responsabilidade civil médica».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/12/2011

Processo nº 5485/09.7TVLSB.L1-2

Relator: PEDRO MARTINS

Sumário:

I - Os erros (faltas/lapsos ou enganos) médicos não são, só por si, actos negligentes. São antes os factos a que se aplica a qualificação de negligência, se merecerem esse juízo.

II - Erros médicos podem corresponder ao cumprimento defeituoso de obrigações de meios, isto é, à prova da ilicitude.

III - Provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CPC.

III - Também nas obrigações de meios se aplica a presunção de culpa (art. 799/2 do CC) mas a base de que se parte, sendo a ilicitude, é diferente em relação às obrigações de resultado; ou seja, o que é diferente, ao fim e ao cabo, é aquilo que se tem que provar relativamente ao cumprimento defeituoso da obrigação. É pois quando se discute a prova do cumprimento defeituoso que a diferente natureza da prestação em causa tem influência.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Uma falta de cuidado normal ou de atenção é susceptível de produzir um diagnóstico errado, com inevitáveis consequências nos resultados terapêuticos.

Uma interpretação de resultados de exames grosseiramente errada leva a um erro de diagnóstico, com as consequências daí advenientes.

No estado actual da medicina, os exames e testes científicos tornam muito seguro o diagnóstico médico, impondo um aumento de responsabilidade do médico em interpretar devida, cuidada e atentamente o resultado desses exames, para diagnosticar correctamente a doença e assim responder à confiança em si depositada pelo paciente.

Um erro de diagnóstico é um erro médico.

Refere Germano de Sousa (in Negligência e Erro Médico, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 6, Fasc. 1, pág. 127 a 142, apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ob. cit. pág. 291) “...erro médico é a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente...” importando “...diferenciar o erro médico culposo do erro médico resultante de acidente imprevisível, consequência de caso fortuito, incapaz de ser previsto ou evitado”.

E acrescenta aquele autor “...a imperícia resulta de uma preparação inadequada que consiste em fazer mal o que deveria, de acordo com as *leges artis*, ser bem feito, não devendo o médico ultrapassar os limites das suas qualificações e competências..., a imprudência consiste em fazer o que não devia ser feito... e a negligência em deixar de fazer o que as *leges artis* impunham que se fizesse...”.

[...]

Dos factos 17, 18,, 21 e 24 resulta que o autor cometeu um erro de diagnóstico. De acordo com as *leges artis*, era exigível ao médico réu perceber que a disfunção erétil de que o autor padecia não era de causa orgânica e que os resultados dos exames médicos realizados contra-indicavam a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente aquela que foi efectuada pelo réu.

Desta factualidade resulta que o réu actuou negligentemente, o mesmo é dizer com culpa”

No essencial, as duas últimas frases do penúltimo parágrafo desta fundamentação resumem o porquê de se poder dizer que o réu actuou negligentemente, fazem-no de forma correcta e podem-se desenvolver assim:

Dos factos G), 14, 17, 18 e 21 consta que, em 19/10/1995, o réu submeteu o autor a uma intervenção cirúrgica que visava resolver o problema da disfunção erétil manifestado por aquele, mas de nenhum dos exames e análises pré-operatórios feitos ao autor era possível concluir-se por indícios de doença orgânica, mormente do foro neurológico (dito de outro modo, não eram indiciadores de disfunção erétil de causa orgânica, nomeadamente de causa neurológica - entre o mais porque a electro-miografia dos corpos cavernosos realizada ao autor apresentava um traçado normal). Esses exames contra-indicavam mesmo a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente a que foi efectuada pelo réu ao autor.

Foi isto que ao fim e ao cabo se apurou e perante estes factos é possível concluir-se, como o fez a sentença, que o réu actuou negligentemente.

*

Apesar disso, a leitura de tudo o que antecede, dá logo conta de algumas contradições entre aquilo que o autor alegava e aquilo que se provou e, aparentemente, entre aquilo que se conclui e aquilo que se dá como provado.

O autor dizia que sofria de uma doença neurológica, qual seja, a esclerose múltipla, e não de uma doença orgânica e dizia que os resultados da electromiografia apresentavam um traçado anormal; dizia ainda que o erro de diagnóstico se traduzia em o réu ter concluído por uma doença orgânica, quando devia ter concluído por uma doença neurológica. A sentença, por sua vez, diz que era exigível ao réu perceber que a disfunção erétil de que o autor padecia não era de causa orgânica.

Ora, estas afirmações estão erradas, tal como resulta das respostas aos quesitos, e a conclusão, à primeira vista, parece estar errada. É que a esclerose múltipla é uma doença orgânica, na espécie neurológica, e os traçados da electromiografia apresentavam um traçado normal e não anormal. E o erro de diagnóstico do réu não foi por não ter dado com a esclerose múltipla, mas sim por ter concluído por uma doença orgânica quando os dados que tinha – por exemplo, como decorre das respostas aos quesitos, o tal traçado normal da electromiografia – apontariam, à data, para uma doença não orgânica (ou seja, para uma doença psicogénica) e por isso é que seria contra-indicado qualquer intervenção cirúrgica.

Estas contradições – que não têm relevo, como se verá mais à frente – e a aparente contradição, implicam a necessidade de uma leitura mais cuidada do que antecede e do que se vai seguir.

Esclarecido isto, continue-se:

*

O erro imputável ao réu não é o não ter descoberto a esclerose múltipla

Aquilo que se disse acima, antes deste parêntese, não tem a ver com o facto de o réu não ter acertado com a doença que o autor sofre, que se soube depois que era esclerose múltipla. Não é isso que resulta dos factos referidos, até porque a esclerose múltipla é uma doença orgânica, na espécie neurológica e, como se viu, nenhum dos exames e análises feitos ao autor apontava para uma doença orgânica (e se não era orgânica tinha que ser psicogénica).

Ou seja, os exames feitos ao autor apontavam para uma doença psicogénica e por isso era contra-indicada a intervenção cirúrgica. Mas fazendo-se um diagnóstico de doença psicogénica, também se teria errado, pois que não se teria diagnosticado a doença neurológica de que o autor padecia (como se soube depois). Quer isto dizer que o facto de o réu não ter acertado com o diagnóstico certo – esclerose múltipla – corresponde a um erro de diagnóstico inevitável, que qualquer outro médico cometeria nas circunstâncias e com os dados que se podem dizer conhecidos do réu à data. E isto é confirmado pelos, e resultaria dos, factos 57, 58 e 59 (embora este último também peque por alguma confusão, na parte em que se diz “por dispor apenas de exames e sintomas específicos e típicos do quadro de disfunção erétil diagnosticado”, quando já se viu que o diagnóstico feito estava errado...; é algo que ficou a mais, na resposta ao quesito, e que está em contradição com as outras respostas já consideradas, sendo evidente, no caso, que são estas que prevalecem, e não a parte daquela, que, dado o contexto, passou despercebida), tal como pelo que consta do facto T) [invocado pelo réu nas conclusões 34 a 38, embora por remissão; os pontos 7.10 a 7.26, que o réu invoca, do parecer de fls. 499 a 513, são os pontos 10 a 26 do parecer referido no facto T); o réu diz na conclusão 35 que nesses pontos se diz de forma clara e inequívoca que o autor já sofrida, na data em que foi consultado pelo réu, de esclerose múltipla, mas não é assim, pois que naqueles pontos 10 a 26 do parecer não se diz isso; na pág. 18 do corpo das alegações conclusões o réu transcreve em itálico uma longa passagem, respeitante aos pontos 4.2.39 e 4.2.44 do parecer de fls. 499 a 513, mas não diz que aí se está apenas a reproduzir o que foi dito por ele no processo disciplinar, como resulta do ponto 4 de fls. 502]: existe um erro de diagnóstico, mas [...] em Outubro de 1995, antes da cirurgia, não havia sinais ou sintomas que permitissem fazer o diagnóstico diferencial com esclerose múltipla... ". Daí que, censurá-lo por esse erro, seria errado.

Mas não foi isso que a sentença de facto fez, como se viu, e, assim sendo, não serve de desculpa, no caso, que de facto fosse impossível, à data do diagnóstico feito pelo réu, a descoberta da esclerose múltipla, porque não é isso que se imputa ao réu.

*

O erro do réu foi não ter percebido que os exames e análises não apontavam para doença orgânica e contra-indicavam qualquer intervenção cirúrgica

Aquilo que se imputa ao réu a título de ilícito é o facto de, apesar de nenhum dos exames e análises pré-operatórios feitos ao autor apontar para indícios de doença orgânica e de, por isso, esses exames contra-indicarem a realização de qualquer intervenção cirúrgica, nomeadamente a que foi efectuada pelo réu ao autor, o réu mesmo assim ter diagnosticado uma doença orgânica e ter feito uma intervenção cirúrgica.

Ora, ao interpretar os resultados dos exames como se apontassem para uma doença orgânica, fazendo pois um diagnóstico da doença como se fosse uma doença orgânica e tratando-a como tal, o réu incorreu em dois erros médicos ou seja, em má prática médica.

Os erros (faltas/lapsos ou enganos) médicos não são, no entanto, só por si, actos negligentes. São antes os factos a que se aplica a qualificação de negligência, se merecerem esse juízo. Daí que Sónia Fidalgo (Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, pág. 35) diga que “erro médico não é sinónimo de negligência médica”; Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues (Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente) diga que “nem todo o erro médico, como falha profissional, assume relevância [...] civil, mas apenas aquele que [...] pelos danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa e comprovado nexo de causalidade entre os danos e a conduta ilícita), constitua o seu autor no dever de indemnizar (pág. 3 do seu estudo de Novembro de 2010, publicado em http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/FC-responsab_civil_erro_medico.pdf); Pedro Romano Martinez (Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor CFA, Vol. II, Almedina, 2011) diga que o lapso (está-se a referir ao lapso em sentido lato, não ao sentido restrito equivalente ao de falta e contraposto ao de engano, na classificação de José Fragata e Luís Martins - O Erro em Medicina (Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade), Almedina, reimpressão da edição de Novembro/2004, pg. 312/13, citados pelo estudo de Álvaro Rodrigues) do médico será culposos ou não consoante preencha o juízo de censura nos parâmetros tradicionais; basicamente, se não corresponde ao padrão de actuação médio exigível a um médico. De igual modo, no exercício de outras actividades pode haver erros [...] e estes erros consubstanciarão um facto culposos caso se incluam na previsão do art. 498/2 do CC, respeitante à apreciação da culpa. Razão pela qual não se justifica autonomizar o erro médico [...]. Ou ainda, como diz o ac. do STJ de 24/05/2011 (1347/04.2TBPNF.P1.S1) “[N]ão se pode afirmar, por princípio, que o erro de diagnóstico seja constitutivo de culpa médica, uma vez que se trata de um acto de prognóstico, sendo o resultado de um juízo, podendo, então, o diagnóstico ser erróneo se o juízo for falso” “sendo o erro um equívoco no juízo e não se encontrando o médico dotado do dom da infalibilidade, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou”.

Por isso, para já, concluindo-se pela existência de um erro médico, está-se apenas a falar da prova, pelo autor, de um cumprimento defeituoso da obrigação do réu, no caso da responsabilidade obrigacional, ou da prática de um facto objectivamente ilícito no caso da responsabilidade extra-obrigacional.

*

Da culpa do réu

Acontece, no entanto, que como se está no âmbito da responsabilidade contratual – como o disse fundamentadamente a sentença, nesta parte com a concordância actual das duas partes (e por isso não se trata

agora da questão), embora o autor tenha intentado a acção como se se tratasse de uma acção de responsabilidade civil extracontratual (designadamente dando origem à questão – entretanto ultrapassada com trânsito em julgado – da prescrição), - a culpa do réu presume-se (art. 799 do CC).

E, por isso, **cabia agora ao réu tentar demonstrar que o erro de diagnóstico e, por decorrência, de tratamento, não correspondia a qualquer conduta censurável da sua parte, ou seja, que um médico especialista de urologia, naquelas mesmas circunstâncias objectivas, teria caído naqueles mesmos erros (pois que a culpa é apreciada pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de caso – arts. 799/2 e 487/2, ambos do CC, Romano Martinez, pág. 470: “a culpa é apreciada segundo um padrão médio, de razoabilidade”, “determina-se, em abstracto, segundo a diligência de um bom pai de família, atendendo a um elemento objectivo, as circunstâncias do caso. Tendo em conta o acto médico, dir-se-á que a culpa do clínico a quem é imputada a responsabilidade pelo dano é apreciada segundo um padrão geral, abstracto portanto, mas sem descurar as circunstâncias do caso, ou seja que o comportamento médio (padrão) tem de ser aferido em função da realidade profissional – actividade médica – e da especialização concreta – por exemplo, cirurgião ou pediatra”.**

O que o réu não fez.

Pelo que se conclui pela sua culpa.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/1/2012

Processo nº 1585/06.3TCSNT.L1-1

Relator: RUI VOUGA

Sumário:

IV - Sendo o Réu o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efectuou as quatro ecografias obstétricas à Autora, mas cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detectadas após o nascimento da respectiva filha , nem sequer a ausência nesta do membro inferior esquerdo , e tudo isto apesar de, quer as malformações, quer a ausência de membro inferior esquerdo , serem susceptíveis de ser detectadas (segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis) nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu à Autora, tal obriga a concluir que o Réu/médico actuou com negligência, não observando, como podia e devia, o dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia, em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.

V - Acresce que, existe nexo de causalidade entre a conduta ilícita e culposa do Réu/médico ao omitir a detecção, nos quatro exames ecográficos que efectuou à Autora , durante a gravidez desta que culminou no nascimento, com vida, da Autora C , da inexistência, no feto, do membro inferior esquerdo e ao omitir a consequente prestação desta informação clínica aos pais do nascituro - e o dano moral sofrido pelos Autores/Apelados ao verem-se inesperadamente confrontados, no momento do parto, com uma filha nascida sem o membro inferior esquerdo.

VI - O tribunal , porém, não pode substituir-se aos pais (*rectius*, à mulher grávida) na ponderação da maior ou menor valia da opção pela não interrupção da gravidez e pelo consequente nascimento com vida do feto, para o efeito de concluir que, afinal, ter um filho sem uma perna é, seguramente, muito melhor do que não ter filho nenhum e, como tal, não são indemnizáveis pelo médico que sonegou a informação médica que teria possibilitado interromper aquela gravidez todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial decorrentes da condição física diminuída daquele filho vivo.

VII- De resto, **desde que a lei penal vigente no país autorizava os pais da criança a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que ela iria nascer sem uma perna, não pode deixar de concluir-se que o médico ecografista que, com violação das *leges artis*, não detectou essa malformação congénita incurável e, como tal, não informou tempestivamente os pais desse facto, assim obstando a que eles exercessem o seu indeclinável direito de fazer cessar aquela gravidez, está constituído na obrigação de indemnizar os pais de todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial que eles não teriam sofrido se tivessem logrado obstar ao nascimento com vida da sua filha.**

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Improcedendo a impugnação da decisão sobre matéria de facto proferida pelo tribunal de 1ª instância, mantendo-se inalterada a resposta dada ao referido Quesito 6º da Base Instrutória, isto é, permanecendo provado que “a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B ”, óbvio é que **a sentença recorrida não merece qualquer censura, no segmento em que concluiu que o Réu ora Apelante omitiu um dever de cuidado na realização do acto médico, ao não ter constatado, aquando da realização daquelas ecografias, a ausência do membro inferior esquerdo do feto e ao não ter reportado essa ausência aos AA pais da menor C .**

De facto, ficou provado que:

- Após o nascimento da Autora C foi-lhe detectado o seguinte: agenésia do rim esquerdo; comunicação interventricular subaórtica; comunicação interauricular com persistência do canal arterial e hipoplasia do pulmão esquerdo. (matéria da alínea D dos Factos Assentes);

- A Autora C apresentava anomalia da grelha costal e da parede abdominal à esquerda, com assimetria torácica. (resposta à matéria do quesito 1º da Base Instrutória);

- A autora C nasceu sem o membro inferior esquerdo, com apenas uma massa disforme violácea sem estrutura óssea liga à anca do lado esquerdo e que foi removida através de intervenção cirúrgica realizada no dia subsequente ao nascimento. (resposta à matéria dos quesitos 2º, 3º e 5º da Base Instrutória);

- O Réu é médico especialista de ginecologia-obstetrícia tendo frequentado o IIIº Curso de Aperfeiçoamento em Ecografia Fetal em Março de 2003. (resposta à matéria do quesito 8º da Base Instrutória)

- O Réu efectuou, nas instalações da Ré, quatro ecografias obstétricas a B, em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004. (matéria da alínea C dos Factos Assentes);

- Os relatórios das ecografias referidas na al. C) dos Factos Assentes nunca referiram qualquer das malformações mencionadas em D) nem a ausência de membro inferior esquerdo da Autora C. (matéria da alínea D dos Factos Assentes);

- A agenésia do rim esquerdo, a comunicação interventricular subaórtica, a comunicação interauricular, a hipoplasia do pulmão esquerdo são susceptíveis de ser detectadas em ecografias obstétricas e a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B. (resposta à matéria do quesito 6º da Base Instrutória);

- Os relatórios ecográficos sem descrição de anomalias impediram os Autores de tentarem obter autorização para a interrupção daquela gravidez ou de terem acompanhamento psicológico que os preparasse antes do nascimento da sua filha. (resposta à matéria dos quesitos 31º e 32º da Base Instrutória).

Perante esta factualidade, não pode senão subscrever-se o enquadramento jurídico que dela fez o tribunal “a quo”, na sentença ora recorrida, quando concluiu o seguinte:

«em face da natureza da prestação do concreto acto médico realizado – realização de ecografia pré-natal – devemos afirmar, na sequência do que se deixou escrito supra, que o 1º Réu estava obrigado a observar a evolução da gravidez, de acordo com os seus especiais conhecimentos e perícia, compatíveis com os padrões por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo, segundo um grau de cuidado e competência que seria razoável esperar de qualquer médico com a mesma especialidade, agindo em semelhantes circunstâncias por forma a detectar a existência de qualquer anomalia genética, facultando aos pais essa informação. Com isto, não se está a afirmar a obrigação do médico 1º Réu de detectar toda e qualquer malformação congénita ou qualquer evolução desconforme com a normalidade da gravidez apreciada, mas apenas aquelas que segundo o estado de evolução da medicina e equipamentos médicos disponíveis seria expectável no caso descortinar.

Apurou-se que a agenésia do rim esquerdo, a comunicação interventricular subaórtica, a comunicação interauricular, a hipoplasia do pulmão esquerdo são susceptíveis de ser detectadas em ecografias obstétricas e que a ausência de membro inferior esquerdo podia ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu a B. Daqui decorre no caso a prova da omissão de um dever de cuidado na realização do acto médico ao não ter o 1º Réu afirmado na realização daquelas ecografias a ausência do membro inferior esquerdo e assim o ter reportado aos AA pais.»

«A responsabilidade médica (ou por acto médico) assume, em princípio, natureza contratual» (Ac. do STJ de 7/10/2010 [Proc. nº 1364/05.5TBCL.G1; Relator - FERREIRA DE ALMEIDA], cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt).

«Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra» (ibidem) [Dito isto, «a tutela contratual é, em regra, a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC)» (cit. Ac. do STJ de 7/10/2010)] [Cfr., também no sentido de que, «na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual», sendo que, «embora com limitações (desde logo as que resultarem de eventuais acordos das partes, dentro do princípio da liberdade contratual), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto», o Ac. do STJ de 19/6/2001 (Proc. nº 01A1008; Relator – PINTO MONTEIRO), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da web www.dgsi.pt].

Enquanto «nos serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do serviço nacional de saúde ou que com ele tenham protocolo, a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual», já «nas instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o serviço nacional de saúde, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual» - Ac. do STJ de 9/12/2008 (Processo nº 08A3323; Relator – MÁRIO CRUZ), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt.

No caso dos autos, nenhuma factualidade foi alegada e se provou no sentido da existência de uma qualquer relação contratual entre os Autores A e B e o 1º Réu ora Apelante, no que tange à realização das ecografias de acompanhamento da gravidez da Autora B.

Tudo quanto se provou foi que:

- O Réu efectuou, nas instalações da Ré, quatro ecografias obstétricas a B, em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004. (matéria da alínea C dos Factos Assentes);

- A Ré consentia ao Réu que prestasse serviços de realização, análise e emissão de relatórios de ecografias obstétricas nas suas instalações. (resposta à matéria do quesito 12º da Base Instrutória);

- A Ré tinha estabelecido acordo com a R.G., Lda, nos termos do qual esta presta à Ré serviços na área de ecografias obstétricas mediante contrapartida pecuniária, sendo o Réu quem realiza as consultas e exames ao serviço de R.G., Lda, sem receber instruções, ordens ou remuneração da Ré. (resposta à matéria dos quesitos 13º a 15º da Base Instrutória).

Esta escassa factualidade também não é suficiente para se concluir que os actos médicos praticados pelo 1º Réu – as ecografias que realizou – o tenham sido no contexto de uma relação contratual existente entre os Autores A e B e a 2ª Ré (CLÍNICA, LDA.).

«Na verdade – como certamente observa a sentença recorrida –, ignora-se, porque não alegado, se os AA recorreram às instalações daquela Clínica, onde por esta lhes foi apresentado o 1º Autor como médico para realizar o serviço de ecografias pré-natais que pretendiam, encarando esta 2ª Ré como a entidade prestadora de serviço médico, sendo seu executante o 1º Réu ou se ali se deslocaram em busca do serviço deste médico, sendo com este que estabeleceram a relação de confiança médico/cliente e, por conseguinte, um contrato de prestação de acto médico».

De modo que, **não havendo base factual suficiente para se poder concluir que entre os AA. A e B e qualquer dos RR. intercedeu uma relação contratual, a eventual responsabilidade civil por danos causados em consequência dos actos médicos praticados pelo 2º Réu ora Apelante nas instalações da 1ª Ré, corporizados nas quatro ecografias obstétricas executadas por aquele na pessoa da Autora B, só pode fundar-se no regime jurídico da responsabilidade por factos ilícitos instituído nos arts. 483º e segs. do Código Civil.**

Donde que, para haver lugar ao direito à indemnização, é necessário provar-se:

1) Que houve a violação de um direito da vítima ou de uma disposição destinada a proteger interesses alheios;

2) Que essa violação foi ilícita;

3) Que essa violação ilícita é imputável ao agente (nexo de imputação do acto ao agente);

4) Que houve um dano;

5) Que existe um nexo de causalidade entre a violação ilícita do direito do lesado e o dano por ele sofrido;

6) Que houve culpa do agente, a menos que a lei a exclua especificamente.

A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso (art. 487º, nº 2, do Código Civil).

«Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente» - Ac. do STJ de 15/12/2011 (Proc. nº 209/06.3TVPR.T.P1.S1; Relator – GREGÓRIO DA SILVA JESUS), cujo texto integral pode ser acedido no sítio da Internet www.dgsi.pt.

«No caso da responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data» - cit. Ac. do STJ de 15/12/2011.

No campo da responsabilidade civil médica, o médico «deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo (...) [exigindo-se-lhe] que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo ‘ofício’ (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias» (JOÃO ÁLVARO DIAS *in* “Culpa médica – algumas ideias – força”, publicado in Revista Portuguesa do Dano Corporal, ano IV, nº 5, págs. 21-22).

Ora, tendo sido o Réu ora Apelante o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efectuou, nas instalações da Ré E , quatro ecografias obstétricas à Autora B , em 15 de Abril de 2004, em 18 de Junho de 2004, em 2 de Agosto de 2004 e em 8 de Outubro de 2004, cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detectadas após o nascimento da Autora C (a saber: agenésia do rim esquerdo; comunicação interventricular subaórtica; comunicação interauricular com persistência do canal arterial e hipoplasia do pulmão esquerdo), **nem a ausência de membro inferior esquerdo da Autora C, isto apesar de aquelas malformações serem susceptíveis de ser detectadas em ecografias obstétricas e não obstante a ausência de membro inferior esquerdo poder ser detectada nas ecografias obstétricas efectuadas pelo Réu à Autora B** (cfr. a resposta à matéria do quesito 6º da Base Instrutória), **não pode deixar de concluir-se que o Réu/Apelante, ao não detectar – nas quatro ecografias obstétricas por si executadas à Autora B – malformações passíveis de ser detectadas segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis e ao não informar, consequentemente, ambos os AA. da existência daquelas malformações e da ausência do membro inferior esquerdo do feto, actuou com negligência, não observando, como podia e devia, o dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia, em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.»**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1/3/2012

Processo nº 9434/06.6TBMTS.P1

Relator: FILIPE CAROÇO

Sumário:

I - Embora a responsabilidade civil médica possa ser contratual e aquiliana, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente é daquela que se trata, configurando um contrato de prestação de serviços.

II - Por força desse contrato, o médico deve agir, prudente e diligentemente, segundo os conhecimentos científicos então existentes, cabendo-lhe a obrigação principal de tratamento que pode desdobrar-se em diversas prestações, tais como: observação, diagnóstico, terapêutica, vigilância e informação.

III - Neste tipo de responsabilidade, a culpa é aferida pelo padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes, na data da prática do facto ilícito.

IV - Ao lesado compete fazer a prova da violação das leis artis, por parte do médico, ou seja, da ilicitude da sua conduta, enquanto a este cabe demonstrar que não teve actuação culposa.

V - Age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto às 12 e 19 semanas de gestação e elabora os correspondentes relatórios fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer, às 38 semanas, com síndrome polimalformativo e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal.

VI - O erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«Hoje é tendencialmente pacífica a posição doutrinária no sentido de que, estando em causa actos médicos contratados entre o médico e o paciente, pelos quais se prestam serviços clínicos, como ocorre no caso em análise, existe um contrato de prestação de serviços a que se aplicam as regras próprias do contrato de mandato, previstas nos art.ºs 1157º e seg.s, por força dos art.ºs 1154º e 1156º, todos do Código Civil, já que a lei não regula a contratação da prestação de serviços médicos de modo especial [Cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11.7.2006, in Colectânea de Jurisprudência, T. I, pág. 144, e acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, nº RP200607200633598, in www.dgsi.pt]. Esta qualificação jurídica conduz-nos à responsabilidade contratual ou obrigacional, pela qual começaremos no tratamento da questão da responsabilidade que nos é colocada.

Os elementos da responsabilidade obrigacional não diferem, em grande parte dos seus aspectos, daqueles que dizem respeito à responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Numa e noutra formas de responsabilidade é necessário que haja uma acção humana que constitua um acto ilícito, que haja culpa, um prejuízo e nexo causal, assim, uma relação de causa-efeito, entre o facto e o dano.

A responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade por actos ilícitos, sobretudo, pela natureza do acto ilícito que, naquela constitui a violação de uma obrigação, e pelas regras de distribuição do ónus da prova já que ali é imposta ao devedor a prova de que agiu sem culpa no incumprimento ou no cumprimento defeituoso da obrigação (art.º 799º, nº 1, do Código Civil), enquanto na responsabilidade aquiliana cabe ao lesado a prova da culpa do lesante (art.º 487º, nº 1, do Código Civil), sendo a culpa, em qualquer caso, apurada com base num critério abstracto, pela “diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (nº 2 de uma e outra disposições legais acabadas de citar).

(...)

No que respeita a obrigações/deveres do médico, dispõe o artigo 31º (Princípio geral) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que “o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser

humano”. E continua o n.º 1 do artigo 35º do mesmo diploma (Tratamentos vedados ou condicionados) que “o médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis*”. Impõe o art.º 9º ainda do mesmo código (Actualização e preparação científica) que “o médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

Tais disposições são eco do princípio proclamado no Código Internacional da Ética Médica segundo o qual “o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana”, sendo, assim, obrigação do médico prestar ao doente os cuidados ao seu alcance, de acordo com os seus conhecimentos e o estado actual da ciência médica, por forma a preservar-lhe a saúde na medida do possível. Tudo isto, como referimos, tem a ver com a *leges artis*, entendida como o conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico na concreta situação em que tal abordagem ocorre [Citado acórdão desta Relação de 20.7.2006].

Nesta perspectiva, apesar de considerar o contrato médico um contrato de prestação de serviços, como a doutrina e a jurisprudência afirmam, o «resultado» a que alude o art.º 1154º do Código Civil deve considerar-se não a cura em si, mas os cuidados de saúde. O conceito de “resultado” no contrato de prestação de serviços que se estabelece entre o médico e o doente, enquanto obrigação de meios, como deve ser em regra qualificada, corresponde ao esforço na acção diligente do diagnóstico e do tratamento, e não a cura. A obrigação de meios (ou de pura diligência, como também é conhecida) existe quando “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”[Idem, acórdão de 20.7.2006]. E existe obrigação de resultado quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil. O objectivo pretendido não pode ser atendido para a invocação de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, já que o médico apenas promete a diligência em ordem a obter um resultado, a prestação consistirá num “meio” de lograr o cumprimento. Aos médicos cabe a obrigação legal e contratual de desenvolver prudente e diligentemente, atento o estágio científico actual das *leges artis*, certa actividade para se obter um determinado efeito útil, que se traduza em empregar a sua ciência no tratamento do paciente, sem que se exija a este a obtenção vinculada da “cura”.

O médico deve agir segundo aquelas exigências e os conhecimentos científicos então existentes, actuando com um dever objectivo de cuidado, assim como de certos deveres específicos, como seja o dever de informar sobretudo o que interessa à saúde ou o dever de empregar a técnica adequada, que pode prolongar-se mesmo após a alta do paciente. Assim, no contrato médico existe como obrigação contratual principal do clínico, a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em diversas prestações, tais como, de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação.

O ponto de partida para qualquer acção de responsabilidade médica é assim o da desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na mesma data.

Por vezes, ainda que partindo de uma obrigação de meios, é exigível ao clínico que atinja um resultado. Tem-se defendido que tal exigência ocorre, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas estéticas de embelezamento (não já nas reconstitutivas ou de reparação) e na realização de exames de diagnóstico de grande fiabilidade técnica em que a margem de erro é muito reduzida ou negligenciável.

Aceitamos a admissibilidade da obrigação de resultado no contrato médico, mas saber se uma obrigação pertence a um ou outro tipo depende das circunstâncias da espécie, que sempre devem ser cuidadosamente ponderadas.

A responsabilidade médica supõe culpa por não ter sido usado o instrumental de conhecimentos e o esforço técnico que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar.[Cf. acórdão da Relação de Lisboa de 20.4.2006, Colectânea de Jurisprudência, T. II, pág. 110]

Na responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos

graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data [João Álvaro Dias, in “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos”, vol. nº 11 do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 401] “Este critério abstracto de determinação da culpa, apreciado pelo padrão da actuação de um homem ideal, comportará, obviamente, todas as nuances concretas na apreciação da culpa médica, dados os diferenciados “tipos ideais de médico” a que poderá ter de se atender em cada caso: o médico do interior, sem meios e condições profícuas de trabalho, e o médico da cidade; o especialista e o médico de clínica geral, etc.”

Age com culpa, não o médico que não cura, mas o médico que viole os deveres objectivos de cuidado, agindo de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente censurada e reprovada, culpa a ser apreciada, como se disse, pela diligencia de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, nos termos dos art.ºs 487º nº 2, e 799º, nº 2, do Código Civil.

Não vemos razão que justifique o afastamento da presunção de culpa prevista no nº 1 daquele art.º 799º, desde que seja respeitada a natureza contratual das obrigações a que o médico está adstrito.

Nesta perspectiva, cabe, antes de mais, ao credor da obrigação, o lesado, a prova da ilicitude do acto, ou seja, que a conduta do médico é ilícita no sentido de que, objectivamente considerada, se mostra contrária ao Direito, com desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado, mais concretamente, o burden of proof do incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação. E, tratando-se de uma obrigação de meios, caberá ao credor (lesado) fazer a demonstração em juízo de que a conduta (acto ou omissão) do devedor (ou prestador obrigado) não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do almejado resultado. [Cf. recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010, citando acórdão também daquele tribunal superior de 5.7.2001, in Colectânea de Jurisprudência do Supremo, T. II, pág. 166 e seg.s e João Álvaro Dias, in “Da Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica” – conf. João Álvaro Dias, pág. 225] **É o lesado que assume o encargo probatório da violação das *leges artis* por parte do médico (assim, a ilicitude), enquanto este último, em caso de responsabilidade contratual, deverá afastar o juízo de censurabilidade fazendo a prova de que naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente.**

Conforme resulta do acórdão da Relação de Lisboa de 20.4.2006 [Atrás citado, na senda de André Dias Pereira e de Antunes Varela, citado por Manuel Rosário Nunes in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos, Almedina, 2ª edição, pág. 50.], em regra e em caso de responsabilidade contratual, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica, que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar o resultado almejado [De contrário, seria fazer recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecerem a produção de um certo resultado (v.g. a cura), o que equivaleria, na prática, a uma quase real impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida], enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que não teve actuação culposa”. Há-de ser ele a demonstrar que em determinadas circunstâncias agiu com a prudência, o esforço técnico e a diligência a que se obrigou, que no acto médico posto em causa actuou com a diligência “de um bom pai de família” que, tratando-se de um acto funcional, corresponde à diligência de um bom profissional, com emprego dos conhecimentos científicos então existentes, actuando de acordo com um dever objectivo de cuidado. Esta exigência afigura-se equitativa em face da facilidade da prova neste domínio se encontrar do lado do médico, e não do paciente.

Em geral, para que haja culpa torna-se necessário que o agente não só conheça, ou tivesse que conhecer, o desvalor da acção que cometeu, como tenha a possibilidade de escolher a sua conduta e ainda que, nas circunstâncias concretas do caso, possa ser censurável a sua conduta, ou seja, é preciso não apenas que o facto seja imputável ao agente, mas que lhe seja censurável.

A actuação do médico não será culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado por ter actuado como actuou.

A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado torna a conduta (do médico) culposa, sendo que a culpa se traduz na inobservância de um dever geral de diligência que o agente conhecia ou podia conhecer aquando da respectiva actuação e que comporta dois elementos: um de natureza objectiva – o dever concretamente violado – e outro de cariz subjectivo traduzido na imputabilidade do agente. **A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico,** pelo que, **se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.** [Cf. citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.10.2010]

Dentro desta concepção, a lei inclina-se para a consideração da negligência como erro de conduta, a qual envolve a imperícia ou a incapacidade técnica do lesante, a sua falta de aptidão, mais que a simples deficiência da vontade, não esquecendo as atenuações da lei ao ordenar a apreciação da culpa em face das circunstâncias do caso concreto. [André Dias Pereira, in Da Responsabilidade Civil por Actos Médicos – Alguns Aspectos”, polic., Lisboa, 2001, pág.s 29 a 34]. A actuação do médico rege-se pela *lex artis ad hoc*, o que significa que é em relação ao preciso caso concreto situado temporalmente que a intervenção médica se afere, de acordo com as circunstâncias em que esta se desenrola. Só assim poderemos ponderar a qualificação de certo acto médico como conforme ou não com a técnica normal requerida. [Manuel Rosário Nunes, ob. cit., pág. 54, na continuação da nota 94 da pág. 46]

Nem sempre é fácil definir o limite entre a ilicitude e a culpa do agente médico, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é --- objectivamente --- ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar --- subjectivamente --- um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico. Dir-se-á que **uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.**

Só haverá acto ilícito se houver, como se sabe, previsibilidade e evitabilidade do dano, já que o acto ilícito é um acto voluntário (controlável pela vontade) e só é voluntário o que é conhecido ou, pelo menos, cognoscível. Como refere Gomes da Silva no seu estudo, já clássico, «O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar», citando Esmein, «quando se considera um dever de prestar como o do médico, por exemplo, pode falar-se em dever de prudência e de diligência, mas logo que o credor sofre um prejuízo é necessário averiguar se o devedor praticou certo acto que tinha o dever de não fazer, ou se omitiu determinado acto que tinha a obrigação de não realizar».[Esmein, apud Gomes da Silva, op. cit. pág. 371]

Por outro lado, só estabelecido o nexo de causalidade adequada se poderá afirmar que o agente violou o direito do paciente.»

(...)

«Passemos ao enquadramento jurídico dos factos.

Para realizar as ecografias obstétricas a A. consultou e contratou os serviços da clínica R. e ali foi assistida pelo Sr. Dr. E..., 2º R., que elaborou e subscreveu os relatórios correspondentes às ecografias realizadas.

Foi celebrado entre a A. e a R. clínica um contrato médico, pelo qual a segunda se obrigou a prestar serviços de eco grafia de controlo da evolução da gravidez da A., necessariamente, com vista à despistagens de patologias que afectassem a própria gravidez, a evolução saudável e do feto enquanto futuro ser humano.

Para o efeito, o médico, no caso o R. E..., obrigou-se a um desempenho conforme com as *leges artis*, no sentido de revelar patologias detectáveis, com os limites que a boa técnica, a diligência médica e os meios (equipamentos) de diagnóstico consentem.

Das suas observações ecográficas, o R. lavrou relatórios com conclusões científicas que devem ser próprias de um clínico especialista em radiologia, com conhecimentos e capacidades acima da média, como é o demandado (al. M) dos factos assentes). De tal modo que se destinam a ser observadas e, em princípio, seguidas por outros médicos, designadamente com especialidades diferente mas com grande intervenção de análise na gestação e nascimento da criança (ginecologia/obstetrícia/pediatria).

Não nos cumprindo discutir e comparar aqui a eventual responsabilidade destes últimos, mas apenas do ecografista especialista, nem por isso podemos deixar de notar que é este que, por dever de ofício, observa, caracteriza e descreve a dinâmica do objecto de exame, o posicionamento e o movimento do feto no ventre materno [A ecografia é um exame dinâmico], sendo dele também a responsabilidade do diagnóstico, designadamente da descrição e de informação do que lhe é dado observar, em especial em caso de patologia morfológica observável e grave.

Está provado que, depois de um exame ecográfico realizado em 4 de Junho de 2003 que incluiu um exame ao líquido amniótico e à placenta, com uma avaliação embrionária, em que o R. concluiu que a gravidez tinha uma “evolução favorável e compatível com 12 semanas e 6 dias de gestação, a controlar às 20/21 semanas”, o mesmo R. realizou um novo exame ecográfico a 17 de Julho de 2003, às 19 semanas e 2 dias, visualizando os membros, a coluna e a cabeça.

Já nas imagens ecográficas de fl.s 111 (exame de 4.6.2003) se assinala a existência de mãos e a visualização de pés, bem como do lábio superior do feto.

E também nas imagens do mesmo género de fl.s 113 e 114 (exame de 17.7.2003) se assinala a visualização de pés, lábio superior e fémur.

Em ambos os relatórios se concluiu por uma gravidez normal, com evolução favorável, referindo expressamente:

- O primeiro exame: “anomalias morfofuncionais – não evidenciadas”
- O segundo exame: cabeça, coluna e membros – visualizados”.

A criança veio a nascer no dia 26.11.2003, às 38 semanas de idade gestacional, com síndrome polimalformativa, assim com as patologias graves constantes dos factos provados e que aqui não repetiremos, por desnecessidade.

No segundo dos exames, realizado às 19 semanas e 2 dias, foi efectuada avaliação fetal, econometria fetal, exame à anatomia fetal, à placenta e ao líquido amniótico. Tal exame morfológico analisa toda a anatomia fetal e detecta a grande maioria das malformações graves. E permite avaliar os marcadores ecográficos de anomalias cromossômicas e/ou genéticas, e uma análise sistemática e completa da morfologia fetal que inclui a generalidade dos órgãos do C... em que ocorreram as malformações.

O R. concluiu ali por uma “gravidez com evolução favorável e compatível com 19 semanas e 2 dias de gestação”.

À medida que aqueles dois exames eram efectuados, e visualizados, sempre foi dito e mostrado à A. que o bebé era perfeitamente normal. E até lhe foi mostrado no monitor onde estariam os braços, pés, e mãos do feto.

Ficou ainda provado que, agindo segundo as actuais exigências das leis artis, com os conhecimentos científicos existentes na época, e actuando de acordo com um dever objectivo de resultado, seria visualizável a um médico radiologista, pela análise das películas de exame, quer do primeiro exame (12 semanas e 6 dias), quer do segundo exame (19 semanas e 2 dias), as seguintes patologias:

1. agenesia de ambos os braços e antebraços;
2. membro inferior direito com pé boto e ausência de 2 dedos;
3. membro inferior esquerdo com sindactilia do 2º e 3º membros;
4. hipoplasia e hipoglossia da mandíbula;
5. nariz largo;
6. hipogenesia dos membros;
7. micropénis.

Ou, pelo menos, seriam detectáveis indícios das mesmas, que deveriam constar dos relatórios efectuados, permitindo um diagnóstico definitivo através de novos exames.

As referidas malformações eram definitivas e irreversíveis.

Confiando no diagnóstico da primeira e segundo R.R., a A. não repetiu o mesmo tipo de exame, nem adoptou quaisquer outros cuidados médicos especiais, não aconselhados na altura pelo relatório das ecografias, ficando no desconhecimento de que gerava um feto que nasceria com profundas patologias morfológicas.

Caso tivesse conhecido a existência das referidas patologias à data dos exames ecográficos realizados, a A. teria optado por interromper voluntariamente a gravidez, por lhe parecer que seria muito reduzida a qualidade e esperança de vida do A.

Os R.R. apelam à complexidade científica do acto, ao facto do exame incidir sobre um feto com escassos centímetros de comprimento, e à existência de margens de falibilidade deste tipo de exames de que a sentença não se esqueceu, mas que, na perspectiva daqueles, não valorou como devia, julgando como se de uma obrigação de resultado se tratasse, por errada consideração dos equipamentos utilizados na execução do exame ecográfico.

Citando um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, os recorrentes aproximam-se da análise casuística do objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório para saber se num caso determinado estamos perante uma obrigação de meios --- a demandar apenas uma obrigação prudente e diligente segundo as regras da arte --- ou perante uma obrigação de resultado, esta a implicar uma resposta peremptória. Extrai-se da citação que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo (médico) analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma e ainda que, na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é inofismável --- a exigência (quer a prestação tenha natureza contratual ou não) de actuação que observe os deveres gerais de cuidado. Se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise. É que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma [Tem-se entendido também que na cirurgia estética de embelezamento a obrigação poderá ser considerada com de resultado].

E continuando a citar o mesmo aresto [De 4.3.2008, proc. nº 08A183, in www.dgsi.pt], acrescentou-se: “Importa, pois, ponderar a natureza e o objectivo do acto médico para não o catalogar aprioristicamente na dicotómica perspectiva obrigação de meios obrigação de resultado, devendo antes atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquele outro caso, estamos perante uma obrigação de meios — a demandar apenas uma obrigação prudente e diligente segundo as regras da arte — ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.»

Defendem os recorrentes que, qualificando a obrigação como sendo de “meios”, a sentença acaba por fazer impender sobre os R.R. um “dever objectivo de resultado” desconsiderando a falibilidade dos equipamentos, que é significativa. Por isso a sentença deveria ter-se movido num quadro diferente, à luz do critério defendido no referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008. Se os equipamentos são falíveis a obrigação é de meios, não sendo exigível o atingimento de um resultado de diagnóstico, um dever objectivo de resultado por não estar ao seu completo alcance. E assim não pode haver juízo de censura que consubstancie a culpa.

Já se a margem de incerteza do exame for praticamente nenhuma ou negligenciável, a obrigação do médico será de resultado.

Dada a significativa margem de incerteza dos equipamentos de ecografia, tratando-se de uma obrigação de meios, a sentença não poderia exigir o cumprimento de um dever objectivo de resultado, mas apenas o cumprimento da obrigação de agir com prudência e diligência, segundo as *leges artis*. E, ainda segundo estes

recorrentes, o 2º R. usou dos parâmetros adequados no exame de diagnóstico que realizou, conforme ficou provado: usou de modo certo e adequado o equipamento de ecografia, captou o feto nos vários ângulos, de modo a obter uma completa “visualização ecográfica”, deitou a grávida de forma correcta na marquesa, em posição de decúbito dorsal com o ventre totalmente descoberto, com colocação de gel de contacto e execução do exame através do deslizamento de uma sonda ecográfica sobre o gel e toda a cavidade abdominal, deixando a grávida em condições de conforto para si própria e, em consequência, para o próprio feto, fez o exame em condições de luminosidade ténue e utilizado monitor ecográfico de alta resolução (cf. factos provados).

Como já observámos, é de responsabilidade contratual que se trata. O contrato médico é um contrato de prestação de serviços sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras do mandato (art.ºs 1154º e 1156º do Código Civil). **Na prestação de serviços existe a obrigação de proporcionar à outra parte um certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual.**

Aceitando que no caso em análise a obrigação é, essencialmente, de meios, manifestamente, o “resultado” a que a norma do art.º 1154º se refere são os cuidados de diagnóstico e de informação que o exame ecográfico se destina a proporcionar. Não qualquer diagnóstico ou qualquer informação, mas apenas o que resultar de uma utilização prudente, avisada e tecnicamente adequada daqueles meios pelo especialista. Mas, para o efeito, não basta deitar a mulher grávida numa determinada posição, criar condições de luminosidade e usar a sonda e o gel de modo correcto para captar o feto em vários ângulos e permitir a sua correcta observação. É necessário que, nesse processo de diagnóstico se obtenha o resultado possível à luz dos conhecimentos médicos, para o que conta não apenas a formação científica do médico, mas um desempenho conforme ao seu conhecimento, o zelo, a dedicação, o cuidado especial que as boas práticas médicas impõem a fim de que o resultado do exame seja tanto quanto possível revelador da verdade escondida, evitando o erro. Nesta medida há um dever de resultado, de obter a leitura de diagnóstico tecnicamente possível através do cumprimento do dever de correcta utilização de meios. Se assim não fosse, o leigo que cumprisse os referidos passos de utilização do equipamento, colocando a mulher grávida na forma posicional certa, o gel próprio e fazendo deslizar a sonda na zona certa do corpo, olhando para as imagens na máquina em funcionamento e referindo-se depois à observação, estaria a cumprir a obrigação, sem que interessasse qualquer resultado.

Não pode invocar-se de modo simplista e absoluto a falibilidade do exame. A atender aos elementos disponíveis no processo, **a fiabilidade do exame ecográfico obstétrico é muito variável e é mesmo muito elevada, de cerca de 95% na despistagem de malformações fetais em determinadas condições concretas, especialmente relacionadas com o tempo de gestação em que é feito.**

Verificadas aquelas condições de garantia, o resultado do exame não é aleatório. Quanto mais elevado for o grau de fiabilidade do exame, maior é também a probabilidade de atingir a realidade tecnicamente observável do feto. Por efeito, maior é o grau de exigência de um resultado conforme “aquela realidade” e maior é também o grau de confiança nesse resultado por parte dos médicos e dos progenitores que analisem o respectivo relatório. **Nesta medida, a obrigação assumida pelo médico radiologista é de resultado.**

Não é possível escamotear os factos provados. Ambos os exames tiveram, como não podiam deixar de ter, um resultado: foram conclusivos no sentido de que a gravidez tinha uma evolução favorável e foi então dito à A. pelo 2º R., das duas vezes, que o bebé era perfeitamente normal, indicando no monitor onde estariam os braços, pés e mãos do feto. Com estas conclusões, o próprio R. assumiu a fiabilidade do exame e a segurança do resultado.

Está, aliás, provado, como já se fez constar, que “agindo segundo as actuais exigências das leges artis, com os conhecimentos científicos existentes na época, e actuando de acordo com um dever objectivo de resultado, seria visualizável a um médico radiologista, pela análise das películas juntas de fls 110, 111, 113 e 114 [Correspondentes às ecografias das 12 semanas e das 19 semanas], as seguintes patologias:

1. agenesia de ambos os braços e antebraços;
2. membro inferior direito com pé boto e ausência de 2 dedos;
3. membro inferior esquerdo com sindactilia do 2º e 3º membros;

4. hipoplasia e hipoglossia da mandíbula;
5. nariz largo;
6. hipogenesia dos membros;
7. micropénis.

Seriam, no mínimo, detectáveis indícios das mesmas, que deveriam constar dos relatórios efectuados, permitindo um diagnóstico definitivo através de novos exames”.

E sendo assim, o 2º R. afastou-se, sem explicação comprovada, do cumprimento do dever de zelo e diligência ligado ao dever contratual de observância da *leges artis* no cumprimento do contrato médico e que o normal radiologista observaria chegando à identificação de grande parte das malformações do feto ou, pelo menos, encontrado sinais das mesmas que justificariam a realização de novos exames. Em vez disso, não se limitou a concluir que não era observável qualquer indício de malformação; antes deu conta de que “o bebé era perfeitamente normal”, indicando até os seus membros no monitor.

A ilicitude, na responsabilidade obrigacional, consiste na inexecução da obrigação, que o art. 798º define como a falta de cumprimento. Consistindo o cumprimento na realização pelo devedor da prestação a que está vinculado (art. 762º, nº 1), este actuará ilicitamente sempre que se verifique qualquer situação de desconformidade entre a sua conduta e o conteúdo do programa obrigacional.

Há ilicitude se o cumprimento é defeituoso, ou seja, quando o devedor, embora realizando uma prestação, esta não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor. É precisamente o caso de alguém prestar um serviço em termos inadequados. E estes são imperfeitos, mesmo sendo a obrigação de meios, quando dela faz parte o dever de obter um resultado e que, no caso, era o resultado possível e que necessariamente resultaria da acção do 2º R. se este tivesse usado dos meios, nomeadamente do conhecimento e zelo que, normalmente, se exige ao radiologista colocado na situação do mesmo R., evitando o resultado produzido.

Portanto, provado pelo credor que o meio *exigível ex contractu* ou *ex negotii* não foi empregue pelo devedor ou que a diligência exigível de acordo com as regras da arte foi omitida, **competirá ao devedor provar que não foi por sua culpa que não utilizou o meio devido, ou omitiu a diligência exigível.**

Neste sentido, mais restrito, é aplicável às obrigações de meios a presunção de culpa do art. 799º, n.º 1, do Código Civil.[Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2011, proc. 209/06.3TVPRT.P1.S1, in www.dgsi.pt.]

Como se refere ainda naquele acórdão do Supremo, “a presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (art.º 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano. Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados”.

O R. não estava obrigado a obter como resultado contratado entre as partes, a observação e revelação de toda e qualquer malformação ou patologia do feto, mas estava obrigado a observar e denunciar toda e qualquer deficiência que o médico radiologista sensato, esclarecido e avisado, com o domínio do conhecimento e da técnica exigíveis naquele caso, colocado naquela situação, revelaria, ainda que sob a forma de indícios. Estava obrigado a realizar um diagnóstico correcto enquanto resultado da obrigação de meios. No caso, não faria sentido a exigência na utilização de meios se não se destinasse a um resultado útil: a obtenção de um diagnóstico possível de acordo com o grau de evolução da ciência médica.

Vem do exposto que o R. estava adstrito ao cumprimento de um dever jurídico que já tem sido classificado, numa formulação feliz de Galán Cortés, como sendo uma obrigação de meios “acentuada”[Citado por André dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente* Coimbra Editora, 2004, pág. 433].

Era aos R.R. que cabia o ónus da prova de que a conduta profissional do 2º R. foi regular no sentido do rigoroso cumprimento das *leges artis*, de maneira a poder colocar o resultado concreto dentro da margem de risco do exame; e essa prova não foi feita.

Se em condições de normalidade de actuação e atendendo às circunstâncias e condições do caso concreto (tempo de gestação, equipamento utilizado, etc.), era possível à generalidade dos especialistas diagnosticar pelo menos algumas das deficiências morfológicas do feto, não o tendo efectuado o médico especialista no caso concreto sem que provasse que a sua conduta não é censurável, agiu com culpa (nº 2 do art.º 350º e nº 1 do art.º 799º do Código Civil). **E a sua conduta profissional é tanto mais censurável quanto é certo que se trata, não apenas de um especialista, mas de um radiologista com conhecimentos e capacidades acima da média, tendo sido nomeado membro da ‘Royal Society of Medicine’ – organização inglesa de grande prestígio na área da medicina a nível mundial** [Como se refere no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2011, citando João Álvaro Dias, in “Culpa médica: algumas ideias-força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, nº 5, págs. 21 e 22. “..., o médico, “deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados, embora nem por isso se possa dizer que ele assumiu a posição de garante de um certo resultado”].

O acto foi ilícito e o 2º R. agiu com culpa.»

Acórdão da Relação de Guimarães de 27/09/2012

Processo nº 330/09.6TBPTL.G1

RITA GOMEIRA (Relatora), Amílcar Andrade, Manso Rainho

Sumário:

I – Na responsabilidade contratual por negligência em acto médico, por força da presunção de culpa do artº 799 e do disposto no artº 344, nº1, ambos do Código Civil, compete ao lesante provar a não culpa da sua actuação, mas a ilicitude da mesma deve ser provada pelo lesado, nomeadamente provando que os procedimentos adoptados foram inadequados e inexigíveis perante as regras da arte médica (*legis artis*).

II – Ilicitude e culpa no acto médico danoso são conceitos diferentes, indicando o primeiro o que houve de errado na actuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.

III - Provando-se que o réu fez uma infiltração nas costas do autor, com observância do protocolo exigido, após ter feito o diagnóstico e explicados os benefícios e riscos da mesma em comparação com outras vias de tratamento, tendo o autor consentido na sua realização, apesar de se provar, também, que dois dias depois, por apresentar cefaleias o autor deu entrada no

Centro de Saúde de Paredes de Coura e, face ao agravamento do seu estado clínico, deu entrada no Centro Hospitalar do Alto Minho, onde lhe foi diagnosticada meningite por serratia, isso é manifestamente insuficiente para concluir que esta grave doença decorreu da actuação do réu sobre o autor.

IV – Assumindo o não cumprimento da obrigação do médico, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, compete ao doente/lesado provar o defeito de cumprimento e provar, ainda, que o médico não praticou todos os actos que lhe eram exigíveis, normalmente, tidos por necessários e adequados para evitar o dano por ele sofrido.

Acórdão da Relação de Lisboa de 13/12/2012

Processo: 2146/05.0TVLSB.L1-2

SÉRGIO ALMEIDA (Relator), Lúcia Sousa e Magda Geraldès

Sumário:

I. Não pode haver responsabilidade médica contratual e extra-contratual se nenhum negócio jurídico bilateral existe entre médico e paciente.

II. Neste caso cabe ao lesado provar a culpa do lesante, nomeadamente os factos que demonstram a violação do dever de cuidado.

Acórdão da Relação de Lisboa de 13/05/2013

Processo nº 2199/08.9TVLSB.L1-2

PEDRO MARTINS (Relator), Eduardo Azevedo e Lúcia Sousa

Sumário:

II – Provado (pelo lesado, como lhe competia) o nexo de causalidade (ainda no plano naturalístico) entre uma intervenção cirúrgica e as lesões sobrevindas em nervos da autora (que não eram objecto daquela operação), presume-se, natural ou judicialmente, que a intervenção não foi feita com o cuidado devido e que tal se deveu a culpa do cirúrgião, cabendo a este ou provar que as lesões provocadas não tiveram nada a ver com uma actuação deficiente (afastando a ilicitude), ou que conformou a sua conduta à de um cirúrgião medianamente diligente e prudente, colocado nas mesmas circunstâncias (afastando a culpa).

III – É também ao cirúrgião que cabe o ónus da prova de que a operação em abstracto, ou dada a sua natureza em geral, foi de todo em todo indiferente para a verificação das lesões, tendo-as provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.

Acórdão da Relação de Lisboa de 15/05/2014

Processo nº 475/10.0TVLSB.L1-2

MARIA JOSÉ MOURO (Relatora), Teresa Albuquerque e Isabel Canadas

Sumário:

I – No âmbito da responsabilidade médica, a falta de preparação técnica do A./paciente sobre quem recaia o ónus da prova e a especial dificuldade dessa prova para o mesmo, não constituirão fundamento suficiente para a inversão do ónus da prova, nos termos do nº 2 do art. 344º do CC, excepto se tal especial dificuldade/impossibilidade tiver sido causada pela parte contrária.

II - Justificar-se-á, nesses casos, uma eventual diminuição no grau de exigência da prova produzida pelo paciente na exacta medida em que tal seja necessário para criar uma situação de igualdade entre as partes na acção.

III – São dois os requisitos exigidos pelo nº 2 do art. 344º do CC para a inversão do ónus da prova: o comportamento culposos da parte não onerada com a demonstração do facto controvertido e a impossibilitação por essa razão da respectiva prova.

IV – No caso de o A./paciente haver requerido a notificação do R. para que este juntasse documentação clínica, incumprindo este injustificadamente o seu dever de colaboração para a descoberta da verdade, o seu comportamento será livremente apreciado pelo Tribunal, podendo até levar à inversão do ónus da prova, nos termos do ponto anterior (art. 529º e nº 2 do art. 519º do CPC).

V – Nos autos, nada nos leva a concluir que qualquer dos RR. haja eliminado ou ocultado o relatório operatório que tivesse integrado o processo da A., impossibilitando por esse modo, culposamente, a prova a cargo da A.; tal como não podemos afirmar, com segurança, que detendo eles próprios cópia do dito relatório não tenham querido proceder à junção, incumprindo injustificadamente o seu dever de cooperação para a descoberta da verdade. Não há, pois, lugar à inversão do ónus da prova nos termos do nº 2 do art. 344º do CC e dos arts. 529º e 519º, nº 2, do CPC.

Acórdão da Relação do Porto de 10/02/2015

Processo nº 2104/05.4TBPVZ.P1

RODRIGUES PIRES (Relator), Márcia Portela e Pinto dos Santos

II - A ilicitude da actividade do médico será afirmada se concluirmos que a mesma se consubstancia numa violação das “*leges artis*” impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade, sem necessidade de aquilatar se, na execução ou inobservância dos deveres que lhe são exigíveis, o médico actuou com a diligência, cuidado ou prudência impostos a um profissional medianamente diligente, zeloso e cuidadoso, uma vez que tal juízo terá lugar a nível da culpa.

III - Embora na actividade médica a fronteira entre ilicitude e culpa seja difícil de determinar, estes dois conceitos permanecem diferenciados, atendendo a que uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa.

IV - Sucede que a prova da ilicitude da actuação cabe ao lesado, ao passo que ao lesante caberá provar a sua não culpa.

V - O erro médico deve distinguir-se da figura afim que é o acontecimento adverso (“*adverse event*”) definido este como qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte.

Acórdão da Relação do Porto de 10/02/2015

Processo nº 1485/10.2TJVN.F.P1

JOÃO PROENÇA (Relator), Maria Graça Mira e Anabela Dias da Silva

I – A actividade médica cai no âmbito da responsabilidade contratual, sendo que a obrigação assumida nesse contexto é de meios.

II – Indemonstrado o incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do clínico não recai sobre ele a presunção de culpa a que alude o art. 799º nº 1 do CC.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015

Processo nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1

HELDER ROQUE (Relator), Gregório Silva Jesus e Martins de Sousa

Sumário:

VI - Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade.

VII - Mas, se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua,

ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo art. 799.º, n.º 1, do CC.

VIII - Veiculando a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos uma obrigação de meios, não implicando a não consecução de um resultado a inadimplência contratual, quando não é atingido este resultado, caberá, então, ao doente provar que tal fato decorreu de um comportamento negligente do médico, que fica exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IX - Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais e radiológicos.

X - Exprimindo a culpa um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade deste, que devia e podia actuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou.

Acórdão da Relação de Lisboa de 3/12/2015

Processo nº 284/099TVLSB.L1-2

JORGE LEAL (Relator), Ondina Carmo Alves e Olindo Geraldes

Sumário:

I. Em acção fundada em responsabilidade por incumprimento de contrato de prestação de serviço no âmbito da atividade médica (cirurgia ocular), recai sobre o credor o ónus de provar que o médico errou, por acção e omissão, na sua actuação, recaindo sobre o devedor (a entidade responsável pela prestação do serviço) o ónus de provar que tal erro não é imputável ao médico a título de culpa.

II. Não se provando a existência de erro na realização da cirurgia nem de nexo de causalidade entre a cirurgia e os males de que o credor se queixa e pelos quais pretende ser ressarcido, perde relevo a questão da prestação de consentimento informado para a realização da cirurgia.

III. De todo o modo, sendo certo que recai sobre o devedor o ônus de provar a prestação da informação relevante para a obtenção do consentimento, cabe ao lesado alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos razoáveis, previsíveis e significativos, que lhe deviam ter sido transmitidos, sendo certo que não se exige uma referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Está assente nos autos que entre o A. e o R. sindicato se estabeleceu uma relação contratual, de prestação de serviços, que o R. realizou, nomeadamente, através da médica Dr.^a Cristina (...), que para ele trabalhava.

A lei define o contrato de prestação de serviço como aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição (art.º 1154.º do Código Civil, diploma que doravante será tido em consideração caso nada seja dito em contrário).

No caso dos autos, o R. obrigou-se a prestar cuidados médicos ao A. no âmbito da oftalmologia e cumpriu tal obrigação, através da realização de consultas, em que foi diagnosticado ao A. astigmatismo e miopia, sendo seguido pelo Dr. Jorge (...). Mais tarde o A. foi seguido pela Dr.^a Cristina (...), a qual, na sequência de iniciativa do A. nesse sentido, o submeteu a queratotomia radiária bilateral. Antes da operação foi dito ao A. que cerca de 98% dos pacientes que se submetiam à referida intervenção cirúrgica melhoravam os problemas de astigmatismo visual e miopia, deixando de necessitar de usar lentes de contacto e apenas necessitando de usar óculos ocasionalmente.

O A. alegou que a dita intervenção cirúrgica foi mal sucedida, por culpa da dita médica, que cometeu erros que causaram lesões ao A., que em virtude disso padece de um retrocesso na sua visão, sofrendo danos que devem ser ressarcidos.

Como bem refere o A., os contratos devem ser pontualmente cumpridos (art.º 406.º n.º 1).

O devedor que faltar culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causar ao credor (art.º 798.º).

Sendo certo que o devedor é responsável pelos atos das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor (n.º 1 do art.º 800.º).

A responsabilidade civil do R. pressupõe, assim, a prática, pela pessoa utilizada para a prestação do serviço, de facto ilícito, culposo, que seja causa adequada de um ou mais danos, suscetíveis de ressarcimento (artigos 562.º a 564.º e 566.º, 799.º n.º 2).

Compete ao pretenso lesado/credor o ônus da prova dos supra referidos elementos da aludida responsabilidade (art.º 342.º n.º 1), à exceção da culpa, em que a lei consagra a inversão do ônus da prova, cabendo ao devedor ilidir a presunção de que atuou com culpa (artigos 799.º n.º 1 e 344.º n.º 1).

Na sentença recorrida entendeu-se que o A. não logrou satisfazer o referido encargo.

E cremos que com razão.

Na verdade, a médica que trabalhava para o R. realizou a aludida cirurgia no A., sem que se tenha provado qualquer erro na sua realização, seja por ação, seja por omissão. É certo que o A. ficou a ver pior do que antes via com a utilização de óculos, mas melhorou a visão em relação ao que anteriormente via sem a utilização de meios de correção (n.º 7 da matéria de facto). Mas a médica ou, através dela, o R., não se obrigou a fazer com que o A. deixasse definitivamente de usar óculos, mas tão só a realizar uma operação que, segundo os dados conhecidos, tinha uma taxa de sucesso, relativamente a esse objetivo, muito significativo, mas sem certeza absoluta, podendo ocorrer, como aliás em todas as cirurgias, e como é próprio da complexidade do organismo humano, situações em que se ficasse aquém do melhor resultado desejado. Como sói dizer-se, o R. vinculou-se a uma obrigação de meios, não de resultado (v.g., acórdão do STJ, de 12.3.2015, processo 1212/08.4TBBCL.G2.S1.).

É certo que o A. se queixa, não só de não ter sido atingida a plenitude do resultado que almejava (ver bem sem necessitar de usar meios corretores), mas também que, em virtude da operação e dos erros nela cometidos, retrocedeu na sua visão.

Ora, está provado que o A., com recurso à utilização de lentes de contacto apresenta acuidade visual de 5/10 no olho direito e 9/10 no olho esquerdo (n.º 11 da matéria de facto). Também está provado que o A. só consegue efetuar a correção das dificuldades de visão através do recurso a lentes de contacto (n.º 12 da matéria de facto), as quais não suporta por períodos superiores a 8 horas seguidas (n.º 18 da matéria de facto) e lhe causam diversas limitações e incómodos (n.ºs 20, 35, 36). Admitindo-se que tais limitações não ocorriam antes da realização da cirurgia, a verdade é que não está demonstrado que essa situação tenha sido causada pela operação. Provou-se que o A. padece de queratoconos bilateral, doença que provoca ou se traduz num encurvamento das duas córneas (n.º 22 da matéria de facto), desvio esse que apenas pode ser corrigido com o uso de lentes de contacto (n.º 12 da matéria de facto), ou seja, não pode ser corrigido com óculos, tendo assim o A. que suportar os referidos inconvenientes da utilização de lentes de contacto. Não está provado que o queratoconos foi causado pela aludida cirurgia, nem sequer que era previsível, em termos de probabilidade razoável, que, no caso do A., ela lhe sobreviesse.

Não está, assim, demonstrada a existência de nexo de causalidade adequada entre o comportamento da dita médica e os danos invocados pelo A., ficando também excluída a qualificação da ilicitude da conduta (com o sentido de incumprimento contratual) e a formulação de um juízo de censura (imputação a título de culpa) dirigido à médica.»